



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A EUTANÁSIA, O DIREITO DE MORRER E SUAS IMPLICAÇÕES NO DIREITO
PENAL: ANÁLISE DA TIPICIDADE NO PROJETO DE LEI Nº 236/12 DO SENADO
FEDERAL

Mariana Goulart

Rio de Janeiro
2019

MARIANA GOULART

A EUTANÁSIA, O DIREITO DE MORRER E SUAS IMPLICAÇÕES NO DIREITO
PENAL: ANÁLISE DA TIPICIDADE NO PROJETO DE LEI Nº 236/12 DO SENADO
FEDERAL

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

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2019

A EUTANÁSIA, O DIREITO DE MORRER E SUAS IMPLICAÇÕES NO DIREITO PENAL: ANÁLISE DA TIPICIDADE NO PROJETO DE LEI Nº 236/12 DO SENADO FEDERAL

Mariana Goulart

Graduada pela Faculdade IBMEC. Advogada.

Resumo – O presente artigo visa a evidenciar o instituto da eutanásia, discorrendo sobre toda a polêmica no qual está envolvido e sobre as principais posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema. Observa-se que o tema em questão está intrinsecamente relacionado com a dignidade da pessoa humana, com o direito à vida e o direito à liberdade. Objetiva-se responder se existe o direito de morrer de forma digna, o que significa atender ao pedido de um paciente que, acometido por doença incurável e que lhe cause extremo sofrimento, solicita o abreviamento da sua vida para que esta chegue ao fim. No Brasil, atualmente, o Código Penal não tipifica a prática da eutanásia, alocando a conduta no art. 121, §1º, isto é, como homicídio privilegiado. Observa-se, porém, que, com o avanço do tema no direito comparado, com o julgamento da ADI 3.510 pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro e com o Projeto de Lei nº 236/12, o qual pretende tipificar a prática da eutanásia, pondera-se a viabilidade de não imputação de pena ao sujeito ativo da eutanásia em determinada situação, tal qual na hipótese de ortotanásia.

Palavras-Chave – Direito Penal. Direito Constitucional. Eutanásia. Direito de Morrer.

Sumário - Introdução. 1. A eutanásia e o direito de morrer à luz da CRFB/88. 2. A repercussão da eutanásia no atual Código Penal. 3. A análise da tipicidade específica da eutanásia no projeto de lei nº 236/2012 do senado federal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute as implicações da eutanásia no Direito Penal, mais especificadamente a eutanásia, o direito de morrer e suas implicações no direito penal por meio da análise da tipicidade no Projeto de Lei nº 236/12 do Senado Federal.

A eutanásia é um assunto dotado de alta complexidade por envolver questões religiosas, éticas, penais e ligadas à medicina. Na legislação penal infraconstitucional, o atual código penal (1940) não elenca de forma explícita e objetiva a prática da eutanásia. A criminalização ocorre por meio da figura do “homicídio privilegiado” (artigo 121, §1º do CP) e da “instigação, induzimento ou auxílio ao suicídio” (artigo 122 do CP).

O projeto de Lei nº 125/96 foi o primeiro projeto de lei sobre o assunto, no qual se propunha a legalização da eutanásia, quando atestada, por uma junta de cinco médicos, a inutilidade do sofrimento do doente, desde que requerida pelo paciente ou, estando este impossibilitado, por sua família. Tal projeto encontra-se, porém, arquivado no Senado Federal.

Tramitando no Senado Federal, intitulado como “novo código penal”, encontra-se atualmente o Projeto de Lei nº 236/12, no qual seria criado um tipo objetivo específico para a eutanásia e, no mesmo dispositivo, causas que excluam a sua ilicitude.

Assim, o presente artigo salienta a importância da tipificação expressa e objetiva da eutanásia e suas hipóteses de excludente de ilicitude, a fim de garantir ao paciente ou a sua família, caso este se encontre impossibilitado, o direito de ter uma morte digna.

No primeiro capítulo abordar-se-á a eutanásia e o direito de morrer à luz da CF/88 a fim de assegurar, em determinados casos, o direito a uma morte digna e de desmitificar a prática da eutanásia.

Em seguida, no segundo capítulo, ponderar-se-á o alcance e as implicações da omissão legislativa na tipificação objetiva e específica do crime de eutanásia atualmente no direito brasileiro a partir da aplicação do crime de Homicídio Privilegiado como alternativa para criminalização da eutanásia.

Por fim, no terceiro capítulo, buscar-se-á analisar a tipificação da eutanásia pelo Projeto de Lei nº 236/12, quais são suas implicações para o direito penal, em quais hipóteses a ilicitude estaria afastada e o modo como isso afetaria a sociedade, a partir da defesa das hipóteses de exclusão da ilicitude trazidas pelo Projeto de Lei nº 236/12.

A pesquisa possui como abordagem um viés qualitativo, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) – para sustentar a sua tese.

Quanto ao procedimento, realizar-se-á a pesquisa bibliográfica, constituída principalmente de artigos científicos e livros, haja vista a cobertura de uma gama de fenômenos muito mais ampla que esse tipo de investigação permite, e a pesquisa comparada mediante a investigação de fatos, coisas ou pessoas, expondo suas diferenças e semelhanças.

Por fim, quanto aos objetivos da pesquisa, pretende-se que seja exploratória, isto é, um estudo caracterizado por conter um processo de pesquisa flexível e não estruturado. Faz a análise de dados primários, considerando uma amostra pequena, em uma abordagem geralmente qualitativa; descritiva, isto é, observa, analisa e registra fatos e fenômenos, sem que haja margem para a manipulação dos dados; explicativa, tendo como principal preocupação, identificar os fatores que contribuem com a ocorrência de um fenômeno. Ela está diretamente relacionada aos métodos experimentais e serve para dar continuidade às pesquisas exploratórias e descritivas.

1. A EUTANÁSIA E O DIREITO DE MORRER À LUZ DA CRFB/88

A Constituição Federal de 1988¹ assegura aos cidadãos, em seu artigo 5º, caput, o direito à vida como direito fundamental. É certo que o direito à vida goza de uma proteção maior que os demais, entretanto, assim como os outros, não deve ser visto como absoluto, tampouco deve afigurar-se como um dever.

Inúmeras teorias buscam explicar o momento quando se inicia a vida, porém nenhuma delas traz uma definição do direito à vida em si. Vida, nas palavras de José Afonso da Silva², deve ser entendida como:

[...] vida, no texto constitucional (art. 5º, caput), não será considerada no seu sentido biológico de incessante autoatividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas a sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. Tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida.

O direito à vida está intrinsecamente ligado ao direito à saúde, previsto na CRFB/88 em seu artigo 196³, e deve ser conceituado não apenas levando em consideração seus aspectos materiais, isto é, físicos e psíquicos, mas também os aspectos espirituais capazes de guiar o ser humano em sua coletividade. Todas essas dimensões reunidas formam o conceito de vida.

Em virtude disso, partindo de uma interpretação teleológica, pode-se afirmar que a CRFB/88, ao elencar o direito à vida como um direito fundamental e a dignidade da pessoa humana como fundamentos da República Federativa do Brasil, está, na verdade, assegurando o direito a uma vida digna.

A vida termina com a morte, devendo esta ser entendida como uma fase integrante da vida e não como um evento externo. A morte consiste, na verdade, no término do processo de viver. É a última etapa do ciclo da vida. Se o homem é um ser mortal, naturalmente sua vida termina com a morte⁴. Porém, esse entendimento lógico ainda encontra óbice na sociedade atual, o que dificulta seu estudo, principalmente no campo jurídico.

¹BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 23 ago. 2019.

²SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003 p.196.

³BRASIL, op. cit., nota 1.

⁴OLIVEIRA, Aluísio Santos de. O direito de morrer dignamente. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3146, 11 fev.2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21065>>. Acesso em: 7 abr. 2019.

Sendo assim, se a morte fosse encarada como parte integrante da vida, isso permitiria que a medicina se preocupasse não só com a cura do paciente, mas também com o seu bem-estar, concentrando-se na salvaguarda da qualidade de vida do enfermo.

O ordenamento jurídico brasileiro nada dispôs sobre a existência de um direito de morrer dignamente, limitou-se apenas a não criminalizar o suicídio, por motivos óbvios, nem penalizar o indivíduo que não queira buscar tratamento para sua enfermidade.

O direito à morte digna não se confunde com o direito à morte. O primeiro diz respeito a uma morte humanizada, com a utilização de meios específicos que objetivem amenizar as manifestações da doença em estágio terminal. Defender o direito de morrer dignamente não consiste em defender qualquer procedimento que cause ou acelere a morte do paciente, mas sim em reconhecer sua liberdade e sua autodeterminação quanto à escolha do melhor procedimento para si próprio⁵.

A morte digna resulta da liberdade de escolha do indivíduo e não de uma imposição do Estado. Ao mesmo tempo em que oferece meios para que as pessoas vivam dignamente, o Estado deveria também disponibilizar mecanismos para que elas optassem por morrer dignamente. A grande questão é romper com o contrassenso que existe no fato de o indivíduo poder optar por aquilo que mais lhe convém durante sua vida toda e, ao final dela, ser impedido pelo Estado.

Não é possível falar sobre direito de morrer dignamente sem discorrer sobre os conceitos de eutanásia, distanásia, ortotanásia e suicídio assistido.

A eutanásia consiste na conduta de provocar morte (indolor) a um paciente atingido por uma doença sem cura que causa sofrimento e/ou dor insuportáveis⁶ e pode ser classificada de várias formas:

Primeiramente, quanto ao tipo de ação, a eutanásia pode ser ativa: quando há o ato deliberado de provocar morte sem sofrimento no paciente, por fins misericordiosos. Eutanásia passiva ou indireta decorre de uma “não ação”, isto é, quando a morte do paciente ocorre dentro de uma situação de terminalidade ou porque não se inicia uma ação médica ou pela interrupção de uma medida extraordinária, com o objetivo de minorar o sofrimento⁷.

⁵ SENGÉS, Giselle. *O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito a uma morte digna*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/68663/o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana-e-o-direito-a-uma-morte-digna>>. Acesso em: 07 abr. 2019.

⁶ DICIO, *Dicionário Online de Português*. Porto: 7Graus, 2018. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/eutanasia/>>. Acesso em: 07 abr. 2019.

⁷ FRANCISCONI, Carlos Fernando; GOLDIM, José Roberto. *Tipos de eutanásia*. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/bioetica/eutantip.htm>>. Acesso em: 07 abr. 2019.

Quanto ao consentimento do paciente, existe a eutanásia voluntária, que ocorre quando a morte é provocada atendendo a uma vontade do paciente, a eutanásia involuntária, quando a morte é provocada contra a vontade do paciente, e a eutanásia não voluntária, quando a morte é provocada sem que o paciente tenha manifestado sua posição em relação a ela⁸.

A distanásia, por sua vez, consiste na morte lenta com excesso de dor e angústia⁹. Segundo Maria Helena Diniz¹⁰, trata-se do prolongamento exagerado da morte de um paciente terminal ou de um tratamento inútil; Não objetiva prolongar a vida, mas sim o processo de morte. A distanásia é uma prática adotada em muitas nações, entre elas, é possível incluir o Brasil.

A ortotanásia é a morte pelo seu processo natural. Nesse tipo, o paciente encontra-se em processo natural de morte e é amparado para que o fim chegue. É semelhante à eutanásia passiva e consiste em atenuar o sofrimento de um doente terminal por meio da interrupção de tratamentos que prolongam a vida, mas que não possuem eficácia curativa nem melhoram a enfermidade. Somente o médico pode realizar a ortotanásia. Isso porque, em tese, o médico não está obrigado a prolongar a vida do paciente contra a vontade deste, e muito menos apaziar sua dor.

Por fim, o suicídio assistido ocorre quando uma pessoa quer tirar a própria vida e pede auxílio a um terceiro, médico ou não, para que isso ocorra. O suicídio assistido, quando não possui relação com pessoas em estágio terminal ou mesmo em intenso sofrimento em virtude de doenças, em nada se relaciona com a eutanásia. Assim, para que o suicídio assistido se enquadre na hipótese de eutanásia, é necessário que o enfermo solicite ajuda de um médico para morrer, em virtude da insuficiência de métodos terapêuticos e paliativos contra dores.

Outro ponto importante quando se encontra em jogo a discussão da aceitação ou não da eutanásia e sua confluência com o direito à vida está relacionado à influência que as igrejas católicas e evangélicas exercem no Brasil. Segundo as doutrinas praticadas por elas, é inadmissível a prática da eutanásia. Isso porque a ninguém caberia o direito de tirar a vida de outro, mesmo em se tratando de uma doença sem cura, mas tão somente Deus teria esse direito. Sendo assim, conforme o seu preceito, não se trataria de um ato de misericórdia, mas de um pecado.

⁸Ibidem.

⁹OLIVEIRA, op. cit., nota 4.

¹⁰DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 101.

No campo da Bioética¹¹ e do Biodireito¹², a eutanásia ganha grande destaque, haja vista que tanto em um quanto em outro busca-se a implementação do princípio da autonomia, da dignidade da pessoa humana e da beneficência.

2. A REPERCUSSÃO DA EUTANÁSIA NO ATUAL CÓDIGO PENAL

No ordenamento jurídico brasileiro, nunca houve uma tipificação autônoma e expressa que criminalize a prática da eutanásia.

Historicamente no Brasil, pela primeira vez, o Código Criminal Brasileiro¹³, Lei de 16 de dezembro de 1830, atribuiu à prática da eutanásia o crime de “ajudar alguém a suicidar-se, ou fornecer-lhe meios para esse fim com conhecimento de causa”, previsto no artigo 196.

Atualmente, a eutanásia é tratada pelo ordenamento jurídico como crime. Porém, como já dito, não há uma tipificação autônoma para tal delito. Desse modo, tanto a doutrina como a jurisprudência afirmam que a prática da eutanásia representa a figura típica do homicídio privilegiado por relevante valor moral, previsto no artigo 121, parágrafo 1º do Código Penal¹⁴.

Considera-se homicídio simples a conduta de matar alguém. Além disso, há previsão no Código Penal, conforme dito acima, de uma causa de diminuição de pena denominada homicídio privilegiado, que consiste na conduta do agente de cometer o crime impelido por relevante valor moral ou social, ou sob domínio de violenta emoção, logo em seguida à injusta provocação da vítima. Nesses casos, o juiz poderá reduzir a pena do agente na proporção de um sexto a um terço¹⁵.

¹¹ Bioética é o estudo transdisciplinar entre biologia, medicina, filosofia (ética) e direito (biodireito) que investiga as condições necessárias para uma administração responsável da vida humana, animal e responsabilidade ambiental. MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de bioética e biodireito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 6 e 7.

¹² Biodireito pode ser definido como novo ramo do estudo jurídico, resultado do encontro entre bioética e o direito. É o ramo do direito público que se associa à bioética, estudando as relações jurídicas entre o direito e os avanços tecnológicos conectados à medicina e à biotecnologia, peculiaridades relacionadas ao corpo e à dignidade da pessoa humana. *Ibid.*, p. 17.

¹³BRASIL. *Lei, de 16 de dezembro de 1830*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim16-12-1830.htm>. Acesso em: 23 ago. 2019.

¹⁴BRASIL, *Decreto-lei nº 2848/1940*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 23 ago. 2019.

¹⁵ *Ibid.*

No campo da medicina, a prática da eutanásia também constitui infração à ética médica, conforme se observa no Código de Ética Médica, capítulo I, item 4, e capítulo V, artigo 41¹⁶:

capítulo I, item 4: O médico guardará absoluto respeito pelo ser humano e atuará sempre em seu benefício. Jamais utilizará seus conhecimentos para causar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade.

capítulo V, artigo 41: 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.

Dessa forma, segundo o Código Penal atual, independentemente da existência ou não de consentimento da vítima ou de seus familiares e, ainda, independentemente de quem o pratique, isto é, médico ou outra pessoa, não se descaracteriza o crime de homicídio.

Ocorre que, quando essa prática é cometida por razões piedosas ou misericordiosas, num contexto de provocar morte (indolor) a um paciente atingido por uma doença sem cura, que cause sofrimento e/ou dor insuportáveis, em que haja o envolvimento do desejo do paciente ou de sua família, isto é, num contexto de eutanásia, é possível que seja aplicada a causa de diminuição de pena prevista no §1º do artigo 121 do Código Penal¹⁷, considerando que o agente cometeu o crime impelido por motivo de relevante valor moral.

Segundo Damásio de Jesus¹⁸, o motivo de relevante valor moral “diz respeito a interesse particular”.

Com relação à causa de diminuição de pena, esta terá incidência na terceira fase da dosimetria e, para se estabelecer o patamar de redução entre 1/3 (um terço) e 1/6 (um sexto), a jurisprudência orienta a análise da relevância do valor moral ou social do agente naquelas circunstâncias, devendo aproximar-se do grau máximo de redução quando a circunstância que motivou a ação do agente tiver sido preponderante para o cometimento do delito¹⁹.

Outra discussão importante acerca da causa de diminuição é se sua aplicação seria facultativa ou obrigatória. Para a doutrina majoritária, capitaneada por Rogério Grecco²⁰, a redução, uma vez reconhecida pelo tribunal do júri é de aplicação obrigatória pelo juiz. Isso

¹⁶ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Código de Ética Médica. Resolução CFM nº 1.931/09*. Disponível em: < <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2019.

¹⁷ BRASIL, op. cit., nota 15.

¹⁸ JESUS, Damásio de. *Código Penal Anotado*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 581.

¹⁹ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. *AC nº 048109001932*. Relator. Sérgio Bizotto Pessoa de Mendonça. Disponível em: <http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_jurisp.cfm> Acesso em: 24 ago. 2019.

²⁰ GRECCO, Rogério. *Código Penal comentado*. 11. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017, p. 478.

porque, em que pese ao Código Penal tenha utilizado a expressão “o juiz pode”, trata-se de verdadeiro direito subjetivo do réu. Nesse mesmo sentido, tem decidido a jurisprudência brasileira (STJ, REsp nº 64.374²¹). Porém, é possível encontrar alguns julgados isolados que afirmam ser de aplicação facultativa do juiz, tendo em vista a literalidade da expressão “o juiz pode”.

Vale lembrar que a hipótese configurada acima não se confunde com o ato do médico displicente que deixa de ministrar o tratamento necessário. Essa última hipótese caracteriza homicídio, de acordo com o ordenamento vigente. Tem-se, nesse caso, o crime comissivo por omissão, no qual o médico assume o papel do garantidor, razão pela qual responde como se tivesse efetuado o ato, conforme artigo 13, parágrafo 2º, *alínea a*, do Código Penal²².

No caso do suicídio assistido, o Código Penal, em seu artigo 122²³, criminaliza expressamente a conduta daquele que auxilia, instiga ou induz uma pessoa a suicidar-se.

Observa-se que não há um consenso doutrinário sobre a prática da eutanásia. Em sentido favorável, Evandro Correa de Menezes²⁴ vê a eutanásia como dever de humanidade, devendo ser aplicada a isenção de pena e não somente o perdão judicial àqueles que matam sob augúrio do consentimento e piedade. Para ele, a lei deveria prever expressamente a atipicidade da prática da eutanásia.

Partilhando desse mesmo entendimento, Von Ihering²⁵ afirma que:

[...] se a soma do mal físico ou moral que a vida traz supera a soma de suas alegrias ou de seus gozos, ela deixa de ser um bem e não é senão um fardo, e da mesma sorte que um homem larga um fardo tornado muito pesado para transportar, o egoísta se desembaraça da vida. O suicídio então se torna a inevitável conclusão do egoísmo.

Em sentido contrário à prática da eutanásia, é possível citar Roberto Lyra²⁶, ao afirmar que "amanhã, ao lado do homicídio piedoso, viriam o contrabando piedoso, o rapto piedoso, o furto piedoso. Não dizem já os ladrões que aliviam suas vítimas? "

21 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 64.374*. 6ª Turma. Relator. Min. Vicente Cernicchiaro. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199500199513&dt_publicacao=06-05-1996&cod_tipo_documento=1&formato=PDF> Acesso em: 24 ago. 2019.

22 BRASIL, op. cit., nota 15.

23 Ibid.

24 MENEZES, Evandro Corrêa de. *Direito de matar: (eutanásia)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977, p. 132.

25 VON IHERING, Rudolf. *A Luta pelo Direito*. São Paulo: Martin Claret Ltda., 2000, p. 42.

26 LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. V. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 430.

A sociedade brasileira adota uma postura de preservação da vida em qualquer situação, de forma que não se admite qualquer hipótese de interrupção ou aceleração da morte.

No direito comparado, a Holanda e a Bélgica expressamente legalizaram a prática da eutanásia. O Uruguai, embora não a tenha expressamente legalizado, foi o primeiro país do mundo a tolerar sua prática, permitindo ao juiz, após análise do caso concreto, decidir pela isenção da pena o agente que abreviar a morte de uma pessoa em estado terminal, desde que cumprido determinados requisitos. Na Suíça, a Corte Federal, a partir de uma interpretação legal mais branda, reconheceu o direito de morrer das pessoas (morte assistida)²⁷.

3. A ANÁLISE DA TIPICIDADE ESPECÍFICA DA EUTANÁSIA NO PROJETO DE LEI Nº 236/2012 DO SENADO FEDERAL

Denominado “Novo Código Penal²⁸”, tramita no Congresso Nacional, desde 2012, o Projeto de Lei nº 236 do Senado Federal²⁹, o qual, além de se propor a fazer uma verdadeira reforma no âmbito do direito penal, pretende prever expressamente como crime autônomo a conduta da eutanásia. Além disso, o projeto também traz uma hipótese em que haverá causa especial de extinção da punibilidade, denominada perdão judicial, e uma hipótese de exclusão da ilicitude:

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 da Ilicitude

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

Segundo o referido Projeto de Lei, a tipificação consiste no ato de tirar a vida de paciente maior de idade, em estado terminal, a seu pedido, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável em razão de doença grave. Observa-se que, no tocante ao *quantum* de pena,

²⁷ MOLINARI, Mario. *Eutanásia: análise dos países que permitem*. Disponível em: <<https://mariomolinari.jusbrasil.com.br/artigos/116714018/eutanasia-analise-dos-paises-que-permitem>> Acesso em: 24 ago. 2019.

²⁸ BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012 (Novo Código Penal)*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>. Acesso em: 05 set. 2019.

²⁹Ibid.

impõe ao agente penas mais brandas que o homicídio comum, situação essa já adotada pelo vigente Código Penal, em seu artigo 121, parágrafo 1º,³⁰ no denominado homicídio privilegiado. O tipo penal trazido pelo Projeto de Lei possui características e requisitos bem específicos. Ao passo que se ausente um desses, a conduta deixa de ser tipificada como eutanásia e passa a ser homicídio, por exemplo. Esse é o caso do paciente menor de idade ou mesmo do caso em que não há o consentimento do paciente maior de idade. Outra característica importante desse tipo penal é que qualquer pessoa pode ser o sujeito ativo do delito e não somente o médico.

No parágrafo 1º do artigo 122 do PLS 236³¹, há previsão de uma hipótese de perdão judicial à eutanásia quando essa for praticada por parente, familiar ou alguém com laços fortes de afeição com o paciente terminal. Nessa hipótese, o juiz deixa de aplicar a pena mediante avaliação das demais circunstâncias do caso concreto.

Tanto o Código Penal atual quanto o PLS 236 afirmam que o perdão judicial é uma causa de extinção da punibilidade. Existem duas correntes sobre a natureza jurídica da sentença concessiva de perdão judicial. A primeira afirma que sentença que concede o perdão judicial é condenatória, uma vez que só há que se falar em perdão se houver um erro cometido anteriormente. Nesse caso, antes de conceder o perdão judicial, cabe ao juiz analisar o caso concreto a fim de identificar se há prova da autoria e materialidade, se há causa excludente da ilicitude e da culpabilidade, para, só depois, condenar o réu e deixar de aplicar a pena concedendo o perdão. Essa orientação acabou sendo reforçada pelo art. 120 do CP, que expressamente diz que sentença que conceder perdão judicial não será considerada para efeitos de reincidência³².

Para a segunda corrente, a decisão que reconhece o perdão judicial é uma decisão declaratória de extinção de punibilidade, que não gera nenhuma consequência para o réu, conforme entendimento de Luiz Flávio Gomes, Rogério Lauria Tucci, Delmanto, Fragoso e, também, do Superior Tribunal de Justiça, vide súmula 18 do STJ.³³

Outro instituto trazido pelo artigo 122 do PLS 236³⁴ está previsto no parágrafo 2º, qual seja, uma hipótese de exclusão da ilicitude. De acordo com tal parágrafo, se houver

³⁰ BRASIL, op. cit., nota 15.

³¹ BRASIL, op. cit., nota 30.

³² PEREIRA, Jeferson Botelho. *Extinção da punibilidade. Uma abordagem sinóptica*. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/62187/extincao-da-punibilidade-uma-abordagem-sinoptica/1> > Acesso em: 10 set. 2019.

³³ GOMES; et al. apud SCHIAPPACASSA, Luciano. *Qual a natureza jurídica do perdão judicial?* 2008. Disponível em: < <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/81091/qual-a-natureza-juridica-do-perdao-judicial-luciano-schiappacassa> > Acesso em: 05 set. 2019.

³⁴ BRASIL, op. cit., nota 30.

previamente laudo assinado por dois médicos atestando que a doença que acomete o paciente é grave e irreversível e houver o consentimento do paciente ou, sendo impossível, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão, o sujeito ativo poderá deixar de fazer uso de meios artificiais mantenedores da vida do paciente, não configurando tal prática cometimento de crime.

Observa-se que, nesse último caso, trata-se de hipótese de ortotanásia, que significa a atuação médica por meio de medidas paliativas que visem ao conforto físico, psíquico, social e espiritual do enfermo em estado terminal, dispensando-se a ele os cuidados necessários para aliviar os sintomas que o levam ao sofrimento advindo do avanço da patologia.

A ortotanásia foi implementada pela Resolução CFM nº 1.805/2006³⁵ com a finalidade de alterar a ideia de que a manutenção da vida do paciente deve ser obtida a qualquer custo. Segundo tal resolução,

[...] na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal.

Essa resolução foi, inclusive, questionada perante o Poder Judiciário por meio de uma Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal da 1ª Região em face do Conselho Federal de Medicina (ACP nº 2007.34.00.014809-3³⁶). Isso porque tal resolução admitiria uma forma de interrupção da vida, o que ia de encontro ao pensamento vigente à época. O *parquet* questionava a validade da norma e pedia a declaração de sua nulidade ou, de forma subsidiária, que fossem estipulados critérios objetivos para a prática da ortotanásia.

A Ação Civil Pública supracitada foi julgada improcedente sob vários fundamentos. Entre eles, pode-se citar que, do ponto de vista constitucional, é possível sustentar a atipicidade (homicídio privilegiado ou omissão de socorro) da conduta médica de deixar de adotar procedimentos terapêuticos excepcionais para prolongar artificialmente o processo de morte do paciente terminal. Ademais, a Resolução não trataria de direito penal, em razão de não haver descriminalização de coisa alguma, mas tão somente colocar o médico a salvo de contestação ético-disciplinar caso decida adotar procedimentos que configurem a ortotanásia.

³⁵ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução Nº 1.805/2006*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm> Acesso em: 10 set. 2019

³⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal 1ª Região. *ACP nº 2007.34.00.014809-3*. Juiz. Roberto Luiz Luchi Demo. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf>> Acesso em: 10 set. 2019.

É nesse último ponto que o parágrafo 2º do artigo 122 do PLS 236³⁷ ganharia destaque, porque ampliaria, para o campo penal, a hipótese de exclusão da ilicitude da ortotanásia.

As hipóteses de excludentes de ilicitude são consideradas “causas justificantes”, isto é, razões que permitem justificar a realização de um ato considerado, em princípio, ilícito. As hipóteses podem ser previstas no próprio tipo penal, como é o caso em questão, ou se enquadrarem em previsões gerais de exclusão da ilicitude, como é o caso do artigo 23 do Código Penal³⁸. Em ambos os casos, não haverá crime, pois é ausente a ilicitude da conduta.

Dessa forma, nem na hipótese do parágrafo 1º nem no parágrafo 2º do artigo 122 do PLS 236³⁹ haverá imposição de pena ao sujeito ativo, por se tratar de causas de extinção da punibilidade e causa de exclusão da ilicitude, respectivamente.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, o alcance do direito à vida e a possibilidade de deixar de ser considerado um direito absoluto para, em determinados casos, admitir sua relativização. Isso porque, se a Constituição Federal de 1988 garante o direito de as pessoas terem uma vida digna, por que não garantir a elas o direito de morrer dignamente?

Fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, foi possível chegar à conclusão de que a sociedade brasileira é marcada por sofrer influências religiosas e, como os representantes do povo nas casas legislativas são um reflexo dessa sociedade, a eutanásia ainda é considerada um assunto “tabu”, o que acaba por enfraquecer também o debate jurídico acerca desse tema.

Quanto à questão que se descortinou ao longo do segundo capítulo, verifica-se que há atualmente ausência de tipificação expressa no ordenamento jurídico brasileiro acerca da conduta da eutanásia. Isso faz com que a doutrina e a jurisprudência busquem, dentro das condutas tipificadas por tal ordenamento, a inclusão da prática da eutanásia no crime de homicídio privilegiado por relevante valor moral.

Sendo assim, o quadro jurídico a respeito da matéria nos dias de hoje é de incriminação da conduta de forma subentendida em outro tipo penal e sem qualquer previsão a respeito de eventuais causas de exclusão da tipicidade, ilicitude, culpabilidade ou mesmo de perdão judicial, que poderiam afastar o crime levando em consideração a situação do paciente

37 BRASIL, op. cit., nota 30.

38 BRASIL, op. cit., nota 15.

39 BRASIL, op. cit., nota 30.

e sua vontade. Tal fato nada mais é do que um reflexo da sociedade brasileira, como exposto acima.

Ocorre que, como demonstrado no terceiro capítulo, a medicina, o direito e outros campos teóricos iniciaram um movimento de reintrodução do tema eutanásia ao debate. De forma que, em que pese à sociedade brasileira ainda seja voltada para o caráter absoluto do direito à vida, de forma a condenar toda e qualquer forma de violação, o tema em questão começou a ser discutido e foi levado a debate no Congresso Nacional. O grande fundamento para isso é justamente o contrassenso mencionado acima sobre o direito de morrer dignamente.

A partir desse movimento, foi introduzido no Projeto do Novo Código Penal um crime específico que visa a punir a conduta da eutanásia e, juntamente com ele, a hipótese de perdão judicial e de exclusão de ilicitude, levando em consideração principalmente o caso da ortotanásia.

Esta pesquisa pretende sustentar, portanto, que deve ser reconhecido o direito de morrer dignamente, sem que tal fato fira a liberdade religiosa, mas levando em consideração a laicidade do Estado brasileiro. Ademais, a Constituição da República de 1988 prevê, na verdade, um direito à vida e não um dever de viver. Para que isso seja viabilizado, deve ser respeitado o avanço da medicina e, principalmente, as condições e a vontade do paciente em estado terminal ou de grave sofrimento.

Ficou evidente, por essas razões, que a proposta do autor consiste na tese de que se impõe admitir o direito à morte digna, sob pena de haver uma ingerência excessiva do Estado na vida privada de seus jurisdicionados.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 23 ago. 2019.

_____. *Decreto-lei nº 2848/1940*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 23 ago. 2019.

_____. *Lei, de 16 de dezembro de 1830*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim16-12-1830.htm>. Acesso em: 23 ago. 2019.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012 (Novo Código Penal)*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>. Acesso em: 05 set. 2019.

_____. Superior tribunal de Justiça. *REsp nº 64.374*. 6ª Turma. Relator: Min. Vicente Cernicchiaro. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?numregistro=199500199513&dt_publicacao=06-05-1996&cod_tipo_documento=1&formato=PDF> Acesso em: 24 ago. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. *AC 048109001932*. Relator. Sérgio Bizotto Pessoa de Mendonça. Disponível em: <http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_jurisp.cfm> Acesso em: 24 ago. 2019.

_____. Tribunal Regional Federal 1ª Região. *ACP nº 2007.34.00.014809-3*. Juiz. Roberto Luiz Luchi Demo. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf>> Acesso em: 10 set. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Código de Ética Médica. *Resolução CFM nº 1.931/09*. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2019

_____. *Resolução nº 1.805/2006*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm> Acesso em: 10 set. 2019.

DICIO, *Dicionário Online de Português*. Porto: 7Graus, 2018. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/eutanasia/>>. Acesso em: 07 abr. 2019.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

FRANCISCONI, Carlos Fernando; GOLDIM, José Roberto. *Tipos de eutanásia*. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/bioetica/eutantip.htm>>. Acesso em: 07 abr. 2019.

SCHIAPPACASSA, Luciano. *Qual a natureza jurídica do perdão judicial?* 2008. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/81091/qual-a-natureza-juridica-do-perdao-judicial-luciano-schiappacassa>> Acesso em: 05 set. 2019.

GRECCO, Rogério. *Código Penal: comentado*. 11. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

JESUS, Damásio de. *Código Penal Anotado*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. V. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de bioética e biodireito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MENEZES, Evandro Corrêa de. *Direito de matar: (eutanásia)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977.

MOLINARI, Mario. *Eutanásia: análise dos países que permitem*. Disponível em: <<https://mariomolinari.jusbrasil.com.br/artigos/116714018/eutanasia-analise-dos-paises-que-permitem>> Acesso em: 24 ago. 2019.

OLIVEIRA, Aluísio Santos de. O direito de morrer dignamente. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3146, 11 fev.2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21065>>. Acesso em: 7 abr. 2019.

PEREIRA, Jeferson Botelho. *Extinção da punibilidade. Uma abordagem sinóptica*. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/62187/extincao-da-punibilidade-uma-abordagem-sinoptica/1>> Acesso em: 10 set. 2019.

SENGÉS, Giselle. *O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito a uma morte digna*. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/68663/o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana-e-o-direito-a-uma-morte-digna>>. Acesso em: 07 abr. 2019.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

VON IHERING, Rudolf. *A Luta pelo Direito*. 2. ed. São Paulo: Martin Claret Ltda., 2000.