

**A TERMINALIDADE
DA VIDA E SUAS
CONSEQUÊNCIAS
JURÍDICO-PENAIAS:
DELINEANDO A
DISCIPLINA
NORMATIVA DA
EUTANÁSIA E DA
ORTOTANÁSIA NO
ANTEPROJETO DO
CÓDIGO PENAL**
*TERMINALITY OF THE
LIFE AND LEGAL
CONSEQUENCES:
OUTLINING THE
REGULATIONS OF
EUTHANASIA AND
PRELIMINARY
ORTHOTHANASIA IN
THE PROJECT OF THE
CRIMINAL CODE*

*Daniela Portugal**

Professora da UFBA

*Ana Thereza Meirelles**

Professora da UNEB

* Doutora em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Professora da Universidade Federal da Bahia e da Faculdade Baiana de Direito

** Doutora em Relações Sociais e Novos Direitos pela Universidade Federal da Bahia (UFBA) Professora da UNEB e da Faculdade Baiana de Direito.

Resumo

O presente artigo tem por objetivo propor uma reflexão crítica sobre a existência ou não de uma morte boa, bem como se deve o ordenamento jurídico interferir nas relações intersubjetivas cominando uma pena para a eutanásia. Será, inicialmente, tratado o regramento jurídico vigente a respeito da eutanásia e da ortotanásia. Posteriormente, serão apresentadas as mudanças dispostas no Anteprojeto de Código Penal para a morte piedosa. Por fim, propõe-se uma reflexão sobre o impacto das mudanças propostas no ordenamento jurídico e na vida (e morte) do homem.

Palavras-chave

Eutanásia.

Ortotanásia.

Anteprojeto. Código.

Abstract

This article aims to propose a critical reflection on the existence of a good death and whether the law interfere with interpersonal relations cominando a pen for euthanasia. It will initially treated the existing legal regramento about euthanasia and orthothanasia. Later, will be presented the changes set forth in Penal Code Provisional Draft for mercy killing. Finally, it proposes a reflection on the impact of proposed changes in the legal system and the life (and death) of man.

Keywords

Euthanasia. Orthothanasia. Project. Code.

"Quero que me lavem, as mãos e os pés e depois - depois que os untem com óleos santos de tanto perfume. Ah que vontade de alegria. Estou agora me esforçando para rir em grande gargalhada. Mas não sei por que não rio. A morte é um encontro consigo".¹

1 INTRODUÇÃO

O presente texto objetiva propor uma reflexão sobre a morte de pacientes acometidos de doenças incuráveis e os impactos jurídicos dispostos para a interferência humana nesse processo. Assim, transitará no tênue limite entre a morte digna e a morte banal, investigando quais caminhos que podem levar a cada uma delas.

Preliminarmente, registra-se a dificuldade em tratar normativamente os conceitos de vida e de morte, tendo em vista agregarem, em suas essências, coeficientes de personalidade e subjetividade. A dificuldade assenta no fato de que os fundamentos

científicos não bastam à construção da tutela jurídica adequada, pressupõe-se a relevância da autonomia e da liberdade no decorrer dos processos de vida e de morte.

Assim, inicialmente, questiona-se se é possível falar em uma *boa* morte, introduzindo a temática da eutanásia, tratando, ainda, das espécies relacionadas à prática, tais como a ortotanásia, a distanásia, a eutanásia indireta, dentre outras figuras correlatas, apresentando-se os principais conceitos ligados ao tema.

Em seguida, são tratadas as consequências jurídicas que podem ser atribuídas a cada uma das espécies classificatórias apresentadas, utilizando-se como pontos de debate tanto o Código Penal brasileiro quanto as Resoluções do Conselho Federal de Medicina que abordam a matéria.

Posteriormente, serão apresentadas as mudanças jurídicas trazidas no Anteprojeto de Código Penal a respeito da eutanásia e da ortotanásia, inclusive, o

¹ LISPECTOR, Clarice. *A hora da estrela*. São Paulo: Rocco, 1999, p.105.

exercício das diretivas antecipadas de vontade, avaliando de que forma o tratamento jurídico específico sobre a matéria impacta nas duas mencionadas práticas.

Por fim, propõe-se uma reflexão sobre os aspectos positivos e negativos das mudanças propostas no Anteprojeto, questionando se estas aproximam o novo tratamento jurídico de uma morte digna ou de uma morte banalizada.

2 VIDA E MORTE: AS DIFICULDADES DE TRATAMENTO NORMATIVO

O início e o fim da vida são fenômenos de difícil disciplina normativa porque não pressupõem apenas a investigação de fundamentos de natureza científica, agregam, evidentemente, aspectos subjetivos, fulcrados no plano filosófico, moral, religioso e pessoal do ser humano. Torna-se, então, tarefa complexa para o Direito identificar quais fundamentos devem ser relevados em prol da construção da tutela

jurídica adequada em torno do início e do fim da vida do homem.

De ante mão, não é prematuro afirmar que todo juízo em torno do significado da vida carrega um quê de pessoalidade e parcialidade. Não há achados científicos, capazes de fulminar, por completo, as perguntas “de onde viemos?”, “porque viemos?” e “para onde vamos?”. O fato de estar vivo é um fenômeno eminentemente inexplicável, se se buscar, através de explicações da Ciência, o sentido para a origem de tudo. A constatação de que a vida, sob o ângulo da origem, composição e fim, não pode ser plenamente explicada por postulados científicos evidencia o quão pessoal e controverso pode ser tornar um estudo sobre isso.

Lynn Margulis e Dorion Sagan, em obra específica sobre o assunto, apontaram algumas maneiras de descrever o que é vida. Ela pode ser vista como “um intrincado padrão de crescimento e morte, aceleração e recuo, transformação e

decadência”, é, também, “a matéria desenfreada, capaz de escolher sua própria direção para adiar indefinidamente o momento inevitável do equilíbrio termodinâmico – a morte”².

A tentativa de determinar a extensão daquilo que se pode assimilar como conceito do fenômeno “vida” esbarra num impasse que, muito antes de ser jurídico, tem núcleo de natureza filosófica e moral. O discurso sobre o que se entende por vida não está imune ao pluralismo moral³ e cultural, ele é, em verdade, uma das formas mais complexas de perceber a variação de entendimentos. O valor da vida, seja sob o foco da origem, do início ou do fim, tem sua importância mani-

festada conforme o panorama cultural e o alicerce moral de cada pessoa.

No processo de construção de uma consciência ética sobre a necessidade de proteger o início e o fim da vida, estão as dificuldades traduzidas pela existência de ângulos culturais, morais e religiosos que se antagonizam e que, muitas vezes, evidenciam a tradição e a cultura de cada povo, ou, ainda, de cada pessoa.

A defesa incontestável da idéia de sacralidade ou santidade da vida, por exemplo, na construção do conhecimento científico, refuta uma possível neutralidade e corrobora uma determinada visão cultural, ainda que se pense que todo ser humano, de um modo geral, tenha, como atributo inerente à sua natureza, algum compromisso com o valor da existência humana.

O discurso em defesa da vida, muitas vezes, é alicerçado no fundamento ontológico que a torna um bem para além da razão, superior e incontestável, mesmo diante da racio-

² MARGULIS, Lynn; SAGAN, Dorion. *O que é vida?* Tradução de Vera Ribeiro. Revisão técnica e apresentação Francisco M. Salzano. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2002, p.225.

³ Sobre o assunto, consultar obra de ENGELHARDT JR., H. Tristram. *Fundamentos da bioética*. Tradução de José A. Ceschin. 2.ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

nalidade, ou, em conflito com outros pontos, como a autonomia e a liberdade⁴. Em realidade, essa é uma questão que permeia o Direito sob diversos ângulos, principalmente, quando se constata o conflito entre a vida, enquanto bem jurídico, e a dignidade, como um princípio e, na prática, como uma garantia à autonomia e à

liberdade das pessoas.

Várias circunstâncias e situações jurídicas já atestaram não haver unanimidade na ideia de que a vida é sempre como um bem jurídico absoluto e intangível, quando em conflito com outros bens ou valores também protegidos.

Nesse liame, há de se considerar que tutelar a vida, em toda a sua extensão e profundidade, agrega significativa dificuldade, tendo em vista a impossibilidade de considerá-la apenas sob o ponto de vista biológico. Sua compreensão deve estar associada a sua dimensão axiológico-filosófica. O elemento biológico da vida humana ganha nova dimensão por estar inserido conaturalmente em outro elemento, o coeficiente espiritual. Não se pode considerar a vida apenas sob a perspectiva de um fenômeno químico ou fisiológico, o seu valor ultrapassa a medida de seu funcionamento puramente biológico.

Assim, impende a impossibilidade de dissociar o

⁴ Ronald Dworkin aponta: “[...] ainda que possamos sentir que nossa própria dignidade está em jogo nas atitudes que os outros tomam diante da morte, e que às vezes possamos desejar que os outros ajam como nos parece correto, uma verdadeira apreciação da dignidade argumenta decisivamente na direção oposta – em favor da liberdade individual, não da coerção; em favor de um sistema jurídico e de uma atitude que incentive cada um de nós a tomar decisões individuais sobre a própria morte. A liberdade é exigência fundamental e absoluta do amor-próprio: ninguém concede importância intrínseca e objetiva à própria vida a menos que insista em conduzi-la sem intermediação alguma e não ser conduzido pelos outros, por mais que os ame ou respeite” (DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 342).

homem da dimensão valorativa e filosófica que o torna vivo – a sua alma, essência e espírito. Daí, é notória a afirmação de que a vida humana não tem apenas uma base biológica, tem, também, uma base gnoseológica, espiritual ou metafísica, onde, definitivamente, está o inexplicável, tudo aquilo que, até então, não foi desvendado por uma conclusão científica.

A partir dessa perspectiva, é sabido que o processo de morte ou extinção da pessoa pressupõe o respeito à individualidade, manifestado pela expressão da autonomia e da liberdade humanas. Ressalta-se a dificuldade normativa em disciplinar as questões que envolvem o começo e o fim da vida, justamente, quando se admite a necessidade de relevar aspectos tão pessoais, manifestos na seara mais íntima do ser humano.

3 O DIREITO PENAL E A BOA MORTE

3.1 SOBRE O CONCEITO DE EUTANÁSIA

A palavra eutanásia tem sua origem no século XVII, quando utilizada por Francis Bacon, no *Novum Organum*, em 1616, para se referir ao estudo de enfermidades incuráveis⁵. Etimologicamente, deriva do prefixo grego *eu*, que significa "bom", e do sufixo *thánatos*, que corresponde à "morte"⁶.

Esclarece Gisele Mendes de Carvalho que o significado derivado da união dos vocábulos corresponde ao ato de dar a alguém uma "boa morte"⁷. Resta saber se, em termos práticos, é ou não possível falar em uma morte *boa*, justificando-se aqui a reflexão presente na prosa poética que epigrafa o presente ensaio, quando Clarice Lispector, ao descrever a morte de Macabéa, retrata a agonia entre a vontade de alegria e a

⁵ CARVALHO, Gisele Mendes de. Alguns aspectos da disciplina jurídica da eutanásia no Direito Penal brasileiro. *Revista dos Tribunais*. Ano 91. v. 798. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 479.

⁶ *Ibidem*, *loc.cit.*

⁷ *Ibidem*, *loc.cit.*

incapacidade de sorrir⁸.

Para Clarice, a morte se situa entre a epifania da libertação do mundo e a profundidade do encontro consigo, pois é o momento em que o ser encontra o desconhecido, já que nunca ninguém lhe ensinou a morrer, mas, de outro lado, é aquilo que todos já nascem sabendo, como um cão que abana o rabo - utilizando-se, aqui, a metáfora da autora⁹.

A concepção de *boa* morte, então, unindo-se as definições técnica e poética acima expostas, pode ser associada a esse auxílio de descoberta daquilo sobre o qual já se nasce sabendo, trata-se da morte piedosa, motivada por um ato de compaixão em favor daquele que morre.

É nesse sentido que se compreende a eutanásia como uma morte suave e sem dor, sobretudo para casos de doenças em estágio terminal e pacientes em estado

vegetativo irreversível¹⁰.

O termo alemão para se referir à matéria é *Sterbehilfe*, que, se traduzido literalmente, significa "ajuda para morrer" - é o que esclarece Luis Greco, em nota explicativa, na tradução autorizada do artigo *Die strafrechtliche Beurteilung der Sterbehilfe*, de Claus Roxin¹¹.

Bernardo del Rosal Blasco, por sua vez, estabelece como ponto de convergência para todas as variações conceituais do termo a causação de uma morte digna, reconhecendo-se a capacidade de o próprio indivíduo poder decidir acerca do grau de dignidade com o qual aceita viver e, além disso, morrer¹².

⁸ LISPECTOR, Clarice. *A hora da estrela*. São Paulo: Rocco, 1999, p. 105.

⁹ *Ibidem*, p. 44.

¹⁰ CARVALHO, Gisele Mendes de. *Op.cit.*, 2002, p. 479.

¹¹ ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (Orgs.). *Direitos civis e políticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Coleção doutrinas essenciais; v.2., p.58.

¹² BLASCO, Bernardo del Rosal. El tratamiento jurídico-penal y doctrinal de la eutanasia en España. *Revista brasileira de ciências criminais*. Ano 3. n. 12. outubro-dezembro

Ao tratar do conceito médico de "morte", Maria Elisa Villas-Bôas explica a distinção entre morte clínica e morte biológica, destacando que esta está associada a um processo de evolução gradual, no qual, a todo instante, umas células morrem e outras se reproduzem, podendo algumas destas células, inclusive, manter seu funcionamento durante algum tempo após o diagnóstico de óbito¹³. A morte clínica, por sua vez, corresponderia não à morte de células, tecidos ou órgãos individualmente considerados, mas de todo o organismo, em uma concepção macrobiológica¹⁴.

O critério para a definição dessa morte clínica, na Antiguidade, era a cessação dos batimentos cardíacos, evoluindo, modernamente, para o critério cardiopulmonar, já

que a falência dos aparelhos respiratório e circulatório leva à falta de oxigenação e de transporte do oxigênio ao organismo, acarretando a morte celular e, naturalmente, a morte de todo o organismo¹⁵.

É neste sentido que o critério cardiorespiratório se firmou como marco de definição do diagnóstico tradicional de morte até ser substituído, no século XX, pelo critério da morte encefálica, desenvolvido a partir da descoberta de meios artificiais de restauração da função cardíaca e de ventilação artificial¹⁶ - é esta, inclusive, o critério adotado no art. 3º da Lei n. 9.434, de 1997, ao dispor sobre o marco inicial necessário para a remoção de órgãos para fins de transplante.

3.2 ESPÉCIES DE EUTANÁSIA

A expressão

1995. São Paulo: Instituto brasileiro de ciências criminais. p.12.

¹³ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.18.

¹⁴ *Ibidem, loc.cit.*

¹⁵ *Ibidem, p.20.*

¹⁶ *Ibidem, loc.cit.*

"eutanásia", todavia, está associada a uma série de derivações terminológicas, selecionando-se, aqui, apenas as principais espécies classificatórias, para fins de compreensão posterior das diferentes conseqüências jurídicas associadas a cada uma das modalidades abaixo tratadas.

Trate-se, inicialmente, da classificação proposta por Claus Roxin.

Roxin cuida da eutanásia pura; eutanásia indireta; eutanásia passiva; eutanásia ativa e eutanásia precoce. A eutanásia pura corresponde, simplesmente, à prescrição de meios direcionados a anestesiar a dor do paciente sem, entretanto, diminuir-lhe o tempo de vida¹⁷. A opção por esta modalidade figura na vontade expressa ou na impossibilidade de manifestação de declaração

de vontade na vontade presumida do paciente.

A eutanásia indireta, de outro lado, caracteriza-se pela prescrição de medidas lenitivas que *podem* vir a causar a morte do paciente¹⁸. Trata-se de prática pouco mais controversa, já que incrementa um risco, entretanto permitida pelo Tribunal Federal alemão quando figura medicação lenitiva terapeuticamente necessária cujo risco foi assumido expressa ou presumidamente¹⁹.

Na eutanásia passiva, por sua vez, deixa-se de prolongar a vida de alguém cujo fim se aproxima, recusando-se a um prolongamento inútil deste viver²⁰. Já a eutanásia ativa corresponde à "morte que é dada a alguém que está a morrer ou gravemente doente"²¹; corresponde ao homicídio a pedido da vítima, quando o possuidor do domínio sobre o último ato

¹⁷ ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (Orgs.). *Direitos civis e políticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Coleção doutrinas essenciais; v.2, p.61.

¹⁸ *Ibidem*, p.62.

¹⁹ *Ibidem*, *loc.cit.*

²⁰ *Ibidem*, p.67.

²¹ *Ibidem*, p.79.

que antecede a morte é um terceiro, e não a própria vítima - ocasião em que se falaria em participação em suicídio, e não em homicídio a pedido²².

A eutanásia precoce, por fim, significa a causação da morte de recém-nascidos gravemente deformados, sujeitos ainda não possuidores de vontade ou autonomia, prática comum durante o nazismo, autorizada, na Alemanha, por meio de um decreto confidencial de Hitler, de 1o de setembro de 1939, interrompida em agosto de 1941, em razão de protestos populares quando se tomou conhecimento de tal atuação²³.

Maria Elisa Villas-Bôas sugere outro modelo classificatório, tratando da eutanásia quanto ao modo de atuação do agente; quanto à

intenção do agente; quanto à vontade do doente; além de tratar dos conceitos de ortotanásia, distanásia e mistanásia.

Segundo a autora, quanto ao modo de atuação do agente a eutanásia pode ser ativa ou passiva²⁴. Em ambos os casos há uma intenção de matar, isto é, de antecipar a morte do paciente, seja por meio de conduta positiva, comissiva (eutanásia ativa), seja por meio de conduta negativa, omissiva (eutanásia passiva)²⁵.

Nota-se, portanto, que, muito embora o conceito de "eutanásia ativa" da autora equivalha àquele proposto por Roxin, os mencionados autores divergem quanto à noção de "eutanásia passiva", já que, para o autor alemão, esta

²² *Ibidem*, p.81.

²³ ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (Orgs.). *Direitos civis e políticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Coleção doutrinas essenciais; v.2, 2011, p. 89-90.

²⁴ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.80.

²⁵ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.80.

modalidade está vinculada ao não prolongamento da vida inútil quando a morte é iminente e irreversível, critérios dispensados por Maria Elisa Villas-Bôas, para quem a eutanásia passiva acarreta uma antecipação efetiva da morte, pouco importando a irreversibilidade do quadro clínico da vítima, bastando, apenas, que esta antecipação se dê por meio de um não fazer.

A autora, ao classificar a eutanásia quanto à intenção do agente, cuida da eutanásia de duplo efeito, existente quando o mesmo meio medicinal que conforta o paciente termina, também, por apressar-lhe a morte, a exemplo do uso da morfina em casos de dor extrema²⁶. A presente espécie classificatória equivaleria ao que Roxin chama de "eutanásia indireta", quando a mesma medida que aplaca a dor do paciente pode vir a lhe causar a morte²⁷.

Quanto à vontade do

paciente, Maria Elisa Villas-Bôas classifica a eutanásia em voluntária e involuntária. no primeiro caso, a decisão é solicitada pelo próprio paciente, ao passo que, no segundo, um terceiro decide em lugar do interessado, já que este não se encontra em condições de manifestação de vontade²⁸. A autora ainda destaca que, na eutanásia involuntária, não se contemplam os casos em que a morte é provocada *contra* a vontade do paciente capaz, situação esta que corresponderia a típico caso de homicídio²⁹.

Além das espécies de eutanásia acima referidas, Maria Elisa Villas-Bôas ainda cuida da ortotanásia e da distanásia como conceitos autônomos, porém relacionados ao conceito de eutanásia³⁰.

²⁸ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Op.cit.*, 2005, p.83.

²⁹ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.83.

³⁰ *Ibidem*, p.73.

²⁶ *Ibidem*, p.81

²⁷ ROXIN, Claus. *Op.cit.*, 2011, p.62.

3.3 A ORTOTANÁSIA E O EXERCÍCIO DA AUTONOMIA PARA MORRER

O Conselho Federal de Medicina editou, em 2006, a Resolução 1.805, a fim de disciplinar os processos interventivos e naturais relacionados à terminalidade da vida de forma digna, trazendo, para o cerne da questão, a prática da ortotanásia.

Dispôs, no seu art. 1º, a referida Resolução que “é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal.” Completa, ainda, ressaltando que “o médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação”³¹.

Vários

questionamentos surgiram em torno da possibilidade de praticar a ortotanásia, trazida pela Resolução, de modo que, em 2007, o Ministério Público Federal ajuizou a Ação Civil Pública 2007.34.00.014809-3 questionando a legalidade da Resolução. Uma vez a ação julgada improcedente, a doutrina especializada passou a discorrer, de forma aprofundada, sobre a definição dos conceitos de ortotanásia, eutanásia e distanásia, em prol de identificar os fundamentos que os diferenciam.

3.3.1 Conceito e pré-requisitos

Segundo Maria Elisa Villas-Bôas, a ortotanásia corresponde à morte em seu tempo certo, (*orthos* = reto, correto), quando o médico deixa de interferir "no momento do desfecho letal",

<http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm>. Acesso em: 25 abr. 2005.

³¹ BRASIL. CFM. *Resolução 1805/2006*. Disponível em:

nem antecipando, nem prolongando a vida do paciente³². Ressalta-se, então, que a ortotanásia opõe-se aos atos de encurtamento e de prolongamento artificial da vida, firmando-se como uma conduta que busca contemplar a dignidade e a naturalidade no processo humano de morte.

Assim, pode-se definir a ortotanásia como um “comportamento médico que, frente a uma morte iminente e inevitável, suspende a realização de atos para prolongar a vida do paciente, que o levariam a um tratamento inútil e a um sofrimento desnecessário, e passa a emprestar-lhe os cuidados paliativos adequados para que venha a falecer com dignidade.”³³

Como pré-requisitos para a realização da conduta

ortotanásica, tem-se o início ou instauração do processo de morte e a inexistência de meios possíveis para salvar a vida do paciente. Dessa forma, a ortotanásia pode ser compreendida a partir da ideia da boa morte, posto que ao paciente é salvaguardada a possibilidade de morrer com dignidade, no momento certo, que sem que, sobre ele, recaiam atos que visem encurtar ou prolongar, injustificadamente, a sua existência.

Atente-se ao fato, conforme pressupõe a Resolução do CFM, que o consentimento do indivíduo, ou de seu representante legal, é indispensável à configuração da conduta de natureza ortotanásica, fator também recepcionado pelo Código de Ética Médica, vigente desde 2010, em seu art. 41, 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

³² VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.73.

³³ SANTORO, Luciano de Freitas. *Morte Digna. O direito do paciente terminal*. Curitiba: Juruá, 2001, p.133.

vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal³⁴.

Maria Elisa Villas-Bôas alerta para a habitual e equivocada confusão entre ortotanásia e eutanásia passiva, tratadas, por alguns autores, como espécies sinônimas; aponta, como critério distintivo, o fato de a eutanásia passiva, por ser eutanásia, envolver, necessariamente, uma *antecipação* da morte, o que não ocorre na ortotanásia³⁵. A confusão é perfeitamente compreensível, uma vez que se pode perceber uma aproximação entre o conceito de "ortotanásia" apresentado por Maria Elisa Villas-Bôas e o de "eutanásia passiva" apresentado por Claus Roxin.

A confusão entre os conceitos de eutanásia passiva

e ortotanásia é antiga e frequente na doutrina. Resumidamente, a título exemplificativo, conforme acatologou Luciano Santoro, autores como Nelson Hungria, Maria Helena Diniz e Maria de Fátima Freire de Sá entendem que a ortotanásia é uma espécie de eutanásia possível³⁶.

A diferença entre as duas condutas está no fato de que, na situação ortotanásica, o processo de morte já se instaurou, e, na eutanásia passiva, o resultado morte será ocasionado pela conduta omissiva. A distinção entre as condutas evidencia a diferença de tratamento jurídico, pois, a ortotanásia é lícita e eutanásia continua ilícita.

Embora sutil, a distinção entre eutanásia passiva e ortotanásia tem toda relevância, na medida em que responde pela diferença de tratamento jurídico proposto: a licitude desta e a ilicitude daquela. Na eutanásia

³⁴ BRASIL. CFM. *Código de Ética Médica*. Disponível em: <www.portalmédico.org.br/novocodigo/integra.asp>. Acesso em: 25 abr. 2015.

³⁵ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.73.

³⁶ SANTORO, Luciano de Freitas. *Morte Digna. O direito do paciente terminal*. Curitiba: Juruá, 2001, p.138.

passiva, omitem-se ou suspendem-se arbitrariamente condutas que ainda eram indicadas e proporcionais, que ainda poderiam beneficiar o paciente. Já as condutas médicas restritivas são lastreadas em critérios medicocientíficos de indicação ou não-indicação de uma medida, conforme a sua utilidade para o paciente, optando-se conscienciosamente pela abstenção, quando a medida já não exerce a função que deveria exercer, servido somente para prolongar artificialmente, sem melhorar a existência terminal. Não há, portanto, que se identificar genericamente eutanásia passiva e ortotanásia. A ortotanásia, aqui configurada pelas condutas médicas restritivas, é o objetivo médico, quando já não se pode buscar a cura: visa a prover o conforto do paciente, sem interferir no momento da morte, sem encurtar o tempo natural de vida nem adiá-lo indevida e artificialmente, para que a morte chegue na hora certa, quando o organismo efetivamente alcançou um grau de deterioração

incontornável³⁷.

A distanásia, de outro lado, corresponde à morte lenta e sofrida, em decorrência do abuso de recursos médicos direcionados a *distanciar* a inevitável chegada da morte, procedimentos estes incapazes de reverter o processo de morte em curso do paciente³⁸.

A distanásia é conhecida como obstinação terapêutica e encontra respaldo histórico no desenvolvimento preliminar da relação médico-paciente, alicerçada no paternalismo e no modelo da autonomia substitutiva dos melhores interesses, onde cabia somente ao médico decidir sobre todas as questões relacionadas ao processo patológico do paciente.

A conduta obstinada no sentido distanásico implica em verdadeira tortura médica,

³⁷ VILLAS-BÓAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.80.

³⁸ *Ibidem*, p.74.

que visa a manutenção da vida biológica a qualquer custo, ainda que não existam fundamentos científicos e plausíveis que justifiquem tal ação. Juridicamente, traduz-se como afronta à dignidade da pessoa humana.

O meio termo entre a antecipação da morte (eutanásia) e o prolongamento artificial ao máximo da sua vida (distanásia) é a ortotanásia, que confere ao médico a possibilidade de suspensão ou omissão de tratamentos futéis ou desproporcionais quando o processo de morte já restar instaurado e o paciente ou o seu representante legal manifestar tal vontade.

3.3.2 As diretivas antecipadas de vontade

O Conselho Federal de Medicina aprovou a Resolução 1995 em 2012, dispondo sobre a manifestação das diretivas antecipadas de vontade, evidenciando, mais uma vez, a tradição em manifestar-se sobre temas bioéticos e biojurídicos antes do Poder

Legislativo.

Tradicionalmente, as diretivas antecipadas têm sido entendidas como o gênero do qual são espécies o testamento vital e o mandato duradouro. “Ambos os documentos serão utilizados quando o paciente não puder se expressar, livre e conscientemente – ainda que por uma situação transitória –, ou seja, as diretivas antecipadas, como gênero, não se referem exclusivamente a situações de terminalidade”³⁹.

Luciana Dadalto afirma que o testamento vital é espécie de diretiva que revela “instruções acerca de futuros cuidados médicos ao quais uma pessoa que esteja incapaz de expressar sua vontade será submetida, ante um diagnóstico de terminalidade da vida”, enquanto que “o mandato duradouro refere-se a simples nomeação de um terceiro para tomar decisões em nome

³⁹ DADALTO, Luciana. Reflexos jurídicos da Resolução CFM 1.995/12. *Revista Bioética*, 21 (1), p.108.

do paciente quando este estiver impossibilitado – definitiva ou temporariamente – de manifestar sua vontade”⁴⁰.

Oportunamente, o CFM aclarou o conteúdo da Resolução 1.995, esclarecendo que o exercício das diretivas antecipadas de vontade está relacionado à situação de natureza ortotanásica, em respeito, então, à vontade do paciente, e não pressupõe a recepção de conduta eutanásica.

Logicamente, é sabido que as diretivas antecipadas de vontade, trazidas expressamente na referida Resolução, não podem contrariar as disposições contidas no Ordenamento Jurídico vigente. A proposta da Resolução, em verdade, coaduna com o disposto na Resolução 1.805/2006, que regulamenta a possibilidade de praticar ortotanásia. A Resolução 1.995/2012 visa, então, estabelecer os critérios para o exercício da vontade do paciente que se encontra

em situação de prática da ortotanásica, emitindo recomendações a respeito do processo de manifestação dessa vontade, seja através da autonomia pura, da autonomia substituta (por manifestação do representante legal), levando-se em consideração os critérios emanados da medicina, já que, conforme esclarecido, a ortotanásia é a suspensão ou omissão de medidas fúteis e desproporcionais.

Cumpre o esclarecimento sobre os modelos de autonomia ou decisão em contextos bioéticos, embasados nos ensinamentos de Beauchamp e Childress⁴¹, e levados à Resolução em foco.

O modelo da autonomia pura manifesta-se pela manutenção da vontade real do indivíduo, revelada quando ainda era detentor de capacidade. “No pleno uso de sua capacidade, o paciente

⁴⁰ *Ibidem*, p.107.

⁴¹ Cf. BEACHAMP, Tom; CHILDRESS, James. *Principles of Medical Ethics*. New York: Oxford University Press, 1979.

declarou o tratamento que gostaria ou não de receber se e quando estivesse impossibilitado de fazê-lo. Somente se aplica para os casos em que o indivíduo tenha, anteriormente, em plena capacidade, declarado, expressamente, sua vontade”⁴².

No modelo de autonomia ou julgamento substituto, o paciente não emitiu declaração anterior sobre sua vontade. A fim de alcançar a decisão que revele sua vontade, buscando o respeito pela sua autonomia, “a pessoa que irá decidir deve buscar realizar os desejos e necessidades do incapaz, inferindo-os do sistema de valores do paciente”. Dessa forma, “a decisão não pode ser aquela que se adequa à tabua de valores do decisor

substituto, mas a que se possa previsivelmente deduzir que seja a relativa àquele em nome de quem se age”⁴³.

O modelo dos melhores interesses é explicado pela possibilidade de que um decisor substituto possa “avaliar as opções possíveis, tomando como parâmetros os benefícios e riscos para o paciente”, e decidir “de acordo com o que considera seja a alternativa que traga o maior benefício e o menor risco possível”. Este modelo não pressupõe a manutenção da “decisão tomada pelo paciente quando era capaz, ou de chamar um representante para indicar a provável vontade daquele que, não podendo expressá-la pessoalmente na atualidade do ato, não a veiculou anteriormente”⁴⁴. O modelo em voga é expressado, normalmente, pela interferência do médico, que, no processo decisório, pode ser chamado para considerar o que seja mais adequado ao paciente.

⁴² AGUIAR, Mônica. *Modelos de autonomia e sua (in)compatibilidade com o sistema de capacidade civil no ordenamento positivo brasileiro: reflexões sobre a Resolução 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina*. Disponível em: <www.publicadireito.com.br/artigo/s/?cod=69c7e73fea7ad35e>.

Acesso em: 25 abr. 2015, p.6-7.

⁴³ *Ibidem*, p.7.

⁴⁴ *Ibidem*, p.8.

A partir do disposto na Resolução em comento, pode-se perceber que o modelo prevalecente foi o da autonomia pura, excepcionado pela possibilidade de que, caso não exista possibilidade de manifestação da mesma pelo paciente, a família pode substituí-lo. Ressalta-se que a vontade do paciente não é absoluta, esbarra, portanto, em limites legais e éticos, pois, o médico não pode admitir inadvertidamente o cumprimento de toda e qualquer manifestação volitiva. Lembre-se, inclusive, conforme o Ordenamento Jurídico, que as diretivas antecipadas pressupõem o indicativo de uma situação ortotanásica, afastando a possibilidade de prática da eutanásia.

Uma das grandes discussões em torno da admissibilidade das diretivas é sobre os tratamentos ou procedimentos que podem ser recusados. De qualquer maneira, atente-se para o fato de que os cuidados paliativos devem ser sempre mantidos, em prol de conservar a dignidade no processo de

morte.

Luciana Daldato aponta para existência de quatro princípios que orientam os cuidados paliativos:

O primeiro é o da proporcionalidade terapêutica, segundo o qual há uma obrigação moral de se implementar todas as medidas terapêuticas que tenham proporção entre os meios empregados e o resultado previsível; o segundo, é o do duplo efeito, que dispõe acerca da necessidade de se averiguar a razão proporcional entre os tratamentos que tenham duplo efeito; o terceiro, é o da prevenção, em que se deve prever possíveis complicações e sintomas que frequentemente se apresentam a portadores de determinada doença; o quarto, e último, é o do não abandono e do tratamento da dor, segundo o qual o médico não pode abandonar o paciente, exceto em casos de objeção de consciência,

e deve controlar a dor⁴⁵.

Assim, os tratamentos ou procedimentos que não estejam abrangidos pela principiologia apontada podem ser submetidos à recusa, inclusive, a hidratação e a alimentação, que, em alguns casos, não representam resposta no organismo do paciente⁴⁶. É certo que a Resolução deve aclarar o conceito de cuidados paliativos a fim de que reste delineado a âmbito da possibilidade decisória do paciente.

Determina, ainda, a Resolução que o médico deve registrar em prontuário as diretivas antecipadas de vontade manifestadas pelo paciente. É certo que não cabe ao médico apenas registrar tal vontade, compete a ele avaliar a admissibilidade das diretivas, considerando a imprescindibilidade ou não dos tratamentos e

procedimentos recusados.

4 AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICO-PENAIIS DA EUTANÁSIA NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO EM VIGOR

O Código Penal brasileiro não trouxe regramento jurídico autônomo para a eutanásia, de modo que todas as espécies de eutanásia acabam por incorrer, em regra, no tipo penal de homicídio, descrito no art. 121 do Código Penal brasileiro.

Acrescenta Deusdedith Sousa que a prática nunca foi tratada no Código Criminal do império de 1830; ou o Código Criminal de 1890; nem na Consolidação das Leis Penais de 1932; nem na codificação em vigor, o Código Penal de 1940⁴⁷. Ressalte-se que o Código Penal de 1969,

⁴⁵ DADALTO, Luciana. Reflexos jurídicos da Resolução CFM 1.995/12. *Revista Bioética*, 21 (1), p.110.

⁴⁶ *Ibidem*, loc.cit.

⁴⁷ SOUSA, Deusdedith. Eutanásia, Ortotanasia e Distanasia. *Revista dos Tribunais*. Ano 83, v.706, ago. 1994, p.287.

revogado sem nunca ter entrado em vigor - apesar dos, aproximadamente, nove anos de *vacatio legis* -, também não cuidou da matéria⁴⁸.

Destaque-se que o Anteprojeto da Parte Especial do Código, de 1984, previa, no § 3º do art. 121, pela primeira vez, uma isenção de pena para o "médico que, com o consentimento da vítima, ou na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge ou irmão, para eliminar-lhe o sofrimento, antecipa morte iminente e inevitável atestada por outro médico"⁴⁹.

A mudança não foi introduzida no Código Penal brasileiro, tendo prevalecido o entendimento de Nelson Hungria a respeito da matéria, para quem, mesmo quando houvesse a comovente súplica de morte formulada pela própria vítima, desenganada diante de sua iminente extinção, o atendimento ao pedido jamais deixaria de ter um fundo egoístico, em que o terceiro

visa a se libertar, em última análise, de sua própria angústia⁵⁰.

Assim, diante da previsão legal de autorização para a morte piedosa, a eutanásia tem sido mantida, ao longo dos anos, enquanto prática criminosa, nos termos da legislação penal vigente. Resta tratar, porém, das consequências jurídicas de cada uma das espécies classificatórias listadas acima, a fim de avaliar quais diferentes impactos acarretam.

Primeiramente, a eutanásia pura referida por Roxin, desde que haja consentimento expresso ou presumido por parte do paciente, corresponde a uma prática lícita, nos termos do art. 15 do Código Civil⁵¹, que consagra a autodeterminação do paciente na recusa a tratamento médico ou

⁵⁰ HUNGRIA, Nelson. Ortotanásia ou eutanásia por omissão. *Revista dos Tribunais*. Ano 43, v.221, mar. 1954, p.14.

⁵¹ "Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica."

⁴⁸ *Ibidem*, loc.cit.

⁴⁹ *Ibidem*, loc.cit.

intervenção cirúrgica, já que em tais casos o médico se limita a controlar a dor, sem antecipar ou gerar risco de morte para o paciente.

Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber explicam que, diante a reação internacional aos experimentos humanos realizados por médicos nazistas, o Código de Nuremberg de 1947 declarou, expressamente, em seu art. 1o, que "o consentimento voluntário do ser humano é absolutamente essencial"⁵². Os autores ainda esclarecem que a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO, de 2005, também ressalta a necessidade de consentimento do paciente para que esse se submeta a qualquer tipo de intervenção médica⁵³.

É nesse contexto que

o art. 15 do Novo Código Civil inovou ao trazer a previsão que consagra a autonomia do paciente, de modo que, diante da recusa do paciente ao tratamento, caberia ao médico ministrar, unicamente, meios lenitivos para aplacar a dor do paciente.

A consequência jurídica da eutanásia indireta ou de duplo efeito, de outro lado, dependerá do elemento subjetivo do agente, culpa ou dolo. Se a morte decorrente do meio de tratamento era inevitável e o agente tinha consciência desse fato, pode-se falar em dolo direto; se o agente sabia da previsibilidade do resultado morte, mas assumiu o risco de provocá-lo, trata-se de conduta praticada com dolo eventual - em ambos os casos o agente poderá ser punido por homicídio doloso, art. 121, CP.

De outro lado, se a morte decorrente do tratamento era previsível, porém não prevista concretamente, pelo agente que, inobservando um dever de cuidado, ministrou o

⁵² TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. O extremo da vida - Eutanásia, accanimento terapeutico e dignidade humana. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Ano 10, v. 39, jul./set. 2009, p. 4.

⁵³ *Ibidem*, p.7.

medicamento levando a vítima à morte, ele poderá ser punido por homicídio culposo, nos termos do art. 121, § 3º, CP.

Nos dois primeiros referidos casos, em que o agente será punido por homicídio doloso, sustenta-se a tese defensiva de incidência da causa de diminuição de pena do art. 121, § 1º, caso o agente tenha atuado "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 que corresponde a uma minorante que leva em consideração o elemento subjetivo altruístico daquele que causa a morte do enfermo.

Para Tarsis Barreto Oliveira, se a intenção do terceiro, ao subtrair a vida do paciente, é aliviar-lhe o sofrimento, ele age sob relevante valor moral, justificando, assim, a aplicação da minorante de pena⁵⁴.

Já no caso da figura culposa, a depender da situação concreta, pode-se fazer incidir o aumento de pena previsto no § 4º, especialmente quando o erro deriva de inobservância de regra técnica de profissão, podendo-se associar ao caso do médico que ministra tratamento para paciente sem avaliar os efeitos colaterais do medicamento prescrito, ocasionando-lhe a morte.

A respeito da eutanásia indireta, Roxin ainda trata da impossibilidade, para o Direito Penal alemão, de exclusão do crime em razão do estado de necessidade justificante, sob o fundamento de que o bem jurídico sacrificado é a vida do próprio paciente⁵⁵.

eutanásia no direito brasileiro. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*. Homenagem ao Prof. Orlando Gomes. N. 16. Ano 2008.1. Salvador. Bahia, p.132.

⁵⁵ ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (Orgs.). *Direitos civis e políticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Coleção doutrinas essenciais; v.2. p.62.

⁵⁴ OLIVEIRA, Tarsis Barreto. As repercussões jurídico-penais da

Explica Luis Greco que o legislador alemão adotou a teoria diferenciadora do estado de necessidade, somente sendo possível a exclusão da ilicitude para casos em que o bem sacrificado é de valor inferior ao do bem salvaguardado⁵⁶.

O Brasil, todavia, adotou a teoria unitária do estado de necessidade, admitindo, assim, a exclusão da ilicitude para todos os casos em que o bem jurídico sacrificado fosse de valor menor ou *igual* ao do bem resguardado, de modo que a tese do estado de necessidade, na aplicação da lei penal brasileira, seria cabível para as hipóteses de eutanásia indireta ou de duplo efeito.

Carlos Augusto Canêdo e Lúcio Chamon Junior, ao tratarem da natureza jurídica da eutanásia indireta, questionam se esta figura causa de impedimento

do juízo de tipicidade ou um estado de necessidade⁵⁷.

Explicam os autores que o fundamento apresentado pela doutrina penal para exclusão do tipo reside na aplicação da teoria da imputação objetiva, tratando-se a conduta prati-cada, desde de que adequado o medicamento minis-trado, de compor-tamento *socialmente adequado*, não gerando, pois, risco proi-bido⁵⁸. Quanto a esta tese, acreditam os autores não ser técnica a expressão "exclusão do tipo", uma vez que inexistiria uma tipicidade passível de exclusão posterior, já que o fato, no momento em que ocorre, já nasce típico ou atípico⁵⁹.

Os referidos autores seguem, nesse sentido, a

⁵⁷ CANÊDO, Carlos Augusto; CHAMON JUNIOR, Lúcio. Eutanásia e dogmática penal: por uma compreensão paradigmaticamente adequada do direito penal através de uma teoria da adequabilidade normativa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais. Trimestral*. Ano 9. n. 36. Outubro-dezembro 2001, p.75.

⁵⁸ *Ibidem*, p.77.

⁵⁹ *Ibidem*, *loc.cit.*

⁵⁶ GRECO, Luis. Nota do tradutor. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (Orgs.). *Direitos civis e políticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Coleção doutrinas essenciais; v.2. p.62.

opinião de Roxin, para quem a exclusão do tipo com embasamento na adequação social consiste critério demasiadamente vago para fundamentar a impunibilidade de homicídios⁶⁰.

Carlos Augusto Canêdo e Lúcio Chamon Junior ainda apresentam a tese do estado de necessidade justificante. Para os autores, em tal caso, "a impunibilidade, todavia, estaria na dependência de um consentimento expresso ou presumido do paciente no que diz respeito às práticas médicas"⁶¹. Os mencionados autores colocam o consentimento do paciente como um *presuposto* do estado de necessidade justificante⁶².

Para Roxin, "se a

eutanásia indireta é impunível, trata-se do resultado de uma ponderação"⁶³, que será feita entre o dever de estender a vida alheia e o dever de diminuir o sofrimento do paciente. O autor alemão segue o posicionamento majoritário na Alemanha a respeito da matéria, segundo o qual "haverá, sim, homicídio, que porém é impunível em virtude do consentimento ou do consentimento presumido"⁶⁴.

É por esta razão que Carlos Augusto Canêdo e Lúcio Chamon Junior, apesar de reconhecerem que, na opinião de Roxin, o consentimento da vítima é uma causa de exclusão de tipicidade⁶⁵, no ensaio

⁶⁰ ROXIN, Claus. *Op.cit.*, 2011, p.64.

⁶¹ CANÊDO, Carlos Augusto; CHAMON JUNIOR, Lúcio. Eutanásia e dogmática penal: por uma compreensão paradigmaticamente adequada do direito penal através de uma teoria da adequabilidade normativa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Trimestral. Ano 9. n. 36. Outubro-dezembro 2001, p.77.

⁶² *Ibidem*, p.79.

⁶³ ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (Orgs.). *Direitos civis e políticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Coleção doutrinas essenciais; v.2. p.64.

⁶⁴ *Ibidem*, p.63.

⁶⁵ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. Trad. Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. I., p.517.

específico sobre "a apreciação jurídico-penal da eutanásia", do qual foi extraído o fragmento colacionado no parágrafo anterior, o autor alemão teria colocado o consentimento como pressuposto do estado de necessidade.

Discorda-se aqui da interpretação extraída pelos citados autores. Quando Roxin, em artigo tratando sobre a eutanásia, sustenta haver crime, porém impunível em razão do consentimento, não está colocando o consentimento como pressuposto do estado de necessidade justificante. A "existência do crime", partindo de uma interpretação sistemática da obra do autor, se deveria, conforme interpretação aqui extraída, à ocorrência de um juízo de tipicidade *formal* perfeito, já que a conduta se subsume a um tipo incriminador.

A "impunidade", por sua vez - expressão utilizada pelo autor alemão, no mencionado artigo, em um sentido amplo, dever-se-ia a um juízo de tipicidade *material*, já que inexistiria

ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma em razão de o próprio paciente ter escolhido de que forma sua vida deveria ser tratada.

De outro lado, cabe ainda tratar das consequências jurídicas para a eutanásia precoce. A mencionada espécie corresponde a flagrante hipótese de homicídio qualificado pelo motivo torpe, uma vez que a finalidade do agente é eugênica, pois tira a vida de um recém nascido portador de uma deformidade, estando o agente, portanto, incurso nas penas definidas no art. 121, § 2º, inciso I, CP.

A eutanásia ativa também corresponde à prática de crime de homicídio, que pode ser qualificado pela torpeza, nos termos do art. 121, § 2º, inciso I, CP ou com pena minorada pela finalidade altruística do agente, conforme seja o caso concreto.

Explica Gisele Mendes de Carvalho, justificando a punibilidade da conduta, que, da mesma forma que não se pode admitir um direito absoluto à

vida, também não se pode aceitar um direito ilimitado à disponibilidade deste mesmo bem, legitimando, assim, em todo e qualquer caso, a intervenção de terceiros⁶⁶.

Acresenta Iberê Anselmo Garcia a impossibilidade de justificar a prática da eutanásia ativa com base na tese do estado de necessidade pela razão de que o sacrifício da vida jamais será preferível à saúde do doente, uma vez que "não se preserva a saúde com a interrupção da vida"⁶⁷.

A eutanásia passiva - utilizando-se, aqui, a classificação de Maria Elisa Villas-Bôas -, corresponderá à prática de homicídio omissivo impróprio ou comissivo por omissão sempre que o autor da conduta omissiva ocupar a posição de garantidor (art. 13, § 2º, CP). Como o garante é,

por lei, obrigado a impedir o resultado, em não o fazendo quando podia e devia agir, a sua omissão é penalmente relevante e ele será punido como se tivesse, ativamente, provocado o resultado não evitado.

A ortotanásia também se enquadra na prescrição incriminadora do tipo penal de homicídio, suscitando-se, como tese defensiva, o estado de necessidade justificante do terceiro enfermo - já que se causa a morte (digna) a fim de evitar a própria morte (indigna), correspondendo o bem sacrificado de valor equivalente ao bem jurídico salvaguardado (vida). Soma-se a esta tese o conflito de deveres como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, uma vez que, entre o tratamento da doença terminal e do *doente* terminal, não se pode censurar a escolha eleita pelo enfermo ou seu representante legal.

É essa, inclusive, a justificativa trazida na exposição de motivos da Resolução n. 1.805, de 2006, do Conselho Federal de

⁶⁶ CARVALHO, Gisele Mendes de. *Aspectos jurídico-penais da eutanásia*. São Paulo: IBCCRIM, 2001, p.158.

⁶⁷ GARCIA, Iberê Anselmo. Aspectos médicos e jurídicos da eutanásia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 15, n. 67, julho-agosto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.264.

Medicina, segundo a qual, uma vez diagnosticada doença grave e incurável, "entende-se que existe uma doença em fase terminal, e não um doente terminal. Nesse caso, a prioridade passa a ser a pessoa doente e não mais o tratamento da doença"⁶⁸.

A mencionada resolução permite ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, desde que respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal, passando o tratamento do paciente a consistir no oferecimento de cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe, inclusive, o direito da alta hospitalar⁶⁹.

⁶⁸ BRASIL. CFM. Resolução CFM nº 1.805/06. Exposição de motivos.

⁶⁹ BRASIL. CFM. Resolução CFM nº 1.805/06. Exposição de motivos.

Como relatado anteriormente, o Ministério Público Federal chegou a ingressar com ação civil pública contra o CFM, pleiteando fosse reconhecida a nulidade da Resolução sob o fundamento de que tal órgão não teria o poder de regulamentar e autorizar uma prática de é descrita como crime⁷⁰. O magistrado chegou a deferir a antecipação de tutela, suspendendo os efeitos da Resolução, mas, após a produção de provas, tanto o CFM quanto o próprio MPF pugnaram pela improcedência do pedido - o que acabou sendo a decisão definitiva do mérito⁷¹.

Note que, uma vez transitada em julgado a sentença que manteve a eficácia da Resolução, esta permanece no ordenamento jurídico operando, seus efeitos. O impacto jurídico-

⁷⁰ Seção Judiciária do Distrito Federal. Processo n. 2007.34.00.014809-3. Disponível em:

<http://www.jfdf.jus.br/destaques/14%20VARA_01%2012%202010.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2013.

⁷¹ *Ibidem*.

penal de sua manutenção é o tratamento da ortotanásia, desde que praticada nos termos do quanto regulamentado, de exercício regular de um direito - causa de exclusão da ilicitude do fato.

Ou, ainda, caso o Ministério Público, titular da *opinio delicti*, entenda que a ortotanásia, em que pese a manutenção da Resolução, é prática criminosa e ofereça a denúncia por crime de homicídio, o réu poderá alegar em seu favor o desconhecimento do caráter ilícito do fato, conforme art. 21, CP, excluindo a culpabilidade do suposto delito, já que a regulamentação da disciplina leva, justificadamente, o agente a crer na sua conformidade com o Direito.

A mencionada Resolução está em consonância com a Resolução n. 1.931/2009 do Conselho Federal de Medicina, que veda a prática da eutanásia a pedido no seu art. 41, mas, no parágrafo único, disciplina para os casos de doença incurável e terminal o dever

de 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"⁷².

Sobre a eutanásia voluntária e a involuntária, cabe destacar que o Código Penal brasileiro não cuidou do consentimento da vítima - seja expresso, seja presumido - como critério de exclusão do crime, de modo que a vontade de morrer manifestada pelo paciente é irrelevante na estrutura alínea do crime de homicídio.

Quanto à distanásia, esta deve ser observada em consonância com a autonomia do paciente - ou de seu representante, nos casos de impossibilidade de manifestação de vontade - para a recusa a tratamento

⁷² Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2009/1931_2009.htm Acesso em 02 de julho de 2013.

médico. Entretanto, para a distanásia praticada *contra* a vontade do paciente, poder-se-ia falar em crime de contrangimento ilegal, disposto no art. 146, CP, não fosse a expressa excludente de tipicidade descrita no § 3º deste mesmo dispositivo, segundo o qual o tipo incriminador não compreende a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida, ou a coação exercida para impedir suicídio.

Ruy Zoch Rodrigues defende que a utilização de recursos tecnológicos e terapêuticos contra a vontade do paciente em fase terminal viola o direito do homem de viver e morrer com dignidade, só podendo a distanásia - bem como a própria eutanásia e a ortotanásia - ser aceita quando eleita como melhor medida a partir da relação médico-família-paciente⁷³.

Por fim, à respeito da mistanásia, também não há regramento jurídico específico, sendo possível fazer incidir o tipo penal de homicídio, em sendo o autor garante da vítima, ou, subsidiariamente, nos tipos de omissão de socorro ou condicionamento de atendimento médico-hospitalar emergencial, respectivamente arts. 135 e 135-A, CP, este último dispositivo incluído pela Lei nº 12.653, de 2012.

As consequências jurídicas acima mencionadas, todavia, são demasiadamente imprecisas, sobretudo por não haver um regramento jurídico específico destinado à matéria - problema que se espera ser resolvido com o Anteprojeto de Código Penal, assunto a ser tratado nas seguintes linhas.

5 CONSIDERAÇÕES

religião, da ética médica e do direito. *Direitos Humanos: estudos em homenagem ao professor Fábio Konder Comparato*. Coord. BOITEUX, Elza Antonia Pereira Cunha. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 443.

⁷³ MARCONDES, Roberto Rangel. A eutanásia sob o enfoque da

**FINAIS. O
ANTEPROJETO DE
CÓDIGO PENAL E O
TRATAMENTO
JURÍDICO
TERMINALIDADE DA
VIDA**

"Morta, os sinos badalavam mas sem que seus bronzes Ihes dessem som. Agora entendo esta história. Ela é a iminência que há nos sinos que quase-quase badalam. A grandeza de cada um. Silêncio"⁷⁴. É assim que o silencioso fim revela a grandeza daqueles que já não dão mais som à vida. Resta saber se esta grandeza estará no fim breve e digno ou na luta diária para roubar da morte cada minuto próximo. Mais ainda. Resta saber se há alguma grandeza em se furtar a morte daqueles que já não mais querem lutar.

O anteprojeto do Código Penal enfrenta, enfim, a temática da eutanásia, passando a dispor de tratamento jurídico específico

para a morte piedosa. O art. 122 cria um tipo incriminador autônomo para a mencionada figura, punindo com reclusão de dois a quatro anos a conduta daquele que mata, 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.

Não há referência, todavia, sobre a forma como o estado terminal deve ser atestado, nem mesmo ao conceito do que vem a ser doença grave. Nesse sentido, ideal seria a inclusão de norma similar ao quanto disposto no art. 3º da Lei de Transplante, L. 9.434/97, para fins de constatação da morte encefálica, passando a impor como condição para a incidência do art. 122 a existência de diagnóstico registrado por dois médicos não participantes da antecipação da morte.

Para Eudes Quintino de Oliveira Júnior e Pedro Bellentani Quintino de Oliveira, a figura do *caput* do art. 122 corresponde a crime comum, admitindo como

⁷⁴ LISPECTOR, Clarice. *A hora da estrela*. São Paulo: Rocco, 1999, p. 105.

sujeito ativo, portanto, qualquer pessoa, que deve ser simbolizada pelo "homem médio", cujo ato terminativo teve por objetivo abreviar sofrimento físico insuportável.⁷⁵

Acrescentam os autores, ainda, que o art. 122, muito embora não tenha feito referência ao estágio terminal, deve ser interpretado restritivamente, de modo que antecipar a morte de alguém com uma deformidade permanente, a exemplo da tetraplegia, não autorizaria a tipificação com base no homicídio caritativo do art. 122, mas sim a figura dolosa do art. 121.

Cabe aqui discordar. Ora, se o tipo penal que cuida da morte caritativa não exige como elementar para a sua incidência a irreversibilidade da doença ou o ao estágio terminal, não pode o intérprete, diante da dúvida, eleger interpretação menos

favorável ao acusado, o que implica não ser possível restringir a incidência do art. 122.

Além disso, o § 1º trouxe hipótese de perdão judicial, autorizando que o magistrado deixe de aplicar a pena ao avaliar as circunstâncias do caso, bem como a relação de parentesco ou estreitos laços de afeição do agente com a vítima. Nos termos da súmula n. 18 do Superior Tribunal de Justiça, trata-se de causa extintiva de punibilidade (art. 107, inciso IX, CP), diante da qual não subsistem quaisquer efeitos condenatórios.

O § 2º, por sua vez, introduziu uma causa excludente de ilicitude, determinando não haver crime quando o agente deixa de fazer uso de meios artificiais para manter a vida do paciente em caso de doença grave irreversível, impondo como condição, somente, que essa circunstância esteja previamente atestada por dois médicos e haja consentimento do paciente, ou, na sua impossibilidade, de ascendente,

⁷⁵ OLIVEIRA JÚNIOR, Eudes Quintino de; OLIVEIRA, Pedro Bellentani Quintino de. A eutanásia e a ortotanásia no novo Código Penal. **Revista dos Tribunais**. Ano 102, v. 931, maio 2013, p. 254.

descendente, cônjuge, companheiro ou irmão.

Cuida-se de previsão que acaba por consagrar o quanto já disposto nas Resoluções n. 1.805/2006 e n. 1.931/2009 do Conselho Federal de Medicina, que levam em conta a autonomia do paciente ou de seus representantes para a recusa a ações terapêuticas inúteis de prolongamento artificial da vida (distanásia), permitindo a morte em seu tempo certo (ortotanásia).

Deste modo, conforme o art. 41, parágrafo único, da Resolução n. 1.931/2009 do CFM, que institui o novo Código de Ética Médica, nos casos de doença grave e irreversível, caberá apenas ao médico, respeitando a vontade do paciente e de seu representante, ministrar cuidados paliativos ao paciente para lhe aliviar o sofrimento.

Cabe, porém, refletir sobre os impactos sociais que podem ser associados às mudanças trazidas pelo Anteprojeto. Elizabeth Maria de Moura entende que o

legislador deve optar por manter a prática da eutanásia tipificada como criminosa em atenção ao argumento do *declive escorregadio* (*slippery slope*), bastante discutido no âmbito da Bioética, segundo o qual "qualquer descriminalização ou despenalização oficial, ainda que muito restritiva, da *eutanásia*, no que concerne a situações excepcionais, poderá ocasionar, segundo o argumento do *declive escorregadio*, rapidamente a generalização e o abuso"⁷⁶.

Com isso, para a autora, qualquer permissão legal pode acabar por implicar um abuso da prática da eutanásia pelos mais variados motivos, não só por motivos altruístas, mas também por razões egoístas e econômicas⁷⁷.

Segundo este raciocínio, poder-se-ia especular que a autorização da prática de ortotanásia impli-

⁷⁶ MOURA, Elizabeth Maria de. Eutanásia, ortotanásia e doação de órgãos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Ano 15. n. 58. jan-mar. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 47.

⁷⁷ Id. Ibid. loc. cit.

caria uma espécie de banalização da vida, uma vez que a utilização de cuidados paliativos, muito embora alivie o sofrimento do paciente, é conveniente para o médico, já que este se eximirá do dever de busca da cura, bem como a própria família, que retomará sua rotina comum quando não mais necessário o dever de cuidado.

De outro lado, também é valiosa a reflexão proposta pela exposição de motivos da Resolução n. 1.805/2006 do CFM, com base na qual o poder de intervenção médica não pode se sobrepor à qualidade de vida do paciente, pois, se não há cura para a enfermidade, já não pode se pensar na doença, mas sim no doente⁷⁸.

Seguindo esse entendimento, não se poderia atropelar a vontade; autonomia; dignidade do paciente sob o fundamento de que a permissão legal da ortotanásia

ou a redução da pena para a morte piedosa poderiam acarretar uma banalização da prática. Sergio Eduardo Nick sustenta que a morte em leitos de UTIs é uma morte solitária e desumana, que torna o homem moderno refém dos aparatos médicos e incapaz de suportar o sofrimento inerente a tal momento de vida⁷⁹.

Não há como saber se as alterações propostas a respeito da eutanásia e da ortotanásia acabarão, no futuro, por garantir a preservação da dignidade do paciente ou, ao revés, por banalizar a sua existência. A única certeza que resta é a inevitabilidade da morte, cabendo apenas a reflexão sobre os diferentes caminhos que levam a ela.

REFERÊNCIAS

⁷⁹ NICK, Sergio Eduardo. Eutanásia - aspectos da vida mental, na luta entre a vida e a morte. **Vida, morte e dignidade humana**. Coord. Tânia da Silva Pereira, Rachel Aisengart Menezes, Heloisa Helena Barbosa. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 369-370.

⁷⁸ Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2007/111_2007.htm. Acesso em 3 de julho de 2013.

AGUIAR, Mônica. *Modelos de autonomia e sua (in)compatibilidade com o sistema de capacidade civil no ordenamento positivo brasileiro: reflexões sobre a Resolução 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina*. Disponível em: <www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=69c7e73fea7ad35e>. Acesso em: 25 abr. 2015.

BEACHAMP, Tom;
CHILDRESS, James. *Principles of Medical Ethics*. New York: Oxford University Press, 1979.

BLASCO, Bernardo del Rosal. El tratamiento jurídico-penal y doctrinal de la eutanasia en España. *Revista brasileira de ciências criminais*. Ano 3. n. 12. outubro-dezembro 1995. São Paulo: Instituto brasileiro de ciências criminais.

BRASIL. CFM. *Código de Ética Médica*. Disponível em: <www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra.asp>. Acesso em: 25 abr. 2015.

_____. CFM. *Resolução*

1805/2006. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm>. Acesso em: 25 abr. 2005.

CANÊDO, Carlos Augusto;
CHAMON JUNIOR, Lúcio. Eutanásia e dogmática penal: por uma compreensão paradigmaticamente adequada do direito penal através de uma teoria da adequabilidade normativa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Trimestral. Ano 9. n. 36. Outubro-dezembro 2001.

CARVALHO, Gisele Mendes de. Alguns aspectos da disciplina jurídica da eutanásia no Direito Penal brasileiro. *Revista dos Tribunais*. Ano 91. v. 798. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DADALTO, Luciana. Reflexos jurídicos da Resolução CFM 1.995/12. *Revista Bioética*, 21 (1).

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003,

ENGELHARDT JR., H. Tristram. *Fundamentos da bioética*. Tradução de José A. Ceschin. 2.ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

GARCIA, Iberê Anselmo. Aspectos médicos e jurídicos da eutanásia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 15, n. 67, julho-agosto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

HUNGRIA, Nelson. Ortotanásia ou eutanásia por omissão. *Revista dos Tribunais*. Ano 43, v. 221, mar. 1954

LISPECTOR, Clarice. *A hora da estrela*. São Paulo: Rocco, 1999.

MARCONDES, Roberto Rangel. A eutanásia sob o enfoque da religião, da ética médica e do direito. *Direitos Humanos: estudos em homenagem ao professor Fábio Konder Comparato*. Coord. BOITEUX, Elza Antonia Pereira Cunha. Salvador: JusPodivm, 2010.

MARGULIS, Lynn; SAGAN,

Dorion. *O que é vida?* Tradução de Vera Ribeiro. Revisão técnica e apresentação Francisco M. Salzano. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2002.

MOURA, Elizabeth Maria de. Eutanásia, ortotanásia e doação de órgãos. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 15. n. 58. jan-mar. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.

NICK, Sergio Eduardo. Eutanásia - aspectos da vida mental, na luta entre a vida e a morte. *Vida, morte e dignidade humana*. Coord. Tânia da Silva Pereira, Rachel Aisengart Menezes, Heloisa Helena Barbosa. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

OLIVEIRA, Tarsis Barreto. As repercussões jurídico-penais da eutanásia no direito brasileiro. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*. Homenagem ao Prof. Orlando Gomes. N. 16. Ano 2008.1. Salvador. Bahia.

OLIVEIRA JÚNIOR, Eudes Quintino de; OLIVEIRA,

Pedro Bellentani Quintino de. A eutanásia e a ortotanásia no novo Código Penal. *Revista dos Tribunais*. Ano 102, v. 931, maio 2013.

ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (Orgs.) *Direitos civis e políticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Coleção doutrinas essenciais; v.2.

_____. *Derecho Penal: parte general*. Trad. Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. I.

SANTORO, Luciano de Freitas. *Morte Digna. O direito do paciente terminal*. Curitiba: Juruá, 2001.

SOUSA, Deusdedith. Eutanásia, Ortotanasia e Distanasia. *Revista dos Tribunais*. Ano 83, v. 706, ago. 1994.

TEPEDINO, Gustavo;
SCHREIBER, Anderson. O

extremo da vida - Eutanásia, accanimento terapeutico e dignidade humana. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Ano 10, v. 39, jul./set. 2009.

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