

EUTANÁSIA E DISCIPLINA JURÍDICA DO FINAL DA VIDA

Anahi de Araújo Hartz

Graduada pela Universidade
do Estado do Rio de Janeiro.
Advogada.

Resumo: Assiste-se hoje à cronificação do processo de morte: portadores de doenças letais podem ter sua sobrevivência prolongada por longos períodos, ainda que sem perspectiva de cura. Questiona-se a validade do uso desses recursos quando não mais beneficiem o paciente: a aplicação de tais medidas é obrigatória, sob pena de configurar a conduta típica do homicídio? Ou sua imposição representa afronta à autonomia e integridade do indivíduo, com reflexo na dignidade da pessoa humana? A principal questão proposta nesse artigo é saber se existem situações legítimas de interrupção da vida humana, constatando que o Direito Penal brasileiro encontra-se desparelhado para lidar com as novas realidades biotecnológicas envolvendo o final da vida.

Palavras-chave: Eutanásia, Morte, Dignidade, Autonomia, Bioética.

Sumário: Introdução; 1. Histórico e delimitações conceituais; 1.1. Conceito; 1.2. Termos relacionados; 2. Tratamento normativo; 2.1. Direito Comparado; 2.2. Direito Penal Brasileiro; 2.3. Esfera extralegal; 3. Abordagem principiológica; 3.1. Princípios supralegais; 3.2. Direitos humanos e fundamentais; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

O estudo apresenta noções gerais sobre a eutanásia, delimitando seu conceito e os de termos a ela relacionados, essenciais para a adequada análise do tratamento jurídico dado ao instituto. Tecem-se breves considerações sobre a eutanásia em legislações estrangeiras, dada a

relevância internacional do assunto. Analisa-se o tratamento da eutanásia, então, no âmbito da legislação penal brasileira vigente. Por fim, dada a proeminência dos princípios constitucionais no ordenamento pátrio, observa-se eutanásia à luz de direitos humanos e princípios fundamentais que se lhe apliquem.

Assiste-se hoje à cronificação do processo de morte. Portadores de doenças antes letais podem ter sua sobrevivida prolongada por extensos períodos, ainda que sem perspectiva de cura, e a própria condição terminal pode ter seu definhamento prolongado por meios artificiais. Os vertiginosos avanços das ciências médicas, associados à concepção da vida humana como um bem intangível e absoluto, propiciaram condições para que surgisse um quadro de obstinação terapêutica, em que a morte é identificada como o fracasso da terapia, não sendo admitida como um prognóstico possível. Tal postura conduz à necessária sujeição do paciente a tratamentos médicos, ainda que contra a sua vontade, e impede que se reconheça que nada mais pode ser feito, ante quadros clínicos irreversíveis.

No atual contexto jurídico-normativo, o quadro de obstinação terapêutica representa afronta a aspectos principiológicos fundamentais do ordenamento. A dignidade da pessoa humana, epicentro axiológico da Carta de 1988, veda a adoção de condutas que impliquem instrumentalização da pessoa ou que desafiem sua faculdade de autodeterminação, proibindo a submissão a tratamentos degradantes e realçando a liberdade e autonomia do homem. A vida humana, na qualidade de bem jurídico fundamental, há que ser redimensionada de acordo com uma interpretação conforme a Constituição que a ela se dê. Há uma inevitável necessidade de ponderação entre o direito à vida e outros valores fundamentais, autorizando que se tenha uma visão global da vida, com lastro em critérios normativos.

A principal questão proposta, então, é saber se existem situações legítimas de interrupção ou de não manutenção da vida humana, e a hipótese levantada é a de que o

tratamento dado pelo Direito Penal brasileiro à matéria é insuficiente. Procurou-se visar à aplicabilidade prática, sem enfatizar as numerosas questões de cunho filosófico, ético e moral que permeiam a questão.

1. HISTÓRICO E DELIMITAÇÕES CONCEITUAIS

O termo eutanásia foi cunhado em 1623 por *Sir Francis Bacon*, chanceler inglês e Barão de Verulamio, em sua obra *Historia Vitae et Mortis*. Influenciado pela corrente de pensamento da filosofia experimental dominante na época, Bacon sustentou a tese de que, para enfermidades consideradas incuráveis, era absolutamente humano e necessário dar a morte que abolisse o sofrimento dos enfermos.

Etimologicamente, o termo deriva dos vocábulos gregos *eu* (bem) e *thanatos* (morte), significando, eufemisticamente, uma “boa morte”. No sentido que tinha em sua origem, a palavra eutanásia significaria, então, a morte sem sofrimento. No entanto, a eutanásia tem origem muito anterior ao termo criado por Francis Bacon, tendo existido em formas primitivas desde os primórdios da civilização, acompanhada das controvérsias sobre o instituto. As atitudes diante da morte variaram de acordo com as culturas, ideologias, instituições e mitos das sociedades de uma maneira geral.

1.1. CONCEITO E TERMOS RELACIONADOS

O significado de eutanásia evoluiu ao longo da história. Além de serem diversos os posicionamentos a respeito da eutanásia, também são variados os significados dados a essa expressão e a termos a ela correlatos. Para uma abordagem jurídica do tema, se faz necessária uma delimitação conceitual.

A conduta eutanásica tem três elementos constitutivos essenciais, significando a morte dada a um enfermo: a) em situação de enfermidade terminal incurável ou de invalidez irreversível; b) sendo o agente impulsionado por móvel piedoso; e c) com consentimento validamente prestado pelo moribundo. Nesse sentido: VILLAS-BÔAS, (2005).

A doença terminal pode ser considerada como a fase final de numerosas enfermidades crônicas progressivas, esgotados os tratamentos disponíveis e atingido o nível vital de irreversibilidade, quando fica assente a expectativa de morte como consequência direta da enfermidade. Já os estados vegetativos persistentes representam uma forma de inconsciência permanente, em que o paciente apresenta ciclos fisiológicos normais, sem dar-se conta de si mesmo ou do que acontece à sua volta. O paciente não é terminal, mas apresenta supressão total de sua vida de relação, podendo ter sua sobrevivência prolongada indefinidamente, enquanto mantidas sua nutrição e hidratação artificiais. Nem sempre estados terminais ou vegetativos são evidenciados pela dor física ou pelo sofrimento do paciente.

De todos os critérios para a configuração da eutanásia, é a incurabilidade o mais discutido. Tem-se objetado que nunca se pode prever, com infalível certeza, se, e quando, a morte sobrevirá ao estado patológico. Porém, adotado esse entendimento, diagnósticos e prognósticos não exsurgiriam jamais como fiáveis, uma vez que a ninguém seria dado afirmar, com plena

certeza, que um enfermo estaria irrecorrivelmente devotado à morte. Sustenta-se, também, que males sem possibilidade de recuperação podem tornar-se, com os progressos da terapia, facilmente debeláveis, e a prática da eutanásia privaria o moribundo da chance de viver o bastante para que um novo fármaco pudesse curá-lo. Cumpre estabelecer que o critério da incurabilidade deve ser compreendido ante a evidência prática de que algumas doenças ainda permanecem insolúveis, e, apesar do incontestável avanço da ciência médica, não apresentam, no contexto atual, possibilidades concretas de recuperação. Portanto não basta, para negar a situação de incurabilidade, sustentar que todas as moléstias são passíveis, cedo ou tarde, de cura. Deve-se ponderar o critério da incurabilidade com olhos no presente, não voltados para especulações sobre um futuro duvidoso.

Passa-se, agora, à análise da motivação piedosa, humanitária, que deve mover a eutanásia. Os motivos constituem, consoante assinala HUNGRIA (1956), a significação mesma do crime, pois não há delito sem motivo, acessório externo essencial da conduta. Em alguns crimes, o conteúdo do tipo delitivo sequer pode ser determinado sem que se leve em consideração elementos subjetivos. São elementos pertencentes ao campo psíquico do autor que, ademais do dolo, são exigidos pela lei penal para que restem configurados o desvalor da ação e a culpabilidade.

Motivos podem ser imorais ou anti-sociais, morais ou sociais. Os motivos imorais configuram circunstâncias agravantes que influem na magnitude da culpabilidade, denotando maior reprovabilidade pela realização da conduta típica e ilícita. Já os motivos morais, ao contrário, denotam menor culpabilidade do agente, atenuando a pena que se lhe comine. A motivação de relevante valor moral ou social do agente, que constitui causa de diminuição de pena do homicídio, por força do art. 121, § 1º, do Código Penal, é aquela apreciada segundo

critérios da consciência ético-social ou do senso comum. A relevância social do motivo tem em vista o interesse coletivo, ao passo que o valor moral é todo aquele merecedor de apoio da moralidade média, exigindo a lei, em ambos casos, que o móvel seja relevante, digno de apreço.

Ressalte-se que os motivos altruísticos, por atuarem sobre a culpabilidade, não são incompatíveis com certas circunstâncias que influam negativamente sobre a magnitude do injusto. Tome-se como exemplo o emprego de veneno, que qualifica o homicídio na forma do art. 121, § 2º, III, do Código Penal, ou a condição de ascendente, descendente, irmão, cônjuge, ou mesmo a própria enfermidade da vítima, agravantes genéricas previstas no art. 61, *e*) e *h*), do mesmo diploma. São perfeitamente factíveis no homicídio eutanásico, não desconfigurando sua forma privilegiada.

Por fim, o último elemento essencial à configuração da eutanásia é o consentimento do moribundo, requisito indispensável estabelecido em todas as legislações em que é aceita alguma espécie de eutanásia, na medida em que somente o próprio doente pode estimar se seu sofrimento lhe é insuportável ou não. Nos ordenamentos que não admitem a eutanásia, como o brasileiro, entende-se que o consentimento acerca de bens disponíveis – e somente destes – afasta a tipicidade da conduta, se o dissenso integra o tipo; ou sua ilicitude, como causa de justificação supralegal.

A expressiva maioria da doutrina brasileira – BITTENCOURT (2001); NUCCI, (2002) –, entende que o consentimento não legitima a eutanásia nem lhe é requisito imprescindível, pois dizer o inverso seria reconhecer a disponibilidade do bem jurídico vida, o que seria temerário, na visão desses autores. O Código Penal pátrio exigiu apenas, para o abrandamento da pena em relação ao tipo simples, que o agente aja impelido de relevante valor social ou moral. Contudo, para NUCCI (2002, p. 102), a existência dessa causa integra “um contexto global de que o direito

à vida não é absoluto e ilimitado”. Também MIRABETE (2002, p. 320), embora deixe claro que existe crime quando o sujeito passivo se deixa matar, por ser a vida um bem indisponível, pondera que “no que refere casos especiais de lesão à vida, como a eutanásia, tem-se reacendido a discussão a respeito da classificação rígida de bens disponíveis e indisponíveis, propondo-se uma atenuação”.

Todavia, uma atenuação da indisponibilidade da vida há que ser rigorosamente prevista em lei, de modo que a prática de uma conduta permitida não dê brechas a abusos irreparáveis. Se existem causas de aborto legalmente disciplinadas, por que não as admitir também para a eutanásia, com o consentimento do principal interessado, o que sequer chega a ocorrer nos casos de aborto?

Ressalte-se que o consentimento, em qualquer caso, deve ser considerado por seus inegáveis efeitos atenuatórios da conduta penal, já que denota menor desvalor da ação. Contudo, para que seja reputado válido, o consentimento na eutanásia deve ser atual, expresso, informado, inequívoco e emitido por pessoa capaz. É imprescindível a preocupação com as circunstâncias que permeiam a formação da vontade do paciente, devendo-se afastar, ao máximo, fatores que possam reduzir sua capacidade de compreensão e de livre-arbítrio. O verdadeiro consentimento informado é dado após o paciente tomar conhecimento da situação patológica e de suas reais possibilidades de evolução.

Rechaçam-se as críticas segundo as quais todo aquele que clama pela própria morte não se encontra revestido de capacidade, pois não está no pleno exercício de suas faculdades mentais. Se assim fosse, não poderiam ter valor em nosso ordenamento casamentos nuncupativos (art. 1.540 do Código Civil) e testamentos de moribundos.

Por derradeiro, entende-se que se, de um lado, o consentimento não autoriza a conduta

eutanásica no sistema brasileiro, de outra parte, a ação médica infringindo o franco dissenso do interessado configura constrangimento ilegal. A lei não obriga o paciente terminal a recorrer a todos os tratamentos possíveis, mormente se já não oferecem benefícios reais à sua saúde. Nesse sentido, entendemos que a negativa do paciente em submeter-se a suporte artificial de vida não dá ensejo à exceção do artigo 146, § 3º do Código Penal (coação para impedir suicídio), pois a intenção não é a de promover, diretamente, a própria morte, mas tão-somente a de não se ver submetido a um tratamento fútil, doloroso e meramente protelatório de desfecho próximo e inevitável.

Dessa forma, conceitualmente, só é eutanásia a morte dada ao doente em situação de enfermidade incurável em estado terminal, ou em situação de invalidez irreversível, movida por compaixão e altruísmo em relação ao moribundo, com consentimento validamente prestado por parte daquele que padece.

1.2. TERMOS RELACIONADOS

Uma vez delineado o que se entende, aqui, por eutanásia, é mister explicitar o verdadeiro conteúdo de outras condutas que não se confundem com a eutanásia, embora com ela possam ser relacionadas, para prevenir a utilização terminológica incorreta e indiscriminada.

O primeiro instituto a se diferenciar da eutanásia é a distanásia. O termo foi proposto por Morache, em 1904, em seu livro *Naissance et Mort*. Etimologicamente, é formado pelos

vocábulos gregos *dis*, afastamento, e *thanatos*, morte. Chama-se distanásia o prolongamento artificial da vida, sem qualquer possibilidade de restabelecimento. Assim, o que parece ser um prolongamento da vida é, na verdade, prolongamento do processo de morte, trazendo sofrimento ao doente. A distanásia é expressão da obstinação terapêutica pelo tratamento e pela tecnologia, com vistas a prolongar uma vida precária a qualquer preço, procrastinando a morte com sofrimento.

A distanásia, como expressão da futilidade terapêutica, surge num contexto em que o avanço dos conhecimentos técnico-científicos permitiu a manutenção da vida em hipóteses antes incogitáveis. A formação dos profissionais da Medicina lhes impõe o dever de prolongar a vida e vencer a morte, vislumbrando-a não como um processo natural, mas como o fracasso do conhecimento e da tecnologia. Logo, se a morte significa derrota, a obstinação terapêutica aparece como providência lógica e obrigação a que não se pode furtar o médico.

Nesse contexto, em oposição à distanásia, surge o conceito de ortotanásia. Etimologicamente, ortotanásia significa morte correta, *orto*: certo, *thanatos*: morte. Consiste no não prolongamento do processo de morte por meios artificiais que excedessem a duração do processo natural. É a morte em seu tempo, sem antecipação, e sem abuso de recursos científicos que a adiem inutilmente.

A ortotanásia pode requerer a omissão ou suspensão de recursos médicos fúteis, também chamadas condutas médicas restritivas ou limitações terapêuticas, que têm por objetivo evitar a distanásia e situações que podem garantir o prolongamento dos sinais vitais, mas certamente não podem ser chamadas de prolongamento da vida.

A ortotanásia não se confunde com a forma passiva da eutanásia, em que a intenção de matar é direta, recorrendo-se, para tanto, à suspensão ou omissão de medidas que ainda sejam

indicadas e úteis para o paciente que ainda poderia delas se beneficiar, em alguma medida. Nas condutas médicas restritivas da ortotanásia o tratamento é inútil e infrutífero, e, por isso, não indicado. Uma disciplina descriminalizadora dessa conduta deve ser dirigida ao médico, cuja intenção não seria matar (ainda que por relevante valor moral), mas suspender tratamento fútil e não indicado, ouvida a opinião de uma equipe médica especializada e discutido o caso com o doente e sua família, não agindo por mera inspiração pessoal. Em relação ao parente que tome essa atitude, tocado pelo sofrimento de seu ente querido, falta-lhe a distinção crucial entre eutanásia passiva (intuito de matar por meio de abstenção de conduta, motivado por compaixão) e ortotanásia (indicação de suspensão de medida fútil), de maneira que sua intenção é sempre dar cabo da vida, movido pelo sentimento de piedade, ainda que efetivamente não houvesse indicação do tratamento suspenso.

Deve-se considerar ainda que os cuidados e atenções dispensados aos pacientes terminais, de quadro irreversível, não são ações que devam se circunscrever ao campo do curar, mas ao campo do cuidar, não tendo como finalidade preservar uma existência em franca deterioração, mas assistir, aliviar e satisfazer, dentro do possível, suas necessidades vitais básicas, ministrando-lhe cuidados paliativos (alimentação, hidratação, asseio, controle de sintomas).

Por fim, há que se fazer uma referência ao critério encefálico, adotado médica e juridicamente para determinação da morte. Tem especial relevância na definição do sujeito passivo da conduta eutanásica: quem pode ser morto. Esse esclarecimento, por demais óbvio, faz-se necessário face a interpretações errôneas do conceito da conduta. Cite-se, por exemplo, o Projeto de Lei nº 1.989/1991, de autoria do então deputado Gilvam Borges, que permitia “eutanásia” do paciente em morte encefálica. Não há dúvidas de que o desligamento de aparelhos que mantêm os movimentos respiratórios de paciente em morte encefálica ou a suspensão das

demais medidas que conservam artificialmente os batimentos cardíacos e o equilíbrio iônico, por exemplo, não pode ser considerado como homicídio, configurando delito impossível: não se pode causar a morte de quem já está morto.

2. TRATAMENTO NORMATIVO

2.1. DIREITO COMPARADO

Conquanto não se trate aqui de um trabalho de direito comparado, é mister que se façam algumas remissões ao tratamento dado à eutanásia nos ordenamentos jurídicos de outros países, considerando que o tema é de interesse internacional.

Nos Estados Unidos, é abundante a jurisprudência referente à eutanásia, questão levada com grande frequência à apreciação das Cortes. O primeiro precedente na jurisprudência americana é o caso Karen Quinlan, de 1976, no qual, a pedido do pai, foi desligada a aparelhagem que mantinha artificialmente a vida vegetativa da paciente em coma profundo. A decisão da Corte de New Jersey, que concedeu o desligamento do suporte vital, entendeu que o direito à privacidade incluía o direito de recusar tratamento médico, podendo ser interrompidos os procedimentos de suporte vital artificial em pacientes cujo retorno a uma existência cognitiva e sapiente não fosse possível, devendo o parente mais próximo, na função de garantidor, tomar essa decisão. A legislação a respeito do tema varia de Estado a Estado, já se tendo discutido se

haveria um direito constitucional a morrer – o que foi repellido pela Suprema Corte, que declarou, em 1997, que sua Constituição não reconhece “o direito dos enfermos terminais a solicitar um médico que lhes ajude a morrer”. Ressalte-se que essa decisão não obsta que os Estados sejam, de *per si*, mais benevolentes quanto às condutas relacionadas à eutanásia. Em 1994, o Estado de *Oregon* já havia aprovado o *Death With Dignity Act*, segundo o qual seria possível ao paciente terminal requerer a seus médicos drogas em quantidades letais, que o próprio paciente deverá ingerir. A lei só é aplicável a pacientes mentalmente capacitados para a tomada de decisões, em previsíveis seis meses finais de moléstia grave, devendo fazer dois pedidos orais e um por escrito, intercalados por uma pausa de reflexão de duas semanas. Desde 1976, o Estado da Califórnia já reconhecera ao paciente o direito de recusar o tratamento que o mantinha com vida (*Natural Death Act*). Em 1985, o Estado de *Connecticut* passou a admitir a suspensão de suporte vital, exceto pela alimentação, hidratação, e cuidados de analgesia, que devem ser mantidos.

Na maioria dos países da Europa, a eutanásia é tratada como modalidade de homicídio privilegiado. Na Alemanha, em 1903 e 1909, projetos já buscavam conferir “direito de morrer” aos enfermos sem esperanças. No entanto, a abordagem do tema da eutanásia nesse país tornou-se particularmente difícil em razão dos traumas históricos causados pelo regime nacional-socialista, notadamente o programa genocida baseado nas Leis de Nuremberg, que implementaram a eutanásia eugênica. Hoje, o próprio uso da expressão eutanásia é visto com reservas, preferindo a doutrina local falar em “ajuda para morrer”. O Código Penal Imperial da Alemanha, de 1817, falava em homicídio a pedido da vítima. A reforma de 1973 manteve no StGB o tipo da morte a pedido (*Tötung auf Verlangen*). Em que pese a tipificação penal, ROXIN (2000) aponta que na Alemanha não é permitido tratar um paciente contra sua vontade, se tal recusa resulta de decisão consciente do enfermo. Dispensa-se também o uso de medidas

prolongadoras da vida, até mesmo a alimentação e hidratação artificiais, quando o paciente já se encontra em processo de morte.

Na Dinamarca, a possibilidade de suspensão médica do tratamento fútil existe desde 1972 por recomendação da Comissão Dinamarquesa de Saúde, mas só foi efetivamente legalizada em 1992. Nesse mesmo ano, passou-se a admitir como válidos os testamentos vitais registrados. O testamento vital, ou documento de vontades antecipadas, é um instrumento jurídico por meio do qual um indivíduo capaz pode expressar sua vontade acerca das atenções médicas que deseja receber no caso de padecer de uma enfermidade irreversível ou terminal que o tenha conduzido a um estado em que seja impossível expressar-se por si mesmo. Segundo HOLM (1999), mais de setenta e cinco mil dinamarqueses registraram testamentos vitais nesse sentido até finais da década de 1990. Mantém-se a tipicidade da eutanásia no ordenamento dinamarquês, com pena mitigada, quando realizada mediante consentimento da vítima, podendo haver até mesmo perdão judicial para a conduta. Já o móvel humanitário sem o consentimento da vítima faz a conduta recair no tipo simples.

Atualmente, a Holanda é o país de referência na matéria, por ser aquele em que a eutanásia é admitida com maior amplitude, atraindo, inclusive, pessoas de outros países que desejam se submeter a medidas eutanásicas. A chamada “Lei Funeral”, de 2001, estabeleceu hipóteses de eutanásia tolerada, para cuja configuração devem ser observados diversos requisitos. A medida destina-se apenas ao doente incurável, maior de dezesseis anos, capaz de compreender informações médicas e de decidir com base nelas. Deve padecer de sofrimento insuportável, confirmado pelo médico que o assiste. É necessário que seu pedido seja voluntário, expresso e reiterado, devendo expor o caso a uma comissão multidisciplinar que, em face de avaliação concreta, autorizará a intervenção médica para antecipar a morte. Por fim, deve-se preencher

formulário detalhado, a ser apresentado perante o Ministério Público, o qual confirmará a consonância com as exigências legais. Note-se então que, com a Lei Funeral, a eutanásia não foi, então, amplamente legalizada. O Código Penal holandês mantém as hipóteses de homicídio a pedido e de participação em suicídio como típicas, quando ausentes os requisitos citados para a caracterização da eutanásia permitida.

2.2. O DIREITO PENAL BRASILEIRO

O Código Penal de 1940 é o primeiro diploma legislativo pátrio a tratar do tema em estudo. É inegável que as regras vigentes, originárias da metade do século passado, já não atendem às expectativas do momento atual, de modo a tornar necessária a elaboração de novas abordagens jurídico-penais a essas situações. Quando o Diploma de 1940 surgiu, não havia meios de se antever a revolução tecnológica que se seguiria no campo das ciências biomédicas. Os dilemas advindos dessa evolução, dentre os quais o tratamento conferido aos pacientes terminais, não teriam como encontrar previsão original no texto de 1940.

Tomando-se a milenar questão da eutanásia, o Código Penal se manteve muito distante de uma abordagem direta e objetiva sobre a matéria. Segundo orientação verificada na Exposição de Motivos, aplica-se à eutanásia o disposto no art. 121, § 1º, apresentando-a como forma de homicídio privilegiado pelo relevante valor moral e cominando-lhe pena reduzida de um sexto a um terço em relação ao tipo simples, cuja pena varia de seis a vinte anos. São sujeitos passivos clássicos do delito o paciente terminal, o enfermo grave ou o crônico, não exigindo o Código que seu sofrimento seja físico para ver preenchido o privilégio legal. Quanto ao sujeito ativo do

delito, o homicídio eutanásico não tem agente próprio. O quadro legal delineado em 1940 em relação ao tema, embora admitindo a redução de pena, é por demais deficiente. A falta de uma abordagem completa do tema diante da revolução técnico-científica dos dias atuais enseja profundas dúvidas, restando evidente a dificuldade de adequar as novas realidades e conceitos que permeiam o tema aos tipos penais tradicionais.

O Código Penal brasileiro não faz referência à ortotanásia ou às condutas médicas restritivas, entendidas essas como limitações de terapias inoperantes, que prolongam o processo de morte, sem melhorar as condições de saúde do enfermo. A omissão ou retirada dessas medidas não configura o tipo do homicídio, sequer privilegiado, pois se trata de decisão da esfera profissional médica acerca da conveniência e da indicação de certo tratamento. Não há obrigatoriedade de se fazer uso de todos os recursos tecnológicos e farmacológicos disponíveis, notadamente se o próprio doente não deseja prolongar sua existência além dos limites naturais. Ademais, não é o mero consentimento do ofendido que fundamenta a atipicidade da ortotanásia. Embora o pedido do enfermo capaz justifique a manutenção artificial da vida; pois essa solicitação, de *per si*, demonstra a existência de benefício na manutenção do tratamento para ele, que deseja viver os momentos que a tecnologia possa lhe acrescentar; a perda da autonomia faz com que se deva trabalhar na busca de seu melhor interesse. Tal busca pode apontar na direção da limitação terapêutica, mesmo sem seu expresso e atual consentimento, quando se observa o esvaziamento dos recursos médicos disponíveis. A conduta médica restritiva é decisão prioritariamente profissional, sendo certo que a intenção da equipe médica ao adotar a restrição da terapêutica não é matar o doente, mas evitar um comportamento distanásico. Em última instância, não é a decisão médica que promove a morte do paciente, mas a própria enfermidade, em grau já incontrolável, inserindo o paciente em irreversível processo de morte: deixou-se

apenas de lentificar, artificialmente, tal processo. Desta forma, a conduta ora analisada seria atípica, pela ausência do elemento subjetivo, é dizer, pela falta do *animus necandi*.

Limitando-se ao direito positivado, é possível alegar em favor da atipicidade da ortotanásia a simples interpretação do sentido das normas mandamentais por detrás dos delitos omissivos. A norma mandamental, que impõe a adoção de uma conduta com vistas a evitar um resultado lesivo, deve estar associada à superveniência de um resultado sensível : não pode a lei impor a adoção de conduta inútil. Não se trata de defender um “direito de morrer” ou mesmo um “direito de matar”, como se cogita em relação à eutanásia, mas um direito de recusa à terapêutica fútil que afronta, de maneira desproporcional e desnecessária, a dignidade do ser humano em fim de vida.

Nesse diapasão, conclui-se que eventual reforma penal será bem-vinda, desde que dissipe as dúvidas que permeiam a questão. Porém, se mal-formulada, traz consigo o risco de representar um problema conceitual ainda maior. A forma privilegiada prevista no artigo 121 § 1º do atual Código Penal deve ser mantida, para abrandar a pena do leigo que pratica o ato movido por piedade, perante emoção causada pelo sofrimento de seu ente querido, devendo-se acrescentar, nesse caso, a referência ao consentimento do enfermo, no que é omissa a legislação atual. Acerca da eutanásia propriamente dita, enquanto intenção de abreviar a vida de quem sofre, ASÚA (1992) aponta algumas formas de tratamento passíveis de serem aplicadas à conduta, como a concessão de perdão judicial e a interpretação do móvel humanitário como causa de exclusão de antijuridicidade. A concessão do perdão judicial é perspectiva útil para aqueles casos esporádicos e de forte cunho emocional, sobretudo diante de solicitações reiteradas pela vítima em grande padecimento. Contudo, esta não tem se mostrado uma demanda reiterada na sociedade pátria. No que concerne uma suposta atipicidade da eutanásia, considerando-se que inexiste um consenso

em relação à aceitabilidade moral da conduta no país, é dedutível que sua descriminalização não seria aceita.

3. UMA ABORDAGEM PRINCIPIOLÓGICA

3.1. PRINCÍPIOS SUPRALEGAIS

Questões envolvendo os efeitos da biotecnologia sobre as relações humanas são objeto de estudo da Bioética, ciência interdisciplinar recém-surgida que busca discutir as implicações dos progressos técnico-científicos em diversas esferas do conhecimento. Como tais questões refletem-se no direito, e tendo em vista que as normas jurídicas existentes a respeito de temas como eutanásia e final da vida são insuficientes, é necessário empreender um vasto trabalho de integração com a bioética, com o fim de preencher as várias lacunas do direito e de analisar polêmicas ainda não pacificadas na sociedade.

A eutanásia guarda relação com os princípios bioéticos fundamentais, como norteadores das decisões médicas acerca do assunto. São eles: beneficência, que impõe que se adote medidas que promovam o bem-estar do outro sempre que possível, visando a seu melhor interesse; não-maleficência, a *contrario sensu* do princípio anterior, consiste em evitar que se faça o mal, piorando a situação do indivíduo quando não se possa lhe prover o bem; autonomia, que autoriza o exercício da autodeterminação do paciente frente ao médico, permitindo ao indivíduo gerir sua

existência conforme seus próprios valores; e justiça, que estabelece tratamento paritário e distribuição equilibrada de recursos entre os enfermos.

Para a bioética, nas situações eutanásicas e ortotanásicas, o princípio da autonomia predomina, em regra, sobre os demais, de modo que ao paciente é dado escolher se deseja ou não se ver submetido a determinado tratamento. Apenas quando o paciente está incapacitado de externar sua vontade é que a autonomia cede à beneficência, e a decisão será tomada por terceiros, tendo em vista o melhor interesse do doente.

3.2. DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

Além dos princípios bioéticos, os direitos humanos, positivados no texto constitucional pátrio sob a forma de direitos fundamentais, representam parâmetros legais a serem observados na abordagem jurídica da disciplina do final da vida.

O direito à vida, considerado como direito humano por todas as declarações internacionais, exsurge, até de maneira intuitiva, como o mais importante deles, porque é pressuposto para a aquisição e o exercício de todos os demais direitos. Sua tardia inserção no corpo da Carta constitucional denuncia seu valor simbólico, porque o direito à vida independe de reconhecimento pelo ordenamento jurídico. O artigo 5º da Constituição Federal de 1988 garante a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade e à segurança, dentre outros. Ocorre que tais direitos não são absolutos, porquanto a própria lei admite exceções à sua tutela (v.g. o acolhimento, pela Constituição, da pena de morte em caso de guerra declarada). Não somente não são absolutos, como, principalmente, não são deveres. O artigo 5º não cria deveres de vida, liberdade e

segurança: seus incisos apenas estabelecem os termos nos quais estes direitos são garantidos. Assim, é assegurado o direito - não o dever - à vida. Em oposição a uma concepção estritamente naturalística do bem jurídico vida, conforme parâmetros biopsicológicos, sobressai a definição da vida com lastro também em critérios normativos, embora aqueles primeiros remanesçam como um limite para essa valoração.

O direito do paciente de não se submeter a um tratamento ou de interrompê-lo é consequência da garantia constitucional de sua liberdade de consciência, de sua autonomia jurídica, da inviolabilidade de sua vida privada e intimidade e, sobretudo, da dignidade da pessoa humana, erigida a fundamento da República Federativa do Brasil, no artigo 1º da Constituição Federal. Assim, o direito à vida contemplado pela Constituição deve ser compreendido de acordo com uma visão global que dele se faça, incluindo em sua interpretação outros valores que, por vezes, podem lhe ser superiores, como a dignidade da pessoa humana, e o direito à liberdade, que dela se origina. Desta forma, ninguém pode ser desprovido da própria vida contra a sua vontade, mas não existe um dever absoluto e incondicionado de viver – daí a impunibilidade do suicídio, por exemplo.

Há que se entender a vida humana, como objeto de tutela constitucional, enquanto vida digna. Assim é que, como mencionado, a própria Constituição veda a submissão a tratamentos desumanos ou degradantes. Logo, a imposição de tratamentos desproporcionados e a manutenção artificial das funções vegetativas de enfermos que não apresentam perspectivas objetivas de recuperação atentam contra a dignidade humana, devendo ser veementemente rechaçadas.

Assim, o direito à vida exsurge como disponível, embora tal afirmação deva ser admitida com reservas. Todavia, não há que se falar aqui num direito à própria morte decorrente do direito à vida, verdadeira inversão do sentido do preceito constitucional. O que observamos é o

surgimento de um direito à morte digna como desdobramento do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

O direito de morrer dignamente é uma reivindicação por vários direitos e situações jurídicas, como a dignidade da pessoa, a liberdade, a autonomia, a consciência e os direitos da personalidade. Refere-se ao desejo de se ter uma morte natural, humanizada, sem o prolongamento da agonia por parte de um tratamento inútil; o que não se confunde com o direito de morrer. O direito de morrer dignamente não defende qualquer procedimento que cause a morte do paciente: trata-se de reconhecer sua liberdade e sua autodeterminação, tendo em vista uma preocupação sobre a salvaguarda da qualidade de vida da pessoa, mesmo na hora da morte. Reivindica-se uma morte digna, como “um apelo ao direito de viver uma morte de feição humana, o desejo de reapropriação de sua própria morte, não objeto da ciência, mas sujeito da existência”, nas palavras de DINIZ (2001, p. 154).

Por estas razões, o fundamento jurídico e ético do direito à morte digna é a dignidade da pessoa humana. A intervenção terapêutica contra a vontade do paciente e o conseqüente prolongamento artificial do processo de morte é alienante, retira a subjetividade da pessoa e atenta contra sua dignidade. O respeito pela dignidade da pessoa exige o reconhecimento de que tratamentos inúteis ou fúteis apenas prolongam uma mera vida biológica, sem nenhum outro resultado. O inciso XXXV do artigo 5º garante, inclusive, o direito de o paciente recorrer ao Judiciário para impedir qualquer intervenção ilícita em seu corpo contra sua vontade. A inviolabilidade à segurança envolve a inviolabilidade à integridade física e mental. Isso leva à proibição, por exemplo, de intervenções não admitidas pelo paciente em sua saúde física ou mental, mesmo na ausência completa de saúde.

A não intervenção desejada pelo paciente não é uma forma de eutanásia, com a provocação da morte ou aceleração desta, é o reconhecimento da morte como elemento da vida

humana. É da condição humana ser mortal; é humano deixar que a morte ocorra sem o recurso a meios artificiais que prolonguem inutilmente a agonia.

Assim, a dignidade da pessoa humana soluciona o aparente impasse entre o direito à vida e o direito à liberdade de autodeterminação (ou princípio da autonomia, em sua vertente bioética) no que tange as condutas eutanásicas e ortotanásicas, pois de um lado, impede a interrupção arbitrária da vida de outrem, mas, de outra parte, opõe-se à manipulação leviana que conduz inevitavelmente à instrumentalização do ser humano.

CONCLUSÃO

Diante da exposição conceitual e da análise legislativa realizada sobre o tema da eutanásia, torna-se possível inferir certas conclusões, embora estas se sujeitem à mutabilidade da ciência e da sociedade.

A eutanásia, em seu sentido etimológico, tem sido entendida como a morte boa, suave e sem dor. Restringe-se, desse modo, à privação da vida de alguém, sem sofrimentos físicos ou morais. Esse conceito, todavia, por mais corrente que seja, pouco diz a respeito do verdadeiro significado de eutanásia. Esta consiste na privação da vida alheia perpetrada por razões humanitárias, a requerimento do interessado, que sofra de uma enfermidade terminal incurável ou de uma situação de invalidez irreversível no atual estágio das ciências médicas, e deseja por fim aos seus sofrimentos. Surgem conceitos relacionados à eutanásia, que com ela não se confundem. A distanásia compreende a obstinação terapêutica com vistas a prolongar a vida a qualquer preço,

através do emprego de avançadas tecnologias biomédicas. Opõe-se à ortotanásia, considerada como a morte no tempo certo, sem antecipação artificial nem abuso de recursos científicos que a adiem inutilmente. A ortotanásia pode requerer a omissão ou suspensão de recursos médicos excessivos, que apenas prolongam a vida terminal, sem melhorá-la, às custas de majoração do padecer do doente. Tais condutas médicas restritivas têm por objetivo impedir o processo de distanásia. Ressalte-se que a ortotanásia se distingue da eutanásia passiva, em que a intenção de matar é direta, recorrendo-se, para tanto, à suspensão ou omissão de medidas que ainda são indicadas e úteis para o paciente que sofre, mas que não se encontra em estado terminal, ou que delas ainda poderia se beneficiar. Na ortotanásia existe uma decisão médica cientificamente respaldada, no sentido da não indicação de medidas terapêuticas, por serem comprovadamente fúteis no caso em tela.

A eutanásia tem sido considerada nas legislações dos mais diversos países, algumas com intentos de legalização. Não obstante, sua regulamentação ainda fica, de uma maneira geral, adstrita ao tipo penal do homicídio privilegiado

No Brasil, a eutanásia sempre foi considerada uma modalidade de homicídio privilegiado. A Exposição de Motivos do atual Código Penal a contempla como causa de diminuição de pena do homicídio, quando o agente tenha sido impelido por motivo de relevante valor moral. Ressalte-se que, mesmo nos moldes legislativos atuais, é de se entender que prolongar artificialmente o período vital contra a vontade do interessado é constrangimento ilegal, pois não há obrigação jurídica de se submeter a todas as intervenções possíveis para manutenção da vida.

Perante a legislação penal atual, a ortotanásia não é conduta típica ou ilícita, estando afastado seu enquadramento como crime. Confirma-se a necessidade de revisão do conceito jurídico de eutanásia a fim de dissociá-lo das possibilidades lícitas de não manutenção de vida.

Fora do âmbito normativo, a disciplina da eutanásia guarda relação com os princípios fundamentais abarcados por nosso ordenamento jurídico. Os direitos humanos e fundamentais representam parâmetros legais a serem observados na abordagem jurídica do final da vida do paciente. Destacam-se aqui o direito à vida, a dignidade da pessoa humana e o direito à morte digna como desdobramento da dignidade da pessoa humana, não se confundindo com um suposto direito de morrer, que representaria inversão total dos valores assegurados pela Constituição. Esses princípios devem ser sopesados em cada caso, procurando-se otimizar sua aplicação em prol do tratamento digno ao ser humano enfermo.

REFERÊNCIAS

- ASÚA, Luis Jiménez de. *Libertad de amar y derecho a morir: ensayo de un criminalista sobre eugenesia y eutanasia*. 7. ed. reimp. Buenos Aires: Depalma, 1992.
- BITTENCOURT, Cezar R. *Manual de Direito Penal: Parte Especial*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- HOLM, Soren. Legalizar a Eutanásia? Uma perspectiva Dinamarquesa. In: *Bioética*, Brasília: Conselho Federal de Medicina, vol. 7, n. 1, pp. 101-106, 1999.
- HUNGRIA, Nelson. Ortotanásia ou eutanásia por omissão, sob o ponto de vista jurídico-penal. In: *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956, v. V.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2002, v. I.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- ROXIN, Claus. A Apreciação Jurídico-Penal da Eutanásia. Trad. Luis Greco. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, a.8, v. 8, n. 32, pp. 9-38, out.-dez. 2000.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final da vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.