

# EUTANÁSIA: UM NOVO PARADIGMA\*

Juliana Diniz Fonseca Corvino\*\*

**RESUMO:** A partir da análise jurídica constitucional e penal, que envolve os direitos humanos, a dignidade da pessoa humana e o direito de personalidade, buscou-se considerar a autonomia da vontade, o termo de consentimento informado e o testamento vital, em seus aspectos legais, na análise do anteprojeto de reforma do Código Penal brasileiro apresentado ao Senado no artigo 122 e parágrafos: a eutanásia em sua conduta ativa ou passiva, nos pacientes em estágio terminal de doenças graves. O tema em questão é de grande relevância social, tanto para o meio acadêmico-científico das áreas do Direito e da Saúde como também para o cidadão contemporâneo que busca incansavelmente a garantia e a efetividade dos seus direitos fundamentais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos Humanos. Direitos Fundamentais. Eutanásia. Código Penal brasileiro.

## Introdução

O presente artigo tem por objetivo sistematizar e articular alguns dados que concernem a questões relativas à eutanásia na reforma do Código Penal brasileiro (CP) e da sua possibilidade de regulamentação. Trata-se de um fenômeno que caracteriza grande insegurança para os cidadãos brasileiros, gerando polêmica e questionamentos de ordem social, humana, ideológica, ética, devido aos aspectos culturais e religiosos envolvidos.

Procura-se analisar os aspectos éticos e jurídicos constitucionais, que envolvem, em especial, o princípio da dignidade da pessoa humana dos pacientes graves em estado terminal; no aspecto jurídico-legal, do artigo 122 e parágrafos do anteprojeto de reforma apresentado ao Senado, sua aplicabilidade, efetividade e legalidade sobre o tema da eutanásia ativa (isto é, atos positivos com o escopo de dar a morte ao enfermo terminal) e da eutanásia passiva (ou seja, interrupção do tratamento indicado por meio da abstenção de métodos e/ou aparelhos que prolongam a vida nos pacientes em estágio terminal de doenças graves).

A Câmara dos Deputados e o Senado analisam projetos de reformas do Código Penal brasileiro - Decreto-Lei nº 2.848/40. A proposta do Senado faz-se com base em uma análise mais ampla e também bem mais polêmica do ponto temático, contando com uma comissão de juristas para a elaboração de um novo Código Penal; já a Câmara dos Deputados defende uma reforma pontual sem abordar os temas polêmicos e controversos como a eutanásia, elaborada pela Subcomissão de Crimes e Penas, na tentativa de

\* Enviado em 9/1, aprovado em 12/4, aceito em 10/7/2013.

\*\* Doutoranda em Ciência Política e Relações Internacionais - Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro; Mestra em Direito - Universidade Gama Filho; Pós-graduanda em Direito Médico - Universidade do Estado do Rio de Janeiro; Fisioterapeuta - Universidade Gama Filho; Especialista em Fisioterapia Hospitalar com Treinamento em Serviço - Escola Superior de Ciências da Santa Casa de Misericórdia de Vitória; Licenciatura em Letras Português e Literaturas de Língua Portuguesa - Universidade Federal de Viçosa; Pesquisadora do Instituto de Estudos Comparados em Administração Institucional (INCT-InEAC) de Conflitos e do Grupo de Análise de Prevenção de Conflitos Internacionais - GAPCon. Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil. E-mail: jc.juridico@yahoo.com.br.

reequilibrar as penas, sem contar que todo esse esforço ainda requer aprovação por uma subcomissão para começar a tramitar (AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS, 2012).

Há grande preocupação jurídica na reforma do Código Penal brasileiro, principalmente nos temas mais controversos, que trazem a tona novos paradigmas. Por isso, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), está atualmente promovendo eventos com a participação aberta ao público leigo e aos acadêmicos e profissionais da área da Saúde e do Direito, juntamente com o Conselho Regional de Medicina (CRM) e a Comissão de Bioética e Biodireito (CBB). Como exemplo, o seminário realizado de 24/10 a 7/11/2012, sobre o tema “Reforma do Código Penal, Temas Controversos, Novos Paradigmas”, promovido pela OAB-RJ, Cremerj e CBB (palestrantes: Gisele Mendes de Carvalho, Rodolfo Acatauassu e Arnaldo Pineschi de A. Coutinho).

Com isso, é mister uma análise dos institutos da eutanásia, da ortotanásia e da distanásia, para que esses velhos conceitos, agora com uma roupagem contemporânea (devido à necessidade da ponderação e legalidade com base constitucional a partir dos princípios bioéticos e biojurídicos), façam parte de uma discussão mais sólida e concreta sobre os direitos fundamentais e da tutela da vida humana.

Ao garantir a dignidade da pessoa humana como direito fundamental na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB88), art. 1º, inciso III, o ordenamento jurídico brasileiro vigente tipifica penalmente as condutas criminosas que atentam contra a vida humana, com exceção dos casos de exclusão de ilicitude, os quais estão descritos no Código Penal:

Artigo 23. Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Excesso punível

Parágrafo único. O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo.

Estado de necessidade

Artigo 24. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

§ 1º Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.

§ 2º Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços.

Legítima defesa

Artigo 25. Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. (BRASIL, 1940)

No Código Penal - Decreto-Lei nº 2.848/40 - em vigor, a eutanásia, termo não explícito no referido código, é considerada crime de homicídio privilegiado tipificado no artigo 121 (“Matar alguém: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 20 (vinte) anos”), pelo fato da

ação “matar alguém”. Também o crime de induzimento, instigação ou auxílio à prática do suicídio é tipificado no artigo 122 (sem causa de exclusão de antijuridicidade): “Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave”. Somente haverá o benefício da diminuição de pena nos casos previstos no artigo 121, § 1º: “Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço”.

Caso seja aprovada a proposta do anteprojeto do Código Penal, passa a ser regulada a eutanásia expressamente no novo artigo 122, tipificada como eutanásia ativa, desde que seja por piedade e compaixão de paciente em estado terminal. No entanto, requer definir o que é exatamente o estado terminal de um paciente, em comparação a um estado vegetativo crônico, em que o paciente pode viver por décadas e sem nenhuma expectativa de melhora e com alto custo financeiro para sua manutenção. Faz-se necessário analisar, do ponto de vista jurídico, o pedido expresso e antecipado do paciente, baseado no princípio da autonomia da vontade ou do testamento vital, uma vez que o artigo 122 do anteprojeto contempla apenas os pacientes em estado terminal com doença grave (CARVALHO, 2012).

O anteprojeto, quando fala em doença, restringe a ação, porque só será permitida em caso de doença grave. Nesse caso, deve-se ter necessariamente uma doença grave, mas como estabelecer a gravidade da doença? Quais seriam as doenças consideradas graves, para melhor entendimento jurídico, sendo que a palavra grave também possui um conceito muito amplo para um tipo penal? Dessa forma, onde está o tipo penal para definir o que é grave, deixando a cargo do magistrado decidir o que é grave, podendo causar grande desconforto para sua arbitragem?

O artigo não tem a pretensão de discutir qual a melhor ou a pior conduta terapêutica, nem mesmo questionar se a eutanásia é ou não uma conduta efetivamente aceitável na sociedade, mas principalmente analisar, à luz do Direito Penal e do Direito Constitucional, considerações mais relevantes ao tema abordado.

Metodologicamente, desenvolveu-se para este artigo uma pesquisa qualitativa, a partir do levantamento bibliográfico de doutrina e material legal positivo brasileiro e estrangeiro sobre o tema, fundamentada em artigos científicos de informações disponibilizadas pelas bases de dados Lilacs, Medline, Medscape, MD Consult, Scielo, e por pesquisa direta, utilizando como descritor principal os termos “eutanásia”, “ortotanásia”, “distanásia” e associação de termos, das áreas de conhecimento do Direito Penal, do Direito Constitucional e da Saúde, em especial da Bioética e do Biodireito, com o objetivo de explicitar quais categorias e argumentos são usados no tratamento da matéria.

Os resultados da pesquisa demonstram que a tipificação da eutanásia em pacientes terminais com doenças graves, observados os aspectos morais, éticos, ideológicos, humano e jurídico-legal, representa no Brasil mais que uma polêmica

social e acadêmico-científica das áreas do Direito e da Saúde, uma vez que, para a efetivação da eutanásia, requer-se a participação direta ou indireta de um profissional da saúde, que, de alguma forma, sofrerá com algumas responsabilidades, sejam elas civil, penal, religiosa, cultural ou psicológica. Portanto, aborda-se o tema sob a ótica de um novo paradigma.

## 1 Os direitos humanos, a dignidade da pessoa humana e o direito da personalidade na eutanásia

A preocupação dos juristas contemporâneos é a busca pelos direitos humanos, no que diz respeito ao seu fundamento e delimitação, quando posto em prática, pois é no momento de assegurar a realização prática dos direitos humanos que a efetividade não é vivenciada, e sim sistematizada, mesmo fazendo parte das declarações internacionais e da Constituição.

Segundo Norberto Bobbio, “o problema grave [...], com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los”. E essa proteção ainda se faz necessária na contemporaneidade: “Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los [...]” (BOBBIO, 1992, p. 25).

Diz-se que a busca pelos direitos humanos é uma questão superada, que, a partir do momento em que a comunidade internacional chegar a um mínimo de consenso sobre os direitos contidos nas declarações internacionais, tudo estará estável (CORVINO, 2011, p. 14). Outros autores consideram que os direitos humanos são passíveis de reconhecimento quando:

[...] os direitos do homem, com efeito, apresentam características que permitem ver um direito no sentido próprio do termo, de uma possibilidade reconhecida ao homem: um titular, um objeto preciso, um sujeito contra o qual se pode opor. É então possível lhe conferir uma sanção que os faça entrar no direito positivo. É o que se passou com o direito internacional: os direitos do homem tal como proclamados pela Declaração Universal de 1948 e determinados pelos pactos de 1966, definem na sociedade internacional, uma categoria jurídica à qual os textos atribuem um regime de proteção. Deu-se o mesmo no quadro europeu. O direito interno francês não procedeu dessa forma. Não considerou os direitos humanos no seu conjunto uma categoria autônoma com seu estatuto próprio. (RIVERO, 1995, p. 21-22)

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, artigo 1º, diz que “Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”, o que ratifica ser a posse do direito à vida como o principal direito do ser humano; a liberdade, um estado de permanência do ser humano; e iguais direitos, uma consequência.

Nesse contexto, o desafio está na garantia desse direito, de que forma se pode viabilizar a aproximação dos anseios dos cidadãos com os objetivos e responsabilidades de um Estado Democrático de Direito.

A participação do povo no exercício do poder fundamenta o conceito de Democracia, em que esse poder é exercido por alguém em nome do povo que o elegeu. Ou seja, é o povo que participa do poder e, por via dele, é capaz de concretizar preceitos garantidos pela CRFB88, em suas necessidades de segurança, saúde, educação, amparo ao idoso, à criança e adolescente, ao deficiente físico, ao meio ambiente, entre outros, de forma a consumir seus direitos de garantir a dignidade da pessoa humana, a liberdade e a cidadania (CORVINO, 2011, p. 22). A democracia é capaz de proteger a dignidade das pessoas, reconhecendo seus valores acima do estado, com o dever de tutelar e amparar os bens jurídicos (RETAMALES, 2000, p. 1.903).

O direito à vida não é efetivamente absoluto, tanto que o próprio Código Penal brasileiro não tipifica como ilícito penal a tentativa de suicídio. Ser detentor do direito absoluto à vida, a partir do princípio da liberdade e da dignidade da pessoa humana na aquisição da sua personalidade, não significa que o homem usufrui dessa liberdade e dignidade nas situações mais extremas de sofrimento, devido à ausência de saúde. Ter de renunciar o seu direito à vida, para que seja aplicada a eutanásia ativa, pode parecer garantir uma “morte digna”, mas há quem aceite a ideia de tornar a vida disponível por não conseguir mais garantir uma qualidade de vida digna, e daí justifica-se a necessidade de se aplicar a eutanásia: “A conclusão que se segue é que vida é uma espécie de direito cuja tutela se faz pela propriedade e cujo titular é o ser humano capaz, competente, apto a se autodeterminar [...]” (SZTAJN, 2009, p. 253-254). Os cidadãos estão em pleno século XXI buscando o direito de serem felizes, como se a felicidade tivesse normas ou regras práticas possíveis de aplicação para todo ser humano.

A Organização Mundial da Saúde (OMS) já havia declarado o direito à saúde como um direito fundamental do homem, antes do advento da CRFB88, que foi a primeira no Brasil a positivizar o direito à saúde como direito fundamental de todos os cidadãos, com uma seção exclusiva (Título VIII - Capítulo II - Seção II, artigos 196 a 200). Demonstra-se, em especial no artigo 196, que “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL, 1988).

A saúde é uma consequência indissociável ao direito à vida e a uma vida digna, associada a outras garantias como a igualdade perante a lei de todos os cidadãos - art. 5º, *caput*: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, [...]” - e o acesso à justiça, no art. 5º, XXXV: “[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988). Ambas as garantias devem obedecer ao princípio da igualdade jurídica que encabeça o mesmo artigo da Constituição, por regra de hermenêutica jurídica primária, além de ser este um princípio político organizador da forma republicana de governo (FERREIRA FILHO, 2009, p. 40).

Cada homem é um fim em si mesmo; e a CRFB88, no art. 1º, III, traz claramente a dignidade da pessoa humana como fundamento. A existência do Estado justifica-se por

estar em função do indivíduo, tanto que, na disposição dos capítulos, o legislador constituinte apresenta os direitos fundamentais em um capítulo anterior à organização do Estado. Dessa forma, qualquer ação do Estado deve ser avaliada; e, se descumprida ou aplicada de maneira inadequada, é considerada inconstitucional por violar a dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana significa que o indivíduo tem uma esfera existencial e política, que lhe é própria, constituída de direitos e obrigações, que o tornam um sujeito de direitos. A noção de direito e a noção de obrigação moral faz com que sejam correlacionadas, pois ambas deitam as suas raízes sobre a liberdade própria dos agentes espirituais: como escreveu Jacques Maritain, se o homem encontra-se moralmente obrigado às coisas necessárias para que possa cumprir o seu destino, ele, homem, tem direito às coisas necessárias para que possa atingir as suas finalidades últimas. (MOTA; BARRETTO, 2011, p. 44-45)

O conceito de dignidade pode ser considerado um pressuposto fundamental no discurso moral kantiano (1988), em que a dignidade é tratada com valor absoluto da racionalidade humana. Estabelece uma diferença entre preço e dignidade, em que as coisas têm preço e as pessoas têm dignidade, e a diferença está na natureza que as constitui. As coisas são seres destituídos de razão e, por isso, não têm vontade própria. Já as pessoas são seres racionais e por isso têm vontade e é neste sentido que a dignidade que é inerente ao indivíduo, corresponde a sua natureza racional. A “liberdade humana”, segundo Georges Gurvitch (1963), significa que:

[...] não é uma contingência pura nem uma criação pura (*ex nihilo*) “do nada”. Toda liberdade implica um elemento importante de contingência e de descontinuidade, mas nem toda contingência e descontinuidade, mesmo que fortemente acentuadas, decorrem obrigatoriamente, da liberdade. [...] (GURVITCH, 1963, p. 77)

Não se pode deduzir, nem explicar a liberdade humana, nem tampouco tirá-la de uma construção qualquer. Pode-se tão somente prová-la, vivê-la, experimentá-la e após descrevê-la. Ela é uma propriedade, uma qualidade primordial, irreduzível da existência humana, tanto coletiva quanto individual, flama subjacente a toda obra, ação, reação, conduta, realização. Ela pressupõe obstáculos a superar, resistências a vencer, barreiras a derrubar, realizações a ultrapassar, situações a transformar. Ela é uma liberdade situada, liberdade incrustada no real. Ela é uma liberdade sob condição, liberdade relativa. (GURVITCH, 1963, p. 90-91)

Estipular ou definir quais seriam as condições relevantes para o exercício da liberdade pode ser uma tentativa rumo a sua conquista plena, e também ser uma forma de “discriminar a liberdade e as condições de exercício de liberdade” (BERLIN, 1981, p. 30). Ou seja: “Se um homem é muito pobre ou muito fraco para fazer uso de seus direitos legais, a liberdade que esses direitos lhe conferem não significa nada para ele, mas não é, dessa forma, aniquilada” (BERLIN, 1981, p. 30). Nem por isso, o homem deixa de poder exercer sua liberdade de escolha, mesmo quando se encontra em estado terminal.

O Código Civil brasileiro (CC, Lei nº 10.406/2002), na Parte Geral, “Das Pessoas”, apresenta as pessoas naturais de forma individualizada, “[...] ser humano enquanto

expressão conclusiva do processo biológico que se inicia com a concepção e vai até o nascimento [...]” (BELTRÃO, 2005, p. 19). O sujeito das relações jurídicas possui direitos e deveres, decorrentes da personalidade. Por essa razão, a palavra “pessoa” significa em seu sentido técnico-jurídico “[...] todo ‘ser’, capaz ou suscetível de direitos e obrigações [...]” (SILVA, 1980, p. 1.157-1.158). Desse modo, todas as pessoas possuem seus direitos garantidos por lei, e também devem suportar as obrigações impostas por ela.

Os direitos da personalidade são direitos subjetivos da pessoa, mas “[...] absolutos, intransmissíveis, indispensáveis, vitalícios, imprescritíveis, extrapatrimoniais, entre outras [...]”. São *absolutos* no sentido “de serem exigíveis face a qualquer pessoa, oponíveis *erga omnes*”; *intransmissíveis*, pois “dizem respeito ao próprio ‘ser’ de seu titular, sendo-lhes inerentes, inseparáveis e necessários”; *indisponíveis*, visto que “a indisponibilidade retira de seu titular a possibilidade de deles dispor, tornando-os, por si mesmo, irrenunciáveis e impenhoráveis”; bem como vitalícios e perpétuos, pois não se extinguem com a morte (TEPEDINO, 2002, p. 34 apud BRANCO JR., 2008, p. 141-166).

No entanto, o art. 1º do CC dispõe que “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”, fazendo surgir a noção de capacidade civil, que é a “[...] aptidão ou auto-ridade legal que está investida a pessoa para praticar atos da vida civil [...]” (SILVA, 1980, p. 287), que não deve ser confundida com a personalidade, em que a pessoa é apenas titular de direitos e obrigações e nem sempre poderá exercer. Caso necessite de capacidade para isso, surge o questionamento se essa mesma “pessoa” é dotada de personalidade, e se possui capacidade jurídica, capacidade no sentido de “[...] aptidão legal que tem a pessoa, seja física ou jurídica, de adquirir e exercer direitos” (DINIZ, 2005, p. 143).

O homem, em estado terminal por doença grave, não consegue agir por si só. Com isso, faz-se necessário normatizar, legalizar e, principalmente, a tipificar a eutanásia. O mínimo existencial deve ser entendido como o direito às condições mínimas de existência humana digna, que não tem dicção constitucional própria, é imune a tributos e ainda exige prestações estatais positivas. Deve ter por fundamento a liberdade, a busca da felicidade, a igualdade e o respeito à dignidade da pessoa humana.

Entre os valores inerentes à condição humana está a vida. Embora a sua origem permaneça um mistério, tendo-se conseguido, no máximo, associar elementos que a produzem ou saber em que condições ela se produz, o que se tem como certo é que sem ela a pessoa humana não existe como tal, razão pela qual é de fundamental importância para a humanidade o respeito à origem à conservação e à extinção da vida. (DALLARI, 1998, p. 231)

Para encontrar um ponto de equilíbrio entre “[...] à origem à conservação e à extinção da vida [...]” (DALLARI, 1998, p. 231), há a preocupação com a proteção da dignidade humana, que é apresentada sob a forma do mínimo existencial. Segundo Ricardo Lobo Torres, o mínimo existencial deve ser entendido como “um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas” (TORRES, 1999, p. 141) – no sentido de que este não pode impedir a sua usufruição – e que também exige a entrega de prestações de natureza assistencial, criando a pretensão à assistência social.

## 2 A autonomia da vontade, o termo de consentimento informado e o testamento vital

As aspirações humanas pela qualidade de vida e pela busca da dignidade da pessoa humana têm como alicerce de sustentação um dos princípios mais antigos da medicina: a beneficência, a qual todos os médicos se comprometem, no juramento de Hipócrates:

[...] Aplicarei os regimes para o bem dos doentes, segundo o meu saber e a minha razão, e nunca para prejudicar ou fazer mal a quem quer que seja [...], [com] a ponderação entre os riscos e benefícios, tanto atuais como potenciais, individuais e coletivos, comprometendo-se com o máximo de benefícios e o mínimo de danos e riscos [...]. (ALMEIDA, 2000, p. 7)

Outro princípio também importante na busca pela dignidade da pessoa humana é o princípio da autonomia da vontade, que se baseia “nos pressupostos de que a sociedade democrática e a igualdade de condições entre os indivíduos são os pré-requisitos para que as diferenças morais possam existir” (DONDA, 2008, p. 29). Em respeito a esse princípio, o profissional da saúde deve respeitar a vontade do paciente, com base nos valores morais e religiosos deste, uma vez que é pelo princípio da autonomia que os indivíduos exercem a liberdade na tomada de decisões.

O direito do paciente de recusar o tratamento em sua totalidade, ou até mesmo em parte, é um direito que deve ser respeitado. O fato de o paciente recusar-se a fazer um tratamento pode ter razões diversas – não apenas sua convicção religiosa, mas também medo dos efeitos colaterais, depressão, vaidade, entre outros; e não compete ao profissional da saúde julgar a sua motivação, por ser uma decisão exclusiva da vontade do paciente.

Atualmente, os pacientes têm a capacidade de “escolher o tratamento” segundo as suas convicções e entendimentos sobre o que pode ser melhor para o seu bem-estar, optando até mesmo pela suspensão ou a não execução do tratamento terapêutico. O dever de empenho do profissional da saúde e a autonomia da vontade caminham paralelos na seara do direito e do bem-estar do paciente.

Mesmo quando há iminente perigo de vida, considera-se a predominância dos direitos da pessoa humana, conforme o CC, art. 15 (“Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”), combinado com a CRFB88, art. 5º, *caput* (“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, [...]”) e VI (“É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias [...]”). Nota-se que, a partir de uma interpretação literal, conclui-se que o direito de recusa do paciente é absoluto e não permite qualquer tipo de intervenção sem o consentimento, o que ofenderia os direitos primordiais da dignidade humana.

No entanto, há uma via de mão dupla, em que o profissional da saúde também tem a obrigação de realizar o procedimento desde que esteja agindo conforme o



exercício regular da sua profissão de salvar vidas, sob pena de incorrer em responsabilidade civil, conforme o CC, art. 186 (“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”) e art. 951 (“O disposto nos artigos 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho”). Também deve ser obedecida a CRFB88, art. 5º, X (“São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”). Caso contrário, poderão ser aplicadas penalidades conforme o CP, nos artigos 121 (“Matar alguém: [...]”), 129 (“Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem; [...]”), 132 (“Expôr a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente: [...]”) e 135 (“Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública: [...]”). São casos em que o ato não se caracteriza um crime de constrangimento ilegal os previstos no artigo 146, *caput* (“Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda: [...]”) e § 3º (“Não se compreendem na disposição deste artigo: [...] I - a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida; [...]”).

Do ponto de vista ético-profissional, no Código de Ética Médica (CEM), Resolução CFM nº 1.246/88 (revogada pela Resolução CFM nº 1.931/2009), artigo 46, era vedado ao médico “efetuar qualquer procedimento sem o esclarecimento e consentimento prévios do paciente ou de seu responsável legal, salvo iminente perigo de vida”. Ainda do mesmo código, o artigo 48 também vedava ao médico “exercer sua autoridade de maneira a limitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a sua pessoa ou seu bem-estar”, podendo, dessa maneira, o paciente ter o direito de recusa ao tratamento.

No entanto, é relevante também considerar que todo direito implica uma obrigação, ou seja: “É muito comum a preocupação em se enfatizar o direito do paciente, esquecendo-se ao mesmo tempo de alertar sobre suas obrigações. Não há direito que não venha acompanhado de obrigações” (VIEIRA, 2001, p. 103).

O paciente tem a obrigação de fornecer informações corretas sobre sua história patológica pregressa (HPP) e sobre a história da doença atual (HDA) sem omitir a verdade, descrevendo o mais precisamente os sinais e sintomas do seu estado atual de saúde, para que não conduza o profissional da saúde a um diagnóstico ou tratamento inadequado, até mesmo prejudicial a sua saúde.

O profissional da saúde, ao preservar e respeitar o princípio da autonomia da vontade do paciente durante os atendimentos, pode e, para alguns estudiosos, deve fornecer aos pacientes o “termo de consentimento informado”, chamado também de “termo de consentimento livre e esclarecido”.

O termo deve informar a natureza da sua enfermidade; ser redigido de forma clara e objetiva - com vocabulário técnico, porém de entendimento acessível aos pacientes leigos, e preferencialmente com todos os termos técnicos traduzidos, para que o paciente não tenha dúvida sobre o que está escrito -; e instruir e orientar o paciente sem qualquer tipo de coerção nem omissão do seu estado clínico. Desse modo, realizar-se-á o tratamento com a manifestação expressa da autonomia da vontade do paciente.

Amparado nessa concepção, o termo de compromisso expressa a própria vontade e liberdade de escolha do paciente, constando sua preferência ou não a submissão ao tratamento ou a uma intervenção cirúrgica. O termo deve relatar todas as informações sobre os benefícios e malefícios - prejuízos, deficiências, anomalias, consequências, entre outros problemas - do tratamento, sobre as possíveis reações e sintomas. No caso de o paciente optar por não realizar o tratamento, o profissional deve constar no termo a negativa do paciente, resguardando-se juridicamente.

Havendo riscos à vida do paciente, o dever de empenho do profissional da saúde responsável pelo tratamento é dar ciência das consequências da recusa do paciente. No caso de a recusa ser prejudicial à saúde do paciente, o profissional da saúde pode, com o auxílio do Poder Judiciário, obter autorização para a intervenção. É importante também dar ciência a um familiar mais próximo do paciente sobre os riscos da sua recusa, tomando os devidos cuidados para não violar o direito do sigilo profissional sobre a patologia do paciente, caso não tenha autorização para divulgar seu estado de saúde (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2012, cap. IX).

No Brasil, segundo o CEM, Resolução CFM nº 1.931/2009, artigo 22, é vedado ao médico “deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte”. Já o artigo 24 também veda ao médico “deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo”. O artigo 31 proíbe o médico de “desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2012). O esclarecimento deve ser feito pelo profissional da saúde responsável ao paciente, como bem define a jurisprudência:

**RESPONSABILIDADE CIVIL. MÉDICO. CONSENTIMENTO INFORMADO.**

A despreocupação do facultativo em obter do paciente seu consentimento informado pode significar - nos casos mais graves - negligência no exercício profissional. As exigências do princípio do consentimento informado devem ser atendidas com maior zelo na medida em que aumenta o risco, ou o dano. Recurso conhecido. (STJ, *Resp* nº 436.827/SP. Julgado: 1º/10/2002. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar)

No Brasil, o tema que também está em pauta, é sobre o “testamento vital” (*living will*), que dispõe sobre a “diretiva antecipada de vontade” - Resolução nº 1.995/2012, do Conselho Federal de Medicina (CFM). Essa resolução estabelece critérios para que qualquer pessoa, maior de idade e plenamente consciente, tenha o direito de definir

com seu médico quais procedimentos terapêuticos serão realizados ou não, caso, a qualquer momento de sua vida, esteja em fase terminal, com o direito de estabelecer como será o fim da sua vida.

Para melhor definição e entendimento do testamento vital, “é um documento em que a pessoa determina, de forma escrita, que tipo de tratamento ou não tratamento deseja para a ocasião em que se encontrar doente, em estado incurável ou terminal, e incapaz de manifestar sua vontade” (BORGES, 2007, p. 240). Surgiu na Califórnia (EUA) em 1967, por um advogado Luis Kutner, que propôs pela primeira vez um documento do tipo testamento *natural death act*, com a intenção de impedir ou cessar meios extraordinários para prolongar a vida (ORBON, 1976, p. 714).

O tema do testamento vital é muito delicado do ponto de vista ético, social, humano, cultural e jurídico. No Brasil, está sendo discutido, nas áreas da Saúde e do Direito, em debates, palestras, encontros, congressos, entre outros, e também pelos conselhos regionais de medicina, sob a ótica de um novo paradigma. Frise-se que a mesma conduta nos EUA, “tem valor legal, e o profissional que desrespeitar as disposições do testamento pode sofrer sanções disciplinares” (CALVO apud SANTOS, 2001, p. 46).

Também já está regulamentado em outros países, como a Espanha, com a Lei Federal nº 41/2002, a qual introduziu as “diretivas antecipadas no Sistema Público de Saúde”; o Uruguai, com a Lei nº 18.473/2009; e Portugal, com a Lei nº 25/2012, que regulamentou as “diretrizes antecipadas de vontade” com nomeação de procurador de cuidados de saúde, criando o registro nacional do testamento vital (Rentev).

### 3 Eutanásia, ortotanásia e distanásia

A palavra eutanásia, criada no século XVII, tem sua derivação do grego *euthanatos*: *eu* = boa, *thanatos* = morte (SÁ, 2005, p. 38). O termo teria sido originalmente proposto por Francis Bacon em 1636, na obra *Historia Vitae et Mortis* (CABETTE, 2009, p. 19). É um ato sem amparo legal na tentativa de abreviar a dor e o sofrimento, com a retirada da vida de um paciente terminal incurável.

[...] Hoje, já não se pensa tanto no significado originário do termo; mas pensa-se, sobretudo, na intervenção da medicina para atenuar as dores da doença ou da agonia, por vezes mesmo com risco de suprimir a vida prematuramente. Acontece, ainda, que o termo está a ser utilizado num sentido mais particular, com o significado de “dar a morte por compaixão”, para eliminar radicalmente os sofrimentos extremos, ou evitar as crianças anormais, os incuráveis ou doentes mentais, o prolongamento de uma vida penosa, talvez por muitos anos, que poderia vir a trazer encargos demasiado pesados para as famílias ou para a sociedade. (BENTO, 2008, p. 160 apud BOMTEMPO, 2011)

A eutanásia configura-se de duas formas: uma é a intenção; e a outra, o efeito da ação. A intenção pode gerar uma ação denominada de eutanásia ativa, praticada por ato positivo. Como exemplo, é aplicada uma injeção letal - isso sim é um homicídio (CARVALHO, 2012).

A não reanimação de um paciente pode ou não ser considerada uma eutanásia passiva, como afirma Lívia Haygert Pithan (2004, p. 46): tudo vai depender do que deverá ser adequado no procedimento cardiopulmonar. Ou seja, não reanimar um paciente terminal que tem uma parada cardíaca inesperada durante uma cirurgia configura eutanásia passiva, devido à necessidade desse procedimento.

O termo eutanásia passiva, que se refere à morte de paciente decorrente de omissão ou retirada de recurso terapêutico, muitas vezes é utilizado indiscriminadamente sem se avaliar a adequação do tratamento. Porém, há que se observar que em algumas situações os recursos terapêuticos são necessários, podendo trazer benefícios ao doente; já em outras situações, esses mesmos tratamentos não beneficiam o paciente, tornando-se desnecessários, desproporcionais ou fúteis. (PITHAN, 2004, p. 46)

Entre os extremos da eutanásia e da distanásia, temos a ortotanásia. A palavra ortotanásia tem sua origem do grego: *orthós* ("normal") e *thanatos* ("morte"). A "morte correta", conhecida como eutanásia passiva, visa à morte digna e tem o intuito de evitar a distanásia, que fere a dignidade do paciente.

A ortotanásia é o não prolongamento artificial do processo de morte além do que seria o processo natural. Não é considerada uma conduta atípica no Direito Penal, por não ser a causa de morte, uma vez que o processo de morte já está instalado, isto é: "Na situação em que ocorre a ortotanásia, o doente já se encontra em processo natural de morte, processo este que recebe uma contribuição do médico no sentido de deixar que esse estado se desenvolva no seu curso natural. Apenas o médico pode realizar a ortotanásia" (BORGES, 2005, p. 235).

[...] a ortotanásia permite ao doente que já entrou na fase final de sua doença, e àqueles que o cercam, enfrentar seu destino com certa tranquilidade porque, nesta perspectiva, a morte não é uma doença a curar, mas sim algo que faz parte da vida. Uma vez aceito este fato que a cultura ocidental moderna tende a esconder e a negar, abre-se a possibilidade de trabalhar com as pessoas a distinção entre curar e cuidar, em manter a vida - quando isso for o procedimento correto - e permitir que a pessoa morra - quando sua hora chegou. (MARTIN, 1998, p. 180 apud PITHAN, 2004, p. 47)

Na ortotanásia (eutanásia passiva), não se logra mais nenhum tipo de êxito ou benefício. O paciente já está totalmente desenganado, sem cura ou recuperação - apenas prolonga-se a morte do paciente, e não mais a vida. Isso acontece quando se deixa de proporcionar os cuidados intensivos ao paciente, seja ele terminal ou não, desconectando aparelhos ou suspendendo o tratamento.

Pode-se considerar essa falta de ação atos negativos ou por omissão: comete o homicídio não apenas quem mata diretamente, mas também quem deixa de socorrer, tendo obrigação de fazer. É o chamado "garante" no Direito Penal, como o responsável pela salvaguarda do bem jurídico, a vida humana. Dessa forma, são criminalizadas ambas as formas de eutanásia (CARVALHO, 2012).

A título de compreensão sobre o que pode ser aceitável no mundo religioso, o cristianismo (a religião mais difundida), representado pela Igreja Católica, admite a

ortotanásia e condena a eutanásia e a distanásia. Alega que a ortotanásia não tem nenhuma relação com a eutanásia, justamente para se afastar do estigma que envolve a eutanásia: pela ortotanásia, não há um afastamento da dimensão da morte, por ser ela inerente a qualquer ser vivo. A encíclica *Evangelium Vitae*, promulgada em 25/3/1995 por João Paulo II, aborda sobre o valor e a inviolabilidade da vida humana, adverte ao mundo sobre o tema do drama da eutanásia.

A distanásia (do grego, *dys* = ato defeituoso, *thanasia* = morte), significa morte lenta e com sofrimento. Há prolongamento artificial da vida, sem real expectativa de cura ou melhor qualidade de vida: o ato submete o paciente ao sofrimento e à agonia, na tentativa de salvar a vida postergando a morte.

Pela distanásia, também designada obstinação terapêutica (*l'acharnement thérapeutique*) ou futilidade médica (*medical futility*), tudo deve ser feito mesmo que cause sofrimento atroz ao paciente. Isso porque a distanásia é morte lenta e com muito sofrimento. Trata-se do prolongamento exagerado da morte de um paciente terminal ou tratamento inútil. Não visa prolongar a vida, mas sim o processo de morte [...]. (DINIZ, 2006, p. 399)

Como ocorre nos pacientes terminais da síndrome da imunodeficiência adquirida (Aids/Sida), câncer, entre outras doenças, a distanásia “é expressão da obstinação terapêutica pelo tratamento e pela tecnologia, sem a devida atenção em relação ao ser humano” (BORGES, 2005, p. 235), sem contar que significa um tratamento que, dependendo da continuidade e elevação das doses medicamentosas, pode conduzir à morte.

#### 4 Reforma do Código Penal brasileiro: a tipificação da eutanásia

Em 1940, com a promulgação do Código Penal, não se cogitava explicitamente a possibilidade de extinguir a própria vida por vontade própria. A figura médica na época e nos tempos atuais representa a garantia da dignidade humana na busca pela qualidade de vida e na sua manutenção, representando a esperança de uma vida saudável e de uma morte digna.

Autorizada pelo Senado, a Comissão de Reforma do Código Penal brasileiro foi formada por 15 juristas, tendo como titular Gilson Dipp, ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Essa comissão, em 27/6/2012, aprovou o Requerimento nº 756/11, de autoria do senador Pedro Taques (PDT/MT). A iniciativa cria o artigo 122 no novo Código Penal, tipifica a eutanásia como crime e apresenta uma diminuição da pena, tornando um crime mais ameno se comparado ao homicídio.

A prática da eutanásia não está elencada de forma explícita e objetiva na legislação penal infraconstitucional nacional: o que existe expressamente, a título de criminalização da eutanásia no Brasil, é o que já de fato é conhecido como crime no artigo 121 do Código Penal vigente: “matar alguém”, um crime de homicídio privilegiado (conduta típica, ilícita e culpável), sendo indiferente para a qualificação jurídica da conduta e para a correspondente responsabilidade civil e penal que o paciente tenha consentido ou suplicado.

Segundo Gisele Mendes de Carvalho (2012) no anteprojeto do § 1º do artigo 122, “o juiz deixará de aplicar a pena avaliando as circunstâncias do caso, bem como a relação de parentesco ou estreitos laços de aferição do agente com a vítima”. Isso permite ao juiz a hipótese do perdão judicial, e não da exclusão de ilicitude devido a um estado de necessidade.

Implica reconhecer que o autor da eutanásia ativa continua cometendo crime que merece perdão em virtude das circunstâncias, podendo ainda desencadear uma prática abusiva sem que haja o consentimento do enfermo. Dessa forma, pode-se deixar de aplicar a pena avaliando as circunstâncias do caso concreto, desde que se avalie o grau de parentesco ou de amizade que o autor tem com a vítima. É a hipótese de perdão judicial outorgado pelo juiz, havendo a exclusão da pena de dois a quatro anos (exclusão de punibilidade) - similar à legislação do Uruguai. Eis mais uma insegurança jurídica. A tipificação é relacionada à eutanásia ativa, seja ela direta ou indireta: em ambos os casos será considerada crime, caso o anteprojeto seja aprovado (AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS, 2012).

Com a diminuição da pena no homicídio simples de um sexto a um terço, a conduta do agente, dependendo das circunstâncias, pode configurar crime de participação, auxílio ao suicídio conforme artigo 122 do CP vigente. O agente deve responder a esse crime, ainda que forneça os meios necessários para que o doente finde sua própria vida. Mesmo se não estiverem presentes os requisitos de doença grave ou incurável e a decisão pessoal do enfermo, enquadra-se na hipótese de homicídio simples ou qualificado, dependendo do caso.

Artigo 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

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

Induzimento, instigação ou auxílio a suicídio.

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

Pena - reclusão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave. (BRASIL, 1940)

Na exposição dos motivos do Código Penal vigente no Brasil, o motivo é de relevante valor moral para a prática de homicídio, mas, no ponto de vista da área da saúde, a eutanásia tem um conceito muito mais amplo do que matar alguém por relevante valor moral ou íntimo de alguém para matar outrem. Devemos refletir sobre em que termos essa conduta é proibida e qual tipo de sanção deve realmente merecer a pessoa que pratica a eutanásia, uma vez que não há regulamentação específica.

A análise sobre o artigo 122 do anteprojeto do Código Penal segue com base na exposição de motivos e debates ocorridos entre deputados e senadores em torno do tema, e inicia-se a questão que motiva o ato: “Matar, por piedade ou compaixão [...]”, aqui aparece a motivação que também não deixa de ser de relevante valor moral, desde que seja no “[...] paciente em estado terminal [...]” (BRASIL, 2012).

Observa-se que nem toda doença contempla a eutanásia: se o paciente estiver em estado vegetativo crônico, pode viver por décadas e não significa estar em estado terminal. No entanto, o código limita-se ao estado terminal, gerando insegurança sobre a vida humana como um bem fundamental.

No anteprojeto, quando se fala em doença, também se restringe a ação, porque só será permitida a eutanásia em caso específico de doença, e grave, um conceito muito amplo para um tipo penal, já que não há parâmetros ou definições preestabelecidas do que seja grave. Nesse caso, terá o juiz que decidir o que é grave, podendo gerar insegurança jurídica na sua decisão para a melhor conduta.

Restringir a eutanásia ao sofrimento físico e moral é relevante, muito mais do que reduzi-lo a um sofrimento moral e psíquico, que gera controvérsias e parte de um fundamento muito genérico. Na Holanda, onde a eutanásia está regulamentada desde 2002, a legislação em vigor fala sobre o sofrimento físico como ponto importante, mas foi cogitada a possibilidade da eutanásia em casos de pacientes com doenças ou enfermidades mentais graves. Tal interpretação não foi acolhida, e alguns julgados trouxeram a intenção de pena sob essas hipóteses.

Na Holanda, privilegia-se a dignidade, que se reduziu ao estado vegetativo, para que haja a exclusão da ilicitude. No § 2º do artigo 122 do anteprojeto:

§ 2º Não há crime quando o agente deixa de fazer uso de meios artificiais para manter a vida do paciente em caso de doença grave irreversível, e desde que essa circunstância esteja previamente atestada por dois médicos e haja consentimento do paciente, ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão. (BRASIL, 2012)

Nesse ponto, apresenta a exclusão de ilicitude para a eutanásia passiva, quando suspende o tratamento, que é geralmente intensivo. A omissão desse tratamento, geralmente nos quadros irreversíveis, parece ser a atitude mais segura, com o consentimento do paciente - se não for possível o consentimento, que seja autorizado por um familiar, companheiro ou irmão. Nesse caso, significa dizer que se reconhece a exclusão da ilicitude da eutanásia passiva ou da ortotanásia (CARVALHO, 2012).

Realizar o procedimento com o consentimento dos familiares, companheiro ou irmão pode gerar insegurança, há riscos: não se pode ter certeza se estão apenas vendo o melhor para o paciente. Surge a possibilidade de uma precipitação, sem contar que não se tem certeza se esta é realmente a vontade do paciente - o paciente deseja morrer ou prefere permanecer nesse estado. Por esse motivo, é importante lembrar a existência da Resolução nº 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina, a qual regulamenta a possibilidade da realização do "testamento vital", recusando qualquer tipo de tratamento intensivo na fase terminal. Se não o fizer, qualquer familiar poderá decidir pelo paciente. Contudo, trata-se também de um tema controvertido.

O filme *Mar Adentro* (2004), de Alejandro Amenábar, baseado em uma história real, de um homem tetraplégico que luta na justiça pelo direito à eutanásia, após 26 anos preso a uma cama e dependente de todos para viver, descreve o drama não apenas

do paciente, mas também de todos que o rodeiam. No filme, o personagem principal, Ramón, está fisicamente debilitado numa cama sob os cuidados de sua família e tem total discernimento e consciência do estado vegetativo. Em um dado momento, deseja que esse suplício chegue ao fim.

Para a família e amigos, não é uma questão fácil de aceitar: a postura de alguns é de que a dignidade humana se mantém preservada enquanto existir vida, mesmo que seja uma vida vegetativa. A eutanásia seria um caminho para evitar a dor e o sofrimento, um caminho consciente que reflete apenas em uma escolha informada de quem não aguenta mais seu estado improdutivo. E esse desejo não o impossibilita de exercer um direito de escolha: ele não perde o poder de ser dono de sua própria vida.

A personagem Júlia - advogada - deixa evidente que é a favor da vida e que é preciso lutar por ela, e reflete sobre a questão de que não basta se pôr no lugar de quem deseja a eutanásia, mas é necessário estar efetivamente passando por algo igual ou semelhante. Assim, fica muito mais fácil transformar a ética pela vida, mesmo sem que saibamos com real segurança se essa atitude seria ética. Isso foi representado na cena do filme em que é deixado um copo com uma substância letal e um canudo para que o próprio enfermo, no momento que desejar, tome a iniciativa de ingerir a substância, efetivando a eutanásia a sua livre escolha.

A história relatada em filme faz parte do conteúdo programático da disciplina "Ética", nos bancos universitários da área da saúde. No caso do filme, não se configura a possibilidade de eutanásia ativa, pois não sofre de uma doença grave: ele pode viver anos nessas condições, tetraplégico, e não estaria acobertado por essa figura.

A eutanásia não ocorre simplesmente por homicídio. Há um contexto muito amplo que envolve a eutanásia, é um solo transfronteiriço da vida e da morte. É causada por uma situação grave, irreversível, por motivação humanitária, por consentimento ou não dos familiares ou do próprio paciente. Até mesmo pode ser considerada uma indução ao suicídio - como ocorreu em *Mar Adentro*. Observa-se, inclusive, que as penas do auxílio ao suicídio são menores que as do homicídio: a vítima tem o controle, o domínio do fato, é ele quem decide, diferentemente do que ocorre no homicídio.

No Código Penal da Espanha, a eutanásia já está regulamentada desde 1999, é muito similar com a proposta do anteprojeto no Brasil. Por isso, há algumas implicações que devem ser observadas. Tudo que é omissão e suspensão de tratamento deixou de ser crime - ou seja, toda conduta que for passiva não é crime. O tema é polêmico quando analisado sob o ponto de vista se será considerado crime quando ocorrer a desconexão dos aparelhos. Como analisar o que se configura mais ou menos crime? Seria uma ação ou uma omissão na desconexão dos aparelhos? Se for ação é crime - precisa-se de alguém para desligar, de uma ação mecânica. Mas se for omissão, não é crime, simplesmente por não haver a ação mecânica (CARVALHO, 2012).

Do ponto de vista normativo, suspender o tratamento significa "deixar de", ou seja, matar seria considerado mais grave do que deixar morrer. Decidir pela omissão, quer dizer, pela não aplicação do tratamento, prevendo um possível insucesso ou a não



adaptação pelo paciente, para que não haja depois o comprometimento posterior (uma vez que a eutanásia passiva não é crime), já agir é crime, porque a ação é mais grave do que a omissão. Mesmo assim, o tema ainda é controvertido (CARVALHO, 2012).

No princípio fundamental XXII, capítulo I, Resolução nº 1.931/2009 do CEM, há o seguinte texto: “Nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2012). Entende-se que, caso haja comprovação do estágio terminal e se a situação for irreversível, não se pode configurar um ato ilícito a interrupção do tratamento terapêutico que serve apenas a manter vivo o paciente, mas para isso é preciso que haja comprovação técnica, científica e profissional.

No artigo 41 da Resolução nº 1.931/2009, do CEM (Capítulo V, “Relação com Pacientes e Familiares”), consta que é vedado ao médico “Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal”. O parágrafo único deste artigo apresenta que, nos casos de doença incurável e terminal, o médico deve 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 (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2012). O CEM, nesse sentido, afasta-se da distanásia, que representa o ato de prolongamento artificial da vida, vedando a obrigatoriedade do médico de realizar conduta sem sucesso apenas para retardar a morte e prolongar o sofrimento (MENEZES, 2011, p. 1.429-1.449).

No caso da norte-americana Terri Schiavo (que em 1990, com 26 anos, sofreu um ataque cardíaco que privou seu cérebro de oxigenação e causou-lhe danos irreversíveis), falecida em 2004, 13 dias após decisão judicial determinar o desligamento da sonda que a mantinha viva, observa-se que ela não precisava de medicamentos: o que a mantinha viva era a alimentação e a hidratação. Ou seja, a causa da morte foi fome e sede. Em uma análise constitucional brasileira, seriam condições de violação da dignidade da pessoa humana. Nesse caso, pode-se pensar que teria sido melhor decidir por não ter iniciado o tratamento do que matar alguém de fome e sede; e interpretar que os direitos fundamentais e os direitos humanos não foram respeitados, tendo ocorrido total violação à dignidade da pessoa humana.

## Conclusão

Reivindicar o direito à própria morte é questionável, seja por doenças graves, tratamentos dolorosos, doenças incuráveis, entre tantas outras patologias que desestabilizam o paciente, que já se encontra emocionalmente debilitado. A eutanásia pode ser um “velho e conhecido” tema, mas agora, com a sua tipificação, pode ser vista sob a ótica de um novo paradigma: na verdade, ela não amplia a proteção à vida, e sim cerceia a liberdade do indivíduo, uma vez que não há como obter esse direito de forma digna.

Com o anteprojeto de reforma do CP brasileiro, existe a possibilidade de sua tipificação como crime, evitando-se, dessa forma, que ocorra essa prática sem parâmetros e sem que o legislador faça nenhum juízo de valor.

O que ainda precisa-se saber é, se com a aprovação do anteprojeto do CP, o novo artigo 122 passará a regular a eutanásia expressamente, tipificada como eutanásia ativa, e como ela será efetivamente analisada pelo Judiciário quando houver o pedido expresso e antecipado do paciente, baseado no princípio da autonomia da vontade, no testamento vital, uma vez que o código contempla apenas os pacientes em estágio terminal com doença grave.

O progresso da ciência, o avanço da tecnologia e o domínio de práticas paliativas representam a demanda pela reforma no Código Penal brasileiro - que é da década de 1940, quando a relação entre paciente e médico era de total submissão e a medicina ainda precisava de muito estudo. Atualmente, a liberdade do cidadão leigo de decidir sobre a sua submissão ou não a um tratamento terapêutico demonstra uma evolução social que precisa ser atualizada. É claro que novas doenças surgiram, mas, ao mesmo tempo, apareceram novos cientistas que, com a ajuda da tecnologia, estão todos os dias reinventando a ciência na busca pela qualidade de vida, contribuindo para que o cidadão leigo tenha voz participativa na tomada de decisão do que pode ser considerado o melhor para a sua vida.

Por esse motivo, na mesma medida, a discussão jurídica não pode se limitar a aspectos estritamente legais: deve considerar que o cidadão enquanto personalidade dotada de direitos e deveres é parte integrante da democracia de um país, e que a tipificação expressa da eutanásia no Código Penal pode significar uma forma de garantir a dignidade da pessoa humana.

Para que isso ocorra, devem ser respeitados todos os aspectos culturais, religiosos, psíquicos e emocionais de cada indivíduo. Ressalta-se que o profissional da saúde não deve estar obrigado a realizar nenhuma conduta contra a sua vontade e suas convicções, nem mesmo as do próprio paciente ou de seus familiares, e sim priorizar a vida e o bem-estar como meio de preservação da dignidade da pessoa humana.

## EUTHANASIA: A NEW PARADIGM

**ABSTRACT:** From the analysis of Constitutional and Criminal Law, which involves human rights, the human dignity and personality right, sought to consider the autonomy of will, this term of informed consent and vital testament, in its legal aspect in analysis of the outline project reform of the Brazilian Penal Code submitted to the Senate, Article 122 and paragraphs, the euthanasia in his active or passive conduct, on patients with end-stage of severe diseases. The topic in question is of great social importance, for the academic scientific from the areas of Law and Health, as well as for the contemporary citizen who seeks tirelessly for a guarantee and effectiveness of their fundamental rights.

**KEYWORDS:** Human Rights. Fundamental Rights. Euthanasia. Brazilian Penal Code.

## Referências

- AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS. *Projeto do Senado cria polêmica ao regulamentar aborto e eutanásia*. 28 ago. 2012. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/SEGURANCA/425020-PROJETO-DO-SENADO-CRIA-POLEMICA-AO-REGULAMENTAR-ABORTO-E-EUTANASIA.html>>. Acesso em: 30 out. 2012.
- ALMEIDA, Aline Mignon de. *Bioética e Biodireito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade: de acordo com o Novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2005.
- BOMTEMPO, Tiago Vieira. A ortotanásia e o direito de morrer com dignidade: uma análise constitucional. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*. Erechim, Habilis, n. 9, fev. 2011. p. 169-182. Disponível em: <<http://www.reid.org.br/arquivos/00000236-14-09-bomtempo.pdf>>. Acesso em: 7 nov. 2012.
- BERLIN, Isaiah. *Quatro ensaios sobre a liberdade*. Brasília: UnB, 1981.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campos, 1992.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos Direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Direitos de Personalidade e Autonomia Privada*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRANCO JR., Sergio Vieira. Direitos da personalidade, pessoas jurídicas e danos morais. In: ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coord.). *Temas de direito civil-empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 141-166.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 19 nov. 2012.
- \_\_\_\_\_. *Decreto-Lei nº 2.848/1940*. Código Penal. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 19 nov. 2012.
- \_\_\_\_\_. *Lei nº 10.406/2002*. Código Civil. Disponível em <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 19 nov. 2012.
- CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Eutanásia e ortotanásia: comentários à Resolução nº 1.805/06 CFM. Aspectos éticos e jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2009.
- CARVALHO, Gisele Mendes de. Eutanásia e ortotanásia na reforma do Código Penal. In: *Seminário Reforma do Código Penal: temas controversos, novos paradigmas*. 31 out. 2010. Rio de Janeiro, 24 out. a 7 nov. 2012.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Código de Ética Médica: legislação dos conselhos de medicina*. 6. ed. Rio de Janeiro: Cremerj, 2012.
- \_\_\_\_\_. *Código de Ética Médica*. Resolução nº 1.931/2009. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2012. Versão de bolso.
- \_\_\_\_\_. *Resolução nº 1.995/2012*. Disponível em: <[http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=23197](http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=23197)>. Acesso em: 1º nov. 2012.

\_\_\_\_\_. *Resolução nº 1.246/1988*. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1988/1246\\_1988.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1988/1246_1988.htm)>. Acesso em: 1º nov. 2012.

CORVINO, Juliana Diniz Fonseca. *Os direitos fundamentais e a saúde pública na concretização da garantia constitucional*. Dissertação de Mestrado em Direito. Rio de Janeiro: Universidade Gama Filho, 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Bioética e Direitos Humanos. In: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; GARRAFA, Volnei; OSELKA, Gabriel (Org.). *Iniciação à bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789. Disponível em: <[http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar\\_dir\\_ho\\_mem\\_cidadao.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_ho_mem_cidadao.pdf)>. Acesso em: 18 out. 2012.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do Biodireito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Civil brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. V. 1: teoria geral do Direito Civil.

DONDA, Cristina Solange. Introducción a la bioética aplicada. Módulo I: Bioética Clínica y Social. In: UNESCO. *Programa de Educación Permanente em Bioética*. 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

GURVITCH, Georges. *Déterminismes sociaux et liberté humaine*. 2. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1963.

JOÃO PAULO II. *Evangelium vitae*: Só Eu é que dou a vida e dou a morte (Dt 32, 39): o drama da eutanásia. Vaticano, 1995. Disponível em: <[http://www.vatican.va/edocs/POR0062/\\_\\_\\_PO.HTM](http://www.vatican.va/edocs/POR0062/___PO.HTM)>. Acesso em: 15 nov. 2012.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Ed. 70, 1988.

MAR ADENTRO. Direção: Alejandro Amenábar. Fotografia: Javier Aguirresarobe. Espanha, 2004. DVD (125 min), cor. Título original: Mar Adentro.

MENEZES, Rachel Aisengart. Entre normas e práticas: tomada de decisões no processo saúde/doença. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*. Rio de Janeiro, v. 21, n. 4, 2011. p. 1.429-1.449. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v21n4/a13v21n4.pdf>>. Acesso em: 7 nov. 2012.

MOTA, Mauricio; BARRETTO, Vicente de Paulo. *Por que estudar filosofia do direito?: aplicações da filosofia do direito nas decisões judiciais*. Brasília: Enfam, 2011.

ORBON, Margaret J. The "living will": an individual's exercise of his rights of privacy and self-determination. *University of Chicago Law Journal*. Loyola, v. 7, n. 3, summer 1976. p. 714-732.

PITHAN, Livia Haygert. *A dignidade humana como fundamento jurídico das "ordens de não ressuscitação"*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

PORTUGAL. Assembleia da República. *Lei nº 25/2012*. Registro Nacional do Testamento Vital (Rentev). Disponível em: <<http://www.portaldasaude.pt/NR/rdonlyres/OB43C2DF-C929-4914-A79A-E52C48D87AC5/0/TestamentoVital.pdf>> Acesso em: 17 nov. 2012.

RETAMALES, Avelino P. Respeto a la autonomia que tienen lós pacientes que rechazan tratamientos médicos por convicciones religiosas. *Revista Chilena de Cirurgia*. Santiago, v. 52, n. 1, fev. 2000.

RIVERO, Jean. *Les libertés publiques*. Tome 1: Les droits de l'homme. 7. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1995.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos (Org.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: RT, 2001.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. V. III.

SZTAJN, Rachel. Terminalidade da vida: a ortotanásia e a constitucionalidade da res. CFM nº 1.805/2006. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, v. 17, n. 66, p. 245-257, jan. 2009.

TEPEDINO, Gustavo. *A parte geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. Imunidades e isonomia. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. V. III: Os direitos humanos e a tributação.

VIEIRA, Luzia Chaves. *Responsabilidade civil médica e seguro: doutrina e jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.