



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Abreviação da morte e o Direito

Nathália Estephanio Alves Santos

Rio de Janeiro
2014

Nathália Estephanio Alves Santos

Abreviação da morte e o Direito

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Abreviação da morte e o Direito

Nathália Estephanio Alves Santos

Graduada pela Universidade Estácio de Sá. Advogada.

Resumo: O direito à vida por muitos anos teve status de principal direito do ser humano, todavia, atualmente a dignidade da pessoa humana passou a ganhar destaque nas discussões jurídicas e sociais, adentrando até mesmo nas questões de possibilidade de escolha de morte digna de pacientes com enfermidades incuráveis ou de difícil tratamento. O Direito tem o dever de analisar esse tema para determinar ou não a descriminalização destas práticas, hoje consideradas crime pelo Código Penal Brasileiro.

Palavras-chave: Formas de abreviação da morte. Morte com intervenção humana. Distanásia. Tipicidade. Direito.

Sumário: Introdução. 1. Formas de abreviação da morte. 2. Distanásia. 3. A questão no âmbito médico. 4. Ponderação entre o Direito à vida e o Direito a morte digna. 5. Tema no Código Penal. 6. Projeto de Reforma do Código Penal. 7. A vulnerabilidade dos envolvidos e a tomada de decisão. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar as formas de abreviação da morte, dos pacientes, analisando se a conduta do agente pode ou não ser criminalizada, com a devida ponderação do choque entre os direitos fundamentais da vida e da dignidade da pessoa humana, mais especificamente na possibilidade de escolha de uma morte digna.

As formas de abreviação da morte são criminalizadas na grande maioria dos países, incluindo o Brasil. Por outro lado, a Holanda e a Bélgica, por exemplo, legalizaram a eutanásia e a Suíça, que apesar de condenar a eutanásia, não pune o suicídio assistido, sendo responsável, pelo fenômeno moderno do “turismo do suicídio”.

Atualmente, com a grande importância do princípio da dignidade da pessoa humana e da autonomia da vontade nos ordenamentos jurídicos e nas decisões judiciais por todo o

mundo ocidental, a discussão sobre a possibilidade de escolha do paciente, diagnosticado com doença terminal sem cura, ou de um familiar seu, sobre a abreviação da morte veio à tona, sendo responsável por acirradas discussões entre médicos, juristas, religiosos e cidadãos de uma maneira geral.

As ações judiciais, pleiteando autorização para interrupção da vida, vêm crescendo de modo alarmante, principalmente nos Estados Unidos, Inglaterra, França, Itália, Espanha e Canadá. Ressalte-se que a Holanda e a Bélgica discutem ainda, a possibilidade de ampliar a autorização de eutanásia para pessoas com doença mental, podendo até ser estendido para crianças.

No Brasil, essas práticas são consideradas atos criminosos, podendo ser tipificados como homicídio (art. 121 do CP); induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio (art. 122 do CP); ou omissão de socorro (art. 135 do CP) dependendo da situação em concreto. Entretanto, hoje tramita o anteprojeto do Código Penal que visa alterar dispositivos da parte especial, tratando sobre a eutanásia e a ortotanásia. Com o acréscimo de dois parágrafos ao artigo 121, o legislador busca descriminalizar a prática da ortotanásia e diminuir a pena do ato de eutanásia, que continuaria, portanto, a ser criminalizado.

Por fim, resta analisar se a família ou mesmo, o enfermo têm condições psíquicas de decidir sobre o importante e último ato de por fim a vida, seja através de recusa de tratamento médico, seja pela aplicação de injeção letal, já que eles se encontram sobre intensa vulnerabilidade.

1. DAS FORMAS DE ABREVIACÃO DA MORTE

São várias as formas de abreviação da morte de um paciente portador de doença classificada como incurável ou de difícil tratamento, o que por muitas vezes gera certa confusão. O presente artigo tratará da eutanásia, suicídio assistido e ortotanásia, estabelecendo a devida distinção entre elas no âmbito social e jurídico.

A eutanásia seria, segundo Leo Pessini¹, “um ato médico que tem como finalidade eliminar a dor e a indignidade na doença crônica e no morrer, eliminando o portador da dor”. Ou seja, a eutanásia é descrita como a “boa morte”, onde há atuação de um terceiro, normalmente o médico, que por motivos pessoais ou a pedidos, seja da família, seja do próprio doente, promove a morte do paciente por razões humanitárias, objetivando por fim ao sofrimento experimentado.

São várias as classificações das espécies de Eutanásia; neste artigo, será seguida a divisão entre eutanásia voluntária e involuntária e ativa e passiva, ou seja, quatro categorias ou espécies diferentes. Na eutanásia voluntária há a participação do doente, seja pleiteando sua realização, seja consentindo com ela. Já na eutanásia involuntária, o paciente não participa do processo decisório, ou seja, ela ocorrerá através de um ato contra a vontade dele ou, por substituição de vontade, para casos onde é impossível, como em caso de estado vegetativo, a manifestação de vontade do doente. Por sua vez, a eutanásia ativa ou positiva é aquela que exige a atuação direta do médico que ministra injeção letal ou doses letais de medicamento. Finalmente, na eutanásia passiva ou negativa há uma omissão de tratamento, de recursos, o doente não recebe o necessário para sobreviver, como por exemplo, medicamento e alimentação.

¹ PESSINI, LÉO. *Nem abreviar, muito menos prolongar a vida, mas humanizar e cuidar*. Entrevista concedida a revista IHU On-Line. Disponível em: <http://direto.amaiivos.com.br/amaiivos09/noticia/noticia.asp?cod_noticia=6373&cod_canal=41>. Acesso em: 28 abr. 2014.

Ressalte-se que existe ainda a chamada eutanásia eugênica, mas essa espécie merece ser destacada das demais, já que não há nenhum traço de piedade em sua realização, esta prática defende a eliminação de pessoas com deficiências psicológicas ou físicas, ou ainda, de pessoas que não seguem a moral defendida como correta. A eugenia visa o aperfeiçoamento da humanidade, de uma raça tida como superior. Essa prática fora utilizada pelos Nazistas, que promoveram de modo cruel o assassinato de milhares de pessoas, taxadas como “índignas de viver”.

O suicídio assistido difere da eutanásia, quanto ao sujeito ativo da ação que gerará a morte do paciente. Enquanto que na eutanásia, um terceiro promove o ato da morte, no suicídio assistido, o próprio doente põe fim a sua vida, por não aguentar mais o sofrimento físico ou psicológico que está suportando. Nesta espécie, o doente ingere fármacos prescritos, com este fim, pelo profissional de saúde e se suicida. Nesta prática, o médico concorre com o paciente que realiza sua própria morte, seja através de prescrição de remédios, seja pela instigação ou induzimento.

A ortotanásia, por sua vez, é a prática que permite o “não prolongamento artificial do curso de morrer, além do período de tempo considerado natural”². A ortotanásia é chamada também de “arte de bem morrer”³, etimologicamente significa morte no tempo certo.

O paciente não pretende, incessantemente, alcançar a cura de sua moléstia, até porque, esta não existe na grande maioria das vezes, o que ele visa é uma maior tranquilidade no período em que antecede seu falecimento. Neste caso, o enfermo receberá tratamento médico até o momento que considerar adequado, depois deste período, os tratamentos e

² MENEZES, Rachel Aisengart. Autonomia e decisões ao final da vida: notas sobre o debate internacional contemporâneo. In: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena (Coords). *Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 09-29.

³ BARBOZA, Heloisa Helena. *Autonomia em face da morte: alternativa para a eutanásia?* In: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena (Coords). *Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 31-49.

intervenções médicas invasivas serão suspensas e se passará a aguardar a morte chegar em seu tempo “natural”.

A ortotanásia, em uma primeira análise pode ser confundida com a eutanásia passiva, já que em ambos os casos há suspensão ou impedimento, em caso de nunca ter havido tratamento, dos recursos médicos que permitiriam a manutenção da vida do paciente, isso significa, que há nestas hipóteses a cessação das práticas terapêuticas.

Entretanto, essas práticas não se confundem, apesar de existir uma linha bastante tênue entre elas. A diferença reside no processo em que o paciente está passando no momento do ato, isto é, se o processo de morte já se iniciou ou não.

Se o enfermo possui o processo de vida em curso e um terceiro cessa esse processo, suspendendo os tratamentos médicos, e gerando, por consequência a morte estará caracterizada a eutanásia passiva. Neste caso, ainda que não exista cura para a moléstia, a morte não é iminente, por isso se diz que o processo de vida ainda está correndo.

A ortotanásia, por sua vez, ocorre quando já se instalou no paciente terminal o processo de falecimento e o médico interrompe os tratamentos invasivos e inúteis que somente aumentarão o sofrimento, impedindo o prolongamento do processo de morte, aqui, ao contrário da eutanásia, há iminência no falecimento. Portanto, a ortotanásia defende o não prolongamento por meios artificiais do processo de morte, evitando com isso, mais um sofrimento para o paciente.

Importante destacar, que mesmo na ortotanásia há abreviação da morte, isso porque, no mundo atual, tecnológico, em que há disponibilidade de tantos mecanismos artificiais, tantos medicamentos e máquinas que permitem a sobrevivência do ser humano, o fato de se interromper um tratamento, de não utilização destes mecanismos, caracteriza antecipação da morte, já que o paciente poderia ter sua sobrevivência prolongada, sem se discutir aqui o intenso sofrimento que isso poderia causar.

Igualmente, não se deve confundir a eutanásia, distanásia ou o suicídio assistido com a adoção da prática de sedação paliativa. Essa se difere das supracitadas, pois não se objetiva a morte do paciente, o que se visa é a diminuição de sua consciência com a consequente redução de sofrimento e dor. A morte do paciente poderá até vir a ocorrer durante esse tratamento paliativo, mas esse não é o objetivo do profissional que ministra os medicamentos. Não há antecipação do momento da morte, pelo menos, não como regra.

Por fim, destaca-se que a ortotanásia se opõe a distanásia, aliás, ao ser feita esta distinção o entendimento quanto a essas práticas é facilitado.

2. DISTANÁSIA

Entende-se como distanásia o prolongamento artificial e inútil da vida, gerando intenso sofrimento físico e psicológico ao paciente classificado como “fora de possibilidade terapêutica de cura”.

A Distanásia objetiva dilatar ao máximo possível o processo de morte, para tanto se utiliza de todas as práticas médicas disponíveis para tentar a sobrevivência do doente, ainda que lhe cause, o que na maioria das vezes ocorre, dor e sofrimento desproporcional. Essa prática pode ser considerada em última análise, dependendo do caso concreto, similar ao sofrimento causado na tortura. Fato tipificado no ordenamento brasileiro como crime hediondo.

Enquanto que na ortotanásia é visado o não prolongamento da vida de forma artificial, quando já se iniciou o processo de morte, na distanásia se busca o oposto, o prolongamento a todo custo da vida, sem se importar com as consequências disto.

A distanásia em nada atende ao princípio da dignidade da pessoa humana e se assim o faz, contraria a ordem constitucional que determina em todos os casos, a ponderação do ato com a dignidade da pessoa.

Ora, não se pode admitir que um tratamento médico, que não irá trazer a cura, nem a sobrevida digna do paciente, seja mais doloroso que a própria doença, isso não estará em nada atendendo os fundamentos constitucionais da República Federativa do Brasil.

Assim, evidencia-se que a distanásia não é o melhor caminho a ser seguido, ou seja, o ordenamento jurídico não poderá obrigar que os cidadãos se submetam a ela. Por outro lado, se esse for o desejo do paciente ou de sua família, na falta de manifestação deste, o estado deve garantir que todos os meios médicos sejam empregados na prolongação de sobrevida do doente.

A visão da área médica se faz muito importante para o estudo e discussão do tema, já que como visto anteriormente, são os profissionais de saúde quem, em regra, realizam ou auxiliam na realização dos atos de abreviação da morte. Necessário observar a distinção e a determinação de diferentes atitudes que devem ser adotadas perante cada espécie de ato de abreviação da morte, defendida pelo Conselho Federal de Medicina.

3. A QUESTÃO NO ÂMBITO MÉDICO

O Código de Ética Médica, Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) nº 1.931/2009, inovou ao tratar do assunto em seu artigo 41⁴, *in verbis*:

É vedado ao médico:

Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.
Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.

Embora a Resolução não use expressamente os termos eutanásia e ortotanásia, ela faz clara menção a essas práticas, realizando distinção entre elas. Segundo a Resolução é

⁴ BRASIL. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil). Resolução nº 1.931 de 24 de setembro de 2009. Disponível em: < http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2009/1931_2009.htm>. Acesso em: 28 abr. 2014.

vedado ao médico realizar a eutanásia, ainda que haja pedido do paciente ou de seus familiares, como se verifica no caput do artigo 41.

Por outro lado, no parágrafo único, a Resolução desaconselha aos médicos, o uso da distanásia e acaba por tornar legítima a prática da ortotanásia, afastando a utilização de ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas.

A norma estudada passou a determinar que em caso de diagnóstico de doença incurável e terminal o médico deve levar em consideração a vontade expressa do paciente ou de sua família, na impossibilidade daquele, em homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana e da autonomia da vontade.

Para o Presidente do CFM essa norma “prima pela modernidade no que diz respeito a princípios como o da autonomia, o da beneficência, o da não maleficência, o da justiça, o da veracidade, o da transparência e o da compaixão”.⁵

Como se pode observar para o Conselho, essa nova norma traz mais compaixão para relação médico-paciente e importância para a autonomia do paciente e de seus familiares, que a partir de 2009, adquiriram, ao menos no âmbito médico, a possibilidade de ter sua opinião quanto ao tratamento empregado levada em consideração.

A possibilidade ou não de se empregar práticas que causem a abreviação da morte passa pela análise dos direitos à vida e à morte digna.

4. PONDERAÇÃO ENTRE DIREITO À VIDA E DIREITO À MORTE DIGNA

Pelo artigo 5º, caput da Constituição da República ⁶, brasileiros e estrangeiros possuem inviolabilidade do direito à vida, *in verbis*:

⁵ D’AVILA, Roberto Luiz *apud* AMORIM, Ricardo Henriques Pereira. O novo Código de Ética Médica e o direito à morte digna. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2627, 10 set. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17381>>. Acesso em: 3 set. 2014.

⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 15 abr. 2014.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, (...).

O direito à vida, por estar previsto na CRFB como um dos direitos fundamentais dos cidadãos deve ser amplamente assegurado pelo Estado. E mais que isso, para muitos doutrinadores, principalmente os que possuem uma visão mais tradicionalista, o direito à vida estaria em uma posição de superioridade em relação aos demais direitos fundamentais.

Nas palavras de Alexandre de Moraes, por exemplo, “o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constituiu em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos.”⁷

Ressalte-se que o direito à vida assegura uma dupla proteção, qual seja, direito de continuar vivo e ainda o direito à vida digna. Neste último aspecto deve-se dizer que vida digna é aquela onde o cidadão (na acepção mais ampla da palavra) terá assegurado o mínimo existencial (condições mínimas e indispensáveis) para sua subsistência.

Grande parte dos estudiosos das formas de abreviação da morte entende que para que o direito à vida digna seja assegurado, se faz necessário que a morte digna também o seja. O paciente que for obrigado a se submeter a toda espécie de tratamento invasivo, inútil e obstinado que vise manter a qualquer custo sua sobrevivência, não terá o direito à morte digna respeitado e por consequência haveria violação também ao direito à vida digna.

Para analisar a dignidade se faz necessário a análise da Constituição Federal, que em seu artigo 1º, III, traz a dignidade da pessoa humana, como fundamento da República Federativa do Brasil, *in verbis*:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
(...)
III - a dignidade da pessoa humana;

⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23.ed. São Paulo: Atlas, 2008; p.35.

Com o neoconstitucionalismo, o Direito Constitucional passou a prever, em um aspecto filosófico, que o direito tem um conteúdo, um valor, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana tornou-se um filtro pelo qual todas as decisões judiciais, edições legislativas e ações executivas devem passar. Não é permitido pela norma constitucional que qualquer atitude contrarie a dignidade da pessoa humana.

Nos atos que geram a permissão ou não da abreviação da morte, há um evidente e inevitável embate entre direito à vida e a dignidade da pessoa humana, mais precisamente, o direito à morte digna.

Nenhum direito ou princípio, ainda que constitucional deve ser considerado como absoluto, por essa razão, sempre que existir qualquer tipo de choque entre eles, o intérprete e o aplicador da norma devem aplicar a técnica da ponderação de interesse.

Para solucionar conflitos entre direitos fundamentais, é necessário que se ultrapassem cinco etapas (informação verbal)⁸: A primeira consiste em identificar quais os direitos que estão em conflito e separa os dois.

A segunda etapa realiza uma verificação sobre a existência ou não da reserva legal. Existem normas constitucionais que o constituinte já teria previsto conflito com determinado direito e teria apresentado uma solução legalmente.

A terceira etapa prevê que havendo reserva legal o intérprete terá que aplicá-la, não existindo se faz possível o uso da ponderação, encontrando a melhor solução para o caso concreto discutido.

Essa terceira etapa já traz uma solução para o conflito, entretanto é necessário que sejam ultrapassados mais dois obstáculos. A quarta etapa seria a verificação se está havendo abolição de algum direito. O resultado objetivado pela técnica da ponderação é a restrição de

⁸ Aula ministrada pelo professor Guilherme Peña na Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, em junho de 2013.

um dos direitos em choque e não a abolição de um deles. Em caso de abolição o intérprete deve voltar e realizar nova ponderação.

Por fim, a quinta etapa, demonstrando mais uma vez a importância que a dignidade da pessoa humana possuiu para o ordenamento constitucional, exige a análise se está havendo o atendimento ao valor da dignidade da pessoa humana. Caso não esteja sendo atendido, a ponderação deve ser feita novamente.

A ponderação se faz necessária para que o Estado possa ter conhecimento de qual direito fundamental ele precisa proteger em determinada situação fática. Por essa razão, em casos como o estudado nesse artigo, que envolve grande subjetivismo e ponderação de interesses que uma edição legislativa sobre o assunto será por vezes injusta e até desumana, já que ainda que o legislador possua boa intenção, não conseguirá abarcar todos os casos possíveis de ocorrer.

O direito à vida estará sendo, pelo menos, no que concerne ao seu primeiro desdobramento, direito de continuar vivo, atendido no caso de utilização da técnica de Distanásia ser utilizada pelo médico, mas não se pode falar o mesmo, do atendimento à dignidade da pessoa humana e dos direitos à vida e a morte digna.

5. A QUESTÃO NO ÂMBITO DO CÓDIGO PENAL

Pela redação atual do Código Penal, o sujeito que pratica a eutanásia estará cometendo o crime tipificado no art. 121, isso porque, o agente atua livre e conscientemente com o fim de acabar com a vida de terceiro, *in verbis*:

Art. 121 Matar Alguém:
Pena- reclusão, de 6 (seis) a 20 (vinte) anos.

Ressalte-se que se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral haverá caracterização do homicídio privilegiado e a consequente diminuição de pena, prevista no parágrafo primeiro do mesmo artigo acima citado, *in verbis*:

Caso de diminuição de pena

§ 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

Segundo Luiz Regis Prado⁹:

Valor moral é aquele cujo conteúdo revela-se em conformidade com os princípios éticos dominantes em uma determinada sociedade. Ou seja, são os motivos altruístas, havidos como merecedores de indulgência. Tal aferição deve ser balizada por critérios de natureza objetiva, de acordo com aquilo que a moral média reputa digno de condescendência.

Dentro dos valores morais, pode-se destacar a abreviação da morte, pela eutanásia, já que nesse caso o sujeito somente comete o crime por acreditar que esse será o melhor para o paciente com doença incurável, isso porque o sofrimento que antes intenso, será agora, com a morte, atenuado.

Como se pode observar, a legislação brasileira concede um tratamento atenuado para o agente que comete a eutanásia, mas não deixa de puni-la, o que é de certo o adequado.

Defender a atipicidade, a não incriminalização, deste ato é algo temerário, isso porque seria a concessão de uma carta em branco aos agentes de saúde, e até mesmo familiares do doente, que decidiriam a seu bel-prazer sobre a morte ou vida desse terceiro. A questão é saber se o Estado pode conceder legitimidade a alguém para deliberar se é ou não o melhor a se fazer, ou seja, se a morte é o único caminho, ou pelo menos, o mais adequado.

O médico, por muitas vezes, possui grande distanciamento com o paciente, até mesmo por autoproteção, objetivando não se envolver com todos os casos tristes, incuráveis, de elevado sofrimento que lhe chegam diariamente em sua rotina profissional. Será que esse profissional não se distancia ao ponto de se tornar frio, acabando por generalizar todos os

⁹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito penal brasileiro*. V.2. São Paulo: Revista dos tribunais, 2008; p.68.

casos, determinando como sendo o mais adequado o “tratamento” final, ou seja, a eutanásia?

Até que ponto esse médico e familiar possuem conhecimento necessário sobre a incurabilidade do mal que acomete o doente ou sobre ele estar desenganado, sem chance de sobrevivida digna?

Fato é, que na verdade, eles não possuem esse conhecimento. A todo o momento, é possível observar na mídia, ou até mesmo, no dia-a-dia, casos de pessoas que estavam em uma cama de hospital, sem perspectiva alguma de sair, de se curar ou de, pelo menos, ter melhora em seu quadro clínico e de repente, surge notícia de um novo tratamento, mais eficaz, ou até mesmo, pessoas que misteriosamente para os olhos dos homens da ciência se recuperam, e até podem continuar portando a famigerada doença, mas ganham a possibilidade de vida digna, de nova inserção no meio social.

Por outro lado, não poderia a legislação brasileira, principalmente a legislação penal, que deve ser utilizada somente para questões imprescindíveis, já que *ultima ratio*, igualar a conduta do criminoso que deseja a morte por puro e simples prazer, ou por desejo de ver a vítima fora do meio social, ou aquele que atua objetivando alguma recompensa, ou até mesmo, por simples descaso com a vida humana; com a conduta moralmente mais aceitável daquele que pratica o ato apto a matar, mas com o intuito de atenuar o sofrimento.

Assim, de forma acertada pune o legislador, o agente da eutanásia, entretanto, o faz de forma mais branda, atenuada.

Por sua vez, o suicídio assistido, também é criminalizado no Código Penal. Por questão de política criminal, o paciente que pretende ou tenta cometer o suicídio não responde por crime algum, isso porque, colocar esse sujeito, que já está vulnerável, o que é demonstrado pelo ato desesperado de por fim a sua vida, em contato com o estresse de um processo criminal, podendo até vir a ser condenado e preso é desumano e sem razão alguma. Entretanto, o terceiro que participa desse ato será responsabilizado penalmente.

O agente capaz penalmente, que instiga, auxilia ou induz o paciente a cometer o suicídio cometerá o crime descrito no artigo 122 do Código Penal, *in verbis*:

Art. 122 - Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça:

Pena - reclusão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave.

Parágrafo único - A pena é duplicada:

Aumento de pena

I - se o crime é praticado por motivo egoístico;

II - se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência.

Aliás, no caso de suicídio assistido, o melhor entendimento é aquele que não o enquadra simplesmente na conduta descrita no caput do artigo 122, com pena de dois a seis anos, em caso de consumação; o agente que participa do suicídio assistido deve ter ainda, sua reprimenda penal elevada pela causa de aumento de pena do parágrafo único, inciso II que traz a vítima com capacidade de resistência reduzida.

Não há menor dúvida de que o paciente, acamado, nem sempre com sofrimento físico, mas com certeza, com sofrimento psicológico intensificado pela situação que a enfermidade o colocou, tem sua capacidade de resistência reduzida.

O legislador considerou essa causa de aumento de pena porque, como pode ser facilmente verificado, a vítima que tem a capacidade de resistência reduzida está mais propensa a aceitar as ideias suicidas e acaba por acreditar que somente a morte colocará fim a seu tormento diário.

Novamente, de forma acertada agiram os membros do legislativo, que observaram a fragilidade em que o doente se encontra, excluindo do agente que auxilia, instiga ou induz alguém a se suicidar, a possibilidade de fazê-lo com a pena menor prevista no caput do artigo 122. Obviamente a conduta de plantar, fazer crescer ou apoiar materialmente a vítima no ideia de desejo suicida é mais reprovável quando realizada em face de pessoa que, por razões, de possuir doença incurável está vulnerável a essas investidas.

Por fim, a conduta do agente que suspende o tratamento médico poderá ser enquadrada no artigo 135 do Código Penal, denominado como omissão de socorro, *in verbis*:

Art. 135 - Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

Parágrafo único - A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte.

Como pode ser facilmente observado pela leitura do dispositivo acima, no caso da Eutanásia passiva, a omissão de socorro terá a pena triplicada, já que terá como resultado da conduta omissiva do agente a morte da vítima.

Necessário ressaltar que nem no crime de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, nem na omissão de socorro, há previsão, como ocorre no homicídio privilegiado, de diminuição de pena, em caso de estar o agente impelido de relevante valor social ou moral.

O projeto de novo Código Penal, qualificado como Projeto de Lei 236/2012, foi aprovado pelo Senado Federal no final de 2013 e pretende alterar a situação descrita acima.

6. PROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO PENAL

O Projeto de Lei 236/2012¹⁰, em sua redação original, objetivando atender aos anseios sociais e trazer uma visão mais humanística para as formas de abreviação da morte em caso de pacientes terminais diagnosticados com doenças incuráveis, acrescenta o crime da Eutanásia, *in verbis*:

Eutanásia

Art. 122. Matar, por piedade ou compaixão, paciente em estado terminal, imputável e maior, a seu pedido, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável em razão de doença grave:

Pena – prisão, de dois a quatro anos.

§ 1º O juiz deixará de aplicar a pena avaliando as circunstâncias do caso, bem como a relação de parentesco ou estreitos laços de afeição do agente com a vítima.

Exclusão de ilicitude

¹⁰ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei 236/2012. Altera o Código Penal. Disponível em: < <http://www.sena.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=114750&tp=1>>. Acesso em: 02.dez.2014.

§ 2º Não há crime quando o agente deixa de fazer uso de meios artificiais para manter a vida do paciente em caso de doença grave irreversível, e desde que essa circunstância esteja previamente atestada por dois médicos e haja consentimento do paciente, ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão.

Com esse novo artigo 122, a conduta de Eutanásia continuaria a ser criminalizada, entretanto, em razão da compaixão ou piedade que fundamenta o ato, a pena seria diminuída, se comparada a pena aplicada atualmente.

Seria possível ainda que o juiz, como prevê o parágrafo primeiro, deixasse de aplicar a pena dependendo das circunstâncias do fato e ainda, analisando os laços existentes entre paciente e agente. Assim, nessa hipótese haveria o perdão judicial, similar ao que já pode vir a ocorrer no crime de homicídio.

Já a ortotanásia seria descriminalizada, pela leitura do parágrafo 2º não haveria crime se o agente deixasse de fazer uso de meios artificiais para a manutenção da vida de paciente diagnosticado com doença grave irreversível.

Em um segundo momento, foi proposto pelos Parlamentares, no parecer¹¹ realizado pela comissão temporária de estudo de reforma do Código Penal que a ortotanásia fosse tratada dentro do crime de homicídio, com a inclusão de dois parágrafos, *in verbis*:

Ortotanásia

Art. 121(...)

§ 6º No âmbito dos cuidados paliativos aplicados a pessoa em estado terminal ou com doença grave irreversível, não há crime quando o agente deixar de fazer uso de meios extraordinários, desde que haja consentimento da pessoa ou, em sua impossibilidade, do cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão.

§ 7º A situação de morte iminente e inevitável ou de doença irreversível, no caso do parágrafo anterior, deve ser previamente atestada por dois médicos.

Nesse parecer, a disposição do parágrafo segundo do novo art. 122 foi redirecionada para o artigo 121, não trazendo grandes alterações.

A Eutanásia, por outro lado, foi suprimida, já que, na visão dos parlamentares não é uma conduta que necessita de amparo penal, *in verbis*¹²:

¹¹ BRASIL. Comissão Temporária de Estudo de Reforma do Código Penal. Parecer sobre o Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012, que reforma o Código Penal Brasileiro. Relator Senador Pedro Taques. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/pls-23612-reforma-codigo-penal-relatado.pdf>>. Acesso em: 02.dez.2014.

Há condutas, previstas no Código de Projeto, que não possuem qualquer dignidade penal. Não demandam uma resposta de natureza penal por parte do Estado, a sua ofensividade social não alcança a necessidade do direito penal. A criminalização de tais condutas, a nosso sentir, banaliza o direito penal. São condutas que podem ser suficientemente endereçadas por 156 outros ramos do direito, como o civil e o administrativo. A eutanásia (art. 122) é uma delas. Por isso propomos a sua supressão.

Importante destacar que a descriminalização das condutas de abreviação da morte ainda possui futuro incerto no Brasil, já que a tramitação do Projeto de Lei ainda poderá sofrer alterações; fato é que há forte tendência para a descriminalização de certos atos e abrandamento da pena de outros, o que acompanharia os anseios de parte da sociedade brasileira e a prática em alguns países, principalmente da Europa.

Por outro lado, esse excessivo abrandamento na conduta da eutanásia e ortotanásia traz grande perigo para a vida dos pacientes, já que com o diagnóstico médico, poderá ser automática a decisão pelo fim da vida, sem que haja a necessária análise sobre essa decisão tão importante.

7. A VULNERABILIDADE DOS ENVOLVIDOS E A TOMADA DE DECISÃO

O paciente com doença irreversível, assim como sua família, partindo do pressuposto de existência de fortes laços afetivos com o doente, com o diagnóstico médico, experimenta situação de intensa vulnerabilidade psicológica, por razões óbvias.

A possibilidade iminente da morte causa a quase totalidade da humanidade um terror indescritível. A família e o paciente sentem a sensação de impotência total e o medo imoderado de sofrimento físico e psicológico decorrente das fortes dores próprias da doença somadas as que serão trazidas pelos tratamentos médicos.

¹² BRASIL. Comissão Temporária de Estuda de Reforma do Código Penal. Parecer sobre o Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012, que reforma o Código Penal Brasileiro. Relator Senador Pedro Taques. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/pls-23612-reforma-codigo-penal-relatado.pdf>>. Acesso em 02.dez.2014.

Nesse turbilhão de emoções, surge a possibilidade de abreviação da morte, que, em uma primeira análise pode parecer como a solução dos problemas, a abreviação do sofrimento pessoal e familiar. A Eutanásia parece ser a opção mais viável. Contudo, nem sempre essa assertiva é a mais adequada.

O Código Penal não pode descriminalizar a conduta da Eutanásia, como defendido no parecer elaborado pela comissão temporária de estudo de reforma do Código Penal, isso porque o doente e sua família com o conhecimento do diagnóstico passam a ser facilmente influenciados por profissionais da saúde que nem sempre possuem conhecimento técnico sobre o que opinam e pior, nem sempre tem a melhor das intenções.

O familiar que decide sobre a vida do paciente, na falta de manifestação desse, pode igualmente estar equivocado, mais ainda que o médico, já que não é portador de conhecimentos técnicos quanto as opções de tratamento e cuidados paliativos disponíveis. E ainda, pode estar sendo guiado por sentimentos nada nobres.

É certo que, se comprovada a intenção humanística, piedosa, o ato da eutanásia deve ter a pena diminuída, como ocorre atualmente, mas não deverá ser descriminalizado, devendo ser tratado como verdadeiramente é, uma conduta homicida.

A decisão pelo fim da vida não é a correta, há possibilidade do paciente viver com dignidade ainda que seja portador de enfermidade incurável. A todo o momento surgem novos tratamentos e, ainda melhor, cura de doenças até então incuráveis.

Os profissionais de saúde precisam oferecer a seus pacientes todos os tratamentos disponíveis, assim como apoio de psicólogos especializados nessas situações e ainda, apresentar a medicina paliativa, que pode ser a solução para que o sofrimento seja consideravelmente reduzido, o que garante a dignidade. O paciente que contar com toda essa estrutura não desejará que sua morte seja antecipada.

CONCLUSÃO

Como visto, o legislador se preocupa de modo especial com as vítimas que estão em situação de vulnerabilidade psicológica, como é o caso do doente terminal ou portador de doença incurável.

O paciente portador de uma doença incurável, indubitavelmente passa por um dos momentos mais difíceis em sua vida, qual seja, o medo da morte ou mesmo o medo do intenso sofrimento físico e mental que será obrigado a suportar devido a moléstia e aos tratamentos médicos que será submetido.

Dessa forma, o doente e em consequência sua família, que também é arrastada para esse turbilhão de emoções, não possuem condições psicológicas de decidirem qual o melhor caminho a ser tomado, ainda mais se for oferecido a eles a solução da eutanásia, que aparentemente será a opção mais fácil, já que colocará imediatamente fim ao sofrimento suportado.

A eutanásia voluntária, aquela em que o paciente escolhe sofrer, ainda pode ter sua legitimidade discutida pelo âmbito da dignidade da pessoa humana, mais especificamente pelo direito à morte digna, isso porque o próprio portador da doença decide por fim a sua vida. Se essa escolha é feita sem qualquer influência de terceiros não há que se falar em crime, isso porque apesar de não ser um direito, o suicídio não é uma conduta reprovada penalmente.

Por outro lado, se um terceiro auxilia, instiga, induz ou vem até mesmo a injetar um medicamento letal no paciente, haverá pela legislação penal, uma conduta criminosa. Decisão acertada do legislador, isso porque não pode o Estado legitimar e ainda pior, incentivar que a eutanásia seja praticada em detrimento de tratamentos médicos. É verdade que a reprovabilidade da conduta do agente que comete homicídio motivado por compaixão é

infinitamente inferior ao homicida comum, sendo considerado homicídio privilegiado; entretanto, sua conduta não deixa de ser equivocada do ponto de vista legal.

Já a eutanásia involuntária, quando o paciente não participa da decisão, seja por estar inconsciente, seja por não concordar com o procedimento, deve ser drasticamente reprovada. Não tem o profissional de saúde, nem mesmo a família, o direito de dispor sobre a vida do doente, ainda que a moléstia seja incurável.

Importante destacar que a distanásia, a conduta obstinada que visa prolongar a sobrevida a qualquer custo, também não é a mais adequada para o paciente, pois não atende ao princípio básico constitucional da dignidade da pessoa humana. Não há qualquer dignidade em se obrigar um ser humano a passar por intensos e invasivos tratamentos, que podem vir a ser tão dolorosos quanto ao crime hediondo da tortura.

O Estado deve proporcionar aos seus cidadãos a vida e a morte digna e somente poderá fazer isso se oferecer aos doentes tratamentos da medicina paliativa, já que somente essa prática, pode ser considerada a ideal, ou seja, um meio termo entre a covardia da eutanásia e a tortura da distanásia.

A medicina paliativa não é crime e não se confunde com a eutanásia. Ela não objetiva a morte do paciente, nem tão pouco sua sobrevida sem dignidade, o objetivo é oferecer um conforto maior ao doente e familiares no momento tão delicado que é o falecimento.

É de se concluir, por todo o exposto no trabalho que se ainda existe vida, qualquer ato que venha a eliminá-la será considerado como uma conduta criminosa e é adequado que o Código Penal continue a tratar a matéria dessa forma. Entretanto, o Estado deve oferecer ao doente tratamentos menos dolorosos e invasivos para que sua dignidade seja garantida também na morte.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Patrícia Donati. Quais as diferenças entre eutanásia, morte assistida, ortotanásia e sedação paliativa? Disponível em: < <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/42016/quais-as-diferencas-entre-eutanasia-morte-assistida-ortotanasia-e-sedacao-paliativa-patricia-donati-de-almeida> >. Acesso em 28 abr. 2014.

AMORIM, Ricardo Henriques Pereira. O novo código de ética médica e o direito à morte digna. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4521>. Acesso em 28 abr.2014.

BARBOZA, Heloisa Helena. *Autonomia em face da morte: alternativa para a eutanásia?* In: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena (Coords). *Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 31-49.

BRASIL. Comissão Temporária de Estuda de Reforma do Código Penal. Parecer sobre o Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012, que reforma o Código Penal Brasileiro. Relator Senador Pedro Taques. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/pls-23612-reforma-codigo-penal-relatado.pdf>>.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 15 abr. 2014.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei 236/2012. Altera o Código Penal. Disponível em: < <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=114750&tp=1> >. Acesso em: 02.dez.2014.

CUNDIFF, David. *A Eutanásia não é a resposta*. São Paulo: Instituto Piaget,1997.

D'AVILA, Roberto Luiz *apud* MORIM, Ricardo Henriques Pereira. O novo Código de Ética Médica e o direito à morte digna. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2627, 10 set. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17381>>. Acesso em: 3 set. 2014.

EUTANÁSIA. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Eutan%C3%A1sia>>. Acesso em: 28 abr. 2014.

GOMES, Luis Flávio. Artigos Jurídicos: Eutanásia, morte assistida e ortotanásia: dono da vida, o ser humano é também dono da sua própria morte? Disponível em: <http://www.oabfi.com.br/artigos.php?id_artigo=50>. Acesso em 28 abr. 2014.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENEZES, Rachel Aisengart. Autonomia e decisões ao final da vida: notas sobre o debate internacional contemporâneo. In: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena (Coords). *Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 09-29.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

NOGUEIRA, Fabíola Leite; SAKATA, Rioko Kimiko. Sedação paliativa do paciente terminal. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rba/v62n4/v62n4a12.pdf>>. Acesso em 28 abr. 2014.

O que é sedação paliativa? Disponível em: <<http://palliumcsnisa.blogspot.com.br/2011/08/o-que-e-sedacao-paliativa.html>>. Acesso 28 abr.2014.

PEÑA, Guilherme. Aula ministrada na Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, em junho de 2013.

PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena. *Vida, Morte e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

PERGUNTAS e Respostas: Eutanásia. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/idade/exclusivo/perguntas_respostas/eutanasia/morte-pacientes-etica-religiao-ortotanasia.shtml>. Acesso em 28 abr. 2014.

PESSINE, Leo. *Eutanásia- Por que abreviar a vida?* São Paulo: Loyola, 2004.

PESSINI, LÉO. Nem abreviar, muito menos prolongar a vida, mas humanizar e cuidar. Entrevista concedida a revista IHU On-Line. Disponível em: <http://direto.amaivos.com.br/amaivos09/noticia/noticia.asp?cod_noticia=6373&cod_canal=41>. Acesso em: 28 abr. 2014.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito penal brasileiro*. V.2. São Paulo: Revista dos tribunais, 2008.