

A eutanásia no ordenamento jurídico brasileiro

*Fernanda Cavalcante da Costa**

Sumário: 1 Introdução. 2 Eutanásia – a evolução do conceito. 2.1 Eutanásia ritualizada. 2.2 Eutanásia medicalizada. 2.3 Eutanásia autônoma. 3 Espécies de eutanásia. 3.1 Eutanásia quanto ao modo de atuação do agente. 3.2 Eutanásia quanto à intenção do agente: a eutanásia de duplo efeito. 3.3 Eutanásia quanto à vontade do doente. 3.4 Eutanásia quanto à finalidade do agente: a classificação de Jimenes de Asúa. 4 Conceitos relacionados. 4.1 Suicídio assistido. 5 Eutanásia no Direito Penal brasileiro. 5.1 Eutanásia como homicídio privilegiado. 5.2 Distinção entre homicídio por omissão, eutanásia passiva, ortotanásia e omissão de socorro. 5.3 O consentimento do ofendido na eutanásia. 5.4 Argumentos jurídico-penais para a eutanásia. 5.5 A Resolução 1.806/06 do Conselho Federal de Medicina. 6 Conclusão. Referências.

Resumo: A problemática envolvendo a eutanásia abarca, a toda evidência, valores éticos, morais, religiosos e jurídicos. Analisando-a apenas sob o ponto de vista jurídico, seria a eutanásia, para o ordenamento jurídico brasileiro, um crime, tipificado no nosso Código Penal como homicídio privilegiado pelo relevante valor moral. Verifica-se, entretanto, que em alguns países a prática da eutanásia já foi legalizada, abrindo possibilidade para que o paciente decida sobre sua própria morte. Sendo certo que a sociedade está em constante mutação, também as legislações deveriam ser modernizadas, a fim de melhor se adequarem à realidade dos casos concretos, o que acabaria por tornar as soluções mais justas.

Palavras-chave: Descriminalização. Eutanásia. Legalização.

1 Introdução

Apesar de o homem ser um ser para a morte, ele é também um ser contra ela. Ele se rebela por completo contra a perspectiva

*Agente de Apoio Administrativo do Quadro de Pessoal Efetivo do Ministério Público do Estado do Amazonas; Graduada em Direito pela Universidade Federal do Amazonas – UFAM; Pós-graduada em Ciências Penais pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL.

de seu próprio desaparecimento. As sociedades dedicam a esse fim significativos recursos, se esforçando, sobretudo, para adiar a morte por meio da ciência e da técnica.

Sem dúvida, chegamos a aumentar a duração da vida humana, a preservá-la e a curá-la de muitas doenças, entretanto, na Medicina, existem quadros clínicos irreversíveis em que o paciente, muitas vezes, passando por terríveis dores e sofrimentos, almeja a antecipação da morte como forma de se livrar do padecimento que se torna viver. Afinal, a vida não pode se transformar em dever de sofrimento. A antecipação da morte não só atende aos interesses do paciente de morrer com dignidade, como dá efetividade ao princípio da autodeterminação da pessoa em decidir sobre sua própria morte. A essa antecipação da morte dá-se o nome de “eutanásia”.

Todos os dias pessoas em perfeito estado de consciência mental imploram que lhes seja permitido morrer. Muitas vezes, pedem para que outros lhes proporcionem a morte.

Os debates atuais sobre a eutanásia se vinculam com a preocupação de evitar uma morte ruim. A eutanásia, em nossa época, assumiu um sentido mais restrito, evocando algumas intervenções destinadas a interromper uma vida.

Não obstante a prática da eutanásia seja milenar, nunca se encontrou fórmula interpretativa conciliatória sobre o tema, tanto no campo jurídico, quanto no ético e no religioso. Junto com o aumento do debate, inúmeros conceitos ligados ao tema vêm à tona: fala-se em eutanásia ativa, eutanásia passiva, ortotanásia, distanásia, mistanásia, suicídio assistido, dentre outros, cada qual com suas especificidades, como será abordado no trabalho.

No Brasil, a eutanásia é conduta típica, jurídica e culpável; constitui homicídio, embora privilegiado. No Direito Brasileiro é indiferente, para qualificação jurídica da conduta, que o paciente tenha dado seu consentimento ou mesmo implorado pela medida, posto que não é propriamente o consentimento da vítima o importante, mas sim o relevante valor moral, a piedade,

o impulso altruístico, que justificam a atenuação da pena.

Ademais, a eutanásia difere da vontade de abreviar a existência por meio de suicídio pelo fato de que o ato mortal é cometido por outra pessoa. Distingue-se igualmente de outras formas de homicídio em virtude de a decisão de privar alguém da vida justificar-se pela intenção de lhe proporcionar uma boa morte, encarada como uma morte pontual e sem sofrimentos.

Acreditamos que os exemplos estrangeiros de descriminalização são instrutivos. Contribuem para esclarecer os termos de um debate paradoxal em vários aspectos, razão pela qual a prática eutanásica de alguns países também foi abordada.

O que se pretende neste ensaio acadêmico, sem evidentemente exaurir o tema e sem nenhuma intenção docente, é discutir questão ainda obscura em nossa sociedade, com seus reflexos no ordenamento jurídico brasileiro.

Também, de forma proposital, não se fez nenhuma incursão sobre questões de cunho religioso, éticos e ideológicos acerca do tema, preferindo-se imprimir no desenvolvimento do trabalho o enfoque meramente jurídico.

Não se tem, aqui, como já se disse, a pretensão de trazer respostas últimas sobre a questão, a qual se destina à atividade dos tribunais, mas mostrar como o direito de morrer vem sendo analisado. Tem-se, ainda, a esperança de que o indivíduo possa, um dia, alcançar o direito de morrer a própria morte, como aspecto inarredável dos mais elementares fundamentos dos direitos humanos. Acredita-se que a vida só deve prevalecer como direito fundamental oponível *erga omnes*, enquanto for possível se viver bem.

2 Eutanásia – a evolução do conceito

A ligação do ser humano com a morte tem se mostrado extremamente mutável ao longo da história humana.

Reflexamente, altera-se também a interpretação moral, social e jurídica conferida à situação em que o indivíduo, geralmente o médico, vem a interferir no momento da morte, em nome do bem-estar do paciente, a fim de libertá-lo de um estado de dor e sofrimento. A essa prática se chama, genericamente, eutanásia.

Diego Gracia¹ distingue três épocas ao longo da história da eutanásia: a eutanásia ritualizada, a medicalizada e a autônoma.

2.1 Eutanásia ritualizada

No contexto medieval, a morte era cercada de sacralidade. A vontade divina e a sorte governavam os destinos humanos. Não havia técnicas para intervir sobre esses fatores.

Dá-se à palavra “eutanásia” seu sentido originário, sugerindo uma morte suave, sem maiores dores ou padecimentos, não fundamentalmente provocada, e por todos desejada como ideal de encerrar a vida.

Leo Pessini² afirma que existia uma ritualização do fato da morte. Os grandes acontecimentos da existência humana – nascimento, puberdade, matrimônio e morte – são fatos que vão além do seu mero significado biológico; são acontecimentos culturais ritualizados pela sociedade.

2.2 Eutanásia medicalizada

A partir do séc. XVI, inicia-se uma mudança: o homem e seus processos fisiológicos passam a ser submetidos à investigação da ciência, dando a ele a capacidade de manipular a natureza, alterando o fluxo natural das coisas de acordo com sua vontade. Nasce, então, a eutanásia medicalizada, que se estende desde a Grécia Antiga até a Segunda Guerra Mundial³.

Francis Bacon é o primeiro a falar do dever da medicina

1 GRACIA, Diego. História de la eutanásia. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 1990, p. 13-20.

2 PESSINI, Leo. Eutanásia. Por que abreviar a vida? São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2004, p. 104.

3 Bacon apud PESSINI, Leo. op. cit., p.43.

de prolongar a vida como o novo dever dos médicos, ao lado das funções de preservação da saúde e cura das doenças. Segundo o autor, a eutanásia é a mais nobre das funções médicas, posto que alivia o sofrimento, colocando nas mãos do médico apressar ou não a morte ⁴.

O termo eutanásia foi criado pelo filósofo inglês supracitado em 1623 no bojo da obra de sua autoria intitulada *Historia vitae et mortis* ⁵. Deriva do grego *eu* (boa), *thanatos* (morte), podendo ser traduzido como boa morte, morte apropriada, morte piedosa, morte benéfica. ⁶

A partir de F. Bacon, portanto, a palavra “eutanásia” adquire um novo sentido: já não se relaciona somente ao sentido etimológico grego, mas possui também o sentido de “prestar atenção em como o moribundo pode deixar a vida mais fácil e silenciosamente”.

Percebe-se, portanto, que o conceito de morte do princípio da Idade Moderna pressupõe a capacidade do homem de intervir sobre as leis da natureza; consistia numa morte acompanhada de medicamentos, sem sofrimento.

Nos séculos XVII e XVIII, os médicos passam a substituir os padres, o que revela o embrião da morte laica do século XX. No fim do século XVIII, o interesse do médico se desloca do doente para a doença. A separação do corpo e da alma transforma o corpo em objeto isolado de conhecimento, passível de ser observado de maneira fria, razão pela qual os conhecimentos de anatomia se desenvolveram especialmente nessa época. A dessacralização da morte é, sobretudo, sentida no corpo, que, deixando de ser algo sagrado e, portanto, intocável, tornando-se objeto de pesquisa e estudo ⁷.

Nos dizeres de Maria Freire de Sá⁸: “A eutanásia é a conduta,

⁴ Bacon apud PESSINI, Leo. op. cit., p. 105.

⁵ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Eutanásia e ortotanásia: comentários à Resolução 1.805/06 CFM. Aspectos éticos e jurídicos. Curitiba: Juruá, 2009, p. 19.

⁶ SÁ, Maria de Fátima Freire de. Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 38.

⁷ PESSINI, Leo. op. cit., p. 44-46.

⁸ SÁ, Maria de Fátima Freire de. op. cit., p. 39.

por meio da ação ou omissão do médico, que emprega ou omite, meio eficiente para produzir a morte em paciente incurável e em estado de grave sofrimento, diferente do curso natural, abreviando-lhe a vida.”

É aquele ato em virtude do qual uma pessoa dá morte a outra, enferma e parecendo incurável, ou a seres acidentados que padecem dores cruéis, a seu rogo ou requerimento e sob impulsos de exacerbado sentimento de piedade e humanidade.⁹

Dando um salto na história, em 1902, Nobel teria proposto a um ministro italiano a criação e estabelecimentos onde seriam asfixiados sem dor, por meio de um gás de sua invenção, os enfermos que manifestassem o desejo de morrer, após avaliado seu prognóstico por um médico local.¹⁰ Cita-se também, o “programa de eutanásia nazista”, ato final que se iniciou em 1933 com a promulgação da Lei para a Prevenção das Enfermidades Hereditárias, que, apesar dessa nomenclatura, consistia em franca arbitrariedade ao promover a morte indiscriminada de portadores de deficiência físicas ou mentais. Em 1939 foram esterilizadas 375.000 pessoas.

2.3 Eutanásia autônoma

De acordo com Diego Gracia, o que marca a eutanásia autônoma é o protagonismo do enfermo e sua capacidade de decisão sobre o seu destino, posto que, anteriormente, eram outros que decidiam por ele: no início da história os pais e os responsáveis sociais, e, mais tarde, o médico passou a deliberar sobre o assunto.

Atualmente, a discussão se centra nos direitos dos enfermos de decidirem sobre o seu morrer. É a consubstanciação do princípio da autonomia, o direito de cada um à própria morte.

Nesse sentido, ganha monta a valorização do princípio

9 PINAN Y MALVAR apud BIZATTO, José Idelfonso. Eutanásia e responsabilidade médica. Porto Alegre: Sagra, 1990, p. 10.

10 SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. Transplante de Órgãos e Eutanásia: liberdade e responsabilidade. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 217.

da dignidade da pessoa, de que está imbuída relevante maioria dos textos constitucionais ocidentais contemporâneos, realimentando discussões acerca dos limites das decisões envolvendo vida e morte de pessoas enfermas e ensejando o redimensionamento da tutela jurídica aos direitos desses indivíduos. A eutanásia ganhou diferentes nuances que o Direito deve bem compreender e avaliar, a fim de lidar adequadamente com as novas demandas sociais relacionadas ao importante fato jurídico que é a morte.

3 Espécies de eutanásia

A generalização da aceitação da eutanásia é algo arriscado, posto que pode dar margem a abusos, a pressões sociais sobre o moribundo, a interesses outros, camuflados sob a piedade. Daí a importância de se distinguirem as espécies de eutanásia e de condutas paralelas à eutanásia, para saber quais delas devem ser acolhidas pelo Direito e quais devem continuar sendo reprimidas.

A classificação da eutanásia é relevante na medida em que auxilia no esclarecimento da conduta do agente, razão pela qual se torna imprescindível conhecê-las.

3.1 Eutanásia quanto ao modo de atuação do agente

Essa classificação diz respeito à forma de atuação do agente (ou ao modo de execução) e divide a eutanásia em ativa, quando decorrente de uma conduta positiva, comissiva; e passiva, quando o resultado da morte é obtido a partir de uma conduta omissiva.

Ressalte-se que as condutas médicas restritivas não devem ser confundidas com a eutanásia passiva. Esta tem por objetivo promover a morte, pondo fim aos sofrimentos; nas condutas médicas restritivas, o desejo não é o de matar, mas de não

prolongar indevidamente a situação de esgotamento físico, o que caracteriza a ortotanásia.

Observa-se, entretanto, que alguns autores, dentre eles Maria de Fátima Freire de Sá e Euclides Antônio dos Santos Filho, que tratam as expressões “eutanásia passiva” e “ortotanásia” como sinônimos, o que, a nosso ver, consubstancia um grande equívoco ante as conseqüências disso decorrentes.

Tal distinção tem relevância na medida em que responde pela diferença de tratamento jurídico proposto: a licitude a ortotanásia e a ilicitude da eutanásia. É comum que, todavia, com a intenção de defender a discriminação da ortotanásia, termine-se por defender que a eutanásia passiva seja considerada lícita. Decisões de não-tratamento, de omissão ou de suspensão de suporte vital fútil não são nem devem ser considerados atos de eutanásia, mas de exercício médico regular. Daí a preferência pela expressão condutas médicas restritivas para indicar atos de ortotanásia, em vez de equipará-los à chamada eutanásia passiva, negativa ou por omissão, que, juntamente com a forma ativa, abreviam propositadamente a vida do paciente.

A ortotanásia consiste na morte a seu tempo, sem abreviação do período vital; é a morte correta, mediante abstenção, supressão ou limitação de todo tratamento fútil, extraordinário e desproporcional, ante a iminência da morte do paciente, morte esta que não se busca, nem se provoca. Nesses termos as condutas ortotanásicas diferem amplamente da eutanásia passiva, pois nesta ocorre a provocação da morte do doente terminal por meio da omissão quanto aos cuidados “paliativos ordinários e proporcionais” que evitariam seu passamento.¹¹

Na lição de Maria Celeste Cordeiro Leite Santos a única hipótese que justifica da denominação de ortotanásia é aquela em que o enfermo já se acha inserido num processo marcado pela irreversibilidade da chegada da morte. Nesse caso, em seu

¹¹ CARVALHO, Gisele Mendes de. Aspectos jurídico-penais da eutanásia. São Paulo: IBCCrim, 2001, p. 27-28.

entendimento “o auxílio médico à morte será lícito sempre que operado sem encurtamento o período natural de vida”.¹²

Por fim, vale ressaltar que há quem subdivida a eutanásia ativa em direta e indireta, de acordo com o fim almejado pelo agente. A eutanásia ativa direta seria aquela que tem em mira a diminuição do lapso temporal de vida do enfermo por meio de “atos positivos” que o auxiliam a morrer. Enquanto que a eutanásia passiva indireta destina-se a diminuir o sofrimento do paciente, mas sem ter em foco a eliminação da vida, a qual decorre como consequência inevitável.¹³ Fala-se aqui da chamada “Doutrina de Duplo Efeito”, estudada no próximo tópico.

3.2 Eutanásia quanto à intenção do agente. A eutanásia de duplo efeito

Há casos em que o paciente sofre dores lancinantes, somente controláveis com elevadas doses de analgésicos e sedativos. Nesses pacientes, a dose terapêutica, isto é, a dose necessária para a redução da dor, aproxima-se cada vez mais da dose que leva à morte (por paralisação do aparelho respiratório, por exemplo). Acrescente-se a esse risco o fato de que o uso freqüente dessas medicações enfraquece o organismo, além de reduzir a consciência do paciente durante o tratamento.

Fala-se em eutanásia de duplo efeito quando a dose utilizada com o fito de dar conforto ao paciente termina por apressar-lhe a morte, embora a intenção fosse apenas minorar o sofrimento. Note-se que a intenção do agente é livrar o doente da dor, sem tirar-lhe a vida. Ocorre, entretanto, que, por se tratar de altas doses de medicação analgésica, esta vem a provocar a morte mais precocemente do que o curso natural da patologia o faria.

Necessário destacar que o consentimento do paciente ou,

¹² ALVES, Ricardo Barbosa. *Eutanásia, Bioética e Vidas Sucessivas*. Sorocaba: Brazilian Books, 2001, p. 32.

¹³ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. op. cit., p. 23.

em ele não podendo, o de sua família é imprescindível, já que a sedação da dor é direito do paciente.

A eutanásia de duplo efeito é também chamada de eutanásia indireta, pois a morte é efeito indireto da conduta, resultado não querido. Distingue-se, então, da eutanásia direta, praticada sob a forma de ministração de drogas letais, quando intenção imediata do agente é a promoção da morte daquele que sofre, como maneira definitiva de acabar com a dor.

Em que pese o fato de uma primeira análise jurídico-penal conduzir à impressão de que a eutanásia de duplo efeito encerra uma conduta de dolo eventual (assume-se o risco da morte, a fim de praticar o ato visado de reduzir a dor) ou, ao menos, de culpa consciente ou com representação (afasta-se mentalmente a idéia de que o evento indesejado possa ocorrer, embora se o saiba possível), a eutanásia de duplo efeito é aceita com relativa tranqüilidade, haja vista que toda medicação traz em si algum efeito colateral, não parece devido impor a dor sem controle ao ser humano no final da vida.

No caso em tela, há um conflito de interesses entre o risco da antecipação de morte indesejada e o dever de aliviar a dor, optando-se pelo bem estar do doente em seus momentos finais.¹⁴ Assim, em regra, verificada a ausência de *animus necandi* na prescrição da droga, que se destinava tão somente a aliviar a dor – direito do paciente e dever do médico – a conduta se mostra não delituosa.

3.3 Eutanásia quanto à vontade do doente

Nessa classificação, a conduta eutanásica pode ser voluntária, quando solicitada pelo paciente, em pleno gozo da sua capacidade; ou involuntária, quando realizada por decisão de outra que não o próprio interessado, o qual possivelmente

¹⁴ ANJOS FILHO, Robério Nunes Dos. Anotações sobre a existência de uma excludente constitucional de antijuridicidade. Revista dos mestrandos em direito econômico da UFBA, Salvador, n.9, p.367-378, jan./dez. 2001.

não se encontra em posição de decidir.

Difere, esta hipótese, portanto, da conduta médica restritiva, em que a omissão ou a suspensão do tratamento fútil é decisão eminentemente médica, tomada na esfera da autonomia do profissional, embora sempre deva existir a comunicação prévia à família.

Não se deve conceber a eutanásia realizada contra a vontade do paciente, caso que foge à definição de eutanásia para configurar ato de homicídio simples ou qualificado, a depender de sua motivação e modo de execução, ou agravado pelo fato de se tratar de pessoa enferma (artigo 61, II, “h”, do Código Penal).

3.4 Eutanásia quanto à finalidade do agente: a classificação de Jimenes de Asúa

Trata-se de uma das mais conhecidas classificações, advinda da década de 40 com a obra clássica de Luis Jimenez de Asúa, *Libertad de Amar y Derecho a Morrir*.¹⁵ Nesse texto, o autor defende que só existiriam três formas de eutanásia: libertadora, eliminadora e econômica, conforme o objetivo almejado pelo agente.

A eutanásia libertadora – também chamada terapêutica – tem por objetivo livrar o doente de um sofrimento insuportável, que de outro modo não pode ser contido. O autor atribui a função libertadora também à morte dada a pacientes inconscientes em virtude de acidentes, por exemplo, quando se presume que, ao despertarem, sofrerão enormemente com sua situação. Observa-se em ambas as hipóteses a presença importante do móvel humanitário na conduta do agente.

A eutanásia dita eliminadora, também chamada de eugênica ou selecionadora, objetiva a supressão de portadores de anomalias genéticas de expressão física ou mental, de vítimas de doenças contagiosas e mesmo de criminosos, intentando-se o

¹⁵ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. op. cit., p. 155.

“melhoramento” da espécie e do grupo social.

Leciona Eduardo Cabette¹⁶:

(...) a eutanásia eugênica ou selecionadora tem por fim a eliminação indolor de pessoas deformadas, com doenças incuráveis e contagiosas e de neonatos em degeneração com o fito de perseguir o aprimoramento da espécie humana. Objetiva-se obstar a procriação de sujeitos possuidores de anomalias genéticas, doenças mentais ou com tendências criminosas ou anti-sociais, de forma a evitar que se propaguem tais males pela sociedade. Busca-se a chamada pureza racial, eliminando-se todos aqueles desprovidos de valor social ou que sejam um ônus para a família ou sociedade. A morte de tais pessoas, ao reverso de ser lamentada, é apresentada como um “bem” para a humanidade. Também não há nesse caso nenhuma relação de piedade ou compaixão para com as pessoas, podendo ser “objeto” de eliminação indivíduos que sequer estejam absolutamente inválidos ou moribundos, nem mesmo padecendo física ou psiquicamente.

A eutanásia econômica se aproxima muitas vezes da eugênica, ao promover a morte de doentes mentais, idosos, inválidos, indivíduos em coma ou em estado vegetativo; em suma, daqueles que representem uma carga social, um ônus para a sociedade. O objetivo aqui é disponibilizar, com a morte desses pacientes, os recursos materiais e humanos que eles vinham consumindo. Se a motivação do agente na conduta é eminentemente utilitarista, descaracteriza-se, assim, o intuito misericordioso que deu à eutanásia a sinonímia de homicídio piedoso.

É mister distinguir, ainda, a eutanásia da eugenia. Em 1883, Francis Galton definiu eugenia como sendo o estudo dos meios que, sob o controle social, podem melhorar ou deteriorar, física ou intelectualmente, a qualidade da raça nas gerações

¹⁶ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. op. cit., p. 21-22.

futuras.¹⁷ A eugenia funciona como uma tentativa humana de interferir na evolução da espécie, em prol de características mais valorizadas pela sociedade atual. Assim é que a morte dada ao um paciente portador de esclerose lateral amiotrófica¹⁸ pode ser considerada libertadora, quando movida pela compaixão diante da angustia e dos apelos do acometido; como pode revelar-se eugênica, quando é realizada até sem o conhecimento do doente, visando a eliminar um portador de genes “inadequados”. Ou pode ser caracterizada como eutanásia econômica, se objetiva a desocupação do leito ou dos aparelhos para serem utilizados em outros paciente, liberando a família da carga financeira que representa manter aquele enfermo.

Pelo conceito até então adotado para eutanásia, não se pode considerar que as formas eliminadora e econômica sejam efetivamente formas de eutanásia, posto que não se vislumbra nelas qualquer motivação nobre que as situe penalmente como delitos privilegiados, posto que têm motivação torpe e repreensível.

Nesse sentido, somente a eutanásia libertadora ou terapêutica pode ser considerada própria e genuinamente uma espécie de eutanásia. As chamadas eutanásia eugênica ou selecionadora e a eutanásia econômica ostentam a denominação de “eutanásia” de forma imprópria e até mesmo espúria, pois que inexistem nelas qualquer móvel piedoso ou humanitário, antes refletem absoluta frieza, crueldade e desumanidade. Portanto, se a eutanásia libertadora ou terapêutica comporta potencial para discussão de seu valor ou desvalor ético e jurídico, não há qualquer dúvida em rechaçar totalmente como imoral e criminosa a conduta orientada pela eugenia ou pela sobreposição valorativa de interesses econômicos frente à vida de pessoas humanas.¹⁹

17 MENEZES, Evandro Córrea de. *Direito de Matar: Eutanásia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977, p. 35.

18 Doença neuromuscular progressiva. De natureza genética, em que o doente termina por perder totalmente a capacidade de automobilização, tornando-se absolutamente inválido, embora com lucidez preservada, dependendo de aparelhos para respirar e podendo ocorrer que, na fase final, comunique-se apenas pelo piscar de olhos.

19 CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Op. Cit.*, p. 22.

Na seara criminal, as chamadas eutanásia eugênicas e econômica configurariam homicídios qualificados pelo motivo torpe (CP, art. 121, §2º, I)²⁰. A depender do contexto, tais condutas poderiam, inclusive, configurar crimes contra a humanidade subsumíveis a regras de jurisdição internacional (v.g. Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, art. 5º, 1, “b” c/c art. 7º, 1, “a”, “b”, “h” e “k”).

A eutanásia eugênica e a econômica fere os direitos mais básicos do ser humano, dentre os quais se destacam:²¹ a vida, a liberdade e a igualdade – segundo a qual todos os seres humanos devem ser tratados de maneira equânime, e o enfermo, mesmo grave e incurável, tem tanto direito a cuidados como todos os demais. Assim, qualquer cidadão concernente a ele somente pode ser tomada em seu melhor interesse, qual deve ser por ele mesmo indicado ou por quem tenha autoridade legal para, na sua impossibilidade, falar em seu nome.

4 Conceitos relacionados

Paralelamente à definição de eutanásia, outros conceitos relativos à intervenção humana no momento da morte são deveras importantes para uma tomada de posição coerente, no que tange às condutas médicas no final da vida. Se, de um modo geral, pode-se dizer que a eutanásia é a morte antes de seu tempo, a distanásia é, por sua vez, a morte depois do tempo; e a ambas se contrapõe a ortotanásia: a morte no tempo certo.

Ortotanásia tem seu nome proveniente dos radicais gregos: *orthos* (reto, correto) e *thanatos* (morte). Indica, então, a morte a seu tempo. Na ortotanásia, o médico não interfere no momento do desfecho letal. Não há encurtamento do período vital, uma vez que este já se encontra em inevitável esgotamento. Tampouco se recorrem a medidas que, sem terem o condão de reverter o quadro terminal, apenas resultariam em prolongar o processo

²⁰ CARVALHO, Gisele Mendes de. Aspectos jurídico-penais da eutanásia. São Paulo: IBCCrim, 2001, p. 22.

²¹ Constituição da República Federativa do Brasil, 1988, Preâmbulo, artigos 1º e 5º e declarações internacionais.

de sofrer e morrer para o paciente e sua família. Mantêm-se os cuidados básicos.

Como já salientado antes, em razão da não interferência médica, é comum existir a confusão entre ortotanásia e eutanásia passiva. Eutanásia passiva é a eutanásia (antecipação, portanto) praticada sob a forma de omissão; consiste na suspensão ou omissão deliberada de medidas indicadas naquele caso, enquanto na ortotanásia há omissão ou suspensão de medidas que perderam sua indicação, por resultarem inúteis para aquele indivíduo, no grau de doença em que se encontra.

Na dicção de Guilherme Nucci²², tem-se ortotanásia quando “deixa o médico de ministrar remédios que prolonguem artificialmente a vida da vítima, portadora de enfermidade incurável, em estado terminal e irremediável, já desenganada pela medicina”. Por isso, Verspieren²³ critica firmemente a confusão entre os termos, posto que colocaria no mesmo plano uma conduta direcionada para matar e a interrupção ou abstenção de um tratamento de manutenção da vida que se mostra desproporcionado.

A prática da ortotanásia visa a evitar a distanásia que é, por sua vez, a morte prolongada, distanciada pelos recursos médicos, à revelia do conforto e da vontade do indivíduo que morre. A etimologia revela que a palavra deriva do grego *dis* (afastamento) e *thanatos* (morte), consistindo no prolongamento, ao máximo, da quantidade de vida humana, combatendo a morte como grande e último inimigo.²⁴

Decorre de um abuso na utilização desses recursos, mesmo quando flagrantemente infrutíferos. O direito à vida não inclui o dever de adiar indefinidamente a morte natural pelo uso de todos os recursos protelatórios existentes, menos ainda quando sumamente cruentos e contra-indicados.

22 NUCCI, Guilherme. Código Penal Comentado. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 370-372.

23 VERSPIEREN, Patrick. L'Assistance Médicale au Suicide. In: *Tempo de Vida e Tempo de Mortes: Actas do VII Seminário Nacional do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida*. Lisboa: Presidência do Conselho de Ministros, 2001, p. 93-106.

24 SÁ, Maria de Fátima Freire de. op. cit., p. 39.

A distanásia corresponde à obstinação terapêutica. Suspender tratamentos fúteis não é encurtar o tempo de vida, é deixar de alongá-lo artificial e indevidamente, maltratando o paciente, sem lhe gerar benefício com isso.

Em artigo publicado na Revista do Conselho Federal de Medicina, Leonard M. Martin tece profundas considerações ao termo distanásia, ensinando que:

A distanásia erra por outro lado, não conseguindo discernir quando intervenções terapêuticas são inúteis e quando se deve deixar a pessoa abraçar em paz a morte como desfecho natural de sua vida (...). A distanásia, que também é caracterizada como encarniçamento terapêutico ou obstinação ou futilidade terapêutica, é uma postura ligada especialmente aos paradigmas tecnocientífico e comercial-empresarial da medicina (...). Os avanços tecnológicos e científicos e os sucessos no tratamento de tantas doenças e deficiências humanas levaram a medicina a se preocupar cada vez mais com a cura de patologias e a colocar em segundo plano as preocupações mais tradicionais com o cuidado do portador das patologias.²⁵

O terceiro conceito diferencial diz respeito à mistanásia, a qual, etimologicamente, significa “morrer como um rato”. O termo remete a uma morte miserável, que atinge aqueles que nem têm um atendimento médico-adequado, por carência social, por falta de condições, que se reflete na deficiente proteção aos direitos fundamentais a que fazem jus todos os seres humanos. É a morte comum dos países subdesenvolvidos, traduz o abandono social, econômico, sanitário, higiênico, educacional, de saúde e segurança a que se encontram submetidas grandes parcelas das populações do mundo.²⁶

Para alguns autores, a mistanásia equivale a uma eutanásia social; não equivale à antecipação proposital da morte que ocorre

²⁵ MARTIN, Leonard M. Eutanásia e distanásia: iniciação à bioética. Revista do Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 171-192.

²⁶ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. op. cit., p. 31.

na eutanásia, nem chega a conhecer a distanásia dos recursos excessivos nos hospitais. Ela não deixa espaço para a ortotanásia, pois a morte virá sempre fora do tempo. O Direito Penal passa ao largo da maioria dos casos de mistanásia. No máximo, poder-se-ia vislumbrar uma vaga tentativa de prevenção, ao se vedar a omissão de socorro²⁷, mas, em verdade, a mistanásia é questão muito mais de políticas públicas do que propriamente de tipos penais.

4.1 Suicídio assistido

O suicídio medicamente assistido pode ter por substrato uma situação bastante similar àquela a que se dirigiria a eutanásia, qual seja, a do paciente em grande sofrimento, por conta de uma doença incurável.

A distinção é que, no suicídio assistido, a morte seria provocada pelo próprio indivíduo enfermo, cabendo ao terceiro – geralmente o médico – apenas ajudá-lo materialmente em seu intento, comovido com a situação desesperada em que se encontra o doente.

Para Ten Have,²⁸ essa distinção responde precisamente pela justificação moral do suicídio assistido, com fulcro no princípio da autonomia, já que, se o médico apenas receita o necessário para pôr termo à vida, e o doente mesmo o faz, em última análise, a responsabilidade moral estaria nas mãos do próprio doente, tornando mais segura a aferição da voluntariedade da decisão.

A noção de assistir o suicida advém da idéia de auxílio, de ajuda material, de provisão dos meios ou dos conhecimentos necessários para que o suicida chegue a cabo em seu propósito. A indução ou a instigação feriam, *in casu*, a voluntariedade

27 Artigo 135, Código Penal: “Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública: Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa. Parágrafo único. A pena é aumentada da metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte. 28 HAVE, Henk A. M. J. Ten. Euthanasia: Moral Paradoxus. In: Tempo de Vida e Tempo de Morte: Actas do VII Seminário Nacional do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida. Lisboa: Presidência do Conselho de Ministros, 2001, p. 63-76.

da conduta, descaracterizando a autonomia da decisão, por configurarem uma influência a alguém que já se encontra em situação difícil, física e psicologicamente.

É possível conceber que, por compaixão, ajude-se alguém que deseja matar-se em face dos motivos citados, mas pensamos ser duvidoso vislumbrar boa intenção em quem instiga o indeciso ou induz à idéia o enfermo que não pretendia morrer, revelando-se tais condutas como absolutamente indesculpáveis. É o doente que conhece a intolerabilidade de seu estado, não sendo cabível que outro o encoraje a pôr termo em sofrimentos que ele mesmo não está convencido de que não possa suportar.

O artigo 122 do Código Penal tipifica a conduta de induzir, instigar ou auxiliar o suicídio. Note-se que, em nosso ordenamento, não existe, quanto ao suicídio assistido, sequer o privilégio do relevante valor moral existente no homicídio. A conduta de auxiliar o suicida revela-se indiscutivelmente ilícita em nosso sistema.

A dificuldade maior no âmbito do suicídio assistido está em distinguir casos de auxílio a um indivíduo autônomo e consciente de casos de induzimento e instigação, perpetrados contra pessoas fragilizadas e possivelmente deprimidas.

Entretanto, convém registrar que a assistência ao suicídio está voltada exatamente para os pacientes que, após todo o amparo médico e psicológico adequado, ainda persistem na crença de que a sobrevivência em tais condições não condiz com a dignidade por ele pretendida para o final de sua existência. Nessas ocasiões, a morte passa a lhes parecer não uma opção a mais, mas, no dizer de Evandro Côrrea de Menezes,²⁹ “o remédio último” possível.

5 Eutanásia no direito penal brasileiro

Na história legislativa brasileira vigeram três codificações penais. A primeira, em 1830, ainda na fase imperial; a segunda,

29 MENEZES, Evandro Côrrea de. Direito de Matar: Eutanásia. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977, p. 132.

em 1890, logo após a Proclamação da República, e a atual, de 1940.

É de se registrar que os Códigos Penais de 1830 e de 1890 não trataram da eutanásia.

Quando o Código Penal de 1940 surgiu, não havia como antever a revolução tecnológica que se seguiria no campo da Medicina e das ciências em geral, razão pela qual manteve-se ainda distante de uma abordagem direta e objetiva acerca da eutanásia. Segundo orientação verificada na própria Exposição de Motivos, aplica-se à conduta eutanásica o disposto no artigo 121, parágrafo 1º, apresentando-a como forma de homicídio privilegiado pelo relevante valor moral e cominando-lhe pena reduzida de um sexto a um terço em relação ao tipo simples, cuja pena varia de seis a vinte anos³⁰. Não se distingue, nessa ocasião, a ação da omissão tampouco há qualquer remissão à ortotanásia (a morte no tempo certo, sem se abreviar sua chegada nem se prolongar inutilmente a existência que não se pode salvar).

É de se ressaltar que um dos primeiros exemplos que deu margem a tentativas de mudança da legislação específica foi absolutamente inapropriado: tratava-se da hipótese da suspensão ou da obrigatoriedade de manutenção das medidas de suporte vital em pacientes com diagnóstico de morte encefálica.

Dentre os ramos do Direito, o Direito Penal é provavelmente o que mais interage com os conhecimentos médico-legais. Não é de se estranhar seu interesse na uniformização da ciência médica quanto aos critérios relativos ao término da existência humana, pois disso depende a existência ou não de delito contra a vida.

Uma vez definido que a morte encefálica equivale a morte clínica, inclusive para fins legais, já não cogita falar de eutanásia contra o morto encefálico. Seria crime impossível tentar tirar a vida de quem já não a detém. As situações limítrofes, contudo,

30 A Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal de 1940 cita expressamente, quanto ao homicídio privilegiado "por motivo de relevante valor social ou moral", o motivo que, "em si mesmo, é aprovado pela moral prática, como, por exemplo, a compaixão ante o irremediável sofrimento da vítima (caso do homicídio eutanásico)". Verifica-se que o elemento destacado *in casu* foi a compaixão ante o sofrimento da vítima, não se exigindo a condição de terminalidade, nem que seja a conduta perpetrada por médico, nem se cogita do consentimento do enfermo.

continuam suscitando dúvidas. É o caso, por exemplo, dos pacientes em vida vegetativa, que hoje são mantidos quase que indefinidamente, embora sem melhora, forcejando a discussão da chamada eutanásia passiva ou da hipótese de desligamento de aparelhos diante de pacientes terminais. Tais controvérsias deixam clara a dificuldade atual de adequar às novas realidades e conceitos que circundam o tema da eutanásia aos tipos penais tradicionais.

5.1 Eutanásia como homicídio privilegiado

No ordenamento jurídico vigente, como já dito alhures, a eutanásia se insere na disciplina do homicídio, sob a forma privilegiada, razão por que Mirabete³¹ a define como sendo um “homicídio praticado com o intuito de livrar um doente, irremediavelmente perdido, dos sofrimentos que o atormentam”.

O desligamento de aparelhos que mantém os movimentos respiratórios de paciente em morte encefálica ou a suspensão das demais medidas que conservam artificialmente os batimentos cardíacos e o equilíbrio iônico, por exemplo, não podem ser considerados perpetração de homicídio, restando configurado, na hipótese, crime impossível.

No caso do indivíduo em estado vegetativo persistente ou em coma, não existe óbice a que eles sejam sujeitos passivos de homicídio, uma vez que estão vivos pelos critérios atuais. Dessa forma, tem-se por sujeitos passivos clássicos do delito o paciente terminal, o enfermo grave ou crônico, não exigindo o Código que seu sofrimento seja físico para ver preenchido o privilégio legal.

Quanto ao sujeito ativo do delito, nos termos da legislação atual, a eutanásia – homicídio privilegiado – assim como o tipo simples, não exige agente próprio, não exigindo que seja praticada por médico para se considerar o delito como privilegiado.

A motivação do agente é a característica mais importante

³¹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de Direito Penal. v. 2. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 67.

para distinguir o homicídio simples da forma privilegiada. O legislador pátrio entendeu por bem apenar menos rigorosamente o agente que atua movido por relevante valor social ou moral, o que, no caso da eutanásia, identificou-se como sendo a compaixão pelo sofrimento irremediável da vítima. O nosso Código não previu a possibilidade de perdão judicial em face dessa motivação humanitária, de modo que o perdão judicial só é admissível no nosso país para o homicídio culposo, nos termos do art. 121, parágrafo 5º do Código Penal.

Trata-se, em síntese, de um delito de forma livre, material e de lesão, admitida a tentativa, como ocorre nas demais hipóteses de homicídio doloso (e, para a eutanásia, por sua própria motivação, há de existir o *animus necandi* no elemento subjetivo). Cumpre destacar, afinal que há quem considere que o artigo 121, parágrafo 1º é, na verdade, causa de diminuição de pena – e não propriamente um delito privilegiado – pois não tem parâmetros autônomos de pena.

5.2 Distinções entre homicídio por omissão, eutanásia passiva, ortotanásia e omissão de socorro

A disposição legal do artigo 121, parágrafo 1º, embora não fale expressamente na conduta eutanásica, dirige-se claramente a ela. As discussões se avolumam quando se ingressa no campo da omissão, da eutanásia passiva.

Faz-se mister, antes de mais nada, distinguir duas categorias de omissão: a omissão própria – de que é exemplo a omissão de socorro – e a omissão imprópria, que será exemplificada pelo homicídio por omissão. A omissão própria de que trata o artigo 135 do Código Penal brasileiro (omissão de socorro) ocorre quando o agente, podendo prestar assistência, sem risco pessoal à criança abandonada ou extraviada, à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo, deixa de fazê-lo ou,

não sendo possível realizá-lo sem risco, deixa de pedir socorro à autoridade pública que o possa prestar. O delito em questão é apenado com detenção de um a seis meses, pena que pode ser aumentada de metade, “se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta morte”.

Observe-se que a omissão de socorro não exige que o agente seja dotado de nenhuma obrigação de agir específica, trata-se de um dever geral de solidariedade. Essa circunstância é o elemento de distinção entre a omissão própria e a omissão imprópria. Nos crimes omissivos impróprios, impuros, espúrios, promíscuos ou comissivos por omissão, o agente responde não só pela conduta de se omitir, mas também pelo resultado, “salvo se este não lhe puder ser atribuído por dolo ou culpa”.³² Nesse caso, o nexó e conseqüentemente a responsabilidade decorrem da lei, quando o agente está por ela obrigado a tentar impedir o resultado (artigo 13, parágrafo 2º, Código Penal brasileiro).

Damáσιο de Jesus³³ sublinha que o fundamento da omissão criminosa no homicídio está no mandamento legal, na posição de garantidor. Frágoso³⁴ reitera essa posição, ao asseverar que os crimes omissivos impróprios seriam puníveis “não porque o agente tenha causado o resultado, mas porque não o evitou”, violando o dever jurídico de impedi-lo. Os dois autores citam como exemplo a hipótese de médico ou enfermeiro que deixa de ministrar remédio vital ao paciente, deixando de impedir-lhe a morte. Frágoso³⁵ observa, entretanto, que, uma vez provado que o resultado se operaria de qualquer modo, mesmo se usado os meios habituais, afasta-se a tipicidade do evento. Abre-se espaço, então, para fulcral discussão: persiste o dever jurídico de agir quando o resultado é de ocorrência inevitável?

Paulo Daher Rodrigues³⁶ entende que “quando o médico interrompe cuidados terapêuticos por serem já inúteis, falta-lhe

32 CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, v. 2. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 127.

33 JESUS, Damásio E. de. Direito Penal, vol. 2. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 21-22.

34 FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal. Parte Geral. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 285.

35 *Ibid.*, p. 293.

36 RODRIGUES, Paulo Daher. Eutanásia. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 132.

o dever jurídico para agir, não se motivando aí qualquer punição”. No mesmo sentido, posiciona-se Elisa Sá³⁷ – “sua omissão (do médico) não caracteriza ato delituoso face à ausência de dever jurídico, se a saúde era objeto inalcançável”.

Veja-se que esses casos divergem da mera negligência (caso do médico que, chamado, deixa de atender paciente em apuros) ou da motivação econômica de quem deixa de atender o paciente por ser ele carente de recursos, *exempli gratia*. Ao contrário da maior parte da doutrina, que acredita tratar-se do delito de omissão de socorro, acreditamos que, nesses casos, está presente a posição de garantidor (artigo 13, §2º do Código Penal), devendo ser apenado de forma mais grave, ante a ocorrência do resultado, devendo o médico, portanto, responder por homicídio por omissão, uma vez que se tratava de paciente viável. Se o elemento subjetivo foi a culpa – a negligência na avaliação do doente – ter-se-á o delito de homicídio culposo.

Na hipótese do médico que, apiedado com a falta de qualidade de vida do doente, deixa de prover-lhe cuidados vitais indicados, tem-se situação de eutanásia passiva, um homicídio por omissão privilegiado pela motivação compassiva do agente.

Teria omissão de socorro, por exemplo, no caso do visitante de paciente do leito vizinho, que, assistindo o mal-estar súbito do paciente ao lado, deixa de pedir auxílio em prol do doente agonizante.

Por fim, no caso do médico que deixa de reanimar paciente terminal, após discutida com a equipe, a família e o paciente a ausência de perspectivas da medida, verifica-se típica hipótese de ortotanásia, que, segundo entendemos, não configura omissão própria nem imprópria, mas um atuar dentro da boa prática profissional³⁸. Entendemos que, mesmo na legislação atual, a ortotanásia não é crime, e sim decisão de indicação ou não indicação médica de tratamento.

37 SÁ, Elida. Biodireito. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999, p. 140.

38 FIRMO, Aníbal Bruno. Direito Penal. v. 4. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 124.

5.3 O consentimento do ofendido na eutanásia

A expressiva maioria dos autores entende que o consentimento não legitima a eutanásia nem é requisito imprescindível, pois dizer o inverso seria reconhecer a disponibilidade ao bem da vida, o que representaria um passo temerário no panorama jurídico-social³⁹. O Código Penal pátrio exigiu apenas, para o abrandamento da pena em relação ao tipo simples, que o agente houvesse agido atendendo a relevante valor social ou moral.

Conquanto não haja expressa previsão legal quanto ao consentimento, Dotti⁴⁰ observa, acerca da possibilidade de justificação extralegal, que os princípios gerais do Direito podem ser fontes de excludentes não constantes da lei, mas juridicamente válidas. Não se admite seu uso no Direito para fins de declarar a existência da infração penal, mas, segundo o autor, o artigo 66 do Código Penal brasileiro permite dizer que “as causas de exclusão de ilicitude (Código Penal, art. 23) não são exaustivas. A omissão legal não impede o reconhecimento das causas supra legais de justificação”.

5.4 Argumentos jurídico-penais para a ortotanásia

A atual redação do Código Penal brasileiro nada refere quanto à ortotanásia e às condutas médicas restritivas. Defendemos que tais condutas não configuram o tipo do homicídio, sequer o privilegiado, pois se trata de decisão do âmbito profissional, acerca da conveniência e da indicação de certo tratamento, faltando-lhe, no caso, o dever de agir. Não há obrigatoriedade de se fazer uso de todos os recursos tecnológicos e farmacológicos disponíveis, se o próprio doente, no exercício de sua autonomia, não deseja prolongar sua existência além dos

³⁹ BITENCOURT, Cezar R. Manual de Direito Penal: Parte Especial. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 28.

⁴⁰ DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 233.

limites naturais. Ele não pede que se lhe antecipe a morte, mas que não se a protele artificialmente.

Para os seguidores de Welzel, então, a conduta ora analisada seria atípica pela ausência do elemento subjetivo, é dizer, pela falta de *animus necandi*, já que, na escola finalista, o dolo faz parte do tipo. Tal entendimento justifica não apenas a ortotanásia, mas a licitude dos demais atos médicos, regularmente praticados, sob a ótica dessa corrente teórica.

Limitando-se ao direito positivado, é possível alegar em favor da licitude da ortotanásia que, tomando-se as causas de exclusão de ilicitude constantes do Código Penal brasileiro, ainda que considerada típica, a conduta médica restritiva seria penalmente justificada com fulcro numa das excludentes arroladas no artigo 23 desse Diploma Penal, quais sejam: o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento de dever legal e o exercício regular de direito. Dentre essas, entendeu-se como mais aplicável, *in casu*, o exercício regular de direito, uma vez que se defende tratar-se aqui de avaliação eminentemente médica a que constata a futilidade terapêutica. O Direito então exercido seria o da prática da Medicina.

Além das causas legais de justificação, aventa-se a possibilidade de uma causa supra legal excludente de culpabilidade, a saber: a inexigibilidade de conduta diversa. Esse fundamento já foi admitido em julgados de direito alienígena, isentando de pena parentes próximos que provocaram a morte de entes queridos em grande sofrimento, alegando-se, então, que não se podia exigir dos agentes assistirem apáticos ao dantesco quadro, insensíveis aos apelos desesperados para que pusessem termo à angustia daquelas existências terminais.⁴¹

É possível alegar, afinal, os princípios do Direito Penal que justificam a tipificação de uma conduta, dentre os quais se destaca o binômio composto pela relevância e pela adequação social. As condutas médicas restritivas tendem a ter ampla

41 MENEZES, Evandro Corrêa. op. cit., p. 59-67.

aceitação por parte da sociedade, que não deseja ver seus membros submetidos a tratamentos compulsórios e cruentos no final da vida. Não se trata de defender um “direito de matar” ou um “direito de morrer”, como se usa quanto à eutanásia, mas um direito de recusa à terapêutica fútil que afronta a dignidade do ser humano em fim de vida.

Em favor da idéia de que a ortotanásia já é legal em nosso sistema, tem-se o fato de que a Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo publicou, no fim da década de 90, uma “Cartilha dos Direitos do Paciente”,⁴² cujo item 32 determina que o enfermo

[...] tem direito a uma morte digna e serena, podendo optar ele próprio (desde que lúcido), a família ou responsável, por local ou acompanhamento e, ainda, se quer ou não o uso de tratamentos dolorosos e extraordinários para prolongar a vida.

Também em São Paulo, a Lei 10.245, de 17 de março de 1999, prevê no artigo 20, que são direito dos usuários dos serviços de saúde do Estado de São Paulo:

[...] VII – Consentir ou recusar, de forma livre, voluntária e esclarecida, com adequada informação, procedimentos diagnósticos ou terapêuticos a serem nele realizados.
[...] XXIII – Recusar tratamentos dolorosos ou extraordinários para tentar prolongar a vida. XXXIV – Optar pelo local de morte.

Presumindo-se a constitucionalidade de ambas as normas, à luz da norma constitucional segundo a qual somente a União pode legislar sobre matéria penal, é de se deduzir que se refiram, portanto, a matérias extra-penais. Em sentido semelhante, o “Código de Ética do Hospital Brasileiro”,⁴³ em seu artigo 8º orienta:

42 PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. op. cit., p. 417.

43 Ibid., p. 420.

O direito do paciente à esperança pela própria vida torna ilícita – independente de eventuais sanções legais aplicáveis – a interrupção de terapias que a sustentem. Excetua-se, apenas, os casos suportados por parecer médico, subscritos por comissão especialmente designada para determinar a irreversibilidade do caso, em doenças terminais [...].

5.5 A resolução 1.806/06 do Conselho Federal de Medicina

Foi amplamente divulgada na mídia a aprovação, por unanimidade, pelo Conselho Federal de Medicina, da Resolução 1.805/06, que passa a permitir aos médicos, nos seus termos, a interrupção de tratamentos que prolongam a vida de pacientes terminais sem chances de cura.

A Resolução entrou em vigor no dia 28 de novembro de 2006 estabelecendo e regulamentando, no âmbito disciplinar, a chamada “limitação do esforço terapêutico”. A Resolução determina em seu artigo 1º, caput, que “é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal”.

Estabelece, dessa forma, tanto a possibilidade de que seja o próprio paciente quem se recuse a se submeter a um determinado tratamento médico, quanto a de que sejam seus representantes legais que optem pela interrupção da terapia vital, quando o enfermo já não esteja em condições vitais de manifestar a negativa por si próprio.⁴⁴

O Presidente do Conselho Federal de Medicina, Edson de Oliveira Andrade, destaca que não se está autorizando a eutanásia, mas apenas externando a afirmação de que os médicos devem respeitar a vida, tendo consciência de que a medicina

44 CARVALHO, Gisele Mendes de. Ortotanásia é eutanásia, mas não é crime (Considerações a respeito da Resolução nº 1.805/2006 do CFM e sua compatibilidade com o Código Penal). Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 20 mar. 2008, p. 1.

pode e deve ajudar os seres humanos. Mas, “a medicina não pode ser algo arrogante que acha que pode superar os limites da natureza”.⁴⁵

Alexandre Magno Fernandes Moreira Aguiar aponta, como precedente legal da Resolução 1.805/06 do CFM, a já mencionada Lei Estadual 10.241/99, do Estado de São Paulo, que regula os direitos dos usuários do sistema de saúde. Segundo o autor, o próprio governador Mário Covas, eu sancionou a lei, o fez “como político e paciente”, uma vez ciente do diagnóstico de seu câncer. Efetivamente, Mário Covas teria sido um dos pacientes terminais que se utilizou da legislação para afastar o prolongamento artificial da vida⁴⁶.

A Resolução, enquanto mero diploma administrativo deontológico, não tem o poder de alterar, por si só, o ordenamento jurídico-penal brasileiro, de forma que sua opção pela legitimidade da ortotanásia não é o que fará com que tal conduta não tenha contornos criminais.

Ocorre que a Justiça Federal do Distrito Federal suspendeu, por meio de liminar, a Resolução do CFM⁴⁷. Para o juiz Roberto Luis Luchi Demo, da 14^a Vara da Justiça Federal no Distrito Federal, que concedeu liminar a pedido do Ministério Público Federal, a ortotanásia, assim como a eutanásia parece caracterizar crime de homicídio, nos termos do artigo 121, do atual Código Penal. Segundo ele, a liberação da ortotanásia não pode ser feita por uma Resolução do CFM, mas somente por meio de uma lei federal.

Assim sendo, é de se concluir que, embora a Resolução 1.805/06 CFM não possa dar solução, sozinha, à questão da legalização da ortotanásia no Brasil, deve-se considerar sua utilidade no debate que se agiganta com sua edição. Volta-se a atenção para uma necessária humanização da medicina, seja sob o ponto de vista do reconhecimento de seus limites, seja

45 CABETTE, Eduardo Luiz Santos. op. cit., p. 36.

46 MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes, A ortotanásia e a Resolução CFM nº 1.805/06. Disponível em: <<http://www.jusnavigandi.com.br>>. Acesso em: 09 jul 2009, p. 2.

47 CARVALHO, Gisele Mendes de. op. cit. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 20 mar. 2008, p. 2.

sob o aspecto de priorizar o ser humano e não a técnica ou o tratamento.

6 Conclusão

O assunto abordado neste trabalho apresentou-se a nós com destaque, haja vista, por um lado, para a necessidade de compreensão das dificuldades enfrentadas pelo grande número de pacientes gravemente doentes que almejam a morte, e por outro lado, as limitações impostas pelo Estado ao afirmar o princípio da indisponibilidade da vida.

Propusemo-nos a mostrar que os avanços tecnológicos se por um lado trazem melhorias consideráveis a tratamentos de doenças, de outro lado têm características desumanas, porque buscam, a todo custo, o prolongamento de vidas de pacientes por meio do emprego de medidas heróicas. Diante disso, vimos a necessidade de estudar as diversas formas de manifestação da eutanásia, como a ativa e passiva, mistanásia, distanásia, além de proceder a uma abordagem sobre a conceituação do que vem a ser o suicídio assistido.

Demonstrou-se, ademais, que a regra do artigo 121 do Código Penal permaneceria inalterada. Tal preceito continuaria por tipificar condutas de parentes e/ou amigos da vítima que, por motivo piedoso, tenham, porventura, dado cabo à vida desta

Sendo assim, acredita-se ser possível uma reflexão a respeito da prática da eutanásia, a depender do caso concreto, acredita-se, nem menor espaço de tempo, na possibilidade de legalização da ortotanásia, como legítimo exercício da medicina, a qual, já foi, inclusive, objeto de Resolução por parte do Conselho Federal de Medicina.

Diante da complexidade do tema, intencionalmente, discorreremos sobre como o assunto é tratado na Holanda e Bélgica, países que já legalizaram a conduta. Quisemos mostrar que o direito de morrer precisa ser visto como viável àquelas

pessoas que só vêem a vida como dever de sofrimento, sem a mínima perspectiva de melhora de suas dores físicas e/ou psíquicas.

Abstract: The issue involving euthanasia encompasses the entire evidence, ethical, moral, religious and legal. Looking at it solely from the legal point of view, it would be euthanasia, to the Brazilian legal system, a crime, typified in our Penal Code as murder by the privileged with moral value. There is, however, that in some countries the practice of euthanasia has been legalized, opening the possibility for the patient to decide about his own death. While it is true that society is constantly changing, so the laws should be modernized to better fit the reality of individual cases which would eventually make fairer solutions.

Keywords: Euthanasia. Crime. Legalized.

Referências

- ALVES, Ricardo Barbosa. *Eutanásia, Bioética e Vidas Sucessivas*. Sorocaba: Brazilian Books, 2001.
- ANJOS FILHO, Robério Nunes Dos. Anotações sobre a existência de uma excludente constitucional de antijuridicidade. *Revista dos mestrandos em direito econômico da UFBA*, Salvador, n.9, jan./dez. 2001.
- ASÚA, L. Jimenez de. *Libertad de Amar y Derecho a Morrir: Ensayos de um Criminalista sobre Eugenia y Eutanásia*. 7. ed. Buenos Aires: Depalma, 1992.
- BITENCOURT, Cezar R. *Manual de Direito Penal: parte especial*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 43. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. (Coleção Saraiva de Legislação).
- CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Eutanásia e ortotanásia: comentários à Resolução 1.805/06 CFM. Aspectos éticos e jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2009.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. v. 2. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CARVALHO, Gisele Mendes de. *Aspectos jurídico-penais da eutanásia*. São Paulo: IBCCrim, 2001.

- _____. *Ortotanásia é eutanásia, mas não é crime* (Considerações a respeito da Resolução nº 1.805/2006 do CFM e sua compatibilidade com o Código Penal). Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 20 mar. 2008. Curso de Especialização Televirtual em Ciências Penais – UNISUL – IPAN – REDE LFG.
- CASABONA, Carlos Maria Romeo. *El derecho y la bioética ante los limites de la vida humana*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.
- COSTA, José de Faria. *Linhas de Direito Penal e de Filosofia*. Coimbra: Coimbra, 2005.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- FERNANDES, Florestan. *Organização Social dos Tupinambás*. 2.ed. São Paulo: Difusão Européia do livro, 1963.
- FIRMO, Aníbal Bruno. *Direito Penal*. v. 4. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. Parte Geral. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- GRACIA, Diego. *História de la eutanásia*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 1990.
- HAVE, Henk A. M. J. Ten. Euthanasia: Moral Paradoxus. In: Tempo de Vida e Tempo de Morte: *Actas do VII Seminário Nacional do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida*. Lisboa: Presidência do Conselho de Ministros, 2001.
- HINTERMEYER, Pascal. *Eutanásia*. A dignidade em questão. São Paulo: Edições Loyola, 2006.
- HOTTOIS, Gilbert; PARIZEAU, Marie-Hélène. *Dicionário da Bioética*. Trad. Maria de Carvalho. Lisboa: Piaget, 1988.
- JAKOBS, Gunther. *Suicídio, Eutanásia e Direito Penal*. Tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.
- JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. Parte Geral, v. 1. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- LEPARGNEUR, Hubert. *Bioética da Eutanásia: Argumentos Éticos em Torno da Eutanásia*. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org/revista/bio1v7/bioeutanasia.htm>>. Acesso em: 20 de jul. 2009.
- MARTIN, Leonard M. Eutanásia e distanásia: iniciação à bioética. *Revista do Conselho Federal de Medicina*, [S.l.], 1998.

- MENEZES, Evandro Côrrea de. *Direito de Matar: eutanásia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. v. 2. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. *A ortotanásia e a Resolução CFM n° 1.805/06*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3373/A-ortotanasia-e-a-Resolucao-CFM-1805-2006>>. Acesso em: 09 jul. 2009.
- NUCCI, Guilherme. *Código Penal Comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- PESSINI, Leo. *Eutanásia. Por que abreviar a vida?* São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2004.
- _____; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de bioética*. 7. ed. São Paulo: Loyola, 2005.
- PINAN Y MALVAR apud BIZATTO, José Idelfonso. *Eutanásia e responsabilidade médica*. Porto Alegre: Sagra, 1990.
- RAMOS, Artur. *Introdução à Antropologia Brasileira*. Rio de Janeiro: Casa do Estudante, 1943.
- RIBEIRO, Diaulas Costa. *Viver bem não é viver muito*. *Revista Jurídica Consulex*. v. 1, n. 29, ano III, maio, 1999.
- RODRIGUES, Paulo Daher. *Eutanásia*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- SÁ, Elida. *Biodireito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.
- _____, Maria de Fátima Freire de. *Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *Transplante de Órgãos e Eutanásia: liberdade e responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 1992.
- VERSPIEREN, Patrick. *L'Assistance Médicale au Suicide*. In: *Tempo de Vida e Tempo de Mortes: Actas do VII Seminário Nacional do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida*. Lisboa: Presidência do Conselho de Ministros, 2001.