



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

GABRIEL BOTELHO NASCIMENTO

**“A DIGNIDADE DA MORTE”: UMA DISCUSSÃO ACERCA
DA REGULAMENTAÇÃO DA EUTANÁSIA PELO DIREITO
PENAL BRASILEIRO**

Salvador
2013

GABRIEL BOTELHO NASCIMENTO

**“A DIGNIDADE DA MORTE”: UMA DISCUSSÃO ACERCA
DA REGULAMENTAÇÃO DA EUTANÁSIA PELO DIREITO
PENAL BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof^a. Thais Bandeira

Salvador
2013

TERMO DE APROVAÇÃO

GABRIEL BOTELHO NASCIMENTO

**“A DIGNIDADE DA MORTE”: UMA DISCUSSÃO ACERCA
DA REGULAMENTAÇÃO DA EUTANÁSIA PELO DIREITO
PENAL BRASILEIRO**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2013

A
Meus pais, Maria do Carmo e Daniel,
exemplos de vida e companheirismo e
amor, que sempre me educaram para
ser um ser humano digno e honesto.

AGRADECIMENTOS

A Prof. Miguel Calmon Dantas, que me socorreu em um momento crítico deste presente trabalho de conclusão de curso. Sem sua ajuda e compreensão, não chegaria a este momento.

A Prof^a. Thais Bandeira, que me acolheu como seu orientando, estando sempre disposta e solícita para me dar luz nesta caminhada. Ademais, sua inteligência e dedicação ao lecionar suas aulas me inspiraram a escolher o presente tema.

A Ingrid, minha companheira, minha cúmplice, minha parceira. Esteve presente em todo o caminho que trilhei até a apresentação deste trabalho, me levantando nos momentos de queda, e comemorando nos momentos felizes. Sem dúvidas você foi minha maior incentivadora, e sem o seu amor, seu incentivo, e seu carinho, este trabalho não teria a qualidade que teve.

“A vida é uma peça de teatro que não permite ensaios. Por isso, cante, chore, dance, ria e viva intensamente, antes que a cortina se feche e a peça termine sem aplausos”.

Charles Chaplin

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo discutir e analisar sob todos os aspectos um assunto bastante polêmico na atualidade: A eutanásia. De acordo com o ordenamento jurídico vigente, a eutanásia, qual seja, a capacidade de abreviar a vida de um indivíduo de modo a conceder uma morte digna ao mesmo, é considerada crime, sendo encaixada nas hipóteses de Homicídio Privilegiado ou auxílio ao suicídio, a depender da prática, constantes nos artigos 121, parágrafo 1º e 122 do Código Penal, respectivamente. Contudo, com o avanço da tecnologia na medicina, novas técnicas surgiram, permitindo que o paciente prolongue a sua vida. Porém, existem casos que o tratamento terapêutico não mais consegue curar o paciente terminal, e sua morte é iminente e irreversível. Nestes casos, cresce-se a discussão acerca da possibilidade da eutanásia com o fulcro de garantir ao enfermo uma morte digna, haja vista que a manutenção do tratamento pode acarretar um sofrimento ao indivíduo e seus familiares. À luz dos Princípios Fundamentais da Dignidade da Pessoa Humana e da Autonomia da Vontade, entende-se que deve ser concedido ao paciente o direito deste dispor de sua morte livremente e em conformidade com suas convicções, de modo que seja possível optar por ter um processo de morte suave e digno. Assim, ao longo do trabalho discute-se temas como a biotecnologia, o biodireito, a relação médico-paciente, intervenções médicas, bem como os tipos de encurtamento à vida, a forma como é tratado atualmente no Direito Brasileiro, o direito comparado, trazendo à tona, por fim, as propostas do Anteprojeto do Código Penal Brasileiro.

Palavras-chave: Direito à morte digna; Intervenções Médicas; Eutanásia, Distanásia; Ortotanásia; Anteprojeto do Código Penal.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	09
2. DO DIREITO À VIDA E DIREITO À MORTE DIGNA	12
2.1. CONCEITO E APLICAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	12
2.1.1. Do direito à vida	12
2.1.2. Do direito à morte digna	15
3. BIOTECNOLOGIA	21
3.1. CONCEITO	21
3.2. AVANÇOS CIENTÍFICOS NA MEDICINA	23
3.3. BIOTECNOLOGIA E BIOÉTICA	24
3.4. DA INTERVENÇÃO MÉDICA	27
3.4.1. Conceito	28
3.4.2. Dos Limites da intervenção médica	30
3.4.3 Paciente enfermo e paciente terminal	31
3.4.4. Responsabilidade do médico nas intervenções médicas	34
4. EUTANÁSIA	37
4.1 CONCEITO	37
4.2 EXPRESSÕES	39
4.2.1 Eutanásia ativa e passiva	39
4.2.2 Mistanásia	41
4.2.3 Distanásia	43
4.2.4. Ortotanásia	45
4.3. SUICÍDIO ASSISTIDO	48
4.3.1. Conceito	48
4.3.2. Diferença entre suicídio assistido e eutanásia	50
5. EUTANÁSIA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO	51
5.1. ENTENDIMENTO ATUAL	51
5.2. A RESOLUÇÃO N. 1805/2006 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA	57

5.2.1. Conteúdo	57
5.2.2. Relação com o Direito Comparado	60
5.3. O ANTEPROJETO DO CÓDIGO PENAL	66
6. CONCLUSÃO	72
REFERÊNCIAS	77

1. INTRODUÇÃO

A eutanásia atualmente é um tema de suma importância para o Direito, mais precisamente ao Direito Constitucional e Penal. Observa-se que, por ser o Código Penal Brasileiro datado de 1940, este se encontra defasado em alguns temas atuais, por conta da própria evolução social e científica.

A medicina passou a ser capaz de encontrar curas até então desconhecidas, bem como alterar a vida do ser humano. Através dos avanços científicos, pode-se prolongar a vida do indivíduo que se encontra em estado terminal, bem como há meios eficazes para dar fim a sua existência. A eutanásia é considerada como esta conduta humana que tem como escopo abreviar a vida do paciente em estado terminal.

Sob o prisma do direito brasileiro, ninguém teria a possibilidade de abreviar a vida de outrem, por ser a vida um direito fundamental preceituado pela Constituição Federal de 1988. Ademais, a ninguém é conferido do direito de dispor sobre a própria vida, não sendo possível a prática da eutanásia, segundo a Constituição, por mera liberalidade da vítima.

Observando o disposto na Constituição, o Direito Penal, apesar de não tipificar a eutanásia, inseriu esta conduta como sendo homicídio, sendo este previsto no art. 121 do CPB.

No que diz respeito à importância teórica do tema, a sociedade atual, por ter sofrido fortes influências da evolução científica, abriu margem a discussão da possibilidade do médico praticar a eutanásia em pacientes em estado terminal, sem perspectiva de melhora, ao passo que o Direito Penal Brasileiro considera tal conduta como homicídio.

Por conta da evolução da sociedade, a qual passou a considerar a dor e sofrimento que o paciente em estado terminal sofre por conta de tratamentos médicos, por vezes invasivos, bem como levando em consideração os desejos deste de não prolongar a sua vida naquelas condições, que se mostra inegável a relevância social do tema em se discutir a possibilidade de regulamentação da eutanásia no Direito Penal Brasileiro, haja vista que este, ao preceituar a eutanásia como homicídio, impede muitas vezes que aqueles enfermos terminais tenha um direito a uma morte digna.

Atualmente, o Anteprojeto do Código Penal Brasileiro colocou em evidência o debate sobre a eutanásia. A proposta do anteprojeto é de criar um tipo penal específico para os casos de encurtamento da vida, até então inexistente, prevendo uma pena de detenção de 2 a 5 anos.

Ademais, buscou acrescentar também um parágrafo entendendo como fato atípico a conduta do médico que suspender o tratamento terapêutico nos pacientes terminais que não tivessem mais a condição de se curar, e que tem a morte como iminente e inevitável.

Ao longo de todo o trabalho, procura-se analisar sob os aspectos jurídicos, éticos, e médicos, e com bastante razoabilidade o instituto da eutanásia. Acredita-se que uma pessoa que vive durante toda a sua vida com dignidade e autonomia não merece dispor de forma diferente desta, e de maneira diversa de suas convicções, no momento da morte.

O Direito à morte digna, neste contexto, busca tutelar o direito do indivíduo em dispor livremente e plenamente sobre a sua vida, podendo escolher morrer dignamente e não de forma penosa e prolongada artificialmente. Nesse sentido, a eutanásia promoveria a materialização do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a da Autonomia da Vontade no momento da morte.

Dessa forma, a problemática discutida diz respeito principalmente à possibilidade de legalização da Eutanásia em pacientes terminais. Pacientes estes que têm sua vida reduzida ao estado biológico e que sequer vivem com qualidade.

Entende-se que a tentativa de afastar a punibilidade ou a ilicitude em determinados casos de Eutanásia, constantes no Anteprojeto do Código Penal, e até mesmo o fato de se propor tipificar tal instituto de modo a reduzir a pena que atualmente é imposta, são indícios de uma tutela da concessão do “Direito à morte digna”.

Assim, o tema escolhido será detalhadamente exposto em 4 (quatro) capítulos, quais sejam o “Do direito à vida e do direito à morte digna”, “Biotecnologia e Biodireito”, “Eutanásia” e a “Eutanásia no sistema jurídico brasileiro”.

O primeiro capítulo traz os conceitos de Direito à vida e o Direito à morte digna, à luz dos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Autonomia da Vontade. Traça-se um paralelo entre esses Direitos, defendendo-se a possibilidade do Estado

contemplar, da mesma forma que o faz com o Direito à Vida, o “Direito à morte digna”.

O segundo capítulo sobre a “Biotecnologia e o Biodireito” faz um levantamento histórico sobre a evolução dessa Ciência cada dia mais importante e influente, trazendo ainda os avanços que esta propiciou principalmente no âmbito da medicina, colocando-se em evidência também o ramo da Bioética. Assim, expõe-se acerca das variadas formas de intervenções médicas, bem como os limites que estas devem repetir, as relações médico-paciente e a responsabilidade do médico nos tratamentos.

No capítulo terceiro do presente trabalho, chega-se finalmente à discussão da Eutanásia. Inicialmente, apresenta-se o conceito desta forma de concessão de morte digna a um paciente que vive em estado terminal, colocando em evidência todas as expressões advindas da Eutanásia e suas distinções, sendo estas expressões: a Eutanásia *ativa e passiva*, a *mistanásia*, a *distanásia* e a *ortotanásia*.

Busca-se ainda, no capítulo terceiro, dispor a respeito do Suicídio Assistido, fazendo-se um paralelo entre este último e a Eutanásia e deixando em evidência as diferenças existentes entre eles.

Por fim, no último capítulo sobre a “Eutanásia no Sistema Jurídico Brasileiro”, continua-se o debate agora dispondo sobre a forma como a Eutanásia é tratada atualmente pelo Ordenamento Jurídico, haja vista que, ainda que não tenha um tipo penal específico, é considerada como crime nas hipóteses de homicídio qualificado ou suicídio assistido.

Discute-se, assim, a possibilidade de legalização da eutanásia em pacientes terminais, trazendo à tona todas as tentativas de alteração no Código Penal, através dos anteprojetos, colocando-se em evidência o último, datado de 1999, que procura conceituar caracterizar a eutanásia como um homicídio próprio, diferente do trazido pelo *caput* do art. 121 do CP, e afastar a ilicitude da prática da ortotanásia.

2. DO DIREITO À VIDA E DO DIREITO À MORTE DIGNA

2.1 CONCEITO E APLICAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

2.2.1 Direito à vida

Segundo aduz Manoel Jorge e Silva Neto (2010, p. 648): “O direito à vida é referido como pressuposto para o reconhecimento ao ser humano de outros direitos, razão mais do que suficiente para o sistema constitucional brasileiro elevá-lo à condição de direito inviolável.” O direito à vida, portanto, não é somente o direito de possuir sinais vitais, tais como batimento cardíaco e respiração, mas também o de poder garantir que sua existência possua um mínimo de dignidade, por ser um direito inviolável.

Resta evidente que se deve analisar o direito à vida sob o prisma de outro princípio basilar do Estado Democrático de Direito: O direito à dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, III da Constituição Federal de 1988 como fundamento da própria República Federativa do Brasil.

De acordo com este princípio, busca-se proteger todos os aspectos do ser humano, sejam estes físicos, psíquicos, ou espirituais. Tanto é assim que o direito à vida “envolve o direito à preservação dos atributos *físico-psíquicos* (elementos materiais) e *espirituais-morais* (elementos imateriais) da pessoa humana, sendo, por isso mesmo, o mais fundamental de todos os direitos” (CUNHA JR., Dirley da. 2009, p. 658).

Historicamente, observa-se que o direito à vida, sob a ótica dos Direitos Fundamentais, surgiu durante o século XIX, no bojo da Revolução Francesa, fruto dos ideais burgueses libertários e individuais que permeavam todo este momento histórico. Buscava-se proteger a existência do indivíduo livre das amarras de um Estado opressor, enraizado ainda de ideias absolutistas do século XVI.

Dentro da Teoria do Geral dos Direitos Fundamentais, percebe-se que estes direitos evoluem de acordo com a própria transformação da conjuntura mundial. Por conta disto, buscou-se dividir as transformações dos Direitos Fundamentais em gerações,

ou dimensões, sendo que, a cada passo, os direitos já consolidados não se perdiam no tempo, e sim se adequavam à época. De acordo com Dirley da Cunha Júnior (2009, p. 578):

É esse movimento histórico de expansão e afirmação progressiva dos direitos humanos fundamentais que justifica o estudo da sua evolução no tempo. Daí falar-se em “gerações” ou “dimensões” de direitos, ou seja, direitos de primeira, de segunda, e de terceira geração ou dimensão, que correspondem a uma sucessão temporal de afirmação e acumulação de novos direitos fundamentais.

Aduz ainda o ilustríssimo autor que “ as gerações dos direitos revelam a ordem cronológica do reconhecimento e afirmação dos direitos fundamentais, que se proclamam gradualmente na proporção da carência do ser humano, nascidas em função da mudança das condições sociais” (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. 2009, p. 580)

Dentro desta ótica, insere-se o direito à vida nos chamados “direitos fundamentais de primeira geração”. Segundo tal terminologia, são considerados de primeira geração aqueles direitos que foram resultados do pensamento liberal-burguês ascendente do século XVIII, através das primeiras constituições escritas e das Declarações da época. Como dito anteriormente, esses direitos tem cunho individualista e liberal, em face do poder absolutista do Estado, caracterizando-se como direitos de defesa.

Na atual conjuntura do Direito Brasileiro, o direito à vida foi inserido pela Constituição Federal de 1988 no capítulo referente aos “Direitos e Garantias Fundamentais”, no seu artigo 5º, *caput*, garantindo a inviolabilidade ao direito à vida. É inegável, portanto, a atribuição do direito à vida como um Direito Fundamental. Como informa Maria Helena Diniz (2011, p. 45): “[...] A vida humana deve ser protegida contra tudo e contra todos, pois é objeto de direito personalíssimo. O respeito a ele e aos demais bens ou direitos correlatos decorre de um dever absoluto *erga omnes*.”

Dentro desta garantia constitucional, Dirley da Cunha Júnior (2009, p. 658) alega que o direito à vida é “[...] contra qualquer tipo de interrupção artificial do processo natural da vida humana, ainda que seja para pôr termo a um sofrimento e agonia (eutanásia)”.

A controvérsia acerca do direito a vida reside no momento em que a vida é considerada concebida. Para tanto, foram concebidas diversas teorias acerca do

momento exato que se atribui a vida ao ser humano, destacando-se quatro delas: a Teoria da Concepção; a Teoria da Nidação; a Teoria das Primeiras Atividades Cerebrais; e a Teoria Natalista.

Segundo a Teoria da Concepção, considera-se a vida desde o encontro do óvulo com o espermatozoide, formando o ovo-zigoto. É a teoria mais aceita pela Igreja Católica. Maria Helena Diniz (2011, p. 51) também corrobora com este pensamento quando diz que “a vida humana começa com a concepção. Desde esse instante tem-se um autêntico ser humano e, seja qual for o grau de evolução vital em que se encontre, precisa, antes do nascimento, do útero e do respeito à sua vida.”.

Foi com base nesta Teoria que o ex-Procurador Geral da República, Cláudio Fontelles, entrou com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn), com o intuito de declarar inconstitucional o art. 5º e incisos da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/05), a qual autoriza a utilização de células tronco embrionárias, fruto de fertilização *in vitro*, para fins terapêuticos, uma vez que tal dispositivo feria o direito à vida e o princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

O Código Civilista Brasileiro de 2002 também adere a esta teoria, haja vista que seu artigo 2º informa que “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”.

Já a Teoria da Nidação é aquela que considera vida a partir do 7º dia de gestação, em que o embrião gruda na parede do útero da mulher. Entendimento correspondente tem Mônica Santori Scarparo (1991, p. 42): “não seria viável falar de vida humana enquanto o blastócito ainda não conseguiu a nidação, o que se daria só no sétimo dia, quando passa a ser alimentado pela mãe”.

A Teoria das Primeiras Atividades cerebrais leva elemento basilar a Lei nº 9.434/97 (Lei de Transplantes de Órgãos). Analisando seu artigo 3º, percebe-se que a autorização do transplante de órgão *post mortem* só ocorre depois de constatada a morte encefálica por pelo menos dois médicos que não participaram da remoção ou transplante de órgão.

Ora, se considera o fim da vida partir da cessação das atividades cerebrais, analogicamente, infere-se que o início da vida seria quando aparecessem os primeiros sinais vitais, que é a partir do 14º dia de gestação.

Ademais, compartilha de tal entendimento Luis Roberto Barroso (2012. p. 12):

Se a vida humana se extingue, para a legislação vigente, quando o sistema nervoso pára de funcionar, o início da vida teria lugar apenas quando este se formasse, ou, pelo menos, começasse a se formar. E isso ocorre por volta do 14º dia após a fecundação, com a formação da chamada “placa neural”

Por fim, tem-se a Teoria Natalista, que considera a vida humana apenas no momento em que a criança nasce com vida. “Os natalistas (a) fazem surgir a personalidade do nascimento. Logo, nascituro não é pessoa, ainda que receba alguma proteção legal. Fundamentam, inclusive, que sua realidade biológica é distinta dos seres nascidos” (SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. 2009, p. 65). Resta evidente que, aqueles que seguem tal teoria, não consideram o nascituro como detentor de personalidade jurídica, mas apenas como um sujeito possuidor de expectativa de direito.

Apesar de divergirem a respeito do começo da vida do ser humano, faz-se mister esclarecer que, independente da teoria, todos corroboram a idéia de que o direito à vida é um instituto essencial para a proteção da existência do indivíduo, bem como da sua dignidade, sendo considerado Direito Fundamental pelo ordenamento brasileiro, protegido como cláusula pétrea, segundo o art. 60, §4, da Carta Magna Brasileira.

2.1.2 Direito à morte digna

Segundo a definição do Mini Dicionário Luft (2000, p. 467) a morte é o “1. Ato de morrer; o fim da vida. 2. Fim; termo. 3. Destruição; ruína. 4. (fig.) Pesar profundo”. Esta, no entanto, se dá muitas vezes de forma dolorosa, angustiante e prolongada de forma artificial, uma vez que, no ordenamento jurídico brasileiro vigente, não é concedido ao paciente o direito a ter uma morte digna.

O artigo 6º do Código Civil Brasileiro de 2002 é bastante claro quando dispõe: “A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva”.

Inicialmente, cumpre informar que, para o Direito, se faz necessária a determinação exata do momento em que a morte ocorre ao indivíduo, haja vista que a partir desse momento também se coloca um fim na personalidade jurídica do mesmo.

A morte legal é considerada no momento em que ocorre a morte encefálica (ou morte cerebral) da pessoa. Nesta ocasião, há uma parada de todas as funções do cérebro, em decorrência de dor, falta de oxigênio e de glicose, tornando-se o cérebro incapaz de manter todas as funções vitais do corpo. Esta morte é irreversível e permanente, sendo impossível a alteração no quadro clínico do falecido.

Tal entendimento é utilizado pela Lei ^o 9.434 de 1997, comumente conhecida por “Lei dos Transplantes”. O art. 3^o da supracitada Lei, assegurando o conteúdo exposto na Resolução 1.480/97, determina que:

Art.3^o: A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.

Rita Maria Paulina dos Santos (2000, p. 34) assevera que:

Inicialmente morre a célula, depois o tecido e a seguir o órgão; trata-se de um fenômeno em cascata. Estabelecido o processo, ele pode atingir os órgãos dos quais depende a vida do indivíduo, os chamados órgãos vitais. Dessa forma, desencadeia-se a parada da respiração, do coração, da circulação e do cérebro.

A Resolução 1.480 de 1997 do Conselho Federal de Medicina (CFM) assegura, em seu art. 1^o, que “A morte encefálica será caracterizada através da realização de exames clínicos e complementares durante intervalos de tempo variáveis, próprios para determinadas faixas etárias.” A Resolução considera a “necessidade da adoção de critérios para constatar, de modo indiscutível, a ocorrência de morte”.

Uma vez identificada a morte do indivíduo, é necessário que o médico emita um documento solene denominado “Atestado de Óbito”, onde deve constar a confirmação do falecimento, a definição da *causa mortis*, e a comprovação dos dados médicos-sanitários, havendo a possibilidade deste último testemunho ser feito por duas testemunhas idôneas, que tenham presenciado ou verificado a morte.

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2013, p. 369) lecionam que:

[...] o acolhimento do critério de *morte encefálica* impõe a participação direta do médico para a comprovação do óbito, o que não está, a toda evidência, ao alcance da ciência do Direito, dizendo respeito aos domínios da Medicina. Assim, somente após a declaração médica é que será possível lavrar a certidão de óbito, no cartório de registro civil competente.

No âmbito do Direito, além de se adotar o entendimento de que a morte legal se dá com a morte encefálica, o indivíduo também pode ser considerado morto quando há o que chamamos de morte presumida (com ou sem decretação de ausência).

Esta última é extremamente provável quando a pessoa desaparece em situações em que estava correndo risco iminente de vida, fora prisioneiro de guerra, entre outros casos constantes no art. 7º do CC/02.

Cumprido informar que em ambos os casos, sendo constatada a morte, deve-se emitir uma Certidão de Óbito junto a um Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais. Para que seja válido, este documento deve conter todas as informações que requer o art. 80 e seguintes da Lei de Registro Público (Lei nº 6.015/73).

No que tange o ordenamento jurídico pátrio, o maior efeito que a morte causa, como mencionado anteriormente, é o da extinção da personalidade jurídica do falecido. A personalidade jurídica acompanha o indivíduo por toda a sua vida, assim, com a cessação da vida perde-se esta personalidade.

Segundo Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2013, p. 367):

Até a ocorrência deste evento inexorável, no entanto, a pessoa conserva a personalidade adquirida, sem qualquer limitação. Somente com o óbito, haverá cessação da aptidão para titularizar relações jurídicas, ocorrendo, de pleno direito, uma *mutação subjetiva nas relações jurídicas patrimoniais* mantidas pelo falecido (*de cuius*), que passam a ser titularizadas por seus sucessores, *ex vi* do disposto no art. 1.784 da Codificação.

O que se pretende neste tópico, no entanto, é analisar o momento da morte de um paciente, observando se esta ocorre de maneira digna e não dolorosa e prolongada. Dessa forma surgem alguns questionamentos: Qual é a relação da morte com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana? O que seria o direito à morte digna? O indivíduo pode escolher morrer? Como o Direito brasileiro se posiciona a respeito?

A análise do tema remete à análise dos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Autodeterminação (Autonomia da vontade). Numa visão autônoma, a dignidade

humana seria o corolário da autonomia de vontade do indivíduo. Seria destacar a liberdade do sujeito em dispor de sua vontade livremente, em busca de sua dignidade.

Já acerca de uma visão heterônoma, impende destacar que a dignidade da pessoa humana atuando externamente à vontade do indivíduo. Como leciona Luis Roberto Barroso e Leticia Campos Martel (2010, p. 199), seria “[...] como um freio à liberdade individual em nome de valores e concepções de vida compartilhados [...] é justificada na busca do *bem* para o sujeito, para a preservação da sociedade ou da comunidade, para o aprimoramento moral do ser humano [...].”

A conjugação entre os Princípios da Dignidade e da Autodeterminação com o Direito à vida dá ensejo ao entendimento sob o qual seria permitido ao indivíduo também dispor de maneira livre e digna sobre a sua morte. Seria a materialização do Direito à morte digna. Neste sentido, Roberto Dias (2012, p. 71) ensina:

[...] quando a Constituição contempla a hipótese de existência de direitos fundamentais decorrentes dos princípios por ela adotados, admite de forma clara o surgimento de tais direitos como resultado da ponderação entre eles, que fará surgir, no caso concreto, uma regra diretamente aplicável. Em outras palavras, da colisão também pode surgir um direito fundamental, veiculado por uma norma subsumível ao caso concreto, direito esse que não se confunde com aqueles decorrentes das normas que colidiram, como autoriza o art.5 parágrafo 2 da Constituição Federal.

Assim, o direito à morte digna seria o direito da pessoa ser “dona do seu destino”, de modo a poder conduzir da maneira que quisesse a sua vida, podendo, assim, optar por uma morte sem prolongamentos ou sofrimento, uma morte digna. Para Ronald Dworkin (2008, p. 280):

A morte domina porque não é apenas o começo do nada, mas o fim de tudo, e o modo como pensamos e falamos sobre a morte é a ênfase que colocamos no morrer com dignidade-mostra como é importante como a vida termine apropriadamente, que a morte seja um reflexo do modo como desejamos ter vivido.

Porém, o que ocorre, atualmente, é que no Brasil não é concedido ao indivíduo o direito de morrer de forma digna. Isso acaba gerando, de certa forma, uma “obrigação de viver”, ainda que a pessoa esteja vivendo uma vida reduzida ao seu estado biológico e sem qualquer qualidade.

Como a medicina nos tempos hodiernos está muito avançada e as intervenções médicas estão cada vez mais incisivas, o processo de morrer torna-se muito mais

lento e penoso para o paciente. Tal situação gera um prolongamento artificial do sofrimento e do curso natural da vida do paciente, e não necessariamente um prolongamento da vida, que gere uma qualidade a esta.

Segundo Maria Auxiliadora Minhaim (2005, p. 182),

os limites entre a vida e a morte, [...], são cada vez mais tênues, havendo mesmo certos estados que aparentam em si uma similitude, mas que são diferenciados o que tange às possibilidades de sobrevivência e de realização dos atributos de humanidade.

Percebe-se que o avanço biotecnológico influencia na medicina, de sorte que o paciente terminal, que apenas quer seguir o curso normal da vida – qual seja, a morte natural - , reste impossibilitado de ter um fim digno, haja vista o prolongamento artificial da sua condição física.

Assim, os pacientes que vivem em estado terminal vegetativo, onde as vidas estão reduzidas apenas ao estado biológico, não podem optar por ter uma “boa morte”, uma vez que o Direito brasileiro não contempla este direito.

Conforme preceitua Gisele Mendes de Carvalho (2001, p. 120):

Desse modo, não ultrapassando a disponibilidade do direito à vida os limites de seu próprio titular, não se vislumbra como contrária a Constituição omissão de tratamentos vitais quando a recusa do paciente se fundamenta na ausência de expectativas reais de melhora e a submissão forçada aos cuidados médicos implicaria atentado à dignidade humana.

Os pacientes deveriam poder escolher e consentir qualquer tratamento médico ou até mesmo a suspensão de tratamento que achasse adequada e necessária para ter um final de vida com qualidade e, por consequência, uma morte digna.

Segundo Roxana Borges (2001, p. 284), atualmente, há uma:

[...] reapropriação da morte pelo próprio doente. Há uma preocupação sobre a salvaguarda da qualidade de vida da pessoa, mesmo na hora da morte. Reivindica-se uma morte digna, o que significa “uma recusa de se submeter a manobras tecnológicas que só fazem prolongar a agonia”.

O que não se pretende, contudo, é banalizar e facilitar os meios para que se encurte a vida de pacientes em estado terminal. O que se propõe é que haja uma tutela por parte do ordenamento jurídico, para que o paciente possa dispor plenamente de sua autonomia e, de acordo com suas convicções e vontades, poder ter o direito de escolher morrer dignamente.

É o que aduz Maria Helena Diniz (2011, p. 474)

O paciente tem o direito de opinar sobre o que se lhe apresenta como benefício, mas o médico deve decidir quando o tratamento é fútil, ou não, baseado em seu conhecimento sobre os efeitos da terapia e de seu provável impacto sobre a qualidade de vida do doente.

Não basta simplesmente o paciente requerer a sua morte, mas também que esta seja velada pelo médico, após análise minuciosa da condição concreta do enfermo, sob o fulcro de determinar que o tratamento médico não é mais eficaz.

Entender em sentido contrário ensejaria a qualquer indivíduo uma responsabilidade penal por omissão de socorro, previsto no art. 135 do CPB. Não obstante, por ser garantidor legal, o médico cominaria na pena de homicídio comissivo por omissão, sendo enquadrado no art. 121 do CP.

Questionamentos surgem quando o paciente em estado terminal não tem capacidade para consentir ou não a respeito de tratamentos que prolonguem artificialmente o processo de morte do mesmo, ainda que este consentimento ainda que sejam irrelevantes para excluir a punibilidade de quem quer que seja o responsável por encurtar a vida de um paciente em estado terminal.

Nesse contexto, então, se faz necessário o estudo detalhado dos meios que podem ser utilizados para que se conceda a morte digna, a biotecnologia, da relação médico-paciente, dos meios de intervenção por parte dos médicos e entender quais são os argumentos utilizados pelo Direito Brasileiro para a proibição destes meios.

3. BIOTECNOLOGIA

3.1. CONCEITO

Entende-se por biotecnologia como o domínio tecnológico baseado na biologia. Ou seja, é a utilização dos seres vivos, no todo ou em parte, para a produção de bens ou serviços.

Este é o entendimento das Nações Unidas (1992, p. 3), na sua “*Convention of Biological Diversity (CBD)*”, a qual afirma no seu art. 2º que “*Biotechnology means any technological application that uses biological systems, living organisms, or derivatives thereof, to make or modify products or processes for specific use.*”

É importante salientar que a biotecnologia age em diversos setores da sociedade, tais como a agricultura, engenharia genética, e, sem dúvidas, a medicina.

Impende destacar que este domínio tecnológico não é um fenômeno recente, podendo ser observado desde os primórdios da sociedade. Na antiguidade, por exemplo, observa-se a utilização da biotecnologia na produção de cerveja, através da levedura. A levedura é um fungo, da espécie *Saccharomyces cerevisiae*, utilizada para fermentar o mosto, mistura de água, cevada e lúpulo, dando origem à cerveja.

No mesmo sentido, salienta-se a utilização pelos povos da Mesopotâmia, Grécia antiga, e Egito, de técnicas arcaicas de fertilização para aperfeiçoar a produção agrária, abastando a população cada vez mais crescente, caracterizando mais um exemplo evidente da biotecnologia clássica.

Severo Hryniewicz e Regina Fiuza Sauwen (2008, p. 75), já declinavam neste sentido:

Ainda que parece um produto da modernidade, já em tempos bastante remotos o homem fazia uso de procedimentos biotecnológicos: os gregos e os egípcios, por exemplo, para fabricarem vinhos, cervejas ou queijos expunham macerados de uva ou de cevada, derivados de leite e outros produtos básicos à ação de micro-organismos presentes no ar.

Assim, os povos antigos, apesar de não utilizarem de tecnologia avançada para a produção de insumos, utilizavam-se da biotecnologia clássica sem saber, uma vez que utilizavam seres vivos nas suas culturas.

Em 1928, o cultivo do fungo *Penicillium chrysogenum* pelo médico escocês Alexander Fleming ocasionou no surgimento da penicilina, primeiro antibiótico a ser descoberto e desenvolvido. Faz-se mister salientar que tal fato foi considerado uma grande influência da biotecnologia na medicina, contribuindo até os dias atuais para o tratamento de indivíduos.

O professor da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Antônio Paes de Carvalho (1993, p. 5), subdivide a biotecnologia em: Biotecnologia Clássica e Biotecnologia Moderna. Para o ilustre professor, a Biotecnologia Clássica ou Convencional seria aquela que:

“[...] trabalha com seres vivos ENCONTRADOS NA NATUREZA E OTIMIZADOS PELA MÃO DO HOMEM para determinada função produtiva MEDIANTE ISOLAMENTO, SELEÇÃO E CRUZAMENTOS GENÉTICOS NATURAIS (ainda que induzidos) entre espécies e variedades sexualmente compatíveis. As técnicas para essa otimização são geralmente práticas laboratoriais e de campo amplamente conhecidas, como também o são as tecnologias não biológicas necessárias à produção industrial na Biotecnologia Clássica.

Pode-se enquadrar dentro desta perspectiva de biotecnologia clássica a utilização de micro-organismos para produção de antibiótico, vinho e cerveja, como visto alhures. Mas também se insere nesta prática a produção industrial de sementes, a partir de um melhoramento vegetal, bem como a produção de soro imunológico para o surgimento de vacinas.

Entrementes, o prof. Antônio Paes de Carvalho (1993, p. 6) ainda demonstra o conceito de Biotecnologia Moderna. Segundo lecionado:

A Biotecnologia Moderna inicia o seu trabalho com seres vivos naturais para OBTER OUTROS SERES VIVOS NÃO ENCONTRÁVEIS NA NATUREZA, OBTIDOS PELA APLICAÇÃO DE TÉCNICAS NÃO NATURAIS DE SELEÇÃO, TRANSFORMAÇÃO GENÉTICA E OTIMIZAÇÃO FISIOLÓGICA. A modificação pode ser genética, utilizando-se a chamada "engenharia genética" (um conjunto de técnicas de Biologia Molecular) para introduzir características de interesse industrial cuja transferência ao organismo em causa seria impossível por métodos naturais. Ou pode ser meramente funcional, caso em que se aproveita certas propriedades especiais de células e tecidos para transforma-las funcionalmente em instrumentos de bio-produção cujos mecanismos de ação não ocorrem espontaneamente na natureza.

Faz-se mister salientar que o avanço da biotecnologia moderna, mais precisamente no início do século XX, acarretou em transformações relevantes para a área das Ciências Biológicas, como por exemplo, para a Biologia Molecular, a partir da

descoberta da estrutura helicoidal (em forma de hélice) do DNA pelos cientistas James Watson e Francis Crick em 1953. Com isto, iniciaram-se os estudos acerca da engenharia genética.

Porém, atualmente nenhuma área do conhecimento foi tão influenciada pela biotecnologia moderna como a Medicina.

3.2. AVANÇOS CIENTÍFICOS NA MEDICINA

Indubitavelmente, a biotecnologia moderna, a partir do avanço da microbiologia, passou a ter enormes ingerências na área das ciências médicas. Importante salientar que a biotecnologia já influencia na medicina há tempos, como observado anteriormente, com a descoberta da penicilina.

Outrossim, a biotecnologia moderna passa a utilizar da engenharia genética para otimizar os resultados na área da saúde, encontrando-se meios para prevenir ou curar doenças. Recombinação gênica, clonagem, transgênicos, utilização de células-tronco, foram algumas das inovações trazidas com o avanço da biotecnologia.

Assim, cada vez mais a biotecnologia propiciou a medicina, através de descoberta de medicamentos, ou até das técnicas desenvolvidas através da biotecnologia moderna (como a recombinação gênica), a possibilidade de dar uma melhor qualidade de vida aos indivíduos que lhe aproveitam.

Segundo Maria Auxiliadora Minahim (2005, p. 28):

“[...] é válido lembrar que a biociência tem significativos triunfos para ostentar sobre a dor, a ignorância, a doença e a morte, sempre que se faz com êxito um transplante, possibilita-se melhor qualidade de vida a portadores de enfermidades graves, com novas drogas e equipamentos, e pode-se sonhar com a cura do câncer e do mal de Alzheimer. Festeja-se, graças aos novos medicamentos introduzidos nos últimos anos, a chegada à adolescência das primeiras crianças portadoras de HIV transmitido pela mãe, a possibilidade de cura de doenças transmitidas geneticamente e o prolongamento da vida com qualidade [...]”

Não obstante, a medicina, com os avanços tecnológicos trazidos da biociência moderna, começou a ser questionada, haja vista que as questões morais, bem como o próprio ordenamento pátrio, não seguem o mesmo ritmo de evolução desta. Os

médicos passaram a realizar tratamentos sob os quais a sociedade questionava seus métodos, uma vez que atingiam limites morais até então intocáveis.

Como exemplo, se tem o primeiro caso de transplante de coração, realizado pelo médico Sul-Africano Christian Barnard, em 1967. Tal prática, para ser concebida com sucesso, só foi possível a partir da remoção do coração em funcionamento de um paciente com morte encefálica.

A partir de então, passou-se a questionar qual o momento em que se pode ser considerado o indivíduo morto; se a morte encefálica realmente configura a morte da pessoa. Naquela época, o Direito não havia evoluído no mesmo ritmo da Medicina, não havendo previsão sedimentada acerca do tema, como se observa atualmente no ordenamento pátrio.

Para Maria Auxiliadora Minahim (2005, p. 24), “esse fenômeno exige constantes adaptações sociais e novos posicionamentos compatíveis com as mudanças possibilitadas pela ciência, seja para recepcioná-las, seja para repudiá-las”.

Tais questões foram preponderantes para o surgimento da Bioética, a qual buscava trazer um diálogo entre os avanços da medicina (influenciada pela biotecnologia) e os aspectos ético-jurídicos que o circundam.

3.3. BIOTECNOLOGIA E BIOÉTICA

Diante de tamanhas mudanças acarretadas pelo avanço da biotecnologia na medicina, a sociedade passou a buscar limitar o seu alcance às questões ético-jurídicas, haja vista que, como dito, nem sempre a moral e o Direito seguiam a evolução da biociência.

Foi então que surge a necessidade da bioética. Segundo Maria Helena Diniz (2011, p. 30):

Deveras, a ameaça da técnica sobre a humanidade gerou uma ética para a civilização biotecnológica a fim de que se pudesse preservar a dignidade da pessoa humana dos abusos do biopoder, da revolução biológica desencadeada pela descoberta do DNA, da geneterapia, das novas técnicas biomédicas e farmacológicas e do desenvolvimento da genética molecular, mediante uma reflexão, que é tipicamente bioética, sobre o fenômeno da vida e da morte.

A nomenclatura bioética surge a partir do livro “*Bioethic: Bridge to the Future*”, em 1971, pelo Dr. Van Rensselaer Potter. Neste, segundo Maria Auxiliadora Minhaim (2005, p. 30), o ilustre doutor “[...] alertava para a necessária interlocução entre os valores éticos e os fatos biológicos, propondo um ponto de encontro entre as ciências humanas e as experimentais, com vistas à preservação da vida no planeta”.

A sociedade, a partir da bioética, passou então a discutir os limites acerca dos tratamentos médicos, influenciando de sobremaneira a comunidade jurídica. É certo que o Direito não acompanha o avanço da biociência na medicina, razão pela qual passou a tentar harmonizar o ordenamento jurídico existente, muitas vezes arcaico e ultrapassado, às novas técnicas de tratamento médico.

Dentro da construção da bioética, tem-se “o Relatório de Belmont, encomendado pelo Congresso dos Estados Unidos após ter conhecimento dos abusos praticados nas pesquisas em seres humanos” (MINAHIM, Maria Auxiliadora. 2005, p. 31). A partir deste documento, foram instituídos os princípios fundantes da bioética. São eles: o respeito pelas pessoas (autonomia), o da beneficência, e o da justiça.

Maria Helena Diniz (2011, p. 38) leciona que o princípio da autonomia é aquele em que:

[...] o profissional da saúde respeite a vontade do paciente, ou seu representante, levando em conta, em certa medida, seus valores morais e crenças religiosas (Código de Ética Médica, arts. 24 e 31). Reconhece o domínio do paciente sobre a própria vida (corpo e mente) e o respeito à sua intimidade, restringindo, com isso, a intromissão alheia no mundo daquele que está sendo submetido a um tratamento. Considera o paciente capaz de autogovernar-se, ou seja, de fazer suas opções e agir sob a orientação dessas deliberações tomadas, devendo, por tal razão, ser tratado com autonomia.

Maria Auxiliadora Minhaim (2005, p. 31) informa que beneficência é a “obrigação de maximizar o número de possíveis benefícios, minimizando os riscos.”.

O princípio da justiça, segundo Maria Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves (2009, p. 34):

[...] refere-se ao meio e fim pelo qual se deve dar toda intervenção biomédica, isto é, maximizar os benefícios com o mínimo custo. Nesse “mínimo custo” devem ser abrangidos não apenas os aspectos financeiros, que quando bem equacionados permitem a igualdade de acesso aos serviços de saúde, mas também os custos sociais, emocionais, e físicos. Ou seja, justa é a intervenção médica que leva em conta os valores do paciente, bem como sua capacidade de deliberação e unidade psicofísica.

Assim, iniciou-se a construção principiológica da bioética, sendo esta incrementada pelas ideias de Beauchamps e Childress, os quais trouxeram a princípio da não maleficência, em sua obra “*Principles of Biomedical Ethics*” (2001). Segundo Maria Auxiliadora Minahim (2009, p. 32), o princípio da não maleficência significa que “o médico não deve realizar práticas que submetam o paciente a risco e, sendo este inevitável, optar pela prática de menor risco e de sofrimento minorado.”

Gisele Mendes de Carvalho (2001, p. 79) ainda traz paralelo aos princípios elencados, o princípio da qualidade de vida. Segundo ela:

Esse princípio significa que o valor da vida é determinado, em parte, pela capacidade de a pessoa realizar certos objetivos. [...] Quando tais habilidades não existem, contudo, cessa a obrigação de prolongar a vida ou continuar determinado tratamento. Nesse sentido, deve-se levar em conta que a qualidade de vida de uma pessoa não é sinônimo de vida plena, fisiológica, psicológica ou emocional. [...] A qualidade de vida do paciente, como ela se manifesta ao realizar seus objetivos, é primordial para se decidir ética e clinicamente.

Ao longo dos anos, esta base principialista da Bioética passou a ser questionada, haja vista que foi pensada em países anglo-saxões, mais precisamente os Estados Unidos, devendo esta ser interpretada de maneira diferente nos países periféricos.

Por conta destes países subdesenvolvidos, ou em desenvolvimento, possuem grandes desigualdades sociais, os princípios não deveriam esgotar a discussão acerca da bioética nos tratamentos médicos, mas sim ser utilizada como base para suas soluções.

Com a bioética se formando como cerne para a harmonização entre as questões morais e os avanços biotecnológicos da medicina, o Direito passa a ser o instrumento normativo sob o qual devem ser positivados os posicionamentos bioéticos. Dentre os ramos do direito, o Direito Penal se mostra como o mais eficiente para conter os abusos praticados pelos tratamentos médicos atuais.

Não obstante, cria-se uma contradição dentro do próprio sistema jurídico penal, haja vista que este, por primar pelo princípio da intervenção mínima (ou “*ultima ratio*”), deve se conter ao realizar tal normatização dos posicionamentos bioéticos, com o fulcro de não massificar o próprio Direito Penal.

Conforme leciona Amelia Martín Uranga (2004, p. 40):

[...] a biotecnologia, a criação de uma inovação biotecnológica pode supor, em certas ocasiões, a produção de certos riscos, de certas situações de perigo, que podem apresentar, como teremos ocasião de estudar mais

abaixo, a necessidade de recorrer ao Direito Penal para dar uma resposta jurídica a essa situação. Porém, o problema baseia-se no fato de que o uso desse recurso, nesse setor do ordenamento jurídico, para castigar todo tipo de atuações perigosas, significa ceder a uma tendência expansiva do Direito Penal. Essa tendência, em certas ocasiões, pode, por sua vez, significar entrar em conflito com os princípios tidos como básicos desse direito.

Assim, há quem entenda que o Direito não deveria normatizar os conflitos morais introduzidos na sociedade pela biotecnologia, e debatidos pela bioética, uma vez que o sistema jurídico não seguiria o ritmo acelerado das evoluções da biociência. Segundo preleciona Maria Auxiliadora Minahim (2005, p. 38):

A mutabilidade dos fatos, determinada pela tecnociência, dificulta um tratamento jurídico suficientemente amplo e, ao mesmo tempo, seguro, para compreender toda a complexidade que existe em torno de temas como inseminação artificial, clonagem, eutanásia, hibridação.

A *contrario sensu*, a ilustríssima doutrinadora aduz que: “A intervenção do direito o campo da biotecnologia deve-se fazer de forma a preservar o ser humano de excessos possíveis nessa área.” De certo, o Direito Penal deve proteger os indivíduos de possíveis abusos decorrentes das novas práticas trazidas à tona a partir do avanço da biotecnologia, intervindo para assegurar os bens jurídicos relevantes, como a dignidade da pessoa humana.

Importante salientar que, dentre os temas relacionados à medicina, sob os quais o Direito ainda não possui posicionamento totalmente sedimentado, são aqueles referentes às intervenções médicas no próprio paciente, como a obstinação terapêutica.

3.3 DA INTERVENÇÃO MÉDICA

O avanço tecnológico da medicina alterou significativamente as práticas médicas. Buscou-se, a partir de inovações biocientíficas, dar uma melhor qualidade de vida aos indivíduos que necessitam de alguma assistência.

O problema maior reside quando o tratamento médico extrapola a vontade do paciente, tornando-se um fardo para o sujeito, que ao invés de ter uma melhoria na condição do seu quadro clínico, passa a ter um sofrimento desnecessário.

3.3.1 Conceito

A intervenção médica seria a assistência prestada por profissional qualificado a um indivíduo com o intuito de preservar sua vida ou sua saúde.

Esta conduta sempre esteve atrelada ao profissional da saúde, conforme se observa do Juramento de Hipócrates: “A Saúde do meu Doente será a minha primeira preocupação”.

Importante se faz salientar a que a intervenção médica pode ocorrer através de tratamentos médicos, como a prescrição de medicamentos, mas também através de cirurgia.

No sistema jurídico prático, a intervenção médica resta configurada como um exercício regular de direito, sendo uma excludente de ilicitude.

Este é o entendimento dos ilustres doutrinadores Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini (2010, p. 177), os quais afirmam que “apontam-se também como exercício regular de direito as intervenções médicas e cirúrgicas, por se tratar de atividades autorizadas pelo Estado, que reconhece, estimula, organiza, fiscaliza a profissão médica.”.

Porém, de modo geral, a doutrina não distinguia a intervenção médico-cirúrgica, entendendo esta como todo tipo de cirurgia. Atualmente, já se busca fazer a distinção entre as intervenções médico-cirúrgicas necessária – para fins terapêuticos -, e as intervenções médico-cirúrgica meramente estética.

As intervenções médico-cirúrgicas terapêuticas são as verdadeiras excludentes de ilicitude por exercício regular de direito, haja vista que é dever do médico tratar seu paciente, visando a sua saúde plena, como dito alhures por Julio Mirabete e Renato Fabbrini.

O próprio Código Penal Brasileiro, ao tratar do constrangimento ilegal no art. 146, traz no seu parágrafo 3º, inciso I, tal excludente, quando afirma que não se aplica ao referido artigo, “a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida”.

Já as intervenções médico-cirúrgicas estéticas, sem fins terapêuticos, baseiam-se meramente no consentimento do ofendido e na disponibilidade do bem jurídico tutelado, razão pela qual, se estas restarem configuradas, afasta-se a excludente de antijuridicidade.

Conforme explana Gilson Sidney de Amancio Souza (2001, p.5):

Não há dúvida que em ambos os tipos de intervenção cirúrgica é requisito indispensável à qualificação científica do cirurgião. O Estado autoriza e incentiva a medicina, estimulando seu desenvolvimento e fiscalizando sua atividade. A saúde é uma das prestações que o Estado deve assegurar aos indivíduos. E, por sua relevância e implicações para bens jurídicos tão importantes como a vida e a saúde, o Estado regulamenta e normatiza o exercício da medicina.

Outrossim, a intervenção médica deve observar certos requisitos. O primeiro é relativo ao direito à verdade, no qual o paciente, ou seu representante, deverá estar ciente da doença que o acomete, bem como das soluções possíveis.

Com relação ao direito à verdade, Gisele Mendes de Carvalho (2001, p. 88), aduz:

É frequente que os médicos procurem poupar a realidade, com vistas a evitar desgastes psicológicos que agravariam seu estado patológico geral, ou ainda porque não querem se envolver mais do que exigiria a objetividade clínica. Contudo, e consoante já se afirmou, o doente mesmo é capaz de compreender a gravidade de sua moléstia e as tentativas no sentido de privá-lo da verdade, o que faz com que a atitude de cerceá-lo do conhecimento de seu próprio estado de saúde contribuam apenas para aumentar sua angústia e cultivar sua ansiedade.

Deve também, observando-se os princípios bioéticos da beneficência e não maleficência, a intervenção médica trazer mais resultados positivos do que negativos, diminuindo-se assim os riscos inerentes ao tratamento.

Por fim, esta deve ser indispensável, não existindo nenhuma outra menos gravosa que possa ser aplicada.

Porém, a questão maior reside nas situações em que a intervenção médica, mesmo antijurídica, buscando tratar o paciente, atinge de sobremaneira outros bens do indivíduo, como a Dignidade da Pessoa Humana e a autonomia de vontade.

3.3.2 Dos limites da intervenção médica

Ao passo que é dever do médico zelar pela vida do seu paciente, intervindo de maneira eficiente, este deve observar como limite a autonomia de vontade do indivíduo que precisa do tratamento, preceituado pela Bioética e intimamente ligado a dignidade da pessoa humana.

Ademais, ao proteger-se a autonomia, e conseqüentemente a dignidade da pessoa humana, resta protegido o próprio direito à vida do paciente, uma vez que esta não sofrerá abusos decorrentes de condutas desarrazoadas do médico.

Em verdade, não havia um limite jurídico acerca das intervenções médicas a partir da evolução da biociência. Este só passou a ser relevante a parte da objetivação do ser humano, uma vez que os médicos se afastaram cada vez mais do paciente, sem ter uma relação intimista, subjetiva. Preleciona Carlos Roberto Siqueira Castro (2007, p. 281):

O Direito, diante desse salto no futuro por parte da medicina e da biogenética, a princípio ficou mudo e atônito, como que aguardando cada novo lance espetacular da ciência para oferecer os serviços da normatividade e da pacificação social pela via da legalidade. Porém, quando a lógica de mercado transformou o sujeito de direito em corpo objeto, a ordem jurídica teve de despertar para esses desafios insondáveis da ciência.

A autonomia da vontade, preceito amplamente protegido no ordenamento jurídico pátrio, e abraçado também pela Bioética, é facilmente percebida quando se trata de pacientes que possam exteriorizar seu *animus*, devendo o médico restar silente em caso de negativa de tratamento, apesar dele deter o conhecimento do que é melhor ao indivíduo. Neste caso, não se pode forçar o indivíduo que não deseja tratamento médico.

Não obstante, a problemática da autonomia reside quando o paciente se encontra em estado terminal. A este, o poder de escolha é limitado, haja vista que não há mais entre as intervenções médicas, uma ponderação entre risco e o benefício de resultado efetivo.

Neste caso, questiona-se até quando o prolongamento da vida do paciente terminal por tratamentos médicos é efetivo ou não; até quando a dignidade da pessoa

humana e seu direito à vida esta sendo preservado ou não, e assim se a própria autonomia de vontade será respeitada.

Conforme aduz Gisela Mendes de Carvalho (2001, p. 81)

[...] quando o enfermo se encontra na etapa de morte inevitável a cura já não se apresenta mais como possível e os objetivos devem concentrar-se na não maleficência. A atuação da equipe médica deve visar ao conforto do paciente e ao alívio do seu sofrimento, não devendo por isso capitular diante de possíveis sentimentos de incapacidade, incompetência ou omissão. Se instituído nessa fase um tratamento mais agressivo, visando a cura (v.g., um transplante), além de ineficaz, acarretaria maior sofrimento ao paciente.

Portanto, a autonomia da vontade, que busca proteger a dignidade da pessoa humana, bem como o direito à vida do paciente, são requisitos basilares para a análise concreta dos limites acerca da intervenção médica.

Ademais, deve-se observar também o conceito de paciente enfermo e paciente terminal, para se determinar a extensão desta autonomia de vontade.

3.3.3. Paciente enfermo e paciente terminal

Como visto alhures, a intervenção médica encontra óbice na autonomia do paciente para requerer ou não o tratamento a ser realizado. Ocorre que, muitas vezes a vontade deste paciente não se exterioriza, haja vista sua debilidade decorrente da doença que lhe acomete.

Assim, deve-se distinguir, para efeitos da extensão da própria autonomia de vontade, o que seria o paciente enfermo do paciente terminal.

Via de regra, todo paciente acometido de uma doença é considerado como enfermo. Seria então o gênero, do qual o paciente terminal é uma espécie. O enfermo é aquele que padece de cuidados médicos, sendo de maneira mais ou menos gravosa a sua patologia.

Em se tratando daqueles pacientes cuja doença não é grave, a autonomia de vontade se configura de maneira que o médico deve abster-se de praticar o ato se não for da vontade do paciente, observando os limites dos bens juridicamente tutelados, mesmo o profissional da saúde mantendo o conhecimento do que é melhor para ele.

Agora, ao observar o paciente terminal, vem à tona uma série de questionamentos. O primeiro baseia-se no próprio conceito indeterminado do paciente terminal. O paciente terminal seria aquele que possui uma doença incurável e fatal, restando poucos momentos de vida.

O neurocirurgião mexicano Francisco Escobedo, conforme elucidado por Regina Fiuza Sauwen e Severo Hryniewicz (2008, p. 134), traz a classificação dos pacientes terminais em tipos, senão vejamos:

Paciente terminal tipo 1 – É aquele que sofreu embolia, enfarto, hemorragia, traumatismos; encontra-se em estado de choque ou faz um quadro de intoxicação grave. Nesses casos há esperança de sobrevida e, segundo ele, devem ser empregados todos os recursos ordinários e extraordinários para manter o paciente com vida.

Paciente terminal tipo 2 – É aquele que se encontra em estado grave, resultante de um episódio agudo ou crônico, com perda de consciência, das faculdades cerebrais, das funções mentais, e ficou incapacitado para uma vida de relação. Para esse tipo de paciente não há esperanças de recuperação e a expectativa de sobrevida está diretamente ligada ao uso de recursos extraordinários.

Paciente terminal tipo 3 – É o paciente que, apesar de acometido de uma doença considerada incurável, e submetido a sofrimentos físicos ou morais, mantém consciência parcial ou total. É o caso do paciente em fase final do câncer ou da AIDS.

Para o médico mexicano, a depender da doença e da gravidade da patologia, se justificaria ou não a prática de tratamentos médicos incisivos.

Gisele Mendes de Carvalho (2001, p. 26) diferencia os meios ordinários e extraordinários. *In verbis*:

Os meios ordinários caracterizam-se por serem disponíveis para um grande número de casos, econômicos, clinicamente aceitos e habitualmente utilizados e de aplicação temporária. Já os meios extraordinários estão comumente restrito a apenas alguns casos, são custosos, estão quase sempre em face de experimentação, são de alta tecnologia e de aplicação permanente e possuem caráter agressivo. O emprego das terapias ordinárias para salvar ou manter a vida do paciente é obrigatório, enquanto que os meios extraordinários são de utilização facultativa.

A ilustre autora assevera também que “é muito difundido e aceito pelos moralistas o princípio segundo o qual não é obrigatório, para a conservação da vida, o recurso a meios extraordinários de prolongamento das funções vegetativas, bastando para tanto que sejam empregados meios ordinários” (2001, p. 62)

Observa-se que, com os avanços da medicina, descobrindo cada vez mais curas para as diversas patologias consideradas até então incuráveis, v.g., a rubéola, ou as

epidemias mais atuais, como a gripe H1N1, o qual a cura foi descoberta rapidamente, o caráter de *terminal* do paciente não é absoluto.

Pilar R. Gutierrez (2001, p.1) defende que o caráter terminal do paciente se dá:

[...] quando se esgotam as possibilidades de resgate das condições de saúde do paciente e a possibilidade de morte próxima parece inevitável e previsível. O paciente se torna "irrecuperável" e caminha para a morte, sem que se consiga reverter este caminhar.

Entre o meio médico, utiliza-se bastante de critérios objetivos e subjetivos para determinar o paciente terminal. Observa-se se o indivíduo está suportando a dor decorrente dos tratamentos médicos, bem como se os exames clínicos atestam a doença incurável e sua morte iminente.

O importante, nos casos do paciente terminal, é perceber-se quando o tratamento feito pelo médico torna-se meramente paliativo, haja vista a incurabilidade da doença e a morte iminente.

O cuidado paliativo é definido como o tratamento que visa melhorar o sofrimento do indivíduo decorrente de uma doença que ameaça a continuidade da vida do indivíduo, como o câncer. Neste tipo de tratamento, o médico não visa atingir o cerne da doença, haja vista seu caráter avançado e incurável, mas sim a consequência advinda desta, qual seja, a dor que o paciente sofre.

Nestes casos, questiona-se se deve ser mantida a intervenção, tentando se atingir um resultado improvável, ou tal conduta seja interrompida, deixando o paciente morrer.

Aqui, observa-se um confronto entre o princípio da autonomia de vontade do paciente e o direito à vida, haja vista que esta é indisponível. *In casu*, prepondera o princípio da beneficência e da não-maleficência.

Conforme esclarecido no terceiro princípio instituído na "WMA Declaration of Venice of Terminal Illness" (2006, p.2):

The patient's right to autonomy in decision-making must be respected with regard to decisions in the terminal phase of life. This includes the right to refuse treatment and to request palliative measures to relieve suffering but which may have the additional effect of accelerating the dying process. However, physicians are ethically prohibited from actively assisting patients

in suicide. This includes administering any treatments whose palliative benefits, in the opinion of the physician, do not justify the additional effects.

Assim, o médico deverá sempre almejar o bem-estar do seu paciente, sem utilizar-se de medidas que acarretem em um sofrimento desnecessário para o paciente.

Portanto, impende destacar que, em relação ao paciente terminal, a sua autonomia de vontade é determinante na medida em que o seu tratamento médico passa a ser um sofrimento a mais para ele, devendo o médico se abster de praticá-lo.

Porém, por conta do médico visar proteger seu paciente, e sendo o paciente terminal um conceito indeterminado, muitas vezes suas condutas de ação ou omissão, dependendo ou não da autonomia de vontade do enfermo, acarreta em responsabilidade para a sua pessoa.

3.3.4 Da Responsabilidade do médico nas intervenções médicas

Antigamente, se percebia que a relação entre o médico e o paciente não era a de uma simples prestação de serviço, mas sim de extrema fidúcia. Existia o que se considera “médico da família”, alguém que era de confiança, e atendia a todos os membros familiares. Era uma relação estritamente subjetiva, sendo de importante os sujeitos envolvidos.

Hoje em dia, apesar de ainda haver aqueles médicos sob os quais há uma fidúcia do indivíduo, com o advento dos grandes hospitais e das clínicas médicas, onde existe uma gama variada de profissionais de saúde, esta relação médico-paciente passou a ser subjetivada.

Conforme aduz Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves (2009, p.79/80):

O que frequentemente se diz, nos dias de hoje, é que a tecnologia, com suas aparelhagens cada vez mais sofisticadas, substituiu, em muito, o contato do médico com o paciente. O calor humano da profissional tornou-se mais distante. É certo que o desenvolvimento tecnocientífico é necessário, mas deve ser posto à disposição da saúde e bem-estar da pessoa, trazendo por consequência, melhoria em sua qualidade de vida.

Deste modo, claramente se observa que os avanços da biotecnologia influenciaram este distanciamento entre o médico e o paciente. E este distanciamento (e objetivação) da relação existente entre usuário e prestador de serviço culminou na inobservância dos limites da própria intervenção médica, com fulcro nos princípios bioéticos.

As intervenções médicas passaram a ser mais incisivas, objetivando a saúde do paciente. Com o avanço biotecnológico na medicina, a prática de atos que mantém o indivíduo vivo, mesmo sem cura provável, é imensa, como a ventilação mecânica e a reanimação cardíaca.

Assim, pode-se inferir que o médico, através das intervenções médicas atuais, tem o condão de manter o paciente terminal em vida, mesmo que esta seja improvável. E é aqui que reside a problemática acerca da responsabilidade do médico nas intervenções médicas.

Importa destacar que o paciente é abarcado pela autonomia de vontade, com o amparo do princípio da dignidade humana. Porém, nos casos de enfermos terminais, há uma contradição entre a autonomia de vontade do paciente em negar o tratamento medido e o direito à vida do mesmo, que resta nas mãos do médico, o qual possui o dever de protegê-lo a qualquer custo.

Conforme preceitua Gisele Mendes de Carvalho (2001, p.120):

Desse modo, não ultrapassando a disponibilidade do direito à vida os limites do seu próprio titular, não se vislumbra como contrária a Constituição omissão de tratamentos vitais quando a recusa do paciente se fundamenta na ausência de expectativas reais de melhora e a submissão forçada aos cuidados médicos implicaria atentado a dignidade humana. Todavia, como o reconhecimento deste direito limitado à disposição da própria vida não abrange uma vertente negativa – em outro dizer, o direito de morrer – não há que serem admitidas as recusas imotivadas a tratamentos vitais, quando presentes chances reais de recuperação.

Não obstante, o Código Civil de 2002 reconhece, ao tratar dos direitos da personalidade, no seu art. 15, que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.”.

Portanto, aquele médico que realizar o tratamento, sem o consentimento do paciente, poderá ser responsabilizado por tal prática, ao ferir os direitos da personalidade do indivíduo. No âmbito penal, por ser este abarcado pelo princípio da

ultima ratio, tal conduta não é punível, salvo se acarretar em morte do paciente, ou atingir outro bem jurídico penalmente protegido.

É o caso das testemunhas de Jeová, por exemplo. “Seus integrantes consideram proibida a transfusão de sangue, e se baseiam em algumas passagens da Bíblia.” (SÁ, Maria Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. 2009, p. 100). Assim, com escopo na autonomia de vontade, e na liberdade religiosa, o paciente que for testemunha de Jeová pode manifestar-se expressamente acerca da renúncia ao tratamento, sendo responsabilizado o médico que agir em *contrario sensu*.

Porém, tal critério não é absoluto. O art. 15 da Lei Civilista Brasileira deve ser interpretado com o supracitado art. 146 §3º do Código Penal, o qual autoriza a intervenção nos casos de iminente perigo de vida, não sendo o médico responsabilizado por tal conduta.

Ao se tratar dos pacientes terminais, os quais a morte é iminente e a cura é improvável, a vontade do indivíduo que requer a cessação do tratamento médico deve observada com minúcia, haja vista que o seu consentimento pelo médico e posterior morte do enfermo poderá gerar graves sanções ao profissional, que pode até ser responsabilizado pelo falecimento.

Se este médico não acatar a vontade do paciente, mantendo o tratamento, este pode se tornar um verdadeiro calvário para o enfermo, gerando mais dor e sofrimento do que melhora, sendo considerada como obstinação terapêutica.

Nos casos do médico aceitar ou não a vontade do paciente, ambas as condutas dão ensejo ao que se considera como “eutanásia”, no seu sentido *lato*. Diante o exposto, deverá analisar-se o conceito de eutanásia, seus tipos e sanções, e como ela se desdobra no ordenamento jurídico pátrio e alienígena.

4. EUTANÁSIA

4.1. CONCEITO

Etimologicamente, eutanásia vem das expressões gregas “*eu*” (bom) e “*thanathos*” (morte). Tal vocábulo foi utilizado pela primeira vez por Francis Bacon, no séc. XVII, em sua obra “*Novum Organum*” (1616). Seria a eutanásia então, a boa morte, a capacidade de abreviar a vida de um indivíduo, o proporcionando uma morte digna.

Trazendo ambos os posicionamentos acerca do tema, Manoel Jorge e Silva Neto (2010, p. 653) aduz:

Em prol da eutanásia, defende-se que não há sentido algum prolongar-se a vida de quem encontra sob grande sofrimento, mais ainda quando o paciente terminal conseguiu manifestar vontade quanto à interrupção; contra a “morte sem sofrimento”, afirma-se que não existe, em substância, qualquer distinção entre o desligamento dos aparelhos e o homicídio, além do que suposta manifestação de vontade do paciente não deve ser levada em consideração em face do estado crítico de saúde e, ainda que se lhe admitisse validade, a marca da irrenunciabilidade do direito à vida constituiria um óbice incontornável à sua interrupção.

Antigamente, a expressão eutanásia era utilizada para designar todo e qualquer tipo de conduta que tivesse como objetivo dar fim a vida de um indivíduo. É possível visualizar-se esta conduta em diversos momentos históricos, como preceitua Maria Helena Diniz (2011, pg. 440 e 441):

Entre os povos primitivos era admitido o direito de matar doentes e velhos, mediante rituais desumanos, O povo espartano, por exemplo, arremessava idosos e recém-nascidos deformados do alto do Monte Taijeto. Em Atenas, o Senado ordenava a eliminação de anciãos doentes, ministrando-lhes veneno (*conium maculatum*) em banquetes especiais. Já houve até mesmo quem afirmasse que os guardas judeus tinham o hábito de oferecer aos crucificados o *vinho da morte* ou vinho *Moriam*, contendo substância causadora de um sono profundo e prolongado, para que não mais sentissem as terríveis dores e caíssem em letargia, passando insensivelmente à morte. [...] Na Antiguidade Romana, Cícero afirmava (*De Legibus*, III, 8,19) que era dever do pai matar o filho disforme, e César, ao colocar seu polegar para baixo, autorizava a eutanásia, concedendo ao gladiador um modo de escapar da desonra e da morte com grande agonia. Os povos nômades das regiões rurais da América do Sul, para evitar que ancião, ou enfermo, sofresse ataque de animais, matavam-no. [...] Na era medieval, entregava-se ao soldado mortalmente ferido o punhal de misericórdia para que, com ele, se suicidasse, evitando um prolongado sofrimento ou que viesse a cair em poder do inimigo, mas, nesse caso, não vislumbramos eutanásia ativa alguma, mas sim induzimento ao suicídio.

A eutanásia chegou a ser usada “pelos nazistas para justificar a eliminação das vidas sem almas ou indignas de serem vividas (as dos doentes mentais)” (MINAHIM, Maria Auxiliadora, 2005, pg. 178). O Nazismo, para justificar seus atos, utilizou-se da obra “*Die Freigabe der Vernichtung lebesunwerten Lebens*” (1920), escrita pelo famoso penalista alemão Karl Binding, e do psiquiatra Alfred Hoche.

Gisele Mendes de Carvalho (2001, p. 45-46) informa que os referidos autores na obra supracitada:

[...] exortam a existência de um deliberado direito de matar os indivíduos cuja vida consideram desprovidas de qualquer valor. Para o primeiro, inválidos e doentes provocaram desgosto em todos os que viam, e por isso deveriam ser eliminados, sem qualquer óbice de ordem religiosa, social, jurídica ou moral. [...] Essas vidas, para Binding, teriam perdido sua condição de bem jurídico, e por conseguinte não necessitariam de proteção. Hoche, corroborando esse pensamento, assinalava que chegaria um momento em que o extermínio desses “indivíduos de espírito morto” não seria crime, mas um ato útil.

Percebe-se, portanto, que nem sempre a eutanásia foi utilizada com fins altruísticos, sendo justificadora da Teoria da Eugenia proposta pelo Terceiro Reich de Hitler.

Com o tempo, e o avanço da ciência, a eutanásia passou a ter outros significados dentro do contexto social. A medicina passou a ser capaz de abreviar ou prolongar a vida de um paciente terminal de maneira mais eficiente, passando o médico a ter maior ingerência na continuidade da vida do paciente.

Outrossim, a eutanásia, *lato sensu*, passou a ser considerada como “a ação médica que tem por finalidade abreviar a vida de pessoas. É a morte da pessoa – que se encontra em grave sofrimento decorrente de doença, sem perspectiva de melhor – produzida por médico, com o consentimento daquela.” (SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. 2009, p. 301-302).

Impende destacar também que as revoluções no tratamento médico trouxeram uma maior discussão acerca autonomia de vontade do paciente em requerer ou não a continuidade do tratamento médico, tendo em vista a morte iminente e a dor insuportável, influenciando de sobremaneira nas classificações da eutanásia.

Segunda Maria Auxiliadora Minahim (2005, pg. 177):

A eutanásia, tradicionalmente compreendida como boa morte, à qual já foram emprestados outros significados, ressurge, nesse contexto, com significativa complexidade uma vez que a expressão já não serve para designar as diversas formas de finalização da vida. Isto implica,

consequentemente, revisões no âmbito do Direito Penal para que este venha dispensar, a cada uma dessas diferentes formas, um tratamento compatível com o grau de reprovação da ação que lhe deu causa.

A eutanásia passou a ser analisada através diversos prismas: de acordo com a participação de terceiros (autônoma ou heterônoma), com a intenção do sujeito ativo (direta e indireta), com a conduta do agente (ativa ou passiva), de acordo com a conduta utilizada pelo médico (eutanásia, distanásia, ortotanásia), entre outros.

Apesar de possuir diversas expressões, é relevante se observar a eutanásia ativa e passiva, direta e indireta, a distanásia e ortotanásia, e a mistanásia.

4.2. EXPRESSÕES

4.2.1. Eutanásia ativa e passiva.

A eutanásia ativa refere-se à conduta do médico em praticar atos (como a utilização de drogas) com o intuito de abreviar a vida e o sofrimento de um paciente em estado terminal. É a eutanásia propriamente dita, *strictu sensu*. Dentro do próprio conceito de eutanásia ativa, podemos subdividi-la em: direta e indireta. A eutanásia ativa *direta* remete ao auxílio à morte do indivíduo, encurtando a vida do paciente através de práticas positivas.

Maria Auxiliadora Minahim (2005, p. 188) diz que “quanto à intenção, fala-se em eutanásia direta quando o agente, movido por sentimento de comiseração, pratica atos que têm em vista encurta a vida do paciente, eliminando seu sentimento.”

A eutanásia ativa indireta possui um objetivo duplice: ao mesmo tempo em que busca ajudar a morte do paciente, encurtando sua vida, este auxílio é realizado através de condutas que visam, na verdade, diminuir a dor e o sofrimento do indivíduo. Um exemplo bastante esclarecer é a da administração da morfina em altas doses, aliviado a dor do paciente e consequentemente acarretando em sua morte. Segundo aduz Maria Auxiliadora Minahim (2005, p. 188):

Chama-se a este procedimento de duplo efeito, porque o fim buscado imediatamente pode conduzir a outro, secundário, que é a abreviação da

vida que se encontra em uma situação, na qual o máximo de resultado positivo, ao alcance da medicina, consiste no alívio da dor.

Com relação à eutanásia ativa indireta, preleciona Gisele Mendes de Carvalho (2001, p. 23):

Nessa última espécie pode ser incluída também a denominada eutanásia pura ou genuína, que consiste efetivamente a ajuda à boa morte (ajudar no morrer) sem que de qualquer modo se abrevie o curso vital, mas apenas utilizando-se drogas ou outros meios paliativos e morais que mitiguem o estado de prostração do enfermo.

Ademais, não se confunde eutanásia ativa com suicídio assistido. Segundo Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves (2009, pg. 313): “o suicídio assistido decorre da ação do próprio paciente, que pode ter sido orientado, auxiliado, ou, apenas, observado por terceiro. Tecnicamente, a orientação e o auxílio devem ser prestados por médico.”.

Já a eutanásia passiva, caracteriza-se por findar um tratamento médico, ou se abster de utilizar de tal tratamento. “[...] Não se confunde com a omissão indireta de tratamento vital, caracterizada pela recusa do paciente a submeter-se a cuidados médicos que lhe são imprescindíveis” (CARVALHO, Gisele Mendes de. 2001, p. 24).

Assim, deve-se interpretar a eutanásia passiva como sendo aquela omissão do agente de maneira voluntária e direta, com o fulcro de findar a vida do paciente, não se confundindo com a recusa deste ao tratamento, que consistiria em uma omissão indireta.

Para Maria Auxiliadora Minahim (2005, p. 190):

[...] tal modalidade consiste na abstenção deliberada da prestação de tratamentos médicos proporcionais ou úteis que poderiam prolongar a vida do paciente e cuja abstenção antecipa sua morte. O conceito impõe a elucidação de outras duas noções: a de recursos ordinários (proporcionais) e extraordinários (desproporcionais ou fúteis).

Dentro das correntes doutrinárias, há quem entenda que a eutanásia passiva, na verdade, seria similar a ortotanásia. Pode-se observar tal ingerência na afirmativa de Maria Helena Diniz (2011, pg. 445), senão vejamos:

Convém esclarecer que a *eutanásia passiva*, ou ortotanásia, é a eutanásia por omissão, consistente no ato de suspender medicamentos ou medidas que aliviem a dor, ou de deixar de usar os meios artificiais para prolongar a vida de um paciente em coma irreversível, por ser intolerável o

prolongamento de uma vida vegetativa sob o prisma físico, emocional e econômico, acatando solicitação do próprio enfermo ou de seus familiares.

Porém, tais conceitos não são sinônimos. Em verdade, a eutanásia passiva, como visto alhures, seria a abreviação da vida do paciente através de uma conduta omissiva. Vale lembrar que parte majoritária da doutrina entende que o desligamento de aparelhos, apesar de necessitar de uma atuação do médico, se configura como uma conduta omissiva, haja vista a abstenção de um determinado tratamento médico.

A ortotanásia, por seu turno, seria a interrupção de um tratamento vital a um paciente que já tem a morte como algo iminente, inevitável. Assim, além da terminalidade do paciente, deve residir o caráter iminente e inevitável da morte. Seria então dar a um paciente uma morte digna.

Seja eutanásia ativa ou passiva, além da conduta do médico, deve-se observar o consentimento do paciente, haja vista que tal atitude sem sua anuência, imputaria no crime de homicídio, tipificado pelo art. 121 do CP.

4.2.2. Mistanásia

A mistanásia é entendida como uma eutanásia social. Porém, é importante ressaltar que esta expressão não se assemelha com a eutanásia, ou seja, com a “boa morte”.

De certo, a mistanásia é a morte antes e fora do seu tempo, causada principalmente em países subdesenvolvidos, que possuem sérios problemas sociais, econômicos, e políticos. Seria aquela morte causada pela fome ou pela ausência de tratamento médico adequado a enfermos que nem chegam a ser pacientes em instituições de saúde.

Existem várias maneiras de se materializar a mistanásia. Segundo Maria Helena Diniz (2011, p. 452), ela ocorre quando:

a) uma grande massa de doentes e deficientes, por razões políticas, sociais e econômicas, nem chega a ser paciente, pois não consegue ingressar no sistema de atendimento médico, que é ausente ou precário, configurando a mistanásia passiva. Porém, há casos em que se tem a mistanásia ativa, como: o extermínio de pessoas defeituosas ou indesejáveis que ocorreu, durante a Segunda Guerra Mundial, em campos nazistas de concentração,

o uso de injeção letal em execuções nos Estados Unidos, principalmente se a aplicação se der por médico;

Percebe-se que a mistanásia encontra-se intimamente ligada a crise econômica e social que aflige os países desenvolvidos, que sem condição de manter um sistema de saúde público atuante, acaba por perder vidas inocentes. Deve se observar que são atingidos por esta falta de atendimento médico os indivíduos que não possuem a capacidade de arcar com os gastos de saúde.

Nestes casos, não há nem como responsabilizar penalmente o médico pela conduta, haja vista que não existe em a ciência de que o enfermo faleceu por falta de cuidados médicos.

Em verdade, a responsabilidade deveria se voltar para o próprio Estado, que possui o dever de proporcionar ao indivíduo um sistema de saúde adequado para as suas necessidades.

Outrossim, pode-se considerar como mistanásia, segundo Marcello Ovidio Lopes Guimarães (2008, p. 136)

O citado abandono pode-se dar, ainda, deliberadamente (abandono deliberado), pelo médico, por qualquer outro profissional da área de saúde ou por quem tenha, de algum modo, a obrigação legal de cuidar do doente ou a responsabilidade de impedir as consequências nefastas advindas do indevido abandono. Nesse ponto, haveria omissão de socorro ou, dependendo do caso concreto, homicídio praticado por conduta omissiva penalmente relevante.

Nestes casos, não se pode confundir a mistanásia com a eutanásia passiva (ou por omissão). “Abandonar, no caso mistanásico, é não prover os mais básicos cuidados médico-hospitalares, havendo total descuido do doente, deixando-o padecer a seu próprio sofrimento” (GUIMARÃES, Marcello Ovidio Lopes. 2008, p. 136). Impende salientar, portanto, que não chegou a ter nem a suspensão ou interrupção do tratamento, que configura a eutanásia passiva.

Maria Helena Diniz (2011, p. 452) ainda traz mais duas hipóteses onde se opera a mistanásia:

b) doentes crônicos e terminais que conseguem ser pacientes em hospitais, clínicas etc. e são vítimas de erro médico, como: diagnóstico errôneo, falta de conhecimento dos avanços na área de analgesia e cuidado da dor, prescrição de tratamentos em realização de exames, uso de terapia paliativa inadequada, procedimento médico sem esclarecimento e consento prévio, abandono etc. c) paciente são vítimas de má prática por motivos

econômicos, científicos ou sociopolíticos, no caso de o médico usar intencionalmente a medicina para atentar contra os direitos humanos, em benefício próprio ou não, prejudicando direta e indiretamente o doente, chegando a provocar-lhe uma morte dolorosa ou precoce, devido aos maus-tratos.

Observa-se, portanto, que a mistanásia em nada se relaciona com a eutanásia *lato sensu*, que seria a considerada “boa morte”, sendo causada por problemas sociais cada vez mais presentes em países subdesenvolvidos que marginalizam a sua sociedade e não os oferecem as condições mínimas para sua sobrevivência, como saúde, educação, e lazer.

4.2.3. Distanásia

Com o avanço da biotecnologia, influenciando a medicina moderna, observa-se cada vez mais a possibilidade das intervenções terapêuticas prolongarem a vida do paciente terminal, mantendo uma nova esperança em o indivíduo permanecer vivo. Porém, percebe-se que muitas vezes não há mais chance para que este paciente permaneça vivo, haja vista a incurabilidade da doença, tornando-se então o tratamento médico um verdadeiro martírio para o paciente terminal.

Segundo Léo Pessini (2004, p. 221):

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. Ou seja, o importante é prolongar a vida, não importando o estado ou estágio em que ela esteja a qualidade dessa vida cai para segundo plano.

A distanásia, ou obstinação terapêutica, consiste na prolongação da vida do paciente terminal e incurável decorrente de tratamentos médicos invasivos. Aqui, há uma crítica sobre até que ponto o tratamento médico para paciente incurável seria efetivo, e quando este se tornaria uma tortura para o paciente. Segundo Débora Diniz (2007, pg. 295):

O avanço tecnológico tornou possível manter uma pessoa muito doente ou em estágio terminal indefinidamente viva, porém ligada a aparelhos de sustentação artificial da vida, como a ventilação mecânica. A obstinação terapêutica se caracteriza por um excesso de medidas terapêuticas que impõem sofrimento e dor à pessoa doente, cujas ações médicas não são capazes de modificar o quadro mórbido.

Para Maria Helena Diniz (2011, pg. 453), a distanásia nada mais é do que “a morte lenta e com muito sofrimento. Trata-se do prolongamento exagerado da morte de um paciente terminal ou tratamento inútil.”.

O médico, na verdade, ao insistir em um tratamento inútil, haja vista a irreversibilidade da patologia que acomete o paciente terminal, busca “prolongar, ao máximo, a qualidade de vida humana, combatendo a morte como grande e último inimigo.” (SÁ, Maria Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. 2009, p. 302-303).

Com este encarniçamento terapêutico, e combate incessante para que o paciente não venha a falecer, ao invés de buscar uma melhor qualidade de vida ao enfermo, acaba muitas vezes acarretando em um prolongamento da dor que acomete o indivíduo, acarretando num sofrimento desnecessário para ele, e para seus familiares, que são obrigados a assistirem a um ente querido sofrer.

Impende destacar que a distanásia traz a tona o conflito de dois princípios bioéticos fundamentais: o da autonomia e o da beneficência. Ao passo que o indivíduo, ou os seus familiares (nas situações que o paciente resta impossibilitado de responder), requerem a suspensão da intervenção terapêutica por não suportar mais a dor, configurando sua autonomia, se o médico conseguir resultados positivos com o tratamento, estaria primando pela beneficência.

Gisele Mendes de Carvalho (2001, p. 83-84) aduz que:

O predomínio da beneficência sobre a autonomia não pode implicar, assim, a adoção de uma postura paternalista, informada pela ideia de que apenas o médico detém conhecimentos suficientes para compreender a situação do paciente terminal, de modo que estaria restrito a ele o direito de tomar a decisão final, e sua opinião deveria imperar sobre as demais. Esse pensamento implica uma inapropriada mitigação do princípio da autonomia do paciente, vez que ao médico compete auxiliar e prestar esclarecimentos necessários a ele ou aos seus familiares, com vistas à capacitá-los à melhor escolha, mas jamais impor seu posicionamento.

Assim, cabe ao médico, nas situações em que o prolongamento do tratamento poderá acarretar um sofrimento ao paciente terminal, informar ao indivíduo e a família as condições em que o enfermo se encontra, para manter ou não a intervenção médica.

Impende destacar que a distanásia deve ser sempre descartada, visando proteger o princípio da não maleficência. Ademais, manter um paciente incurável, com a morte iminente, em vida, apenas para cumprir os ordenamentos médicos, fere de sobremaneira o princípio da dignidade da pessoa humana.

4.2.4. Ortotanásia

A ortotanásia, que como explicitado em tópico anterior, não se confunde com a eutanásia passiva, etimologicamente, advém de *ortho* (correta) e *thanatos* (morte). Assim, ortotanásia significa a morte correta, no seu curso normal.

Esta consiste na interrupção de um tratamento vital em um paciente terminal, quando a morte resta eminente e inevitável. Segundo o ilustre Professor Paulo José da Costa Jr. (1990, p. 44):

[...] o médico não está obrigado a prolongar a vida do paciente além do período natural, a menos que o moribundo o solicite expressamente. Como se vê, a ortotanásia não implica qualquer conduta do médico. Este não pratica, mesmo solicitado, a morte piedosa. Não age: deixa apenas de prolongar, por meios artificiais, uma vida que, além de sofrida, mostra-se irrecuperável.

Assim, além da terminalidade do paciente, deve restar como requisito para a sua prática a inevitabilidade da morte do indivíduo. Assim assevera Maria Auxiliadora Minhaim (2005, p. 191):

A designação ortotanásia, por seu turno, exige a introdução de mais uma noção, a de morte iminente que, embora se assemelhe à de terminalidade, deve ser interpretada de forma menos ampla. O conceito de iminência serve para afastar a tipicidade da conduta do médico que omitir ou suspender medida fútil ou meramente protelatória da morte e cuja manutenção importa em mais prejuízos e agonias do que em benefícios para o paciente. Sua restrição permite que a morte advenha da própria doença, sem que se submeta o doente a novas abordagens que, além de lhe invadirem o corpo e a alma, já não tem como produzir qualquer melhoramento quanto à enfermidade.

Como se depreende de tal ensinamento, a ortotanásia é praticada com intuídos humanitários e altruísticos, buscando evitar que o indivíduo sofra mais do que deveria, ou se mantenha em um estado irreversível, ao qual já teria padecido se não fosse por esforços médicos.

É a materialização do princípio bioético da beneficência e da não maleficência. Por conta dos riscos empregados pelo tratamento serem maiores do que os benefícios, haja vista a inevitável morte do paciente e uma improvável cura pelas práticas médicas, há uma interrupção da intervenção médica que mantinha o indivíduo vivo, deixando-o que morra naturalmente.

Salienta-se que a Igreja Católica, durante o papado de João Paulo II, publicou a carta encíclica *Evangelium Vitae* (1995), entendia pelo caráter altruístico da ortotanásia, quando aduz:

Distinta da eutanásia é a decisão de renunciar ao chamado « excesso terapêutico », ou seja, a certas intervenções médicas já inadequadas à situação real do doente, porque não proporcionadas aos resultados que se poderiam esperar ou ainda porque demasiado gravosas para ele e para a sua família. Nestas situações, quando a morte se anuncia iminente e inevitável, pode-se em consciência « renunciar a tratamentos que dariam somente um prolongamento precário e penoso da vida, sem, contudo, interromper os cuidados normais devidos ao doente em casos semelhantes.

Não obstante, há quem entenda pela não caracterização da inevitabilidade da morte como pressuposto legitimador da ortotanásia. Conforme explicita Maria Helena Diniz (2011, p. 444):

A incurabilidade, a insuportabilidade da dor e a inutilidade do tratamento não justificam a eutanásia porque: a) a incurabilidade é prognóstico e como tal falível é, e, além disso, a qualquer momento pode surgir um novo e eficaz meio terapêutico ou uma técnica de cura. No passado, a lepra, a tuberculose e a sífilis era incuráveis. Hoje, com o progresso da ciência, sua cura é possível. [...] b) a medicina já possui poderosos meios para vencer a dor física ou neurológica; e c) o conceito de inutilidade de tratamento é muito ambíguo. Não se pode aceitar a licitude do direito de matar piedosamente, pois a vida humana é um bem tutelado constitucionalmente.

Porém, deve-se perceber que a ortotanásia, em verdade, visa proteger o paciente terminal, o qual a morte encontra-se eminente, do excesso de meios extraordinários. Estes meios, como ditos anteriormente, são práticas desproporcionais e desarrazoadas, que não mais auxiliam no tratamento do enfermo, trazendo, em alguns casos, sofrimentos ao paciente, que padece de dor. Assim, lícito seria se interromper os meios extraordinários visando a morte natural do sujeito.

É o entendimento de Gisele Mendes de Carvalho (2001, p. 28), senão vejamos:

É a “morte correta”, mediante a abstenção, supressão ou limitação de todo tratamento fútil, *extraordinário* ou *desproporcional*, até a iminência da morte do paciente, morte esta a que não se busca (pois o que se pretende aqui é

humanizar o processo de morrer, sem prolongá-lo abusivamente), nem se provoca (já que resultará da própria enfermidade da qual o sujeito padece).

A manutenção de tratamentos desarrazoados, postergando a dor e o sofrimento de um enfermo na iminência de falecer, resulta na chamada “obstinação terapêutica”, que dentro das classificações da eutanásia, caracteriza-se como distanásia.

A distanásia, como visto alhures, é antagônica a própria ortotanásia, pois ao invés de conceder uma morte digna ao paciente, o mantém em vida de maneira forçada, com tratamentos que se tornaram ineficazes para a cura de sua doença, a exemplo da ventilação mecânica.

Na ortotanásia, a questão principal a ser analisada é o consentimento do paciente para a interrupção do tratamento, buscando-se a legitimidade de tal conduta. Ao contrário da eutanásia passiva, no qual se abdica a uma prática que manteria o paciente vivo, na ortotanásia questiona-se a obrigação de atuar do médico, em tentar ao máximo manter a o enfermo em vida.

Impende-se salientar que o consentimento do paciente, portanto, é indispensável para a legitimação de tal conduta, deixando o mesmo seguir o curso normal da vida, qual seja, a morte inevitável. O problema maior reside quando há o consentimento anterior a condição fragilizada do paciente terminal, que poderá voltar atrás na sua decisão.

Outro problema acerca do consentimento do paciente ocorre quando este não tiver as condições necessárias para exteriorizar sua vontade, ficando esta a cargo de seus familiares, ou representantes legais. Aqui, procura-se fazer uma interpretação acerca da real vontade do paciente terminal e a vontade exteriorizada por seus entes queridos.

Segundo Gisele Mendes de Carvalho (2001, p. 171):

Ainda, ante o consentimento do paciente no sentido da continuação da terapia, expresso por qualquer meio (v.g. através de documento escrito) em momento anterior á incapacidade, deve prevalecer sua vontade, do mesmo modo como deve ser respeitada a recusa de seus familiares ou representante legal à suspensão dos cuidados médicos quando entendam que o melhor interesse do paciente seja no sentido da luta pela vida, visto que “uma morte digna pode ser também entendida individualmente como manter-se firme diante da dor física e do sofrimento moral de contar com que os demais (o médico, a família) farão todo o possível para combater a morte, inclusive em situações desesperadoras e de prognósticos infaustos.

Tal entendimento é corroborado pelo Código de Ética Médica (2010), quando aduz no seu art. 31 que é vedado ao médico “desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.”.

Assim, deve o médico observar a vontade do paciente em suspender o tratamento terapêutico que não tem o condão mais de cura, mas sim de postergação do sofrimento.

Atualmente, acerca da vontade do paciente terminal, observa-se no cenário internacional a adoção do chamado testamento vital. Este consiste em um documento, sob o qual o paciente terminal poderá redigir seus termos sobre o consentimento acerca da interrupção ou não do tratamento. No Brasil, tal prática ainda não foi adotada.

No Brasil, a Resolução n. 1805/2006, proferido pelo Conselho Federal de Medicina, regulamentou a ortotanásia, trazendo as condições para sua prática, e a entendendo como legítima. Tal instrumento normativo foi alvo de uma Ação Civil Pública pelo MPF, e julgada improcedente em 2010, considerando constitucional tal resolução.

O sistema jurídico brasileiro ainda não se posicionou acerca da ortotanásia, não consolidando a prática entre a comunidade brasileira.

4.3. SUICÍDIO ASSISTIDO

4.3.1. Conceito

O suicídio assistido decorre da prática do próprio paciente terminal em abreviar sua vida, auxiliado por terceiro ou por um médico. Este pode ser feito através de atos, como a prescrição de um veneno, como através do próprio induzimento.

No Brasil, o induzimento, instigamento ou auxílio ao suicídio é proibido penalmente, conforme leitura do art. 122 do CPB, o qual aduz que “Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou presta-lhe auxílio para que o faça.”, Porém, nos ordenamentos estrangeiros, é possível perceber a sua presença naturalmente.

Impende destacar que, se for realizada por um médico, o Código de Ética Médica (2010), o seu art. 41, imputa infração ao médico que auxilia o suicídio, senão vejamos: “Art. 41. Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.”.

A respeito do dispositivo do Código de Ética Médica (2010), Maria Helena Diniz aduz:

Há quem ache que o art. 41 do Código de Ética Médica, que proíbe a eutanásia passiva, está ultrapassado, por ser mais humano ajudar alguém a morrer, livrando-o do limbo mecânico, a seu pedido, fazendo com que deixe de ser homem *in machina*, ou, como diz Kovács, abandone a imagem triste e cruel de um Frankenstein do século XXI”

Nos Estados Unidos, ficou notório o caso do Dr. Jack Kevorkian, o “Doutor Morte”, que auxiliava os seus pacientes a cometer suicídio. Segundo Maria Helena Diniz (2011, p. 436), o patologista americano:

[...] inventou, para ajudar pacientes irreversíveis a porem um fim a seus atrozes sofrimentos, a máquina do suicídio, consistente num aparelho de eletrocardiograma, munido de mecanismo que, ao ser acionado pelo próprio paciente, injeta em sua via uma substância salina neutra, contendo o anestésico Thiopental, que acarreta inconsciência, e depois uma dose letal de cloreto de potássio, que paralisa o coração.

Apesar de ser procurado pelos pacientes, que de livre e espontânea vontade requeriam a prática suicida, e do Estado de Michigan (EUA), local onde foram praticadas as intervenções, não punir quem auxilia o suicida, o patologista foi condenado à prisão por homicídio, acusado de ter sido o principal agente da morte de Thomas Youk.

No Estado de Oregon, também nos Estados Unidos da América, há uma lei vigente que possibilita a prática do suicídio assistido. Conforme Maria Helena Diniz “o Departamento de Saúde paga 45 dólares a cada paciente terminal que, após aprovação médico-psiquiátrica, desejar participar do programa de suicídio assistido, aprovado em referendo popular, financiando, assim, os custos hospitalares.” (2011, p. 437).

Percebe-se também tal prática institucionalizada na Suíça, Luxemburgo e Holanda, através da aplicação de uma única injeção letal no paciente terminal.

4.3.2. Diferente entre suicídio assistido e eutanásia

Como dito alhures, o suicídio assistido consiste na morte do paciente provocada por ele mesmo, com ajuda de um terceiro (podendo este ser um médico). Não se relaciona, portanto, com a eutanásia, seja ativa ou passiva.

Conforme se depreendeu da eutanásia ativa, esta decorre da prática de um terceiro para abreviar a vida de outro, através de sua conduta direta. Aqui, não é o indivíduo que pratica a ação, mas sim o terceiro, o médico. Já a eutanásia passiva é a abstenção de uma intervenção terapêutica pelo médico, acarretando na abreviação da vida do paciente terminal. Aqui, há também a conduta direta e voluntária do terceiro.

Entretanto, apesar de serem conceitos estanques, cada vez mais os países buscam a sua regulamentação para garantir uma morte digna ao indivíduo que padece de uma doença terminal e incurável. Porém, há quem entenda que não seria legítimo a regulamentação de tais práticas.

Neste diapasão, aduz Maria Auxiliadora Minahim (2005, p. 200):

O suicídio assistido por médico, como ocorre nos Estados Unidos, distingue-se da eutanásia na forma como é conhecida no direito brasileiro porque, naquele, embora o autor predisponha dos meios para a realização do ato, é o paciente que os executa, tornando-se autor da própria morte.

Corroborar este entendimento Débora Diniz, quando aduz que “a diferença entre a eutanásia e o suicídio assistido é que neste último a pessoa doente é apenas assistida para a morte, mas todos os atos que acelerarão sua morte são por ela realizados. (2007, p. 299)”.

Conforme preceitua Maria Helena Diniz (2011, p. 443): “a eutanásia ou morte piedosa não envolve o direito de matar, sendo sempre um homicídio, mesmo que o paciente esteja condenado a morte próxima e em prolongado sofrimento.”

Impende destacar que ambos se assemelham na medida em que a vontade do paciente deverá ser observada, sem a qual restaria configurado o homicídio por parte do terceiro.

5. EUTANÁSIA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

5.1. ENTENDIMENTO ATUAL

O Brasil não possui um posicionamento pacífico acerca da possibilidade da prática da eutanásia, uma vez que não há previsão expressa no ordenamento jurídico pátrio. Porém, a luz do direito à vida, garantido constitucionalmente pelo artigo 5º da CF/1988, observa-se que, por ser um direito fundamental, não poderia o paciente decidir sobre o fim da sua vida.

Vale frisar que, o Código Penal foi promulgado em 1940, época esta que não se falava em práticas de eutanásia, muito menos em avanço biotecnológico que permitisse uma sobrevida ao indivíduo em estado terminal. É perceptível que o sistema jurídico não evolui na mesma velocidade das revoluções tecnológicas.

Maria Auxiliadora Minhaim (2005, p. 203), entende da mesma forma, senão vejamos:

A posição do legislador de 1940 era coerente com seu tempo uma vez que, àquela época, a matéria não suscitava os problemas que hoje provoca e que se busca dar um encaminhamento adequado através da norma. Equipamentos como marcapasso, desfibrilador cardíaco, aspirador de secreções, ventilador mecânico, ambu (balão e máscara que permitem forçar a respiração até conectar o paciente ao ventilador) não existiam àquela época para sustentar certos estados de saúde, muitas vezes irreversíveis e diante dos quais se instala um dilema sobre o tipo de conduta que deve ser realizada.

Segundo Regina Sauwen e Severo Hryiewicz (2008, p. 139), “do ponto de vista ético e religioso a prática da *eutanásia por omissão* é aceita pela maior parte da sociedade. No entanto, do ponto de vista jurídico, a situação é diferente.”.

Acrescenta o entendimento Maria de Fátima de Freire Sá e Bruno Oliveira Naves (2009, p. 312):

A eutanásia, nas suas diversas formas, vem sendo tratada pelo Direito Penal pátrio como homicídio, ainda que privilegiado. Do conteúdo da regra do art. 121, §1º, do Código Penal, depreende-se que o ato de tirar a vida de outrem que se encontre em grande sofrimento pode ser considerado motivo de relevante valor moral, e por isso, o agente que praticar o delito terá sua pena reduzida de um sexto a um terço.

Como não se pode dispor da vida, o entendimento atual do Direito Penal é de que, quando ocorre a eutanásia, esta seria conduta tipificada como homicídio, seguindo-se o previsto no artigo 121 do CPB. Ocorre que, no seu §1º, o mesmo artigo torna o homicídio privilegiado, quando praticado por relevante valor social ou moral, devendo-se analisar o caso concreto.

Assim, se a eutanásia for praticada dentro do parâmetro de relevante valor social ou moral, o Direito Penal atualmente entende que seria espécie de atenuante no crime de homicídio, como explicitado no tópico 39 da Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal, senão vejamos:

[...] Por “motivo de relevante valor social ou moral”, o projeto entende significar 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), a indignação contra um traidor da pátria etc.

Impede destacar que, por ser a eutanásia caracterizada como homicídio, esta é submetida ao Tribunal do Júri, sendo este que fixará a sua pena. Porém, resta pacificado que a atenuante se impõe, devendo o júri observar para fixação da pena. Este entendimento é pacificado pela Súmula 162 do STF, a qual aduz que “é absoluta a nulidade do julgamento pelo júri, quando os quesitos de defesa não precedem aos das circunstâncias agravantes”.

A análise *in concreto* dá margem ao magistrado de afastar a culpabilidade da conduta, “quando entender que o fato constitui uma hipótese na qual estão presentes os pressupostos de inexigibilidade de conduta diversa” (MINAHIM, Maria Auxiliadora. 2005. p. 205).

Porém, a ilustre doutrinadora também assevera que:

Diante de conflitos que lhe forem postos, não é dado ao juiz eximir-se de sua apreciação, arguindo vazio legislativo porque, quando não for possível recorrer ao direito positivo, há outros instrumentos de integração do Direito como o costume, os princípios gerais, a analogia *in bonam partem* (inclusive as causas supralegais de exclusão de culpabilidade) que podem oferecer uma resposta à situação. (MINAHIM, Maria Auxiliadora. 2005, p. 203)

É importante frisar que não se pune o médico que suspende a intervenção terapêutica nos pacientes que tem a morte encefálica declarada, haja vista que este é o momento exato, segundo a Lei de Transplantes, em que o enfermo é considerado morto. Assim, tal conduta é atípica para o Direito Penal.

Mesmo entendimento é utilizado nas práticas de eutanásia ativa indireta. Conforme aduz Gisele Mendes de Carvalho (2001, p. 157):

De semelhante, a *eutanásia ativa indireta* também não se subsume ao tipo do delito de homicídio, pois não faz parte da intencionalidade do autor o objetivo de abreviar a vida do doente – age apenas com o intuito de aliviar seus sofrimentos. Tem-se para logo afastada ainda a hipótese de dolo eventual, porque aqui o sujeito ativo considera seriamente como possível a realização do tipo legal e se conforma com ela, ao passo que na eutanásia indireta o médico não conta com essa eventualidade, adotando todas as medidas necessárias para lograr atenuar a dor sem provocar o adiantamento da morte.

O médico, nos casos de eutanásia indireta, busca ao máximo atenuar a dor e o sofrimento do agente, agindo com regular exercício do seu direito, porém, acarreta infelizmente em uma consequência indesejável, qual seja, a morte do paciente terminal.

A eutanásia ativa direta, por seu turno, deve ser punível de todas as formas, haja vista que, mesmo com o consentimento do paciente terminal, não há no direito brasileiro a possibilidade de dispor da própria vida, por ser este um direito fundamental consagrado pela CF/88. Assim, a autonomia de vontade do paciente não legitima a conduta do médico, sendo este punido por homicídio, apesar deste poder ser sofrer as atenuantes previstas no CPB.

Segue tal entendimento Gisele Mendes de Carvalho (2001, p. 159):

É unânime o entendimento de que o consentimento do ofendido, os delitos contra a vida humana, não tem o condão de afastar por completo a ilicitude do fato. Todavia, consoante já se asseverou, é mister apontar que o consentimento possui inegáveis efeitos atenuatórios que dizem respeito à ilicitude do fato (menor desvalor da ação), autorizadores da mitigação da pena. Demais disso, o móvel altruísta ou de compaixão, desde que resulte efetivamente comprovado, e independentemente de ter mediado o requerimento da vítima, faz com que, na eutanásia ativa, a realização da conduta típica e ilícita seja menos reprovável ao seu autor.

No que se refere à eutanásia passiva, impende destacar que a omissão do médico deve ser observada sobre da conduta tomada pelo médico, se ela é legítima, por ser penalmente irrelevante, ou se ela se enquadra no âmbito do punível.

Assim, se o paciente terminal, em plenas faculdades mentais, após explanação do médico acerca dos riscos e benefícios decorrentes da terapia, rejeitar tal prática, o profissional se exime de realizar o procedimento, porém assume a responsabilidade

de eventuais danos, haja vista ser garantidor da vida do paciente, por conta do seu exercício profissional.

O consentimento do ofendido, nos casos de eutanásia, deve ser observado a título de fixação da pena. Segundo Gisele Mendes de Carvalho (2001, p. 178):

[...] pode ser aferido a fixação da pena base, visto que o art. 59 aponta, entre as circunstâncias judiciais, o “comportamento da vítima”, ou atuar como atenuante inominada, por representar vontade relevante, anterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei (art. 66).

Porém, reside aqui um conflito existente entre as normas de Direito Penal e Direito Civil. O Código Civil de 2002, no seu art. 15, determina que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”. Não obstante, o Direito Penal autoriza ao médico, no art. 146, §3º, inc. I, a prática de tal intervenção médica se o paciente restar em perigo de vida, indo de encontro ao princípio da dignidade da pessoa humana, por ferir a autonomia de vontade.

Conforme elucida Gisele Mendes de Carvalho (2001, p. 160-161):

[...] em que pese a primazia da vida humana em todos os casos, em um Estado de Direito democrático e social, a ponderação de interesses, que serve de lastro para aquela causa de justificação, deverá ter em conta a dignidade da pessoa humana como um critério corretor [...] Portanto, ainda que se tratasse de terapêutica vital, subsistiria para o paciente a faculdade de recusar-se à mesma, de acordo com a redefinição do direito à vida conforme à Constituição que aqui se propõe – não se exaure a simples existência biológica, devendo sua interpretação ser aliada a critérios normativos, entre os quais a dignidade humana - desde que as perspectivas objetivas de recuperação e os resultados que se procura obter não guardem proporcionalidade com a indignação da imposição da terapêutica.

Assim, apesar de não se configurar como um critério absoluto, a proteção à vida humana deve ser observada sobre o escopo dos princípios norteadores da bioética da autonomia, beneficência, justiça e não maleficência, observando-se aqui a vontade do paciente, atrelada aos benefícios e os riscos que a intervenção terapêutica pode trazer para o enfermo terminal.

Não obstante, apesar de o Direito Penal Brasileiro entender da seguinte forma, não há entendimentos jurisprudenciais concretos sobre o tema, tornando-se a eutanásia uma lacuna de ordem jurídica.

O Código Civil Brasileiro de 2002 aponta no seu artigo 13 que “salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”.

Ingere-se através do artigo 13 do CC/2002 que, se não há a possibilidade de dispor do próprio corpo, o indivíduo também não poderia dispor da vida, pois este é um Direito Fundamental elencado pelo artigo 5º da Lei Maior.

Maria Helena Diniz (2011, pg. 451) segue tal entendimento:

Se a Constituição Federal, no seu artigo 5º, *caput*, consagra o direito à vida, como se poderia admitir a licitude do desligamento do tubo respiratório ou alimentador, ainda que tal ato tenha sido autorizado judicialmente? Seria admissível juridicamente uma luta judicial para remoção de aparelho de sustentação da vida de um paciente terminal? Não seria constitucional a ordem judicial impeditiva da suspensão do uso de mecanismo que mantém vivo um doente, ante a irreversibilidade do seu coma?

Porém, com avanço da ciência médica, outros meios eficazes para a abreviação ou prolongamento da vida foram inseridos na sociedade, dando margem a uma discussão mais acalorada sobre o tema. Afinal, não faltam métodos para manter um paciente em estado terminal, ou até em um coma irreversível, vivo.

A obstinação terapêutica, ou distanásia, não se tornou pacífica na sociedade, uma vez que ela ultrapassava os limites do aceitável, mantendo um paciente que há muito deveria estar morto naturalmente com uma sobrevida. Portanto, buscaram-se limites para a distanásia, além de se questionar um direito à morte digna do paciente em tais estados.

A dignidade da pessoa humana não deve ser observada apenas o escopo de manter-se uma vida digna, mas também garantir ao paciente terminal que este tenha uma morte tranquila, sendo protegida sua condição de ser humano, sem o expor as situações degradantes, como ocorre na obstinação terapêutica.

Uma exagerada preservação da vida pode ser conducente ao desrespeito de determinados doentes em estado terminal. Isso é assim porque a moléstia destrói a integridade do corpo, e a dor, a integridade global da pessoa. Por isso a medicina deveria, ao cuidar dos que estão no processo de morrer, aliviar seu sofrimento físico-psíquico. (DINIZ, Maria Helena. 2011, p. 463).

A medicina deve buscar sempre preservar a vida do paciente, sem trazer ao paciente terminal dor e sofrimento. É o que aduz o Código de Ética Médica (2010), no seu art. 28, que veda o médico atentar contra a integridade do seu paciente.

A distanásia, portanto, deve ser rechaçada do ordenamento pátrio, por atentar contra a própria dignidade do paciente em estado terminal. Maria Helena Diniz (2011, p. 462) aduz que “é preciso convencer-se de que, além do não matar e do não adiar simplesmente a morte, está o desafio de aprender a amar o paciente terminal.”.

Se a vida é objeto de tutela jurídica, com o intuito de se proteger a dignidade da pessoa humana, nada mais justo do que tutelar também o direito à morte digna do indivíduo, devendo este estar protegido até no fim da sua vida, ou seja, até na morte.

Seguindo o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, e levando-se em conta o art. 15 do Código Civil Brasileiro, percebe-se que ao indivíduo também é facultado uma morte digna, ficando ao seu critério a continuidade de tratamento médico ou intervenção cirúrgica.

Assim, em observância da dignidade da morte, que cada vez mais vem se entendendo pela positivação e legalização da ortotanásia no ordenamento jurídico pátrio. A ortotanásia visa garantir ao paciente terminal que encontra-se na iminência da morte, a possibilidade de ter uma morte digna, deixando esta tomar seu curso normal, sem o prolongamento do sofrimento que poderia acarretar um encarniçamento terapêutico.

Conforme aduz Gisele Mendes de Carvalho (2001, p. 170):

A manutenção de terapias que não oferecem quaisquer expectativas reais de recuperação para o paciente (mormente nos casos de pacientes em estado vegetativo crônico, cuja sobrevivência poderia ser artificialmente protaída durante meses ou até anos) implicaria grave atentado à dignidade da pessoa humana, em tudo contrário à proibição constitucional de submissão a tratamentos desumanos ou degradantes.

Atualmente, o Conselho Federal de Medicina promulgou a Resolução nº 1.805/2006, conferindo a regulação da ortotanásia pelos médicos. Entrementes, o Anteprojeto do Código Penal busca prever a licitude da prática da ortotanásia, a autorizando no sistema jurídico brasileiro.

5.2. A RESOLUÇÃO N. 1.805/2006 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

5.2.1. Conteúdo

No Brasil, o Conselho Federal de Medicina, atento as discussões acerca da possibilidade da ortotanásia, prática corriqueira nas UTI's do país, visando a proteção do direito à morte digna do indivíduo, buscou regulamentar tal prática. Segundo o Regulamento:

Art. 1º 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.

§ 1º O médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação.

§ 2º A decisão referida no *caput* deve ser fundamentada e registrada no prontuário.

§ 3º É assegurado ao doente ou a seu representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica.

Art. 2º O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar.

Complementa Maria Helena Diniz (2011, p. 446), aduzindo que “pela Resolução nº 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina, a ortotanásia deverá ser fundamentada e registrada no prontuário médico.”.

Luis Roberto Barroso e Letícia Campos Martel (2010, p. 182) asseveram que “A Resolução nº 1.805/2006, de 9.11.2006, editada pelo Conselho Federal de Medicina, procurou contornar as deficiências e insuficiências de um Código Penal cuja parte especial disciplinadora é da década de 40 do século passado.”

O instrumento normativo editado pela CFM buscou, em face dos pacientes terminais com a morte iminente, a legitimação da ortotanásia com fulcro no art. 5º III da CF/88, a qual aduz que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”. Assim, buscou também a presente resolução proteger o disposto no art. 1º, III da Lei Maior, que prima pela dignidade da pessoa humana.

Impende destacar as sábias palavras da ilustríssima doutora Maria Elisa Villas-Bôas (2010, p. 266):

A Resolução não tem intuito homicida ou de auxílio ao suicídio, mas salvaguarda, apenas, a recusa à tecnologia, sobretudo quando ela não se mostre benéfica. Não se trata, portanto, de suspensão arbitrária ou utilitarista de recursos úteis a pacientes terminais, mas de análise da falta de efetividade no caso concreto, permeada pela informação e diálogo, mantendo-se todo o apoio necessário ao conforto do paciente e família. [...] O que pretende a ortotanásia defendida pela Resolução nº 1.805/2006 é a proteção à intimidade, à privacidade, à autonomia lícita, à dignidade mesma. Não se antecipa a morte, mas se permite vir a seu tempo. Pensamento inverso favorece a distanásia, não a vida em si.

Segundo Clóvis Francisco Constantino, Vice-Presidente da CFM na gestão 2004/2009, em entrevista à Folha de S. Paulo (2006, p. C1), a resolução “[...] doutrina o médico no sentido de fazê-lo entender que existe um momento em que não é possível fazer mais nada em benefício do paciente. Que qualquer coisa que prolongue a vida só vai causar sofrimento.”.

Porém, o Ministério Público Federal propôs uma ação civil pública, tombado sob o número 0014718-75.2007.4.01.3400, com o intuito de suspender os efeitos proferidos por tal resolução. Como fundamento, alega-se que deveria haver legislação expressa para autorização de tal conduta, haja vista que ato administrativo não possuiria legitimidade para tanto.

Entendeu o juiz Roberto Luis Luchi Demo, da 14ª Vara Federal do Distrito Federal, pelo deferimento da tutela antecipada, suspendendo os efeitos da Resolução do CRM, por entender que nela restava configurado homicídio por omissão, e não exercício regular da profissão. Para Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato (2009, p. 320):

A resolução reconhece a autonomia do paciente perante a possibilidade de suspensão dos tratamentos médicos. A decisão não é do médico. Ele tem, tão somente, a obrigação de informar ao paciente seu prognóstico. O que não impede que o paciente procure outras opiniões ou meios de tratamento.

No entanto, é dever médico diagnosticar e determinar o alcance da enfermidade, bem como sua possibilidade de cura. A partir daí, cabe ao paciente exercer a opção de limitar ou suspender o tratamento, tudo de acordo com a autonomia de que lhe é garantida constitucionalmente e em razão de um consentimento livre e esclarecido. Ademais, a possibilidade de ser cuidado em casa também deve ser considerada como escolha do paciente, sob pena de imposições invasivas.

Maria Helena Diniz, por sua vez, diverge sobre este entendimento. Segundo ela (2011. p. 450/451):

Se o médico deve respeitar a vida humana desde a concepção até a morte, utilizando seus conhecimentos em benefício do paciente, não podendo causar-lhe qualquer sofrimento físico ou psíquico, não seria a eutanásia ativa, o suicídio assistido ou o ato de desligar aparelho de sustentação da vida más práticas médicas, pois direitos fundamentais do paciente, garantidos pela Constituição Federal e pelo Código de Ética Médica, são o direito à vida e o de não ser morto pelo seu médico, mesmo estando em estado terminal? Logo, parece-nos que proibido está o profissional da saúde de utilizar, em qualquer caso, meios destinados a abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu responsável legal. A *má prática médica* ocorre, portanto, quando o profissional de saúde desvirtua sua finalidade humanitária e atenta contra a dignidade do ser humano. O médico não pode sustar, nem diminuir a vida.

Percebe-se, portanto, que a doutrina não chegou a um consenso acerca do tema, divergindo quanto à possibilidade da ortotanásia para abreviar a vida do paciente terminal e incurável.

Em 2010, a Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal foi julgada improcedente, entendendo-se pela constitucionalidade de tal Resolução do CFM. Para o âmbito jurídico, traz-se importante lição de Luis Felipe Grandi Massola (2012, p. 97):

Facilmente se percebe, então, que diferentemente do que se vê no campo da legislação penal, houve rápida evolução da questão do ponto de vista da ética médica, acarretando a admissibilidade e legitimidade da ortotanásia no novo código de ética médica.

O tema exposto na Resolução 1805/2006 da CFM, apesar de ser bastante controverso no âmbito da legislação pátria, há anos é motivo de conceituação e aplicação no direito comparado. No Brasil, a ortotanásia é motivo de debate no Anteprojeto do novo CPB, que busca incluir no parágrafo 4º do art. 121 a licitude da ortotanásia para aqueles que:

[...] deixar de manter a vida de alguém por meio artificial, se previamente atestada por dois médicos, a morte como iminente e inevitável, e desde de que haja consentimento do paciente, ou na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão.

Assim, observa-se que o Direito Penal Brasileiro, datado de 1940, encontra-se altamente devassado, devendo-se este encontrar respaldo no que já é sedimentado em dispositivos normativos estrangeiros.

5.2.2. Relação com o direito comparado

Como visto, atualmente não foi sedimentada no âmbito penal brasileiro a autorização da prática da ortotanásia, com o fulcro de se proteger a morte digna do paciente terminal que possui a morte como iminente e inevitável. Não obstante, observa-se que tal conduta já é recepcionada pelo direito comparado, que se mostra, nestes termos, mais evoluído do que o Código Penal pátrio.

Nos Estados Unidos Da América, por ter um modelo de Federalismo diferente do Brasileiro, onde os estados federados possuem autonomia irrestrita e amplo poderes, cada Estado possui seu posicionamento acerca da eutanásia. Tais posicionamentos foram sendo moldados por decisões jurisprudenciais acerca do tema.

Atualmente, segundo Carlos Roberto Siqueira Castro (2007, p. 293): “É útil anotar, em conclusão do presente artigo, que subsiste hoje nos Estados Unidos o chamado direito constitucional de morrer (*constitutional right to die*), que praticamente operou a mutação constitucional do sentido do primário direito à vida em casos de eutanásia.”.

Em verdade, os Estados Unidos já adotam como método em busca do tratamento dos seus pacientes terminais a medicina paliativa, a qual se baseia na filosofia do “*hospice*”. O “*hospice*”, como modernamente se observa, foi implantado pela Dra. Cicely Saunders, fundadora do *St. Christopher Hospice*, em Londres, no ano de 1967.

“*Hospice*” tem origem latina, e significa hospedagem, estaleiro. Para Luis Felipe Grandi Massola (2012, p.16), ela é “uma filosofia não ligada ao conceito de curar, mas ao de cuidar, focados no binômio paciente-família”.

Conforme Maria Helena Diniz (2011, p.463):

O hospice procura atender as necessidades físicas, emocionais e sociais do doente, respeitando sua integridade, ao dar continuidade ao tratamento e ao permitir que os seus companheiros sejam a imagem e a voz de entes queridos, e não tubos e ruídos monitores, tendo-se em vista, como observa Cicely Saunders, que o sofrimento de uma pessoa somente é intolerável quando não há ninguém para cuidar dela. Urge a busca pela valorização do cuidado do paciente terminal, dando-lhe amor e o carinho de seus familiares.

No “*hospice*”, o paciente permanece recebendo cuidados paliativos, visando amenizar a sua dor, e dando a ele a chance de ter uma morte digna e natural, sem ter que ficar longe dos seus entes queridos.

Nos Estados Unidos, houve um debate acerca da possibilidade da prática da eutanásia, a partir do caso “*Cruzan v. Director, Missouri Dept. of Health*”, de 1990. A partir deste, a Suprema Corte decidiu que seria crime induzir ou auxiliar o paciente ao suicídio, mas o próprio enfermo poderia se recusar a receber tratamento.

Outro caso marcante, e recente, é o de Terri Schiavo. Este consistiu no litígio processual, nos Estados Unidos da América, envolvendo o marido de Terri Schiavo, Michael Schiavo, e seus pais. Terri estava há 15 anos em estado vegetativo, sobrevivendo por máquinas, até que seu marido requereu ao Judiciário que fosse desligado os aparelhos para que esta pudesse ter uma morte digna e natural. Segundo Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves (2009, pg. 320):

In casu, a incapacidade de Terri fez de seu marido o guardião de seus interesses e foi em nome desses mesmos interesses que Michael Schiavo pleiteou, judicialmente, a retirada da sonda que a alimentava e a hidratava. Após longa batalha judicial travada entre o marido e os pais dessa mulher, que defendiam a manutenção da sonda alimentar, o Judiciário determinou a retirada dos tubos, e Terri morreu de inanição e desidratação aos quarenta e um anos.

O caso, divulgado amplamente pela mídia, foi o mais emblemático acerca da eutanásia em pacientes terminais, acabando por influenciar diversos ordenamentos pelo mundo.

Nos país norte-americano, observa-se que desde 1991 é permitido que o paciente terminal determine sua vontade em permanecer ou não com o tratamento. É o que vemos da chamada “*The Patient Self-Determination Act –PSDA.*”

Conforme leciona Maria Helena Diniz (2011, p. 471):

Pelo PSDA a pessoa em estado de lucidez poderia decidir sobre si própria quanto a uma possível doença incurável de três modos: a) manifestação explícita da própria vontade (*living will* – testamento vital) [...]; b) poder permanente do responsável legal ou curador para cuidado da saúde (*durable power of attorney of health care*) [...]; c) ordem antecipada para cuidado médico (*advanced care medical directive*).

Assim, o paciente teria direito de:

- a) determinar quais são os procedimentos a serem tomados em relação a si, através de documento, tendo o poder de recusar possíveis tratamentos quando o mesmo se encontrar incapaz ou em estado terminal, imunizando civil e penalmente o médico de tal prática;
- b) instruir uma espécie de mandato a um representante legal para que este tenha o poder de tomar a decisão por si, nos casos do paciente ficar em estado terminal; e
- c) escolher o tipo de tratamento que o médico deverá realizar num futuro estado terminal, depois do profissional esclarecer todos os benefícios e malefícios, através de um documento contendo todas as identificações acerca da sua decisão, indicando, se quiser, um curador para interpretar suas decisões ou na solução de novos problemas.

Dá ensejo, então, nos Estados Unidos, a uma observação maior acerca da vontade do indivíduo em ter uma morte digna, suspendendo-se tratamentos terapêuticos invasivos.

Na Holanda, a eutanásia e o suicídio assistido eram, até 2002, considerados como condutas típicas, antijurídicas e culpáveis, apesar de a justiça, a depender do caso concreto, tolerar tais condutas se fosse requerida pelo paciente terminal, e atestado por dois laudos médicos.

Segundo Maria Fátima de Freire Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves (2009, p. 306):

Enquanto em outros países se aplica o princípio da legalidade, a política holandesa buscava adotar o chamado “princípio da oportunidade”. De acordo com esse princípio, em virtude de outros princípios derivados do interesse geral, o Ministério Público podia desistir de intentar ação penal de fato punível. Mas, ressalte-se: a eutanásia era sempre punível. Cada caso concreto era examinado atentamente, a fim de que pudessem ser verificadas suas circunstâncias, como, por exemplo, o caráter e a duração da doença, que diferiam de caso para caso.

A lei Funeral de 1993 (*Burial Act*) trouxe ao ordenamento a impossibilidade de se responsabilizar o médico pela prática de eutanásia ou suicídio assistido, devendo-se para tanto exigir critérios para a realização da eutanásia e a notificação do procedimento que, segundo Maria Helena Diniz (2011, pg. 441), são:

Solicitação para morrer, decorrente de decisão voluntária e consciente do paciente devidamente informado; consideração de seu pedido por pessoa que tenha conhecimento de sua condição; manutenção do desejo de morrer por um lapso considerável de tempo; irresignação do doente com o seu sofrimento físico ou mental inaceitável ou insuportável, concordância obrigatória para implantação da medida letal por outro médico, consultado para esse fim; proibição da emissão de atestado de óbito por morte natural, pois o médico, em caso de eutanásia, deverá informar o fato à autoridade médica local, preenchendo um extenso questionário; relato da morte feito pela autoridade médica local ao promotor do distrito e competência do promotor distrital para decidir se haverá ou não acusação contra o médico.

Conforme preceitua Kay Jagath Rommerts (2010, p.19): *“Since March 1, 2001, euthanasia and assisted suicide have been decriminalized in certain excruciating circumstances—although the Criminal Code still deems it against the law.”*

Em 2002, o parlamento holandês, demonstrando nítido avanço jurídico sobre o tema, legalizou as condutas de eutanásia e suicídio assistido, devendo, porém se observar ainda os critérios propostos pelo *Burial Act*. A Holanda se tornou o primeiro país do mundo a legalizar a eutanásia.

O diploma legal que legaliza a eutanásia no país é chamado de *“Termination of Life in Request and Assisted Suicide (Review Procedures) Act”*, que modificou o artigo 293 do Código Penal Holandês.

Segundo o referido artigo alterado, o médico que tivesse cumprido o dever de cuidado, observando o *Burial Act* e o art. 2º da *Termination of Life in Request and Assisted Suicide (Review Procedures) Act*, estaria apto para a prática da eutanásia ou do suicídio assistido, se houver comunicação ao patologista municipal.

É o que informa Marília Campos Telles e Antônio Carlos Coltro (2010, p. 282):

[...] os médicos têm que obedecer a protocolos rigorosos para praticar a eutanásia e o processo é acompanhado por comissões fiscalizadoras em nível regional, integradas por um médico, um jurista e um especialista em ética. A lei prevê, igualmente, que os menores de idade, entre os 12 e os 16 anos, possam também recorrer a tal procedimento, desde que com o consentimento dos pais. Segundo a lei, ademais, a eutanásia só poderá ser realizada por médicos que acompanhem de perto a saúde dos seus doentes.

Observa-se, portanto, que ambos os países trazidos à baila analisaram em seu ordenamento jurídico a questão da eutanásia, mais precisamente da ortotanásia. Outros países do mundo, como a Bélgica, em 2002, que segue o mesmo entendimento da Holanda.

No Uruguai, onde se garante o perdão judicial ao autor do homicídio eutanásico, e na Bolívia, que garante a substituição da pena por trabalho pessoal ou por perdão judicial, a prática é crime, podendo ou não ser excluído a punibilidade.

Enquanto a Holanda já pacificou sem entendimento, legalizando a eutanásia e suicídio assistido, sob os termos legais, os Estados Unidos ainda passa por um momento de concretização do seu entendimento, haja vista seu caráter federativo que faculta aos seus Estados legislar da maneira que quiser, existindo uns que autorizam a eutanásia e outros que vedam.

Porém, o PSDA, que oferece ao paciente a possibilidade de decidir sobre a continuidade ou não ao tratamento, abriu margem à validade do chamado Testamento Vital (ou “*living Will*”).

Segundo Adriana Dias Lopes e Natália Cuminale (2012, p. 100): “O testamento vital é um documento, evidentemente pessoal e intransferível, cujo objetivo é fazer valer as escolhas individuais relativas aos tratamentos médicos em um quadro terminal.”

O testamento vital nada mais é do que a materialização da autonomia de vontade do paciente terminal, buscando proteger a sua dignidade humana, mais precisamente, a sua morte digna. Através de um documento, busca-se salvaguardar a vontade futura de um indivíduo que pode ter seu discernimento maculado por uma doença terminal.

Segundo Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2013, p. 374):

Através dessas diretivas antecipadas (também chamadas de *testamento vital*), o paciente pode definir, enquanto estiver no gozo das suas faculdades mentais, os *limites terapêuticos* a serem adotados em seu tratamento de saúde, em eventual hipótese de estado terminal. Exige-se, para tanto, declaração expressa de vontade (diretiva antecipada expressa de vontade, consoante a expressão consagrada na Espanha).

Por ser um ato de autonomia do sujeito, busca-se perquirir sua validade e eficácia dentro do ordenamento jurídico pátrio.

Impende destacar que tal prática teve início após o caso de Nancy Cruzan, vítima de um acidente de carro que lhe deixou dependente de aparelhos, nos Estados Unidos, em 1990. A Suprema Corte decidiu pelo desligamento da sonda que mantinha Nancy viva. Assim, foi motivado a promulgação da lei que permitia o testamento vital, a chamada “*The Patient Self-Determination Act – PSDA*”, como visto alhures.

No Brasil, tal prática ainda não foi positivada pelo ordenamento pátrio. A única ingerência que se tem acerca do testamento vital no Brasil é referente a Resolução nº 1.995/2012 da CFM.

Segundo tal instrumento normativo, o indivíduo que estiver sofrendo futilidade médica, ou seja, tratamentos que não mais lhe proporcionam a cura, pode fazer um documento atestando sua vontade, e principalmente se quer ou não manter a intervenção terapêutica que o mantém vivo.

É o que se depreende do art. 1º da referida legislação, senão vejamos:

Art. 1º Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade.

Quando o ato regulamentar expõe “diretivas antecipadas de vontade”, esta se referindo ao testamento vital, que seria indispensável para a proteção da dignidade e da autonomia de vontade do paciente.

O problema da aceitação do testamento vital no Direito Brasileiro reside no fato de não haver no ordenamento jurídico pátrio qualquer dispositivo que verse sobre a matéria. Porém, não se pode olvidar que seria uma afronta a própria Constituição Federal não reconhecer o testamento vital sob o argumento de que existe lacunas jurídicas, haja vista ser este uma garantia ao Princípio da Dignidade Humana esculpido no art 1º,III da Lei Maior como princípio fundante da república.

Conforme explicita Ana Carolina Teixeira e Luciana Dadalto Penalva (2010, p. 72):

Concordar que o testamento vital só pode ser válido ante a existência de norma específica é engessar o sistema normativo brasileiro e ignorar a existência e aplicação de princípios constitucionais, norma que, *per se*, possuem conteúdo aberto e se moldam a uma vasta gama de situações jurídicas, inclusive aquelas não tipificadas em regras.

Assim, deve-se observar que o testamento vital deve ser considerado válido no ordenamento jurídico pátrio, haja vista sua proteção aos princípios constitucionais da dignidade humana e da autonomia de vontade. Ademais, o art. 5º,III da CF/88, que proíbe o tratamento desumano ao indivíduo.

O ordenamento jurídico pátrio deve ser entendido como um sistema, que possui no seu escopo de norma as regras, os costumes, a jurisprudência, e definitivamente, os

princípios. Portanto, tal resolução encontra-se embasa no Direito Brasileiro, sob uma perspectiva de sistema jurídico.

Não obstante, não é porque o testamento vital esta embasado em princípios que este não deva ser positivado. Conforme explicita Ana Carolina Teixeira e Luciana Dadalto Penalva (2010, p. 75):

[...] a validade lastreada na interpretação principiológica não afasta a necessidade de que se legisle sobre o tema de forma mais específica, com a finalidade de disciplinar especificidades e formalidades inerentes ao instituto, para assegurar ao outorgante que sua vontade seja cumprida, caso exista futuro estado de terminalidade.

Com o fulcro de proteger os princípios constitucionais abarcados pela ortotanásia e o testamento vital, o Código Penal de 1940, muito defasado, foi alvo de intensas reformas, para garantir-se assim uma morte digna aos pacientes enfermos.

5.3. O ANTEPROJETO DO CÓDIGO PENAL

O Código Penal Brasileiro vem tendo sua matéria discutida há muito tempo pelos juristas brasileiros. Por ser um código que nunca sofreu uma mudança substancial em seu conteúdo, muitas propostas de reforma dos seus dispositivos foram feitas, haja vista que a sociedade brasileira ia evoluindo, porém o ordenamento pátrio permanecia engessado.

Entrementes, está em curso no Congresso Nacional o Anteprojeto do Código Penal, com o intuito de reformar esta legislação há muito ultrapassado em certos aspectos, como por exemplo, relativo à eutanásia. Atualmente, a eutanásia constitui crime, podendo ter apenas atenuantes na cominação de sua pena.

É o que preleciona Marcello Ovidio Lopes Guimarães (2008, p. 305), quando diz que “Os naturais avanços e transformações sócio-culturais, dos costumes em geral e da ciência, lançam impulsos reformadores da lei penal, o que se verificou, mais recentemente, em particular, quanto ao tema da eutanásia”.

Desde 1963, com o anteprojeto de Nelson Hungria, que o legislador buscar reformar o Código Penal, e com isso trazer temas mais atuais a um Código Penal que estava

se mostrando ultrapassando. Neste, a eutanásia, por ser uma prática nova, que ainda enseja grandes discussões, era repugnada, ainda tratada como homicídio.

O anteprojeto de 1963 foi aprovado, transformando-se no Decreto-lei nº 1.004/69. O Código Penal de 1969, como era chamado, não tinha mudanças significativas a Lei Penal de 1940, apenas buscava acabar com discussões doutrinárias sobre diversos temas. No que tange a eutanásia, o Código de 1969 apenas previu expressamente que seria hipótese de atenuação facultativa de pena, como hoje ainda é tratado no art. 121 §1º do CP. O referido Código Penal, porém, foi revogado em 1973, nunca entrando em vigor.

Em 1984, foi criado um novo Anteprojeto onde se buscou realmente moldar o Código Penal vigente conforme as novas diretrizes da época. Este inseria o §3º ao artigo 121 do CP, o qual trazia a isenção da pena para o médico que praticava a eutanásia com “o consentimento do paciente, ou de ascendente, descendentes, cônjuge ou irmão, na sua impossibilidade, desde que tivesse como intuito abreviar-lhe a vida e o sofrimento diante da morte iminente e inevitável, comprovada por outro médico.”.

Aqui, não se distingue se a conduta do médico configurar a eutanásia ativa ou a ortotanásia. Impende destacar que nesse primeiro movimento pró-reforma da lei penal brasileira, houve a reformulação da Parte Geral, porém a Parte Especial permaneceu inalterada.

O fato de tratar a eutanásia como gênero, nem especificar suas espécies, implica em uma banalização da prática eutanásica que visa garantir ao paciente terminal uma “boa morte”, trazer uma dignidade à morte do enfermo. No Anteprojeto de 1984, a simples abreviação da vida do paciente, se seguisse os termos da lei poderiam ser feita.

Conforme elucida Gisele Mendes de Carvalho (2001, p. 59):

Malgrado a imprecisão da expressão “antecipa morte iminente e inevitável”, que dava margem à confusão dos conceitos de eutanásia ativa e passiva, o Anteprojeto revelou-se eficiente fonte de debates sobre a questão e de clamores por uma impostergável modernização da legislação.

Posteriormente, o anteprojeto virou projeto de lei pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, porém não foi apreciado pelo Congresso Nacional. Posteriormente, em 1994, o projeto foi rebatizado com o nome de “Esboço do

Anteprojeto de Código Penal – Parte Especial”, e voltou a ser discutido no legislativo.

É o que aduz Maria Auxiliadora Minahim (2005, pg. 195/196):

Posteriormente, no ano de 1994, esse trabalho foi revisto por nova Comissão, recebendo o nome de Esboço de Anteprojeto de Código Penal – Parte Especial – em cujo texto, o art. 121 §3º, passou a ter a seguinte redação: “não constitui crime deixar de manter a vida de alguém, por meio artificial, se previamente atestado por dois médicos, a morte como iminente e inevitável, e desde que haja consentimento do doente ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge ou irmão”. Com este dispositivo, disciplina-se a ortotanásia, figura que depende de requisito específico, qual seja, que a morte esteja sendo protelada graças, apenas, ao uso de suporte artificial (desproporcional em face da irreversibilidade do quadro). O fato de que a conduta possa ser praticada por qualquer pessoa, embora possa merecer reparos, libera os médicos de, após constatação do fato por um colega, ser pessoa que deve, de mão própria, dar causa à morte biológica

No anteprojeto de 1994, há uma inovação na matéria legislativa decorrente da própria evolução do pensamento social acerca da eutanásia. Em primeiro momento, claramente se observa a prevalência sobre a ortotanásia como prática juridicamente relevante em detrimento das outras expressões eutanásicas.

Após, observa-se que, ao invés de caracterizar a eutanásia como excludente de punibilidade (por escolher não se punir o indivíduo que realizava tal prática), como ocorreu 1984, o Anteprojeto de 1994 a tratou como excludente de ilicitude, não sendo considerado crime a suspensão ou interrupção de tratamento médico, nos termos da lei. Complementa tal entendimento Maria Auxiliadora Minahim (2005, p. 196):

O fato assim praticado – a suspensão do tratamento considerado fútil – é lícito porque o Direito lhe confere chancela – já conferida no plano social – excluindo-o do rol daqueles outros que não reúnem os mesmos requisitos, ou seja, esta situação, no plano dos fenômenos não é igual a outros fatos considerados lícitos, daí a necessidade de o legislador explicitar o juízo de valor que fez sobre a ortotanásia, justificando-a.

Outrossim, tal Anteprojeto foi revisto por outra comissão em 1998, redigindo o parágrafo terceiro do art. 121 do Código Penal, qualificando a prática de eutanásia como homicídio privilegiado. No entanto, foi criado mais um parágrafo para regular a ortotanásia, utilizando o que foi disposto em 1994 no parágrafo terceiro.

Segundo Marcello Ovidio Lopes Guimarães (2008, p. 305):

Alerta, especificamente quanto à matéria ora tratada, que o desenvolvimento da ciência, possibilitando o prolongamento artificial da vida, aliado à compreensão do princípio do respeito pela dignidade humana como algo irrenunciável, impôs, conseqüentemente, o exame do seu corolário, qual seja, a validade de abreviar a vida diante de determinadas situações.

O Anteprojeto de 1998 trouxe uma inovação aos parágrafos do art. 121, que buscam tratar da eutanásia.

A partir deste, foi delimitado expressamente que o parágrafo 3º falaria especificamente da eutanásia *strictu sensu*, de forma privilegiada, e o parágrafo 4º, segundo a Exposição de Motivos, trataria diretamente da ortotanásia, como uma conduta lícita. Tal descrição detalhada não era possível de ser visualizada nos anteprojatos anteriores.

O §3º preceitua que constitui homicídio privilegiado “*se o autor agiu, por compaixão, a pedido da vítima, imputável e maior, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável em razão de doença grave*”. Não era possível se determinar se a eutanásia tratada era a ativa (praticada por uma ação) ou a passiva (praticada por uma abstenção), e se era direta ou indireta. Há quem entenda que se trata apenas da eutanásia ativa direta, mas o texto do dispositivo da margem a outras argumentações.

A questão maior do referido parágrafo reside no fato do autor do crime ser um garantidor, como é o exemplo do médico, onde este tem o dever de agir, sob pena de se configurar o homicídio comissivo impróprio (ou por omissão), por se abster de praticar a assistência médica necessária.

Já na última comissão acerca do tema, em 1999, transformou-se a eutanásia como delito próprio, tendo uma pena reduzida em relação ao homicídio simples, sendo de 2 (dois) a 5 (cinco) anos. Já a ortotanásia permaneceu no parágrafo quarto como fato lícito.

Segundo o art. 121 §4º previsto no Anteprojeto do Código Penal de 1999, é excluída a ilicitude de quem praticar conduta que deixar de manter o indivíduo vivo por meios artificiais, desde que contestada por dois médicos a morte iminente e inevitável, e desde que haja consentimento do paciente, ou na sua impossibilidade, de

descendente, ascendente, cônjuge, companheiro, e irmão. Estava configurada a ortotanásia.

Porém, o presente parágrafo apenas trata do paciente terminal mentalmente são e maior de 18 anos à época do consentimento, não abrangendo tal prática aos inimputáveis. Outrossim, configura-se o a vontade como cerne para dar ensejo a tal prática. Segundo Maria Auxiliadora Minahim (2005, p. 198):

Além do mais, o pedido aqui requerido quer servir como mais um elemento para consolidar a convicção de que se está diante de um homicídio praticado por compaixão e não por egoísmo ou outro motivo torpe. Não se exige, nessas questões bioéticas, uma vontade capaz e apta a entender complexas relações civis, por exemplo, mas apenas aquela suficiente para demonstrar como o paciente se sente a respeito de determinada intervenção.

Atualmente, o Anteprojeto de 1999 não foi levado a debate público, e nem apreciado pelo Congresso Nacional, o que dá ensejo a uma insegurança jurídica acerca do tema, haja vista que a mesma pode ser excluída, ou até alterada.

Neste diapasão, é importante se destacar também o projeto de lei n. 116/2000 proposto pelo Senador Gerson Camata (PMDB-ES). Neste projeto de lei, o senador propôs se inserir o art. 136-A ao Código Penal, excluindo a ilicitude da ortotanásia, e a incluindo na parte dos crimes de periclitação da vida e da saúde.

Conforme aduz o art. 136-A:

Art. 136-A. Não constitui crime, no âmbito dos cuidados paliativos aplicados a paciente terminal, deixar de fazer uso de meios desproporcionais e extraordinários, em situação de morte iminente e inevitável, desde que haja consentimento do paciente ou, em sua impossibilidade, do cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão.

§ 1º A situação de morte iminente e inevitável deve ser previamente atestada por dois médicos.

§ 2º A exclusão de ilicitude prevista neste artigo não se aplica em caso de omissão de uso dos meios terapêuticos ordinários e proporcionais devidos a paciente terminal.

Segundo o próprio Gerson Camata (2010, p. 145):

Ressalte-se que, de acordo com o projeto, essa exclusão de ilicitude refere-se à renúncia ao excesso terapêutico. Ela não se aplica se houver omissão de meios terapêuticos ordinários ou dos cuidados normais devidos a um doente, com um fim de causar-lhe a morte.

Observa-se que a discussão acerca da morte digna encontra-se em evidência nas casas do Congresso Nacional, buscando-se a legalização da prática da ortotanásia com o fulcro na proteção da Dignidade da Pessoa Humana, e na Autonomia da vontade do paciente, haja vista que tal prática só será lícita se houver o consentimento expresso do enfermo.

O Direito Penal Brasileiro caminha para uma positivação das condutas sociais inovadoras, buscando se adequar as novas realidades do mundo. O testamento vital e a ortotanásia são práticas que visam garantir uma dignidade ao fim da vida do paciente terminal, sem, contudo, ferir o seu direito à vida. É inegável que o direito à vida é inviolável, e esta deverá ser salvaguardada dignamente. Porém, há de se proteger a dignidade do ser humano também no seu fim.

6. CONCLUSÃO

A eutanásia é um tema bastante discutido nos dias atuais. A partir das evoluções tecnológicas que a sociedade contemporânea sofreu, percebeu-se um maior avanço nas técnicas médicas referentes ao aumento da qualidade de vida do indivíduo, bem como na busca de curas para doenças até então fatais, como a rubéola.

Não obstante, a prática eutanásica ainda traz divergências em todo o mundo acerca da sua legalização e inserção no ordenamento jurídico, sendo aprovado em alguns países e rejeitado em outros.

No Brasil, ainda não há no ordenamento pátrio entendimento expresso acerca da legalização ou não da eutanásia. O que se observa é que o tema foi tratado no âmbito médico, através de diversas resoluções acerca do tema. O presente trabalho visa resolver a discussão sobre a legalização da eutanásia no ordenamento pátrio, e como ela deveria estar inserida, visando conferir ao paciente terminal uma morte digna.

Para tanto, foi necessário analisar conceitos básicos, como de vida e morte, observar o tema sob um aspecto bioético, tratar das diferentes expressões da eutanásia, e comparar o ordenamento brasileiro com direito comparado.

Observa-se que a Constituição Brasileira de 1988, no seu art. 5º, garante a inviolabilidade do direito à vida. Esta foi alçada, conforme a preceitua a própria Lei Maior, como direito fundamental. Entrementes, o direito à vida deve ser analisado sob a ótica de proteção a dignidade da pessoa humana, insculpido no art. 1º, III da CF/88.

Como todo cidadão tem direito à uma vida digna, deve ter também direito que o fim desta o seja concedido dignamente. Assim, deve o ordenamento pátrio conceder ao sujeito uma morte digna. A dignidade da morte reside no fato do ser humano poder ter uma morte sem sofrimentos, sem ingerências de intervenções que lhe causem dor.

Impende destacar que o direito à morte digna não dá ensejo a liberalidade sobre a vida do indivíduo. Pelo contrário, deve-se analisar a morte digna conjuntamente com o direito à vida, não podendo um perpassar o limite do outro. A morte digna, por

exemplo, não autoriza o sujeito a suicidar-se, muito menos permitir que outro lhe mate.

Outrossim, sobre esta discussão, surge o debate sobre a legalidade da eutanásia para conceder ao paciente uma morte digna. Em verdade, a eutanásia, por ser definida como “boa morte”, deveria ter o condão de conceder ao indivíduo uma morte digna. Porém, por conta desta ser analisada através de diversas expressões, e por ter diversas maneiras de ser configurada, que deve o ordenamento ter cuidado ao legalizar tal conduta.

Em verdade, em respeito ao direito à vida, a eutanásia com o escopo de abreviar a vida de um paciente, de maneira ativa (através de uma ação) ou de maneira passiva (através de uma omissão), sem observar a possibilidade de cura do enfermo e o seu consentimento - vale frisar que ambos os pressupostos devem ser analisados conjuntamente -, acarreta ao terceiro que praticou tal conduta a cominação da pena de homicídio, independente de ser esta atenuada ou agravada.

Para se conceder ao sujeito uma morte digna, o ordenamento jurídico deveria primar pela prática da *ortotanásia*. Esta significa “morte correta”, e ocorre quando um paciente terminal, que não mais possui a possibilidade de se curar, e tendo a morte como iminente e inevitável, manifesta expressa a sua vontade de ter suspenso ou interrompido o tratamento terapêutico que o mantém vivo.

Muitas vezes a ortotanásia é confundida com a eutanásia passiva, porém os institutos não se assemelham. A ortotanásia se configura a partir da terminalidade e a morte inevitável e iminente do paciente, enquanto a eutanásia passiva se designa a tratar de qualquer conduta omissiva do médico que vise abreviar a vida do sujeito.

Assim, ao se conceber a ortotanásia, não se estaria violando o direito à vida do sujeito, haja vista que o terceiro – mais precisamente o médico - , não busca ceifar a vida do enfermo, e sim deixar que este siga o curso normal da vida, que é a morte, que se encontra iminente. O indivíduo nasce, cresce e morre, e se entender pela manutenção de tratamentos médicos apenas com o intuito de segurar o paciente em vida se configura em uma conduta desumana.

Impende destacar que, a ortotanásia além de designar ao indivíduo uma morte digna, busca garantir que este não sofra tratamentos desumanos, observando-se plenamente o art. 5,III da Lei Maior, que entende que o ser humano não deve ser

exposto a tratamentos desumanos ou degradantes. A morte na ortotanásia estaria dignificada, e entender pela manutenção do tratamento médico daria ensejo a uma obstinação terapêutica, ou a distanásia.

A *distanásia*, antagônica a ortotanásia, é a conduta que visa manter o paciente terminal vivo através de práticas invasivas, sendo que este não possui mais condições de cura e tem a morte como certa. Ao invés de se garantir a dignidade o sujeito, em verdade este é a própria redução do paciente a uma situação degradante, desumana.

O médico, ao praticar o encarniçamento terapêutico, acaba por aumentar a dor e o sofrimento do indivíduo, e de seus familiares, que tanto zelam pela saúde física e psíquica do enfermo. Por isto, apesar de ser dever do médico tentar salvar de todas as formas o seu paciente, a obstinação terapêutica deveria ser rechaçada pelo ordenamento pátrio, por ferir o art. 5º, III da CF/88 e gerar dor e sofrimento para o paciente e seus familiares.

Diferente do ordenamento pátrio, que ainda concebe a ortotanásia como causa atenuante de homicídio, já há uma tendência em outros países a se legalizar a prática da eutanásia. Holanda e Bélgica, por exemplo, já possuem em seus ordenamentos dispositivos que autorizam a eutanásia e o suicídio assistido.

Nos Estados Unidos da América, a Suprema Corte rechaça a possibilidade de suicídio assistido, mas vem se posicionando a favor da suspensão das intervenções médicas invasivas, autorizando a ortotanásia. É o que pode se observar do caso de Terri Schiavo, que permanecia em coma por mais de 15 anos, e o seu marido teve a autorização judicial para desligar os aparelhos. Assim, o direito estadunidense, por conta do federalismo adotado pelo país, confere a cada Estado a possibilidade de legislar acerca do tema da maneira que entender.

Não obstante, a contribuição mais importante do direito estadunidense para o ordenamento pátrio seria a concepção do testamento vital. Segundo o PSDA, o paciente poderia, em documento escrito, expor expressamente sua vontade acerca de como seria tratado caso restasse em estado terminal, podendo manifestar seu desejo de desligar os aparelhos. Aqui, se concebe a materialização da autonomia de vontade do sujeito, com o escopo de proteger a dignidade da pessoa humana.

Tanto a prática da ortotanásia quanto o testamento vital não foram positivados pelo ordenamento brasileiro. Não obstante, o Conselho Federal de Médica buscou regulamentar tais condutas através da Resolução nº 1.805/2006 (sobre a ortotanásia) e a Resolução nº 1.995/2012 (sobre o testamento vital).

A Resolução nº 1.805/2006 foi alvo de uma ação civil pública pelo MPF, porém em 2010 a demanda foi julgada improcedente, primando pela constitucionalidade do ato regulamentar do CFM.

Tanto a Resolução nº 1.805/2006 quanto a Resolução nº 1.995/2012 buscaram proteger o direito à uma morte digna, através do prisma do resguardo a dignidade da pessoa humana, evitando que o indivíduo passe por tratamentos desumanos e degradantes, conforme se observa da leitura do art. 5º, III da CF/88.

Deve-se observar o Direito Brasileiro como um sistema, abarcando dentro dele não apenas as regras jurídicas, mas também os princípios. Com isso, ambas as resoluções tem embasamento principiológico, deve ser resguardado pelo ordenamento jurídico.

Em busca de tentar sedimentar o entendimento acerca da eutanásia, houve várias propostas de reforma à parte especial do Código Penal. Atualmente, a eutanásia é tratada apenas como homicídio privilegiado, conforme art. 121 §1º do CP, sem ter excluído sua tipicidade, ilicitude ou culpabilidade.

O primeiro projeto a tratar realmente do tema foi o de 1984, apesar do primeiro projeto de reforma ter sido proposto por Nelson Hungria em 1963. O Anteprojeto de 1984 não discriminava as diversas expressões de eutanásia, apenas tratando com exclusão de punibilidade o indivíduo que praticasse a eutanásia com o consentimento do paciente, ou de ascendente, descendentes, cônjuge ou irmão, na sua impossibilidade, desde que tivesse como intuito abreviar-lhe a vida e o sofrimento diante da morte iminente e inevitável, comprovada por outro médico.

Já em 1994, foi delimitada a diferença entre aqueles que praticam a eutanásia, e a ortotanásia, incluindo esta no rol das condutas que excluem a ilicitude, não sendo considerado crime. Já o mais recente Anteprojeto de 1999 trata a eutanásia como homicídio privilegiado, e a ortotanásia como excludente de ilicitude.

Em busca de se excluir a ortotanásia como crime, o Senador Gerson Camata também propôs um Projeto de Lei nº 116/2000, buscando torna lícita a conduta. O presente projeto ainda se encontra em fase de tramitação.

Diante o exposto, percebe-se que o Direito Brasileiro encontra-se em franca evolução para a legalização da prática da ortotanásia. Tal prática deve conjugar os princípios da dignidade da pessoa humana e a autonomia de vontade do paciente, para buscar criar um terceiro princípio, que seria o da dignidade da morte.

A morte digna deve ser assegurada buscando evitar um tratamento desumano ao paciente que não possui mais condição de sobrevivência e a intervenção já se tornou ineficiente. Novamente, não seria uma disposição ao direito à vida do sujeito, mas sim uma proteção do mesmo, na perspectiva da dignidade humana, haja vista que o enfermo sofreria mais com o tratamento invasivo do que seria protegida sua dignidade.

Por fim, para garantir a morte digna do indivíduo, deveria ser afastada a ortotanásia como crime pelo Direito Penal Brasileiro, a partir do consentimento do paciente, ou da sua impossibilidade, dos seus ascendentes, descendentes, cônjuges, companheiro ou irmãos, sendo esta vontade exteriorizada através do testamento vital. Como o Direito Penal não pode ser massificado, o testamento vital restaria por ter legislação própria, servindo de arcabouço para todo o sistema jurídico.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luiz Roberto, **Pesquisas com células-tronco embrionárias e interrupção da gestação de fetos anencefálicos: vida, dignidade e direito de escolha.** Disponível em http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/pesquisas_com_celulas_tronco_e_interrupcao_de_gestacao. Acesso em 13 de dezembro de 2012.

BARROSO, Luis Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A Morte Como Ela é: Dignidade e Autonomia individual no final da vida. In: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOSA, Heloisa Helena (coord.). **Vida, Morte e Dignidade Humana.** Rio de Janeiro. Ed. GZ. 2010, p. 175-212.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital. Análise Constitucional e penal e direito comparado. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro dos (Org.) **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 283-305.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 03 de janeiro de 2013.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. **Código Penal**, Brasília, 1940. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em 03 de janeiro de 2013.

_____. Lei nº 9.434, de 4 de Fevereiro de 1997. **Lei dos Transplantes.** Brasília, 1997. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm> Acesso em 03 de janeiro de 2013.

_____. **Projeto de Lei nº 116**, de 25 de abril de 2000. Exclui de ilicitude a ortotanásia. (Altera o Código Penal), autoria do Senador Gerson Camata, Brasília, 2000. Disponível em < http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=43807> Acesso em 03 de janeiro de 2013.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. **Código Civil**, Brasília, 2002. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm> Acesso em 03 de janeiro de 2013.

_____. **Código de Ética Médica.** Conselho Federal de Medicina. Disponível em < <http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/>> Acesso em 03 de janeiro de 2013.

_____. **Resolução nº 1.805/2006.** Conselho Federal de Medicina. Disponível em < http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm> Acesso em 03 de janeiro de 2013.

_____. **Resolução nº 1.995/2012**. Conselho Federal de Medicina. Disponível em < http://www.bioetica.ufrgs.br/1995_2012.pdf> Acesso em 03 de janeiro de 2013.

CAMATA, Gerson. Em defesa da ortotanásia. In: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOSA, Heloisa Helena (coord.). **Vida, Morte e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro. Ed. GZ. 2010, p. 137-150.

CARVALHO, Antônio Paes de. **Biotecnologia**. Rio de Janeiro. 1993. Disponível em < <http://www.schwartzman.org.br/simon/scipol/pdf/biotec.pdf>> acessado em 13 de maio de 2013.

CARVALHO, Gisele Mendes de. **Aspectos Jurídico-penais da Eutanásia**. São Paulo: IBCCRIM, 2001.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. A constituição e o direito ao corpo. In: PIOVESAN, Flávia; SARMENTO, Daniel (Org.). **Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direito Humanos**. Rio de Janeiro. Ed. Lumen Juris. 2007, p. 279-294.

CONSTANTINO, Clóvis Francisco. Médico pode limitar ajuda a paciente terminal. Brasília. 2006. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 10 nov. 2006, Seção Cotidiano, p. C1. Entrevista concedida à Cláudia Collucci.

COSTA JR., Paulo José. O prolongamento artificial da vida. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 3 jun.1990. Seção Justiça, p. 44.

CUNHA JR., Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador. Ed. JusPodivm. 3ª Ed. 2009.

DIAS, Roberto. O direito fundamental à morte digna: uma visão constitucional da eutanásia. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2012.

DINIZ, Débora. Quando a Morte é um Ato de Cuidado. In: PIOVESAN, Flávia; SARMENTO, Daniel (Org.). **Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direito Humanos**. Rio de Janeiro. Ed. Lumen Juris. 2007, p. 295-307.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo. Ed. Saraiva, 8ª ed. 2011.

DWORKIN, R. M. Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Vol.1. Salvador. Ed. JusPodivm. 11ª Edição. 2013.

GUIMARÃES, Marcello Ovidio Lopes. Eutanásia: novas considerações penais. 2009. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em:

<<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-07072010-151229/>>. Acesso em 01 de maio de 2013.

HRYNIEWICZ, Severo; SAUWEN, Regina Fiuza. **O Direito “In Vitro” da Bioética e do Biodireito**. Rio de Janeiro. Ed. Lumen Juris. 3ª Ed., 2008.

LOPES, Adriana Dias; CUMINALE, Natália. O direito de escolher. **Revista Veja**, Ed. Abril, edição n. 2286, ano 45, nº 37, 13 setembro 2012, p. 98.

LUFT, Celso Pedro. **Minidicionário Luft**. São Paulo. Ed. Ática. 2000.

MASSOLA, Luis Felipe Grandi. **Ortotanásia no Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: PUC-SP, 2012, 131 f. Tese (Mestrado em Direito). Programa de Mestrado em Direito Penal, Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito Penal e Biotecnologia**. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. São Paulo. Ed. Atlas. 26ª Ed. 2010.

MUNDIAL, Associação Médica. **“Wma Declaration Of Venice”**. Disponível em <<http://www.wma.net/en/30publications/10policies/i2/>> Acesso em 01 de maio de 2013.

NETO, Manoel Jorge e Silva. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro. Ed. Lumen Juris. 6ª ed. 2010.

PESSINI, Leocir. **Eutanásia; Por que abreviar a vida?** São Paulo: Loyola, 2004.

ROMMERTS, Kay Jagarth. **“Claiming life end's: a study on legal and social euthanasia discourse in the Netherlands”**. Tese (Mestrado em Antropologia Médica). Universidade de Amsterdã. Holanda. 2010. Disponível em <<http://www.scriptiesonline.uba.uva.nl/cgi/b/bib/bib-idx?type=simple;lang=pt;c=uvascript;sid=7529c898252a145d9ef31c4c2ebd08b8;rgn1=entire%20record;q1=euthanasia;Submit.x=-141;Submit.y=-161;sort=publicationyear;cc=uvascript;view=reslist;fmt=long;page=reslist;start=2;size=1>> Acesso em 05 de maio de 2013.

SÁ, Maria de Fátima Freire de e OLIVEIRA NAVES, Bruno Torquato. **Manual do Biodireito**. Belo Horizonte. Ed. Del Rey. 2009

SANTOS, Rita Maria Paulina dos - Dos Transplantes de Órgãos à Clonagem. - Rio de Janeiro – Ed. Forense, 2000.

SCARPARO, Mônica Sartori. **Fertilização Assistida: questão aberta, aspectos científicos e legais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

SOUZA, Gilson Sidney Amancio de. **O tratamento das intervenções médico-cirúrgicas e das lesões esportivas no direito penal brasileiro**. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/2261/o-tratamento-das-intervencoes-medico-cirurgicas-e-das-lesoes-esportivas-na-doutrina-penal-brasileira>> Acesso em 13 de maio de 2013.

TELLES, Marília Campos Oliveira e; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. A Morte Digna Sobre a Ótica Judicial. In: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOSA, Heloisa Helena (Coord.). **Vida, Morte e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro. Ed. GZ. 2010, p. 277-302.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; PENALVA, Luciana Dadalto. Terminalidade e Autonomia: Uma abordagem do testamento vital no direito brasileiro. In: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOSA, Heloisa Helena (Coord.). **Vida, Morte e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro. Ed. GZ. 2010, p. 57-82.

UNIDAS, Nações. “**Convention of Biological Diversity**”. Disponível em <<http://www.cbd.int/convention/text/>> Acesso em 01 de maio de 2013.

URANGA, Amélia Martín Uranga. A biotecnologia no direito penal moderno: luzes e sombras. In: TAVARES, Juarez; PRADO, Luis Regis; JÚNIOR, Miguel Reale. **Ciências Penais – Revista da Associação Brasileira de Direito Penal**. Ano 1, nº 1, julho-dezembro de 2004. Ed. Revista dos Tribunais, p. 38-53.

VILLAS-BÔAS, Maria Helena. Um Direito Fundamental à Ortotanásia. In: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOSA, Heloisa Helena (coord.). **Vida, Morte e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro. Ed. GZ. 2010,p. 239-268.