

*Aspectos Jurídico-penais
da Eutanásia*

Vencedor
do
*V Concurso IBCCRIM
de Monografias Jurídicas*

GISELE MENDES DE CARVALHO

*Aspectos Jurídico-penais
da Eutanásia*

BIBLIOTECA	
Clas.	343
	Mens 18
Tombo	2997
Data	___/___/___



São Paulo
2001

© GISELE MENDES DE CARVALHO, 2001

Produção Gráfica: Método Editoração e Editora Ltda.

Fone: (11) 3361-4788 – Fax: (11) 3361-4795

Capa: Luis Augusto Beraldi Colombo

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS (IBCCRIM)

Diretoria da gestão 2001/2002

Presidente: ROBERTO PODVAL

1.º Vice-presidente: ALBERTO SILVA FRANCO

2.º Vice-presidente: ADRIANO SALLES VANNI

1.º Secretário: GERALDO ROBERTO DE SOUZA

2.º Secretário: CECÍLIA SOUZA SANTOS

3.º Secretário: PAOLA ZANELATO

Tesoureiro: TATIANA VIGGIANI BICUDO

Tesoureiro-adjunto: MARIÂNGELA MAGALHÃES GOMES

Departamento de Biblioteca: SILVIA HELENA FURTADO MARTINS, ADRIANA HADDAD UZUM e ADILSON PAULO PRUDENTE DO AMARAL FILHO

Departamento de Boletim: JANAINA CONCEIÇÃO PASCHOAL, CELSO EDUARDO FARIA CORACINI e FERNANDA VELLOSO TEIXEIRA

Departamento de Cursos: MARCO ANTONIO RODRIGUES NAHUM, FÁBIO DELMANTO, FLÁVIA D'URSO ROCHA SOARES, ANTONIO SERGIO A. MORAES PITOMBO, ANA LÚCIA MENEZES VIEIRA, CECÍLIA SOUZA SANTOS e HELOISA ESTELLITA SALOMÃO

Departamento de Estudos e Projetos Legislativos: MAURÍCIO ZANOIDE DE MORAES, ADAUTO SUANES e CARLOS ALBERTO PIRES MENDES

Departamento de Internet: SERGIO ROSENTHAL, ROGÉRIO MARCOLINI e RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA

Departamento de Relações Internacionais: ANA PAULA ZOMER, ANA LÚCIA SABADELL e MARIÂNGELA MAGALHÃES GOMES

Revista Brasileira de Ciências Criminais: MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA, CLEUNICE VALENTIM BASTOS PITOMBO e SYLVIA HELENA DE FIGUEIREDO STEINER

Núcleo de Pesquisas: ENEIDA GONÇALVES DE MACEDO HADDAD, LUCI GATI PIETROCOLLA e ANA LÚCIA PASTORE SCHRITZMEYER

Rua XI de agosto, 52, 2.º andar,

CEP 01018-010 - São Paulo, SP, Brasil

Tel.: (11) 3105-4607 (tronco-chave)

<http://www.ibccrim.com.br>

e-mail: ibccrim@ibccrim.com.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) (Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Carvalho, Gisele Mendes de

Aspectos jurídico-penais da eutanásia / Gisele Mendes de Carvalho.
— São Paulo : IBCCRIM, 2001.

Bibliografia.

1. Direito penal – Brasil
2. Eutanásia – Aspectos morais e éticos
3. Eutanásia – Leis e legislação – Brasil I. Título.

01-4469

CDU-343.6

Índices para catálogo sistemático:

1. Eutanásia : Aspectos jurídico-penais :
Direito penal 343.6

TODOS OS DIREITOS DESTA EDIÇÃO RESERVADOS

Impresso no Brasil – Printed in Brazil

2001

AGRADECIMENTOS ■

Nesta oportunidade, devo registrar meu sincero agradecimento a todos aqueles que de alguma forma contribuíram para a realização deste trabalho.

Ao meu amigo e mestre Dr. Luiz Regis Prado, Professor Titular de Direito Penal da Universidade Estadual de Maringá, deixo aqui consignada minha eterna gratidão. Certamente, sem a sua prestimosa orientação, apoio e estímulo constantes, a elaboração desta monografia não teria se concretizado. Ela é resultado dos valiosos ensinamentos recebidos ao longo de anos de um frutífero convívio que despertou em mim o gosto pela carreira acadêmica e pelo estudo científico do Direito Penal.

Agradeço também aos colegas, professores e funcionários da Universidade Estadual de Maringá, onde concluí meus estudos de graduação e hoje curso o Mestrado em Direito Penal. Os conhecimentos adquiridos num ambiente sempre aberto a debates e reflexões e ao florescimento de novas idéias foram determinantes para a consecução deste trabalho.

Devo ainda externar os meus agradecimentos ao CNPq, instituição que financiou o projeto de pesquisa que deu origem a essa obra, e à CAPES, que presentemente subsidia os meus estudos de pós-graduação.

Ao IBCCRIM, pela iniciativa de promover o desenvolvimento intelectual do Direito Penal em nosso país, o meu reconhecimento.

A todos os amigos, a certeza da minha gratidão.

Por derradeiro, com todo o meu afeto, agradeço e dedico este livro aos meus pais Ascendino e Maria do Carmo e aos meus irmãos Érika e Leonardo.

A Autora

RESUMO ■

Os vertiginosos progressos operados no campo das ciências médicas contribuíram para a manutenção da vida humana em condições antes impensáveis, ao mesmo tempo em que impuseram aos facultativos o dever de perseguir a todo custo resultados exitosos e aos pacientes a sujeição a tratamentos involuntários. Nesse contexto, tem lugar a noção da morte como fracasso terapêutico. De outro lado, a concepção da vida humana como um bem absoluto e ilimitado impede quaisquer valorações qualitativas da mesma, que deve ser entendida como simples realidade biopsicológica. Uma interpretação constitucional que se faça desse bem jurídico autoriza, porém, a sua consideração ao lado de outros valores fundamentais, entre os quais a dignidade da pessoa humana, erigida à categoria de princípio fundamental do Estado de Direito democrático e social. Nesse passo, exsurge a determinação da vida humana também de acordo com critérios normativos, embora os parâmetros biológicos e psicológicos devam perpetuar-se como um limite a essa valoração. O estudo da eutanásia guarda particular relação com esse novo enfoque que deve ser dado ao bem jurídico vida. Uma vez que pressupõe a liberdade de autodeterminação do homem e a proibição de submissão a tratamentos desumanos ou degradantes, a dignidade da pessoa humana permite a disposição por mão própria do direito à vida – devendo ser reiteradamente rechaçadas hipóteses de disposição através de terceiros, o que importaria renúncia à garantia de respeito e proteção que a estes se impõe frente àquele bem jurídico. Bem por isso que é dado ao paciente recusar-se a tratamentos vitais que impliquem grave atentado à sua intangível condição de pessoa humana. O sacrifício do bem de menor valor com vistas a salvaguardar o bem de maior valor não subsiste, porque o princípio da dignidade humana atua como

critério corretor na ponderação de interesses. De outro lado, ao médico não se impõe o dever incondicionado de tratar. Ante aquelas situações em que não haja perspectivas reais e objetivas de que o paciente possa vir a recuperar a consciência e restabelecer uma vida de relações, a obstinação terapêutica deve ceder. O dever de agir do facultativo, como qualquer outro dever de agir, encontra-se condicionado à possibilidade de o médico cumprir sua função curativa, de acordo com o atual estágio de evolução das ciências médicas e com os meios disponíveis. Ausente essa condição, não há que se falar em omissão relevante, visto que para que se perfaça a tipicidade nos delitos omissivos impróprios, não basta que o agente ocupe a posição de garante – é mister que tenha capacidade concreta de ação.

SUMÁRIO ■

PREFÁCIO	11
1. INTRODUÇÃO	13
2. EUTANÁSIA: CONSIDERAÇÕES GERAIS	
2.1. Conceito e classificação	17
2.2. Escorço histórico	31
3. IMPLICAÇÕES ÉTICAS FUNDAMENTAIS	
3.1. Limitações do dever de conservar a vida	61
3.2. Princípios éticos aplicáveis	71
3.3. Relação médico-paciente terminal	87
4. ASPECTOS JURÍDICO-PENAIIS	
4.1. Bem jurídico	95
4.1.1. Direito à vida como direito fundamental	95
4.1.2. Limites biológicos da vida humana	102
4.1.3. Direito à vida e dignidade da pessoa humana	111
4.2. Estrutura do tipo de injusto	123
4.2.1. Critério da incurabilidade	124
4.2.2. Móvel humanitário	134
4.2.3. Consentimento do enfermo	142
4.2.4. Problemática jurídica atual	156
4.3. Questões relativas à autoria	174
4.4. Sanções penais	177
5. CONCLUSÕES PRINCIPAIS	181
6. BIBLIOGRAFIA	195

PREFÁCIO ■

Quando incentivei a jovem e recém-graduada Gisele Mendes de Carvalho a participar do concurso de monografias do IBCCRIM, não vislumbrava qualquer surpresa. Todavia, concurso é concurso! Não que um eventual resultado negativo tivesse sido uma espécie de “negação qualitativa” de seu trabalho.

De qualquer modo, ao receber a notícia de sua merecida vitória, um natural sentimento de alegria e de orgulho se fez presente. Não sem razão.

Travei conhecimento com Gisele Mendes de Carvalho nos idos de 1996, quando ensaiava os primeiros passos de sua formação jurídica no bacharelado em Direito da Universidade Estadual de Maringá. Já nesse período revelou-se uma estudante séria e competente, portadora de uma vontade férrea.

Logo após, manifestou-me vivo interesse em se dedicar ao estudo e à pesquisa no campo do Direito Penal. Assim, passei a dar-lhe todo apoio, com as limitações inerentes à universidade brasileira, para que pudesse levar adiante seu objetivo, que, em mediato porvir, delinearía uma verdadeira aspiração profissional.

Desenvolveu, então, sob minha orientação, dois projetos de pesquisa (UEM-CNPq): “Tutela penal do patrimônio genético” (1998-1999) e “Aspectos jurídico-penais da eutanásia” (1999-2000), sendo que este último foi apresentado, com ligeiras modificações, como trabalho monográfico de final de curso.

Ainda na graduação em Direito, concluída com *láurea acadêmica*, acabou por ser minha aluna e monitora de Direito Penal.

Na atualidade, e dando seguimento ao seu ideal acadêmico, realiza o mestrado em Direito Penal na Universidade Estadual de Maringá, como bolsista da CAPES.

E qual poderia ser melhor desfecho para a primeira etapa de promissora trajetória de estudos que o prêmio que ora se lhe outorga?

A monografia intitulada *Aspectos jurídico-penais da eutanásia* versa com rigor metodológico sobre um dos temas de grande importância teórica e prática dos dias atuais.

Depois de realizar uma breve introdução, a autora trata da tão debatida questão ética da eutanásia, para, a seguir, examinar com certa profundidade os múltiplos aspectos penais atinentes ao tema. Utiliza de linguagem diáfana e escorreita, esboçando pesquisa e conhecimento da terminologia empregada.

Por derradeiro, cumpre dizer que o leitor atento terá, certamente, além de grande proveito na leitura desse texto, que assentir com o auspicioso futuro da jovem autora nas letras jurídicas.

Maringá, inverno de 2001.

LUIZ REGIS PRADO

Professor titular de Direito Penal da
Universidade Estadual de Maringá

INTRODUÇÃO

Os vertiginosos avanços das ciências médicas, aliados à concepção da vida humana como um bem intangível e absoluto, foram condições propícias para que tivesse lugar, mormente no último quartel do presente século, a obstinação terapêutica. Nesse contexto, exsurge, o dever de tratar como uma missão incondicionada do facultativo – a morte é identificada com o fracasso da terapia, não sendo admitida como um prognóstico possível. Semelhante postura conduz à necessária sujeição do paciente aos cuidados médicos, ainda que contra a sua vontade, ao mesmo tempo em que impede reconhecer, ante quadros clínicos irreversíveis, que nada mais resta a ser feito.

De outro lado, é força registrar que a dignidade da pessoa humana, guindada à categoria de princípio fundamental da República pela Constituição Federal (art. 1.º, III) proíbe a submissão a tratamentos desumanos ou degradantes e realça a liberdade e a autonomia moral do homem. Nesse particular enfoque, condutas que impliquem a instrumentalização da pessoa humana ou desafiem sua faculdade de autodeterminação devem ser veementemente rechaçadas, porque não condizentes com o imprescindível respeito devido ao homem em um Estado de Direito que se pretenda verdadeiramente democrático e social. Em outro dizer, “a liberdade, a dignidade pessoal do homem – qualidades que lhe são inerentes – e a possibilidade de desenvolver-se livremente constituem um limite infranqueável ao Estado. Não se pode esquecer jamais que a pessoa

humana não é um objeto, um meio, mas um fim em si mesmo e como tal deve ser respeitada”.¹

Bem por isso que a vida humana, como bem jurídico fundamental que possibilita o exercício de todos os demais direitos, há que ser redimensionada de acordo com uma interpretação conforme à Constituição que a ela se dê. Uma visão global da vida humana autoriza sua determinação com lastro em critérios normativos, embora não se deva prescindir dos parâmetros biopsicológicos que servem de limite àquela valoração. A exata resolução de seu significado é de máxima importância, pois não se pode descuidar da função de garantia do bem jurídico, que limita o legislador em sua atividade no momento de produzir normas penais. Nesse particular enfoque, não se impõe a tipificação de condutas que não lesionem ou exponham a perigo de lesão a vida humana. Parece que idêntico entendimento foi perfilhado pelos redatores do Anteprojeto de Código Penal – Parte Especial de 1999, embora aqui deva ser reservado espaço para algumas objeções.

O presente trabalho visa, *prima facie*, elencar noções gerais sobre a eutanásia, procedendo-se à sua classificação e noticiando sua evolução histórica. Cuida-se, nesse primeiro momento, tão-somente de trazer a lume conceitos essenciais para a adequada análise do tratamento jurídico-penal do instituto no ordenamento pátrio.

Em momento posterior, tem lugar a apresentação das principais implicações éticas que suscita a adoção das posturas eutanásicas, como a ordem de não reanimar e a suspensão ou não-iniciação de tratamentos vitais. Tudo isso com o necessário enfoque que deve ser dado à condição do paciente, freqüentemente posicionado em situação de subordinação ao médico, atentando-se para os direitos e deveres de ambos. Também aqui destaca-se princípios éticos fundamentais que guardam relação com a eutanásia.

1. PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*, p. 57-58.

Por derradeiro, reserva-se espaço para o estudo da eutanásia à luz do Direito Penal brasileiro. De primeiro, trata-se de balizar o significado e transcendência do bem jurídico vida humana de acordo com os ditames constitucionais. Na seqüência, passa-se à análise da estrutura do tipo de injusto do homicídio eutanásico, dando-se particular relevo aos seus elementos essenciais (móvel piedoso do agente, consentimento e estado de irreversibilidade do enfermo). Finaliza-se com a abordagem da casuística comum ao tema e com o necessário enfoque das questões relativas à autoria e às sanções penais cominadas. Um trabalho de críticas e sugestões à atual proposta de reforma da lei penal relativa à eutanásia permeia cada um dos tópicos.

Espera-se que esse modesto estudo, se incapaz de aportar contribuições para a solução da questão, alcance ao menos a finalidade que aqui é perseguida – acender o debate acerca de tão relevante instituto.

EUTANÁSIA: CONSIDERAÇÕES GERAIS

SUMÁRIO: 2.1. Conceito e classificação – 2.2 Escorço histórico.

2.1. CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO

É comum ser a eutanásia definida como boa morte, é dizer, morte suave e sem dor. Consistiria, destarte, “na produção da morte de uma pessoa sem sofrimentos físicos e morais”.¹ Todavia, seu significado originário de há muito se diversificou, passando a abranger novas situações. A eutanásia, hodiernamente, não se limita apenas aos casos terminais – alcança hipóteses não menos complexas, relacionadas aos recém-nascidos com malformações congênitas (eutanásia precoce); aos pacientes em estado vegetativo irreversível; aos incapazes de se valerem por si mesmos, entre outros.

A primeira classificação empreendida pela doutrina distingue entre eutanásia natural e provocada. Nessa trilha, *eutanásia natural* é sinônimo da morte que sobrevém sem artifícios e padecimentos. *Eutanásia provocada* ou *voluntária*, de seu turno, implica o emprego de quaisquer meios pelos quais a conduta humana, seja aquela do próprio moribundo ou de um terceiro,

1. ROMEO CASABONA, Carlos María. *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, p. 420.

contribui para dar cabo ao padecimento da agonia, aliviando temporariamente o sofrimento do paciente ou abreviando-lhe a vida, ativa ou passivamente, direta ou indiretamente.²

A eutanásia provocada, por sua vez, distingue-se, de acordo com sua autoria, entre *eutanásia autônoma*, que é a preparação e a provocação da própria “boa morte”, sem a intervenção de terceiros; e *eutanásia heterônoma*, resultante da ação ou participação de outras pessoas. De pronto é possível excluir de qualquer estudo a eutanásia provocada autônoma, por constituir modalidade de suicídio e, destarte, não se justificar o seu tratamento jurídico-penal.³

De acordo com a atitude adotada perante o curso vital, é possível ainda classificar a eutanásia em solutiva e resolutiva. A *eutanásia solutiva* (do latim *solvere*, soltar, laxar), também denominada *pura*, *lenitiva*, *autêntica* ou *genuína*, consiste no auxílio à boa morte desprovido de todo efeito de abreviação do curso vital. Mitiga-se o sofrimento através de calmantes que não influam na duração desse curso, controlam-se as sufocações e os espasmos, dá-se assistência psicológica e/ou espiritual ao enfermo, entre outras atitudes. Essa modalidade constitui tão-somente um dever moral e jurídico de manutenção da vida. A *eutanásia resolutiva* (de *resolvere*, dissipar, desvanecer, destruir), ao contrário, caracteriza-se por incidir sobre a duração do prazo vital, reduzindo-o ou suprimindo-o, em interesse do enfermo ou ancião e com o seu consentimento prévio e autodeterminado ou de seus representantes legais.⁴

2. Classificação extraída de NIÑO, Luis Fernando. *Eutanasia: morir com dignidad (consecuencias jurídico-penales)*, p. 82.

3. Nesse sentido NIÑO, Luis Fernando, op. cit., p. 82. Para alguns, porém, “a eutanásia realizada pelo próprio interessado não coincide com o suicídio: a primeira seria a aceleração do momento da morte que se apresenta mais ou menos próxima como único meio de abreviar o sofrimento físico e moral derivado de uma enfermidade terminal ou de um estado de invalidez irreversível (causado, v.g., por um acidente), enquanto que o segundo consiste no ato de deixar violenta e voluntariamente a própria vida, que já não se

A principal classificação operada dentro do conceito de eutanásia provocada resolutiva divide-a em eutanásia libertadora ou terapêutica, eutanásia eugênica ou selecionadora e eutanásia econômica, de acordo com o motivo que impulsiona o agente. Na *eutanásia libertadora* ou *terapêutica*, o móvel é humanitário – sua prática se dá por razões solidárias, altruístas ou de compaixão para com o enfermo que padece. Busca-se eliminar o sofrimento do doente, estando a ação freqüentemente envolta por uma carga ou tensão emocional de maior ou menor intensidade sobre o autor, que desse modo se libera da mesma.⁵ Assim, tem-se que essa modalidade de eutanásia está inspirada “por um móvel altruísta generoso e compassivo. A piedade vem a ser o motivo determinante da ação eutanásica por parte do agente que, ao testemunhar o intenso sofrimento do enfermo, decide pôr fim à sua existência”.⁶ O objetivo é justamente libertar o paciente de sua agonia, acelerando o momento da morte. Na eutanásia libertadora, portanto, a vítima é normalmente alguém que padece de enfermidade incurável, ou que se enquadra em casos de reversibilidade difícil ou duvidosa (pacientes terminais, ou que sofreram acidentes cujos traumatismos são irrecuperáveis).

De seu turno, a *eutanásia eugênica* ou *selecionadora* consiste na supressão indolor de pessoas portadoras de deformidades, doenças contagiosas e incuráveis e de recém-nascidos degenerescentes com o objetivo de promover o melhoramento da espécie humana. Visa-se assim a evitar a perpetuação de

quer viver por qualquer outro motivo e em circunstâncias diferentes” (ROMEO CASABONA, Carlos María, op. cit., p. 426-7). Contudo, esses mesmos doutrinadores admitem que a eutanásia perpetrada pelo próprio moribundo, do ponto de vista jurídico-penal, há que ser assimilada ao suicídio, porquanto em ambos os casos existe a vontade direta de morrer e o ato de privação da própria vida – este último seria o gênero e a primeira, a espécie (Ibidem., p. 427).

4. Cf. NIÑO, Luis Fernando, op. cit., p. 83.

5. Cf. ROMEO CASABONA, Carlos María, op. cit., p. 423.

6. ROMERO OCAMPO, Guillermo. *La eutanasia*, p. 08.

indivíduos portadores de anomalias genéticas, distúrbios mentais ou criminosos por tendência para que seus males não se propaguem por toda a sociedade. Há uma busca pela pureza da raça humana, ao eliminar-se todo aquele que careça de valor e seja uma carga familiar e social, cuja morte geralmente se produz sem pesar.⁷

7. Cf. ROMERO OCAMPO, Guillermo, op. cit., p. 09. Eugenia (do grego *eu*, bom, e *genesis*, geração), termo introduzido por Francis Galton em sua obra *Inquires into Human Faculty and its development*, de 1893, indica “o estudo dos agentes sob controle social capazes de melhorar ou empobrecer as qualidades raciais das futuras gerações, sejam elas características físicas ou mentais” (JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Libertad de amar y derecho a morir*, p. 04). A prática e a defesa da seleção e da eugenia são seculares. Os brâmanes tinham o costume de matar ou abandonar na selva as crianças que consideravam de má índole. O Código de Manu continha preceitos de caráter eugênico, ao proibir os casamentos entre membros de famílias doentes ou entre indivíduos tomados por doenças fatais. Também Platão pregava a seleção de raças, ao prescrever que ao Estado cumpria selecionar homens e mulheres e promover o casamento daqueles que possuísem as melhores características, ao mesmo tempo em que deveria evitar ao máximo os enlaces entre sujeitos débeis. Se uns e outros gerassem filhos, porém, haveria que se privilegiar a criação da prole dos primeiros, e não dos últimos (*República*, Livro V). Em realidade, como reinava nas civilizações primárias a consideração de que o cidadão vivia para o Estado, o valor que se dava à moral e o constante culto que se rendia ao vigor físico induziram à aceitação da prática constante do infanticídio e do abandono de recém-nascidos em Esparta e em Atenas como medida de proteção da sociedade (ROMERO OCAMPO, Guillermo, op. cit., p. 06). A eugenia, na atualidade, pode ser entendida como ações dirigidas à melhora genética da comunidade humana ou de uma raça determinada, mediante o estudo e controle da procriação. Pode ser tomada em duas acepções primordiais: eugenia positiva e eugenia negativa. A eugenia positiva visa à otimização das raças e geração de indivíduos com características desejáveis, seja através da seleção de gametas de doadores portadores desses traços ou de pré-embriões gerados a partir destes, nas técnicas de reprodução assistida (inseminação artificial e fertilização *in vitro*). A eugenia negativa compreende não só a melhoria das espécies através de técnicas de engenharia genética como também a “esterilização de sujeitos geneticamente defeituosos (enfraquecidos psíquica ou fisicamente), bem como a eliminação de pré-embriões, embriões e fetos que vão se desenvolver e converter em descendência inferior e defeituosa. Constituindo extremo mais radical, a

Na eutanásia eugênica ou selecionadora, o sujeito passivo não vive uma agonia lenta e cruel, nem está próximo da morte. Ainda quando se tratam de doentes mentais incuráveis, falta o elemento da iminência do momento da morte e a experimentação de constantes e infindáveis sofrimentos por parte da vítima, exatamente o que faria surgir a compaixão – móvel do agente na eutanásia libertadora.⁸

Já a *eutanásia econômica* consiste na morte de doentes mentais, loucos irrecuperáveis, inválidos e anciãos movida pelo escopo de aliviar a sociedade do peso de pessoas economicamente inúteis. Ao contrário do que sucede com a eutanásia eugênica, o motivo determinante da eutanásia econômica não é egoístico, identificando-se na maioria dos casos com o

eliminação de seres humanos já nascidos com tendências genéticas qualificadas – ou qualificáveis – como inferiores” (BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco. *Aspectos jurídico-penales de la reproducción artificial y la manipulación genética humana*, p. 82). É justamente a eugenia negativa que informa a eutanásia selecionadora, posto que são empregados meios extintivos, e não preventivos (eugenia positiva), para a melhoria da raça. Nesse sentido, a eugenia negativa foi também praticada quando dos regimes totalitários do início do século. A esse respeito, aponta-se que “Adolf Hitler foi um grande propulsor das medidas de profilaxia genética. Sua aspiração de criar na Alemanha nacional-socialista uma raça ariana, superior a qualquer outra existente sobre a terra e que a governaria no futuro o levou a tomar medidas tão radicais como o extermínio do povo judeu (que eventualmente poderia contaminar sua tão desejada ‘estirpe’ ariana), que o mesmo qualificava como parasita da organização nacional de outros povos cuja característica típica era reproduzir-se. Seu ódio não se concentrava apenas sobre os judeus, ‘antípodas’ dos arianos, mas sobre todo enfermo incurável que se achava em constante possibilidade de contaminar os sãos. Era imperativo dentro de seu plano de perpetuação dos mais fortes impedir de qualquer maneira a procriação de seres defeituosos que gerasse uma descendência igualmente defeituosa. E se preciso deveria proceder-se sem piedade alguma ao isolamento dos enfermos crônicos – bárbara medida para o infeliz afetado, mas uma benção para seus contemporâneos e para a posteridade” (ROMERO OCAMPO, Guillermo, op. cit., p. 05-06).

8. Cf. ROMERO OCAMPO, Guillermo, op. cit., p. 09; RODRIGUES, Paulo Daher. *Eutanásia*, p. 72.

convencimento da inutilidade do emprego de esforços adicionais no tratamento do enfermo, com a necessidade de se dispor de meios adicionais e extraordinários para outros pacientes que possuam melhores prognósticos de recuperação, ou ainda com o desejo de parentes e familiares de desprenderem-se da carga emotiva e econômica que pressupõe a manutenção do paciente sob cuidados intensivos.⁹

Desde logo, cumpre salientar que configura hipótese legítima de eutanásia tão-somente a eutanásia libertadora, porquanto é a única que atende aos objetivos de causar a boa morte ao enfermo terminal, com vistas a aliviar sua dor, consoante se depreende da própria etimologia do vocábulo. A eutanásia eugênica (entendida aqui a eugenia em seu aspecto negativo) não pode se caracterizar como verdadeira espécie de eutanásia, porque nem a vítima padece de mal incurável ou encontra-se na iminência do falecimento, nem o agente é movido por motivos altruísticos e solidários. Igualmente a modalidade econômica encontra-se excluída do campo conceitual da eutanásia, vez que os objetivos de aliviar gastos excessivos com a manutenção de pacientes terminais ou o propósito de eliminar sujeitos inaptos a promover o desenvolvimento e a prosperidade social não podem sobrepujar o escopo compassivo ou piedoso, móvel do verdadeiro homicídio eutanásico, em que pese também aqui a conduta recair sobre enfermos incuráveis. Perfilhando esse entendimento, a maioria da doutrina considera como verdadeira eutanásia tão-somente aquela motivada pelo escopo de aliviar os sofrimentos e agruras de enfermos cuja existência já se tornou esvaziada de sentido pela dor. As demais figuras não se amoldam ao conceito de “morte boa”; antes, identificam-se com as condutas homicidas qualificadas por motivo torpe (art. 121, § 2.º, I, do Código Penal).¹⁰

9. Cf. ROMEO CASABONA, Carlos María, op. cit., p. 423.

10. Nesse sentido, entre outros, ROMEO CASABONA, Carlos María, op. cit., p. 423; DEL VECCHIO, Giuseppe. *Morte benefica*, p. 34; NIÑO,

De acordo com o modo de execução, é possível proceder à mais importante classificação das espécies de eutanásia, distinguindo-a em eutanásia ativa e eutanásia passiva. A eutanásia por comissão, ou *eutanásia ativa*, é a eutanásia propriamente dita, que se efetiva através da realização de atos para ajudar a morrer, eliminando ou aliviando o sofrimento do doente. Observando-se o fim perseguido pelo autor, a eutanásia ativa subdivide-se em eutanásia ativa *direta*, quando o objetivo maior é o encurtamento da vida do paciente mediante atos positivos (ajudar a morrer); e eutanásia ativa *indireta*, na qual há uma dupla finalidade: aliviar o sofrimento do doente e ao mesmo tempo abreviar seu tempo de vida, que é efeito daquele primeiro objetivo principal (v.g., a administração de morfina tem reflexos prejudiciais à função respiratória, e em altas doses pode acelerar a morte).¹¹ Nessa última espécie pode ser incluída também a denominada *eutanásia pura* ou *genuína*, que consiste efetivamente na ajuda à boa morte (ajudar *no* morrer) sem que de qualquer modo se abrevie o curso vital, mas apenas utilizando-se drogas ou outros meios paliativos e morais que mitiguem o estado de prostração do enfermo.

Luis Fernando, op. cit., p. 84-85; CUELLO CALÓN, Eugenio. *Tres temas penales: el aborto criminal, el problema penal de la eutanasia, el aspecto penal de la fecundación artificial*, p. 164; ROMERO OCAMPO, Guillermo, op. cit., p. 16; BLANCO, Luis Guillermo. *Muerte digna: consideraciones bioético-jurídicas*, p. 31 (nota 57); RODRIGUES, Paulo Daher, op. cit., p. 28. Em sentido contrário, considerando também os objetivos econômicos ou selecionadores como característicos da eutanásia, MORSELLI, Enrico. *L'uccisione pietosa (eutanasia)*, p. 15; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, op. cit., p. 338. Para este último, a eutanásia pode ser conceituada como "a morte tranqüila e sem dor, com fins libertadores de padecimentos intoleráveis e sem remédio, a petição do sujeito, ou com objetivo de eliminar seres desprovidos de valor vital, que implica por sua vez um resultado econômico, prévio diagnóstico e execução oficiais" (grifou-se) (op. cit., p. 330).

11. Cf. ROMEO CASABONA, Carlos María, op. cit., p. 421; KAUFMANN, Arthur "¿Relativización de la protección jurídica de la vida?" In: MIR PUIG, Santiago. *Avances de la Medicina y Derecho Penal*, p. 49-50. Luis Fernando Niño aponta como exemplo de eutanásia direta a aplicação de uma

De outro lado, a eutanásia por omissão consiste na abstenção deliberada da prestação de tratamentos médicos ordinários ou proporcionados – úteis – que poderiam prolongar a vida do paciente e cuja ausência antecipa sua morte. É a denominada *eutanásia passiva*, que há de ser sempre voluntária e direta, porquanto não se confunde com a omissão indireta de tratamento vital, caracterizada pela recusa do paciente a submeter-se a cuidados médicos que lhe são imprescindíveis. Há que se distinguir, portanto, entre a omissão eutanásica e a interrupção do tratamento vital em algumas situações. Cumpre salientar que a forma passiva consiste na modalidade mais freqüente de eutanásia, pois pressupõe um desgaste emocional de menor intensidade na tomada de decisões do que a eutanásia ativa direta. A eutanásia passiva pode ser conceituada como “a omissão de tratamento ou de qualquer meio que contribua para a prolongação da vida humana que apresente alguma deterioração irreversível ou uma enfermidade incurável e se encontre em fase terminal, acelerando-se assim o desenlace mortal”.¹² Pode consistir na não-iniciação de um tratamento, em não tratar uma enfermidade ou complicação intercorrente, surgida ao longo do acompanhamento de uma doença originária, ou em suspender o tratamento já iniciado (v.g., não administrar a medicação adequada). No que tange ao desligamento dos aparatos técnicos que mantêm artificialmente as funções vitais do paciente, discute-se se caracterizaria seu proceder uma conduta ativa (quanto ao ato de desconectar os aparelhos) ou omissiva (quanto à não continuação do tratamento). Entende a corrente majoritária que tratar-se-ia de omissão, vez que em realidade o médico apenas suspende o tratamento, constituindo aqueles aparatos simplesmente uma *longa manus*, um prolongamento das atividades médicas. Consiste, portanto, na omissão

dose mortal de morfina, e assinala como hipótese de eutanásia indireta a utilização de um poderoso analgésico, capaz de gerar efeitos colaterais comprometedores de alguma função vital (op. cit., p. 84).

12. ROMEO CASABONA, Carlos María, op. cit., p. 421-422.

de um fazer – comissão por omissão – vez que o desligamento dos aparelhos apenas reproduz a situação concreta anterior à sua conexão.¹³

Em franca oposição ao conceito de eutanásia, a *distanásia* (do grego *dis*, afastamento, e *thánatos*, morte) consiste no emprego de recursos médicos com o objetivo de prolongar ao máximo possível a vida humana. Em realidade, a *distanásia* deve ser entendida como o ato de protrair o processo de falecimento iminente em que se encontra o paciente terminal, vez que implica um tratamento inútil. Trata-se aqui da atitude médica que, visando a salvar a vida do moribundo, submete-o a grande sofrimento. Não se prolonga, destarte, a vida propriamente dita, mas o processo de morrer. É comum o emprego das expressões “obstinação terapêutica” (*l'acharnement thérapeutique*) e “futilidade médica” (*medical futility*) para identificar a *distanásia*.¹⁴

Cumprе relembrar que os meios empregados para o prolongamento artificial das funções vitais podem ser *ordinários* ou

13. Nesse sentido ROMEO CASABONA, Carlos María, op. cit., p. 422; KAUFMANN, Arthur, op. cit., p. 52; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “La responsabilidad penal del médico por omisión”. In: MIR PUIG, Santiago. *Avances de la Medicina y Derecho Penal*, p. 146-147. Nega essa interpretação, equiparando a conduta de suspensão dos cuidados médicos à causação ativa da morte, HUNGRIA, Nelson. Ortotanásia ou eutanásia por omissão, sob o ponto de vista jurídico-penal. In: *Comentários ao Código Penal*, v. V, p. 381. Para esse autor, aliás, não há qualquer distinção valorativa entre a eutanásia ativa e a passiva (op. cit., p. 385). De outro lado, entende como conduta ativa a interrupção dos aparelhos que mantêm artificialmente vivo o paciente BRICOLA, Franco. “Vita diritto o dovere: spazio aperto per il diritto?” *Scritti di Diritto Penale*, v. II, t. I, 1997, p. 2807.

14. Cf. PESSINI, Léo. “Distanásia: até quando investir sem agredir?” *Revista Bioética*, 1996, v. 4, n. 1, p. 31. O autor aponta que a expressão “obstinação terapêutica” foi introduzida na linguagem médica francesa por Jean-Robert Debray, no início dos anos 50, e foi definida como “o comportamento médico que consiste em utilizar processos terapêuticos cujo efeito é mais nocivo do que os efeitos do mal a curar, ou inútil, porque a cura é impossível, e o benefício esperado é menor que os inconvenientes previsíveis” (op. cit., p. 32).

extraordinários. Os meios ordinários caracterizam-se por serem disponíveis para um grande número de casos, econômicos, clinicamente aceitos e habitualmente utilizados e de aplicação temporária. Já os meios extraordinários estão comumente restritos a apenas alguns casos, são custosos, estão quase sempre em fase de experimentação, são de alta tecnologia e de aplicação permanente e possuem caráter agressivo. O emprego das terapias ordinárias para salvar ou manter a vida do paciente é obrigatório, enquanto que os meios extraordinários são de utilização facultativa. Hodiernamente, ante a dificuldade de se precisar com exatidão o conceito de meios ordinários e extraordinários, costuma-se distinguir entre meios *proporcionais* e *desproporcionais* de manutenção do curso vital. Assim, são proporcionais as intervenções que, considerando o estado do paciente, os custos e os desgastes produzidos são adequados aos resultados esperados para o bem do enfermo, sendo desproporcionais os meios que pareçam exagerados se comparados aos resultados previsíveis.¹⁵ A distanásia, nessa trilha, está compreendida no âmbito do emprego imoderado de meios extraordinários e desproporcionais para o prolongamento, a todo custo, das funções vitais do paciente terminal.

Mister apontar que não se confunde a distanásia com a eutanásia solutiva, vez que nesta não há limitação nem prolon-

15. Cf. BLANCO, Luis Guillermo, op. cit., p. 36-37. Salienta o autor que para uma melhor distinção entre meios ordinários e extraordinários há que se atentar para as situações peculiares de cada paciente. Assim, de acordo com fatores geográficos, econômicos ou técnicos, uma determinada terapia – v.g., a respiração artificial – ainda que no âmbito de um mesmo país, pode ser ordinária ou extraordinária conforme a situação sanitária do local em que se faça necessária, sua disponibilidade e seus custos. Ademais, devem ser consideradas as condições do enfermo em particular: seu estado de saúde, suas condições psicofísicas e seu meio familiar, além do progresso da medicina e da situação social em seu conjunto (op. cit., p. 36). É de se notar ainda que “torna-se difícil estabelecer uma distinção absoluta entre recursos ordinários e extraordinários, porque, tendo em vista o progresso da medicina, os extraordinários sempre tendem a se transformar em ordinários” (RODRIGUES, Paulo Daher, op. cit., p. 78).

gamento da vida humana, apenas procura-se torná-la mais tolerável ao paciente, enquanto que naquela prolonga-se a vida vegetativa de um indivíduo lançando-se mão para isso de meios extremos de reanimação dos quais dispõe hoje a ciência médica.¹⁶

Parte da doutrina emprega o termo *ortotanásia* em alusão à eutanásia passiva ou por omissão. A *ortotanásia* (do grego *orthós*, normal, correta e *thánatos*, morte), nesse sentido, pode ser definida como “a deliberada abstenção ou interrupção do emprego dos recursos utilizados para a manutenção artificial das funções vitais do enfermo terminal, deixando assim que ele morra naturalmente, nos casos em que a cura é considerada inviável”.¹⁷ Consiste assim no auxílio médico à morte, que se traduz precisamente na ajuda dada pelo médico ao processo natural de morte.¹⁸ Sugere-se assim “não haver relevância no tocante às distinções conceituais entre tais recursos. A abstenção de meios, quer sejam ordinários, quer sejam extraordinários, cuja única função seria o prolongamento dos momentos agônicos, sem quaisquer probabilidades de cura, daria lugar à *ortotanásia* como única solução”.¹⁹

16. Cf. NIÑO, Luis Fernando, op. cit., p. 85.

17. HUNGRIA, Nelson. “Ortotanásia ou eutanásia por omissão, sob o ponto de vista jurídico-penal”. *Comentários ao Código Penal*, v. VI, p. 380; nesse sentido também SOUSA, Deusdedith. “Eutanásia, ortotanásia e distanásia”. *Revista dos Tribunais*, 1994, v. 706, p. 288; RODRIGUES, Paulo Daher, op. cit., p. 79. O vocábulo “ortotanásia” foi pela primeira vez empregado em 1950, por Roskam, da Universidade de Liège, França. A respeito, indagava aquele professor: “Não é possível executar fatos diretamente encaminhados a apressar a chegada da morte, mas existe um dever de prestar aos enfermos cuja existência é uma sobrevivência dolorosa ou puramente vegetativa, cuidados médicos que prolongarão essa existência odiada até pelos próprios pacientes?” (cf. CUELLO CALÓN, Eugenio, op. cit., p. 159).

18. Cf. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. “O problema da ortotanásia: introdução à sua consideração jurídica”. *Ciência Penal*, ano II, n. 1, p. 19.

19. RODRIGUES, Paulo Daher, op. cit., p. 78.

Não é esse, porém, o melhor entendimento. De acordo com o pensamento de outra parcela da doutrina, não há que se vislumbrar uma identidade conceitual entre eutanásia passiva e ortotanásia. Em atendimento ao sentido etimológico da palavra (morte natural, correta), a ortotanásia deve ser entendida como o direito a morrer dignamente, ou a exigência ética de auxiliar a quem procura exercitar esse direito.²⁰ De acordo com essa linha de pensar, a ortotanásia consiste na “morte a seu tempo”, sem abreviações do período vital (eutanásia) nem prolongamentos irracionais do processo de morrer (distanásia). É a “morte correta”, mediante a abstenção, supressão ou limitação de todo tratamento fútil, *extraordinário* ou *desproporcional*, ante a iminência da morte do paciente, morte esta a que não se busca (pois o que se pretende aqui é humanizar o processo de morrer, sem prolongá-lo abusivamente), nem se provoca (já que resultará da própria enfermidade da qual o sujeito padece).²¹ Nessa trilha, as situações ortotanásicas não são constitutivas – nem mesmo por aproximação – da eutanásia passiva, vez que nesta última provoca-se a morte do enfermo terminal por omissão de prestação dos cuidados paliativos *ordinários* e *proporcionais* para evitar seu falecimento, ou seja, pela não aplicação de uma terapia disponível e que poderia prolongar a vida do paciente.²²

Conseqüentemente, e em oposição ao conceito de eutanásia passiva, o principal questionamento no âmbito da ortotanásia diz respeito à legitimidade de se continuar o tratamento que mantém artificialmente ativas as funções vitais do paciente. Destarte, enquanto na eutanásia por omissão o problema reside na licitude do abandono das técnicas cuja abstenção acelera sem dúvida a morte, na ortotanásia discute-se a obrigação de atuar, de continuar o tratamento, “que supõe na maioria dos casos uma

20. Cf. NIÑO, Luis Fernando, op. cit., p. 86.

21. Cf. BLANCO, Luis Guillermo, op. cit., p. 32.

22. Nesse sentido BLANCO, Luis Guillermo, op. cit., p. 33-34; NIÑO, Luis Fernando, op. cit., p. 86; ROMERO OCAMPO, Guillermo, op. cit., p. 19-20; PESSINI, Léo, op. cit., p. 32.

série de inconvenientes e prejuízos maiores que o próprio prolongamento hipotético de uma vida precária e em condições lamentáveis”.²³

Ainda outras classificações podem ser propostas: quanto ao consentimento do sujeito passivo, a eutanásia pode ser voluntária ou involuntária. *Eutanásia voluntária* ou *consentida* é aquela que pressupõe o consentimento ou a petição da vítima ou de seus representantes legais, que autorizam ou solicitam ao agente que execute o ato de matar. Já a *eutanásia involuntária* ou *não consentida* prescinde dessa autorização ou pedido, pois pertence exclusivamente ao autor da conduta a resolução de dar a “boa morte” ao enfermo agonizante.

Questão assaz conflitiva é a relativa à necessidade de existência de consentimento (ou de petição) do ofendido para a caracterização da eutanásia. Nesse particular enfoque, quadra, de primeiro, diferenciar *eutanásia* e *homicídio consentido* ou *a petição*, figuras comumente equiparadas pela maioria das legislações, mas que guardam traços distintivos fundamentais. Considera-se que os dois institutos não se confundem porque a eutanásia poder-se-ia produzir ainda que não contasse o agente com a anuência do enfermo, bastando apenas que estivesse presente o móvel compassivo ou piedoso; ao passo que o homicídio a petição estaria caracterizado sobretudo pelo consentimento da vítima. De conseguinte, eutanásia e homicídio a petição se comportariam como dois círculos secantes, que guardariam uma área comum apenas quando o sujeito atuasse compelido por motivos altruístas e mediante o consentimento do doente. Cumpre observar, todavia, que o conceito de eutanásia aqui acolhido considera, certamente, a motivação do agente, mas sempre que atrelada à anuência da vítima.²⁴ A ausência de

23. BLANCO, Luis Guillermo, op. cit., p. 34. Nesse sentido, vide também KOVÁCS, Maria Júlia. “Autonomia e o direito de morrer com dignidade”. *Revista Bioética*, 1998, v. 6, n. 1, p. 62 e 66.

24. Nesse sentido ROMEO CASABONA, Carlos María, op. cit., p. 423-424; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, op. cit., p. 339; MUÑOZ CONDE, Francisco.

consentimento deixa fora de discussão a possibilidade de justificação da eutanásia ativa direta, que seria sempre merecedora de sanção penal, ainda que com determinadas atenuações em razão do motivo piedoso, que denota menor culpabilidade. Do exposto, ressaí que homicídio consentido e eutanásia não se comportariam como círculos secantes mas sim concêntricos: o primeiro abarcaria a segunda, que guardaria consigo a peculiaridade do móvel compassivo. Esta representaria sempre um homicídio consentido, mas o contrário não seria verdadeiro.²⁵

Aponte-se por fim outras espécies mencionadas pela doutrina: *eutanásia verdadeira* e *pseudo-eutanásia*, conforme seja ou não praticada por médico; *eutanásia agônica*, pela qual se facilita a morte sem sofrimento do paciente que esteja fora de si; *eutanásia lenitiva*, quando se alivia dor física ou enfermidade incurável; e ainda classificações cuja relevância prática não supera seu significado acadêmico (v.g., *eutanásia estoica*, que consiste na busca da morte para findar os aborrecimentos da vida, vez que para os estoicos a morte representa o fim das dolorosas provações terrenas e é refúgio contra as dores).²⁶

Derecho Penal, Parte Especial, p. 77; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel. *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad*, p. 159; Díez RIPOLLÉS, José Luis; GRACIA MARTÍN, Luis. *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales: vida humana independiente y libertad*, p. 255; MANTOVANI, Ferrando. "Aspetti giuridici della eutanasia". *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1988, fasc. 2, p. 460; HUNGRIA, op. cit., p. 127; DEL VECCHIO, Giuseppe, op. cit., p. 67 e ss. Assinala este último que "suprimir, apenas porque irremediáveis e sofrendores os enfermos incuráveis e os criminosos nas casas de saúde e de cumprimento de pena, nos manicômios etc., nos parece um homicídio sem qualquer atenuante, que demonstra o quão cínico e condenável é aquele que procura se encobrir com o véu da piedade e do benefício feito ao paciente sem que ele saiba, ou mesmo contra sua vontade. É necessário, portanto, para a prática e legal execução da eutanásia, o consentimento do moribundo ou sua demanda insistente e reiterada, sem os quais haverá homicídio doloso, punível nos termos do art. 364 do Código Penal pátrio, sem atenuante de qualquer sorte" (op. cit., p. 68).

25. Cf. NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel, op. cit., p. 158 e ss.

26. Cf. RODRIGUES, Paulo Daher, op. cit., p. 61 e ss.

Cumprе destacar que a eutanásia, em qualquer de suas formas, não se confunde com o auxílio ao suicídio por razões óbvias – naquela o derradeiro ato é praticado por terceira pessoa, distinta do moribundo, ao passo que neste é o próprio doente quem dá cabo de sua vida, ainda que para isso deva contar com a ajuda de outrem. Não obstante, as duas situações podem ter em comum, além da vontade da vítima de abandonar a própria existência, os móveis piedosos daquele que mata ou auxilia alguém a se matar em razão de uma moléstia ou invalidez irreversível – daí concluir-se que inexistе uma diferença valorativa fundamental entre as duas condutas. Nessas circunstâncias, o que distingue ambas é meramente o fato de que na eutanásia o doente encontra-se mergulhado num estado tal de debilidade física que é incapaz de dar a morte a si mesmo.²⁷

Isto posto, é de notar que o conceito de eutanásia não se pode limitar apenas à produção da morte de alguém sem sofrimentos físicos e morais. Consideradas as múltiplas implicações que dela advêm, a eutanásia pode ser definida como “a privação da vida alheia perpetrada por razões humanitárias, a requerimento do interessado, que sofre de uma enfermidade terminal incurável ou de uma situação de invalidez irreversível no atual estágio das ciências médicas, e deseja pôr fim aos seus sofrimentos, bem como nas situações em que aquele não pode manifestar sua vontade ou esta não pode ser levada em conta por qualquer motivo”.²⁸

2.2 ESCORÇO HISTÓRICO

Em seu sentido etimológico, a palavra eutanásia deriva dos vocábulos gregos *eu*, prefixo que significa bom, e *thánatos*, substantivo equivalente a morte, e alude primariamente ao

27. Nesse sentido, defende-se mesmo que “o homicídio a petição não é outra coisa senão um suicídio através de interposta pessoa” (KAUFMANN, Arthur, op. cit., p. 53).

28. ROMEO CASABONA, Carlos María, op. cit., p. 424-425.

ato de dar a “boa morte”. O vocábulo teve origem no século XVII, por obra do filósofo inglês Francis Bacon (*Novum Organum*, 1616), que denominou eutanásia o estudo das enfermidades incuráveis. Segundo Bacon, o final da vida deveria ser aceito com serenidade pela razão, e a arte médica deveria congrega todos os seus esforços para lográ-lo, tal como um poeta dramático dedica-se arduamente ao êxito de sua derradeira obra.²⁹ Com o passar do tempo, a expressão inicial ganhou as mais diversas interpretações, traduzindo-se em “morte rápida e sem tormento”; “morte digna, honesta e com glória”; “morte tranqüila e fácil”; “morte misericordiosa ou piedosa”, entre outros.³⁰ A concepção teológica a entende como “morte em estado de graça”, enquanto que a doutrina moderna compreende na eutanásia desde a estrita definição de “agonia boa” até o amplíssimo conceito que abarca a morte natural súbita, o suicídio, o auxílio à boa morte e o homicídio piedoso.

A prática da eutanásia tem origem remota, tendo sido exercida com freqüência ao longo das diversas civilizações. Contudo, a maioria das suas antigas formas de expressão não se inseriam no conceito de eutanásia aqui perfilhado, porque informadas por escopos eugenésicos ou econômicos. Assim, entre os povos pretéritos, como os celtas, o desígnio eutanásico se concretizava através do costume de se dar a morte aos anciãos doentes. Em algumas tribos antigas e grupos selvagens era comum a prática, por muitos conservada até hoje, que impunha a obrigação sagrada ao filho de ministrar a boa morte ao pai velho e enfermo. Isso porque o homem primitivo, que vivia imbuído da luta pela sobrevivência, guiava-se por uma moral utilitária. Assim, como não podia proteger os seres inúteis nem dar-lhes alimentos, costumava livrá-los de seu sofrimento antecipando sua morte. Nessa trilha, observe-se que em algumas

29. Cf. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Libertad de amar y derecho a morir*, p. 337.

30. Cf. NIÑO, Luis Fernando. *Eutanasia: morir com dignidad*, p. 81.

ilhas do Pacífico, era costume estrangular aos anciãos sobre a sepultura aberta onde mais tarde seriam depositados seus restos mortais. Entre os Karens, da Birmânia, bastava a simples petição por parte daquele que padecesse de enfermidade penosa e incurável para que fosse imediatamente enforcado. Também entre os esquimós era tradição abandonar às intempéries, ou em iglus hermeticamente fechados, anciãos e enfermos incuráveis ou até mesmo primogênitos recém-nascidos do sexo feminino.³¹

Nos sangrentos combates entre as tribos, os vencidos consideravam como um dever dar morte os feridos graves, de modo a evitar as cruéis torturas do inimigo. Essas práticas se estenderam de certa maneira até há bem pouco tempo, já que ainda no século XIX era costume entre alguns povos antropófagos matar crianças enfermas e velhos impotentes para preparar banquetes e festas.³²

Na Índia antiga os doentes incuráveis eram conduzidos por seus parentes até a margem do rio Ganges, e lá eram por eles asfixiados quase que completamente, enchendo-lhes as narinas e a boca de barro, e depois abandonando-os no leito do rio sagrado. O sentimento de dever filial impulsionava aos massagetas, sardos, eslavos e escandinavos a precipitar a morte de seus pais enfermos que alcançassem um estado de velhice extrema. Há relatos de que na atualidade conservam ainda esses costumes os fueguinos, ao fidjanos, os battas, os tschuktchi, os kamtchadales e os neocaledônios.³³

Conta-se ainda que Cleópatra e Marco Antonio teriam fundado, no Egito, uma academia cujo objetivo era fazer experiências sobre os meios menos dolorosos de morrer.

31. Cf. NÚÑEZ PAZ, Ángel Miguel. *Historia del derecho a morir*, p. 36-37.

32. A esse respeito, aponta Jiménez de Asúa que "os velhos pais achavam tudo muito natural, e pensavam que não poderiam encontrar sepultura mais honrosa que o estômago de seus filhos, pois nessas tribos o princípio utilitarista estava desenvolvido ao máximo" (op. cit., p. 363).

33. Cf. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, op. cit., p. 06.

A própria Bíblia faz menção a um caso de homicídio piedoso. No Segundo Livro dos Reis, Capítulo 1, versículos 1 a 16, há uma passagem na qual um amalecita vem em busca de Davi para contar-lhe sobre a morte de seu rei do alto do monte Gelboé. Após uma batalha contra os filisteus, o rei Saul, gravemente ferido, teria pedido a um de seus escudeiros que cravasse nele sua espada, para impedir que viesse o inimigo e lhe tirasse a vida. Como o escudeiro não quis atender o pedido do rei, tratou ele próprio de lançar-se sobre sua espada. Mas não morreu de imediato, e foi quando chegou o amalecita. O rei Saul encontrava-se cravado em sua lança, numa tentativa inútil de matar-se, já que a espessa armadura que portava impedia que a arma penetrasse inteiramente em seu corpo. O rei rogou ao amalecita que se pusesse sobre ele e assim o matasse, porque estava tomado de angústia, e assim o fez o amalecita, porque sabia que o rei Saul não poderia viver depois de sua ruína. Davi, porém, ordenou que fosse morto o amalecita por haver matado um “ungido de Jeová”. Isso porque, nos tempos bíblicos, a morte de um homem por outro era punida com a pena capital, tendo plena vigência o princípio de Talião.³⁴

Em Atenas as sanções reservadas ao homicídio não se revestiam de semelhante rigor: era concedida ao criminoso a faculdade de exilar-se, e somente quando retornasse seria punido com a pena de morte.³⁵ A vida humana não assumia valor absoluto, tanto que ao próprio Estado era reservado o direito de tirá-la em casos especiais. Destarte, na ilha grega de Cea todo habitante que completasse sessenta anos era envenenado por representar uma carga à sociedade, já que não podia trazer mais nenhuma contribuição para a guerra.³⁶ De semelhante, os espartanos davam a morte às pessoas desprovidas de vigor ou deformadas, porque as consideravam uma carga inútil para

34. Levítico, Capítulo XXIV, 17: *Qui percusserit et occiderit hominem, morte moriatur.*

35. Cf. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, v. V, p. 28.

36. Cf. RODRIGUES, Paulo Daher. *Eutanásia*, p. 22-23.

o Estado. Era comum que se atirassem crianças pobres e raquíticas do cume do monte Tajeto, porque não podiam cumprir sua função de tornarem-se grandes guerreiros em defesa da *polis*. Platão vislumbra em sua *República* uma Medicina e uma jurisprudência que se limitem ao cuidado dos que receberam da natureza corpo são e alma formosa; e pelo que toca aos que receberam corpo mal organizado, que os deixem morrer e que sejam castigados com pena de morte os de alma incorrigível.³⁷ Demais disso, comparando o gênero humano aos animais irracionais, considerava que, do mesmo modo como estes últimos eram selecionados com vistas a obter as melhores crias, também os magistrados deveriam promover o enlace de homens e mulheres mais aptos a gerar filhos robustos e úteis ao Estado. O casamento entre os débeis havia de ser evitado, e seus descendentes não poderiam ser criados.³⁸

Em que pese ter sido freqüente a prática da eutanásia na Grécia antiga, estabelecia Hipócrates (460-377 a.C.), considerado o pai da Medicina, em seu juramento: “a ninguém darei, para agradar, remédio mortal, nem conselho que o induza à perdição”. Isso porque era comum àquela época que os médicos fossem procurados pelos enfermos fartos de viver, na ânsia de conseguirem algum tóxico que lhes trouxesse alívio através da morte.³⁹

Convém acentuar que para os estóicos havia cinco motivos pelos quais “o sábio poderia separar-se da própria vida”: para salvar a pátria ou os amigos; quando estivesse tomado por dores demasiado cruéis; quando se encontrasse em estado de extrema

37. Cf. *República*, Livro III, p. 105.

38. Cf. *República*, Livro V, p. 162.

39. Observe-se que “essa cláusula do juramento tem sido tradicionalmente interpretada como uma condenação à eutanásia, ainda que em diversas ocasiões se discuta seu verdadeiro significado, já que não se pode assegurar que uma tradução exata dos textos onde aparece possa conduzir a uma afirmação incontestável nesse ou noutro sentido” (NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel, op. cit., p. 42).

pobreza ou ainda em casos de mutilações ou de enfermidades incuráveis.⁴⁰

É de notar que gregos e romanos empregavam o vinho de Moriani, um líquido obtido a partir das raízes da mandrágora, para causar o adormecimento dos condenados à morte e desse modo evitar-lhes os últimos sofrimentos. Durante a ocupação romana na Palestina o método de execução era a crucificação e, para poupar os crucificados dos espasmos atrozes da morte era a eles fornecida essa infusão que os fazia cair em estado letárgico. Nesse sentido, afirma-se que sobre os lábios de Cristo teria sido derramada a substância como último ato de piedade.⁴¹

Na Roma antiga, desde os tempos de Numa Pompílio, o homicídio era punido com o extremo suplício. Contudo, em alguns casos era permitido que um homem desse voluntariamente morte a outro, não podendo sua conduta ser considerada nem sancionada como homicídio. Dentre essas hipóteses, inseria-se o direito de vida e morte que os ascendentes exerciam sobre os descendentes submetidos ao seu pátrio poder. Nesse particular enfoque, cumpre salientar que “não mais do que uma aplicação desse direito de vida e morte era o que correspondia ao pai – junto ao de dar a morte ao nascido disforme, o qual era obrigatório de acordo com os antigos costumes – de não conservar nem alimentar os filhos que lhe nascessem, podendo lhes dar a morte ou expô-los a ela”.⁴² Assinale-se que o direito reservado ao pai de matar os filhos doentes era expressamente estabelecido pela Lei das XII Tábuas.⁴³

Ainda em Roma, nos tempos de Valério Máximo, o Senado de Marselha mantinha um depósito de cicuta à disposição de quem manifestasse perante a corte o desejo de abandonar a

40. Cf. NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel, op. cit., p. 43.

41. Cf. DEL VECCHIO, Giuseppe. *Morte benéfica*, p. 12 e ss.

42. Cf. MOMMSEN, Teodoro. *Derecho Penal romano*, p. 392.

43. Tábua IV – *De jure patrio*: “1. É permitido ao pai matar o filho que nasce disforme, mediante o julgamento de cinco vizinhos”.

própria vida. Tratava-se, porém, de uma maneira de auxiliar o suicídio, e não propriamente de promover o homicídio eutanásico. De outro lado, configura-se exemplo clássico de eutanásia o *pollice verso* dos césares, que durante os combates que tinham lugar no circo romano funcionava como um decreto de morte em favor daqueles lutadores feridos de morte que sucumbiam em cruel agonia.⁴⁴

Dar a morte aos combatentes gravemente feridos é costume que se estendeu até a Idade Média. Denominava-se *miserericordiae* o curto e afiado punhal que servia para matar aqueles que não resistiam às lutas multitudinárias e aos juízos de Deus.⁴⁵ A lâmina era introduzida pela falha da armadura, abaixo do gorjal, com o escopo de ultimar a vida dos vencidos que, feridos mortalmente, sofriam demasiado e imploravam para que findasse sua agonia. Do mesmo modo, tem-se notícia de que teria Napoleão Bonaparte, durante sua campanha no Egito, ordenado a morte de soldados enfermos de peste para subtraí-los das dores que a moléstia lhes produzia. O próprio imperador afirmou que não restavam aos doentes mais do que vinte e quatro horas de vida, e como deveria a tropa retirar-se cuidou ele de consultar o médico presente, doutor Desgenèttes, sobre os meios que dispunha para transportá-los. O médico informou-lhe sobre a

44. Cf. MORSELLI, Enrico. *L'uccisione pietosa*, p. 14. Destaque-se que "a época romana foi, como todos sabem, marcada por um grande número de suicídios políticos e ordenados; nos clássicos latinos são encontrados claros sinais da necessidade de se procurar a morte toda vez que a vida não valesse mais a pena ser vivida, ou por desengano em relação à sorte da pátria, dor amaríssima entre aqueles antigos, ou por verdadeiro cansaço de viver" (Ibidem, p. 21).

45. Cf. DEL VECCHIO, Giuseppe, op. cit., p. 14 e ss. Contudo, adverte o autor que "na verdade, não dispomos de riqueza de provas suficiente para comprovar o quanto (um pouco fantasticamente, talvez) se prejudga. Em Roma, nos tempos das 'Companhias de Ventura' e dos 'Cavaleiros da Renascença', temos razão para crer que o sentimento de piedade fosse o mais das vezes ofuscado pela selvagem crueldade em rapinar imediatamente os mortos" (op. cit., p. 14).

gravidade da moléstia e as possibilidades de contágio, acrescentado que a manutenção daqueles soldados no exército constituía imenso perigo para toda a tropa. O doutor Desgenètes constatou que já estavam os enfermos irreversivelmente perdidos e moribundos, ao que Napoleão imediatamente mandou que os matasse, ministrando-lhes fortes doses de ópio, a fim de que não permanecessem vivos em poder dos turcos, que se aproximavam. O médico, contudo, não cumpriu o ordenado, alegando que era seu dever mantê-los vivos.⁴⁶

Importa salientar que para os cristãos medievais a idéia de matar por compaixão parecia repugnante, vez que pregavam que a dor vinha de Deus e deveria ser aceita como expressão de sua vontade. O “não matarás” era considerado como o mais importante dos mandamentos divinos e homem algum poderia infringi-lo, ainda que movido por motivos piedosos e estivessem em jogo os sofrimentos mais atrozes. Essa proibição perdura até hoje entre os ensinamentos da Igreja católica. Para alguns povos protestantes, todavia, não prevalecia igual rigidez no impedimento da prática da eutanásia piedosa ou seletiva. Tanto que por volta de 1600, na Suécia, era comum que os velhos e enfermos incuráveis fossem mortos solenemente por seus próprios familiares.⁴⁷

Se na Antigüidade greco-romana predominava o entendimento segundo o qual as enfermidades eram injustos castigos infligidos pelos deuses aos inocentes, com o Cristianismo a morte e suas agruras ganham uma inusitada interpretação: aos enfermos e moribundos são reservadas vida nova e saúde espiritual no reino dos céus. O falecimento deixa de ser visto como fim e transforma-se em passagem, mas assume desde logo caráter secundário em relação ao conceito absoluto de vida da

46. Cf. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, op. cit., p. 365. Vide, ainda, uma seleção de casos célebres narrados pelo autor envolvendo eutanásia e homicídio piedoso (op. cit., p. 343-359).

47. Cf. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, op. cit., p. 364-365.

filosofia cristã. A exemplo de Jesus Cristo, que suportou e assumiu seu sofrimento, também os homens devem aceitar o desenlace que fatalmente lhes sobrevirá, existindo sempre para o ser humano a possibilidade de encontrar o sentido de sua vida em suas experiências, alegres ou dolorosas.

São Tomás de Aquino, na *Summa Theologica*, rechaça a eutanásia por representar um tríplice atentado contra o amor devido a si mesmo, constituindo uma absoluta falta de caridade para consigo; contra a sociedade, enquanto símbolo do desprezo pela comunidade, e contra o direito exclusivo de Deus sobre a vida humana, consistindo uma usurpação do poder divino.⁴⁸ É nessa postura que se encontrará mais tarde lastreada a doutrina católica que prega a condenação do suicídio e a proibição da solicitude da própria morte mesmo por parte de enfermos terminais.

Durante a baixa Idade Média Thomas Morus descreve em sua *Utopia* (1516) um Estado ideal, sustentando que deveria ser oferecido aos moribundos todo tipo de cuidados e transmitida uma intensa solidariedade, ainda que, nos casos extremos, fosse recomendável pôr fim às suas vidas. Tratando-se, portanto, de mal incurável que converte-se em verdadeira carga para o indivíduo, a enfermidade não pode ser protraída por mais tempo, sendo direito do doente a libertação de uma existência que já se converteu em tortura. Mais tarde, Francis Bacon, apesar de compartilhar com Morus a defesa do auxílio ao morrer, o faz sem a exortação da execução dessa morte,

48. Cf. *Suma Teológica*, v. XIV, p. 135 e ss. Pontifica esse autor que "o homem é constituído senhor de si mesmo pelo livre arbítrio. E portanto, pode dispor livremente de si mesmo, no que respeita aos bens desta vida, governada pelo livre arbítrio humano. Mas desse livre arbítrio não depende o trânsito desta vida para outra mais feliz. Do mesmo modo, nem para fugir a quaisquer misérias da vida presente. Porque, como claro está no Filósofo, o *último* dos males desta vida e o *mais terrível* é a morte. Logo, dar-se a si mesmo a morte para fugir às misérias desta vida é praticar um mal maior para evitar um menor" (op. cit., p. 137).

instigando os médicos a desenvolverem métodos que diminuam os sofrimentos dos moribundos em seus últimos momentos.⁴⁹

O suicídio,⁵⁰ enquanto privação da vida pelo próprio indivíduo, mantém estreita ligação com a eutanásia, porquanto

49. Cf. NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel, op. cit., p. 73. Registre-se que “Thomas Morus e Francis Bacon fizeram-se verdadeiros apóstolos da eutanásia: em seu pensamento, a agonia seria tão espantoso tormento que justificaria o passamento, não apenas livre, como também obrigatório. Thomas Morus patrocinou na sua *Utopia* (Livro II, capítulo 5) o costume da eutanásia. Em seu país ideal, os magistrados e os sacerdotes seriam encarregados de apresentar aos incuráveis e sofrendores as melhores maneiras de se deixar esse mundo (...) e Bacon escrevia: ‘Sustento que o ofício do médico seja trazer saúde ou aliviar os sofrimentos e dores, não apenas quando conforto possa conduzir à cura, mas também quando possa servir para encontrar uma morte doce e calma... Pelo contrário, os médicos transformam numa espécie de escrúpulo e de religião o atormentar os doentes ainda quando as suas moléstias sejam sem esperança; na minha opinião, eles deveriam possuir habilidades para amenizar com suas mãos os sofrimentos e agonias da morte’ (MORSELLI, Enrico, op. cit., p. 21-22).

50. Etimologicamente assassinio de si mesmo (*sui et caedere*), o suicídio tem sido definido pela doutrina de modo amplo ou restrito. A interpretação estrita exclui do suicídio o sacrifício, enquanto que a ampla o considera como forma particular de sua prática. De qualquer modo, todos tomam por essencial o caráter consciente e intencional do ato (cf. PATARO, Oswaldo. *Medicina legal e prática forense*, p. 111). São duas as principais doutrinas que buscam as causas do suicídio: aquelas que as identificam com o indivíduo e as que as fundamentam no meio social. De acordo com a escola sociológica, “os suicidas são inadaptados ou desajustados no seu meio, assumindo a qualidade de vítimas de fatores sociais e econômicos ou de suas heranças mórbidas. Mercê do seu conflito permanente com a ordem geral reinante, com as leis reguladoras do procedimento comum, perdem a alegria do ser e enchem-se de revolta, de amargura interior, de desespero íntimo, cujo paroxismo os conduz à prática do seu próprio extermínio. Já a corrente patológica, biológica ou psiquiátrica enxerga em todo suicida o portador de uma anomalia psíquica e vê invariavelmente a autoquíria como um sintoma de loucura ou pelo menos como o produto de um ‘irresistível impulso mórbido’” (OLIVEIRA, Olavo. *O delito de matar*, p. 155). Entre as que buscam a explicação no próprio indivíduo, há ainda duas outras doutrinas: a psiquiátrica e a psicológica. Na conceituação do suicídio estão presentes dois elementos: um subjetivo – a vontade de morrer; e outro objetivo – a morte. No que tange ao aspecto

denota o mesmo desígnio de disposição daquele bem jurídico. Assim é que na Antigüidade, entre gregos e romanos, o suicídio era fato punível, pois era interpretado como violação de um dever para com o Estado, recaindo sobre o cadáver do suicida a pena de infâmia ou a prática de mutilação. Historicamente o suicídio foi defendido pelos estóicos, Marco Aurélio e Schopenhauer, que acreditavam tratar-se de uma manifestação do único direito incontestável do homem: o direito de dispor da própria vida. De outro lado, Platão e Aristóteles, de um ponto de vista utilitarista, o condenaram porque supunha a perda de um cidadão para o Estado.

Os teólogos cristãos, por pregarem que a vida pertence a Deus e não ao homem, acreditam que este não tem o direito de dispor de algo que não possui. É assim que, por influência de Santo Agostinho,⁵¹ o Direito canônico equiparou o suicídio

psicológico, já se afirmou que o homem não atenta contra sua própria vida senão quando esteja em delírio, alienado. Afirmando que o instinto de conservação é uma das características mais constantes da psicologia normal, muitos defendem que o suicídio pressupõe, necessariamente, um transtorno das faculdades mentais, já que equivale à vitória sobre esse instinto de conservação, apanágio da imensa maioria dos homens (PATARO, Oswaldo, op. cit., p. 112; FÁVERO, Flaminio. *Medicina Legal*, v. I, p. 257). Cumpre lembrar, porém, que nem para todos os indivíduos a estima da própria vida tem um valor tão alto, podendo desaparecer ou abrandar-se por falta de estímulos, levando o ser humano, em virtude de uma reflexão normal, a preferir, a seu sofrimento, a morte. De outro lado, há também ideais e valores superiores à própria vida. Assim, se em boa parte dos casos de suicídio faz-se presente alguma anomalia mental, é verdade também que isso não reflete a regra geral. Destarte, em verdade, "nem a tese psiquiátrica, nem a tese sociológica explicam, por si sós, a etiologia do suicídio. É este, certamente, um produto complexo de fatores *sociais* ou *exógenos* e fatores *individuais*, *endógenos* ou *psicofisiológicos*, que não são *necessariamente* patológicos" (HUNGRIA, Nelson, op. cit., p. 230).

51. Pregava esse autor que "quando lemos: 'Não matarás'; dado que entendemos que não diz respeito às plantas, porque não há nelas nenhum sentido, nem aos animais irracionais (...), porque nenhuma centelha de razão os associa a nós, que não se lhes concedeu que a tivessem em comum conosco (e por isso, por justíssima disposição do Criador, sua vida e sua morte estão

ao homicídio, privando o suicida dos sacramentos e até mesmo da sepultura eclesiástica. O Concílio de Arles (452) considerou o suicídio crime merecedor de todo furor diabólico. No mesmo sentido, os Concílios de Orleans (533) e Braga (563) prescreveram sanções para os suicidas. A proibição da sepultura vem estabelecida pela primeira vez com o Concílio de Toledo (693), transformando-se em característica do Direito canônico a partir do Código de 1917 (cânon 1240) que se manteve até o Código de 1983, quando então os suicidas não mais se incluem expressamente entre os pecadores aos quais deve ser proibida a sepultura cristã (cânon 1184).⁵²

Do mesmo modo, a legislação civil inspirou-se nos dispositivos religiosos, acrescentando penas seculares às sanções canônicas. A partir da Baixa Idade Média, o Direito consuetudinário prevê penas rigorosas, que vão desde as penas patrimoniais (geralmente confiscação de bens) até as sanções corporais. Na França, as Ordenações de São Luís (1271) determinava a perda dos bens do suicida pelos seus herdeiros em favor do soberano. Nos países de cultura germânica, a *Constitutio Criminalis Carolina* (1532), de Carlos V, instaurou um sistema de maior tolerância em relação ao suicídio, distinguindo as hipóteses em que a própria morte era dada pelo autor de um delito ou por quaisquer outros motivos (enfermidades, etc.), sendo o patrimônio do suicida conservado com seus herdeiros no segundo caso. De outro lado, as Ordenações de Luís XIV (1670) se pronunciava por uma condenação *ad perpetuam rei memoriam*, determinando que o corpo do suicida fosse arrastado pelas ruas e seus bens fossem confiscados. Em se tratando de nobres, seriam declarados plebeus e seus castelos demolidos. Por derradeiro, a *Constitutio Criminalis Theresiana* (1768) ainda

subordinadas a nossos usos), resta que entendamos em relação ao homem o preceito: 'Não matarás'; nem a outro homem nem tampouco a ti. Porque o que mata a si, não deixa de matar a um homem" (*La ciudad de Dios*, v. I, Livro I, Capítulo XX, p. 45).

52. Cf. NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel, op. cit., p. 57-58.

regulava o tratamento infamante que recaía sobre o corpo do suicida, que seria destruído “como o de uma besta sem inteligência” (artigo 9357).⁵³

Tratamento semelhante se mantém durante todo o século XVIII: não se operam alterações no Direito canônico e em muitas cidades alemãs e austríacas as legislações conservam sanções para o suicídio, entre as quais a confiscação parcial e a sepultura infamante (*Elsegebrägnis*). Já em 1764, porém, Beccaria lança as bases contra a punição do suicídio, ancorado em princípios utilitários.⁵⁴ De modo semelhante, o pensamento iluminista cuidou de condenar a inútil crueldade da punição do suicídio, exercendo grande influência sobre os julgadores da época, que aos poucos começaram a desprezar os textos jurídicos formais e acolher as novas idéias. Kant foi a única exceção à ideologia de seu tempo, ao vislumbrar o suicídio como a mais grave ofensa do homem contra si mesmo. Para o filósofo de Königsberg, a liberdade – expoente máximo da vida – não poderia ser empregada na destruição da própria existência.

A despenalização do suicídio tem lugar na Prússia, em 1790; na França, com o Código Penal de 1791; na Áustria, com o

53. Cf. NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel, op. cit., p. 59 e ss. Salienta o autor que “existe um ponto comum entre a legislação secular e o direito da Igreja, qual seja a equiparação do suicídio ao homicídio, pois o direito da Igreja reprovava a morte voluntária com lastro no princípio de que o homem é criatura de Deus e por isso não pode dispor de um bem que não lhe pertence. Todavia, na legislação secular não se trata de restabelecer o valor violado, mas a finalidade que se persegue com a dureza das penas radica exclusivamente na intimidação” (op. cit., p. 62).

54. Nesse sentido, “o suicídio é um crime que parece não poder estar submetido a qualquer tipo de pena; pois esse castigo recairia apenas sobre um corpo sem sensibilidade, ou sobre pessoas inocentes. Ora, o castigo que fosse aplicado contra os restos sem vida do culpado não produziria nenhuma impressão sobre os espectadores senão a que eles sentiriam vendo fustigar uma estátua”. Demais disso, aquele que se mata “produz menos mal à sociedade do que aquele que renuncia para sempre à sua pátria. O primeiro abandona tudo ao seu país, enquanto que o outro lhe rouba a sua pessoa e uma parte de seus bens” (*Dos delitos e das penas*, § XXXV, p. 79).

Strafgesetzbuch de 1850; na Itália, com o Código Zanardelli de 1889 e na Inglaterra, com o *Suicide Act* de 1961. No século XIX, prevalece o entendimento de que o suicídio é ato imoral e contrário à religião, mas o Direito Penal não é mais instrumento adequado para impedi-lo. Os partícipes, porém, devem ser sancionados ainda quando do suicídio frustrado. Nessa trilha, o Código Penal francês de 1810 prevê idêntica punição para o homicídio e para o auxílio ao suicídio. Os códigos anteriores à unificação italiana seguem a mesma orientação. Contudo, Carrara, representante máximo da Escola Clássica, prega a indisponibilidade da vida humana e considera o suicídio um ato reprovável e vedado pela lei natural, justificando-se sua não punição tão-somente em razão da convivência política. De seu turno, Feuerbach assinala que a antijuridicidade do suicídio reside no arrebatamento, pelo suicida, das energias que o Estado havia gasto com ele.⁵⁵

Contemporaneamente, alguns doutrinadores lançaram mão dos mais variados argumentos em defesa da descriminalização do homicídio eutanásico. Em 1884, Enrico Ferri publica obra de sugestivo nome (*L'omicidio-suicidio*) na qual defende a impunidade daquele que mata a outrem por motivos piedosos. Para Ferri, a presença do consentimento no homicídio assinala a existência de um verdadeiro e próprio *direito de morrer* e permite sua descriminalização.⁵⁶ Assim, a indisponibilidade do

55. Assim, "o que ingressa no Estado contrai o compromisso de brindar com suas forças o mesmo, e atua de forma antijurídica quando priva a este arbitrariamente dessas forças por meio do suicídio"; porém, cuidava o autor de ressaltar que "o Estado obra irracionalmente ao sancionar com pena um injusto que, caso venha a se consumir, subtrai aquele que deu causa à pena" (*Tratado de Derecho Penal*, § 241, p. 180).

56. Para Ferri, se o direito à vida "é tangível e anulável em certos casos, quer por parte do Estado (pena de morte), quer por parte de um particular (legítima defesa, estado de necessidade), tal direito também pode ser abdicado ou renunciado por parte de seu titular. Nem a família nem a sociedade têm um *verdadeiro e próprio* direito à vida de cada um de seus membros. Que a sociedade e a família tenham, em regra, *interesse* na existência de cada

bem jurídico vida é sustentável apenas do ponto de vista ético e religioso, mas não do ponto de vista do Direito. Tais considerações têm validade tanto para o homicídio eutanásico quanto para o auxílio ao suicídio, vez que essas condutas recebem tratamento análogo na obra de Ferri e são identicamente agrupadas sob a denominação de homicídio-suicídio.⁵⁷ Sua tese contribuiu para que outro positivista, Grispigni, propusesse uma modificação no Código Zanardelli com vistas a acolher a atenuação da pena nos casos de indução e auxílio ao suicídio e de homicídio com consentimento da vítima, desde que concorrente o móvel piedoso, além da possibilidade de isenção de pena por parte do juiz em determinadas situações limite. Mais tarde, o Código Rocco, de 1930, considerando as sucessivas elaborações doutrinárias sobre a justificação da morte de enfermos terminais, cede passo para o reconhecimento de uma figura autônoma de delito com pena consideravelmente mitigada (artigo 579).

Na sequência, Carl Binding, penalista alemão, e Alfred Hoche, médico psiquiatra, lançam em 1920 a importante obra *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens* (Da autorização para eliminar vidas carentes de valor vital), na qual, num ato de inconcebível extremismo, exortam a existência de um deliberado direito de matar os indivíduos cuja vida consideram desprovida de qualquer valor. Para o primeiro, invá-

um dos seus membros é inegável; mas *interesse* não é *direito*, pois que um deriva da simples *utilidade*, outro da imprescindível *necessidade*: faltando esta, inexistente o direito" (HUNGRIA, Nelson, op. cit., p. 129).

57. Hodiernamente, a teoria de Ferri apresenta-se imperfeita se considerado que "a disponibilidade incondicional do bem jurídico 'vida' conduziria à eficácia justificante do consentimento prescindindo dos motivos do autor da morte, já que para um direito penal objetivo e subjetivo como o atual não bastaria a simples lesão ao bem jurídico nem apenas a culpabilidade, devendo concorrer ambas para a punição do fato" (NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel, op. cit., p. 95-96). Mais tarde, o próprio Ferri reconheceu que o consentimento da vítima deveria ficar em segundo plano em relação aos móveis que impulsionam o autor.

lidos e doentes provocavam desgosto em todos os que os viam, e por isso deveriam ser eliminados, sem qualquer óbice de ordem religiosa, social, jurídica ou moral. “Vidas carentes de valor vital” seriam não apenas aquelas dos seres que padecem de enfermidades irremediavelmente mortais como a vida dos deficientes psíquicos, das crianças com retardo mental, dos disformes, dos que sofrem de paralisia mental progressiva e dos inconscientes irreversíveis. Essas vidas, para Binding, teriam perdido sua condição de bem jurídico, e por conseguinte não necessitariam de proteção. Hoche, corroborando esse pensamento, assinalava que chegaria um momento em que o extermínio desses “indivíduos de espírito morto” não seria crime, mas um ato útil. Desnecessário observar que a obra gerou imediata repulsa por parte da comunidade médica e jurídica alemã, mas contribuiu, de outro lado, para a aceitação da atenuação da pena ou mesmo do perdão judicial para aqueles que matassem um enfermo incurável ou demente mediante seu requerimento, movido por sentimentos de piedade.⁵⁸ De toda sorte, as idéias de Hoche influenciaram um grande número de psiquiatras alemães, o que explica o fato de que a comunidade médica tenha auxiliado Hitler quando da implementação do programa eutanásico nazista em setembro de 1939.⁵⁹

58. Cf. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, op. cit., p. 387 e ss. Adverte o autor que “as concepções de Binding não são apenas eutanásicas, mas também selecionadoras, já que ao lado da eutanásia para os enfermos irremediáveis proclama o aniquilamento dos imbecis e dementes sem cura” (op. cit., p. 388).

59. Registre-se que “o programa ‘eutanasia im weitesten Sinn’ sacrificava as crianças com malformações, retardados, idiotas, enfermos mentais, paráliticos no ‘último período de seu estado’ e todos os ‘restos humanos’ que pudessem consistir numa ‘carga econômica’ onerosa para a comunidade e mantidos com vida sem nenhuma finalidade útil, principalmente quando alguns corriam o risco de comprometer o futuro e a ‘pureza’ da raça, enquanto possíveis geradores de uma pesada e longa herança degenerativa (...). A ‘depuração’ foi tão longe e o resultado secreto foi tão atroz que a ‘campanha de eutanásia’ teve de ser interrompida por ordem do Führer ao Dr. Brandt em consequência da repulsa geral que desencadeou” (NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel, op. cit., p. 88).

Nos tempos hodiernos, alguns casos contribuíram para a vivificação do debate a respeito da eutanásia e da distinção entre o ato de “matar” e de “deixar morrer” através da desconexão de aparelhos que mantêm artificialmente a vida do moribundo. Recorde-se o famoso “processo de Liège” narra a história do casal belga que teria matado a filha recém-nascida, acometida por graves malformações nas extremidades, em decorrência de um medicamento usado pela mãe durante a gestação – a talidomida. A mãe, Suzanne Vandeputte, ministrara ao bebê, com aquiescência do pai e de outros membros da família, dose letal de tranqüilizante, causando-lhe a morte. Processados por infanticídio, a autora e os partícipes foram absolvidos pelo júri em novembro de 1962.⁶⁰ Nos Estados Unidos, destacaram-se especialmente os casos das jovens Karen Ann Quinlan, em 1975, e Nancy Cruzan, em 1990. A primeira, após a ingestão de uma mistura de drogas e álcool, mergulhou num coma profundo que levou seus pais à requererem ao Tribunal do Estado de New Jersey autorização para a desligamento das máquinas que sustentavam sua vida vegetativa. Obtida aquela permissão e desconectados os aparelhos, a jovem surpreendentemente continuou a respirar e viveu até 1985, quando veio a falecer por conta de múltiplas infecções. O caso de Karen Quinlan teve particular relevância porque como consequência “suscitou uma intensa polêmica entre especialistas e a própria opinião pública, e promoveu, com maior ou menor êxito, a reforma da legislação de alguns países em favor de certas hipóteses de eutanásia”.⁶¹

60. Tem-se, para logo, que não se trata a referida hipótese de eutanásia propriamente dita, enquanto morte piedosa, para evitar sofrimentos e acelerar o desenlace fatal, de *per se* inevitável, uma vez que a pequena Corinne, ainda que nascida sem braços como outras milhares de crianças vítimas da talidomida, estava bem viva e era perfeitamente viável. Juridicamente, perante o Direito belga, o caso constituía verdadeiro homicídio qualificado pelo emprego de veneno, sem prejuízo das circunstâncias atenuantes. A absolvição só se justificaria pela inexigibilidade de outra conduta (cf. NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel, op. cit., p. 105; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*, v. V, p. 518-519).

61. ROMEO CASABONA, Carlos María. *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, p. 443. Observe-se que imediatamente após

Nancy Cruzan, de seu turno, teve sua vida mantida artificialmente em estado vegetativo durante oito anos, como consequência de um acidente automobilístico, até que o Superior Tribunal Federal dos Estados Unidos autorizou, em 1990, a suspensão da alimentação e hidratação artificiais.⁶²

Recentemente, o Superior Tribunal norte-americano, em sentença de 25 de junho de 1997, declarou que a Constituição não reconhece o direito dos enfermos terminais a solicitar a um médico que lhes ajude a morrer – a partir dessa decisão, os diferentes Estados da União são livres para declarar ilegal essa conduta. Hoje, vinte e cinco deles contam com normas incriminadoras do auxílio ao suicídio, sendo que esse delito é equiparado ao homicídio (ou assassinato) em sete Estados. Destaque-se que o Estado de Oregon aprovou, em 1994, uma lei que autoriza o auxílio ao suicídio de pacientes nos quais tenha sido diagnosticada uma enfermidade terminal, desde que presente seu consentimento (*Oregon Death with Dignity Act*). Nessa trilha, em novembro de 1997, a Câmara de Represen-

o choque, Karen foi submetida a tratamento intensivo, que se manteve durante longo tempo, apesar de os médicos considerarem de pronto que seu quadro era irreversível. Os pais da jovem se opuseram à continuação do tratamento, solicitando aos médicos a supressão de todos os meios que mantinham artificialmente sua vida, para que pudesse “morrer com dignidade”. Segundo eles, a própria Karen ter-se-ia manifestado nesse sentido se alguma vez lhe ocorresse algo semelhante. Todavia, a equipe médica rechaçou o pedido e o processo seguiu para o Tribunal de New Jersey, que concluiu pela suspensão dos meios extraordinários de manutenção da vida vegetativa com lastro no direito constitucional à intimidade, que assegurava o controle do homem sobre sua própria vida, de modo que “o indeclinável interesse do Estado na preservação da vida humana decai quando o prognóstico do estado do paciente piora e ao mesmo tempo diminuem os efeitos da tecnologia médica, tornando-se o tratamento doloroso e invasivo” (Ibidem, p. 443).

62. Ressalte-se que a solicitação inicial dos pais de Nancy ao Tribunal Superior do Estado do Missouri foi inicialmente denegada. A sentença do Tribunal Federal baseou-se na Emenda 14 à Constituição norte-americana, que tutela a liberdade individual – considerou-se que Nancy teria preferido morrer a viver em estado vegetativo irreversível (cf. ROMEO CASABONA, Carlos María, op. cit., p. 444).

tantes daquele país decidiu celebrar um referendo sobre a citada lei para que tivesse validade em todo o território nacional.⁶³

Ao contrário do sistema norte-americano, que não prevê regras específicas para o homicídio eutanásico, alguns países permitem, de forma direta ou indireta, sua execução. Destarte, na Holanda, a eutanásia – ativa ou passiva – é considerada lícita, de modo excepcional, se perpetrada por médicos (Decreto de 17 de dezembro de 1993);⁶⁴ no Uruguai, é concedido perdão

63. Cf. NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel. *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad*, p. 243 e ss.

64. Na Holanda, até 1933, o homicídio a petição era sancionado com pena privativa de liberdade até doze anos. Não obstante a legislação, os tribunais mostravam-se bastante condescendentes com os acusados de homicídio eutanásico. É famosa a sentença do Tribunal de Leeuwarden, de 21 de fevereiro de 1973, que tomando por fundamento jurídico-penal da absolvição o estado de necessidade “psíquico” no auxílio ao suicídio não punível, estabelecia os requisitos em presença dos quais a eutanásia não seria punível (que se trate de paciente em estado terminal em razão de doença ou acidente ou que seja considerado incurável do ponto de vista médico; que o sofrimento físico ou psíquico do paciente lhe resulte subjetivamente insuportável e grave; que o paciente tenha manifestado previamente seu desejo de abandonar a própria vida; que a intervenção seja realizada por um médico). Em 1986, o grupo D-66, de centro-esquerda, apresentou proposta visando à despenalização da eutanásia. Conduta semelhante teve a coalizão governamental democrático-liberal, com um projeto de 1987. Após inúmeras discussões, o Parlamento holandês descriminalizou tanto a interrupção do tratamento quanto as condutas ativas que levam à morte de enfermos terminais, de modo que esse país tornou-se “o primeiro (e o único até agora) que permite legalmente e de forma expressa a realização da eutanásia por médicos” (ROMEO CASABONA, Carlos María, op. cit., p. 478). Entretanto, tem-se observado que “incorre num curioso paradoxo, dado que uma norma inferior – de caráter administrativo – legaliza uma prática proibida por uma norma superior – de caráter penal (...). Talvez fosse preferível que fossem estabelecidas as bases e condições de licitude ou de impunidade das hipóteses de eutanásia e de auxílio ao suicídio que se estimassem suscetíveis de justificação, tal como o estado de necessidade, que é programado para situações excepcionais” (NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel, op. cit., p. 239). Sobre o sistema holandês, vide VAN KALMTHOUT, Anton M. “Death on request: the dutch approach”. *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1996, v. 67, p. 463 e ss.

judicial ao autor de homicídio que age impulsionado por motivos piedosos e mediante súplicas da vítima (art. 37 do Código Penal uruguaio)⁶⁵ e, na Bolívia a pena inicialmente proposta para o homicídio piedoso consentido (art. 257) poderá ser substituída pelo trabalho pessoal, nos moldes do artigo 39 do Código Penal, ou ainda ser outorgado ao agente o perdão judicial.

Calha apontar, ainda, alguns exemplos de países cujos ordenamentos determinam a atenuação da pena do homicídio em razão do consentimento do ofendido. Na Itália, o denominado *omicidio del conseziente* recebeu tratamento menos gravoso que o dispensado pelo Código Zanardelli, em razão da importante influência que a petição da vítima exerce sobre a configuração do tipo de injusto (art. 579 do Código de 1930).⁶⁶ Todavia, impõe-se inadvertidamente a equiparação entre as penas desse delito e do crime de indução ou auxílio ao suicídio (art. 580). Na Alemanha, é prevista considerável mitigação da

65. Jiménez de Asúa apresenta-se como o maior defensor do método uruguaio. Pontifica o autor que “foi no Uruguai que se implantou a doutrina mais correta (...). Trata-se tão-somente de uma forma de *impunidade*, que não pressupõe *direito* algum de dar a morte ao semelhante” (op. cit., p. 376-378). Sobre a eutanásia no Uruguai, vide ALMADA, Hugo Rodríguez *et alii*. “Eutanasia y lei penal en Uruguay”. *Revista Bioética*, 1999, v. 7, n. 1, p. 121-125.

66. Na Itália, a Proposta de Lei 2.405, de dezembro de 1984, cuidou da suspensão de terapias vitais em pacientes terminais (eutanásia passiva ou ortotanásia). Por ela, os médicos ficam dispensados do tratamento de qualquer pessoa capaz que se encontre em condições terminais, salvo prévio consentimento do próprio doente. A Proposta dispõe ainda a respeito dos conceitos de situação terminal e de terapia de sustentação vital e dita normas para a comprovação da primeira e para a interrupção desta última, além de regular o procedimento da oposição à suspensão do tratamento. O projeto, porém, recebeu várias críticas, entre as quais a de que teria estabelecido uma inversão na manifestação da vontade do paciente, transformando-a em verdadeira condição *in dubio pro morte* (cf. MANTOVANI, Ferrando. “Aspetti giuridici della eutanasia”. *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1988, fasc. 2, p. 464 e ss.).

pena do delito de homicídio quando o agente conta com a petição séria e expressa do ofendido (parágrafo 216 do StGB alemão), mas a participação no suicídio permanece impune.⁶⁷ O Código Penal austríaco disciplina o homicídio consentido de modo semelhante ao estatuto alemão (parágrafo 77), reservado para a indução e o auxílio ao suicídio tratamento autônomo (parágrafo 78). Na Suíça, faz-se mister, para a atenuação da pena, além da petição séria e expressa da vítima, o móvel piedoso do agente (art. 114 do Código Penal suíço). A incitação ou indução e o auxílio ao suicídio, seja este tentado ou consumado, são punidos desde que perpetrados por motivos egoísticos (art. 115).⁶⁸

67. Do ponto de vista terminológico, tem-se evitado na Alemanha o uso da expressão “eutanásia” com vistas a sobrestar qualquer tipo de associação com as atrocidades empreendidas pelos nazistas no passado, preferindo-se falar em “auxílio a morrer” (*Sterbehilfe*). O Projeto Alternativo de Lei sobre o auxílio a morrer (*Alternativentwurf eines Gesetzes über Sterbehilfe*), de 1986, propõe a justificação da interrupção e da omissão de medidas para a conservação da vida de modo artificial, incluindo a desconexão de aparelhos de medicina intensiva (§ 214.1, n. 1). O Projeto permite ainda a suspensão do tratamento nos casos de perda irreversível da consciência, mesmo em se tratando de recém-nascidos que tenham nascido com graves deficiências (§ 214.1, n. 2). Dá-se considerável importância à vontade do paciente, admitindo-se o consentimento presumido (§ 214.1, n. 3). Também resta autorizada a interrupção de quaisquer medidas quando, de acordo com critérios médicos, a morte é iminente e o tratamento revela-se de todo inútil (§ 214.1, n. 4). A conduta do médico que ministra fármacos com o intuito de mitigar o sofrimento do doente encontra-se igualmente justificada, desde que se cuide de enfermos terminais (§ 214, a). Por fim, de acordo com o Projeto a não evitação do suicídio não se reputa antijurídica, não se aplicando essa disposição aos menores de dezoito anos, aos inimputáveis e aos deficientes mentais (§ 215) (cf. NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel, op. cit., p. 218 e ss.; ROMEO CASABONA, Carlos María, op. cit., p. 482-483).

68. A respeito do sistema suíço, afirma-se que “como a pena de prisão que é reservada para esse delito está entre o mínimo de três dias e o máximo de três anos (art. 36), e o juiz pode impor ao fato concreto inclusive a pena mínima, resulta praticamente que existe na Suíça o perdão judicial em favor do que realiza uma morte benéfica” (JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, op. cit., p. 370). Diversos projetos tendentes à legalização da eutanásia foram

Entre as legislações que consideram como causa bastante para a diminuição da pena o móvel humanitário, destaca-se o Código Penal da Colômbia (art. 326). Após várias décadas de reconhecimento da faculdade do perdão judicial para o homicídio piedoso, o atual diploma limitou-se a atenuar a pena daquele que, com o escopo de pôr fim aos intensos sofrimentos decorrentes de lesão corporal ou enfermidade grave ou incurável, dá a morte a outrem.⁶⁹ O Código português regulamenta as situações eutanásicas ora com lastro na motivação humanitária ou compassiva (art. 133),⁷⁰ ora com fulcro no homicídio consentido ou a petição (art. 134) – o que conduz a problemas de aplicação dos dispositivos, devendo-se primar pelas margens penais menores, mais favoráveis ao agente. As sanções previstas para a indução ou auxílio ao suicídio são idênticas às do homicídio a petição (art. 135). Na Polônia, é possível a redução considerável da pena prevista para o homicídio sempre que a vítima tenha solicitado a própria morte ou o autor da mesma a tenha perpetrado por compaixão – de modo que os requisitos operam alternativamente (art. 227).

Na Noruega, é possível a aplicação da pena privativa de liberdade em quantidade inferior ao mínimo previsto ou a comutação por sanção mais benéfica se o sujeito causa a morte

apresentados nesse país a partir do final da década de setenta, destacando-se entre eles a iniciativa do Executivo do cantão de Zurich que propôs a despenalização da eutanásia sempre que praticada por médico mediante a petição expressa e formal de um paciente que padeça de enfermidade incurável ou dolorosa e o projeto da associação *À propos*, que sugere a modificação do artigo 115 do StGB suíço com vistas a acolher a interrupção voluntária da vida, mediante petição séria e insistente do enfermo, em se tratando de moléstia incurável e irreversível. A iniciativa, porém, foi rechaçada por unanimidade pelo Parlamento Federal em 1979, que a considerou incompatível com a ordem jurídica suíça (cf. ROMEO CASABONA, Carlos María, op. cit., p. 479).

69. A respeito do homicídio eutanásico no Código colombiano, vide GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando. *El homicidio*, t. II, p. 85 e ss.

70. Sobre o homicídio piedoso no sistema português, vide FERREIRA, Amadeu. *Homicídio privilegiado*, p. 64-68.

de um enfermo incurável ou o ajuda a suicidar-se (art. 235 do Código Penal norueguês). Na Dinamarca, se a morte é consentida e se operam móveis humanitários, a pena é de detenção de, no mínimo, sessenta dias (art. 239), mas o homicídio perpetrado com fins piedosos sem a petição da vítima é reprimido com as mesmas sanções previstas para a figura simples. Já se o crime é mediado pelo consentimento do moribundo, ainda que ausente o escopo altruístico, a pena é sensivelmente mitigada e equivale à do auxílio ao suicídio (art. 240 do diploma dinamarquês).⁷¹ O Código argentino não dispõe de qualquer previsão relativa ao homicídio consentido ou piedoso, referindo-se apenas aos móveis altruístas como atenuantes da pena (art. 41.2.º) e sancionando a instigação ou auxílio ao suicídio, seja este consumado ou tentado (art. 83).⁷² No Peru, consentimento e motivação humanitária atenuam a pena do homicídio simples, ao mesmo tempo em que aquele que mata um enfermo incurável, mediante sua expressa petição, é sancionado com privação de liberdade não superior a dois anos (art. 112).

O atual diploma espanhol aponta como requisitos a petição expressa, séria e inequívoca do enfermo e a presença de

71. Nessa trilha, já se assinalou que "se o auxílio ao suicídio tem motivos piedosos, praticamente existe o perdão, e inclusive ele é outorgado, já que a pena de sessenta dias é insignificante quando se cuida da morte de um ser humano, no caso de homicídio consentido" (JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, op. cit., p. 370). A respeito da eutanásia na Dinamarca, particularmente sobre a aprovação de uma lei, em 1992, que autoriza a recusa de pacientes a tratamentos vitais, vide HOLM, Soren. "Legalizar a eutanásia? Uma perspectiva dinamarquesa". *Revista Bioética*, 1999, v. 7, n. 1, p. 101-106.

72. Ressalte-se, porém, que em 1937, foi apresentado à Câmara dos Deputados desse país Projeto de Código Penal que estabelecia privilégio para o autor de homicídio que fosse movido por sentimento de piedade ante a dor física da vítima, desde que as circunstâncias evidenciassem a inutilidade de todo auxílio para salvar sua vida (art. 117.2). Mais tarde, em 1941, novo Projeto, sob a rubrica "homicídio-suicídio", atenuava consideravelmente a pena do autor que obrasse compelido por móveis piedosos e mediante o consentimento do interessado (art. 114) (cf. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, op. cit., p. 379-380).

enfermidade grave e de risco mortal ou que produza graves e insuportáveis padecimentos (art. 143.4).⁷³ Na Austrália, os diferentes territórios editaram leis que possibilitam ao paciente recusar-se a receber tratamentos médicos e que concedem validade às declarações feitas em vida por enfermos terminais que não querem se ver submetidos a medidas extraordinárias de manutenção da vida.⁷⁴ Na Inglaterra, foram apresentados, em 1936 e 1973, projetos de lei tendentes à descriminalização da eutanásia – todos, porém, sucessivamente recusados pela Câmara dos Lordes. Na França, o atual Código Penal não faz qualquer referência à eutanásia ou a quaisquer causas de

73. A atual regulamentação veio a solucionar a problemática suscitada pelo Código anterior, que além de prever uma figura híbrida de homicídio-suicídio (espécie de auxílio ao suicídio em que a morte era executada por um terceiro), cominava penas idênticas para essa conduta e o homicídio simples, postura reiteradamente criticada pela doutrina (vide, a respeito, ROMEO CASABONA, Carlos María, op. cit., p. 458-459). Dispõe o novo texto que “aquele que causar ou cooperar ativamente com atos necessários e diretos para a morte de outrem, mediante petição expressa, séria e inequívoca deste, no caso de que a vítima sofra de uma enfermidade grave que conduziria necessariamente à sua morte, ou que produza graves padecimentos permanentes e difíceis de suportar, será castigado com pena inferior em um ou dois graus àquelas cominadas nos números 2 e 3 desse artigo” (art. 143.4). A não referência da lei às formas omissivas de eutanásia tem sido entendida pela doutrina como equivalente à sua impunidade. Assim, a respeito do atual sistema, já se assinalou que “parecem dignas de elogio (...) a despenalização da eutanásia passiva e a atenuação da pena prevista para a eutanásia ativa” (CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal español*, v. I, p. 142).

74. A denominada Lei dos direitos dos enfermos terminais foi aprovada pelo Parlamento do Território do Norte em 24 de maio de 1995 e entrou em vigor em primeiro de julho do mesmo ano. Essa lei permite que doentes terminais submetidos a graves sofrimentos físicos e mentais solicitem auxílio para que lhes seja praticada a eutanásia, desde que sejam maiores de dezoito anos, que se trate de moléstia incurável e que o agente esteja imbuído do propósito de aliviar sua angústia e dor. A pressão de associações de cidadãos pró-vida e da Igreja, porém, fez com que a citada lei fosse derogada pelo Parlamento australiano por 38 votos contra 33 (cf. NÚÑEZ PAZ, Ángel Miguel, op. cit., p. 251).

atenuação da pena do homicídio – consentimento ou móvel piedoso.⁷⁵ O auxílio ao suicídio permanece impune, havendo previsão de pena tão-somente para as hipóteses de provocação e de indução (arts. 223.13 e 223.14). De igual modo, o Código Penal canadense não acolhe previsão a respeito da eutanásia, dispondo expressamente que “nenhuma pessoa tem o direito de que se lhe cause a morte e, por conseguinte, o consentimento não afeta a responsabilidade penal da pessoa que causa a morte de quem consente” (art. 14). O móvel humanitário só deve ser considerado quando for possível aferir que o agente tenha sido acometido por um transtorno mental transitório.⁷⁶ No Japão, a indução e o auxílio ao suicídio são sancionados com a mesma pena do homicídio mediado pelo consentimento da vítima (art. 202). O Código Penal chileno e os Códigos dos diferentes Estados da República mexicana não dispõem de qualquer regulamentação jurídica sobre o instituto da eutanásia, sendo previstas sanções apenas para a participação no suicídio de outrem.

No Brasil, os sucessivos diplomas que regeram a vida da colônia e do Império durante os séculos XVI, XVII e XVIII foram unânimes em reservar severas sanções ao delito de homicídio, sem qualquer menção aos motivos que compelissem o agente à sua prática ou à existência de anuência ou de petição por parte da vítima, com o que é possível concluir que recebia o homicídio eutanásico o mesmo tratamento da figura simples.

75. Todavia, impõe destacar, por oportuno, que foi objeto de discussão a “Proposta de Lei relativa ao direito de viver a própria morte”, apresentada ao Senado francês em 1978 pelo senador Caillavet. Sobre o homicídio eutanásico na França, vide CHARLES, Raymond. *Peut-on admettre l'eutanásie?*, p. 85 e ss.

76. Registre-se que a Comissão de Reforma do Direito do Canadá propôs, em 1983, a legalização da interrupção do tratamento de enfermos terminais em termos bastante amplos, inclusive nos casos em que o paciente não pode consentir (estados de inconsciência ou de incapacidade), além de submeter às sanções do Código Penal o médico que continua a terapia contra a vontade do doente (cf. ROMEO CASABONA, Carlos María, op. cit., p. 483).

Note-se ainda que as Ordenações Afonsinas⁷⁷ (1446), Manuelinas⁷⁸ (1521) e Filipinas⁷⁹ (1603) não incriminavam o suicídio, mas também não puniam a conduta daqueles que o induzissem, instigassem ou auxiliassem.

Manteve o Código Criminal do Império postura semelhante ao não estabelecer preceito que atenuasse a pena do homicídio perpetrado por motivos altruísticos, embora elencasse entre as circunstâncias atenuantes “ter o delinquente commettido o crime para evitar maior mal” (art. 18, § 2.º). A pena capital, amplamente empregada nas Ordenações, passa a ser reservada apenas para o homicídio perpetrado em alguma das circunstâncias agravantes descritas no referido estatuto. Importa pôr em destaque que o Código de 1830 foi o primeiro a incriminar o auxílio ao suicídio, tratando-o porém no mesmo capítulo reservado ao delito de homicídio.⁸⁰

77. Ordenações Afonsinas, Livro V, Título XXXIII (*Do que mata, ou fere na Corte, ou arrededor della*): “I. (...) todo aquel, que homem matar, hu El Rey estiver, ou huã legoa arredor, ou sacar cuitello, ou espada, ou outra arma qualquer contra alguem, e nom ferir com ella, que lhe cortem o dedo polegar, e deitem-no de toda sua terra fora pera todo o sempre: e se ferir, cortem-lhe a mão, e deitem-no fora da terra pera sempre: e se matar, que moíra porem; e que nenhuu dos que estas cousas fezerem nom se possa escusar de seu inimigo”.

78. Ordenações Manuelinas, Livro V, Título X (*Do que mata ou fere na Corte, ou em qualquer parte do Reyno, ou tira arma na Corte...*): “Qualquer pessoa que outrem matar, ou mandar matar, moura por ello morte natural”.

79. Ordenações Filipinas, Livro V, Título XXXV (*Dos que matão, ou ferem, ou tirão com Arcabuz, ou Bésta*): “Qualquer pessoa que matar outra, ou mandar matar, morra por ello morte natural”.

80. Código Criminal do Império, Título II (*Dos crimes contra a segurança individual*), Capítulo I (*Dos crimes contra a segurança da pessoa e vida*), Seção I (*Homicídio*): “Art. 192. Matar alguém com qualquer das circunstancias aggravantes mencionadas no artigo dezesseis (...) – Penas – de morte no grão maximo; galés perpetuas no médio; e de prisão com trabalho por vinte annos no minimo; Art. 193. Se o homicidio não tiver sido revestido das referidas circunstancias aggravantes: Penas – de galés perpetuas no grão maximo, de prisão com trabalho por doze annos no médio, e por seis no

O Código Penal de 1890 não operou maiores alterações, tendo estabelecido aquela mesma previsão genérica para atenuação da pena (art. 46, § 6.º). O homicídio eutanásico, portanto, continua sendo sancionado com os mesmos rigores do homicídio simples. Acrescenta-se à figura do auxílio ao suicídio a incriminação da indução e o delito passa a ser tratado em capítulo próprio, além de lhe serem cominadas penas mais brandas que no diploma anterior.⁸¹ A Consolidação das Leis Penais, de 1932, não trouxe alterações no tocante à matéria. Foram mantidos os mesmos tipos e margens penais do Código de 1890.

O Código Penal de 1940 inaugurou novo tratamento ao prever hipótese de diminuição de pena para o agente que comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral (art. 121, § 1.º). É o primeiro Código a considerar os móveis nobres que impulsionam a conduta com vistas à atenuação da sanção. A Exposição de Motivos aponta como exemplo de motivo de relevante valor moral “a compaixão ante o irremediável sofrimento da vítima (caso do homicídio eutanásico)” (n. 39). Em que pese a louvável atitude do legislador ao albergar semelhante figura, quadra registrar que o Projeto Sá Pereira, apresentado em 1928, incluía entre as circunstâncias atenuantes genéricas haver o agente cedido “à piedade, provocada por situação de irremediável de sofrimento em que estivesse a vítima, e às suas súplicas” (art. 130, IV); ao mesmo tempo em que previa, no dispositivo referente ao homicídio, que “àquele

minimo; Art. 196. Ajudar alguém a suicidar-se, ou fornecer-lhe meios para esse fim com conhecimento de causa: Penas – de prisão por dois a seis annos”.

81. Código Penal de 1890, Título X (*Dos crimes contra a segurança de pessoa e vida*), Capítulo I (*Do homicidio*): “Art. 294. Matar alguém: § 1.º. Se o crime fôr perpetrado com qualquer das circumstancias aggravantes mencionadas (...): Pena – de prisão celllular por doze a trinta annos; § 2.º. Se o homicidio não tiver sido aggravado pelas referidas circumstancias: Pena – de prisão celllular por seis a vinte e quatro annos”; Capítulo III (*Do suicidio*): “Art. 299. Induzir, ou ajudar alguém a suicidar-se, ou para esse fim fornecer-lhe meios, com conhecimento de causa: Pena – de prisão celllular por dois a quatro annos”.

que matou alguém nas condições precisas do artigo 130, IV, descontar-se-á por metade a pena de prisão em que incorrer, podendo o juiz convertê-la em detenção” (art. 189). Esse projeto apresentava-se visivelmente mais preciso que o de Alcântara Machado, porquanto assinalava como requisitos para a atenuação da pena o móvel piedoso do agente, em tudo mais adequado que a genérica expressão “motivo de relevante valor moral”; a existência de petição por parte da vítima e o sofrimento desta, perfeitamente adaptável às situações agônicas relacionadas à iminência da morte – todas estas condições indispensáveis para que se perfaça o homicídio eutanásico.

O Código Penal de 1969, que nunca entrou em vigor, disciplinava de modo quase idêntico ao diploma de 1940 o homicídio piedoso – apenas, com vistas a abolir discussões doutrinárias, registrava expressamente cuidar-se essa circunstância de hipótese de atenuação facultativa da pena.⁸²

Com o atual Código Penal o induzimento, a instigação ou o auxílio ao suicídio são punidos apenas se o ato se consuma ou se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave, sendo a pena duplicada se o crime é praticado por motivo egoístico ou se a vítima é menor ou tem por qualquer razão diminuída sua capacidade de resistência (art. 122). Nesse âmbito, é mister apontar que o Código de 1969 propunha diversa solução ao distinguir entre provocação direta (induzimento ou instigação) e indireta (por meio de maus tratos) e ao fixar o móvel egoísta e a debilidade da vítima como circunstâncias agravantes previstas na Parte Especial.⁸³

82. Código Penal de 1969, Título I (*Dos crimes contra a pessoa*), Capítulo I (*Dos crimes contra a vida*): “Homicídio: Art. 120. (...) Minoração facultativa da pena: § 1.º. 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 à injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena, de um sexto a um terço”.

83. Código Penal de 1969: “Provocação direta ou auxílio ao suicídio: Art. 122. Instigar ou induzir alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para

Em 1984, a Lei 7.209 promoveu a reformulação da Parte Geral do Código Penal, mas o Anteprojeto de Reforma da Parte Especial não chegou a ser aprovado. Essa proposta, de maneira inovadora, isentava de pena “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” (art. 121, § 3.º).⁸⁴ Malgrado a imprecisão da expressão “antecipa morte iminente e inevitável”, que dava margem à confusão dos conceitos de eutanásia ativa e passiva, o Anteprojeto revelou-se eficiente fonte de debates sobre a questão e de clamores por uma impostergável modernização da legislação. Bem por isso que foi objeto de modificação posterior, ao converter-se em Projeto. O artigo 121, § 3.º, passou a prescrever que “não constitui crime deixar de manter a vida de alguém, por meio artificial, se previamente atestada, por dois médicos, a morte como iminente e inevitável, e desde que haja consentimento do doente ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge ou irmão”.

O trabalho, publicado, foi revisto pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, mas jamais foi encaminhado ao Congresso Nacional. Mais tarde, em 1994, o projeto foi levado adiante e recebeu o nome de Esboço de Anteprojeto de Código Penal – Parte Especial.

que o faça, vindo o suicídio a consumir-se: Pena – reclusão, de dois a seis anos. Agravação de pena: § 1.º. Se o crime é praticado por motivo egoístico, ou a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer motivo, a resistência moral, a pena é agravada. Provocação indireta: § 2.º. Com detenção de um a três anos, será punido quem, desumana e reiteradamente, inflige maus tratos a alguém, sob sua autoridade ou dependência, levando-o, em razão disso, à prática do suicídio. Redução de pena: § 3.º. Se o suicídio é apenas tentado, e da tentativa resulta lesão grave, a pena é reduzida de um a dois terços”.

84. Sobre a eutanásia no Anteprojeto de Reforma da Parte Especial de 1984, vide COSTA JR., Paulo José. “A ajuda a morrer”. In: BARRA, Rubens Prestes; ANDREUCCI, Ricardo Antunes (coord.). *Estudos jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel*, p. 299 e ss.

Em 1997 instituiu-se nova comissão que, com lastro no Projeto de 1984 e no Esboço de 1994, elaborou proposta na qual o homicídio eutanásico era disciplinado de modo singular. O Anteprojeto de Código Penal – Parte Especial, de 1998, sob a rubrica “eutanásia”, concedia tratamento privilegiado para o autor de homicídio que “agiu por compaixão, a pedido da vítima, imputável e maior, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável, em razão de doença grave” (art. 121, § 3.º), ao mesmo tempo em que excluía a ilicitude da conduta de “deixar de manter a vida de alguém por meio artificial, se previamente atestada por dois médicos a morte como iminente e inevitável, e desde que haja consentimento do paciente, ou na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão” (art. 121, § 4.º). A própria Exposição de Motivos cuidava de distinguir as formas de eutanásia contempladas no texto, dispondo que “essa figura (*o art. 121, § 4.º*) corresponde à ortotanásia”, ao passo que tratamento privilegiado era dispensado à eutanásia ativa direta “a fim de a individualização da pena considerar pormenores relevantes”.

Por derradeiro, no atual contexto, nova proposta veio a lume. O Anteprojeto de Reforma da Parte Especial do Código Penal de 1999 fixa sanções ainda mais brandas que o anterior para a eutanásia ativa direta, desde que seja o autor cônjuge, companheiro, ascendente, descendente, irmão ou pessoa ligada por estreitos laços de afeição à vítima, e tenha agido “por compaixão, a pedido desta, imputável e maior de dezoito anos, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável, em razão de doença grave e em estado terminal, devidamente diagnosticados” (art. 121, § 3.º). No que tange à hipótese de exclusão da ilicitude – ortotanásia – houve pequena alteração quanto à ordem estabelecida para concessão do consentimento subsidiário entre os familiares, dando-se preferência ao cônjuge e ao companheiro em detrimento dos ascendentes e descendentes do moribundo (art. 121, § 4.º).

IMPLICAÇÕES ÉTICAS FUNDAMENTAIS

SUMÁRIO: 3.1 Limitações do dever de conservar a vida – 3.2 Princípios éticos aplicáveis – 3.3 Relação médico-paciente terminal.

3.1 LIMITAÇÕES DO DEVER DE CONSERVAR A VIDA

Desde que os avanços tecnológicos modernos forneceram aos médicos a capacidade de prolongar artificialmente a vida de pacientes severamente doentes, mesmo quando a cura não mais é possível e uma parada cardíaca final é inevitável, o controle médico com relação ao tempo e à forma de morrer aumentou acentuadamente.¹ Embora não se trate de uma questão presente em todos os casos, freqüentemente os médicos se encontram em circunstâncias nas quais têm que decidir se devem continuar a lutar contra a morte iminente com todos os meios cirúrgicos e técnicas de que dispõem.

No âmbito da profissão médica sempre se impôs a obrigação de defender a vida a qualquer custo, utilizando-se de todas as vias legítimas de que dispõe. A busca pela sobrevivência sempre foi seu objetivo maior. Contudo, é prudente não olvidar

1. Cf. GRENVIK, Ake *et alii*. "Suspensão do tratamento na doença terminal e morte cerebral". In: LANE, John Cook (coord.). *Reanimação*, p. 154.

que a vida física não é o único e maior de todos os bens, a ponto de converter-se em dever a sua conservação a todo preço e em qualquer situação, nem a morte é um mal absoluto e definitivo, de modo que não se possa enfrentá-la com um sentido transcendente da existência humana.²

De primeiro cumpre salientar que é muito difundido e aceito pelos moralistas o princípio segundo o qual não é obrigatório, para a conservação da vida, o recurso a meios extraordinários de prolongamento das funções vegetativas, bastando para tanto que sejam empregados meios ordinários. Tendo em vista o avanço das terapias médicas, e a conseqüente dificuldade em se delimitar o conceito de meios extraordinários, tem-se preferido a distinção entre meios proporcionados e desproporcionados, que leva em consideração os aspectos particulares relativos ao paciente terminal,³ à reversibilidade de sua moléstia. Ainda que preferível a adoção do segundo binômio, o primeiro ainda se reveste de utilidade, se corretamente empregado;

2. Cf. BASSO, Domingo. *Nacer y morir com dignidad – Bioética*, p. 434.

3. A respeito do conceito de paciente terminal, aponta-se que “é historicamente relacionado com o século XX, por causa da alteração das trajetórias das doenças, que em outras épocas eram fulminantes. Hoje, observa-se uma cronificação das doenças, graças ao desenvolvimento da medicina, da cirurgia e da farmacologia. Muitas doenças ainda não têm cura, como alguns tipos de câncer, Aids e moléstias degenerativas, mas em muitos casos pacientes vivem muitos anos e necessitam de cuidados constantes. O doente passa por vários estágios desde o diagnóstico, os tratamentos, a estabilização, a recidiva e o estágio final da doença. O rótulo ‘paciente terminal’ é, muitas vezes, usado de uma forma estereotipada com pacientes que apresentam doenças com prognóstico reservado, mesmo que estejam em fase de diagnóstico e de tratamento. Podemos exemplificar com o caso do câncer, em que se passa a denominar, em qualquer fase da doença, o paciente oncológico como paciente terminal. O problema desse rótulo é a estigmatização do paciente, que vê-se inserido naquela situação em que se diz: ‘*não há mais nada a fazer*’, e em que a morte é iminente. Esta situação pode provocar uma série de outros problemas, num efeito halo” (KOVÁCS, Maria Júlia. “Autonomia e o direito de morrer com dignidade”. *Revista Bioética*, 1998, v. 6, n. 1, p. 63).

ademais, um e outro, desde que relacionados ao caso concreto, devem sempre estar vinculados ao conceito valorativo de *qualidade de vida*, que, livre de toda consideração economicista, busca, em atendimento às atuais condições de vida de um paciente determinado comparadas com as que ele julgue aceitáveis ou desejáveis ou com as que lhe resultem efetivamente possíveis, melhorar essas condições em função de seu próprio benefício ou bem-estar.⁴

Assim, muitos questionamentos surgem para abalar o princípio segundo o qual a Medicina deve perseguir a vida incondicionalmente. Um paciente clinicamente morto de modo irreversível, posteriormente submetido a reanimação, deve ser assistido indefinidamente, ou, após um determinado momento, é mais prudente deixar que se opere sua morte biológica e completa, desligando-o dos instrumentos reanimadores, para que seja socorrido outro paciente que, com os mesmos aparatos, pode vir a recuperar-se e sobreviver? Em cada caso particular deverão, portanto, ser valorados os meios disponíveis, para que sejam ditos ordinários ou extraordinários, através da comparação das espécies de terapia, do grau de dificuldade e do risco que comportam; dos gastos necessários e da possibilidade de sua aplicação e resultados esperados, mas sempre levando em consideração as condições do enfermo e suas forças físicas e morais. Hodiernamente, alteraram-se não apenas as técnicas médicas, mas também a situação social e os sistemas de cooperativas, que facilitam o acesso a esses novos meios e aparatos. Desse modo, os questionamentos atuais circunscrevem-se menos à viabilidade do uso de meios ordinários e extraordinários de reanimação do que à oportunidade de seu emprego. Fala-se hoje em uma Medicina da relação custo-benefício.

Se é verdade que os progressos médicos agregam vantagens para a vida cotidiana, é correto dizer também que por vezes

4. Cf. BLANCO, Luis Guillermo. *Muerte digna: consideraciones bio-ético-jurídicas*, p. 37.

implicam conseqüências negativas, paradoxais e indesejáveis, tais como o suposto prolongamento da vida nas unidades de terapia intensiva a todo custo, nas quais o desejo humano de combater a morte culmina com a expropriação da própria existência, com baixa qualidade de vida e altos custos, emotivos e econômicos. É assim que, excedendo seus limites técnicos (proporcionados) e deontológicos (superar as enfermidades e eventos críticos, buscando a vida plena para o paciente), a manutenção artificial da vida nas UTIs, na grande maioria dos casos, em que os doentes já não apresentam mais qualquer possibilidade de cura, transformou-se na extensão exagerada e sem sentido do processo de morte (distanásia), vale dizer, no cruel e desacertado prolongamento da agonia dos pacientes terminais, internados e submetidos a procedimentos dolorosos e fúteis, para que apenas sobrevivam a custa de seu isolamento e sofrimento desnecessários (obstinação terapêutica).⁵

Agregue-se a isso o contexto de uma cultura medicalizada, que procura negar a morte, erigindo-a à categoria de mal absoluto, o que conduz a abusos de onipotência médica. Ademais, a formação dos profissionais da Medicina lhes impõe

5. Cf. BLANCO, Luis Guillermo, op. cit., p. 64. Acrescenta o autor que “amparar um moribundo não é necessariamente saturá-lo de tecnologias, intensificando assim sua agonia, sobretudo se o tratamento da ansiedade e da dor – em suas dimensões física, psíquica e espiritual – resulta deficiente” (op. cit., p. 80). Nessa trilha, mister observar que “a diferença entre dor e sofrimento tem um grande significado no trato com pacientes terminais. Um dos principais perigos em negligenciar esta distinção no contexto clínico é a tendência dos tratamentos se concentrarem somente nos sintomas físicos, como se estes fossem a única fonte de angústia do paciente. Além disso, permite continuar agressivamente com tratamentos médicos fúteis, na crença de que enquanto o tratamento protege os pacientes da dor física igualmente os protege de todos os outros aspectos. Em outras palavras, a distinção obriga a perceber que a disponibilidade de tratamento da dor em si não justifica a continuação de cuidados médicos fúteis. A continuação de tais cuidados pode simplesmente impor mais sofrimentos para o paciente terminal” (PES-SINI, Léo. “Distanásia: até quando investir sem agredir?” *Revista Bioética*, 1996, v. 4, n. 1, p. 37).

o dever de prolongar a vida e vencer a morte, vislumbrando-a não como um processo natural, mas um fracasso do conhecimento e da tecnologia médica. Logo, se a morte significa derrota, a obstinação terapêutica aparece como providência lógica e obrigação a que não se pode furtar o médico.⁶ De outro lado, fatores de ordem econômica e as ilusões geradas pela indústria e pela propaganda de serviços médicos (v.g., que a tecnologia médica de ponta pode sempre evitar a morte), são razões que incrementam o pensamento errôneo segundo o qual a morte é um episódio isolado do contexto de uma enfermidade crônica potencialmente incurável. Por conseguinte, a obstinação terapêutica é um fenômeno sócio-cultural com causas plúrimas – a medicalização da vida; as desmesuradas expectativas de cura que a Medicina engendra na sociedade, a carência de educação tanatológica dos médicos, as perspectivas derrotistas quanto à

6. A esse respeito, os bioeticistas são unânimes em apontar que a morte deveria ser integrada aos objetivos da Medicina, como ponto final dos cuidados médicos, e não ser considerada como uma falha da atuação médica. Caso isso ocorresse, “a realidade da morte como parte de nossa vida biológica seria vista não como uma nota discordante na busca da saúde e bem-estar, mas como um ponto final previsível de sua atuação (...). Sob este enfoque, a morte não seria tratada somente como um mal necessário e uma falha científica a ser corrigida em questão de tempo. A aceitação e a compreensão da morte seriam parte integrante do objetivo principal da medicina: a busca da saúde” (PESSINI, Léo, op. cit., p. 33; vide nesse sentido também KOVÁCS, Maria Júlia. “Autonomia e o direito de morrer com dignidade”. *Revista Bioética*, 1998, v. 6, n. 1, p. 61 e 66). Nessa trilha, vislumbram-se “centenas ou talvez milhares de doentes hoje jogados a um sofrimento sem perspectivas em hospitais, sobretudo nas suas UTIs e emergências. Não raramente, acham-se submetidos a uma parafernália tecnológica, que não só não consegue minorar-lhes a dor e o sofrer, como ainda os prolonga e os acrescenta inutilmente. Quando a vida física é considerada o bem supremo e absoluto, acima da liberdade e da dignidade, o amor natural pela vida se transforma em idolatria. A medicina promove implicitamente esse culto idólatra da vida, organizando a fase terminal como uma luta a todo custo contra a morte” (HORTA, Márcio Palis. “Paciente crônico, paciente terminal, eutanásia: problemas éticos da morte e do morrer”. In: ASSAD, José Eberienos (coord.). *Desafios éticos*, p. 228).

superveniência da morte, motivos econômicos e até mesmo o desejo de experimentação com pacientes terminais, total ou parcialmente inconscientes.⁷

7. No tocante à experimentação com pacientes crônicos, já se propôs a utilização de mulheres nas quais se verificou a morte cerebral como “incubadoras”, através de fecundação *in vitro* e posterior transferência intrauterina dos embriões. Far-se-ia, assim, um “melhor uso dos cadáveres vivos”, para logo depois destiná-los à extração dos órgãos para transplantes. A respeito, condenam-se “os efeitos que tal experiência teria sobre o ser humano, ao inteirar-se (caso a gravidez chegue a termo em condições normais) que foi gestado por uma morta cerebral, que além do mais não era sua mãe biológica (genética); fora as questões atinentes à dignidade humana e ao respeito ao corpo humano em estado vegetativo persistente, entre outros problemas” (BLANCO, Luis Guillermo, op. cit., p. 71, nota 175). Hipótese bastante diversa é da implementação e manutenção técnicas do suporte vital em mulheres grávidas às quais sobrevém a morte cerebral, com vistas a que o feto prossiga evoluindo, até que possa nascer (através de cesariana), o que já permitiu o geração de crianças normais. Tal procedimento, observadas determinadas condições (tempo de gestação, estimativa das possibilidades de sobrevivência do feto *in utero* e da futura evolução do mesmo até o nascimento), pode ser considerado aceitável do ponto de vista ético. O Código de Ética Médica brasileiro dispõe, em seu art. 130, que é vedado ao médico “realizar experiências com novos tratamentos clínicos ou cirúrgicos em paciente com afecção incurável ou terminal sem que haja esperança razoável de utilidade para o mesmo, não se impondo sofrimentos adicionais”. A proibição, contudo, deve ser interpretada com restrições. Assim é que no caso de um paciente com Aids, em fase terminal, é válida a experimentação com novas drogas recém descobertas que indicam ação inativadora sobre o vírus causador da doença, desde que haja expresso consentimento de seu representante legal, do mesmo modo que nada obsta a realização de uma operação inovadora em paciente com tumor cerebral de localização ainda inacessível por técnicas consagradas. De outro lado, porém, não há que se admitir, em pacientes com leucemia terminal, para os quais as terapias citostáticas (químio e radioterapia) já se mostram inoperantes, a efetuação de transfusões sanguíneas com vistas a uma sobrevida de alguns dias apenas, e tampouco permitir que em enfermos com câncer nos ossos seja implantado sistema de prótese ainda não testado para o tratamento cirúrgico das fraturas, tendo em vista que provavelmente lhe restarão somente algumas semanas de vida (cf. COUTINHO, Léo Meyer. *Código de Ética Médica comentado*, p. 141-142). Importante lembrar que “não se trata de uma rejeição da ciência e tecnologia, reconhece-se a legitimidade de recorrer a tratamentos experimentais, mas a

Acrescente-se ainda a esses motivos o temor dos médicos de que sejam chamados à responsabilidade jurídica e profissional pela superveniência do resultado morte. É preferível a futilidade médica à prática da ortotanásia, que os legaria conseqüências demasiado gravosas, quais sejam a perda da licença profissional, a obrigação de reparar os danos causados e o cumprimento de sanções penais. A desconfiança por parte dos médicos origina-se sobretudo em sua falta de preparo quanto às imprevisíveis conseqüências jurídicas de sua atuação em determinados casos graves, quando não existe vínculo com o paciente e seu grupo familiar – fenômeno altamente negativo, que se denomina “despersonalização do tratamento hospitalar”.⁸ A ruptura da relação médico-paciente conduz à prática frequente de uma “Medicina defensiva”, consistente no estudo e análise aprofundados dos casos e na realização de testes muitas vezes desnecessários com vistas a fazer prova de uma boa atuação médica. Do mesmo modo, em relação aos pacientes terminais, o temor dos médicos em serem demandados conduz ao implemto de tratamentos inúteis e à prática da distanásia, de modo a que se diga que todo o possível foi feito.

É comum, porém, que a ética médica condene a eutanásia, ativa ou passiva, mas não proíba expressamente a ortotanásia. Nessa trilha, dispõe o Código de Ética Médica brasileiro (Resolução 1.246/88 do Conselho Federal de Medicina) que é vedado ao médico “utilizar, em qualquer caso, meios destinados a abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal” (art. 66). Recorde-se que não se confundem os procedimentos empregados para encurtar o curso vital com a ortotanásia, na qual o que se busca é tão-somente suprimir os meios extraordinários e desproporcionados que mantêm inutilmente vivo o enfermo terminal (distanásia).

partir de um critério bem definido: existência de uma esperança razoável de que o tratamento será útil para o próprio doente e que este não sofrerá desnecessariamente” (PESSINI, Léo, op. cit., p. 40).

8. BLANCO, Luis Guillermo, op. cit., p. 72.

Assim é que a ética médica não veda a supressão, pelo médico, dos meios artificiais para manutenção da vida, embora da redação do artigo não se possa apreender que admita-se a eutanásia passiva.⁹ Ocorre que não se considera lícito o emprego de “meios destinados a abreviar a vida do paciente”, e como na eutanásia por omissão, como já se expôs, a abstenção dos meios ordinários de manutenção da vida vegetativa importa, ainda que indiretamente, a diminuição do curso vital, que prosseguiria ou até mesmo evoluiria caso não se procedesse àquela privação, tem-se que também não admite o Código de Ética Médica a sua prática.¹⁰

De outro lado, prescreve o Código que “salvo por justa causa, comunicada ao paciente ou seus familiares, o médico não pode abandonar o paciente por ser este portador de moléstia crônica ou incurável, mas deve continuar a assisti-lo ainda que

9. Cf. COUTINHO, Léo Meyer. *Código de Ética Médica comentado*, p. 78. Pontifica o autor que “o médico não pode manter a vida artificialmente, apenas vegetativa, quando o organismo do paciente não tenha condições de mantê-la por seus próprios meios. É claro que estou me referindo a pacientes terminais. Não é o caso daquele que momentaneamente pode apresentar uma parada cardíaca, ou respiratória, ou em estado de choque, situações em que o paciente possa ser recuperado e novamente devolvido às condições de sobrevivência, como nos acidentes com hemorragias de vulto, traumatismos cranianos etc. Naqueles casos, ouvidos os familiares, é perfeitamente válido desligar o respirador artificial, ou deixar de administrar sangue, ou medicamentos que prolonguem apenas por mais algumas horas ou dias uma vida vegetativa, sem possibilidade de voltar a relacionar-se com o meio” (op. cit., p. 165).

10. No mesmo sentido do texto brasileiro, o Código de Ética Médica do Uruguai, de 1995, após considerar que “a eutanásia ativa é contrária à ética da profissão” (art. 42), dispõe que “em caso de morte encefálica o médico não tem obrigação ética de empregar técnicas, fármacos ou aparatos cujo uso apenas serve para prolongar esse estado”, acrescentando ainda que “quanto aos enfermos terminais, aliviar sofrimentos físicos e mortificações artificiais, ajudando a pessoa a morrer dignamente, é adotar a decisão eticamente apropriada” (art. 43). A esse respeito, a Declaração de Veneza sobre enfermidade terminal (Associação Médica Mundial, 1983) aponta que “o médico deve evitar o emprego de qualquer meio extraordinário que não tenha benefício algum para o paciente”.

apenas para mitigar o sofrimento físico ou psíquico” (art. 61, § 2.º). Demais disso, impõe como dever do médico “utilizar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento a seu alcance em favor do paciente” (art. 57). Em que pese a relevância dessas disposições, observe-se que não devem ser interpretadas de modo absoluto, visto que estariam a justificar a obstinação terapêutica. A medida do uso desses meios pelo médico não é dada pela sua eficácia em gerir o sofrimento e postergar o momento da morte, mas reside no benefício e interesse do paciente, que nem sempre coincide com aqueles objetivos.¹¹

De conformidade com o exposto, justifica-se a internação nas unidades de terapia intensiva daqueles pacientes críticos ou agudamente enfermos,¹² com vistas ao prolongamento de sua vida, mas não há razões para que pacientes que se encontram em fase terminal sejam internados para morrer de uma forma indigna, quando basta que lhes sejam ministrados tão-somente cuidados paliativos. Assim, a falta de razoabilidade do ato médico que submete o paciente terminal à tecnologia das UTIs autoriza que se fale em “futilidade terapêutica”, e dá lugar ao questionamento ético das decisões de não reanimação ou ordens de não ressuscitação. As decisões de não reanimação (do inglês *do not resuscitate orders* – DNR - ou *not to be resuscitated* - NTBR) são decisões de cunho ético-clínico que importam a abstenção de efetuar uma reanimação cardiopulmonar (RCP) ante uma parada cardiorespiratória (PCR), respeitada a vontade expressa do paciente, que deve ter consciência de seu estado, e mediante sua prévia e esclarecida anuência, ou com o assentimento de seus representantes legais, quando, do ponto de vista

11. Cf. PESSINI, Léo, op. cit., p. 40.

12. Tem-se, para logo, que pacientes críticos são aqueles que apresentam grave risco de vida com possibilidade de recuperação através de medidas terapêuticas que implicam cuidados tecnológicos de alta complexidade, ao passo que pacientes terminais apresentam dano irreversível e são passíveis de falecer em um breve espaço de tempo – a morte lhes é iminente.

médico e bioético, a reanimação é considerada inapropriada e fútil. Em todos os casos faz-se mister que se busque sempre o bem maior do paciente e se lhe evite causar qualquer mal.

Por tudo isso, a DNR não importa discriminação nem abandono do enfermo (*mistanásia* – abandono do paciente moribundo), a quem se seguirá atendendo e prestando cuidados paliativos, evitando-se sempre situações de obstinação terapêutica, que “em muitos casos podem garantir o prolongamento dos sinais vitais, mas não podem ser chamadas certamente de prolongamento da vida”¹³ – donde a justificação ética das decisões de não reanimação. Cumpre, porém, que as decisões sejam prudentemente tomadas de acordo com cada caso concreto, devendo-se perquirir a respeito da oportunidade ou futilidade do tratamento em relação à enfermidade e ao paciente em particular.

Importante destacar que a decisão ortotanásica de não implementar determinados tratamentos não é produto de uma simples escolha entre tratar e não tratar determinados pacientes, mas provém da opção pela forma de tratamento que se julgue mais apropriada para um enfermo em concreto. Essa opção deve considerar o tipo de patologia em questão e seu grau de evolução, vez que não é qualquer tratamento que convém a qualquer paciente, e sua utilização indiscriminada pode convertê-lo em iatrogênico. Deve-se ter presente ainda que os cuidados e atenções dispensadas aos pacientes terminais não são ações que se inscrevam no campo do curar (*cure*), mas no âmbito do cuidar (*care*), não tendo como finalidade preservar uma existência em franca deterioração, mas tão-somente assistir, aliviar e satisfazer dentro do possível suas necessidades vitais básicas, ministrando-lhe cuidados paliativos (alimentação, hidratação, asseio, controle de sintomas), de modo que seja possível suspender ou mesmo não iniciar tratamentos médicos que não tragam nenhum benefício ao moribundo, ainda que isso

13. BLANCO, Luis Guillermo, op. cit., p. 61.

acarrete seu falecimento. Essa forma de proceder, porém, não autoriza a interrupção dos cuidados mínimos ordinários que lhe são devidos, em respeito à sua condição humana.¹⁴

3.2 PRINCÍPIOS ÉTICOS APLICÁVEIS

Os avanços tecnológicos experimentados pelas ciências biológicas e da saúde nesse último quarto de século deram origem à Bioética. A nova ciência surgiu como resultado das implicações éticas que se seguiram à crescente capacidade do homem de influenciar na duração e na qualidade de sua vida, seja através de transplantes de órgãos, da engenharia genética ou de meios extraordinários de prolongamento do período vital. A Bioética, destarte, vem mediar o complexo relacionamento entre ciência e ética, com o intuito maior de proteger a dignidade da pessoa humana e sua sadia qualidade de vida.

No campo específico da Medicina, contudo, o termo Bioética pareceria à primeira vista supérfluo considerando que a ética médica já se ocupava de uma reflexão sobre os problemas morais evidenciáveis na profissão. A ética médica nascera com a própria ciência médica: Hipócrates não só sistematizou a Medicina como também concebeu a estatura ética do médico. Os próprios ensinamentos da Igreja Católica receberam inicialmente os fundamentos éticos da tradição greco-helenística, desenvolvendo sucessivamente toda uma doutrina moral que

14. Cf. BLANCO, Luis Guillermo, op. cit., p. 34-35. A esse respeito, aponta-se que "o paradigma do curar facilmente torna-se prisioneiro do domínio tecnológico da medicina moderna. Se algo pode ser feito, então deve ser feito. Também idolatra a vida física e alimenta a tendência de usar o poder da medicina para prolongar a vida em condições inaceitáveis", ao passo que "o paradigma do cuidar (*care*) permite realisticamente enfrentar os limites da mortalidade e do poder médico com uma atitude de serenidade. A medicina orientada para o alívio do sofrimento estará mais preocupada com a pessoa do doente do que com a doença da pessoa. Nesse sentido, cuidar não é o prêmio de consolação pela cura não obtida, mas sim parte integral do estilo e projeto de tratamento da pessoa a partir de uma visão integral" (PESSINI, Léo, op. cit., p. 34).

pouco a pouco foi se especificando e se configurando como moral médica. A Bioética, porém, veio a expressar, desde o seu surgimento, a exigência de uma reflexão mais ampla sobre os progressos da ciência, que compreendesse a própria ética médica, mas fosse além, seja do ponto de vista teórico, seja do ponto de vista prático. E, nesse, sentido, o seu nascimento deve ser colocado muito antes da introdução do termo.¹⁵

A palavra Bioética (do grego *bio*, vida e *éthiké*, ética) significa, literalmente, ética da vida. A sua principal característica é o fato de ser uma ciência interdisciplinar, ou seja, de abordar a partir de diferentes pontos de vista os problemas ligados à evolução das ciências médicas.¹⁶ Pode ser conceituada, portanto, como “o estudo interdisciplinar dos problemas criados pelo progresso biomédico, sua repercussão na sociedade e seu sistema de valores”.¹⁷

15. Cf. SGRECCIA, Elio. “A Bioética: história, horizontes e fundamentos de uma nova disciplina”. In: LADUSÂNS, Stanislavs (coord.). *Questões atuais de Bioética*, p. 230. Oportuna aqui a distinção entre os conceitos de Bioética e deontologia médica. Deontologia (*déon*, necessidade; *logos*, doutrina) “é o termo filosoficamente correto para designar as éticas profissionais. A deontologia constitui-se de um conjunto de normas a serem observadas pelos membros de um determinado grupo – no caso, de profissionais da área médica – e prevê sanções quando de seu descumprimento. A ética também propõe regras de conduta, mas a punição não é de caráter objetivo. A ética ou deontologia médica é de caráter mais restrito que a Bioética, já que se constitui num código normativo particular e tem como objetivo principal providenciar respostas para questões específicas ao exercício da Medicina. A Bioética não fala somente aos profissionais da saúde, mas a qualquer pessoa” (SAUEN, Regina Fiuza e HRYNIEWICZ, Severo. *O Direito ‘in vitro’: da Bioética ao Biodireito*, p. 10).

16. A esse respeito, esclareça-se que a Bioética “não pode ser confundida com uma disciplina isolada, com objetivo e metodologia bem definidas, segundo o modelo das ciências. É um campo interdisciplinar, na medida em que congrega esforços de profissionais ou pensadores de todos os campos do conhecimento humano, no intuito de clarificar até que ponto uma descoberta e suas aplicações podem ou não ferir valores humanos fundamentais” (SAUEN, Regina Fiuza e HRYNIEWICZ, Seyero, op. cit., p. 09).

17. PESSINI, Leocir; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de Bioética*, p. 14.

Alguns situam o nascimento da Bioética, não obstante ainda sem essa denominação, nos dias seguintes ao julgamento de Nüremberg, em 1946.¹⁸ Após o processo, que investigou os inúmeros crimes cometidos pelos médicos nazistas contra prisioneiros de guerra, utilizados como cobaias humanas em terríveis experimentações, surgiram duas linhas de reflexão: uma, de natureza jurídica, que objetivava a formulação dos direitos do homem no plano internacional; outra de natureza filosófica, que se delineou no sentido da fundamentação ética e racional de tais direitos. A primeira corrente resultou no desenvolvimento de toda uma codificação, a começar pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, até chegar a todas as outras Cartas, Declarações, Convenções e Recomendações elaboradas por organismos internacionais. O próprio julgamento resultou na elaboração, em 1947, do Código de Nüremberg, que contém dez princípios básicos referentes à prática da Medicina em geral, nos quais se prima pela preservação da dignidade do homem e da vida humana. Paralelamente, associações profissionais retomaram em códigos deontológicos os direitos do homem, referindo-se à situação da ciência biomédica. Dentre tais documentos, destaca-se o Código de Helsinque, aprovado em 1964 pela Associação Médica Mundial, e que contém uma verdadeira e própria regulamentação sobre experimentação humana.¹⁹

18. Nesse sentido SAUEN, Regina Fiuza e HRYNIEWICZ, Severo, op. cit., p. 11. Consoante lecionam os autores, "a revelação das barbáries cometidas pelos médicos nazistas despertou para o perigo de se fazer da ciência um uso inadequado. A pesquisa científica e suas aplicações podem, quando desvinculadas da ética, expor o ser humano a atrocidades e à indignidade. O Código de Nüremberg constituiu-se no primeiro indicador de cunho universal da necessidade de aliar a pesquisa científica ao respeito pelo ser humano. Por isso, pode ser considerado o documento *mater* da Bioética".

19. Cf. SGRECCIA, Elio, op. cit., p. 231. Ressalte-se, também, como impulso dado ao nascimento da Bioética como ciência, mesmo antes do surgimento de sua denominação, a realização do primeiro transplante em seres humanos, em 1967, e o novo conceito de morte, pelo critério cerebral. Perante

O termo Bioética, contudo, foi utilizado pela primeira vez em 1971, pelo oncologista e biólogo norte-americano Van Rensselaer Potter, em sua obra *Bioethics: a bridge to the future*, ao propor o nome Bioética para uma nova disciplina que, ao unir os valores éticos aos fatores biológicos, servisse como ligação entre ambas as culturas. No livro, o autor entende a Bioética como o estudo do equilíbrio entre a tecnociência biomédica e a preservação do homem, principalmente um estudo do respeito à pessoa humana numa perspectiva ecológica. Trata-se, antes de tudo, de uma “ciência da sobrevivência”.²⁰ Potter, porém, mesmo expondo a urgência de uma nova ciência com as finalidades indicadas, não definira os problemas éticos específicos e o termo deixava aberto um significado muito amplo e de conteúdo ainda impreciso.

Os questionamentos que deram origem à Bioética enquanto ciência surgiram principalmente a partir da chamada revolução biológica, que teve início na década de 50 e que gerou, como consequência, o fortalecimento dos movimentos pelos direitos humanos.

Num primeiro momento, a Bioética tinha por escopo diminuir as taxas de mortalidade e aumentar a expectativa de vida

a possibilidade de transferência de órgãos de pessoas falecidas a pessoas vivas e o prolongamento artificial da vida humana inconsciente,urgia a criação de uma ciência que disciplinasse os conflitos surgidos do confronto entre a ética e o desenvolvimento das tecnologias médicas.

20. Cf. SAUEN, Regina Fiuza e HRYNIEWICZ, Severo, op. cit., p. 07. Saliente-se que a abordagem dada ao termo por Potter era eminentemente ecológica, vez que pregava a necessidade de uma ética da natureza, das populações e da vida urbana, sendo que em todos esses campos o agir deveria ser orientado simultaneamente por valores e fatos biológicos. Considerando que o progresso biotecnológico corria o risco de ser concentrado nas mãos de poucos, a Bioética vinha assumir, portanto, a tarefa de tornar possível a sobrevivência de todo o ecossistema ou, antes, a ciência mesma da sobrevivência, não podendo mais conformar-se com a seleção natural do mais forte, mas devendo avaliar como o homem utiliza o seu poder cognoscitivo para garantir a própria sobrevivência e melhorar a sua qualidade de vida (cf. SGRECCIA, Elio, op. cit., p. 229-230).

da população, recorrendo a todos os meios para se alcançar o que era considerado desejável. Aos poucos, contudo, assiste-se ao despertar de uma nova consciência do ser, que se interroga sobre o que deve ser feito, em oposição ao que simplesmente pode ser feito, e desse modo o imperativo tecnológico cede progressivamente perante os limites éticos e legais.²¹

Em todas as sociedades a Bioética floresceu em circunstâncias similares, mormente a partir de questionamentos acerca de até que ponto é possível intervir artificialmente na vida humana sem macular sua integridade. Procurava-se delimitar, assim, as fronteiras éticas e jurídicas para a ação médica ou tecnológica. Desse modo, surge uma classe de mediadores que visam a encontrar um meio termo entre os extremos, advindos de áreas diversas: teólogos, filósofos, médicos, advogados. A Bioética, no seu início, foi produto da filosofia moral e da teologia moral. Hodiernamente, contudo, a Bioética moderna mostra à Medicina a utilidade do pensamento filosófico a respeito dos problemas éticos, ao mesmo tempo em que as teorias filosóficas sobre a natureza da moralidade e da argumentação moral são revivificadas pelas novas discussões.

A Bioética foi desenvolvida tendo como pilares fundamentais três princípios, quais sejam o da beneficência, o da autonomia e o da justiça, aos quais se acrescenta ainda, hodiernamente, os princípios da qualidade de vida e da sacralidade da vida humana, particularmente relevante na tomada de decisões referentes a pacientes terminais. O *princípio da beneficência* (do latim *bonum facere*, fazer o bem) deita suas raízes no paradigma hipocrático da Medicina. Esse princípio enuncia a obrigatoriedade do profissional da saúde de promover primeiramente o bem do paciente e encontra-se baseado na regra da confiabilidade. Significa o dever de agir no interesse do paciente. A beneficência encontra-se conexas a um outro

21. Cf. SANTOS, Maria Celeste Cordeiro dos. *Equilíbrio de um pêndulo: a Bioética e a lei*, p. 39.

princípio, o da não maleficência, derivado da máxima da ética médica *primum non nocere*, que consiste no dever que se impõe ao médico de abster-se de prejudicar o enfermo.²²

De seu turno, o *princípio da autonomia*²³ (do grego *autos*, eu, e *nomos*, lei) diz respeito à capacidade da pessoa humana

22. Na década de 70, o Relatório Belmont, publicado nos Estados Unidos, que veio a estabelecer balizas éticas para a proteção dos interesses humanos, incluiu a não maleficência como parte da beneficência, e estabeleceu duas regras gerais que podem ser adotadas como expressões complementares de uma ação benéfica: a) não causar o mal; b) maximizar os benefícios possíveis e minimizar os danos que possam ser causados.

23. O princípio da autonomia pode ser situado na protomodernidade das primeiras comunidades cristãs, quando estas construíram sua autocompreensão, rompendo com sua identidade anterior, essencialmente pagã. Se é possível falar em autonomia antes desse período, ela se deve à progressiva liberação das explicações puramente míticas, que conferiam às forças naturais poderes de intervir na vida humana. Contudo, o pensamento cristão, ao cunhar a noção de alma individual criada por Deus, fez do homem uma criatura diretamente relacionada com o criador, e, nesse sentido, liberta, ao menos em princípio, das injunções naturais. Num sentido mais estrito, o princípio da autonomia deve ser inscrito na especificidade da tradição cultural moderna, essencialmente tecnocientífica e humano-individualista. Mais especificamente, ele está relacionado à relevância que o sujeito assume na modernidade, imediatamente ligada à reivindicação da liberdade de pensamento e à hegemonia da razão frente aos dogmas religiosos e ao peso da tradição. No decorrer da Idade Moderna essa idéia assume dois significados principais: com Descartes, o eu é visto como substância, realidade imediatamente dada a um sujeito que reflete sobre si mesmo, e essa certeza indubitável é signo de sua realidade primordial. No século XVIII, Kant criticou o estatuto de realidade metafísica desse eu imediatamente dado, demonstrando que a representação primária de si mesmo não pode ser mais do que a maneira de todos os pensamentos de sujeito referirem-se à unidade da consciência, presente em todas as representações, mas que jamais aparece como uma entidade, ou uma realidade substancial, como pensava Descartes. O sujeito é causa de seus pensamentos apenas porque todos eles participam da estrutura subjetiva que lhes confere objetividade e sentido. A formulação precisa da autonomia deve-se ao filósofo de Königsberg, que considera que a razão prática tem a capacidade de dar-se suas próprias leis. A autonomia deriva do fato de que aquele que obedece à lei obedece apenas a si próprio, ou seja, é livre. Nietzsche e Freud demonstraram que o formalismo dessas concepções

de autogovernar-se, de poder escolher, dividir e avaliar sem restrições interiores ou exteriores. A introdução do critério da autonomia em ética médica é recente, a partir da década de 70, vez que até então o critério fundamental era o da beneficência, que, na busca pelo bem do paciente, privilegiava o papel do médico. A adoção do princípio da autonomia, contudo, levou a uma verdadeira revolução na relação médico-paciente: emergiu uma relação não mais entre sujeito (médico) e objeto (paciente), mas entre sujeitos.²⁴

Na prática, o princípio da autonomia implica no respeito do médico à vontade do paciente, ou de seus representantes, bem como seus valores morais e crenças. É reconhecido, destarte, o domínio do paciente sobre a própria vida e o respeito à sua intimidade. O princípio sob análise liga-se também ao direito à integridade corporal e psíquica do paciente, vale dizer, da garantia que lhe deve ser concedida de ver-se livre de dores e de perturbações psíquicas, de contar com o normal funcionamento dos órgãos e membros de seu corpo, enfim, de gozar de plena saúde física e mental.²⁵

oculta motivações pouco compatíveis com a pura razão. Para eles, os julgamentos de valor estão mais comprometidos com interpretações particulares do que desejariam admitir os partidários da norma moral isenta de qualquer interesse. De outro lado, na tradição utilitarista iniciada por Jeremy Bentham e John Stuart Mill, embora seja preservada a identificação entre autonomia e liberdade individual, esta não está embasada na vontade, mas no agir útil. Essa diferença tem consequências relevantes na prática da Bioética, vez que, de acordo com a concepção kantiana, violar a autonomia implica violar substancialmente a própria pessoa, enquanto que para a tradição utilitarista, a infringência ao princípio da autonomia pode ser justificada tendo em conta outros objetivos desejáveis, e, portanto, úteis à pessoa humana (cf. SEGRE, Marcos; SILVA, Franklin Leopoldo e; SCHRAMM, Fermin R. "O contexto histórico, semântico e filosófico do princípio da autonomia". *Revista Bioética*, 1998, v. 6, n. 1, p. 16 e ss.).

24. Cf. PESSINI, Leocir; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de, op. cit., p. 20.

25. Cf. SANTOS, Maria Celeste Cordeiro dos, op. cit., p. 44.

O princípio da justiça²⁶ prescreve a garantia da distribuição justa, equitativa e universal dos benefícios dos serviços de

26. Faz-se mister aqui uma breve explanação sobre a evolução do conceito de justiça. A idéia de justiça havia sido pedra angular do sistema filosófico de Platão, que a concebera com a máxima virtude do indivíduo e do Estado. Todo indivíduo, por imperativo da justiça, deveria dedicar-se tão-somente à atividade para a qual possuísse qualidades. A fórmula da justiça consistiria em que os homens se limitassem apenas aos afazeres que lhes competissem. Já Aristóteles distinguiu a justiça em dois tipos: geral e particular; a primeira correspondia à virtude individual; a segunda era dividida em *distributiva*, que consistia na repartição das honras e dos bens entre os indivíduos de acordo com o mérito de cada um e respeitado o princípio da proporcionalidade (proporção geométrica) e *corretiva*, de seu turno dividida em comutativa e judiciária. A justiça comutativa, segundo Aristóteles, aplicar-se-ia às relações de troca; a justiça judiciária estaria destinada a corrigir a violação dos deveres pelos indivíduos. À classificação de justiça delineada por Aristóteles, São Tomás de Aquino acrescentou ainda a justiça geral, que consiste na contribuição dos membros da comunidade para o bem comum. Modernamente, alguns doutrinadores reconhecem a necessidade de se implementar a chamada justiça social, que tem por escopo a proteção dos desamparados e menos favorecidos mediante a adoção de critérios que favoreçam uma repartição mais equilibrada das riquezas. A justiça social observa os princípios da igualdade proporcional e considera a necessidade de uns e a capacidade de contribuição de outros. Já o Papa Leão XIII, quando da edição da Encíclica *Rerum Novarum*, em 1891, chamava a atenção do mundo para essa espécie de justiça. O mesmo fez o Papa João Paulo II, um século após, na Carta Encíclica *Centesimus Annus*. Acrescente-se, ainda, como critérios balizadores do conceito sob análise, o da justiça como liberdade contratual, encampado por John Locke no século XVII. Locke escreveu, em 1690, o quadro dos direitos primários do ser humano, os chamados direitos civis e políticos: direito à vida, à saúde ou à integridade física, à liberdade e à propriedade, além do direito a defendê-los quando os considerar ameaçados. Para garanti-los, era necessário um pacto ou contrato – contrato social. Justiça, nessa perspectiva, é 'liberdade contratual ou contrato que assegure e proteja a liberdade individual'. Ademais, cite-se o conceito de justiça como igualdade social, consequência da proposta marxista; o da justiça como bem estar coletivo, resultado dos movimentos pelos direitos civis e políticos, que, na área da saúde, levou à concepção da assistência sanitária como direito e a saúde a ser tratada como questão pública e política e, finalmente, o da justiça como equidade, propugnado por John Rawls na década de 70. Rawls defende que uma sociedade não pode se considerar justa ao menos que cumpra

saúde, impondo que todas as pessoas sejam tratadas de igual maneira, independentemente de suas diferenças. Tal princípio assumiu novos contornos e nova abrangência a partir dos últimos trinta anos, quando a saúde deixou de ser uma questão privada e tornou-se um problema público.

Esse princípio exige que a distribuição dos encargos e benefícios seja equitativa; não há justiça quando alguns grupos arcam com todos os prejuízos e outros auferem todas as vantagens. Ademais, o próprio poder de decisão médica deve aliar-se à justiça, mormente quando surgem conflitos entre a responsabilidade médica e a autonomia do paciente, ou de seus responsáveis, visando à proteção da vida (cite-se, como exemplo, o caso da transfusão de sangue em pacientes adeptos de determinadas religiões).²⁷

Paralelo a esses princípios fundamentais da Bioética está o *princípio da qualidade de vida*. Esse princípio significa que o valor da vida é determinado, em parte, pela capacidade de a pessoa realizar certos objetivos. Trata-se, portanto, de um valor relativo, suscetível de objetivação, e como tal só existe enquanto possível manter-se na pessoa um certo nível de "qualidade", representada pela capacidade do indivíduo de auto-experiência e relação ou comunicação com os demais, e ainda de assumir seu próprio atos.²⁸ Quando tais habilidades não existem, contudo, cessa a obrigação de prolongar a vida ou continuar determinado tratamento. Nesse sentido, deve-se levar em conta que a qualidade de vida de uma pessoa não é sinônimo de vida plena, fisiológica, psicológica ou emocional.

com o seguinte princípio: 'Todos os valores sociais – liberdade e oportunidades, receitas e riquezas, bem como as bases sociais e o respeito a si mesmo – deverão ser distribuídos igualitariamente, a menos que uma distribuição desigual de algum ou de todos esses valores redunde em uma vantagem para todos, em especial para os mais necessitados' (cf. PESSINI, Leocir; BAR-CHIFONTAINE, Christian de Paul de, op. cit., p. 20-21).

27. Cf. SANTOS, Maria Celeste Cordeiro dos, op. cit., p. 53.

28. Cf. ROMEO CASABONA, Carlos María. *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, p. 41.

É certo que o respeito à pessoa humana é devido independentemente do grau de desempenho de suas funções, e num extremo esse princípio pode conduzir a critérios arbitrários e injustos na tomada de decisões médicas (v.g., eutanásia eugênica e econômica). Contudo, o nível com que uma pessoa desempenha essas funções é fator preponderante no processo de tomada de decisões médicas. Negligenciá-los é ser vitalista, usando tecnologias de Medicina de forma mecânica, e não médica (distanásia). O aspecto central da decisão é o benefício do paciente, o que inclui a habilidade deste atingir certas metas em sua vida. A qualidade de vida do paciente, como ela se manifesta ao realizar seus objetivos, é primordial para se decidir ética e clinicamente.²⁹

De outro lado, o *princípio da sacralidade da vida humana*, que tem origem na tradição judaico-cristã, prega, dentre outros não menos fundamentais, que: a) a vida humana é preciosa, e assim deve ser digna de respeito e proteção; o valor humano não está determinado meramente por interesses subjetivos ou utilitários; b) a vida humana não pode ser tirada sem uma justificação adequada, e a natureza humana não deve ser radicalmente alterada; c) o princípio da sacralidade da vida é essencial para a sociedade e seu desprezo poderia pôr em perigo toda a humanidade.³⁰ É assim que, perante o valor da vida humana, considerada como sagrada e inviolável, é moralmente inaceitável a recusa ou a descontinuação de cuidados médicos, lastreada exclusivamente na incapacidade de a pessoa utilizar plenamente seu potencial humano. As dificuldades surgem, porém, quando esse conceito é radicalizado. Nesse sentido, defende-se que, em virtude da sacralidade da vida humana, nenhum tratamento poderá ser interrompido, e o mero prolongamento da vida física é exigido sem que se questione a respeito de seus objetivos e finalidades. Essa, porém, é uma postura

29. Cf. PESSINI, Leocir; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de, op. cit., p. 26-7.

30. Cf. ROMEO CASABONA, Carlos María, op. cit., p. 40.

extremamente vitalista, que impede em muitos casos a tomada de decisões médicas adequadas.³¹

Todos os princípios em apreço têm estreita relação com as situações eutanásicas e ortotanásicas. A consideração dessas regras e paradigmas é de basilar importância quando da tomada de decisões em quadros terminais graves. Assim, nas sucessivas etapas atravessadas pelo paciente crônico, é possível vislumbrar três momentos distintos: no primeiro, o enfermo ainda é salvável, e todos os esforços médicos devem concentrar-se no sentido da preservação da vida; no segundo, ocorre uma inversão das expectativas que culmina com o terceiro estágio, na qual a morte é inevitável, e a atuação médica deve primar pelo alívio do sofrimento.

Ao longo dessa evolução, e conforme se agrava o estado do paciente, os princípios bioéticos fundamentais devem ser aplicados de maneira diferenciada, de acordo com uma seqüência de prioridades. Na fase salvável, deve prevalecer a beneficência sobre a não maleficência, posto que nesse período, justifica-se a aplicação de medidas que visam a salvaguardar a vida do paciente (diálise, amputações, ventilação mecânica, transplantes), mesmo que tragam consigo algum grau de sofrimento. De outro lado, quando o enfermo se encontra na etapa de morte inevitável, a cura já não se apresenta mais como possível e os objetivos devem concentrar-se na não maleficência. A atuação da equipe médica deve visar ao conforto do paciente e ao alívio de seu sofrimento, não devendo por isso capitular diante de possíveis sentimentos de incapacidade, incompetência ou omissão. Se instituído nessa fase um tratamento mais agressivo, visando à cura (v.g., um transplante), além de ineficaz, acarretaria maior sofrimento ao paciente.

Nessas situações, o princípio da autonomia está secundariamente situado em relação à beneficência e à não malefi-

31. Cf. PESSINI, Leocir; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de, op. cit., p. 24.

cência.³² Para que se compreenda essa hierarquização, mister recordar que os pacientes terminais na maioria dos casos não se encontram em condições de tomar decisões por estarem quase sempre inconscientes ou sensivelmente abalados por sua doença. Em outras hipóteses, há mesmo impossibilidade física (v.g., em virtude de acidentes com traumatismos graves) ou psicológica (senilidade; falta do domínio completo de suas faculdades mentais; imaturidade) de externarem sua opinião. Destarte, a autonomia não parece ser o princípio aplicável, por carecer dos pressupostos que lhe dão existência. Cabível será, portanto, o princípio da beneficência, que vai determinar a atuação de terceiros (médico e familiares) no melhor interesse

32. Nesse sentido, KOVÁCS, Maria Júlia. "Autonomia e o direito de morrer com dignidade". *Revista Bioética*, 1998, v. 6, n. 1, p. 68; LEPARG-NEUR, Hubert. "Força e fraqueza dos princípios da Bioética". *Revista Bioética*, 1996, v. 4, n. 2, p. 138-139. De acordo com aquela, há situações em que não é possível que o paciente possa exercer sua autonomia, vez que não se encontra em condições de decidir, por estar inconsciente ou demenciado. Nesses casos, "o envolvimento restringe-se à família e à equipe, e o princípio que deve predominar é o da beneficência" (op. cit., p. 68). Em sentido oposto, SEGRE, Marcos; SILVA, Franklin Leopoldo e; SCHRAMM, Fermin R. O contexto histórico, semântico e filosófico do princípio da autonomia. *Revista Bioética*, 1998, v. 6, n. 1, p. 22. Na opinião dos autores, na beneficência "estabelece-se um consenso sobre o que é bom para a pessoa, estrutura-se um padrão quanto à forma em que ela deve pensar e agir, cria-se a noção de doença em contraposição à de normalidade e aceita-se a idéia de que é lícito, à sociedade, intervir sobre o 'anormal', mesmo contrariamente à sua vontade. Essa postura parte de um encadeamento lógico pela qual 'ninguém é dono de si mesmo', e à família, à entidade hospitalar ou ao Estado cabe o direito de moldar as pessoas segundo determinados padrões (...). A autonomia, apreendida conceitualmente, situa-se no pólo oposto. A idéia básica é que todo ser humano pode decidir sobre si mesmo, pareça justa ou não a sua conduta. Dentro do respeito integral à idéia autonomista, não se julgam as razões de quem quer que seja para pensar, sentir ou agir desta ou de outra maneira (...). Aceito esse enfoque, veremos que a intervenção do médico sobre o paciente, ou, ampliando seu alcance, do trabalhador da saúde sobre o paciente, só pode ser admitida – na visão autonomista – quando este último solicite ajuda" (op. cit., p. 22).

do doente, e de acordo com as próprias concepções deste.³³ É assim que tanto a família quanto os responsáveis devem ter por objetivo, na tomada de decisões, defender os interesses do paciente e evitar submetê-lo a intervenções cujo sofrimento resultante seja muito maior do que o benefício eventualmente alcançado ou que determinem desrespeito à sua dignidade como pessoa.

O exercício da autonomia permite que familiares, representante legal e mesmo o paciente terminal, quando estiver em condições de decidir, participem da escolha no que se refere à espécie de tratamento que será prestado. Em razão da dificuldade e da abrangência de tal opção, mesmo para aqueles que não estão emocionalmente envolvidos, ela deve ocorrer de uma maneira evolutiva e com a velocidade adequada a cada caso. De modo algum essa decisão deve ser tomada unilateralmente; ao contrário, deve operar-se através de um consenso entre a equipe médica e a família. O predomínio da beneficência sobre a autonomia não pode implicar, assim, a adoção de uma postura paternalista,

33. Cf. ROMEO CASABONA, Carlos María, *op. cit.*, p. 43. Contrários a esse posicionamento, SEGRE, Marcos; SILVA, Franklin Leopoldo e; SCHRAMM, Fermin R., *op. cit.*, p. 22-23. Entendem os autores que "o reconhecimento da autonomia pode se estender à criança, ao 'louco' (desprovido de razão) ou ao ser irracional". Isso porque "no instante em que estivermos julgando a condição de quem quer que seja de manifestar-se – ou de agir desta ou daquela forma –, e interferirmos sobre esse ser contrariamente à sua vontade, nesse exato momento estaremos violando a sua autonomia", embora reconheçam que essa posição "contrapõe-se à da maioria dos eticistas: a autonomia como um direito a ser concedido a quem tenha características de maturidade que lhe consintam a autodeterminação. Resta, entretanto, a nosso ver, que no momento no qual julgamos essa 'maturidade', já começamos a violar o princípio da autonomia". E insistem na caracterização de seu conceito de autonomia, salientado que "autonomia não se atribui a ninguém: cada um tem a própria. As influências sobre a personalidade certamente existem, em todas as pessoas. São elas de índole genética, cultural, decorrente de 'doenças', de traumas físicos ou psíquicos. Mas, dentro dessa visão de cada pessoa, 'de dentro para fora', e não por julgamento de terceiros, cada ser pode sentir-se soberano ao exercer algum tipo de autodeterminação" (*op. cit.*, p. 23).

informada pela idéia de que apenas o médico detém conhecimentos suficientes para compreender a situação do paciente terminal, de modo que estaria restrito a ele o direito de tomar a decisão final, e sua opinião deveria imperar sobre as demais. Esse pensamento implica uma inapropriada mitigação do princípio da autonomia do paciente, vez que ao médico compete auxiliar e prestar os esclarecimentos necessários a ele ou aos seus familiares, com vistas à capacitá-los à melhor escolha, mas jamais impor seu posicionamento.³⁴ É nesse sentido que o Código de Ética Médica brasileiro veda ao médico “exercer sua autoridade de maneira a limitar o direito de o paciente decidir livremente sobre a sua pessoa e o seu bem-estar” (art. 48).

Para que a obtenção de uma decisão propriamente informada seja possível, a família deve passar pela mesma seqüência de racionalização atravessada pela equipe médica, de modo a entender o atual estágio de enfermidade do paciente, sendo-lhes apresentada de forma imparcial a evolução do caso e discutidas pormenorizadamente as possíveis opções, sempre sob o prisma dos princípios bioéticos fundamentais. Não deve haver, de forma alguma, orientação ou recomendação por parte dos médicos no sentido de uma determinada solução, de modo a não influenciar a decisão dos familiares. Caso não se obtenha

34. Nessa trilha, aponte-se que “o paciente, como pessoa, tem todas as condições para saber o que é melhor para si. O conceito de autonomia na relação médico-paciente implica em que ambas as partes são competentes, e podem avaliar as opções possíveis e fazer uma escolha consciente”. De outro lado, porém, “a escolha só poderá ser feita se o paciente for devidamente instruído, e por isto os procedimentos a serem realizados devem ser explicados de maneira clara e compreensiva”. Esse ponto envolve “uma mudança na mentalidade vigente na equipe de saúde e nas instituições hospitalares, de que o médico é o único depositário do saber, e da visão paternalista de que somente ele conhece o que é bom para seus pacientes. Outro ponto que deve ser considerado é o de que muitos pacientes, principalmente nos hospitais públicos, são de nível cultural mais baixo e, assim, têm uma filosofia de conformidade e resignação de que nada devem reivindicar para si” (KOVÁCS, Maria Júlia, *op. cit.*, p. 67-68).

consenso, deve-se reiniciar o processo, dessa vez com o auxílio de psiquiatras, psicólogos e pessoas que tenham credibilidade no círculo familiar.

O princípio da justiça também deve ser considerado na decisão final, embora não deva prevalecer sobre os princípios da beneficência, da não maleficência e da autonomia. Assim é que a justiça deve orientar a opção dos familiares quando o paciente encontra-se em estado de morte inevitável, dispensando-se cuidados desproporcionados e a utilização de recursos que não se traduzam em resultados objetivos para a sua melhora.

Entre as possíveis decisões a serem tomadas em relação ao paciente terminal estão a não adoção ou retirada de medidas de suporte da vida; a ordem de não reanimar (DNR); a interrupção de tratamento fútil; a suspensão de cuidados ordinários e/ou extraordinários; a distanásia e a eutanásia (ativa ou passiva), todas passíveis de questionamentos éticos de incontestável relevância.

A não adoção ou retirada de medidas suporte da vida consiste na suspensão de todo e qualquer tratamento ou conduta médica de preservação da vida do paciente, por não trazerem mais qualquer benefício para o mesmo e até aumentarem seu sofrimento. Essas providências estão condicionadas ao consentimento do paciente ou de sua família. Nos países em que é comum a prática dessas medidas (v.g., Estados Unidos), a maioria dos profissionais de terapia intensiva mostra-se menos receptícia à prática da retirada dos suportes vitais do que à sua não implementação, por considerar esta última menos traumatizante para o enfermo e seus familiares. Ficou demonstrado também que vários fatores influenciam nas decisões de não adoção ou retirada, dentre os quais se destacam a qualidade de vida, a possível não sobrevivência do paciente à internação, a natureza crônica de sua moléstia, bem como a não reversibilidade de doenças agudas.

A decisão de não reanimação (DNR) é identificada pela maioria da doutrina como a não adoção de uma medida de

suporte da vida por ocasião de uma parada respiratória (PCR). Atitudes médicas de não reanimação têm sido frequentes nos meios hospitalares, em geral sob o comando genérico de “deixar morrer o paciente”, no caso de PCR, possivelmente para evitar o desgaste emocional dos familiares e do próprio paciente, bem como para desconsiderar o processo de discussão e negociação. Essa decisão, que visa a atender os princípios bioéticos da beneficência e da não maleficência, é inapropriada por ser unilateral e infringir o princípio da autonomia. As ordens de não reanimação devem resultar do consenso entre paciente e médico, ou, quando for o caso, entre este e a família do primeiro. Em havendo discordância ou recusa, a decisão de não reanimação não deve prevalecer, pois iria de encontro aos interesses do enfermo.

A suspensão de cuidados ordinários e/ou extraordinários (respectivamente, eutanásia passiva e ortotanásia) é também uma medida que pode ser analisada sob o prisma dos princípios bioéticos fundamentais. A ética dá uma conotação diferente à tradicional distinção entre meios ordinários e extraordinários de tratamento, classificando-os de acordo com o sofrimento causado pela decisão de prolongar a vida. Assim, quando houver consenso sobre a irreversibilidade da doença de um paciente terminal (morte inevitável), prevalecerá o princípio da não maleficência, sendo consideradas ordinárias apenas as condutas que manterão o paciente em situação confortável. Nessa trilha, as medidas que não apresentem risco de causar mal incorrigível (v.g., transfusões, coleta de exames, medicamentos, hidratação) deveriam ser consideradas as primeiras elegíveis para possível retirada, ao passo que aquelas de suporte das funções orgânicas (ventilação mecânica, drogas vasoativas, diálise peritoneal), e portanto potenciais determinantes de irreversibilidade, seriam consideradas as últimas, em respeito ao princípio da beneficência.

A suspensão de cuidados extraordinários inclui também a interrupção de tratamento fútil. Fútil é o tratamento que apenas prolonga o processo de morte, não contribuindo para a saúde do doente. Destarte, esses esforços para restaurar e manter a

vida não devem ser empreendidos se antecipadamente já foram considerados inúteis, em obediência ao princípio da não maleficência, que nessas hipóteses, deve ser considerado de modo prioritário.³⁵

Nesse passo, a distanásia deve ser descartada, com vistas a evitar a lesão ao princípio da não maleficência. De outro lado, a eutanásia ativa também desafia os princípios bioéticos. Na sequência da aplicação desses princípios, tem-se que tão logo se ateste que o paciente não é mais salvável, todos os esforços devem ser no sentido de diminuir seu sofrimento, evitando o prolongamento de sua vida a qualquer custo. Essa postura está muito distante da promoção do óbito, como proposto pela eutanásia que, à luz dos conhecimentos atuais, não obedece ao princípio da beneficência e tampouco ao da não maleficência. Admite-se, contudo, que a equipe médica, uma vez tomada a decisão de suspender o suporte vital do paciente terminal, ao prosseguir com os cuidados de higiene e conforto e com o tratamento para a dor e o sofrimento, ministre analgésicos e ansiolíticos que, como para-efeito, determinem a depressão da função cardiorespiratória e, indiretamente, apressem a sua morte (eutanásia ativa indireta).

3.3 RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE TERMINAL

A relação entre médico e paciente, no estágio terminal de uma doença, suscita questionamentos éticos específicos. A experiência de fragilidade das situações terminais provoca no paciente a consciência aguda da mortalidade e da finitude da existência, o que faz com que a intervenção médica ultrapasse os limites do simplesmente biológico e adquira uma dimensão mais profunda e delicada do que na relação terapêu-

35. Cf. KIPPER, Délio. "O problema das decisões médicas envolvendo o fim da vida e as propostas para a nossa realidade". *Revista Bioética*, 1999, v. 7, n. 1, p. 61-62.

tica. É comum que o médico julgue acabada sua tarefa quando nada mais pode fazer pela unidade orgânica viva, mas é preciso lembrar que nas situações terminais deve-se considerar, além dos aspectos biológicos que condicionam a fatalidade do organismo, a experiência-limite da existência atravessada pelo moribundo.

Vislumbra-se, desse modo, um conjunto de direitos que se reserva ao paciente terminal e que deve ser observado pela equipe médica e pelos familiares quando da tomada de decisões. O primeiro deles é o direito à verdade, diretamente relacionado à obtenção do consentimento informado. É freqüente que os médicos procurem poupar o paciente da realidade, com vistas a evitar desgastes psicológicos que agravariam seu estado patológico geral, ou ainda porque não querem se envolver mais do que exigiria a objetividade clínica. Contudo, e consoante já se afirmou, o doente mesmo é capaz de compreender a gravidade de sua moléstia e as tentativas no sentido de privá-lo da verdade, o que faz com que a atitude de cerceá-lo do conhecimento de seu próprio estado de saúde contribuam apenas para aumentar sua angústia e cultivar sua ansiedade.³⁶ Destarte, a melhor conduta é aquela que prima pela revelação ao paciente de tudo aquilo que for necessário para uma tomada

36. Nesse sentido, afirma-se que “para que a autonomia seja exercida é necessário que o paciente esteja instruído; que tenha as informações necessárias para tomar uma decisão. Para isso, é preciso que: a) sinta-se competente, capaz de tomar a vida como sua responsabilidade e queira fazê-lo; b) as pessoas à sua volta, e principalmente a equipe de saúde, possam lhe conferir essa competência. Estes dois pontos envolvem também uma mudança da mentalidade vigente na equipe de saúde e nas instituições hospitalares, de que o médico é o único depositário do saber, visão paternalista de que somente ele conhece o que é bom para seus pacientes”. Todavia, “o paciente, como pessoa, tem todas as condições para saber o que é melhor para si. O conceito de autonomia na relação médico-paciente implica em que ambas as partes são competentes, e podem avaliar as opções possíveis e fazer uma escolha consciente” (KOVÁCS, Maria Júlia. “Autonomia e o direito de morrer com dignidade”. *Revista Bioética*, 1998, v. 6, n. 1, p. 67 e ss.).

de decisão verdadeiramente esclarecida. De todo modo, porém, a opção por contar a verdade não pode nunca ser isolada de um acompanhamento do paciente que leve em conta o impacto e as conseqüências do que ele venha a conhecer sobre o todo de seu estado de saúde. Daí porque a relação médico-paciente terminal ultrapassa os limites do contato clínico objetivo. A dúvida hoje circunscreve-se menos ao direito de o paciente terminal saber a verdade sobre sua condição do que ao modo como essa informação deve lhe ser transmitida.³⁷

A responsabilidade primeira de comunicar a verdade ao paciente é do médico. É assim que o Código de Ética Médica brasileiro prescreve que é vedado ao médico “deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e

37. Importa sobremaneira o modo como o médico revela ao paciente terminal a verdade sobre sua doença e as expectativas quanto ao seu estado de saúde. A esse respeito, observa-se que “o médico que puder falar sem rodeios com os pacientes sobre o diagnóstico de um tumor maligno, não o relacionando necessariamente à morte iminente, estará prestando um grande serviço. Ao mesmo tempo, deve deixar portas abertas à esperança, sobretudo quanto ao uso de novos medicamentos, novos tratamentos, novas técnicas e pesquisas. O importante é comunicar ao paciente que nem tudo está perdido; que não vai abandoná-lo por causa de um diagnóstico; que é uma batalha que têm de travar juntos – paciente, família e médico –, não importando o resultado final. Esse doente não temerá isolamento, abandono, rejeição, mas continuará confiante na honestidade de seu médico, certo de que, se algo houver a ser feito, é juntos que o farão. Esta aproximação é reconfortante, inclusive para a família, que, não raro, se acha demasiado impotente diante de tais situações. Todos dependem muito do conforto, verbal ou não, do médico. Sentem-se encorajados ao saber que se fará todo o possível, senão para prolongar a vida, ao menos para aliviar o sofrimento” (KÜBLER-ROSS, Elisabeth. *Sobre a morte e o morrer*, p. 41). É assim que “informações a respeito de doenças sérias ou morte iminente devem ser dadas mesmo que a pessoa não pergunte por elas. Precedentes legais, bem como preocupações morais, enfatizam esta atitude. Portanto, médicos e outros profissionais não podem defender sua falta de comunicação, alegando que o paciente não queria saber ou não perguntou (...). Não obstante as conseqüências de o paciente saber a verdade sobre sua condição, isto não significa que eles não devam ser informados a respeito de sua situação real” (PESSINI, Leocir; BARCHI-FONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de Bioética*, p. 234-235).

objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta ao mesmo possa provocar-lhe dano, devendo, nesse caso, a comunicação ser feita ao seu responsável legal” (art. 59). Ou seja, apenas em casos extremos, em atenção às condições psíquicas do doente, será lícito ocultar-lhe informações, porém ainda nesses casos elas deverão ser transmitidas aos seus familiares ou ao representante legal, vedando-se de qualquer modo a retenção de dados apenas pela equipe médica.³⁸

Nesse sentido, exsurge o direito do paciente crônico ao diálogo. Em que pese a tendência ao isolamento do paciente terminal, visto que a equipe médica entende que sua presença junto ao doente já se tornou de todo inútil, não se pode olvidar que, embora já não seja mais possível curar, subsiste ainda a obrigação ética de cuidar. Nessa dimensão, o paciente deve ser ouvido em atenção à sua pessoa, tanto ou mais do que à doença. A presença da equipe médica passa a ter sentido, e mantém-se a relação terapêutica através do diálogo necessário para

38. Aponta-se que “há quem interprete erroneamente o significado de ‘segredo médico’, julgando que nada deve ser revelado ao paciente e responsável. É evidente absurdo. Paciente e familiares, mais do que ninguém, têm o direito de saber tudo, e ao médico cabe a obrigação de dizê-lo (...). Não bastasse ser um direito do paciente e uma obrigação do médico, o bom senso recomenda essa comunicação. Muitos dissabores podem ser evitados com essa prática. Inúmeras vezes, paciente e familiares destratam, agredem, se revoltam contra o médico, não porque este tenha errado em seu procedimento diagnóstico ou terapêutico, mas tão-somente porque o paciente ou os familiares desconheciam o que se passava. Para estes, o atendimento médico significa a salvação. Se o médico não lhes dá conhecimento do diagnóstico, do tratamento que vai instituir, do prognóstico, dos riscos que o caso apresenta, até prova em contrário, perante os olhos dos familiares ele é o responsável pela morte, se ocorrer. Quando a família está devidamente informada, dificilmente recriminará o médico. O mais freqüente é ficar grata pelo seu esforço no intuito de salvar a vida de seu ente querido (...). Quanto à parte final do artigo, temos os casos em que a comunicação ao paciente pode ser prejudicial, devido às suas condições psíquicas. Nessa circunstância é perfeitamente válido ocultar-lhe o verdadeiro diagnóstico, desde que os familiares sejam informados da verdade. É a chamada ‘mentira piedosa’” (COUTINHO, Léo Meyer. *Código de Ética Médica comentado*, p. 72-73).

proporcionar a assistência indispensável às situações terminais. Negar a possibilidade de diálogo “é desconhecer o fundamento existencial de uma experiência essencialmente humana e obscurecer o sentimento de dignidade que, nesta situação, expressa de maneira mais nítida a força emocional inerente ao sujeito”.³⁹ Contraria o princípio bioético da beneficência impedir que o paciente crônico confira à sua experiência um alcance mais amplo do que o próprio sofrimento, vez que o diálogo funciona como um paliativo contra o sentimento de solidão e abandono.

É relevante apontar ainda que somente através do diálogo e da observância do direito de o paciente externar suas opiniões será possível compreender seu sofrimento e interpretar o verdadeiro significado de seus pedidos. Pode ocorrer que as razões mais profundas de um apelo pela morte sejam na verdade o desejo de um cuidado mais específico com vistas a atenuar os sintomas incapacitantes, ou mesmo a necessidade de contato com entes queridos.⁴⁰ Ou ainda, o paciente, por sentir-se um encargo para a família, gerador de desgastes emocionais e econômicos excessivos, pode desejar que sua vida seja eliminada mais pelo alívio de terceiros do que pelo seu próprio conforto. Onde a importância de que o paciente seja devidamente ouvido e esclarecido, posto que se por um lado não se pode admitir que ele disponha de sua vida a ponto de rejeitá-la por motivos fúteis, de outro lado impõe que se lhe conceda uma margem razoável de decisão.

Por conseguinte, a observância do direito ao diálogo gera para o paciente a possibilidade de decidir a respeito do destino de suas terapias, se deseja prosseguir no tratamento, alterá-lo ou mesmo extingui-lo, por considerar que não trará quaisquer benefícios à sua saúde. Na relação médico-paciente habitual, é comum que apenas ao médico seja reservado esse direito, por

39. SILVA, Franklin Leopoldo e. “Direitos e deveres do paciente terminal”. *Bioética*, 1993, v. 1, n. 2, p. 02.

40. Cf. KOVÁCS, Maria Júlia, op. cit., p. 65.

considerar-se que é ele o único detentor dos conhecimentos suficientes para decidir o melhor a ser feito. Quando há diagnóstico seguro do estágio terminal, porém, a decisão depende menos de informações acerca de prognósticos e possibilidades e se apresenta como uma escolha bem mais radical, lastreada sobretudo na espontaneidade da consciência em face da situação em que se encontra. Assim, a drasticidade da decisão, nos casos crônicos, implica um exercício mais profundo da autonomia pelo paciente, vez que os fatores puramente informativos – de competência da equipe médica – assumem uma menor relevância à medida em que cresce em importância o fato de a decisão provir de um sujeito autônomo.⁴¹

Na relação médico-paciente tradicional, há um fator de dependência que leva o doente a enxergar-se através dos olhos do médico: este funciona como um doador da margem de objetividade a partir da qual o paciente avalia sua situação e administra sua relação com a doença. E com lastro nessa reciprocidade é possível assinalar também deveres para o paciente, quais sejam o de levar em conta as prescrições terapêuticas, comportar-se de acordo com a orientação recebida, comunicar as alterações orgânicas que lhe sobrevêm, colaborar na interpretação da evolução de seu estado através do fornecimento de informações verdadeiras, entre outros.

Nas hipóteses terminais, contudo, altera-se a significação do referencial clínico, e avaliar-se através do médico para constatar com objetividade clínica a própria moléstia não aparece para o paciente como algo positivo. Para o médico, de seu turno, o reconhecimento do limite da possibilidade terapêutica tende a transformar-se num sentimento difuso de impotência. Com

41. A esse respeito, salienta-se que “a nossa tendência é de sempre decidir pelo paciente (paternalismo) o que é ou não melhor, como se ele, pelo fato de estar doente, tivesse perdido o uso da razão e se infantilizado. É necessário parar e perguntar o que ele quer saber. É mais fácil decidir *pelo* doente do que *com* ele, mas certamente não é a melhor postura” (PESSINI, Leocir; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de, op. cit., p. 245).

isso, os estágios terminais costumam ser interpretados e vivenciados como o esvaziamento da relação médico-paciente. O processo de morrer, cada vez mais tecnológico, dá lugar a um relacionamento despersonalizado, no qual o paciente é tratado antes como objeto do que como sujeito.⁴²

Cumprе lembrar, porém, que as situações terminais devem ser acompanhadas por uma relativização da finalidade precipuamente curativa da função médica, com uma conseqüente ampliação da dimensão dos cuidados paliativos. Nessa trilha, uma visão mais global da relação médico-paciente permite que o limite da possibilidade terapêutica não implique necessariamente seu termo, visto que o alcance da beneficência médica vai além da capacidade de interferir objetivamente no desenvolvimento da doença. É assim que o princípio bioético da beneficência adquire um significado mais amplo, que impõe ao médico, antes de render-se à perda de seu objetivo específico, que é a cura da doença, visualizar o paciente terminal como pessoa humana. À medida em que as possibilidades terapêuticas não mais apresentam o mesmo significado positivo que as caracteriza em outras situações, os critérios de decisão devem atender a valores que se situem no plano da dignidade humana, da liberdade, das crenças e das expectativas do doente, e não apenas restringir-se à dimensão da atividade terapêutica.

42. Cf. KÜBLER-ROSS, Elisabeth, op. cit., p. 20 e ss.

ASPECTOS JURÍDICO-PENAI

SUMÁRIO: 4.1 Bem jurídico – 4.1.1 Direito à vida como direito fundamental – 4.1.2 Limites biológicos da vida humana – 4.1.3 Direito à vida e dignidade da pessoa humana – 4.2 Estrutura do tipo de injusto – 4.2.1 Critério da incurabilidade – 4.2.2 Móvel humanitário – 4.2.3 Consentimento do enfermo – 4.2.4 Problemática jurídica atual – 4.3 Questões relativas à autoria – 4.4 Sanções penais.

4.1 BEM JURÍDICO

4.1.1 Direito à vida como direito fundamental

De acordo com o pensamento jurídico moderno, constitui escopo primordial do Direito Penal a proteção de bens jurídicos – bens essenciais do indivíduo ou da comunidade que são tutelados em razão de sua importância para a manutenção da convivência social – de modo que não há delito sem que haja lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico determinado.¹ O conceito material de bem jurídico exsurge da experiência social, sobre a qual recaem juízos de valor, primeiro do constituinte, depois do legislador ordinário, que deve sempre “ter em conta as diretrizes contidas na Constituição e os valores

1. Cf. PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*, p. 59-60.

nela consagrados, em razão do caráter limitativo da tutela penal”.²

O bem jurídico vida humana, erigido à categoria de direito fundamental pela Constituição Federal,³ constitui suporte indispensável para o exercício de todos os demais direitos, o que explica a especial proteção que lhe é outorgada pela lei penal. Exsurge como o primeiro e mais importante direito do homem e, embora se discuta essa afirmação no que tange à preponderância da autonomia e da liberdade individual, impõe observar que esses direitos se referem exclusivamente ao homem enquanto ser vivo, independentemente de qualquer reconhecimento pelo ordenamento jurídico.⁴

Talvez por essa razão o direito à vida nem sempre tenha merecido expressa menção por parte dos textos constitucionais. Registre-se, por oportuno, que os direitos humanos atravessaram de primeiro uma fase de metapositividade, vale dizer, de independência do Direito vigente na comunidade organizada como Estado, que resultou nas declarações e textos internacionais sobre direitos humanos, cujo mais significativo expoente é representado pela Declaração Universal de Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948. A intervenção da comunidade internacional, ainda que com severas limitações, fez-se necessária em face da consciência, aos poucos criada, de que não se poderia renunciar à tutela daqueles direitos nem mesmo quando fossem autores de sua transgressão os próprios Estados. O impulso maior desse movimento deu-se, no que concerne ao direito à vida, como consequência da Segunda Guerra Mundial

2. Cf. PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*, Parte Geral, p. 83.

3. Constituição Federal, art. 5.º, *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, nos termos seguintes: (...)”.

4. Cf. ROMEO CASABONA, Carlos María. *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, p. 37.

e das múltiplas violações perpetradas durante ela, sobretudo pelo nacional-socialismo alemão e pelo comunismo soviético stalinista. Essa missão foi inicialmente desempenhada pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), ao expor na Declaração de 1948, em seu art. 3.º, que “todo homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança de sua pessoa”.

Ainda nessa trilha, a imensa maioria dos pactos e convenções internacionais contém menções ao direito à vida, com escassas diferenças de conteúdo. É assim que o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, aprovado pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 16 de setembro de 1966, assinala em seu art. 6.1 que “o direito à vida é inerente à pessoa humana. Esse direito estará protegido pela lei. Ninguém será privado da vida arbitrariamente”. Também nesse passo, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), editada pela Organização dos Estados Americanos (OEA) em 22 de novembro de 1969 prescreve que “toda pessoa tem direito a ter sua vida respeitada (...). Ninguém poderá ser privado da vida arbitrariamente” (art. 4.1). Mencione-se ainda o Convênio Europeu para a proteção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais, aprovado em 4 de novembro de 1950 pelo Conselho da Europa. O documento estabelece que “o direito de toda pessoa à vida está protegido por lei. Ninguém poderá ser privado de sua vida intencionalmente, salvo em execução de uma condenação que imponha a pena capital ditada por um tribunal ao réu de um delito para o qual a lei preveja essa pena (...). A morte não será considerada infligida com violação do presente artigo quando se produza como consequência de um recurso à força que seja absolutamente necessário: a) em defesa de uma pessoa contra uma agressão ilegítima; b) para deter alguém conforme o direito ou para impedir a evasão de um preso legalmente detido; c) para reprimir, de acordo com a lei, uma revolta ou insurreição” (art. 2.º). A importância desse Convênio radica no fato de que ele conta com instrumentos de controle (inclusive jurisdicional) da observância aos direitos

que proclama, dentre os quais se destacam a criação da Comissão Européia de Direitos Humanos e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, órgãos supranacionais e politicamente independentes a cujas decisões devem submeter-se os Estados que firmaram o documento.

Destarte, a reação internacional aos abusos dos Estados contra esses direitos, particularmente contra o direito à vida, encontrou correspondente reflexo na maioria das Constituições modernas. No Brasil, resistiu-se ainda por longa data à outorga de proteção constitucional explícita ao direito à vida, muito provavelmente porque, como sem vida humana não seria possível o exercício dos demais direitos individuais, não se considerava necessária sua menção expressa no mais alto nível normativo. É assim que a Constituição Imperial de 1824 resguardava tão-somente “a inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade” (art. 179). Mais tarde, a Constituição de 1891 manteve-se na mesma linha, não divulgando expressamente a tutela do direito à vida, mas resguardando aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país, nos moldes da Carta anterior, “a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade” (art. 72). Adiante, porém, prescrevia que a especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não excluía outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo estabelecida e dos princípios nela consignados (art. 78), com o que restava tutelada a vida humana, base de todos os demais direitos. Nessa mesma trilha seguiu a Constituição de 1934 que, ademais da inviolabilidade dos direitos “concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade” (art. 113), cuidava ainda de garantir outros direitos não expressos no texto constitucional que resultassem do regime e dos princípios nele adotados (art. 114).

A Carta de 1937 não operou maiores modificações: o direito à vida continuou a não ser tutelado de modo explícito, em detrimento das garantias ao direito de liberdade, à segurança

individual e à propriedade (art. 122). A vida humana só ganhou menção expressa nas Constituições a partir de 1946, quando a Lei Maior passou a assegurar, aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país “a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade” (art. 141). Redação semelhante teve o art. 150 da Constituição de 1967, que também cuidou de elencar expressamente a vida como entre os direitos e garantias individuais. Esse preceito não foi alterado pelas sucessivas emendas constitucionais àquela Carta.

A inserção tardia do direito à vida de modo explícito no texto constitucional permite assinalar que o reconhecimento desse direito pelas Constituições tem, antes de tudo, um valor simbólico, porquanto é um direito inerente ao ser humano, que para existir não necessita seu reconhecimento expresso e que já dispõe de tutela na legislação ordinária, qual seja a lei penal. Mas não se esgota apenas nessa função simbólica, vez que “comporta ainda uma direta, efetiva e vinculante referência ao marco dentro do qual a vida humana deve ser protegida, gerando um autêntico dever jurídico para os destinatários da norma contida no referido preceito”.⁵

Assim, a previsão constitucional do direito à vida como um direito fundamental, de cunho nitidamente garantista, impõe deveres ao Estado e aos particulares. De primeiro, resulta na obrigação concernente às demais pessoas de respeitá-lo, o que se traduz no dever de não realizar condutas – comissivas ou omissivas, dolosas ou culposas – que impliquem a sua destruição. De outro lado, ao Estado competem deveres muito importantes na consecução do exercício efetivo do direito à vida, com o escopo de que não seja vulnerado. Não se deve olvidar que a preocupação com a tutela dos direitos individuais fundamentais é resultado, principalmente, da desigualdade entre a onipotente intervenção estatal e a debilidade do particular em

5. ROMEO CASABONA, Carlos María, op. cit., p. 66.

defender-se eficazmente da mesma. É assim que são reconhecidos aqueles direitos como forma de corrigir o desequilíbrio que se estabelece nas relações entre Estado e indivíduo. Através de suas instituições, compete aos poderes públicos os deveres de respeito e de tutela do direito à vida e, nos casos em que admita alguma exceção a esse direito (v.g., legítima defesa, aborto, eutanásia, suicídio, pena de morte), cabe a ele zelar para que as atuações se dêem nos estritos limites do que foi autorizado pela lei.⁶

Todavia, ainda que revestido de inegável transcendência, o direito à vida não possui, como qualquer outro, caráter absoluto.

6. Três deveres principais são impostos ao Estado no que tange à observância do direito à vida. O primeiro deles impõe o dever de respeito à vida humana como valor objetivo de todos e de cada um dos cidadãos, sem que se admita discriminação de idade, sexo, estado de saúde, raça, nacionalidade, religião ou ideologia. É um dever negativo, vez que ao poder estatal não é dado, através de seus agentes, ordenar a eliminação de “seres carentes de valor vital” (eutanásia eugênica e econômica), praticar atos de genocídio, tortura e outros crimes contra a humanidade. A segunda imposição decorre das próprias funções que são desempenhadas pelo Estado, e compreende o dever positivo de proteção do direito à vida humana (melhor dizendo, da vida humana como objeto desse direito). Para tanto deve se valer de meios jurídicos e não jurídicos adequados, vez que o indivíduo por si só não poderia lograr essa proteção em diversas circunstâncias. O último dever concernente ao Estado consiste no exercício exclusivo do *jus puniendi*, como poder de punir os culpados pelos atentados contra a vida humana, uma consequência do próprio dever de proteção acima assinalado. O mecanismo de que dispõe o Estado para punir as agressões à vida humana é a pena, que é a sanção mais gravosa contemplada no ordenamento jurídico e um dos instrumentos mais eficazes para lograr a tutela de direitos e bens. As penas previstas para as agressões contra a vida humana costumam guardar correspondência com a gravidade do atentado e com a reprovabilidade que resulta ao seu autor, razão pela qual adota-se preferencialmente a privação da liberdade de maior ou menor duração, ainda que não reste excluída, em alguns casos, a possibilidade de aplicação de sanções mais leves (v.g., nas hipóteses de homicídio culposos). As legislações de alguns países adotam, para os casos mais graves, a pena de morte, o que constitui, porém, uma contradição ao dever de respeito e proteção da vida humana que compete ao próprio Estado (cf. ROMEO CASABONA, Carlos María, op. cit., p. 29 e ss.).

E isso o confirma a própria Constituição, ao autorizar a pena de morte, em caráter excepcional (art. 5.º, XLVII, *a*) e o Código Penal, que admite, entre outras hipóteses, o homicídio em estado de necessidade (art. 24) ou em legítima defesa (art. 25), ou a realização de determinadas formas de aborto (art. 128, I e II).⁷

É inelidível, demais disso, que a lei estabelece distinção entre a vida humana dependente e a independente, ao sancionar com maior rigor o homicídio em relação ao aborto. E o próprio conceito legal de morte vem a demonstrar que, ainda quando mantidas funções biológicas essenciais (v.g., respiração e circulação), pode não mais existir vida humana digna de proteção – o que supõe não seja a vida tão-somente um mero processo biológico. Nesse diapasão, tem lugar, em oposição a uma concepção estritamente naturalista do bem jurídico vida conforme parâmetros bio-psicológicos, a determinação desse bem jurídico com lastro em critérios normativos. É de enfatizar, todavia, que o reconhecimento do direito à vida como bem jurídico digno de tutela penal independe de valorações sociais, uma vez que essa proteção deve existir sempre que presentes aqueles pressupostos bio-psicológicos, sem quaisquer considerações a respeito da perfeição física ou da viabilidade do ser humano, o que não supõe que as condições valorativas devam ser desprezadas (recorde-se a distinção entre as penas do homicídio e do aborto e a existência das causas de justificação).⁸ Destarte, do mesmo modo como um critério estritamente naturalístico não basta para determinar o conteúdo de o bem jurídico vida, igualmente uma concepção valorativa desse

7. Cf. ROMEO CASABONA, Carlos María, op. cit., p. 74-75. KAUFMANN, Arthur “¿Relativización de la protección jurídica de la vida?” In: MIR PUIG, Santiago. *Avances de la Medicina y Derecho Penal*, p. 41 e ss. Todavia, recorda este último que “esse juízo não deveria conduzir de modo algum ao abandono do princípio da proteção absoluta da vida. Porque, uma vez abandonado, pode difundir-se com demasiada rapidez uma opinião que deixe de ver como exceção o sacrifício da vida humana” (op. cit., p. 55).

8. Cf. NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel, op. cit., p. 267-268.

direito não pode prescindir da realidade naturalística, que deve constituir o limite para sua valoração.⁹

4.1.2 Limites biológicos da vida humana

Para a delimitação do âmbito da proteção jurídica da vida humana, é mister sejam traçados seus marcos inicial e final. A vida humana tem início com a concepção (fecundação do óvulo pelo espermatozóide), ainda que até o nascimento apenas se possa falar em vida humana dependente da mãe, e termina com a morte. Calha aqui assinalar que a proteção penal ampliasse a partir do nascimento, quando o delito de aborto cede lugar ao homicídio,¹⁰ admitindo-se assim, consoante se expôs, uma graduação na valoração do bem jurídico vida. Em que pesem essas distintas valorações existentes ao longo do desenvolvimento do homem, há em todos os casos identidade de bem jurídico, já que a todo o momento tutela-se a vida humana, isto é, o ser

9. Nessa trilha, observa Gracia Martín que “independentemente do fato de que outros ramos do Direito possam acentuar o aspecto exclusivamente naturalístico da vida humana, o certo é que o Direito Penal deve partir da idéia de que esse bem jurídico há de ser determinado a partir de critérios normativos, e não pode prescindir das concepções sociais. Uma concepção estritamente normativa da vida, porém, careceria de toda limitação se prescindisse toda a realidade naturalística. Esta deve constituir, a meu ver, um limite para a valoração” (*Delitos contra bienes jurídicos fundamentales: vida humana independiente y libertad*, p. 23). Impõe acrescentar aqui que uma concepção estritamente naturalista não seria compatível com a descriminalização de algumas formas de aborto ou com a legalização de qualquer espécie de eutanásia, e tampouco com a morte em legítima defesa ou em estado de necessidade. Se isto não é assim, e o Direito positivo, conforme a Constituição, autoriza a morte de outrem em determinadas circunstâncias, é porque um conceito exclusivamente naturalístico de vida humana não pode esgotar o conteúdo desse bem jurídico (cf. GRACÍA MARTÍN, Luis, op. cit., p. 22).

10. Nesse sentido, ROMEO CASABONA, Carlos Marfa, op. cit., p. 157; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel, op. cit., p. 327; GRACIA MARTÍN, Luis, op. cit., p. 34.

humano enquanto realidade bio-psicológica.¹¹ Opera-se diferenciação, porém, no que tange ao objeto material do delito, vale dizer, quanto ao elemento sobre o qual recai a conduta incriminada, que representa a materialização do bem jurídico vida em cada um dos tipos penais.¹² Até o décimo quarto dia após a fecundação, o zigoto remanesce um conjunto de células totipotentes não-individualizadas (pré-embrião). Somente quando fixado na parede do útero materno (processo denominado *nidação* ou *nidificação*, com o qual começa a gravidez) o embrião adquire individualização e tem início a tutela constitucional da vida humana.¹³ Portanto, embora já se possa falar em vida humana a partir da fusão entre óvulo e espermatozóide, a proteção da mesma situa-se em momento diverso, por cuidar-se aqui de questão jurídica, e não biológica.

Interessante questão vem à tona quando da determinação do momento do nascimento como início da vida autônoma. O nascimento é um processo mais ou menos longo, não instan-

11. Cf. COPELLO, Patricia Laurenzo. *El aborto no punible*, p. 139.

12. Tem-se observado com acerto que "tanto quanto o conceito de objeto da ação pertence substancialmente à consideração naturalista da realidade, o de bem jurídico, ao contrário, corresponde, em essência, à consideração valorativa sintética (...). Com a constatação do objeto material de um delito não se opera, ainda, com efeito, nenhuma valoração relativa ao caráter injusto ou adequado ao Direito de uma ação típica, mas apenas se determina o plano objetivo no qual material, corpórea e faticamente alcança realidade externa tangível a manifestação voluntária do autor descrita na norma penal" (POLAINO NAVARRETE, M. *El bien jurídico en el Derecho Penal*, p. 39).

13. Nesse sentido ROMEO CASABONA, Carlos María, op. cit., p. 155; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel, op. cit., p. 319. O fato de se fixar o início da tutela da vida humana a partir do começo da gestação não significa, porém, que os pré-embriões existentes até o momento da nidação não possam ser objeto de proteção penal, mormente quando se cuidam daqueles produzidos por técnicas artificiais de reprodução que virão a ser implantados no útero materno. Nessas hipóteses, cuida-se de amparar a inalterabilidade e a intangibilidade do patrimônio genético da espécie humana, entre outros bens jurídicos (vide, a respeito, ROMEO CASABONA, Carlos María. *Do gene ao Direito*, p. 258 e ss. e 312 e ss.).

tâneo, que principia com as dores do parto e culmina com o total desprendimento do feto do ventre materno. O marco que separa o feto da condição de pessoa reside no início do nascimento, que se caracteriza pelos *labores parturientium*, naturais ou determinados por procedimentos artificiais, como a cesárea, independentemente da expulsão parcial do feto ou de sua visibilidade exterior.¹⁴ A relevância jurídica da precisão do início da vida humana independente é manifesta, já que a partir desse instante opera-se uma modificação nas valorações jurídico-penais do injusto e da culpabilidade, em razão da existência de uma vida autenticamente autônoma. A mudança da qualidade jurídica do objeto da ação é decisiva para a qualificação jurídico-penal do fato como homicídio ou como aborto. Assim, até o início do nascimento, qualquer pessoa que atente contra o nascituro incidirá nas penas do delito de aborto, por se tratar o bem jurídico em questão de vida humana dependente, ainda subordinada à vida da mãe. Com as dores do parto e as contrações de dilatação, tem início a vida humana independente, bem jurídico do delito de homicídio. Solução diversa implicaria manifesta contradição, vez que, no infanticídio, a morte do próprio filho dada pela mãe durante o parto, sob influência do estado puerperal, acarreta conseqüências jurídicas manifestamente mais gravosas que as do delito de

14. Nesse sentido, LÜTTGER, Hans, op. cit., p. 64 e ss.; BACIGALUPO, Enrique. *Los delitos de homicidio*, p. 09-10. Em sentido oposto, situando o início da vida humana independente a partir da completa expulsão do feto do claustro materno, ROMEO CASABONA, Carlos María. *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, p. 158 e ss.; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel, op. cit., p. 329; GRACIA MARTÍN, Luis, op. cit., p. 34. Impõe observar, porém, que os diferentes critérios encontram-se subordinados à orientação legislativa de cada país – o Código Penal alemão (§ 217), o austríaco (art. 79), o italiano (art. 578) e o português (art. 356), a exemplo do brasileiro, apontam como sujeito passivo do delito de infanticídio o ser humano nascente ou o recém-nascido. Destarte, é mister reconhecer que “a delimitação da proteção penal que em vários aspectos se segue dessa situação é explicável pela origem e sistemática da lei; trata-se de um estado de coisas que só pode ser modificado pelo legislador” (LÜTTGER, Hans, op. cit., p. 84).

aborto, de modo que, admitido o adiamento da tutela da vida humana independente para o momento da completa expulsão do feto do claustro materno, chegar-se-ia ao absurdo de se reservar sanções mais severas para a mãe que mata o próprio filho em razão do estado puerperal do que para aquela que o faz sem qualquer influência daquela condição fisiopsicológica. Por fim, atente-se para o fato de que quaisquer exigências posteriores ao início do parto devem ser abandonadas, de modo que é irrelevante, para a existência de vida humana autônoma, o corte do cordão umbilical ou a prova da respiração do recém-nascido, devendo ainda com mais razão serem abandonados critérios relativos à sua viabilidade, por suporem concepções eugenésicas.

De outro lado, o termo final da vida humana foi por muito tempo identificado com a cessação das atividades pulmonares e da circulação sangüínea.¹⁵ Todavia, os avanços operados na

15. De uma perspectiva histórica, tem-se que a primeira definição clássica dos signos do falecimento se deve a Hipócrates, que na obra intitulada *De morbis*, datada de 500 a.C., descreveu as sucessivas modificações operadas no rosto no período imediato após a morte, expressão que ficou conhecida como *facies hipocratica*. Entre os gregos, a morte era determinada pela parada cardíaca. O cristianismo trouxe a noção de que a morte viria sempre acompanhada pela ausência de respiração – o ser humano morria quando exalava seu último suspiro (pneuma). A primeira definição científica de morte, porém, só vem a lume no século XVII, quando François Bichat (*Recherche sur la vie et la mort*) afirma que o homem está morto no momento em que se verificam, simultaneamente, a cessação dos batimentos cardíacos, a ausência de movimentos respiratórios e a destruição traumática do sistema nervoso central – a denominada tripode de Bichat, na qual as funções vitais do organismo humano são sustentadas pelo coração, pulmão e cérebro. A partir de então, o estudo dos signos da morte foram em grande parte impulsionados pela necessidade de critérios fiáveis que indicassem com precisão o diagnóstico da morte. Na Europa, durante o século XVIII, eram frequentes os casos de enterramentos em vida. Tanto que em 1793, na Alemanha e na Itália, são criadas as chamadas câmaras mortuárias de espera. A partir do século seguinte, a praxis médica e a teoria jurídica cuidaram de assinalar os primeiros parâmetros do momento da morte, que fixavam o desaparecimento das funções circulatória e respiratória de forma definitiva como o sinal inconfundível da

Medicina, mormente no campo da reanimação, e o desenvolvimento de aparelhos aptos a substituir as funções cardíaca e respiratória (os batimentos cardíacos passaram a ser estimulados e mantidos por marcapassos e a respiração foi substituída pela ventilação mecânica) demonstraram que essas atividades podem ser artificialmente mantidas durante longos períodos, o que levou à necessidade de se abandonar o conceito clássico de morte.¹⁶ Destarte, teve lugar a elaboração do conceito de morte com lastro na extinção das funções cerebrais em sua totalidade (córtex cerebral e encéfalo). A morte encefálica requer a falência completa da atividade daquele órgão central – desse modo, lesões cerebrais, ainda que gravíssimas, como nos casos de inconsciência irreversível ou morte cortical, seriam insuficientes.¹⁷ A morte encefálica consiste, portanto, na ces-

inviabilidade de restauração dos sinais vitais. Essa fórmula, que ficou conhecida por “conceito clássico de morte”, permaneceu inquestionável até meados da década de 60 (cf. SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *Morte encefálica e a Lei de transplante de órgãos*, p. 07-09).

16. O critério decisivo para a substituição do conceito clássico foi o da reversibilidade do processo da morte cardiorrespiratória. Isso porque as diferentes células do corpo humano possuem prazos de reanimação diversos, vale dizer, o período de sobrevivência sem afluxo de sangue oxigenado varia segundo as diferentes espécies de células. Assim, o cérebro morre dentro de três a quatro minutos após a cessação da circulação (à exceção dos neonatos, cujo prazo de sobrevivência é de oito a quinze minutos); outros órgãos, como o fígado, o pulmão, a vesícula, o coração e os rins, resistem ainda de trinta a noventa minutos, enquanto que as córneas falecem em até seis horas. Essa diferença nos prazos de sobrevivência das diversas células faz com que uma reanimação tardia possa restabelecer a circulação e a respiração, enquanto o cérebro remanesce irreparável em todas as suas funções (cf. LÜTTGER, Hans, op. cit., p. 97 e ss.). Nesse âmbito, alguns autores têm distinguido entre morte relativa, que é a que se instala com a parada cardiorrespiratória, e durante a qual é possível a reanimação com manobras terapêuticas extraordinárias; morte intermédia, que se caracteriza pela extinção progressiva das atividades biológicas, sem que seja possível, de qualquer modo, recuperar a vida do organismo de forma unitária, e morte absoluta, que corresponde ao desaparecimento de toda a atividade biológica do organismo primitivo (cf. MARLET, José Maria. “Conceitos médico-legal e jurídico de morte”. *Justitia*, v. 49, n. 138, 1987, p. 45-46).

17. Cf. LÜTTGER, Hans, op. cit., p. 102.

sação definitiva das funções cerebrais e do tronco do encéfalo, independentemente do fato de que sejam artificialmente mantidas as atividades cardiorrespiratórias. Destarte, com a superveniência da morte encefálica, desaparece a obrigação, para o médico, de prosseguir com a atividade terapêutica ou de iniciar um novo tratamento, e a desconexão de ventiladores artificiais e marcapassos ou a interrupção da alimentação por intubação não realiza o tipo objetivo do delito de homicídio, já que este pressupõe sempre uma lesão ao bem jurídico vida que, nesse caso, não mais existe.¹⁸ A manutenção artificial das funções vegetativas só se justifica quando se visa manter vivos órgãos para transplantes e apenas durante o tempo estritamente necessário.¹⁹ Do exposto, ressaí que o próprio conceito legal de morte

18. Cf. NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel, *op. cit.*, p. 73 e ss.

19. Daí a relevância da fixação do conceito de morte encefálica, pois considerando que a interrupção das atividades circulatória e respiratória determina o momento da morte, o ser humano cujo cérebro estivesse morto, mas que fosse submetido à manutenção artificial daquelas funções, seria uma pessoa viva, restando portanto desautorizada a extração de órgãos ímpares para transplantes. Todavia, cumpre salientar que a substituição do conceito clássico pela moderna definição de morte encefálica não guarda razões apenas na possibilidade de realização de transplantes de órgãos, porquanto a proteção jurídico-penal não pode ser manipulável por razões de ordem utilitária. O conceito de morte encefálica deve ser aceito antes por razões médico-jurídicas: enquanto a respiração e a circulação sangüínea podem ser mantidas artificialmente, a extinção da função cerebral é irreversível, posto que o cérebro não pode ser substituído por aparelhos. Assim, após a morte encefálica, a reanimação serve apenas para postergar o momento de sua desintegração total, mas não pode impedi-la. A vinculação de conceitos jurídicos à cessação da atividade cardiorrespiratória seria arbitrária, enquanto que a aceitação da morte encefálica seria legítima, "porque o Direito necessita – tal como a Medicina – de um conceito de morte que se entenda como limite, e não como um processo" (LÜTTGER, Hans, *op. cit.*, p. 100-101). Nessa trilha, assinala-se que o Direito Penal assume caráter eminentemente realista, porque demanda, sejam quais forem os critérios utilizados no diagnóstico, uma determinação precisa do momento da morte segundo os métodos existentes na ciência médica a cada momento (cf. ROMEO CASABONA, Carlos María, *op. cit.*, p. 164).

vem a corroborar a qualificação da vida humana como dependente de critérios valorativos, uma vez que, ainda que conservadas funções biológicas (respiração e circulação), já não mais existe vida digna de proteção quando verificada a morte encefálica, de modo que a vida humana se afirma como algo mais que um processo puramente biológico.²⁰

Delimitado o momento em que se extingue a vida humana, passa-se agora à problemática da sua comprovação. A ciência médica tem buscado recursos que se traduzam em resultados objetivos – todavia, o dilema reside na ausência de um critério único que autorize o diagnóstico preciso da morte cerebral, tendo em vista os diversos sintomas que dela resultam. Assim, o diagnóstico da morte encefálica toma por base a constatação clínica do coma aperceptivo e a ausência de reflexos ou movimentos supra-espinais, respaldado por exames subsidiários que demonstrem inequivocamente a ausência de atividade elétrica cerebral, de perfusão sangüínea cerebral ou de atividade metabólica. A primeira é atestada pelo eletroencefalograma (EEG) isoeétrico.²¹ Já a ausência de perfusão sangüínea cere-

20. Nesse sentido NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel, op. cit., p. 324. Sobre os riscos, ainda presentes, da adoção do critério da morte encefálica e a realização de transplantes de órgãos, vide TAKIZAWA, Itsuyo. "Le Droit médical et la société japonaise: la mort cérébrale est-elle la mort véritable?" *Revue Internationale de Droit comparé*, n. 1, 1996, p. 96 e ss.

21. Em caso de morte encefálica, o EEG mostra uma linha plana (silêncio elétrico cerebral), como consequência do desaparecimento da atividade bioelétrica cerebral. Mas a constatação da morte não poderá ser deduzida isoladamente desse exame por vários motivos, principalmente porque o EEG informa apenas sobre o funcionamento de parte do córtex cerebral, o que não autoriza uma conclusão segura sobre as partes mais profundas do cérebro, em especial o encéfalo. O conceito de morte pressupõe, consoante já se expôs, a falência completa do cérebro, o que demanda diagnósticos complementares a respeito do estado do encéfalo. Destarte, o EEG isoeétrico pode significar um bloqueio funcional reversível do cérebro, representando tão-somente uma "morte aparente". A precisão do diagnóstico tem por escopo distinguir a morte encefálica da morte cortical, na qual ocorre apenas a falta de conexão entre o córtex cerebral e o restante do organismo. Ocorre perda da consciência,

bral é evidenciada pela arteriografia, pelo estudo radioisotópico, pelos estudos ultra-sonográficos transcranianos e pela monitorização da pressão intracraniana. A ausência de atividade metabólica é evidenciada pelo *pet scanner* e por métodos que medem a extração e o consumo de oxigênio.²² Esses critérios,

mas são mantidos movimentos reflexos e há reações a determinados estímulos (cf. ROMEO CASABONA, Carlos María. *Los trasplantes de órganos*, p. 65). Assim, o elemento crucial para a determinação da morte encefálica é a cessação permanente da atividade do tronco cerebral, já que restou comprovado que uma pequena atividade cortical residual pode resistir em partes do córtex algum tempo após a inatividade do tronco cerebral (com o EEG registrando atividade cerebral), ao passo que há notícia de diversos pacientes com mínimos sinais de atividade de tronco cerebral e com EEG isoelétrico, que se mantiveram indefinidamente. Nesse passo, para aqueles que lastreiam o diagnóstico da morte encefálica no encéfalo como um todo, como unidade funcional, o EEG com eletrodos de couro cabeludo não tem valor (cf. MANREZA, Luiz Alcides. "Morte clínica". *Revista da Associação Médica Brasileira*, 1987, v. 33, n. 5-6, p. 79).

22. São condições *sine qua non* para o diagnóstico da morte encefálica: 1) determinação precisa da causa do coma que levou à lesão permanente e irreversível do encéfalo; 2) ausência de intoxicação exógena, distúrbio metabólico-endócrino grave ou hipotermia; 3) ausência de resposta ou receptividade a estímulo doloroso intenso; 4) ausência de respiração espontânea e 5) ausência de reflexos de tronco cerebral. Saliente-se, porém, que reflexos profundos podem ocorrer em pacientes com morte encefálica, pois geralmente são os últimos a desaparecer (cf. ARRUDA, Walter Oleschko; SILVADO, Carlos Eduardo. "Morte encefálica: aspectos clínicos e eletrencefalográficos em 33 casos". *Revista da Associação Médica Brasileira*, 1987, v. 33, n. 5-6, p. 91; GRENVIK, Ake *et alii*. "Suspensão do tratamento na doença terminal e morte cerebral". In: COOK LANE, John. *Reanimação*, p. 156). Em se tratando de recém-nascidos anencéfalos (criança nascida sem cérebro ou sem algumas de suas partes essenciais), se afigura ainda como impossível uma completa equiparação entre a ausência de cérebro e a morte encefálica, visto que é comum registrarem certa atividade bioelétrica comprovada por meio de EEG. Nessa trilha, os recém-nascidos anencéfalos não poderiam ser distinguidos de outras crianças portadoras de anomalias e enfermidades diversas, sendo-lhes aplicáveis as regras gerais de constatação da morte encefálica em seres humanos, ainda que evidente sua falibilidade nessa situação. O denominado Protocolo da Universidade de Loma Linda, de 1987, suscitou polêmica ao estabelecer que, uma vez diagnosticada a

porém, não abrangem as hipóteses de hipotermia induzida artificialmente e de depressão medicamentosa (casos em que o sistema nervoso central é deprimido por meio de drogas até níveis afuncionais, sem perder, contudo, a capacidade de recuperação, como nos casos de anestesia geral).

Nesse sentido, a Lei 9.434/97, que cuida da disciplina jurídica dos transplantes de órgãos no país, corrobora o conceito aqui perfilhado, ao dispor que “a retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplantes ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por Resolução do Conselho Federal de Medicina” (art. 3.º). De seu turno, o Decreto 2.268/97, que regulamenta a sobredita Lei, determina que o diagnóstico de morte encefálica será confirmado, segundo os critérios clínicos e tecnológicos definidos em resolução do Conselho Federal de Medicina, por dois médicos, no mínimo, um dos quais com título de especialista em neurologia, sendo tais procedimentos dispensáveis quando a morte decorrer de parada cardíaca irreversível, comprovada por resultado incontestável de exame eletrocardiográfico.²³ Estabelece, ainda, que não podem participar do processo de verificação de morte encefálica médicos integrantes das equipes especiali-

anencefalia por meio de exame pré-natal, e desde que os pais concedessem sua autorização por escrito, os fetos que padecessem dessa anomalia poderiam figurar como doadores de órgãos, iniciando-se para tanto um procedimento de manutenção das funções vitais antes mesmo da constatação da morte encefálica. Vide, a respeito, ROMEO CASABONA, Carlos María. *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, p. 174-181.

23. Isso porque, nos casos de pacientes que falecem por parada cardíaca antes da efetiva comprovação da morte encefálica, a espera para cumprimento dos prazos desse diagnóstico poderia determinar a perda dos órgãos para transplante, de forma que torna-se novamente aceitável o conceito de morte em razão da parada cardiorrespiratória (cf. ROMEO CASABONA, Carlos María, op. cit., p. 166-169).

zadas autorizadas a proceder à retirada, transplante ou enxerto de tecidos, órgãos e partes (art. 16, §§ 1.º, 2.º e 3.º). Por derradeiro, a Resolução 1.480/97, do Conselho Federal de Medicina, prescreve que “a morte encefálica será caracterizada através da realização de exames clínicos e complementares durante intervalos de tempo variáveis, próprios para determinadas faixas etárias” (art. 1.º), sendo que “os parâmetros clínicos a serem observados para constatação de morte encefálica são: coma aperceptivo com ausência de atividade motora supra-espinal e apnéia” (art. 4.º).²⁴

4.1.3 Direito à vida e dignidade da pessoa humana

Uma precisa apreciação do bem jurídico vida humana demanda antes de tudo sua consideração ao lado de outros valores constitucionais fundamentais.²⁵ A tradição judaico-

24. Nessa trilha, os intervalos mínimos entre duas avaliações clínicas necessárias para a caracterização da morte encefálica serão definidos por faixa etária, conforme os seguintes parâmetros: a) de 7 dias a 2 meses incompletos – 48 horas; b) de 2 meses a 1 ano incompleto – 24 horas; c) de 1 ano a 2 anos incompletos – 12 horas; d) acima de 2 anos – 6 horas (art. 5.º). A fixação de um intervalo mínimo de 6 horas entre as duas avaliações clínicas que irão constatar a morte encefálica tem sido incisivamente criticada pela doutrina, por guardar sensível descompasso com a legislação dos países mais avançados, que adota um intervalo mínimo de 12 a 24 horas (cf. SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite, op. cit., p. 36). A Resolução admite ainda que não há consenso para as crianças menores de 7 dias, baixando consideravelmente a faixa mínima anterior (Resolução 1.346/91), que era de 2 anos de idade. Essa postura acarreta sérios riscos, já que até os dois anos o cérebro é mais resistente à falta de oxigênio, tendo sido registrados casos de crianças em coma ultrapassado e eletroencefalograma mostrando ausência de atividade dos hemisférios cerebrais por mais de 24 horas, com recuperação posterior (cf. PEREIRA, Victor; MARREY NETO, José Adriano: “O momento da morte”. *Revista dos Tribunais*, 1992, v. 681, p. 436). Por fim, aponte-se que o referido diploma reduziu drasticamente os critérios e exames para a constatação da morte encefálica (art. 4.º), ignorando os comas induzidos por intoxicações metabólicas ou por intoxicações por drogas e os casos de hipotermia.

25. Cf. SILVA FRANCO, Alberto. “A eutanásia no novo Código Penal”. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, 1993, n. 4, p. 01.

cristã, consoante o exposto supra, consagrou a idéia de que a vida humana é bem sagrado e intangível, entendimento que corrobora a concepção biológica de vida humana como um processo físico-biológico, desprovido de quaisquer considerações a respeito de possíveis deficiências físicas ou à capacidade de auto-realização do ser humano (*princípio da sacralidade da vida*). Em oposição a essa regra, de há muito considerada referência principal ou exclusiva para o Direito, surge o *princípio da qualidade de vida*, segundo o qual a vida humana é um valor relativo, existente e digno de proteção enquanto mantenha um determinado nível de qualidade, representado pela capacidade do indivíduo de relacionar-se com os demais seres humanos e de assumir seus próprios atos. Hodiernamente, busca-se uma aproximação entre ambas as tendências, tomando como referência básica a sacralidade da vida humana, com vistas a evitar uma paulatina degradação de sua proteção, mas considerando também que a qualidade de vida pode solucionar situações limites nas quais uma concepção rigorosa de intangibilidade da vida humana mostra-se impotente, desde que desconsiderados critérios tais como o de utilidade, relativismo e subjetivismo, e à medida em que essa conciliação seja compatível com os princípios da *autonomia* e da *dignidade da pessoa humana*, que aqui aparecem como critérios de aproximação.²⁶

A dignidade da pessoa humana, guindada à categoria de princípio fundamental do Estado de Direito democrático e social pela Constituição Federal (art. 1.º, III), “implica uma determinada concepção de ser humano e supõe o seu reconhe-

26. Cf. ROMEO CASABONA, Carlos María, op. cit., p. 41-42. Esclarece o autor que sacralidade e qualidade de vida não podem figurar como critérios radicalmente opostos, uma vez que chegam à mesma solução em certas situações, como nos casos de pacientes com morte cerebral (ainda que persistentes outras funções biológicas, não mais se trata de uma “pessoa”, visto que não mais possui capacidade de relação ou de comunicação) e de recém-nascidos anencéfalos (op. cit., p. 41).

cimento enquanto tal pelo simples fato de sê-lo".²⁷ A acolhida desse princípio, ao mesmo tempo em que afirma a superioridade do homem em relação a todos os demais seres e objetos da natureza, consigna sua condição de igualdade perante todos os seres humanos. Essa igualdade impede todo tipo de discriminação ou de instrumentalização da pessoa humana para lograr fins que lhe são alheios, por mais valiosos que sejam. De outro lado, a condição de ser racional do homem conduz à sua *autonomia moral*, que equivale à liberação de quaisquer interferências ou pressões alienantes e manipulações coisificadoras. A pessoa humana constitui valor absoluto que não pode ser ultrapassado pelo Estado em favor de nenhum interesse coletivo. Situada à frente de todos os direitos fundamentais, a dignidade humana lhes serve de alicerce e informa seu conteúdo, convertendo-se na fonte ética que confere unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais.²⁸ Desse modo, a inviolabilidade dos

27. ROMEO CASABONA, Carlos María, op. cit., p. 44. O respeito à dignidade humana, consoante expõe o autor, leva consigo a idéia de *legitimação democrática*, e significa ao mesmo tempo seu reconhecimento como *princípio material de justiça*, prévio e imanente ao Direito positivo, o que impede seja considerado apenas mais um interesse dentre vários passíveis de ponderação nas hipóteses de conflito (op. cit., p. 45). Nesse sentido, afirma-se que "se o Direito não quer ser mera força, mero terror, se quer obrigar a todos os cidadãos em sua consciência há de respeitar a condição do homem como pessoa, como ser responsável", pois "no caso de infração grave ao princípio material de justiça, de validade *a priori*, ao respeito à dignidade da pessoa humana, carecerá de força obrigatória e dada sua injustiça será preciso negar-lhe o caráter de Direito" (CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal español*, v. I, p. 18).

28. Nesse passo, tem-se afirmado que "os princípios fundamentais do Título I da Constituição representam a base do desenvolvimento da forma de Estado Democrático de Direito que se instituiu no Brasil a partir da vigência do texto maior. Não se pode entender o art. 5.º senão consagrador de direitos e garantias individuais em face da peculiar maneira de ser do Estado brasileiro, qual seja, Democrático e de Direito. Todos os incisos positivadores de tais garantias são decorrentes dos princípios fundamentais da natureza do Estado. Se são aplicáveis imediatamente tais princípios e

direitos concernentes à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade não diz respeito a generalidades, mas a condições uniformes na sociedade que garantam a *qualidade* daqueles direitos tutelados. Cuida-se aqui da aplicação do valor dignidade da pessoa humana a cada um desses direitos – destarte, o direito à vida será o direito à vida *digna*, com aplicação análoga a cada um dos outros direitos.²⁹

Ressalte-se ainda que a dignidade humana possui dupla dimensão: uma negativa e outra positiva. A primeira impede que a pessoa humana venha a ser objeto de ofensas e humilhações – nesse sentido, estabelece o próprio texto constitucional que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (art. 5.º, III). Já a dimensão positiva assegura o pleno desenvolvimento de cada ser humano, reconhecendo-se sua autodeterminação, livre de quaisquer interferências ou impedimentos externos. Do exposto, ressaí que a liberdade, valor no qual se encontra lastreado o princípio da autonomia, é inerente à própria dignidade humana.³⁰

Salta à evidência que os avanços biomédicos nas mais variadas áreas e especialidades lograram o aumento da expectativa e da qualidade de vida. Todavia, agregue-se que esses

garantias é porque, e somente porque, o Estado Democrático de Direito, proposto no Título I, já existe em seus valores fundamentais. Corolário disso é que a *dignidade da pessoa* não é um valor futuro, mas presente desde a vigência da Constituição. Todos têm acesso ao *direito de dignidade material*” (LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Princípios políticos do Direito Penal*, p. 249-250).

29. Cf. LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro, op. cit., p. 251.

30. Cf. SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*, p. 91 e ss. A respeito do princípio da dignidade humana, destaca-se que o sentido do dispositivo constitucional é indicar como um dos fins do Estado a promoção das condições para que as pessoas se tornem dignas, visto que “esta é uma tarefa eminentemente pessoal. O sentido da vida humana é algo forjado pelos homens. O Estado só pode facilitar esta tarefa na medida em que amplie as possibilidades existenciais do exercício da liberdade” (BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*, v. I, p. 425).

progressos trouxeram consigo a obstinação terapêutica, na medida em que a superveniência da morte passa a ser vista como fracasso médico e a vida tende a ser perseguida e prolongada indefinidamente, a todo custo. Nesse particular enfoque, questiona-se se ao lado desses êxitos científicos não se estará voltando também contra o ser humano um “arsenal” de normas jurídicas destinadas à tutela da vida sob múltiplos ângulos que lesam reflexamente a dignidade humana.³¹ Cumpre, nesse aspecto, registrar que o conteúdo essencial dos valores constitucionais assinala uma fronteira que ao legislador ordinário não é dado ultrapassar, pois “a liberdade, a dignidade pessoal do homem – qualidades que lhe são inerentes – e a possibilidade de se desenvolver livremente constituem um limite infranqueável ao Estado. Não se pode esquecer jamais que a pessoa humana não é um objeto, um meio, mas um fim em si mesmo e como tal deve ser respeitada”.³²

Importa, nesse passo, pôr em destaque a questão da disponibilidade do bem jurídico vida por seu titular. É cediço, de acordo com a doutrina majoritária, que a vida humana é um bem indisponível. A maioria dos autores, atrelada à concepção da vida como um bem sagrado, intangível e absoluto, é unânime em negar qualquer valor ao consentimento prestado nesses casos, rechaçando veementemente a possibilidade de disposição.³³ Nessa trilha, afirma-se que “a vida é pressuposto da

31. Cf. ROMEO CASABONA, Carlos María, op. cit., p. 95-96.

32. PRADO, Luiz Regis, *Bem jurídico-penal e Constituição*, p. 65-66.

33. Nessa trilha, afirma-se que “uns direitos são como que adquiridos e, portanto, tangíveis e renunciáveis (os patrimoniais, por exemplo), ao passo que outros, ou porque transcendam ao interesse individual ou porque inatos, se tornam intangíveis e inalienáveis. O direito à vida e à integridade física é indisponível, não só porque considerada divina a centelha vital, advinda de Deus e devendo ser conservada segundo os desígnios do Senhor da vida e da morte, ofendendo pois ao sentimento ético-jurídico a sua disposição ao livre alvedrio do indivíduo, como pela razão de que a integridade física é essencial a fim de que possa cada qual cumprir seus deveres para com a família e a sociedade (...). Vai daí que o consentimento do ofendido, no homicídio

personalidade e é o supremo bem individual. A *integridade corporal* é condição de plenitude da energia e eficiência do indivíduo como pessoa natural. Tutelando esses bens físicos do indivíduo, a lei penal está servindo ao próprio interesse do Estado, pois este tem como elemento primacial a população, e à sua prosperidade não é indiferente a saúde ou a vitalidade de cada um dos membros do corpo social. E por isso mesmo que correspondem a interesses imediatos ou diretos do Estado, esses bens são *inalienáveis, indisponíveis, irrenunciáveis* por parte do indivíduo. Representam o conteúdo dos direitos sub-

eutanásico, não pode ter qualquer eficácia, como justificativa penal, para a exclusão da responsabilidade do autor do crime” (MARREY, Adriano. “O problema do consentimento do ofendido e a eutanásia – a ilicitude do suicídio – a importância dos motivos determinantes e o crime de homicídio”. *Justitia*, v. 42, 1963, p. 10). Sustenta-se mesmo que “no homicídio do consenciente, o único sujeito passivo é o Estado; o indivíduo, o consenciente, aparece como mero objeto material. Daí uma conclusão lógica que nenhuma deferência doutrinária, nenhuma autoridade legislativa pode obstaculizar: o homicídio do consenciente não é forma atenuada de homicídio, nem o consentimento no homicídio é razão de atenuação da pena” (VANNINI, Ottorino. *Il delitto di omicidio*, p. 6-7). Assim, à impunidade da eutanásia se opõem “motivos morais (e também jurídicos), uma vez que, dado o valor atribuído à vida humana pela consciência comum e pelo ordenamento jurídico, não se pode privar a criatura humana de um único momento de existência; de resto, a própria prevalência do motivo de piedade sobre a natural aversão à supressão do próximo, com base nos laços de afeto que se ligam aos familiares, revela uma personalidade sanguínea ou, ao menos, tendente ao delito. Opõem-se motivos de religião cristã, visto que a ninguém é dado tirar a vida, da qual apenas Deus é dono, ou privar um ser da possibilidade de conversão, de arrependimento, de maiores contrições” (PANNAIN, Remo. “Omicidio”. *Novissimo Digesto italiano*, v. XI, p. 884). Nesse sentido, vide, dentre outros, ANTO-LISEI, Francesco. *Manuale di Diritto Penale*, Parte Speciale, v. I, p. 54; GRANATA, Luigi. *L'omicidio nel Diritto Penale*, p. 08-09; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Libertad de amar y derecho a morir*, p. 427; OLIVEIRA, Olavo. *O delito de matar*, p. 157-158; FRANCO, Ary Azevedo. *Dos crimes contra a pessoa*, p. 74; SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de Direito Penal*, Parte Geral, t.I, p. 379-380; MAGALHÃES NORONHA, E. *Direito Penal*, v. II, p. 22; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*, v. I, p. 193; PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*, p. 93-94; COSTA JR, Paulo José da. *Curso de Direito Penal*, v. I, p. 114.

jetivos que a lei penal considera intangíveis, ainda quando preceda, para o seu ataque, o consentimento do *subjectum juris*".³⁴ Perfilhando esse entendimento, registra-se ainda que "a vida é um bem jurídico que não importa proteger só do ponto de vista individual; tem importância para a comunidade. O desinteresse do indivíduo pela própria vida não exclui a esta da tutela penal. O Estado continua a protegê-la como valor social e este interesse superior torna inválido o consentimento do particular para que dela o privem. Nem sequer quando ocorrem circunstâncias que incluíram o fato na categoria da eutanásia, ou homicídio piedoso. Realmente, se a lei incrimina o auxílio ao suicídio, com melhor razão punirá o matador mesmo quando atua com o consentimento da vítima".³⁵ Outros vão mais além, assinalando que "o suicídio, portanto, não pode ser considerado ato lícito e *secundum jus* (...). E tampouco a morte ocasionada a pedido da vítima, para pôr termo a uma existência já de si condenada pelo verificar-se de moléstia incurável, causadora de grandes sofrimentos físicos".³⁶ Com fulcro nesses posicionamentos, deduz-se que "é irrelevante o consentimento da vítima no homicídio; o bem jurídico vida não é disponível, o seu titular é sujeito do direito à vida e do direito de viver, mas não do direito sobre a vida".³⁷ Desse modo, "o mais que permite o nosso Direito é tomar em consideração o 'motivo de alta relevância social ou moral' e incluir a eutanásia como causa especial de menor punibilidade, no § 1.º do art. 121. Mas, então, não é o consentimento do ofendido que decide, é a culpabilidade que se atenua e assim se reflete sobre o grau de pena".³⁸

34. HUNGRIA, Nelson, op. cit., p. 15-16.

35. BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*, v. II, p. 21.

36. MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*, v. IV, p. 85.

37. MESTIERI, João. *Manual de Direito Penal*, v. I, p. 155.

38. BRUNO, Aníbal, op. cit. p. 22. Nesse sentido, ressalta Hungria que "aqui, não é o consentimento da vítima que justifica a atenuação da pena, senão a nobreza do motivo determinante" (op. cit., p. 17).

Fecham-se as portas para a justificação de qualquer forma de eutanásia. Em que pese as agonizantes torturas a que se vêem submetidos os doentes terminais para os quais não resta mais chance de cura, ou o sofrimento crescente dos familiares que acompanham o desfalecer de uma vida inconsciente e que já não acena com nenhuma possibilidade de recuperação, a vida, “ainda que mantida por meios artificiosos ou reduzida a mera estremeção muscular, alheia à consciência (...), embora periclitante ou conservada pelo suprimento artificial da quase exaurida resistência orgânica ou fisiológica, não deixa de ser vida”, de modo que “a supressão dos momentos de vida que restam ao moribundo é crime de homicídio, pois a vida não deixa de ser respeitável mesmo quando convertida num drama pungente e esteja próxima de seu fim”.³⁹

Não é esse, porém, o melhor entendimento. É de enfatizar que o direito à vida contemplado pela Constituição deve ser compreendido de acordo com uma visão global que dele se faça, incluindo na sua interpretação outros valores superiores (liberdade e dignidade humana). De primeiro, frise-se que do preceito insculpido no art. 5.º, *caput*, da Constituição, é possível deduzir que ninguém pode ser desprovido da própria vida contra sua vontade (à exceção dos casos expressamente previstos em lei), incumbindo ao Estado o dever de respeito (evitando atos próprios ou de seus prepostos que venham a lesar esse direito) e de proteção (garantia frente a terceiros, elaborando leis que sancionem os atentados dos particulares contra a vida humana) àquele bem jurídico. De outro lado, não existe um dever absoluto e incondicionado de viver, e isso porque não é o próprio titular do direito à vida o destinatário da norma constitucional que o tutela, mas sim terceiros (os poderes públicos e os particulares). Bem por isso que o suicídio não é punido, não

39. HUNGRIA, Nelson. “Ortotanásia ou eutanásia por omissão, sob o ponto de vista jurídico-penal”. In: *Comentários ao Código Penal*, v. VI, p. 379 e 381.

só por razões de política criminal, mas porque não deva ser reputado ilícito, e sua punibilidade em tudo excederia à função de garantia que deriva do mandato constitucional em apreço. Todavia, não há que se sustentar aqui a existência de um direito à própria morte decorrente do direito à vida, verdadeira inversão do sentido do preceito constitucional.⁴⁰

Importa, nesse passo, distinguir renúncia e disposição do direito à vida. A renúncia ao direito implica forçosamente a renúncia à exigibilidade do cumprimento dos deveres de respeito e proteção a que se obrigam o Estado e os particulares.⁴¹ Nessa trilha, o direito à vida exsurge como irrenunciável. Já a disposição do direito à vida não implica necessariamente uma renúncia, porquanto aquele que dispõe da própria vida mantém o domínio do fato e, portanto, do bem jurídico.⁴² Isso não significa, porém, que dessa disponibilidade se possa aferir a licitude da intervenção de terceiros no momento da disposição,

40. Cf. NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel, op. cit., p. 307.

41. Assim, aquele que pretende deixar a própria vida, suicidando-se, por exemplo, na solidão de seu domicílio, “não está renunciando necessariamente ao direito à vida, mas à vida mesma, que é pressuposto material desse direito. A renúncia ao direito implicaria forçosamente a renúncia à exigibilidade do cumprimento dos deveres que do mesmo derivam para os demais: o de respeito por parte do Estado e dos particulares e o de proteção pelo primeiro; vale dizer, comporta uma referência aos terceiros sobre os quais esse direito – e os conseqüentes deveres – se projeta” (ROMEO CASABONA, Carlos María, op. cit., p. 108). No mesmo sentido, NIÑO, Luis Fernando. *Eutanasia: morir con dignidad (consecuencias jurídico-penales)*, p. 130.

42. Nesse sentido, assinala-se com acerto que “a vida humana há que ser concebida como um direito altamente pessoal, de modo que não se compreende por que tal direito deva ser juridicamente – e destaco a expressão juridicamente – irrenunciável. À objeção de que essa postura conduz a um individualismo extremo cabe opor que a tese de que o homem está obrigado frente à comunidade a manter-se com vida se apoia num questionável coletivismo de proveniência conhecida. É certo que o indivíduo tem obrigações frente à comunidade, mas apenas enquanto vive; entretanto, não tem frente à comunidade a obrigação de viver” (KAUFMANN, Arthur, op. cit., p. 54). A respeito, vide ainda MANTOVANI, Ferrando. “Aspetti giuridici della eutanasia”. *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1988, fasc. 2, p. 453.

visto que ela limita-se apenas ao titular daquele direito – a disponibilidade frente a terceiros importaria verdadeira renúncia ao direito à própria vida. Como nenhum direito deve ser interpretado como absoluto e incondicionado, também esse direito a dispor da própria vida encontra-se submetido a algumas restrições.⁴³ Daí porque o homicídio, ainda que mediado pelo consentimento da vítima, e o induzimento, a instigação e o auxílio ao suicídio são criminalizados perante a atual legislação, embora as formas omissivas desses delitos, em situações especiais e desde que presente a recusa consciente e responsável do titular do bem jurídico, devam permanecer impunes por razões de ordem constitucional, em atenção ao postulado fundamental da dignidade da pessoa humana.

Desse modo, não ultrapassando a disponibilidade do direito à vida os limites de seu próprio titular, não se vislumbra como contrária à Constituição omissão de tratamentos vitais quando a recusa do paciente se fundamenta na ausência de expectativas reais de melhora e a submissão forçada aos cuidados médicos implicaria atentado à dignidade humana. Todavia, como o reconhecimento desse direito limitado à disposição da própria vida não abrange uma vertente negativa – em outro dizer, o direito de morrer – não há que serem admitidas as recusas imotivadas a tratamentos vitais, quando presentes chances reais de recuperação. Tanto é assim que a lei penal reconhece como lícitas a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida, e a coação exercida para impedir suicídio (art. 146, § 3.º, I e II, do Código Penal). Vislumbra-se aqui hipótese de estado de necessidade em que o atentado à liberdade individual é tolerado em função da preponderância do direito à vida. Contudo, em que pese a primazia da vida humana nesses casos, atente-se para o fato de que, em um Estado de Direito democrático e social, a ponderação de

43. Cf. ROMEO CASABONA, Carlos María, *op. cit.*, p. 109.

interesses, que serve de lastro para aquela causa de justificação, deverá ter em conta a dignidade da pessoa humana como um critério corretor. Assim, “o estado de necessidade será uma causa de justificação quando o mal causado seja menor que o que se tratava de evitar sempre que a conduta realizada não implique uma grave infração ao respeito devido à dignidade da pessoa humana”, do contrário, “a conduta será ilícita e caberá frente a ela legítima defesa”.⁴⁴

Nos casos em que o paciente não possa expressar validamente sua recusa à terapia (v.g., hipóteses de inconsciência ou incapacidade), por ocupar a facultativa posição de garante do bem jurídico, subsiste o dever de agir. Essa responsabilidade apenas deixaria de existir nas hipóteses de não-iniciação ou de suspensão de tratamento vital de moribundos cuja manutenção artificial das funções vegetativas tenha se convertido num inútil protelamento da morte. Comportamento oposto equivaleria à instrumentalização da pessoa humana, verdadeira ofensa à vedação constitucional de submissão a tratamentos desumanos ou degradantes.⁴⁵

Com relação às intervenções ativas de terceiros nos atos de disposição da própria vida por seu titular, observe-se que não são justificáveis do ponto de vista constitucional, posto que, em primeiro lugar, o direito à dispor da própria existência encontra limites infranqueáveis nas condutas alheias que importem privação da vida de seu titular e, demais disso, conquanto não exista um dever de viver contra a própria vontade, o direito à vida não comporta uma faceta negativa, vale dizer, um direito à própria morte. Isso porque a decisão de morrer não pode ser

44. CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal español*, v. II, p. 270. Pontifica o autor que “por tratar-se (*a dignidade humana*) de um princípio material de justiça, de validade *a priori*, que representa um limite imanente para o Direito positivo, a invocação desse princípio no marco da ponderação de interesses privaria esta de limites e contornos precisos, ao introduzir na mesma um juízo de valor de natureza essencialmente diferente” (op. cit., p. 270).

45. Cf. ROMEO CASABONA, Carlos María, op. cit., p. 112.

interpretada como um ato de liberdade da vítima, ou de livre desenvolvimento de sua personalidade, visto que a própria morte, produzida por si mesmo ou por um terceiro, implica verdadeira destruição e fim daquele desenvolvimento. O direito à vida, pressuposto material do exercício de todos os demais direitos, constitui antecedente lógico da liberdade humana e não pode ser por ela sobrepujado.⁴⁶ É de notar, porém, que o consentimento do titular do bem jurídico nos delitos contra a vida, desde que validamente prestado, não é irrelevante, como o pretende a doutrina majoritária, devendo ser considerados seus efeitos atenuatórios da responsabilidade, por influir na magnitude do injusto penal. Nessa trilha, embora não seja ponderável considerar que o direito à liberdade, nesses casos, esteja apto a legitimar a causação de homicídio por um terceiro,

46. Sobre a liberdade, afirma-se que “não parece que esse direito possa justificar sem mais a disponibilidade em relação à própria morte, por si mesmo ou com o auxílio de terceiros, pois resulta difícil supor que um ato de desenvolvimento da personalidade tenha lugar através da morte” (NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel, op. cit., p. 314). Na mesma trilha, aponta-se ainda que “a inserção do valor superior da liberdade em um Estado de Direito *social*, a inclusão da igualdade e da justiça entre esses valores superiores e a interpretação dessa liberdade em sua acepção *política* seriam algumas das razões que aconselhariam evitar deduções demasiado unilaterais que sobrepujassem as atuais concepções sociais: assim, resulta difícil afirmar que a liberdade como valor superior esteja acima do direito fundamental à vida, que é a base e o *prius* lógico de todos os demais direitos. Por outro lado, não cabe considerar como livre desenvolvimento da personalidade a realização de um comportamento que pretende precisamente acabar com ela, e a dignidade da pessoa não tem suficiente virtualidade para neutralizar os dados precedentes. Tampouco o concreto direito fundamental à liberdade pessoal pode prevalecer sobre o direito fundamental à vida que, nem contém dentro de si a liberdade para matar-se, nem oferece dúvidas sobre sua preferência frente a todos os outros direitos fundamentais” (DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales: vida humana independiente y libertad*, p. 204). Em sentido oposto, já se afirmou que “frequentemente a personalidade se manifesta não apenas em vida, como também por meio da morte que se escolhe” (GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. “Eutanasia y Derecho Penal”. In: *Estudios de Derecho Penal*, p. 52).

isso não significa que se deva equiparar o homicídio consentido ao homicídio simples, pois sem dúvida o consentimento diminui o desvalor da ação.⁴⁷

4.2 ESTRUTURA DO TIPO DE INJUSTO

O tipo de injusto, integrado pelo desvalor da ação (dolo ou culpa) e pelo desvalor do resultado (lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico), é a reunião dos elementos que fundamentam o injusto específico de uma determinada figura de delito.⁴⁸ Em outro dizer, “é a descrição terminante das partes que caracterizam a própria conduta delitiva”.⁴⁹ De acordo com

47. Cf. SILVA FRANCO, Alberto, op. cit., p. 01. A respeito das formas ativas de intervenção de terceiros nos atos de disposição da própria vida, tem se pronunciado a doutrina moderna no sentido da inexistência de justificação ou de proibição constitucional dessas condutas. Destarte, não é inconstitucional que a lei penal sancione a participação de alguém na morte de outrem mediante o seu consentimento (como, v.g., o faz em relação ao induzimento, à instigação e ao auxílio ao suicídio) ou o auxílio na eutanásia, como tampouco contraria o sentido da Constituição a considerável atenuação da pena ou mesmo a descriminalização nesses casos. Cuida-se, portanto, de uma decisão que “compete ao legislador ordinário tomar, pois a Constituição não se pronunciou a respeito ou, dito de outro modo, o marco interpretativo da Constituição, aberto a soluções nem sempre unívocas, admite ambas as respostas” (ROMEO CASABONA, Carlos María, op. cit., p. 110). Ainda de acordo com esse entendimento, essa solução seria cabível apenas para as condutas qualificáveis, do ponto de vista jurídico-penal, como de participação, mas não as de autoria, na medida em que implicariam a perda do controle do ato por parte do titular do direito à vida. No tocante ao induzimento e à instigação ao suicídio, a questão é também discutível, uma vez que se trata de fazer nascer a vontade suicida ou de fortalecê-la quando já estivesse presente, de modo que a decisão de abandonar a própria vida não seria livre em sua origem. Nesse passo, defende-se que “as condutas de interferência na formação ou consolidação da decisão de deixar a vida são contrárias à perspectiva constitucional de que ‘o Estado deve propiciar a vida’” (Ibidem, p. 110). Também nesse sentido, vide NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel, op. cit., p. 311-312.

48. Cf. CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal español*, v. II, p. 96.

49. PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*, Parte Geral, p. 222.

o conceito de eutanásia aqui perfilhado, são elementos essenciais do tipo de injusto do homicídio eutanásico a morte dada a um enfermo em situação de enfermidade terminal incurável ou de invalidez irreversível; o móvel humanitário e piedoso que impulsiona o agente a perpetrar o delito para pôr fim aos seus sofrimentos e o consentimento validamente prestado pelo moribundo.

4.2.1 Critério da incurabilidade

No tocante ao primeiro requisito, é mister que se aportem aqui os conceitos de equilíbrio orgânico e dos seus distúrbios, para a exata compreensão dos estados terminais e de invalidez irreversível. À condição de equilíbrio indispensável para a sobrevivência do organismo humano dá-se o nome de *homeostasia*. As flutuações da homeostasia dentro dos limites dos padrões de normalidade e a realização das reações biológicas celulares nas regiões adequadas, no momento oportuno, com intensidade, duração e freqüência apropriadas, são responsáveis pelo estado de bem-estar físico, mental e social do indivíduo, convencionalmente denominado *saúde*. Quando, porém, ocorrem quaisquer modificações nas características das reações biológicas celulares, elas repercutem sobre todo o organismo, e são capazes de causar o desequilíbrio acentuado da homeostasia, refletindo-se nas reações biológicas celulares e desencadeando distúrbios funcionais e/ou morfológicos. A esses distúrbios dá-se o nome de *doença* ou *moléstia*. Nesse sentido, as doenças podem ser definidas como “distúrbios da homeostasia e/ou das reações biológicas celulares do organismo, que se exteriorizam por manifestações gerais, associadas a outras de caráter peculiar, muitas vezes indicativas de sua localização”.⁵⁰

As doenças, no decorrer de sua evolução, exteriorizam-se através de distúrbios já notados pelo próprio indivíduo –

50. BECKER, Paulo F. L. *Patologia geral*, p. 03.

sintomas – ou são reveladas no transcurso do exame médico – sinais. Um conjunto de sinais, que permite de algum modo suspeitar ou reconhecer uma doença ou grupo de doenças designa-se síndrome. As patologias, em geral, podem curar-se sem deixar nenhum resquício (*restitutio ad integrum*) ou curar-se deixando resquícios ou seqüelas. Podem ainda cronificar, complicar-se, por superposição de outras doenças, ou evoluir para a morte.

A doença terminal pode ser considerada como a fase final de numerosas enfermidades crônicas progressivas, quando se esgotaram todos os tratamentos disponíveis e se alcança o nível vital de irreversibilidade. A situação terminal é passível de ser identificada por algumas características, quais sejam: a) presença de enfermidade avançada e incurável pelos meios técnicos existentes; b) impossibilidade de resposta a tratamentos específicos; c) presença de sintomas múltiplos, multifatoriais, e cambiantes que condicionam a instabilidade evolutiva do paciente; d) impacto emocional (devido à iminência da morte) no paciente, família e equipe terapêutica; e) prognóstico de vida breve (inferior a seis meses). Embora a terminalidade seja uma condição evolutiva bastante difícil de se determinar, a maioria da doutrina médica entende como razoável aceitar que ela se instala quando a expectativa de morte, como consequência direta da enfermidade, aparece na mente do paciente, da família e da equipe médica.⁵¹

De seu turno, os estados vegetativos persistentes representam uma forma de inconsciência permanente, em que o paciente mantém os olhos abertos e está desperto, com ciclos fisiológicos de sono e de vigília, sem, todavia, dar-se conta de si mesmo ou do que acontece à sua volta. Ao contrário dos pacientes com

51. Cf. BLANCO, Luis Guillermo. *Muerte digna: consideraciones bioético-jurídicas*, p. 69, nota 169; DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; GRACIA MARTÍN, Luis. *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales: vida humana independiente y libertad*, p. 257.

morte cerebral, trata-se de pacientes vivos, mas que não sentem dor nem sofrimento. Não são terminais, e destes se distinguem porque podem apresentar sobrevivência prolongada – durante meses ou até anos – enquanto sejam mantidas sua nutrição e hidratação artificiais.⁵²

Esses estados não se identificam com o estado de coma, pois nos pacientes que apresentam este último quadro nem sempre a vida de relação estará completamente suprimida, e em alguns casos as funções vegetativas podem se apresentar alteradas.⁵³ O mais das vezes, porém, o coma caracteriza-se por uma perda da consciência persistente: o paciente parece estar dormindo, porém não é possível despertá-lo. Nele ocorre abolição da vida de relação (motilidade, sensibilidade, consciência), mas conserva-se a vida vegetativa (respiração, circulação, termorregulação, excreções).

52. Cf. GRENVIK, Ake *et alii*. “Suspensão do tratamento na doença terminal e morte cerebral”. In: COOK LANE, John. *Reanimação*, p. 156; ROMEO CASABONA, Carlos María. *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, p. 444; DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; GRACIA MARTÍN, Luis, op. cit., p. 257. São apontados como critérios para a aferição do estado vegetativo: a) nenhuma evidência de consciência de si mesmo ou do meio e uma total incapacidade de interagir com os outros; b) nenhuma evidência de respostas comportamentais sustentadas, reproduzíveis, proposições ou voluntárias a estímulos visuais, auditivos, táteis ou nocivos; c) nenhuma evidência de compreensão ou expressão verbal; d) estado de acordar intermitente, manifestado pela presença de ciclos de dormir-acordar; e) suficiente preservação das funções do hipotálamo e do tronco cerebral para permitir a sobrevivência com cuidados e de enfermagem; f) incontinência fecal e vesical; g) preservação variável de reflexos dos nervos cranianos (pupilar, oculocefálico, corneal, vestibulo-ocular e de engasgo) e espinais (cf. KIPPER, Délio. “O problema das decisões médicas envolvendo o fim da vida e propostas para nossa realidade”. *Revista Bioética*, 1999, v. 7, n. 1, p. 60).

53. Entre todos os órgãos, o cérebro é o mais sensível aos distúrbios patológicos relativos à falta de oxigenação (anóxia), posto que, ocorrendo a destruição de suas células, não há qualquer possibilidade de regeneração ou de substituição e as lesões causadas são definitivas. A mais grave expressão dessas hipóteses é representada pelo estado de coma.

As etapas do coma podem ser apontadas de acordo com critérios vários. São elas: a) *grau I (obnubilação, coma vígil, torpor ou semicoma)*: há apenas uma depressão da consciência, persistindo algum contato com o meio. O paciente reage às excitações mediante alguns movimentos mais ou menos adequados, chegando a ter, por vezes, movimentos espontâneos, e ainda consegue deglutir; b) *grau II (coma superficial ou coma médio)*: nesse grau, o comprometimento da consciência se acentua, interrompendo-se as conexões do paciente com o meio. Não há mais reações, salvo após excitações intensas; os movimentos são estereotipados e inadequados e a deglutição é impossível; c) *grau III (coma profundo ou 'coma carus')*: há abolição completa da consciência e de toda conexão com o meio. O paciente não reage a estímulos, qualquer que seja sua intensidade. É possível verificar apenas alguns movimentos dos membros superiores em extensão, adução ou rotação interna, ao mesmo tempo em que a respiração torna-se acelerada e mais ruidosa; d) *grau IV (coma irreversível)*: o grau III nas antigas classificações correspondia às formas mais avançadas de coma. Recentemente, porém, com as novas técnicas de reanimação médica, observaram-se estados que ultrapassam essa etapa. O coma irreversível comporta duas categorias: os comas crônicos e os comas *depassés*. Os comas crônicos caracterizam-se pela perda definitiva da consciência com manutenção das funções vegetativas.⁵⁴ Todas as anóxias cerebrais, qualquer que seja sua

54. A perda da consciência é marcada por um estado de estupor permanente. É impossível a comunicação com o enfermo. As funções vegetativas, contudo, não estão alteradas: a respiração espontânea é eficaz, a função cardiocirculatória está intacta e a regulação térmica é correta. O eletroencefalograma (EEG) registra um traçado de amplitude escassa, com ondas lentas e freqüentes, e há conservação das respostas aos estímulos dolorosos e luminosos. Esse estado é constatado nos primeiros dias seguintes ao episódio anóxico agudo e, após, pode regredir total ou parcialmente. O diagnóstico definitivo do coma crônico só pode ser dado depois de transcorrido certo tempo, que é de dois a três meses quando não observado nenhum progresso.

causa, são capazes de provocar o coma crônico. O termo *coma dépassé* foi empregado pela primeira vez em 1959, por P. Mollaret e M. Goulon, para designar um novo estado originado com a aparição de métodos de reanimação respiratória. Esse estado corresponde à destruição irreversível das funções cerebrais com a conservação, por meios artificiais, da respiração e da circulação – equivale, portanto, à morte encefálica.⁵⁵ Quando o paciente é colocado previamente sob respiração artificial, todas as doenças terminais, de evolução mortal, são suscetíveis de atravessarem o estado de coma *dépassé*, antes da parada cardíaca definitiva. As anóxias cerebrais, os acidentes vasculares cerebrais e os traumatismos cranianos são as causas mais freqüentes.

Do exposto, ressaí que nem sempre os estados terminais ou vegetativos são evidenciados pela dor física ou pelo sofrimento moral do paciente.⁵⁶⁻⁵⁷ Em muitos casos é o desgaste psicológico

55. O diagnóstico do coma *dépassé* exige uma semiologia estritamente rigorosa. Não há respiração espontânea e a apnéia é constante. Para que se possa constatá-lo, é necessário desconectar o enfermo do respirador artificial durante um espaço de tempo de um a dois minutos para que sejam descartadas as suspensões respiratórias da respiração espontânea induzidas pelo aparato. A atividade cardíaca persiste, mas a freqüência dos batimentos não pode ser diminuída pela compressão dos globos oculares. Há queda da pressão arterial e perda total da consciência. Está abolida a regularidade térmica e é comum que se observe uma queda brusca da temperatura central, que conduz a uma forte hipotermia do paciente. Mas o sinal fundamental do coma *dépassé* é o total desaparecimento de toda atividade elétrica central. O traçado do eletroencefalograma nos comas *dépassés* é estritamente linear em todas as suas derivações, registrando o silêncio elétrico.

56. O diagnóstico da dor sempre foi um dos grandes desafios da Medicina. Suas repercussões sobre a personalidade humana ainda permanecem num terreno nebuloso de hipóteses e teorias. Isso porque, sob o prisma objetivo, só se pode falar em sensação dolorosa quando o exposto pelo enfermo for comprovado através da existência de uma lesão real ou de uma perturbação da saúde que a justifique. De todo modo, há certos fatores que, independentemente da intensidade, qualidade, sede, início, evolução e duração da dor podem contribuir para a compreensão do psiquismo das dores agudas (a ameaça que representa ou que o paciente julga representar, a ansiedade, a

dos familiares e os enormes custos dos tratamentos intensivos, aliados à ausência de vantagens reais para a saúde do paciente ou de expectativas objetivas de sobrevivência que determinam a insuportabilidade da situação. Todavia, há que se evitar concepções economicistas e utilitaristas, mesmo ante as alegações de que a aplicação de cuidados intensivos em pacientes que já não apresentam perspectivas reais de prosseguir vivendo obsta o tratamento de outros doentes com melhores expectativas.⁵⁸ O único ponto de vista a ser considerado, em qualquer caso, é o do paciente que está sendo tratado, suas próprias possibilidades de recuperação, ainda que apresente prognóstico menos favorável que os demais. A iniciação ou continuidade de um determinado tratamento quando carece de sentido, sem aportar nenhum benefício ao paciente, implica grave atentado à dignidade humana. Mas o direito a morrer com dignidade deve ser entendido com restrições, já que poderia supor o menosprezo dos incontáveis logros que a Medicina aporta no combate às enfermidade

motivação) e das dores crônicas (quando a ansiedade é substituída pela depressão reativa e pela hipocondríase). Vide, a respeito, FRANÇA, Genival Veloso de. "Aspectos médico-legais dos pacientes com síndromes dolorosas". *Revista de Direito Penal*, 1979, n. 27, p. 68 e ss.

57. Não procedem, destarte, as críticas de que a eutanásia tem aplicação restrita "àquelas afecções de longa duração, não tanto enquanto estas sejam irreparáveis, mas enquanto sejam acompanhadas por sofrimentos. É, portanto, sempre a dor que se procura sufocar matando o indivíduo que dela padece. Na realidade, as doenças crônicas não suscetíveis de nenhuma cura, mas não dolorosas, passam despercebidas aos intentos altruístas da Eutanásia; estas são muito mais fáceis, até um certo ponto, de consolar, porque a leveza ou a ausência da dor não aniquilam no enfermo, na família, nos amigos e conhecidos, todas as esperanças, e porque um mal que não se sente e não tortura ou ao menos acarreta incômodos e maiores cuidados, parece sempre aos inexperientes bastante benignos" (MORSELLI, Enrico. *L'uccisione pietosa*, p. 151).

58. Admitindo considerar-se a desproporção entre os gastos que o tratamento do moribundo enseja e o resultado potencial do mesmo, ainda que com algumas reservas, vide ESER, Albin. "Problemas de justificación y exculpación en la actividad médica". In: MIR PUIG, Santiago. *Avances de la Medicina y Derecho Penal*, p. 33.

e à morte. Nessa trilha, deve ser respeitado o direito de o doente manter-se firme ante a dor e o sofrimento, mesmo diante de um prognóstico infausto. Atentado à dignidade humana existiria sempre que a manutenção artificial da vida já não correspondesse mais aos interesses do enfermo, no sentido de ajudar-lhe a viver ou a morrer, mas às concepções éticas e aos interesses econômicos da família ou da equipe médica que o acompanha.⁵⁹

Para que tenha lugar a conduta eutanásica, é mister que o paciente sofra de doença terminal incurável ou apresente um estado de invalidez irreversível (este último muitas vezes decorrente de traumatismos). De todos os critérios, é a incurabilidade o mais discutido pelos doutrinadores. A esse respeito, tem-se com frequência objetado que “afora pouquíssimos casos de incontestável impossibilidade de cura, pelo menos com os meios terapêuticos atualmente conhecidos, nunca se pode prever, com infalível certeza, se e quando a morte sobrevirá ao estado agônico, que pode ser real ou suposto”.⁶⁰ Assim, crê-se na superveniência de verdadeiros “milagres” que possam restabelecer o enfermo contra toda expectativa. Diagnósticos e prognósticos, nesse contexto, não exsurgiriam jamais como plenamente fiáveis, uma vez que a nenhum médico, por mais experiente e perspicaz que fosse, seria dado afirmar com plena certeza que um enfermo estaria irrecorrivelmente devotado à morte. Demais disso, sustenta-se que os males que em um dado período do desenvolvimento da Medicina não oferecem pos-

59. Cf. ROMEO CASABONA, Carlos María, op. cit., p. 445.

60. HUNGRIA, Nelson. “Ortotanásia ou eutanásia por omissão, sob o ponto de vista jurídico-penal”. In: *Comentários ao Código Penal*, v. V, p. 377. Nesse sentido, JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Libertad de amar y derecho a morir*, p. 414; CUELLO CALÓN, Eugenio. *Tres temas penales: el aborto criminal, el problema penal de la eutanasia, el aspecto penal de la fecundación artificial*, p. 138-139; FÁVERO, Flaminio. *Medicina legal*, v. II, p. 989; CHARLES, Raymond. *Peut-on admettre l'euthanasie?*, p. 70-73. Adianta este último que “as incertezas do diagnóstico e do prognóstico seriam suficientes, por si só, para descartar toda possibilidade de instauração de uma eutanásia terapêutica” (op. cit., p. 70).

sibilidade alguma de recuperação, podem se tornar, com os progressos da terapia, facilmente debeláveis.⁶¹ A prática da ortotanásia privaria o moribundo da chance de viver o bastante para que um novo fármaco pudesse curá-lo ou ao menos assegurar-lhe uma suportável sobrevivência. Bastaria, destarte, “uma probabilidade ainda que remotíssima em tal sentido, como basta a possibilidade de uma só recuperação que seja, em mil casos considerados incuráveis, para que se condene a supressão da distanásia”, posto que “a função da Medicina é prolongar a vida até os últimos limites possíveis, com os recursos medicamentosos ou cirúrgicos de que pode lançar mão”.⁶² Contra essa postura manifestamente atentatória da dignidade humana, cumpre asseverar que o critério da incurabilidade deve ser aceito ante a evidência prática de que algumas doenças ainda permanecem insolúveis e, não obstante o incontestável progresso experimentado pelas ciências médicas, não apresentam, no atual contexto, possibilidades concretas de recuperação. Portanto, não basta, para negar aquele critério, sustentar que todas as moléstias são passíveis, cedo ou tarde, de cura, porquanto “o médico deve diagnosticar o mal e conseqüentemente a incurabilidade do paciente com base nos recursos *hodiernos* e nas atuais noções da Medicina, e não em consideração ao conhecimento crescente e às probabilidades de cura do *amanhã*”.⁶³

61. Cf. MORSELLI, Enrico, op. cit., p. 145 e ss. Assinala o autor que “nós não podemos prever quais serão as conquistas da futura Medicina restauradora e modificadora do corpo humano. Ora, essa situação da Arte sanitária, de modo geral, impõe silêncio aos pessimistas e aos seus detratores; ao mesmo tempo serve para impugnar o princípio de uma Eutanásia muito largamente acordada, muito largamente adotada e sancionada com um só escopo hedonístico; ela se encontraria exposta a ver sempre variar e cada vez mais restringir a sua esfera de aplicação, até o momento já bastante limitada. Nenhuma das atuais insuficiências da Medicina em um dado caso prático justifica o sacrifício da existência humana. Em realidade, (...) todos

59. Cf. ROMEO CASABONA, Carlos María, op. cit., p. 445.

62. HUNGRIA, Nelson, op. cit., p. 383-384.

63. DEL VECCHIO, Giuseppe. *Morte benefica*, p. 50. E prossegue o autor: “Se assim fosse, nos encontraríamos diante de um paradoxo colossal

Além disso, a falibilidade dos diagnósticos tende a diminuir, porque os progressos das ciências biomédicas, ao mesmo tempo em que contribuem para cura das enfermidades e para o prolongamento artificial da vida humana até limites antes impensáveis, são capazes de atestar, com a mesma eficiência, quando remédios e terapias tornam-se insuficientes. Registre-se, ademais, que a realidade da morte há que ser atestada por dois outros médicos, com o escopo de evitar que a omissão ou interrupção de terapias vitais converta-se numa decisão unilateral do médico que acompanha o moribundo.⁶⁴

O atual Código Penal, ao disciplinar o homicídio eutanásico como causa de diminuição de pena por motivo de relevante valor social ou moral (art. 121, § 1.º), nada dispõe a respeito da particular situação da vítima, que deve, para que se perfaça a legítima eutanásia, padecer de enfermidade terminal incurável ou encontrar-se em situação de invalidez irreversível. Com isso, habilita-se o agente a dar a morte piedosa a indistintas categorias de enfermos, em nada influenciando as diferentes condições que pode assumir o seu estado de saúde. Basta que o sujeito ativo tenha se ressentido de seus sofrimentos e agruras, ainda que sejam reflexo de uma moléstia grave, mas não incurável ou terminal.

O Anteprojeto de Reforma da Parte Especial do Código Penal de 1984 isentava de pena “o médico que, com o consentimento da vítima, ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge ou irmão, para eliminar-lhe sofri-

que abalaria a seriedade profissional e científica do médico: diagnosticar hoje curável um incurável apenas porque haveria sérios motivos para sustentar que amanhã estivesse vencido o mal, que aflige o paciente de hoje. Este morre, mas, em vista disso, para nós será sempre curável, porque olhamos fixamente para o futuro e não para o presente” (op. cit., p. 50). Nesse sentido, ROMERO OCAMPO, Guillermo. *La eutanasia*, p. 134.

64. Cf. SILVA FRANCO, Alberto. “A eutanásia passiva no novo Código Penal”. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 05, 1993, p. 04; SEMINARA, Sergio. “Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1995, fasc. 3, p. 720.

mento, antecipa morte iminente e inevitável atestada por outro médico” (art. 121, § 3.º). A proposta, ao fazer referência apenas ao “sofrimento” da vítima, falha por sua imprecisão, não mencionando a causa do padecimento (doença incurável e terminal ou invalidez irreversível). Além disso, a alusão à morte como “iminente e inevitável” peca por não abranger os estados vegetativos crônicos, nos quais a morte não é uma realidade próxima e impassível de ser impedida, pois se tratam de pacientes não-terminais cuja sobrevivência pode ser artificialmente mantida durante longos períodos. Por derradeiro, o diagnóstico da realidade da morte por outro médico apenas não basta – é mister, para que a conduta guarde segurança, que dois outros facultativos, além daquele que acompanhara o doente, atestem a situação de fato.

Também não andou bem o legislador do Anteprojeto de 1998, ao prever, sob a rubrica “eutanásia”, pena de reclusão, de três a seis anos, para o autor de homicídio que “agiu por compaixão, a pedido da vítima, imputável e maior, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável, em razão de doença grave” (art. 121, § 3.º). Ora, a referência ao elemento normativo “doença grave” possibilita que o tratamento mais benéfico seja concedido em hipóteses extremamente amplas: não se exige que a enfermidade seja terminal e incurável ou que deixe a vítima em situação de invalidez irreversível. Nesse passo, qualquer doença, desde que “grave”, como uma forte pneumonia, uma meningite, uma hepatite do tipo “C”, poderia legitimar o homicídio privilegiado. Demais disso, não estariam aqui abarcados os traumatismos que conduzissem o doente a um estado de total incapacidade e dependência (v.g., as paraplegias e tetraplegias), igualmente geradores de sofrimento e angústia para o paciente, já que o tipo faz menção tão-somente a *doença grave*.⁶⁵

65. Cf. PEDROSO, Fernando de Almeida. “Homicídio privilegiado”. *Revista dos Tribunais*, 1993, v. 695, p. 280-281.

Aquela proposta cuida ainda de excluir a ilicitude nas hipóteses de se “deixar de manter a vida de alguém por meio artificial, se previamente atestada por dois médicos a morte como iminente e inevitável, e desde que haja consentimento do paciente, ou na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão” (art. 121, § 4.º). Destaque-se que a partir desse texto, o legislador distingue a eutanásia ativa (art. 121, § 3.º – se o autor do crime *agiu...*) da ortotanásia (art. 121, § 4.º – não constitui crime *deixar de...*) – ambas as condutas eram inadvertidamente equiparadas pela projeto anterior. Outra atitude ponderada foi exigir que o diagnóstico da proximidade da morte seja levado a cabo por dois médicos – todavia, impõe esclarecer que sejam facultativos distintos daquele que acompanhou o doente, que também deve participar do processo.

Com vistas a corrigir algumas dessas imperfeições, o Anteprojeto de Código Penal – Parte Especial, de 1999, estabelece que “se o autor do crime é cônjuge, companheiro, ascendente, descendente, irmão ou pessoa ligada por estreitos laços de afeição à vítima, e agiu por compaixão, a pedido desta, imputável e maior e dezoito anos, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável, em razão de doença grave e em estado terminal, devidamente diagnosticados”, a pena será de reclusão, de dois a cinco anos (art. 121, § 3.º). A menção a “doença grave e em estado terminal” põe a questão em termos mais precisos – todavia, é de notar a gravidade, aqui, deve converter-se em incurabilidade, o que pode ser evidenciado através dos diagnósticos precisos que o legislador oportunamente passou a exigir. Todavia, falta ainda aqui a remição aos traumatismos, pelas mesmas razões supra apontadas. De outro lado, a exclusão da ilicitude é reservada em termos quase idênticos aos do projeto anterior para a ortotanásia (art. 121, § 4.º).

4.2.2 Móvel humanitário

Os motivos constituem, consoante assinala Hungria, a pedra de toque do crime, sua significação mesma, de modo que não

há delito sem motivo.⁶⁶ Motivo ou móvel⁶⁷ é uma soma de fatores que integram a personalidade humana e que são suscitados por uma representação cuja ideomotricidade tem o poder de fazer convergir para uma só direção dinâmica todas as forças psíquicas do homem.⁶⁸ Se é bem verdade que o Direito não pode se referir exclusivamente à conduta interna – subjetiva e psíquica – do homem, também é certo que “a convivência externa das pessoas é sempre, do início ao fim, somente a expressão de sua atitude interna e psíquica”, de forma que “se o Direito não quer ser e não deve ser, fundamentalmente, uma ordenação de sentimentos, pode e deve incluir em suas apreciações também os psíquicos como origem da conduta externa”.⁶⁹ Nessa trilha, convém acentuar que, em alguns crimes, o conteúdo do injusto característico do tipo delitivo não pode ser determinado sem elementos subjetivos. Trata-se de certos

66. *Comentários ao Código Penal*, v. V, p. 122-123.

67. Na Psicologia, costuma-se distinguir móvel e motivo, de modo que o primeiro seria o fator psicológico interno, identificando-se com os sentimentos, as tendências, a maneira habitual de agir, ao passo que motivo seria o fator externo, as razões que vêm de fora. Todavia, cumpre assinalar que, para o Direito, “essa diferença é excessivamente analítica e, por isso, sutil. Não se pode, em verdade, separar com nitidez o móvel do motivo, pois não se sabe onde um principia e onde termina o outro. Demais, não pode haver motivo exclusivamente interno, nem exclusivamente externo. O motivo externo só é determinante, porque encontra afinidade, ponto de contato, semelhanças com o motivo interno, e com ele se soma, formando um todo. O motivo determinante é, por isso, um fenômeno complexo por excelência, em que entram todos os fatores da psicologia individual” (VERGARA, Pedro. *Dos motivos determinantes no Direito Penal*, p. 126).

68. VERGARA, Pedro, op. cit., p. 563-564. Frise-se, por oportuno, que não se confundem motivos e causas do crime. Estas constituem um conjunto de fatores internos e externos que, direta ou indiretamente, relacionados uns com os outros, atuam na vida psíquica do indivíduo e determinam os seus impulsos e a sua vontade. Nenhuma das causas, se considerada isoladamente, identifica-se com o motivo determinante do crime, uma vez que “o motivo é sempre um amálgama, um complexo de causas internas e externas”, de modo que “as causas do crime são os pressupostos necessários dos motivos do crime; ou melhor, os motivos são preparados pelas causas” (Ibidem, p. 151-152).

69. MEZGER, Edmund. *Derecho Penal*, Parte General, p. 135-136.

requisitos pertencentes ao campo psíquico-espiritual do autor que, ademais do dolo, são exigidos pela lei penal para que reste configurado o desvalor da ação, e na ausência dos quais a conduta se torna atípica.⁷⁰ Nesse particular enfoque, os motivos de agir inserem-se na categoria dos elementos subjetivos do injusto, configurando momentos especiais de ânimo.

Os motivos podem ser classificados em *imorais* ou *anti-sociais* e *morais* ou *sociais*. Os primeiros, por configurarem circunstâncias agravantes que influem na magnitude da culpabilidade, denotando maior reprovabilidade pessoal pela realização da ação ou omissão típica e ilícita, determinam o aumento da pena (v.g., o motivo fútil e o motivo torpe, no homicídio – art. 121, § 2.º, I e II, do Código Penal). Os últimos, ao contrário, atenuam a pena, em virtude da menor culpabilidade do agente. Assim, a motivação de relevante valor social ou moral, que constitui causa de diminuição de pena por força do art. 121, § 1.º, do Código Penal, é aquela aprovada pela moral prática ou positiva, devendo sempre ser apreciada segundo critérios objetivos da consciência ético-social ou do senso comum.⁷¹ A relevância social do motivo corresponde aos interesses coletivos, ao passo que o valor moral é todo aquele merecedor de apoio da moralidade média. Em ambos os casos, exige a lei que o móvel seja relevante, ou seja, “notável, importante, especialmente digno de apreço”.⁷²

70. Cf. PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*, Parte Geral, p. 226.

71. Inspirou-se o legislador pátrio no Código Penal italiano, que dispõe: “Art. 62.1. Atenuam o delito, quando não são elementos constitutivos ou circunstâncias atenuantes especiais, as circunstâncias seguintes: 1) ter agido por motivos de particular valor moral ou social”. A esse respeito salienta a doutrina italiana que “a lei se limita a fixar o paradigma desses motivos, evitando descer a uma casuística perigosa. Cabe ao juiz – expressão da consciência histórica – reconhecer, com prudente arbítrio, o particular valor moral dos motivos para delinquir, aplicando-lhes a atenuante” (MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho Penal*, v. V, p. 35).

72. HUNGRIA, Nelson, op. cit., p. 125.

A Exposição de Motivos do atual diploma penal cuidou de apontar, como exemplo de homicídio perpetrado por motivo de relevante valor moral, a eutanásia (n. 39). Não errou, uma vez que o tipo de injusto do homicídio eutanásico exige sempre a presença de semelhantes motivos de agir – cuida-se de tipo incongruente.⁷³ Em realidade, melhor seria se a lei, ao disciplinar a eutanásia, obrasse com maior especificidade, exigindo não apenas que os motivos do agente estivessem revestidos de relevância moral, mas que fossem verdadeiramente humanitários, piedosos, altruístas ou compassivos. Destarte, desde que reste efetivamente comprovada, a presença desses móveis determina a atenuação da pena com lastro na “diminuição passageira das faculdades mentais daquele que atua, devido a alterações anímicas e emocionais que experimenta como consequência dos padecimentos do enfermo”,⁷⁴ mormente quando se trata de familiares, amigos ou pessoas próximas ao doente. Do mesmo modo, a atenuação da sanção teria fundamento na motivação puramente altruísta, quando a perturbação anímica não fosse significativa, como no caso de médicos e enfermeiros.

Tem-se sustentado que, em casos extremos, poderia ser objeto de consideração uma eximente completa da responsabilidade penal, baseada no transtorno mental transitório do sujeito que comprometesse totalmente sua capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de orientar-se de acordo com esse entendimento. Tal hipótese só seria concebível nos casos de pessoas estreitamente vinculadas por intensos laços de afeto ao moribundo, de modo que aquela perturbação passageira das faculdades mentais do indivíduo pudesse ser total no momento

73. Os motivos piedosos constituem, segundo alguns doutrinadores, o ponto fundamental do homicídio eutanásico, consubstanciando-se no único critério a ser verdadeiramente considerado. Nessa trilha, já se afirmou que “o móvel não egoísta que guia o homicida piedoso é, pois, o único critério aceitável para declarar a impunidade” (JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, op. cit., p. 434). No mesmo sentido, CUELLO CALÓN, Eugenio, op. cit., p. 153.

74. ROMEO CASABONA, Carlos María, op. cit., p. 472.

da realização da ação (ou omissão) eutanásica.⁷⁵ À luz do Direito brasileiro, todavia, os transtornos mentais transitórios, quando afetam, sem excluir, a capacidade de entender e de querer, ocupam uma faixa intermediária situada entre a perfeita saúde mental e a insanidade (semi-imputabilidade), dentro da qual a redução da capacidade de culpabilidade determina uma proporcional e obrigatória diminuição da responsabilidade penal (art. 26, parágrafo único, do Código Penal).⁷⁶ Cuida-se de causa especial de redução de pena que, de acordo com o sistema vicariante perfilhado pelo atual diploma, poderá dar lugar à aplicação de medida de segurança, caso o condenado necessite de especial tratamento curativo (art. 98 do Código Penal). Melhor seria, portanto, que se propusesse, como fundamento da irresponsabilidade penal nessas situações extremas, a inexigibilidade de conduta diversa conforme o Direito. Assim, caso o legislador optasse pela descriminalização nesses casos, deveria ser a inexigibilidade, aliada às especiais condições de padecimento da vítima, a causa determinante da exculpação excepcional expressa de *lege ferenda*, em tudo mais defensável que os critérios de inimputabilidade apresentados como solução de *lege lata*.⁷⁷

75. Registre-se que “como suporte indicativo da gravidade da situação objetiva poderiam servir para a comprovação a petição do interessado, o quadro global patológico que apresenta (processo terminal, sofrimentos, incapacidade de valer-se por si mesmo e necessidade de assistência de outras pessoas, entre outras) e a impossibilidade material por parte deste de realizar por si mesmo o ato de privação da vida” (ROMEO CASABONA, Carlos María, op. cit., p. 473). Nessa trilha, primando pela absolvição por ausência de culpabilidade nesses casos limites, CUELLO CALÓN, Eugenio, op. cit., p. 156; ROMERO OCAMPO, Guillermo, op. cit., p. 166-167.

76. Cf. BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*, v. II, p. 138.

77. Nesse sentido, ROMEO CASABONA, Carlos María, op. cit., p. 473. Contrariamente à exclusão da culpabilidade em virtude de transtornos mentais transitórios, tem-se ressaltado os manifestos paradoxos em que semelhante solução incorreria, pois “se assistiria à absolvição do agente eutanatista que deu a morte benéfica ao moribundo que a suplicava entre os espasmos atrozos e terríveis do período pré-agônico, e à condenação do outro que concedeu

Aponte-se, por derradeiro, que nas hipóteses em que o agente acredita estar amparado por uma eximente não reconhecida pela lei, como é o caso do homicídio eutanásico, incorrerá em erro de proibição indireto ou erro de permissão (erro sobre a existência ou os limites de uma causa de justificação) que, se inevitável, exclui a culpabilidade por ausência de potencial consciência da ilicitude, e se evitável atenua obrigatoriamente a pena (art. 21 do Código Penal).

Por atuarem sobre a magnitude da culpabilidade, a compaixão e a piedade ante o irremediável sofrimento da vítima são passíveis de conciliação com todas as circunstâncias agravantes que determinam um maior desvalor da ação, ou que atuem simultaneamente sobre a medida do injusto e da culpabilidade⁷⁸

a mesma morte benéfica ao moribundo que, ao contrário do primeiro, ainda que solicitando-a, não demonstrava aos presentes sofrer espasmos atrozes ou encontra-se em um estado de sofrimentos indizíveis” (DEL VECCHIO, Giuseppe, op. cit., p. 91). Esse autor acrescenta ainda que “o estado passional é de ser prontamente refutado também porque daria lugar a resoluções controversas do problema; e igualmente justificaria o agente que houvesse infligido morte benéfica ao doente, sem que este a demandasse, pela fato de que com o estado passional se justifica apenas o agente, qualquer que seja a ação por ele realizada, e não o ato efetivamente perpetrado. E assim se resolve a questão – se é que se resolve – unilateralmente e, pior, arbitrariamente” (op. cit., p. 95). Por derradeiro, alega, não sem razão, que “o agente eutanatista deve estar no pleno domínio de suas faculdades mentais e psicológicas, ainda que tomado de amor e piedade, para poder procurar uma boa e bela morte, e para poder agir nos limites da mais rigorosa legalidade. Não fosse assim, como poderia ser um bom homicida?” (op. cit., p. 96).

78. O fato de a lei penal situar o homicídio qualificado após o privilegiado levou grande parte da doutrina a sustentar que as causas especiais de diminuição de pena se limitam ao homicídio simples, não alcançando as hipóteses descritas no § 2.º. Todavia, recorde-se que são havidas como circunstâncias preponderantes aquelas que resultam dos motivos determinantes do crime (art. 67 do Código Penal). Assim, dá-se maior relevo às circunstâncias que influem na medida da culpabilidade, agravando ou atenuando a reprovabilidade pessoal da conduta típica e ilícita (v.g., motivo fútil, torpe, de relevante valor social ou moral), razão pela qual se impõe a aceitação do homicídio qualificado-privilegiado. Nessa trilha, FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*, Parte Especial, v. I, p. 51; COSTA JR.,

– tal assertiva é de capital importância na eutanásia, vez que não raros são os casos em que esta é perpetrada com emprego de veneno ou mediante asfixia, circunstâncias de caráter misto que qualificam o homicídio, nos termos do art. 121, § 2.º, III, do Código Penal. Outrossim, nada impede a incidência das agravantes genéricas relativas ao parentesco, quando a homicídio eutanásico tem por escopo aliviar as agruras de ascendente, descendente, irmão ou cônjuge (art. 61, *e*, do Código Penal), ou à especial condição de enfermo da vítima (art. 61, *h*, do Código Penal) – também circunstâncias que denotam maior desvalor da ação.

Os móveis piedosos que caracterizam o homicídio eutanásico têm sido rechaçados pela doutrina que condena a morte benéfica por representar a sua acolhida uma perigosa abertura para exceções à norma fundamental da convivência civil: não matar. Destarte, alega-se que “nem mesmo o angustiante sentimento de piedade ante o espetáculo do atroz e irremovível sofrimento alheio, e ainda que preceda a comovente súplica de morte formulada pela própria vítima, pode isentar de pena o homicida eutanásico, cujo gesto, afinal, não deixa de ter um fundo egoístico, pois visa também a libertá-lo de sua própria angústia”.⁷⁹ Ora, alegar que o cunho piedoso do móvel que impulsiona o agente na eutanásia identifica-se mais com um fim egoístico representa verdadeira deturpação dos conceitos até agora expostos, ao trasladar-se a figura do tratamento mais

Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*, p. 364; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal anotado*, p. 449, FURQUIM, Luiz Dória. “Do homicídio qualificado-privilegiado”, *Justitia*, n. 137, 1987, p. 48; PEDROSO, Fernando de Almeida. *Homicídio, participação em suicídio, infanticídio e aborto*, p. 137, entre outros. Em sentido oposto, SILVEIRA, Euclides C. da. *Crimes contra a pessoa*, p. 54; MAGALHÃES NORONHA, E. *Direito Penal*, v. II., p. 35.

79. HUNGRIA, Nelson. “Ortotanásia ou eutanásia por omissão, sob o ponto de vista jurídico-penal”. In: *Comentários ao Código Penal*, v. V, p. 377. Do mesmo modo, rechaçando completamente a relevância dos móveis piedosos, CHARLES, Raymond, op. cit., p. 97.

benéfico e privilegiado que deve receber para a seara do homicídio qualificado. Demais disso, é cediço que a presença de motivos humanitários deve sempre autorizar a atenuação da pena, por todas as razões supra expendidas. Nessa trilha orientam-se mesmo aqueles que não toleram, sob nenhuma hipótese, o homicídio eutanásico.⁸⁰

De conseguinte, o Anteprojeto de Reforma da Parte Especial do Código Penal de 1984, apesar de não fazer referência aos móveis piedosos do agente, exigia que a conduta (eutanásia ativa ou passiva) fosse perpetrada com o fim de eliminar o sofrimento da vítima (art. 121, § 3.º), o que por si só bastava para evidenciar a necessidade da presença do elemento subjetivo do injusto. Todavia, a impropriedade da alusão a “sofrimento” era manifesta, já que, nas formas passivas, o paciente em estado vegetativo não sente sofrimento ou dor, caracterizando a eutanásia a piedade e a compaixão do agente ante as condições objetivas em que se encontra a vítima. Com mais acerto, a proposta de 1998, ainda que de modo redundante, cuidava de exigir que a eutanásia ativa fosse movida pela compaixão do agente, para abreviar sofrimento físico insuportável da vítima (art. 121, § 3.º). A menção ao sofrimento do doente aqui não é de todo inútil, já que é esse sentimento que

80. Nesse passo, sustenta-se que “quanto à responsabilidade, ajudar alguém a se matar ou matar aquele que consente não serão figuras ou formas de homicídio doloso, verdadeiramente criminoso, senão quando sejam determinados por motivos abjetos ou anti-humanos, vale dizer, anti-sociais, quais sejam a cupidez, a vingança, a brutalidade sádica, etc., e portanto não serão jamais suscetíveis de uma diminuição de pena. Ao contrário, serão merecedores de relativa tolerância os mesmos atos quando determinados por motivos nobres e humanos, conciliáveis com os critérios da Ética universal, dentre eles a piedade, a simpatia desinteressada, a comiseração, e com isso poderão receber sanções mínimas, sendo mesmo dignos de ‘perdão judicial’” (MORSELLI, Enrico. *L'uccisione pietosa*, p. 209). Do mesmo modo, admite Cuello Calón: “somos partidários decididos do castigo à eutanásia homicida, mas cremos firmemente que não é justo, como faz o nosso Código Penal, equiparar um homicídio por compaixão, que é um móvel de relevante nobreza, ao homicídio comum” (op. cit., p. 152).

o leva a solicitar a própria morte – contudo, a alusão a “sofrimento físico” é insuficiente, já que nesses casos, mais do que a dor física, impera o sofrimento moral. Inexplicavelmente, porém, para a conduta de deixar de manter a vida do doente por meio artificial não se fazia referência aos móveis piedosos (art. 121, § 4.º), donde se conclui que outros motivos, entre os quais o interesse econômico da família numa possível herança ou a falta de recursos financeiros e hospitalares para a sustentação da vida vegetativa do paciente poderiam mediar a omissão nesses casos. Não se trata, portanto, do reconhecimento de verdadeira e legítima hipótese de ortotanásia, como o pretendiam os redatores do projeto, mas da descriminalização de algumas formas de homicídio qualificado por motivo torpe.⁸¹ O Anteprojeto de 1999 não inovou na matéria, mantendo os mesmos erros e acertos de seu antecessor.

4.2.3 Consentimento do enfermo

O consentimento exprime a idéia de concordância entre as partes ou de uniformidade de opinião. Por muito tempo os penalistas sustentaram que a presença do consentimento do ofendido tinha a condão de excluir a punibilidade do delito, com base na máxima de Ulpiano: *volenti non fit injuria* (Digesto, XLVII, 10.1, § 5). Nesse sentido, afirmava Feuerbach que “dado que uma pessoa pode renunciar aos seus direitos através de um ato voluntário, o consentimento para a realização do fato, concedido pelo lesionado, exclui o conceito de delito: *volenti non fit injuria*. A ação adequada ao consentimento só deve dirigir-se contra o direito que se acha submetido à possível disposição do lesionado. Ao contrário, estando o titular privado do direito de livre arbítrio ou sendo este incapaz para livremente

81. Nesse sentido MARCÃO, Renato Flávio. “Homicídio eutanásico: eutanásia e ortotanásia no Anteprojeto de Código Penal”. *Revista dos Tribunais*, 1999, v. 763, p. 479.

dispor de si mesmo ou do que é seu, o consentimento carecerá de eficácia jurídica”.⁸² Esse entendimento, que condiciona a validade do consentimento à natureza do direito e à capacidade de disposição do bem jurídico, foi mais tarde substituído por uma teoria que vislumbrava no consentimento um negócio jurídico – teoria esta que ainda hoje é sustentada por parte da doutrina italiana e alemã. Criada por Zitelmann, baseia-se na idéia de que todas as ações consentidas que estivessem de acordo com o Direito privado, ainda que eivadas de antijuridicidade de acordo com a lei penal, estariam justificadas em face das disposições da gestão de negócios.⁸³ Nesse sentido, “o consentimento nada mais significa que conferir a terceiros a faculdade de perpetrar a ação, tornando lícito o que em outras circunstâncias era ilícito, fazendo desaparecer, apenas nos limites do autorizado, a tutela jurídica do bem pertencente ao consenciente”.⁸⁴

82. *Tratado de Derecho Penal*, § 35, p. 71.

83. Cf. PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*, p. 69. A respeito das diversas teses fundadoras da validade do consentimento, vide ainda MAGALHÃES, Délio. *Causas de exclusão de crime*, p. 142 e ss.

84. DEL VECCHIO, Giuseppe, op. cit., p. 120. De acordo com esse autor, “na eutanásia o agente, se aceita o mandato que lhe é conferido pelo moribundo, não tem em razão disso o dever nem o direito de executá-lo, mas apenas a ‘faculdade’. Analogamente, o agente pode recusar-se de aceitar o mandato, e assim de exercitar o direito que lhe foi transmitido; isso porque os *motivos* jurídicos pelos quais o mandatário é impelido e as contingências especiais em que se encontra o mandante dão à eutanásia um todo bem diverso dos casos contemplados pelo código, pelo que não se pode *sempre* obrigar o primeiro a acolher o mandato, mas se poderá apenas conceder-lhe a faculdade de executá-lo (...). Isso demonstra que o consentimento e o mandato não podem ser reconduzidos na eutanásia sob as suas regras já codificadas, mas constituem um instituto particular, à parte e autônomo, que cria um *negócio jurídico individualizado*” (op. cit., 121-122). Essa tese gera o inconveniente de que “nos casos de engano ou violência, ou de escopos ilícitos e anti-sociais, o consentimento, se livremente manifestado pelo sujeito de direito, exclui por si só ‘de fato’ a existência de uma violência ou de um engano qualquer e, conseqüentemente, a intenção de fins ilícitos e anti-sociais que com sua ajuda se procura alcançar” (Ibidem, p. 120).

Nos tempos hodiernos, a teoria da ação jurídica, defendida por Bierling, aponta que os bens jurídicos devam ser tutelados apenas enquanto o seu titular os considere bens de valor – se este consente na sua lesão ou perigo de lesão, lícita será a conduta. De seu turno, Mezger assinala que o fundamento do consentimento reside na falta de interesse do titular do bem jurídico tutelado.⁸⁵ O melhor entendimento, porém, é aquele segundo o qual o consentimento, como causa de justificação, encontra razão no princípio da ponderação de valores – destarte, entre a liberdade de atuação da vontade e o desvalor da ação e do resultado da lesão ao bem jurídico, o Direito concede preferência à primeira.⁸⁶

A exigência de petição na eutanásia suscita o problema da validade do consentimento prestado por enfermos terminais ou outorgado por terceiros, familiares ou representante legal do moribundo. Tem-se, para logo, que a vontade do doente deve ser sempre que possível respeitada, em se tratando de paciente consciente, no pleno exercício de suas faculdades mentais e devidamente informado da gravidade de sua situação e das conseqüências de seu ato. Cuida-se, aqui, da aplicação do *princípio da autonomia*, um dos pilares sobre os quais se encontra erigida a Bioética. Esse princípio, consoante já se salientou, implica o respeito à livre decisão individual dos sujeitos sobre seus próprios interesses, sempre que não afete a terceiros e se tratem de escolhas racionais e espontâneas, ainda que errôneas ou potencialmente prejudiciais a si próprios.⁸⁷

Para que o paciente possa validamente prestar sua anuência a um tratamento, ou recusar-se ao mesmo, é mister que se façam presentes quatro elementos essenciais: revelação adequada e veraz da informação pela equipe médica; compreensão da

85. Op. cit., p. 165.

86. Cf. CEREZO MIR, José, op. cit., p. 331.

87. Cf. MARTÍN MATEO, Ramón. *Bioética y Derecho*, p. 71 e ss.; ROMEO CASABONA, Carlos María, op. cit., p. 42.

informação; consentimento voluntário e capacidade do doente para consentir. Uma vez atestados esses quatro requisitos, será possível falar em *consentimento informado*, expressão concreta do princípio da autonomia. No que tange ao primeiro aspecto – a revelação adequada da verdade ao paciente – é comum que, com o intuito de evitar o desgaste emocional do doente e de seus familiares, o médico omita informações a respeito de seu real estado de saúde. Atente-se, porém, que o paciente terminal raramente desconhece sua situação, ainda que não possa compreendê-la na sua inteireza. A desordem patológica é denunciada por sinais que o moribundo e as pessoas que lhe são próximas são capazes de interpretar. Destarte, nem sempre evitar a verdade equivale a manter o paciente no repouso da ignorância, contribuindo apenas para o incremento de sua ansiedade e de seu estado aflitivo de dúvida. De outro lado, é também certo que o conhecimento pelo doente de seu estado real pode agravar sua situação, acrescentando aos males de que já sofre outros de ordem emocional ou psicológica. Nesses casos, o potencial maléfico da revelação deve ser contrabalançado pela postura do médico no seu relacionamento com o paciente, que proporcionará condições para que a repercussão emocional dessa atitude não se transforme em desordem psicológica.⁸⁸

88. Cf. BLANCO, Luis Guillermo, op. cit., p. 87 e ss. Em oposição à revelação da verdade ao paciente e, de consequente, ao consentimento informado, já se afirmou que “levando-se em consideração apenas o doente, que é ou deveria ser objeto exclusivo do interesse profissional e moral do médico; por que incutir de pronto em sua alma o germe do desconforto? Por que talvez submetê-lo a algum ato de violência desesperada? Creio que na imensa maioria dos casos seja preferível calar ao enfermo a cruel verdade” (MORSELLI, Enrico, op. cit., p. 152), sustentando-se ainda que “a responsabilização do doente leva logicamente o médico a revelar de chofre e sem restrição um diagnóstico talvez pesadíssimo, a falar numa terapia nada atraente e a não ocultar um prognóstico assustador. O resultado normal seria não apenas de solapar ainda mais as condições emotivas de uma escolha racional e adaptada, mas de piorar repentinamente a situação patológica, dificultando ainda mais o êxito de qualquer processo terapêutico. Em tal ação,

Cumprе salientar também que, quando se requer a compreensão da informação por parte de quem consente, isso não significa exigir que o paciente ou as pessoas que por ele decidirão devam entender com exatidão os fundamentos científicos e as razões técnicas que conduziram à situação terminal e sua irreversibilidade. Trata-se tão-somente de compreender as informações que lhes são fornecidas pela equipe médica, inteirando-se das causas que conduziram à necessidade daquela decisão e das consequências que poderão advir de cada uma das opções que lhes são apresentadas. Para tanto, os esclarecimentos prestados deverão ser suficientemente claros, compreensíveis e adequados à formação cultural de quem as recebe, sendo descartada toda persuasão e manipulação por parte dos profissionais.

Demais disso, o consentimento, para que seja válido, deve ser voluntário, o que implica dizer que não poderão o médico e sua equipe influir na resolução final do paciente ou de seus representantes, persuadindo-os a tomarem uma decisão diferente da adotada, e tampouco estarão aptos a agir em detrimento dessas opiniões, em obediência apenas aos seus próprios julgamentos. Tendo em vista a relevância dos interesses em jogo, os procedimentos eutanásicos e ortotanásicos requerem sempre

o médico pode não agir em prol do paciente” (LEPARGNEUR, Hubert. “Força e fraqueza dos princípios da Bioética”. *Revista Bioética*, 1996, v. 4, n. 2, p. 134). Todavia, exsurtem contestações a esse pensamento, alegando-se que “a cura mediante sugestão, ou seja, fazer crer em falso o paciente dizendo-lhe que a sua enfermidade é ‘de pouca monta’, quando é grave, infundindo-lhe a esperança de cura, quando toda chance de salvação é preclusa, pode ser quase sem dúvida um bem para os sujeitos neuróticos, histéricos e psicopáticos, em geral; mas não certamente se obterão efeitos animadores perante os cancerosos, os tetânicos, os colerosos, os apopléticos em coma, os hidrófobos, os envenenados com nefrite destrutiva. Ocultar a verdadeira natureza do mal de quem sofre e confessá-la apenas aos familiares e aos outros médicos é aconselhável apenas no primeiro caso: no outro, não; porque essa piedosa mentira, além de demonstrar-se irônica ao paciente mesmo, e portanto mais amarga e dolorosa, revela-se inútil ante os efeitos práticos obtidos” (DEL VECCHIO, Giuseppe, op. cit., p. 41-42)

o consentimento expresso e voluntário do moribundo, quando estiver em condições de fazê-lo, não se admitindo jamais que este seja presumido ou que o médico adote a postura que lhe pareça mais adequada, ainda que aja em prol do paciente.

Incapacitado o doente de prestar seu consentimento, porque inconsciente ou incapaz (doentes mentais, crianças, pacientes com idade avançada, coagidos pela falta de recursos financeiros ou em estado de profunda depressão em razão da enfermidade), deve lhe ser negada a faculdade de exercício da autonomia, porque ausentes os pressupostos que condicionam sua existência. Nesses casos, a autonomia cede passo ao *princípio da beneficência*, que determina a atuação de terceiros (médicos ou familiares) no melhor interesse do paciente, de acordo com suas próprias concepções.⁸⁹ Na tentativa de que a heteronomia desse princípio não venha a lesar liberdade de autodeterminação do paciente, têm sido empregados, nos Estados Unidos, instrumentos jurídicos que visam a facilitar a tomada de decisões em quadros crônicos ou terminais.⁹⁰

89. Nega a possibilidade de intervenção de familiares ou do representante legal nessa seara MANTOVANI, Ferrando. "Aspetti giuridici della eutanasia". *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1988, fasc.2, p. 458. De acordo com esse autor, o consentimento, para que seja reputado válido, há de ser sempre um ato pessoal, real (expresso), informado, autêntico (livre de coações e influências), válido (prestado por sujeito capaz) e atual (não bastando a vontade expressa em momento precedente, ficando, portanto, excluídos os testamentos vitais).

90. Vários Estados norte-americanos, consoante exposto supra, têm promulgado leis com vistas a reconhecer o denominado *Natural Death Act*: nesse sentido, a Califórnia, desde 1976, concede às pessoas adultas e capazes de compreender o significado de seus atos o direito de solicitar ao seu médico a interrupção do tratamento ou a retirada dos aparelhos que mantêm artificialmente suas vidas caso venham a encontrar-se em situações terminais e esses procedimentos tenham se convertido em meros proteladores da morte, ficando o facultativo isento de responsabilidade penal. O documento deverá ser redigido de forma precisa e detalhada, além de ser emitido com antecipação pelo paciente – mas não se admite a produção ativa da morte e pode ser revogado a qualquer tempo. Outros Estados daquele país seguiram a mesma pauta, entre eles Alabama (1981), Texas (1977) e Washington (1979).

Nesse sentido, os denominados testamentos vitais (*living wills*) são documentos breves nos quais pessoas sãs, utilizando-se de expressões genéricas, rechaçam o emprego de tratamentos fúteis ou quaisquer meios artificiais de manutenção de suas funções vitais, caso venham a padecer, no futuro, de algum mal incurável ou traumatismo irreversível. Cuida-se aqui, ademais de respaldar uma futura decisão acolhedora da eutanásia passiva e da ortotanásia, de estabelecer o direito de o paciente recusar-se a tratamentos vitais – aspectos que mais adiante serão abordados. Não cabem aqui, contudo, referências à autorização para que contra eles se realize a eutanásia ativa, direta ou indireta. Quanto a estas, cumpre advertir que o consentimento há que se converter sempre em verdadeira *petição*, para que a decisão seja sempre livre em sua origem. Bem por isso que a admissão dos testamentos vitais não se faz possível, porquanto de posse deles, bastaria que o agente obtivesse a simples anuência do enfermo para que estivesse respaldado por sua vontade.⁹¹

De outro lado, os poderes legais (*durable powers of attorney*) concedem a um terceiro a faculdade de tomar decisões médicas em nome do paciente. Podem ser outorgados de modo genérico ou específico para determinadas situações. Sua efetividade está estreitamente ligada ao conhecimento que tenha a terceira pessoa sobre as preferências e desejos do enfermo e sua capacidade de transmitir à equipe médica essas informações. O terceiro instrumento são os históricos de valores, documentos dos quais consta o sistema de valores do paciente quanto a decisões ou opções terapêuticas. Neles estão descritas histórias que refletem distintas posturas e que buscam identificar o paradigma que mais se aproxima das opiniões do paciente.⁹²

91. Em sentido oposto, admitindo a validade dos testamentos vitais na eutanásia ativa, DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; GRACIA MARTÍN, Luis, op. cit., p. 266.

92. Cf. FIGUEROA, Patricio R. "Instrumentos legales en la toma de decisiones médicas en cuadros crónicos terminales". *Revista Bioética*, 1998, v. 6, n. 1, p. 07 e ss.

Tem-se, para logo, que a acolhida desses dois últimos instrumentos deve ser restringida, porque implicaria a admissão do consentimento presumido – aquele cuja existência se pressupõe diante da ausência de consentimento real da vítima, com lastro nas circunstâncias – inadmissível quando se trata de atuações restritivas da vida alheia.⁹³ O consentimento informado, expressão do princípio da autonomia, é aquele expresso, atual e dado pelo próprio paciente. Assim, os poderes legais e os históricos de valores só teriam aplicação no campo da beneficência, quando por algum motivo o paciente não pudesse expressar sua vontade e se impusesse a atuação no seu melhor interesse.

Também a validade dos testamentos vitais é passível de discussão, já que a anuência da vítima há de ser sempre atual, e sua adoção poderia implicar o risco da admissibilidade de um consentimento muitas vezes presumido.⁹⁴ Nesse passo, importa considerar que o estado psicológico do paciente, quando na iminência da morte, se altera sensivelmente, de forma que, se estivesse consciente, poderia mesmo vir a discordar da opinião externada quando se encontrava são. É comum que nesses momentos críticos as pessoas venham a se apegar às mínimas possibilidades de prosseguir vivendo. Dificuldades ainda maiores surgem quando o paciente acha-se inconsciente, por ocasião da leitura do testamento vital, situação para as quais esses documentos foram precisamente criados, vez que quando conscientes poderão confirmar ou revogar o que fora declarado, ainda que com as reservas que outros estados mentais poderão causar à livre expressão da sua vontade (estados depressivos, debilidade mental provocada pela enfermidade, sentimento de

93. Nesse sentido ROMEO CASABONA, Carlos María, op. cit., p. 460. Admitindo o consentimento presumido na eutanásia, KAUFMANN, Arthur, op. cit., p. 54; BACIGALUPO, Enrique. *Los delitos de homicidio*, p. 19; NIÑO, Luis Fernando. *Eutanasia: morir con dignidad (consecuencias jurídico-penales)*, p. 204.

94. Cf. SEMINARA, Sergio, op. cit., p. 701.

inutilidade ou de carga para os familiares). Com vistas a solucionar o problema, alguns doutrinadores têm defendido que ainda quando inconsciente o moribundo, é possível admitir a validade do documento quando a vontade ali expressa revele coerência com o sistema de valores do paciente e com sua atitude de vida, particularmente durante o período de vida imediatamente anterior à enfermidade.⁹⁵ Observe-se, porém, que alguns cuidados devem ser tomados quando da elaboração dos testamentos vitais, de modo a evitar que algum interesse material interfira diretamente na continuação ou interrupção do tratamento. Sua firma deve ser acompanhada de todas as garantias suficientes para que sejam emitidos com toda seriedade e reflexão. De todo modo, qualquer dúvida a respeito da autenticidade desses documentos deve ser resolvida em favor da continuação da terapia – *in dubio pro vita*.⁹⁶

95. Cf. ROMEO CASABONA, Carlos María, op. cit., p. 465; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel, op. cit., p. 172-173.

96. Sobre os testamentos vitais, vide ROMEO CASABONA, Carlos María, op. cit., p. 463 e ss; GIUNTA, Fausto. "Diritto de morire e Diritto Penale: i termini di una relazione problematica". *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1997, fasc.1, p. 108-109. Para que esses instrumentos possam ter utilidade, impõe-se que sejam evitados os extremos: os textos elaborados e as prerrogativas assinaladas não podem ser muito genéricos, e tampouco detalhados. Uma diretiva demasiado ampla não permite precisar com certeza os verdadeiros anseios do paciente – v.g., a indicação de que não se deseja a utilização de meios artificiais de tratamento é vaga e pode ser objeto das mais variadas interpretações. Por outro lado, uma assertiva prolixa e casuística pode ser facilmente descartada pela equipe médica, caso em algum de seus aspectos não se amolde à atual situação do paciente. Além disso, deve-se ter em conta o caráter dinâmico da condição patológica dos pacientes terminais e aos efeitos que dela possam advir. Desse modo, os valores que norteiam as decisões durante uma determinada etapa da evolução de uma doença podem ver-se drasticamente alterados em virtude do agravamento da enfermidade ou de outras complicações que possa vir a apresentar o paciente. Nesse sentido, sugere-se que os documentos elaborados tenham um prazo de validade preestabelecido (em geral, cinco anos), após o qual devam ser renovados, ou sejam periodicamente atualizados consoante se modifique o quadro de saúde do enfermo(nesse sentido, FIGUEROA,

Do exposto, ressaí que, regra geral, o consentimento há de ser expresso (não se admitindo o presumido), atual e inequívoco, não podendo, portanto, ser prestado por quem não esteja no pleno exercício de suas faculdades mentais ou seja menor de idade, bem como, por razões óbvias, por aqueles que se encontram em estado de inconsciência em razão de enfermidade ou traumatismo. Considera-se que crianças, menores e deficientes mentais não possuem a capacidade natural de juízo para compreender a natureza do ato sobre o qual consentem, seja para negar-se ou para submeter-se a um tratamento determinado. Expresso, porém, de qualquer modo, o consentimento ou a recusa pelo paciente, adulto e consciente, ou tendo este consignado em instrumento próprio sua vontade em ocasião anterior à incapacidade (v.g., por meio de testamentos vitais), é força que seja considerada pela equipe médica, ainda que, na segunda hipótese, não sem algumas reservas.

Ressalte-se que os critérios a serem observados em relação à capacidade para consentir devem ser aqueles fornecidos pelo

Patricio R., op. cit., p. 11; ROMEO CASABONA, Carlos María, op. cit., p. 462). A limitação maior, porém, reside no desinteresse da maioria das pessoas em considerar o momento de suas próprias mortes e a possibilidade de que venham a padecer de alguma enfermidade terminal que requeira cuidados médicos intensivos. Esse problema pode ser resolvido através de formas adequadas de educação geral e sobretudo por meio da comunicação entre médico e paciente, que cuide especificamente de assinalar valores, preferências e opiniões que se deseje sejam consideradas em situações ulteriores nas quais seja impossível a obtenção do consentimento informado. Em alguns países (v.g., Espanha) têm sido utilizados formulários de consentimento informado, nos quais são detalhados os riscos mais frequentes e graves que possam resultar do emprego de medidas de suporte vital. Todavia, calha salientar que a implementação desses formulários não pode significar o menosprezo do adequado processo de tomada de decisões que implica a obtenção do consentimento informado. Com esses instrumentos, visa-se, o mais das vezes, apenas obter o respaldo legal (prova documental pré-constituída) para a atuação médica, evitando futuros processos por *mala praxis*. A tomada do consentimento por essas vias (consentimento "firmado") não assegura uma decisão esclarecida do paciente e, destarte, não resolve problema ético algum, já que por meio delas tão-somente "se intera alguém de alguma medida" (cf. BLANCO, Luis Guillermo, op. cit., p. 90).

Direito Civil, sendo prudente desprezar os parâmetros estabelecidos para a imputabilidade penal, pois uma coisa é a exclusão da responsabilidade daquele que comete o delito, e outra é a fixação de um limite etário mínimo a partir do qual assume relevância o consentimento do ofendido.⁹⁷ Destarte, a capacidade jurídica plena é adquirida aos 21 anos completos (art. 9.º do Código Civil), sendo considerados incapazes, absoluta ou relativamente, para os fins aqui propostos, os loucos de todo gênero (abrangendo toda espécie de desequilíbrio mental, ainda que interrompido por intervalos de lucidez, desde que haja um processo de interdição); os toxicômanos (após processo de interdição); os surdos-mudos que não possam expressar sua vontade e os silvícolas (arts. 5.º e 6.º do Código Civil). Registre-se que a senilidade, por si só, não é causa de restrição da capacidade, porque não pode ser considerada equivalente a um estado psicopático. Apenas se a senectude originar um estado patológico, como a arteriosclerose, que afeta as faculdades mentais, poderá haver interdição – mas nessa hipótese a incapacidade resulta do estado psíquico e não da velhice.⁹⁸ Cumpre asseverar que a proteção jurídica dos incapazes dá-se por meio da representação ou da assistência. Havendo conflito entre o incapaz e seu representante legal, compete ao juiz

97. Nesse sentido, CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal español*, v. II, p. 339. Em sentido oposto, primando pelo critério da imputabilidade penal, por considerar que um mesmo Código não pode prescrever duas idades para uma mesma capacidade, PIERANGELI, José Henrique, op. cit., p. 126. Observe-se que a Lei 9.434/97, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, estabelece como idade mínima para doação a maioridade civil (art. 9.º, *caput*). Alguns doutrinadores entendem como decisivo o critério material da capacidade real de juízo e compreensão do indivíduo – ainda que não sem admitir que os parâmetros da imputabilidade e da fixação do limite etário mínimo sejam mais facilmente comprováveis (vide, por todos, ROMEO CASABONA, Carlos María, op. cit., p. 460-461).

98. Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, v. I, p. 62.

nomear curador especial (art. 387 do Código Civil e art. 148, VII, parágrafo único, da Lei 8.069/90).

De outro lado, exige-se do autor do homicídio eutanásico ciência do consentimento e vontade de atuar de acordo com a diretiva do mesmo – requisitos subjetivos – e que sua atuação se dê nos limites do consentido – requisito objetivo. Assim, se o agente dá a morte a um moribundo impelido por forte comiseração, sem saber que o mesmo a havia suplicado em momento anterior, não poderá receber tratamento privilegiado em razão daquela circunstância, mas tão-somente no que concerne ao móvel piedoso, uma vez que ausentes estão os requisitos subjetivos que devem sempre lastrear o consentimento do ofendido.⁹⁹

Contrario sensu, argumenta-se que nenhum doente que clama pela própria morte estaria no pleno exercício de suas faculdades mentais, e que o suicídio seria um motivo para se duvidar da sanidade daquele que o cometeu. Perfilhando esse entendimento, afirma-se que “tem sempre pouca consistência jurídica o pedido ou o consentimento expresso e concedido num momento de desconforto, quando a mente está dominada pela emoção e pela angústia, quando em razão do estado debilitado do cérebro podem faltar ou restar grandemente diminuídas, consoante proclama a lei penal, a consciência ou a liberdade dos próprios atos”.¹⁰⁰ Todavia, bem já se assinalou que a possibilidade de realização de matrimônios nuncupativos e o respeito à última vontade dos moribundos nos testamentos são provas de que a lei reconhece como válido e gerador de efeitos

99. Cf. PRADO, Luiz Regis, op. cit., p. 243.

100. MORSELLI, Enrico, op. cit., p. 189. Nessa trilha, argumenta-se ainda que “aquele que consente na abreviação da chegada da morte sob a influência desmoralizante da dor, presta um consentimento sob premente coação e, por isso mesmo, sem valor” (HUNGRIA, Nelson, op. cit., p. 384-385). Nesse sentido também CUELLO CALÓN, Eugenio, op. cit., p. 140; OLIVEIRA, Olavo, op. cit., p. 157; ITAGIBA, Ivair Nogueira. *Homicídio, exclusão de crime e isenção de pena*, p. 387).

o consentimento daqueles que se encontram na iminência da morte.¹⁰¹

Em relação ao consentimento, nada dispõe o atual Código Penal, permitindo, portanto, que a eutanásia seja perpetrada ainda que contra a vontade do paciente e despojando de qualquer relevância a circunstância de que aquele tenha sido prestado – não obstante os inegáveis efeitos que exerce sobre a magnitude do injusto. O Anteprojeto de 1984 corretamente mencionava o consentimento da vítima ou, na sua falta, de ascendente, descendente, cônjuge ou irmão, como requisito indispensável para que o homicídio eutanásico – nas formas ativa e passiva – fosse levado a cabo (art. 121, § 3.º).

A proposta de 1998 inovou ao demandar, para o tratamento privilegiado da eutanásia ativa, o consentimento (pedido) da vítima, imputável e maior (art. 121, § 3.º). Não andou bem o legislador em prescrever a exigência de imputabilidade para o enfermo, posto que, conforme já se assinalou, os critérios a serem atendidos, em se cuidando de capacidade para consentir, são aqueles propostos pela lei civil. Demais disso, é difícil conceber o que estariam os redatores do Anteprojeto a pretender

101. Cf. DEL VECCHIO, Giuseppe, op. cit., p. 68-70. Pontifica esse autor que “é esta uma questão que na medicina tem um alto interesse e é de grande atualidade, mas que no campo jurídico se demonstra, senão inútil, um pouco inoportuna. É notório, de fato, que a nossa lei, no caso de matrimônio *in extremis*, ou em atenção à última vontade do testador, em matéria testamentária, reconhece como válido e gerador de efeitos jurídicos o consentimento do moribundo. De modo que se alguma crítica se quisesse interpelar em relação à dúvida validade do consentimento de quem demanda a morte benéfica, nós imediatamente responderíamos que se inválido é o consentimento de quem invoca a eutanásia, inválido, com maior razão, deveria ser aquele dado pelo esposo agonizante ou pelo *de cujus*. Nem poderia ser diferente: porque se ineficaz é o consentimento de um moribundo, ineficaz deveria ser o consentimento de todos os moribundos (...). Mas a nossa lei, estatuinto que o consentimento do testador e o do esposo, ambos *in extremis*, devem reputar-se válidos, implicitamente resolveu uma questão que na medicina, ao contrário, se debate ainda por anos, e que certamente continuará, como hoje, irresolvida” (op. cit., p. 69).

com a redundante expressão “imputável e maior”, já que a imputabilidade penal, se adotada para esses fins, abrange por si só a maioridade como um de seus requisitos (sistema biopsicológico ou misto). Apenas se, num esforço de interpretação, se entendesse que a maioridade, nesse caso, é aquela ditada pelas normas civis é que a expressão teria alguma razão de ser. No tocante à ortotanásia (art. 121, § 4.º), permanece a necessidade de consentimento do paciente ou, na sua impossibilidade (o que engloba os estados de incapacidade e de inconsciência), de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão. É digna de nota a inserção, nesse rol, do companheiro, em atenção ao reconhecimento, pela Constituição Federal, da união estável entre homem e mulher como entidade familiar (art. 226, § 3.º). Ressalte-se que os familiares substituem uns aos outros na ordem de preferência, não se admitindo, por se tratar de norma penal não-incriminadora excepcional, argumento analógico com vistas a autorizar a intervenção de outros parentes, ainda que no melhor interesse do moribundo.¹⁰²

Por fim, tratou o legislador de 1999 de repetir semelhante fórmula, operando, porém, algumas alterações cuja impropriedade é manifesta. De primeiro, exige, para a eutanásia ativa, o consentimento da vítima “imputável e maior de dezoito anos” – o que só vem a ressaltar o erro da solução anterior (art. 121, § 3.º). De outro lado, alterou a ordem dos familiares que podem prestar sua anuência para a desconexão dos aparatos que mantêm vivo o doente, dando preferência ao cônjuge e ao

102. Cf. PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*, Parte Geral, p. 102-103. Sobre o fundamento justificante da proibição, pontifica o autor que “em primeiro lugar, é de salientar que se existem uma regra e uma exceção e aparece uma hipótese para a qual se busca tutela, deve ela ser abarcada pela regra geral. Isso porque a exceção é circunscrita a determinados casos, para os quais é especialmente endereçada; daí não ter o condão de acolher novas situações. Destarte, a disposição singular se aplica somente aos casos por ela previstos de maneira explícita. A própria *ratio* do direito excepcional constitui limite normal à utilização da analogia” (op. cit., p. 102).

companheiro em detrimento dos ascendentes, descendentes e irmãos do moribundo (art. 121, § 4.º). Ora, não procede a mudança, mormente em relação aos ascendentes e descendentes, já que o vínculo que os une ao enfermo é incontestavelmente mais estreito e duradouro do que a ligação conjugal, não sendo admissível que estes, com prevalência sobre todos os demais, decidam sobre a manutenção da vida do doente.

4.2.4 Problemática jurídica atual

De primeiro, é força esclarecer que qualquer forma de eutanásia encontra-se condicionada à vitalidade do paciente. Diagnosticada a morte encefálica, a manutenção artificial das funções vitais (circulação, respiração, etc.) deve ser imediatamente suspensa, não configurando a desconexão dos aparelhos e dos mecanismos de assistência (medicação, alimentação por intubação) o tipo do delito de homicídio, porquanto o doente está clinicamente morto. Nesses casos, se impõe o dever jurídico de cessar a atividade terapêutica. Se o agente, crendo estar vivo o paciente, consuma a eutanásia, tratar-se-á a hipótese de crime impossível, por absoluta impropriedade do objeto (art. 17 do Código Penal).

As diferentes formas de eutanásia recebem tratamento igualmente diverso na seara penal. Assim é que a *eutanásia pura* ou *genuína* é penalmente atípica, uma vez que se enquadra dentro dos deveres de atuação do médico (administração de terapêutica paliativa) e a omissão de cuidados essenciais por parte do médico implicaria infração do dever de agir derivado da posição de garante por ele ocupada (art. 13, § 2.º, *b*, do Código Penal).¹⁰³ É cediço que a missão do facultativo não se

103. Nessa trilha, TORIO LÓPEZ, Angel. “Instigación y auxilio al suicidio, homicidio consentido y eutanasia como problemas legislativos”. *Estudios Penales y Criminológicos*, v. IV, p. 191; KAUFMANN, Arthur “¿Relativización de la protección jurídica de la vida?” In: MIR PUIG, Santiago.

limita a curar, mas também abrange o dever de aliviar a dor. De semelhante, a *eutanásia ativa indireta* também não se subsume ao tipo do delito de homicídio, pois não faz parte da intencionalidade do autor o objetivo de abreviar a vida do doente – age apenas com o intuito de aliviar seus sofrimentos. Tem-se para logo afastada ainda a hipótese de dolo eventual, porque aqui o sujeito ativo considera seriamente como possível a realização do tipo legal e se conforma com ela, ao passo que na eutanásia indireta o médico não conta com essa eventualidade, adotando todas as medidas necessárias para lograr atenuar a dor sem provocar o adiantamento da morte. Comportamento contrário importaria eutanásia direta, e não indireta. Deve ser rechaçada, por derradeiro, a possibilidade de homicídio culposo, desde que o médico observe o cuidado objetivamente devido, determinado pelas exigências da indicação da medida terapêutica e às regras da *lex artis*. De conseguinte, a administração de fármacos e a aplicação de terapia com o escopo de mitigar a dor de enfermos terminais, desde que dentro dos limites de prudência assinalados, “não supõe uma infração do cuidado objetivamente devido, nem o eventual adiantamento da morte constituiria um fato culposo punível, adiantamento que, ainda que sendo teoricamente possível, não é fácil de precisar na prática, e em suma sua efetiva comprovação apenas permitiria construir a parte objetiva do tipo, pois o resultado típico, ainda que previsível, se ajustou a *lex artis* e com isso

Avances de la Medicina y Derecho Penal, p. 50; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, op. cit., p. 339; CUELLO CALÓN, Eugenio, op. cit., p. 129-130; BRUNO, Aníbal. *Crimes contra a pessoa*, p. 123. Assinale-se ainda que, com o escopo de auxiliar pacientes próximos da morte e conferir-lhes assistência terminal elementar, foram criados na Inglaterra, na década de 60, os *hospices*, centros onde o moribundo recebe seus tratamentos sem necessidade de internação, em que “o fundamental são os princípios dos cuidados paliativos, que se preocupam em aliviar e controlar sintomas incapacitantes nas esferas física, psíquica, social e espiritual, e buscar qualidade de vida” (KOVÁCS, Maria Júlia, op. cit., p. 64).

não se superou o risco permitido que poderia acarretar o tratamento”.¹⁰⁴

A *eutanásia ativa direta* é punível em todos os casos. Em que pese a existência de consentimento por parte do moribundo, é inelidível que “o direito à liberdade deve ser examinado dentro de um contexto global e, nesse contexto, não se pode reconhecer que tal princípio legitime a causação de homicídio por um terceiro”.¹⁰⁵ Nesse diapasão, recorde-se que assim como o direito à vida não pode assumir caráter absoluto e incondicionado, devendo ser considerado em conexão com outros valores constitucionais, não é possível igualmente admitir a existência de um direito ilimitado à disponibilidade da própria vida, apto a legitimar a intervenção de terceiros. É unânime o entendimento de que o consentimento do ofendido, nos delitos contra a vida humana, não tem o condão de afastar por completo a ilicitude do fato. Todavia, consoante já se asseverou, é mister

104. ROMEO CASABONA, Carlos María, op. cit., p. 430. Nesse sentido também Díez Ripollés, José Luis; GRACIA MARTÍN, Luis, op. cit., p. 261-262; SEMINARA, Sergio, op. cit., p. 703. Destaca esse último autor que a própria Congregação para a Doutrina da Fé, da Igreja Católica, na *Declaração sobre a eutanásia*, de 5 de maio de 1980, afirma a licitude da administração de analgésicos ainda que disso derive uma aceleração da morte, porque conforme à dignidade humana (§ 2278). Nos casos, porém, em que o risco de encurtamento da vida aumente até quase ao ponto da certeza, tem-se sustentado que poderá fundamentar-se a exclusão da ilicitude da conduta no estado de necessidade justificante, de modo que na ponderação entre a manutenção da vida e a exclusão da dor, prefira-se a esta última (cf. ESER, Albin. “Problemas de justificación y exculpación en la actividad médica”. In: MIR PUIG, Santiago. *Avances de la Medicina y Derecho Penal*, p. 26). Cuello Calón admite a possibilidade, nesses casos, de concorrência de culpa consciente, embora reconheça que “se as consequências nocivas não eram previsíveis, não é possível a existência do delito” (op. cit., p. 134).

105. SILVA FRANCO, Alberto. “A eutanásia passiva no novo Código Penal”. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, 1993, n. 04, p. 01. Em sentido oposto, pela descriminalização da eutanásia ativa, vide GIUNTA, Fausto. “Diritto de morire e Diritto Penale: i termini di una relazione problematica”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1997, fasc.1, p. 123-124.

apontar que o consentimento possui inegáveis efeitos atenuatórios que dizem respeito à ilicitude do fato (menor desvalor da ação), autorizadores da mitigação da pena. Demais disso, o móvel altruísta ou de compaixão, desde que resulte efetivamente comprovado, e independentemente de ter mediado o requerimento da vítima, faz com que, na eutanásia ativa, a realização da conduta típica e ilícita seja menos reprovável ao seu autor.¹⁰⁶

No âmbito da *eutanásia passiva*, quadra distinguir as formas de omissão que se enquadram na esfera de comportamento punível daquelas que fazem parte da prática médica adequada e por isso são jurídico-penalmente irrelevantes. É cediço que todo e qualquer tratamento encontra-se condicionado à vontade do paciente de ser ao mesmo submetido. Assim, se o paciente adulto e mentalmente são, ao qual foram concedidas todas as informações necessárias a respeito da extensão de sua moléstia e das conseqüências e riscos da terapia, recusa, de modo consciente e responsável, submeter-se ao tratamento, caberá ao médico eximir-se de qualquer procedimento. É certo que o médico, em virtude da aceitação voluntária do dever de atuar, decorrente do exercício profissional, assume a responsabilidade de impedir o resultado, investindo-se na posição de garantidor do bem jurídico vida (art. 13, § 2.º, *b*, do Código Penal). Todavia, é de notar que esse dever limita-se à anuência do enfermo de sujeitar-se aos seus cuidados. Nesse passo, a submissão forçada do paciente ao tratamento daria lugar ao delito de constrangimento ilegal (art. 146) e iria de encontro ao princípio da dignidade da pessoa humana.¹⁰⁷ De outro lado,

106. Nesse sentido ROMEO CASABONA, Carlos María, op. cit., p. 471-472; SILVA FRANCO, Alberto. "A eutanásia no novo Código Penal". *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, 1993, n. 04, p. 01.

107. Interpretação oposta implicaria que "o médico dispõe de uma 'razão preponderante' sobre o paciente, de modo que, em que pese a negativa deste, pode ou mesmo deve seguir tratando-o sempre que ele, o médico, o estime positivo e correto. E tal lesão ao direito de autodeterminação do paciente é

porém, a lei penal autoriza a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida (art. 146, § 3.º, I). Cuida-se de hipótese de estado de necessidade justificante,¹⁰⁸ em que o ordenamento jurídico faculta a lesão ao bem de menor valor (liberdade individual) como único meio de salvar o bem de maior valor (vida humana).

Contudo, cumpre asseverar que, em que pese a primazia da vida humana em todos os casos, em um Estado de Direito democrático e social, a ponderação de interesses, que serve de lastro para aquela causa de justificação, deverá ter em conta a dignidade da pessoa humana como um critério corretor. Assim, “o estado de necessidade será uma causa de justificação quando o mal causado seja menor que o que se tratava de evitar sempre que a conduta realizada não implique uma grave

intolerável numa sociedade liberal” (KAUFMANN, Arthur, op. cit., p. 50). No mesmo sentido, MANTOVANI, Ferrando. “Aspetti giuridici della eutanasia”. *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1988, fasc.2, p. 453; GIUNTA, Fausto, op. cit., p. 90; SEMINARA, Sergio, op. cit., p. 692-4. Ressalta este último que “contra essa teoria, pronuncia-se outra parte da doutrina, sob a ótica de uma absoluta indisponibilidade do bem vida fundada em razões jurídicas, seja à luz da invalidade da vontade expressa de um doente em fase terminal ou do inelidível risco de diagnósticos errados. Respeito a tais argumentações, é suficiente notar que, na situação em exame, a conduta do médico deve ser considerada no plano omissivo e a sua responsabilidade deve portanto derivar da violação de um dever jurídico de intervenção (art. 40, § 2.º, CP): dever jurídico que, diante do válido exercício do direito de refutar a cura, não subsiste certamente” (op. cit., p. 694).

108. No sentido, pela exclusão da ilicitude da conduta, FRAGOSO, Heleno Cláudio, op. cit., p. 154; SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de Direito Penal*, Parte Especial, t. I, p. 180; SILVEIRA, Euclides C. da, op. cit., p. 275; HUNGRIA, op. cit., p. 178; BRUNO, Aníbal. *Crimes contra a pessoa*, p. 346; MAGALHÃES NORONHA, E., op. cit., p. 167; TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*, p. 215; MIRABETE, Júlio F. *Manual de Direito Penal*, v. II, p. 181, entre outros. Adotam posicionamento diverso, na defesa da exclusão da tipicidade, BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal anotado*, p. 525; DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado*, p. 250; JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*, v. II, p. 220.

infração ao respeito devido à dignidade da pessoa humana”.¹⁰⁹ Portanto, ainda que se tratasse de terapêutica vital, subsistiria para o paciente a faculdade de recusar-se à mesma, de acordo com a redefinição do direito à vida conforme à Constituição que aqui se propõe – não se exaure na simples existência biológica, devendo sua interpretação ser aliada a critérios normativos, entre os quais a dignidade humana – desde que as perspectivas objetivas de recuperação e os resultados que se procura obter não guardem proporcionalidade com a indignidade da imposição da terapêutica. Ao médico não se impõe o dever de tratar contra a própria vontade do paciente, mormente quando todos os recursos disponíveis se afiguram como inócuos e vislumbra-se apenas a possibilidade de que seja o doente submetido a condições inumanas e degradantes. Seu dever, nesses casos, limitar-se-ia à administração de cuidados paliativos.

É de notar que, em se tratando de pacientes menores ou incapazes de prestar uma recusa válida (v.g., deficientes mentais), presente o risco de vida, é dever do médico intervir, ainda que ante a negativa de seus pais ou representantes legais. Cuida-se, portanto, de desprezar o consentimento dessas pessoas, seja porque não tenha sido prestado, seja porque consista na recusa ao tratamento vital, uma vez que não há que se admitir o consentimento presumido em relação ao incapaz quando não se trate de agir no seu melhor interesse (princípio da beneficência). Do mesmo modo, em se tratando de pacientes adultos cuja recusa não tenha por fundamento a inocuidade e o caráter desumano ou degradante do tratamento. Nesses casos, frise-se, a conduta do facultativo não configuraria o delito de constrian-

109. CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal español*, v. II, p. 270. Pontifica o autor que “por tratar-se (*a dignidade humana*) de um princípio material de justiça, de validade *a priori*, que representa um limite imanente para o Direito positivo, a invocação desse princípio no marco da ponderação de interesses privaria esta de limites e contornos precisos, ao introduzir na mesma um juízo de valor de natureza essencialmente diferente” (op. cit., p. 270).

gimento ilegal – seria lícita por força do art. 146, § 3.º, I, do Código Penal, que autoriza a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida.

Questão assaz conflitiva é aquela relativa à recusa de tratamentos vitais pelo paciente como manifestação de sua liberdade religiosa ou de expressão. Anote-se que a Constituição Federal assegura, no rol dos direitos e garantias fundamentais, a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença (art. 5.º, VI). De outro lado, bem já se assinalou que o direito à vida constitui um dos direitos fundamentais. Cuida-se novamente aqui da questão da disponibilidade da vida humana e sua consideração como direito absoluto ou relativo, sendo passível, nesse último caso, de ceder ante outros interesses.

Nessa trilha, é exemplo sempre presente de recusa a tratamentos vitais por questões de ordem religiosa a proibição a que se sujeitam as Testemunhas de Jeová de receberem transfusões de sangue.¹¹⁰ Essa recusa pode acarretar sérios problemas, principalmente nos casos em que essas pessoas tenham sofrido hemorragias de grande monta ou necessitem ser submetidas a uma intervenção cirúrgica que requeira transfusão sangüínea. Em princípio, a liberdade religiosa do paciente deve ser respeitada, sob pena de incorrer o médico nas sanções do delito de constrangimento ilegal, desde que tenha oferecido ao paciente outros tratamentos alternativos, ainda que mais custosos e arriscados. Ausentes outras opções terapêuticas, a

110. Essa crença tem origem, de acordo com os adeptos dessa crença, em determinados textos do Antigo Testamento, que proíbem o povo de Deus de alimentar-se com sangue (Gênesis, 9:3; Levítico, 17:10-11), proibição esta que estenderam à administração de sangue por qualquer via, alegando-se os riscos e perigos advindos das transfusões (v.g., a possibilidade de contaminação pelo vírus da Aids). Esses argumentos, porém, desnaturam a verdadeira causa do problema, que é religiosa e não sanitária, mormente se considerado que todo tratamento acarreta algum tipo de risco (cf. ROMEO CASABONA, Carlos María, *op. cit.*, p. 448).

pergunta fundamental é se a recusa a receber a transfusão pode ser qualificada como atitude suicida. Tem-se, para logo, que as Testemunhas de Jeová, ainda que de modo indireto, admitem a possibilidade de superveniência da própria morte, se considerado que ante a extrema urgência da situação, não lhes restam outras opções senão aceitar a transfusão ou morrer – fosse o suicídio um ato típico, o elemento psíquico, nessas hipóteses, equivaleria ao dolo eventual. Surgiria assim um conflito de interesses perante o facultativo, que deve escolher entre proteger a vida do paciente ou respeitar sua liberdade religiosa – todavia, considerando-se que a tutela do direito à vida levada a cabo pela Constituição não abrange a manutenção da vida humana contra a vontade de seu titular em condições desumanas ou degradantes, o princípio da dignidade humana funciona como critério de correção, permitindo que se imponha o respeito à liberdade de crença, sem que se possa falar aqui num delito de omissão de socorro ou de auxílio ao suicídio por omissão.¹¹¹ Caso insistisse em consumir a transfusão sangüínea, incorreria o médico nas penas do delito de constrangimento ilegal.

Observe-se, porém, que encontrando-se o paciente em estado de inconsciência, o médico poderá e deverá intervir, pois sua conduta não configura o delito de constrangimento ilegal, por força do art. 146, § 3.º, I, do Código Penal. Registre-se, por oportuno, que não se admite a recusa à transfusão por parte de familiares ou de seu representante legal (o mesmo sendo

111. Nessa trilha, pontifica José Cerezo Mir que “o juiz que autoriza um médico a praticar transfusão de sangue em um paciente Testemunha de Jeová, que se opunha a isso por suas convicções religiosas, se a considera necessária para salvar sua vida, realiza o tipo do delito contra a liberdade de consciência do art. 522.2.º do Código Penal e ainda que o faça em cumprimento de um dever de categoria superior – o de prestar socorro a uma pessoa que se encontra desamparada e em manifesto e grave perigo (art. 195), inclusive o dever de garante de sua vida – que o de se abster de realizar a ação proibida, sua conduta é ilícita pois implica um grave atentado à dignidade da pessoa humana” (*Curso de Derecho Penal español*, v. II, p. 295).

válido para incapazes). Cuida-se de negar aqui, uma vez mais, qualquer validade ao consentimento presumido.¹¹² Com vistas a elidir a desavença, observe-se que de grande valia seria a elaboração prévia de documentos escritos por parte dos seguidores dessa crença, de modo semelhante aos testamentos vitais, nos quais expressassem sua vontade no sentido de se oporem a transfusões e de se manterem fiéis ao seu credo.¹¹³

No tocante à liberdade de expressão, exsurge aqui o problema das greves de fome de caráter reivindicativo no âmbito penitenciário. Estabelece a Lei 7.210/84 (Lei de Execuções Penais) que “ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela Lei” (art. 3.º), de forma que conservam os presidiários os direitos fundamentais que não sejam incompatíveis com a execução da sanção imposta, entre os quais figura a liberdade de consciência.

112. Destaque-se que, em se tratando de incapazes (menores, deficientes mentais), “o possível respeito à liberdade de escolha entre uns e outros valores não seria admissível aos pais em relação a seus filhos; o dever dos pais, que compreende indubitavelmente a formação religiosa, consiste em fazer todo o possível em benefício da saúde e da vida de seus filhos, até que, chegados à idade adulta, possam fazer uso por si mesmos de sua liberdade religiosa e assumir pessoalmente as conseqüências de suas próprias decisões. Uma negativa ao tratamento do filho menor por razões de crença religiosa (v.g., opor-se a uma transfusão de sangue) constituiria um exercício abusivo do pátrio poder, devendo então o médico atuar em defesa da vida de seu paciente; a autoridade judicial avaliaria (tanto antes como depois da transfusão, se não fosse possível esperar) também aqui sua atuação conforme o direito, enquanto que os pais poderiam incorrer em responsabilidade penal pela omissão cometida, em relação à qual não se deve descartar a possibilidade de um delito de homicídio ou de lesões corporais comissivos por omissão” (ROMEO CASABONA, Carlos María, op. cit., p. 453-454).

113. Nesse sentido ROMEO CASABONA, Carlos María, op. cit., p. 450; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel, op. cit., p. 114. Não obstante, reconhece aquele autor que “as dúvidas sobre a validade desse documento são mais intensas que em relação ao testamento vitais (...), pois correspondendo aos motivos religiosos de grupos muito fechados, é mais fácil suspeitar, com fundamento, que muitas vezes a assinatura daquele não terá sido espontânea e livre de pressões externas” (op. cit., p. 451).

Demais disso, a própria Constituição assegura aos presos “o respeito à integridade física e moral” (art. 5.º, XLIX). Também aqui cumpre assinalar que, embora não exista uma vontade direta de morrer, com a greve de fome o condenado assume o risco de que sobrevenha a própria morte, caso suas reivindicações não sejam atendidas e se protraia por longo tempo sua inanição. De outro lado, é dever do Estado a assistência à saúde do preso, competindo-lhe zelar por sua vida e saúde (art. 10 da Lei de Execuções Penais) – assume ele desse modo posição de garante em relação a esses bens jurídicos, porque tem para com eles obrigação de cuidado, proteção ou vigilância em virtude de lei (art. 13, § 2.º, *a*, do Código Penal). Surge assim um conflito entre dois bens jurídicos – aquele representado pela liberdade de consciência do preso e o bem jurídico vida humana. Nas hipóteses em que ainda não se tenha configurado uma situação de perigo de vida ou de lesões orgânicas funcionais irreversíveis em virtude da inanição, mormente nos primeiros momentos da greve, a administração penitenciária deve se abster de atuar, pois comportamento oposto iria de encontro ao respeito à dignidade da pessoa humana.¹¹⁴ Quando, porém, a greve atingir níveis tais que o condenado caia inconsciente, perdendo com isso a capacidade de externar sua vontade sobre a continuação ou interrupção do protesto, não há mais que se falar em livre manifestação da consciência e a greve perde seu caráter reivindicativo, de modo que é legítima a intervenção ante o perigo iminente de que se produzam lesões irreparáveis ou até a morte. Desde que sejam empregados meios proporcionais e não agressivos (*v.g.*, alimentação por via endovenosa), não incorrerão os administradores carcerários em atentado à dignidade do condenado.¹¹⁵ Observe-se que o fundamento legal

114. Nesse sentido CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal español*, v. I, p. 297.

115. Nessa trilha DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales: vida humana independiente y libertad*, p. 245-246; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel, *op. cit.*, p. 139. Assevera este último que “a

da intervenção, nesses casos, é o estado de necessidade, que exclui a ilicitude da coação exercida para impedir suicídio (art. 146, § 3.º, II, do Código Penal) – recorde-se que, nessa oportunidade, o grevista, ainda que indiretamente, pode ser equiparado ao suicida.¹¹⁶

A omissão de medidas essenciais para a manutenção artificial da vida do paciente pode, destarte, resultar de sua própria petição ou recusa, seja esta atual ou anterior à iniciação do tratamento. Todavia, situações há em que o enfermo não pode

partir do momento em que o grevista não pode expressar sua vontade, não se pode saber – mas tão-somente presumir ou conjecturar – o que realmente quer, e se mudou ou não de opinião. Assim, a dúvida deve resolver-se em favor da vida (*in dubio pro vita*)” (op. cit., p. 140). Discordando desse entendimento, pontifica Romeo Casabona que “esperar a perda da consciência para atuar pode ser insuficiente, em primeiro lugar, posto que não é infrequente a produção de lesões irreversíveis antes mesmo desse momento (...); em segundo lugar me parece contraditório, pois se o grevista assumiu séria e responsabilmente desde o princípio – ou antes de debilitar-se sua consciência em razão dos efeitos da greve – a continuação da greve até as últimas consequências, se necessário para seguir pressionando em favor de suas reivindicações, o coerente seria respeitar sua decisão; há que se admitir, não obstante, que no estado de inconsciência a ação reivindicativa (liberdade ou expressão ideológica) é de duvidoso exercício. Por isso, o momento da intervenção (a alimentação forçada) deve ser decidido de acordo com critérios médicos, em atenção ao perigo iminente de que se produzam lesões orgânicas funcionais graves ou a morte, empregando para isso meios não substancialmente agressivos e proporcionais (via endovenosa e outros de assistência, se forem necessários), com o fim de evitar, em atenção ao respeito à dignidade humana, que sejam degradantes ou desumanos” (op. cit., p. 457-458).

116. Cf. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. “Estado de necesidad e intervención médica (o funcional, o de terceros) en casos de huelga de hambre, intentos de suicidio y de autolesión: algunas tesis”. In: MIR PUIG, Santiago. *Avances de la Medicina y Derecho Penal*, p. 80 (ainda que a opinião desse autor deva ser aceita com reservas, porquanto defende que a dignidade humana, do ponto de vista constitucional, merece sempre uma valoração inferior à vida). É imperioso apontar que, de não ser assim, sob o pretexto de se respeitar a todo custo a manifestação de vontade dos grevistas, a administração penitenciária poderia se valer desse expediente para se ver livre dos condenados que representassem uma ameaça à manutenção do sistema carcerário (cf. MUÑOZ CONDE, Francisco, op. cit., p. 64).

manifestar sua vontade (v.g., pacientes em estado de inconsciência ou recém-nascidos) ou esta não é juridicamente válida (v.g., deficientes mentais ou crianças), e a não intervenção do médico poderia dar lugar a um homicídio comissivo por omissão, vez que ocupa este posição de garante em relação ao bem jurídico tutelado (art. 13, § 2.º, b, do Código Penal). Essa posição de garante se traduz no domínio sobre a vulnerabilidade da vida e da saúde do paciente, que se produz com a assunção do tratamento, é dizer, a partir do momento em que o doente ou seus familiares prescindem de outros médicos e confiam no médico ou médicos tratantes.¹¹⁷ Nesse momento surge para o facultativo o dever de assistência. Inexistente uma prévia situação que ateste a assunção do tratamento pelo médico, a não prestação de ajuda ao doente configuraria o delito de omissão de socorro (art. 135 do Código Penal).

Nessa trilha, convém acentuar que a beneficência pressupõe que a decisão a respeito da continuação ou iniciação da terapêutica incumbe aos familiares do moribundo e, secundariamente, ao seu representante legal. O médico só poderá atuar sem essa expressa autorização nos casos de urgência, em que há risco de vida para o paciente, porquanto aqui, consoante já se afirmou, sua conduta será lícita, não configurando constrangimento ilegal. De toda sorte, porém, registre-se que a última palavra não pertence, de modo absoluto, aos familiares: não

117. Cf. ROMEO CASABONA, Carlos María, op. cit., p. 440-441. Destarte, a posição de garante restringe-se aos casos em que o médico tenha assumido efetivamente o tratamento do paciente – devendo-se entender por *assunção efetiva do tratamento*, de acordo com um critério material que fundamenta a identidade entre ação e omissão e, por conseguinte, a responsabilidade do facultativo, a criação de um momento de perigo ou de vulnerabilidade para o bem jurídico, de modo que, nos demais casos, a abstenção do médico daria lugar apenas ao delito de omissão de socorro. Do contrário, haveria “uma sobrecarga excessiva dos facultativos e sua responsabilidade se estenderia até limites absurdos e inaceitáveis” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “La responsabilidad penal del médico por omisión”. In: MIR PUIG, Santiago. *Avances de la Medicina y Derecho Penal*, p. 126-127).

estando o paciente em fase terminal ou em estado vegetativo crônico e existindo meios adequados para a promoção de sua melhora, subsiste para o médico o dever de tratar, independentemente da recusa dos primeiros.¹¹⁸ De não ser assim, incorreria o facultativo nas penas do delito de homicídio. A eutanásia passiva em sentido estrito é, portanto, punível, desde que detectados indícios de que o paciente venha a recuperar a consciência (ou desenvolvê-la, no caso de recém-nascidos), e não tenha este previamente, e de modo expresso, manifestado sua vontade contrária à implementação ou à continuação da terapêutica.

É cediço, porém, que a iniciação, continuação ou ampliação de um tratamento determinado encontram-se condicionadas à possibilidade de o médico cumprir sua função curativa, de acordo com o atual estágio de evolução das ciências médicas e com os meios disponíveis. Se o quadro apresentado pelo paciente não indica qualquer probabilidade de evolução, não existe o dever de tratar, mas apenas de ministrar cuidados paliativos indispensáveis contra a dor e o sofrimento, sob pena de incorrer o facultativo em obstinação terapêutica (distanásia). O prolongamento irracional da vida biológica ultrapassa os limites do dever de assistência imposto pela *lex artis*, que aqui obriga o médico apenas à administração de cuidados essenciais. O dever de assistência do facultativo encontra-se limitado, portanto, como qualquer outro dever de agir, à existência de reais possibilidades de prolongamento da vida – e não da morte – do

118. Cf. GIUNTA, Fausto, op. cit., p. 103. Nesse passo, as negativas dos familiares de permitir que o doente continue sendo submetido a uma terapia vital não é decisiva para excluir a responsabilidade do médico – assim, afirma Silva Sánchez que “apenas quando às mesmas se unam perspectivas de uma vida futura deficiente ou dolorosa, ou de uma muito limitada possibilidade de prolongá-la elas seriam, segundo creio, suficientes para afirmar a inexigibilidade de uma conduta médica dirigida à salvação ou prossecução do tratamento” (op. cit., p. 143). Tal é o caso da ortotanásia, que adiante se tratará de expor.

enfermo. Ausente essa possibilidade, a desconexão dos aparelhos que mantêm vivo o paciente não se amoldaria ao tipo do delito de homicídio, uma vez que, para que se perfaça a tipicidade nos delitos omissivos impróprios, “não basta que o autor esteja na posição de garante: faz-se mister que tenha capacidade de ação (possibilidade material de evitar o resultado)”.¹¹⁹ Não haveria omissão punível por atipicidade da mesma.¹²⁰

119. PRADO, Luiz Regis, op. cit., p. 210. Muitos doutrinadores têm se referido à ausência de capacidade concreta de ação, nesses casos, como inexigibilidade – que deve ser entendida aqui não como uma causa de exculpação e sim como elemento do tipo dos delitos omissivos. A inexigibilidade opera também nos delitos omissivos impróprios, alterando a configuração da posição de garante (SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, op. cit., p. 139-140). Desse modo, aponta-se que uma renúncia ao tratamento com base nos princípios gerais da omissão apenas poderia ser tomada em consideração se as medidas que se devesse aplicar para o prolongamento da vida fossem faticamente impossíveis, ou normativamente inexigíveis, além de atentarem contra a dignidade do moribundo (cf. ESER, Albin, op. cit., 32-33).

120. Cf. ROMEO CASABONA, Carlos María, op. cit., p. 447; DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; GRACIA MARTÍN, Luis, op. cit., p. 258-259; CUELLO CALÓN, Eugenio, op. cit., p. 158-159; BERISTAIN, Antonio. “Prolegómenos para la reflexión penal-criminológica sobre el derecho a culminar la vida com dignidad”. *Revista de Informação Legislativa*, 1990, n. 108, p. 270; GIUNTA, Fausto, op. cit., p. 91; MONTICELLI, Luca. “Eutanasia, Diritto Penale e principio di legalità”. *L'Indice Penale*, 1998, ano I, n. 2, p. 499; ROMERO OCAMPO, Guillermo, op. cit., p. 140; DAHER, Paulo. *Eutanásia*, p. 138. Nesse sentido, pontifica Silva Sánchez que “se já não havia expectativa alguma de se conseguir uma vida plena e independente para o enfermo, resulta que a desconexão não interrompe curso causal salvador nenhum. Pois o curso causal salvador é aquele que é ‘capaz de salvar’. Por isso mesmo, a interrupção não gera o dever de atuar, pois essa ‘ação indicada’ não seria ‘capaz de salvar’. Em definitivo; pois, a desconexão do reanimador em casos como esses é impune tanto da perspectiva comissiva quanto da omissiva. Do ponto de vista desta última, porque sequer se pode falar de omissão quando a única conduta possível não seria capaz de conseguir a salvaguarda do bem jurídico” (op. cit., p. 147). Mesmo os insistentes defensores da intangibilidade absoluta da vida humana admitem que “nenhuma razão obriga o médico a fazer durar por um pouco mais uma vida que natural e irremissivelmente se extingue” (BRUNO, Aníbal, op. cit., p. 124). Em sentido diverso, alguns doutrinadores primam, nessas hipóteses, pela

Do exposto, ressaí que o âmbito não punível da eutanásia passiva aproxima-se do conceito de *ortotanásia*. A manutenção de terapias que não oferecem quaisquer expectativas reais de recuperação para o paciente (mormente nos casos de pacientes em estado vegetativo crônico, cuja sobrevivência poderia ser artificialmente protraída durante meses ou até anos) implicaria grave atentado à dignidade da pessoa humana, em tudo contrário à proibição constitucional de submissão a tratamentos desumanos ou degradantes.¹²¹ É de enfatizar, nessa trilha, que as perspectivas de recuperação devem ser avaliadas de acordo com critérios objetivos e a incerteza quanto às probabilidades de êxito do tratamento devem ser sempre resolvidas em favor de sua continuidade (*in dubio pro vita*). Caso o facultativo proceda à não-iniciação ou à suspensão da terapia com lastro num erro de diagnóstico, crendo ausente toda e qualquer perspectiva de recuperação do enfermo, incorrerá em erro de tipo (quanto aos pressupostos da incapacidade de ação), que elide o dolo mas permite a punição pelo homicídio culposo comissivo por omissão (art. 20 do Código Penal). Se a falha é determinada

existência de um estado de necessidade, em que estariam em conflito direito à vida, de um lado, e direito à liberdade e à dignidade pessoal, de outro. O comportamento (não só na ortotanásia, como em todas as demais formas de eutanásia) estaria justificado em razão do menor valor que se atribui à vida humana nessas condições, que seria um bem “de menor valor, enquanto seu titular renuncia a ela e enquanto seu final está próximo ou tenha se convertido num mero padecimento físico” (GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. “Eutanasia y Derecho Penal”. In: *Estudios de Derecho Penal*, p. 53). Ora, essa concepção há de ser rechaçada, porque a proteção da vida é idêntica para todos, sãos e enfermos, e mesmo para os condenados à morte, sendo a argumentação da perda do valor da vida humana um verdadeiro “salto no vazio” (cf. KAUFMANN, Arthur, op. cit., p. 52).

121. Nesse sentido, a *Declaração de Veneza sobre enfermidade terminal*, de 1983, após salientar que o facultativo tem o dever de curar e também de aliviar os sofrimentos, destaca que “o médico deve evitar empregar qualquer meio extraordinário que não traga benefício algum para o paciente” (cf. NIÑO, Luis Fernando. *Eutanasia: morir con dignidad (consecuencias jurídico-penales)*, p. 200).

por outros médicos que cuidem de atestar a realidade da morte para que o primeiro proceda ao desligamento dos aparelhos, responderão pelo delito apenas estes últimos (art. 20, § 2.º, do Código Penal).¹²²

Ainda, ante o consentimento do paciente no sentido da continuação da terapia, expresso por qualquer meio (v.g., através de documento escrito) em momento anterior à incapacidade, deve prevalecer sua vontade, do mesmo modo como deve ser respeitada a recusa de seus familiares ou representante legal à suspensão dos cuidados médicos quando entendam que o melhor interesse do paciente seja no sentido da luta pela vida, visto que “uma morte digna pode ser também entendida individualmente como manter-se firme diante da dor física e do sofrimento moral e contar com que os demais (o médico, a família) farão todo o possível para combater a morte, inclusive em situações desesperadoras e de prognóstico infausto; concepção favorável à vida que deve ser igualmente respeitada”.¹²³ Do mesmo modo, e com a mesma significação, é de ser acolhida a objeção de consciência por parte do médico tratante que não queira consumir o derradeiro ato, devendo ser, nesses casos, substituído por outro facultativo.¹²⁴

Importa, nesse passo, pôr em destaque a omissão de tratamento vital no caso de neonatos com malformações graves. Cuida-se de questão particularmente conflitante, visto que em se tratando de recém-nascidos, não resta qualquer possibilidade de se conhecer suas vontades e preferências, que se formam apenas com o seu crescimento e com o desenvolvimento de sua

122. Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, op. cit., p. 142.

123. ROMEO CASABONA, Carlos María, op. cit., p. 445, nesse sentido também ESER, Albin, op. cit., p. 27; DíEZ RIPOLLÉS, José Luis; GRACIA MARTÍN, Luis, op. cit., p. 259; BRUNO, Aníbal, op. cit., p. 124. Em sentido oposto, defendendo idêntica solução mesmo contra a vontade do paciente, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, op. cit., p. 54; NIÑO, Luis Fernando, op. cit., p. 196.

124. Cf. NIÑO, Luis Fernando, op. cit., p. 231.

capacidade intelectual. Cumpre asseverar que as condutas médicas em pediatria neonatal devem se ater estritamente às perspectivas de melhora da saúde dos recém-nascidos, sem qualquer referência à qualidade de vida de que desfrutarão no futuro, o que poderia supor concepções eugenésicas.¹²⁵ Destarte, subsiste o dever de agir se a criança apresenta síndrome de Down, mas não se trata de um anencéfalo cujas expectativas de sobrevida não ultrapassam o limite de algumas horas. Quaisquer dúvidas quanto ao prognóstico, porém, devem ser resolvidas em favor do tratamento (*in dubio pro vita*).¹²⁶

Nesse passo, a eliminação de recém-nascidos viáveis que apresentam deformações ou deficiências psíquicas, também denominada “eutanásia precoce” (expressão que tem sido condenada por não guardarem essas hipóteses relação com o conceito de eutanásia em sentido estrito),¹²⁷ deve ser em princípio rechaçada por implicar procedimento de forte cunho eugenésico. Assim, não resta dúvida de que a eutanásia ativa em recém-nascidos portadores daquelas anomalias não comporta qualquer justificação, devendo ainda ser negada qualquer atenuação da responsabilidade em razão do consentimento que, nesse caso, inexistente. De outro lado, a omissão de tratamento de neonatos nessas circunstâncias gera problemas semelhantes àqueles suscitados com relação aos pacientes adultos. É de enfatizar ainda que não é a natureza da moléstia que acomete o recém-nascido, mas as chances reais de que prossiga vivendo e de que possa se recuperar, que devem ser determinantes para a continuidade ou a interrupção da terapia. Os critérios mais ponderados para que se possa aferir a oportunidade de suspensão do tratamento, nesses casos, são os de que: a) o início ou continuação dos cuidados médicos não ofereça perspectivas

125. Cf. SEMINARA, Sergio, op. cit., p. 691.

126. Cf. ROMEO CASABONA, Carlos María, op. cit., p. 468.

127. Nessa trilha KAUFMANN, Arthur, op. cit., p. 44; ROMEO CASABONA, Carlos María, op. cit., p. 468; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel, op. cit., p. 89-90; NIÑO, Luis Fernando, op. cit., p. 204.

objetivas de prolongamento da vida, cuidando tão-somente de tardar uma morte segura; b) a manutenção das funções vitais do neonato demande medidas intensivas e desproporcionais ao sofrimento causado e aos resultados que se espera obter e, c) não obstante a terapia empregada, o recém-nascido jamais lograria relacionar-se com o mundo exterior, estando ausentes quaisquer possibilidades de percepção e de comunicação. Observados esses requisitos, estaria legitimada a interrupção ou não-iniciação do tratamento por ausência de capacidade concreta de ação, desde que mediada pelo consentimento dos pais ou representantes legais do neonato. Comportamento oposto atentaria contra a dignidade da pessoa humana, ao se submeter o recém-nascido, cujas perspectivas de sobrevivência são limitadas, a um tratamento desumano e degradante. A hipótese equivaleria aqui à ortotanásia em enfermos adultos, considerando-se não haver diferença valorativa entre as vidas de ambos os pacientes.¹²⁸

O mais recente Anteprojeto de Reforma da Parte Especial do Código Penal, de 1999, andou bem ao regular a eutanásia ativa direta como hipótese de homicídio privilegiado (art. 121, § 3.º). A figura exige que o sujeito atue com o fim de abreviar o sofrimento físico insuportável da vítima, com o que encontra-se respaldada apenas a eutanásia ativa indireta. O legislador não incorreu, porém, no mesmo acerto ao prever, para a ortotanásia, a simples exclusão da ilicitude, quando na verdade cuida-se aqui de atipicidade da conduta, já que inexistente, para o médico,

128. Partilhando de semelhante entendimento, tem-se sustentado que “o ponto de vista decisivo para a fixação da fronteira deve ser dado pelo critério da inexigibilidade normativa. Com isso não se alude, todavia, ao que é exigível para os parentes, para os médicos ou para a sociedade, mas se ao neonato deficiente se pode exigir que se mantenha com vida. Aqui deve-se aplicar um limite rigoroso. Apenas é possível falar de inexigibilidade no sentido mencionado quando se tenha produzido um dano comprovadamente irreversível de tal magnitude que não haja perspectiva alguma de que o recém-nascido chegue a alcançar a capacidade de percepção e de comunicação” (KAUFMANN, Arthur, op. cit., p. 45-46).

capacidade concreta de ação (art. 121, § 4.º). Demais disso, o dispositivo alude a “deixar de manter a vida”, supondo por conseguinte apenas as hipóteses de interrupção do tratamento e deixando de lado aqueles casos em que é igualmente inconveniente a iniciação do mesmo. Por derradeiro, cumpre salientar que a eutanásia passiva, enquanto não-iniciação ou suspensão do tratamento vital daquele paciente que apresenta reais perspectivas de melhora, não foi regulamentada pelo Anteprojeto, permanecendo como mera causa de diminuição de pena por motivo de relevante valor moral (figura que é mantida nos mesmos termos pelo art. 121, § 2.º, da proposta, sob a errônea rubrica “homicídio privilegiado”). Sugere-se, de *lege ferenda*, que também essa figura venha a ser expressamente disciplinada pela lei penal, já que não se pode tolerar que tenha tratamento menos benigno que o homicídio eutanásico ativo.

4.3 QUESTÕES RELATIVAS À AUTORIA

Sujeito ativo do homicídio eutanásico pode ser qualquer pessoa, desde que sua conduta esteja investida do móvel piedoso ou humanitário que aqui se faz mister e mediada pela petição da vítima, ante o seu estado terminal e incurável ou de invalidez irreversível (delito comum). Na eutanásia ativa pura ou genuína, assim como na indireta, apenas o médico, orientado pela *lex artis*, está autorizado a agir – bem por isso que sua conduta é atípica. Na eutanásia ativa direta, porém, não apenas o médico, como toda e qualquer pessoa que preencha aqueles requisitos, poderão figurar como autores do homicídio.¹²⁹ Admite-se aqui, destarte, a co-autoria e a participação, através de instigação ou cumplicidade, material ou moral –

129. Nesse sentido, entre outros, ROMEO CASABONA, Carlos María. *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, p. 472-473; Díez RIPOLLÉS, José Luis; GRACIA MARTÍN, Luis. *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales: vida humana independiente y libertad*, p. 265, nota 445.

atente-se, por exemplo, para o fato de que a conduta pode ser perpetrada por um médico com o auxílio material de outrem (enfermeiro ou outro médico) que lhe fornece os meios adequados (v.g., solução de cloreto de potássio a ser injetada no paciente). Do mesmo modo, a eutanásia ativa poderá ser levada a cabo por um leigo (v.g., parente da vítima) que conta com os conselhos de um médico experiente em situações terminais.

É de notar aqui que o mais recente Anteprojeto de Código Penal, de 1999, considera a eutanásia ativa um delito próprio, ao estabelecer que autor do crime há que ser cônjuge, companheiro, ascendente, descendente, irmão ou pessoa ligada por estreitos laços de afeição à vítima (art. 121, § 3.º). Ora, não procede a especificação, porquanto um médico ou um enfermeiro que por muito tempo convivam com o sofrimento e as agruras experimentadas pelo paciente, conquanto não se transformem em “pessoas ligadas por estreitos laços de afeição” ao doente, poderão condoer-se de sua situação e, investidos de piedade, dar-lhe a boa morte mediante seu consentimento. Observe-se que essa proposta obrou em sentido completamente oposto ao do Anteprojeto de Reforma da Parte Especial de 1984, que apontava a eutanásia como um delito próprio em razão de figurar como seu autor tão-somente o médico – essa alteração reflete a incerteza do legislador, que deveria primar, nesse caso, por uma postura intermediária, favorável à aceitação do delito como crime comum, tal como previsto no Anteprojeto de 1998.

De outro lado, a eutanásia passiva é modalidade que admite apenas o médico como autor (delito próprio), porquanto somente a ele é dado suspender a terapia, que constitui *longa manus* de sua atividade, ou não iniciar a mesma quando a julgar inoportuna. No tocante à ortotanásia, que aqui se sustenta seja uma conduta atípica por não constituir omissão relevante, é mister que falte ao médico, a quem incumbe o dever de agir como garante do bem jurídico vida, capacidade concreta de ação – capacidade que apenas ele, nesses casos, poderia ter. Nessa trilha, sugere-se alteração no Anteprojeto de Código Penal – Parte Especial 1999 com vistas a permitir que ortotanásia (art.

121, § 4.º), enquanto hipótese de exclusão de crime, aplique-se tão-somente ao médico.¹³⁰

Frise-se que, como delitos omissivos, as formas passivas de eutanásia não admitem co-autoria ou participação. Isso porque “só pode ser sujeito ativo dos crimes omissivos aquele que, em primeiro lugar, tiver capacidade de agir e se encontre em uma situação típica; ou aquele que esteja vinculado a um dever de agir (posição de garantidor) e possa fazê-lo para evitar o resultado. Não é concebível que alguém omita uma parte, enquanto outros omitam o restante, pois o dever de atuar a que está adstrito o autor é pessoal, individual, e, portanto, indecomponível (não tem sentido falar em divisão do trabalho por falta de resolução comum para o fato). Cada qual transgride o seu particular dever ou obrigação”.¹³¹ Assim, todos os médicos que participam da suspensão das terapias ministradas a um doente que ainda apresenta perspectivas objetivas de se recuperar (eutanásia passiva), são autores colaterais do delito.

Registre-se ainda que, por força do art. 30 do Código Penal, comunicam-se a todos os que participam do crime as circunstâncias atuantes sobre a magnitude do injusto, porque cuida-se de dados materiais referentes ao delito – são exemplos as agravantes relativas ao parentesco (art. 61, II, *e*), à condição de enfermo da vítima (art. 61, II, *h*) e a qualificadora concernente ao uso de veneno ou de asfixia no homicídio (art. 121, § 2.º, III, do Código Penal), bem como a presença do consentimento do ofendido, que quando dado a um dos participantes estende-se aos demais. *Contrario sensu*, não se comunicam as circunstâncias que influem sobre a medida da culpabilidade, vez que são condições ou qualidades que se referem exclusivamente à pessoa do agente. Destarte, a circunstância relativa aos motivos de agir (a piedade, a comiseração), atuando sobre a

130. Nesse sentido MARCÃO, Renato Flávio. “Homicídio eutanásico: eutanásia e ortotanásia no Anteprojeto de Código Penal”. *Revista dos Tribunais*, 1999, v. 763, p. 478.

131. PRADO, Luiz Regis, op. cit., p. 319.

magnitude da reprovabilidade da conduta típica e ilícita, que é pessoal, deverá ser analisada caso a caso para efeitos de cálculo da pena. Apenas quanto aos agentes que tenham efetivamente atuado movidos por sentimento compassivo perante a vítima será possível a mitigação da sanção penal.

4.4 SANÇÕES PENAIS

De acordo com o atual Código Penal, se o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor moral, pode o juiz reduzir a pena do homicídio simples, que é de reclusão, de seis a vinte anos, de um sexto a um terço (art. 121, § 1.º). Do exposto, ressaí que o homicídio eutanásico, nos estritos termos da legislação hodierna, consubstancia-se numa causa de diminuição de pena, em razão da menor culpabilidade do autor. A mitigação da sanção nesse caso deu ensejo a fortes debates doutrinários no que concerne à aferição de seu caráter facultativo ou obrigatório. Um primeiro entendimento pronuncia-se no sentido de que a diminuição da sanção penal imposta é facultativa, já que assim dispõe a própria Exposição de Motivos (Decreto-lei 2.848/40). De outro lado, porém, a obrigatoriedade da atenuação da pena encontra lastro na soberania do júri, que tem reconhecimento constitucional (art. 5.º, XXXVIII). Com efeito, sendo o homicídio delito de competência do Tribunal do Júri, haveria manifesta violação da soberania dos vereditos na hipótese de não realização pelo juiz da atenuação prevista, se reconhecido o privilégio ínsito no § 1.º do art. 121.¹³² Nessa trilha, afigura-se como o melhor

132. Nesse sentido, entre outros, SILVEIRA, Euclides Custódio da. *Direito Penal: crimes contra a pessoa*, p. 51 e ss. Não obstante, argumenta-se que “a função jurisdicional do júri deve exercer-se obrigatoriamente nos limites da lei, que na hipótese lhe confere poderes para afirmar ou negar a existência da circunstância atenuante especial, dando porém, ao juiz a faculdade de considerá-la, ou não, na fixação da pena” (FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*, Parte Especial, v. I, p. 46).

posicionamento aquele que prima pelo caráter cogente da redução. A esse respeito, estatui o Supremo Tribunal Federal que “é absoluta a nulidade do julgamento pelo júri, quando os quesitos da defesa não precedem aos das circunstâncias agravantes” (Súmula 162). Ora, sendo o dispositivo em análise um quesito da defesa, a redução se impõe, ficando, porém, o seu *quantum* a critério do prudente arbítrio judicial.

Em razão de ter a nova Parte Geral do Código Penal brasileiro acolhido o sistema trifásico, o motivo de relevante valor moral no homicídio eutanásico será considerado pelo juiz na terceira fase da aplicação da pena, que poderá, nesses casos, ser reduzida aquém do mínimo legal. Havendo circunstâncias agravantes ou atenuantes (como, *v.g.*, as relativas ao parentesco, à condição de enfermo da vítima), deverão ser consideradas em momento anterior, na segunda fase da aplicação da sanção – todavia, como uma mesma circunstância não poderá ser duplamente aferida, em obediência ao princípio *non bis in idem*, não poderá incidir aqui a atenuante do art. 65, III, *a* – ter o agente cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral.

O consentimento do enfermo, por sua inegável influência sobre a magnitude do injusto, é digno de nota e não há que ser desconsiderado quando da aplicação da sanção penal. Assim, pode ser aferido na fixação da pena base, visto que o art. 59 aponta, entre as circunstâncias judiciais, o “comportamento da vítima”, ou atuar como atenuante inominada, por representar circunstância relevante, anterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei (art. 66). De toda sorte, havendo concurso de agravantes e atenuantes, a pena deverá aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendidas estas como as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência (art. 67). Observe-se que, em se tratando de homicídio qualificado-privilegiado, as margens legais a serem consideradas para fins de cálculo da pena são aquelas do art. 121, § 2.º, do Código Penal (reclusão, de doze a trinta anos). Também aqui, em respeito à regra *non bis in idem*, a agravante

relativa ao emprego de veneno não pode ser considerada para efeitos de cálculo da pena provisória.

Cumprе salientar, por oportuno, que, de acordo com o Anteprojeto de Código Penal – Parte Especial de 1999, a eutanásia ativa constitui espécie de homicídio privilegiado, sendo-lhe cominada a pena de reclusão, de dois a cinco anos. Na hipótese de homicídio qualificado-privilegiado, impõe-se a consideração dos limites penais abstratamente cominados para a figura privilegiada (eutanásia ativa), considerando-se as qualificadoras como agravantes comuns, na segunda etapa de fixação da pena definitiva. Atente-se para o fato de que houve sensível redução das margens penais previstas em relação à proposta anterior, que era de três a seis anos de reclusão. Nesse passo, sendo a violência à pessoa implícita à execução do delito, não é possível a substituição da pena privativa de liberdade aplicada por restritivas de direitos (art. 44, I, do Código Penal), ainda que fixada no mínimo cominado. Nesse caso, porém, não sendo o réu reincidente em crime doloso e desde que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício, em regra o cumprimento da pena terá início em regime aberto, podendo beneficiar-se o condenado da suspensão condicional da pena (art. 77, I, II, e III, do Código Penal).

CONCLUSÕES PRINCIPAIS

1. A eutanásia (*eu*, bom e *thanatos*, morte), em seu sentido etimológico, tem sido entendida como a morte boa, suave e sem dor. Restringe-se, desse modo, à privação da vida de alguém sem sofrimentos físicos ou morais. Esse conceito, todavia, pouco diz a respeito do verdadeiro significado da eutanásia. Para que se possa compreendê-la com exatidão, faz-se mister sua classificação.

2. É assim que a eutanásia pode ser primeiro dividida em *eutanásia solutiva*, também denominada *pura* ou *genuína*, na qual não se busca o encurtamento da vida do paciente, mas visa-se tão-somente dirimir os seus sofrimentos, e *eutanásia resolutiva*, em que o agente busca aquele fim. Esta, de seu turno, classifica-se, de acordo com o objetivo a que se presta, em *eutanásia libertadora* ou *terapêutica*, em que se busca dirimir os sofrimentos de enfermos ou pessoas em situação de invalidez irreversível; *eutanásia eugênica* ou *selecionadora*, quando a finalidade é a eliminação de portadores de anomalias genéticas, para a promoção da raça, e *eutanásia econômica*, cujo escopo primordial é eliminar deficientes, anciãos ou pessoas desvalidas, por representarem uma carga para a sociedade.

3. Desde logo, restam excluídas aqui as modalidades eugênica e econômica, por não se encontrarem insertas no conceito de eutanásia propriamente dita, que pressupõe sempre

o móvel piedoso do agente. Aquelas duas espécies consistiriam, de acordo com o melhor entendimento, modalidades de homicídio qualificado por motivo torpe (art. 121, § 2.º, I, do Código Penal).

4. Quanto ao modo de execução, a eutanásia pode ser *ativa*, em que a promoção da morte se dá por comissão, ou *passiva*, consistente no deixar morrer, através da não-iniciação ou interrupção de processos terapêuticos. É força apontar aqui que a desconexão de aparelhos que mantêm artificialmente a vida vegetativa do paciente constitui uma omissão, porque aqueles sistemas constituem *longa manus* da atividade médica. A eutanásia ativa, de seu turno, pode ser *direta*, quando visa primariamente causar a morte do enfermo, e como consequência aliviar suas dores, ou *indireta*, em que o objetivo de suprimir o padecimento se sobrepõe ao fim de matar.

5. De outro lado, a *distanásia* (*dis*, afastamento, e *thánatos*, morte) compreende a obstinação terapêutica com vistas a prolongar a vida a qualquer preço, através do uso de avançadas tecnologias médicas. Opõe-se à *ortotanásia* (*orthos*, correto e *thanatos*, morte), que significa a morte a seu tempo, sem o uso de recursos extraordinários de manutenção da vida. Não se identifica com a eutanásia passiva, porquanto nesta são retirados do paciente meios ordinários, comuns à sustentação de sua vitalidade. A dificuldade em se distinguir meios ordinários e extraordinários deu lugar aos conceitos de meios proporcionais e desproporcionais, que consideram a oportunidade dos recursos empregados em relação aos resultados que se visa obter.

6. A noção de eutanásia pressupõe necessariamente a existência de consentimento por parte do moribundo. Não há que se conceber eutanásia na ausência de vontade da vítima. Nesse passo, impõe que se diferencie eutanásia e homicídio consentido ou a petição. A primeira conta sempre com o móvel piedoso ou humanitário do agente, ao passo que para o último

basta a anuência do ofendido. Destarte, eutanásia e homicídio consentido comportam-se como dois círculos concêntricos: toda forma de eutanásia é também um homicídio consentido, mas nem todo homicídio a petição é eutanásia.

7. Do exposto, ressaí que a eutanásia consiste na privação da vida alheia perpetrada por razões humanitárias, a requerimento do interessado, que sofre de uma enfermidade terminal incurável ou de uma situação de invalidez irreversível no atual estágio das ciências médicas, e deseja pôr fim aos seus sofrimentos, bem como nas situações em que aquele não pode manifestar sua vontade ou esta não pode ser levada em conta por qualquer motivo.

8. O vocábulo *eutanásia* teve origem no século XVII, por obra do inglês Francis Bacon. Contudo, primitivas formas de eutanásia têm sido praticadas desde os tempos mais remotos – embora a maioria delas se identifique com os conceitos de eutanásia eugênica ou eutanásia econômica, aqui rechaçados. De outro lado, o suicídio, que não se confunde com a eutanásia porque perpetrado pela própria vítima, foi por longo tempo objeto de sanção penal, mormente por influência da doutrina cristã, que sempre negou a disponibilidade da própria vida pelo homem. Hodiernamente, o suicídio não é mais punido, e a eutanásia tem sido considerada em sucessivos projetos de lei dos mais diversos países, como intentos de legalização. Não obstante, sua regulamentação ainda encontra-se adstrita aos tipos penais do homicídio piedoso ou homicídio consentido, e apenas na Holanda ambas as modalidades, ativa e passiva, foram descriminalizadas.

9. No Brasil, a eutanásia sempre foi considerada uma modalidade de homicídio privilegiado. A Exposição de Motivos do atual Código Penal a contempla como causa de diminuição de pena do homicídio, quando o agente tenha sido impelido por motivo de relevante valor moral (art. 121, § 1.º). No entanto,

sucessivas propostas têm demonstrado o escopo do legislador de dar tratamento mais adequado ao instituto. Assim, por ocasião da reforma penal em 1984, já havia, no Anteprojeto de Código Penal – Parte Especial, figura que isentava de pena o médico que, mediante o consentimento da vítima ou de seus familiares, antecipasse morte iminente e inevitável. Mais tarde, a eutanásia foi novamente objeto de consideração, quando o Anteprojeto de 1998 passou a distinguir entre as formas ativa e passiva, reservando para a primeira tratamento privilegiado, desde que a antecipação da morte se desse por compaixão ante o sofrimento físico da vítima em razão de doença grave, e mediante sua petição, ao mesmo tempo em que excluía a ilicitude da ortotanásia, desde que a morte fosse atestada por dois médicos como iminente e inevitável e contasse o agente com o consentimento da vítima ou de seus familiares. O Anteprojeto de 1999 não acresceu maiores alterações: apenas exigiu, na eutanásia ativa, que fosse a moléstia grave e terminal, e transformou-a em delito próprio, permitindo que figurassem como autores apenas os familiares da vítima.

10. A Medicina sempre perseguiu a cura como sua finalidade maior. Nesse quadro, a superveniência da morte passou a ser entendida como fracasso, permanecendo uma hipótese sempre excluída. Impõe que se reavalie a missão do médico, de forma que sejam aceitas determinadas limitações ao dever de prolongar a vida a qualquer custo. Nesse sentido, à medida que a evolução das tecnologias médicas permitiu lograr avanços consideráveis para preservação da vida, autorizou também que a perseguição infundada de tratamentos exitosos se voltasse contra ela. Destarte, devem ser negadas ações que comportem atentados à dignidade do enfermo e impliquem obstinação terapêutica. É de se admitir a possibilidade de renúncia a toda e qualquer terapia, sendo lícito ao médico a adoção de ordens de não reanimação e de medidas de não-iniciação ou suspensão dos cuidados devidos, desde que acompanhadas da anuência do paciente. A missão do facultativo fica adstrita à administração

de cuidados paliativos, afastando-se do dever de curar para o simples dever de cuidar.

11. A Bioética é uma ciência interdisciplinar, surgida no final do presente século, que busca discutir as implicações dos progressos médicos. Nesse passo, a eutanásia guarda relação com os seus princípios fundamentais. O *princípio da beneficência* impõe a adoção de medidas que visem a promover o bem-estar do doente; o *princípio da autonomia* autoriza o exercício do poder de autodeterminação do paciente frente ao médico, e o *princípio da justiça* propõe o tratamento paritário e a exata distribuição de recursos entre os enfermos. Nas situações eutanásicas e ortotanásicas, em regra, o princípio da autonomia predomina sobre os demais, de modo que ao paciente é dado escolher se deseja ou não se ver submetido a um tratamento determinado, da mesma forma como pode solicitar ou consentir na própria morte. Apenas quando incapacitado de externar sua vontade, a autonomia cede passo à beneficência e outras pessoas, familiares ou representante legal, decidirão tendo em vista seu melhor interesse. Demais disso, nesse cenário, outros princípios se agregam a estes: o *princípio da sacralidade da vida humana*, que vislumbra nesta última um valor absoluto e intangível, e o *princípio da qualidade de vida*, que considera a vida enquanto capacidade de auto-realização e auto-experiência do indivíduo. Cumpre advertir que o exato valor da vida humana ressaí não da oposição, mas da conjugação de ambos os princípios.

12. A relação médico-paciente encontra-se extremamente abalada ante as situações reputadas terminais. O conceito de paciente terminal não é preciso: de modo geral, relaciona-se com um quadro de iminência da morte, em que a idéia de culminar a própria vida estabelece-se na pessoa do enfermo, bem como em seus familiares e no médico. É força, porém, que o facultativo cuide sempre de esclarecer a realidade da doença ao paciente, sem jamais faltar com a verdade. Apenas

em hipóteses extremas há que se considerar que a revelação da verdade poderia abalar o doente a ponto de debilitá-lo ainda mais. Regra geral, impõe-se o dever de informar como um dos postulados da profissão médica.

13. O direito à vida, considerado um dos direitos humanos por todas as declarações internacionais, exsurge como o mais importante deles, porque pressuposto indispensável para a aquisição e o exercício de todos os demais direitos. A sua tardia inserção no corpo da Carta constitucional denuncia seu valor de símbolo, porque independente de reconhecimento pelo ordenamento jurídico – mas aí não se exaure, derivando de sua regulamentação como direito fundamental o dever de proteção e de respeito, para o Estado e para os demais seres humanos. Não se cuida, todavia, de um direito absoluto, porquanto a própria lei admite exceções à sua tutela (v.g., o acolhimento, pela Constituição, da pena de morte em caso de guerra declarada). Demais disso, o ordenamento jurídico estabelece distinção entre a vida humana dependente e a independente, ao sancionar com maior rigor o homicídio em relação ao aborto. Assim, em oposição a uma concepção estritamente naturalista do bem jurídico vida conforme parâmetros bio-psicológicos, ressaí a determinação desse bem com lastro também em critérios normativos, embora aqueles primeiros remanesçam como um limite para essa valoração.

14. A vida humana tem início com a fecundação, mas a sua proteção jurídica enquanto tal só tem início a partir da nidação, momento em que o óvulo fecundado se fixa na parede uterina e principia a gestação. Até que ocorra o nascimento, cujo marco inicial são as contrações para expulsão do feto (*labores parturientium*), a tutela da vida humana, que aqui é qualificada como vida humana dependente, se faz através do delito de aborto. Durante o parto ou após o mesmo, as agressões contra a vida se subsumem ao tipo penal do delito de homicídio, porquanto a partir daquele momento o bem jurídico tutelado

passa a ser a vida humana independente. De outro lado, a morte é o marco final da proteção dispensada à vida humana: seus critérios de determinação evoluíram ao longo da história da Medicina, de forma que o conceito clássico de morte, lastreado na cessação das funções cardiorrespiratórias, deu lugar à morte encefálica, enquanto extinção de toda a atividade cerebral (córtex cerebral e encéfalo). Nessa trilha, a constatação da morte encefálica exige diagnóstico preciso, que não pode ser fornecido apenas por exames principais (v.g., eletroencefalograma), demandando outrossim testes subsidiários.

15. O direito à vida contemplado pela Constituição deve ser compreendido de acordo com uma visão global que dele se faça, incluindo na sua interpretação outros valores superiores, entre os quais se destaca a dignidade humana, guindada à categoria de princípio fundamental da República, e o direito à liberdade, que dela se origina. Nesse passo, ninguém pode ser desprovido da própria vida contra sua vontade, mas não existe um dever absoluto e incondicionado de viver – daí a impunibilidade do suicídio. Todavia não há que se falar num direito à própria morte decorrente do direito à vida, verdadeira inversão do sentido do preceito constitucional. Destarte, o direito à vida exsurge como disponível, embora essa afirmação deva ser admitida com reservas, não possibilitando a intervenção ativa de terceiros, o que implicaria verdadeira renúncia às garantias de respeito e proteção contra o Estado e as demais pessoas. Demais disso, há que se entender a vida humana objeto de tutela constitucional enquanto *vida digna*. Tanto que a própria Constituição veda a submissão a tratos desumanos ou degradantes. Desse modo, a imposição de tratamentos desproporcionados e a manutenção artificial das funções vegetativas de enfermos que não apresentem perspectivas objetivas de recuperação atentam contra a dignidade humana e devem ser veementemente rechaçadas.

16. Do conceito de eutanásia aqui perfilhado, ressaí que três são os elementos constitutivos essenciais do tipo de injusto

desse delito: a morte de um moribundo terminal ou em situação de invalidez irreversível, o móvel piedoso ou humanitário do agente e o consentimento da vítima. A respeito do primeiro critério, genericamente denominado “incurabilidade”, cumpre salientar que abrange não apenas as situações terminais (nas quais a morte é iminente) como também os estados vegetativos nos quais o paciente é incapaz de sentir dor e pode ter sua existência biológica prolongada durante longos períodos. Com frequência se objeta que as falhas de diagnóstico e as incertezas quanto à irreversibilidade desses quadros impediriam a adoção da eutanásia por comportarem o risco de se dar a morte a alguém que poderia vir a se recuperar, tendo em vista os vertiginosos logros da ciência médica. Contudo, é de notar que a precisão dos prognósticos é também cada vez maior, em razão da mesma evolução que possibilita as curas. Além disso, a incurabilidade há que ser analisada de acordo com os recursos de que se dispõe na atualidade, e não em momento posterior; do contrário, todos os enfermos seriam potencialmente curáveis.

17. No tocante aos móveis piedosos ou humanitários, impõe observar que equivalem ao sentimento de comiseração ante os sofrimentos do doente, e autorizam a atenuação da pena em razão da menor culpabilidade do agente. Em casos extremos, como os de familiares que contemplam por longos anos a irreversibilidade do quadro de entes queridos, poder-se-ia cogitar de transtornos mentais transitórios que dessem lugar a uma situação de completa inimputabilidade – todavia, deve-se recordar que semelhantes perturbações ante o Direito Penal pátrio apenas justificam a mitigação da pena, porque não excluem por completo a capacidade de compreender e querer. Melhor seria que se falasse, nessas hipóteses, de inexigibilidade de conduta diversa. Ressalte-se ainda que os motivos altruísticos, por atuarem sobre a culpabilidade, são conciliáveis com as circunstâncias que influam sobre a magnitude do injusto ou de caráter misto, muitas delas perfeitamente factíveis no homicídio eutanásico – v.g., o emprego de veneno, que qualifica o homicídio

(art. 121, § 2.º, III, CP), e as condições de ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou de enfermo da vítima (art. 61, *e e h*, CP).

18. O consentimento, na eutanásia, não tem por si só o condão de excluir a ilicitude da conduta. Entretanto, faz-se mister que seja considerado por seus inegáveis efeitos atenuatórios do injusto penal, já que denota menor desvalor da ação. Para que seja reputado válido, o consentimento da vítima na eutanásia deve ser atual, informado, inequívoco, expresso e emitido por pessoa capaz. Nesse sentido, os denominados testamentos vitais – documentos através dos quais alguém externa sua vontade de não ser submetido a procedimentos distanásicos – devem ser aceitos com reservas. O consentimento informado é aquele dado após o conhecimento da situação patológica e de suas reais possibilidades de evolução por parte do paciente. Demais disso, devem ser admitidos a consentir apenas os capazes nos termos da lei civil, e não os imputáveis de acordo com a lei penal, vez que uma coisa é a aptidão para consentir, e outra bem diversa é capacidade para delinquir. Nos casos de incapacidade (menoridade, doença mental, inconsciência), o princípio da beneficência determina a consideração da vontade de familiares e representante legal do moribundo, sempre que atenda ao seu melhor interesse. Por derradeiro, não procedem as críticas de que todo aquele que clama pela própria morte não se encontra no pleno exercício de suas faculdades mentais – fosse assim, não teriam valor os casamentos nuncupativos e os testamentos de moribundos.

19. A eutanásia pura ou genuína não deve ser considerada para efeitos penais, porquanto insere-se dentro da atuação normal do facultativo, a quem cumpre não apenas curar, mas também cuidar. A eutanásia ativa indireta também não se subsume ao tipo do delito de homicídio, porquanto falta ao médico o dolo, direto ou eventual, de pôr fim à vida do paciente e, desde que proceda à administração de fármacos para aliviar

a dor nos estritos termos da *lex artis*, também não incorrerá em conduta culposa. Punível em todos os casos, porém, é a eutanásia ativa direta. Digna de consideração, porém, é a atenuação da pena em razão do consentimento do enfermo e da menor culpabilidade, determinada pelos motivos nobres do agente. A eutanásia passiva deve ser distinguida das hipóteses de recusa a tratamentos vitais. Nestes, impera, por óbvio, a vontade do paciente, caracterizando a sua submissão forçada à terapia delito de constrangimento ilegal (art. 146, CP). O médico tem o dever de agir para impedir o resultado, ocupando posição de garante do bem jurídico vida (art. 13, § 2.º, b, CP), mas esse dever não subsiste contra a vontade do enfermo. Presente o risco de vida, a intervenção do facultativo estaria justificada pelo estado de necessidade (art. 146, § 3.º, I, CP). Todavia, cumpre ressaltar que a exclusão da ilicitude não pode ser considerada, ainda que para salvaguardar bem de maior valor (a vida humana), se implica atentado à dignidade da pessoa humana. Nesse passo, admite-se que o paciente, adulto e consciente, se negue a terapias desumanas ou degradantes, assim devendo ser entendidas aquelas que não guardem qualquer perspectiva de melhora para sua saúde. A intervenção é reservada apenas para os pacientes incapazes ou inconscientes.

20. Bem por isso que nas hipóteses de recusa a transfusões sanguíneas por motivos religiosos, em que o direito à liberdade de crença se contrapõe ao direito à vida, o médico só pode intervir quando inconsciente ou incapaz o enfermo. Assim também para as greves de fome no âmbito penitenciário, em que a administração penitenciária não poderá interferir enquanto não caia inconsciente o condenado, porque manifestação de sua liberdade de crença. Intervenção em momento anterior atentaria contra a dignidade humana, e não estaria abarcada pelo estado de necessidade.

21. Uma vez que a iniciação, continuação ou ampliação de um tratamento encontram-se condicionadas à possibilidade de

o médico cumprir sua função curativa, quando o quadro apresentado pelo paciente não indica qualquer probabilidade de evolução, não existe o dever de tratar, mas apenas de ministrar cuidados paliativos indispensáveis contra a dor e o sofrimento. O dever de assistência do facultativo encontra-se limitado à existência de reais possibilidades de prolongamento da vida do enfermo. Desse modo, na ortotanásia, a desconexão dos aparelhos que mantêm vivo o paciente é conduta atípica, uma vez que para que se perfaça a tipicidade nos delitos omissivos impróprios não basta que o autor esteja na posição de garante, é necessário que tenha capacidade concreta de ação. De outro lado, a eutanásia passiva em sentido estrito é punível, desde que detectados indícios de que o paciente possa vir a recuperar a consciência, porque presentes o dever do médico de tratar e a possibilidade concreta de fazê-lo, ainda que contra a vontade de familiares e do representante legal do moribundo.

22. Em se cuidando de neonatos com malformações graves, atente-se para o fato de que devem ser desconsideradas quaisquer concepções eugenésicas quanto à viabilidade do recém-nascido. Assim, nos casos de anomalias congênitas que possibilitem a sobrevivência e o desenvolvimento da criança (v.g., síndrome de Down), subsiste o dever de tratar. Somente quando ausentes reais chances de que o recém-nascido venha lograr relacionamento com o mundo exterior e a manutenção de sua vida importe em procedimentos de obstinação terapêutica, é legítimo que se proceda à ortotanásia.

23. Sujeito ativo da eutanásia ativa direta pode ser qualquer pessoa (delito comum), exigindo-se a condição de médico apenas nos casos de eutanásia ativa indireta e genuína. De seu turno, a eutanásia passiva é crime próprio, que só pode ser perpetrado pelo facultativo, vez que a ele se impõe o dever de tratar. A ortotanásia também se refere ao médico, porquanto apenas este pode atestar que inexistem possibilidades objetivas de recuperação para o moribundo. Frise-se que as formas

omissivas não admitem concurso de agentes, ao contrário das condutas ativas. Nessa trilha, comunicam-se as circunstâncias que atuam sobre a magnitude do injusto (v.g., o consentimento do enfermo), mas não as que incidem sobre a culpabilidade, salvo se elementares do crime (v.g., o móvel piedoso, restrito aos agentes que comprovadamente atuem impulsionados por ele).

24. Na aplicação da pena do homicídio eutanásico, o consentimento pode ser considerado, à luz da atual legislação, como circunstância judicial (art. 59, CP, que refere-se ao comportamento da vítima) ou atenuante inominada (art. 66, CP). Em se tratando de homicídio qualificado-privilegiado, consideram-se as margens penais abstratamente cominadas para o primeiro, sobre as quais incidirá a minoração da pena relativa ao motivo de relevante valor moral. Eventuais circunstâncias agravantes genéricas, se compatíveis com a motivação, deverão ser analisadas por ocasião da segunda fase da aplicação da sanção. Recorde-se que o homicídio eutanásico não faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, porque comporta violência ou grave ameaça à pessoa.

25. O atual Anteprojeto de Código Penal – Parte Especial, de 1999, não procedeu à regulamentação do homicídio eutanásico e da ortotanásia de modo exato. Cumpre destacar que a figura relativa à eutanásia ativa direta (art. 121, § 3.º) aparece como delito próprio, que só pode ser perpetrado por familiares, quando na verdade também o médico pode consumá-lo. Ademais, esse mesmo dispositivo requer que a vítima seja imputável e maior de dezoito anos, estando a última condição abarcada pela primeira, e padeça de doença grave e em estado terminal, desprezando os enfermos que padecem por traumatismos e acidentes. Incorreu em erro também ao disciplinar a ortotanásia como causa de exclusão da ilicitude (art. 121, § 4.º), pelas razões supra apontadas. Nesse particular enfoque, exige que seja atestada a iminência e inevitabilidade da morte,

deixando de lado os pacientes em estado vegetativo crônico. Ainda, isenta de pena tão-somente a conduta de *deixar de* manter a vida de alguém por meios artificiais, excluindo os casos em que a terapia não é sequer iniciada. Por derradeiro, deu preferência ao consentimento do cônjuge ou do companheiro em detrimento dos demais familiares – ascendentes e descendentes – quando os laços de afeto que unem estes últimos ao moribundo são inegavelmente mais estreitos.

BIBLIOGRAFIA ■

- ALCÂNTARA, Hermes Rodrigues. *Deontologia e Diceologia*. São Paulo: Andrei, 1979.
- ALMADA, Hugo Rodríguez *et alii*. "Eutanasia y lei penal en Uruguay". *Bioética*, Brasília, Conselho Federal de Medicina, v. 7, n. 1, p. 121-125, 1999.
- ALMEIDA JR., A. *Lições de Medicina Legal*. São Paulo: CEN, 1965.
- ALTAVILLA, Enrico. *Trattato di Diritto Penale*. v. X. 2. ed. Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1921.
- ALVES, Ernani Simas. *Medicina Legal e Deontologia*. Curitiba: [s.n.], 1965.
- ANDORNO, Roberto. *Bioética y dignidad de la persona*. Madrid: Tecnos, 1998.
- ANDRADE, Manuel da Costa. "Os novos crimes contra as pessoas (a experiência da Reforma Penal Portuguesa, 1982-1995)". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, RT, n. 16, p. 86-113, 1996.
- ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto Penale*, Parte Speciale, v. I. Milano: Giuffrè, 1977.
- AQUINO, São Tomás de. *Suma Teológica*, v. XIV. Trad. Alexandre Correia. São Paulo: Odeon, 1937.
- ARRUDA, Walter Oleschko; SILVADO, Carlos Eduardo. "Morte encefálica: aspectos clínicos e eletrencefalográficos em 33 casos". *Revista da Associação Médica Brasileira*, São Paulo, v. 33, n. 56, p. 89-92, 1987.
- ASSIS TOLEDO, Francisco de. *Princípios básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- ASÚA, Luis Jiménez de. "Eutanásia". In: *Cuadernos sobre Derecho y Ciencias Sociales*. Cochabamba: Imprensa Universitaria, n. 21, p. 43-62, 1943.

- . *Libertad de amar y derecho a morir*. 7. ed. Buenos Aires: Depalma, 1992.
- BACIGALUPO, Enrique. *Los delitos de homicidio*. Bogotá: Temis, 1989.
- BASSO, Domingo M. *Nacer y morir con dignidad: bioética*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1991.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*, v. I. São Paulo: Saraiva, 1988.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1983.
- BECKER, Paulo F. L. *Patologia geral*. São Paulo: Sarvier, 1997.
- BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco. *Aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana*. Madrid: Edersa, 1997.
- BERISTAIN, Antonio. “Prolegómenos para la reflexión penal-criminológica sobre el derecho a culminar con dignidad (la eutanasia)”. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, v. 108, p. 253-270, 1990.
- BERNARD, Jean. *Da biologia à ética*. Campinas: Editorial Psy II, 1994.
- BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*, v. I. Trad. Paulo José da Costa Jr. e Alberto Silva Franco. 2. ed. São Paulo: RT, 1977.
- BLANCO, Luis Guillermo. *Muerte digna: consideraciones bioético-jurídicas*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997.
- BOEMER, Magali R. *A morte e o morrer*. São Paulo: Cortez, 1986.
- BOLADO, Jorge López. *Los Médicos y el Código Penal*. 2. ed. Buenos Aires: Universidad, 1987.
- BRICOLA, Franco. “Vita diritto o dovere: spazio aperto per il Diritto?”. *Scritti di Diritto Penale*, Milano, Giuffrè, v. II, t. I, p. 2799-2819, 1997.
- BRUNO, Anibal. *Crimes contra a pessoa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1976.
- . *Direito Penal*. Parte Geral, t. II. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- CAMARGO, M. *Ética, vida e saúde*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1976.
- CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Constituições do Brasil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1987.
- CAMPBELL, Alastair. “Eutanásia e o princípio de justiça”. *Bioética*, Brasília, Conselho Federal de Medicina, v. 7, n. 1, p. 49-57, 1999.

- CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal español*. Parte General, v. I. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1996.
- . *Curso de Derecho Penal español*. Parte General, v. II. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1998.
- CHARLES, Raymond. *Peut-on admettre l'euthanasie?* Paris: Librairie du Journal des Notaires et des Avocats, 1955.
- CHAVES, Antônio. *Direito à vida e ao próprio corpo*. 2. ed. São Paulo: RT, 1994.
- COPELLO, Patricia Laurenzo. *El aborto no punible*. Barcelona: Bosch, 1990.
- COSTA, Mário Ottobriani; SUCENA, Lillian Ottobriani Costa. "A eutanásia não é o direito de matar". *Revista dos Tribunais*. São Paulo, RT, v. 263, p. 25-31, 1957.
- COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira et alii. *Iniciação à Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.
- COSTA JR., Paulo José da. "A ajuda a morrer". In: BARRA, Rubens Prestes; ANDREUCCI, Ricardo Antunes. *Escritos jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel*. São Paulo: RT, p. 299-301, 1992.
- . *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- . *Curso de Direito Penal*, v. I. São Paulo: Saraiva, 1992.
- COSTA JR., Paulo José da; OLIVEIRA, João Batista de. "Eutanásia". *Enciclopédia Saraiva do Direito*, São Paulo, Saraiva, v. 34, p. 245, 1979.
- COUTINHO, Léo Meyer. *Código de ética médica comentado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- CUELLO CALÓN, Eugenio. *Derecho Penal*. Parte Especial, t. II, v. II. 14. ed. Barcelona: Bosch, 1975.
- . "El problema penal de la eutanasia". In: *Tres Temas Penales*. Barcelona: Bosch, p. 119-173, 1955.
- DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.
- DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. "El tratamiento jurídico-penal y doctrinal de la eutanasia en España". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 12, São Paulo, RT, p. 11-33, 1995.
- DEL VECCHIO, Giuseppe. *Morte benefica (l'eutanasia)*. Torino: Fratelli Bocca, 1928.

- DESMAREZ, J. J. *Manuel de Médecine Légale a l'usage des juristes*. Paris: PUF, 1967.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; GRACIA MARTÍN, Luis. *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales: vida humana independiente y libertad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993.
- DODGE, Raquel Elias Ferreira. "Eutanásia – aspectos jurídicos". *Bioética*, Brasília, Conselho Federal de Medicina, v. 7, n. 1, p. 113-120, 1999.
- DUNET-LAROUSSE, E. "L'euthanasie: signification et qualification au regard du Droit Pénal". *Revue de Droit Sanitaire et Social*, Paris, Dalloz, v. 34, n. 2, p. 265-282, 1998.
- ESER, Albin. "Problemas de justificación y exculpación en la actividad médica". In: *Avances de la Medicina y Derecho Penal*. Barcelona: PPU, p. 7-40, 1988.
- FARIA, Bento de. *Código Penal brasileiro (comentado)*. Parte Especial, v. IV. Rio de Janeiro: Record, 1959.
- FARRELL, Martin Diego. *La ética del aborto y la eutanasia*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1985.
- FÁVERO, Flaminio. *Medicina Legal*, v. I e II. São Paulo: Martins Fontes, 1975.
- FERREIRA, Amadeu. *Homicídio privilegiado*. Coimbra: Almedina, 1991.
- FERREIRA, Dnar Mendes. "Homicídio – suicídio". *Revista Forense*, Belo Horizonte, Imprensa Oficial, v. 55, p. 483-489, 1930.
- FEUERBACH, Anselm Von. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. Eugenio R. Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. "O problema da ortotanásia: introdução à sua consideração jurídica". *Ciência Penal*, São Paulo, ano II, n. 1, p. 10-23, 1975.
- FIGUEROA, Patricio R. "Instrumentos legales en la toma de decisiones médicas en cuadros cronicos terminales". *Bioética*, Brasília, Conselho Federal de Medicina, v. 6, n. 1, p. 07-12, 1998.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. Parte Especial, v. I. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- FRANÇA, Genival Veloso. "Aspectos médico-legais dos pacientes com síndromes dolorosas". *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, Forense, n. 27, p. 68-77, 1979.

- . “Eutanásia: um enfoque ético-político”. *Bioética*, Brasília, Conselho Federal de Medicina, v. 7, n. 1, p. 71-82, 1999.
- FRANCO, Ary Azevedo. *Dos crimes contra a pessoa*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1942.
- FREDERICO MARQUES, José. *Tratado de Direito Penal*, v. IV. Campinas: Millennium, 1999.
- FURQUIM, Luiz Dória. “Do homicídio qualificado-privilegiado”. *Justitia*, São Paulo, v. 137, p. 19-48, 1943.
- GARRAUD, R. *Traité théorique et pratique du Droit Pénal français*, t. V. 3. ed. Paris: Recueil Sirey, 1924.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. “Eutanasia y Derecho Penal”. In: *Estudios de Derecho Penal*. 3. ed. Madrid: Tecnos, p. 51-54, 1990.
- GIUNTA, Fausto. “Diritto di morire e Diritto Penale: i termini di una relazione problematica”. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, Giuffrè, fasc. 1, p. 74-125, 1997.
- GOMES, Hélio. *Medicina Legal*. 15. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1973.
- GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando. *El homicidio*, t. II. 2. ed. Bogotá: Temis, 1997.
- GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. *Derecho Penal mexicano*. 14. ed. Mexico: Porrúa, 1977.
- GRANATA, Luigi. *L'omicidio nel Diritto Penale*. Roma: Ateneo, 1950.
- HOLM, Soren. “Legalizar a eutanásia? Uma perspectiva dinamarquesa”. *Bioética*, Brasília, Conselho Federal de Medicina, v. 7, n. 1, p. 101-106, 1999.
- HORTA, Márcio Palis. “Eutanásia – problemas éticos da morte e do morrer”. *Bioética*, Brasília, Conselho Federal de Medicina, v. 7, n. 1, p. 27-33, 1999.
- . “Paciente crônico – paciente terminal – eutanásia: problemas éticos da morte e do morrer”. In: *Desafios éticos*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, p. 219-228, 1993.
- HUNGRIA, Nelson. “Ortotanásia ou eutanásia por omissão, sob o ponto de vista jurídico-penal”. In: *Comentários ao Código Penal*, v. V. Rio de Janeiro: Forense, p. 379-387, 1958.
- HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*, v. V. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- IGLESIAS, M. *Aborto, eutanasia y fecundación artificial*. Barcelona: DUX, 1954.

- ITAGIBA, Ivair Nogueira. *Homicídio, exclusão de crime e isenção de pena*, t. I. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- JAKOBS, Günther. *Suicidio, eutanasia y Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*, v. II. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
- KALMTHOUT, Anton Van. "Death on request: the dutch approach". *Revue Internationale de Droit Pénal*, Toulouse, Érés, p. 465-507, 1996.
- KAUFMANN, Arthur. "¿Relativización de la protección jurídica de la vida?" In: *Avances de la Medicina y Derecho Penal*. Barcelona: PPU, p. 41-57, 1988.
- KIPPER, Délio. "O problema das decisões médicas envolvendo o fim da vida e propostas para nossa realidade". *Bioética*, Brasília, Conselho Federal de Medicina, v. 7, n. 1, p. 59-70, 1999.
- KOVÁCS, Maria Júlia. "Autonomia e o direito de morrer com dignidade". *Bioética*, Conselho Federal de Medicina, v. 6, n. 1, p. 61-69, 1998.
- KÜBLER ROSS, Elisabeth. *Sobre a morte e o morrer*. Trad. Paulo Menezes. São Paulo: Martins Fontes, 1994.
- LADUSÃNS, Stanislavs (coord.). *Questões atuais de Bioética*. São Paulo: Loyola, 1990.
- LANE, John Cook (coord.). *Reanimação*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1981.
- LECACHEUX, C. *Manual de reanimação médica*. Trad. Joaquim Clemente de Almeida Moura. 3. ed. São Paulo: Andrei Editora, 1980.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *A monografia jurídica*. 4. ed. São Paulo: RT, 2000.
- LEPARGNEUR, Hubert. "Força e fraqueza dos princípios da bioética". *Bioética*, Brasília, Conselho Federal de Medicina, v. 4, n. 2, p. 131-143, 1996.
- . *O doente, a doença e a morte: implicações sócio-culturais da enfermidade*. Campinas: Papirus, 1987.
- LEVENE, Ricardo. *El delito de homicidio*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1970.
- LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Princípios políticos do Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.

- LUNA, Florencia; SALLES, Arleen L. F. *Bioética: investigación, muerte, procreación y otros temas de ética aplicada*. Buenos Aires: Sudamericana, 1998.
- LÜTTGER, Hans. *Medicina y Derecho Penal*. Trad. Enrique Bacigalupo. Madrid: Edersa, 1984.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. "Estado de necesidad e intervención médica (o funcional, o de terceros) en casos de huelga de hambre, intentos de suicidio y de autolesión: algunas tesis". In: *Avances de la Medicina y Derecho Penal*. Barcelona: PPU, p. 59-80, 1988.
- LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*, v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1942.
- MACKENZIE, Norah. *Ética profesional y servicio hospitalario*. Buenos Aires: Inter Médica, 1974.
- MAGALHÃES, Délio. *Causas de exclusão de crime*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1975.
- MAGALHÃES NORONHA, E. *Direito Penal*, v. II. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho Penal*, v. V. Trad. José J. Ortega Torres. Bogotá: Temis, 1956.
- MANREZA, Luiz Alcides. "Morte clínica". *Revista da Associação Médica Brasileira*, São Paulo, v. 33, n. 56, p. 79-80, 1987.
- MANTOVANI, Ferrando. "Aspetti giuridici della eutanasia". *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, Giuffrè, fasc.2, p. 448-469, 1988.
- MARCÃO, Renato Flávio. "Homicídio eutanásico: eutanásia e ortotanásia no Anteprojeto de Código Penal". *Revista dos Tribunais*, São Paulo, RT, v. 763, p. 475-480, 1999.
- MARLET, José Maria. "Conceitos médico-legal e jurídico de morte". *Justitia*, São Paulo, Associação Paulista do Ministério Público, v. 49, p. 43-48, 1987.
- MARREY, Adriano. "O problema do consentimento do ofendido e a eutanásia – a ilicitude do suicídio – a importância dos motivos determinantes e o crime de homicídio". *Justitia*, São Paulo, Associação Paulista do Ministério Público, v. 42, p. 05-13, 1963.
- MARTÍN MATEO, Ramón. *Bioética y Derecho*. Barcelona: Ariel, 1987.
- MARTIUS, Cyro. *Perspectivas da relação médico-paciente*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1981.

- MERLE, Roger; VITU, André. *Traité de Droit Criminel*, v. I. 12. ed. Paris: Cujas, 1973.
- MESTIERI, João. *Manual de Direito Penal*, v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- MEZGER, Edmund. *Derecho Penal. Parte General*. Trad. Conrado A. Finzi. Buenos Aires: DIN, 1989.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*, v. II. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1996.
- MOMMSEN, Teodoro. *Derecho Penal romano*. Trad. P. Dourado. Bogotá: Temis, 1976.
- MONTEIRO, Washigton de Barros. *Curso de Direito Civil*, v. I. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.
- MONTICELLI, Luca. "Eutanasia, Diritto Penale e principio di legalità". *L'Indice Penale*, Padova, ano I, n. 2, p. 463-517, 1998.
- MORSELLI, Enrico. *L'uccisione pietosa (l'eutanasia)*. Torino: Fratelli Bocca, 1923.
- MOURA BITTENCOURT, Edgard de. *Vítima*. 2. ed. São Paulo: Leud, 1978.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*. 12. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- NIÑO, Luis Fernando. *Eutanasia: morir con dignidad (consecuencias jurídico-penales)*. Buenos Aires: Universidad, 1994.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Em defesa da vida*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel. *Historia del derecho a morir: análisis histórico y antecedentes jurídico-penales*. Oviedo: Forum, 1999.
- . *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad*. Madrid: Tecnos, 1999.
- OLIVEIRA, Olavo. *O delito de matar*. Fortaleza: Imprensa Universitária do Ceará, 1959.
- PANNAIN, Remo. *I delitti contro la vita e la incolumità individuale*. Torino: UTET, [s.d.].
- . *Omicidio*. In: *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, UTET, v. XI, p. 882, 1957.
- PATARO, Oswaldo. *Medicina Legal e prática forense*. São Paulo: Saraiva, 1976.

- PEDROSO, Fernando de Almeida. *Homicídio, participação em suicídio, infanticídio e aborto*. Rio de Janeiro: Aide, 1995.
- . “Homicídio privilegiado”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, RT, v. 695, p. 279-287, 1993.
- PEREIRA, Victor; MARREY NETO, José Adriano. “O momento da morte”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, RT, v. 681, p. 435-437, 1992.
- PESSINI, Léo. “Distanásia: até quando investir sem agredir?” *Bioética*, Brasília, Conselho Federal de Medicina, v. 4, n. 1, p. 31-43, 1996.
- PESSINI, Leocir; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de bioética*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 1994.
- PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido (na teoria do delito)*. 2. ed. São Paulo: RT, 1995.
- . *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*. São Paulo: Jolovi, 1980.
- PLATÃO. *República*. Trad. Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 1999.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El bien jurídico en el Derecho Penal*. Sevilla: Publicaciones de la Universidad, 1974.
- PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 2. ed. São Paulo: RT, 1997.
- . *Curso de Direito Penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.
- PRADO, Luiz Regis; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal anotado*. São Paulo: RT, 1997.
- PRADO, Paulo de A. *Medicina Legal e Deontologia Médica*. São Paulo: Juriscredi, 1972.
- RANIERI, Silvio. *Manual de Derecho Penal*. Parte Especial, t. V. Bogotá: Temis, 1975.
- RAPIN, M. et alii. *Principios de reanimación médica*. Trad. Carmen Cortés Forteza e Francesc Pla Clavell. Barcelona: Publicaciones Médicas, 1973.
- RODRIGUES, Paulo Daher. *Eutanásia*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- RODRÍGUEZ DEVESA, José Maria. *Derecho Penal español*. Parte Especial. 9. ed. Madrid: Dykinson, 1983.
- ROMEO CASABONA, Carlos María. *Do gene ao Direito*. São Paulo: IBCCrim, 1999.

- . *El Derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.
- . “Límites de los delitos de comisión por omisión”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, RT, v. 7, p. 28-42, 1994.
- . *Los trasplantes de órganos: informe y documentación para la reforma de la legislación española sobre trasplantes de órganos*. Barcelona: Bosch, 1979.
- ROMERO OCAMPO, Guillermo. *La Eutanasia*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1986.
- SÁ, Elida. *Biodireito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
- SANTO AGOSTINHO. *La ciudad de Dios*, v. I. Trad. Lorenzo Riber. Barcelona: Alma Mater, 1953.
- SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. Fortaleza: Celso Bastos – IBDC, 1999.
- SANTOS, Maria Celeste Cordeiro dos. *Equilíbrio de um pêndulo: a bioética e a lei (implicações médico-legais)*. São Paulo: Ícone, 1998.
- . *Morte encefálica e a Lei de transplantes de órgãos*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.
- . *Transplante de órgãos e eutanásia: liberdade e responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 1992.
- SANZ MORÁN, Angel José. “Pressupostos para la reforma de los delitos contra la vida”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, t. XLVIII, fasc. III, p. 783-848, 1995.
- SARANO, Jacques. *O relacionamento com o doente*. São Paulo: EPU, 1978.
- SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEWICZ, Severo. *O Direito ‘in vitro’: da bioética ao biodireito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.
- SEGRE, Marcos. “Eutanásia: aspectos éticos e legais”. *Revista da Associação Médica Brasileira*. São Paulo, v. 32, n. 7-8, p. 141-142, 1986.
- SEGRE, Marco; SILVA, Franklin Leopoldo e; SCHRAMM, Fermin R. “O contexto histórico, semântico e filosófico do princípio de autonomia”. *Bioética*, Brasília, Conselho Federal de Medicina, v. 6, n. 1, p. 15-23, 1998.
- SEMINARA, Sergio. “Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia”. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, Giuffrè, fasc. 3, p. 670-727, 1995.

- SENADO FEDERAL. "Subsecretaria de Edições Técnicas". *Constituições do Brasil e Constituições estrangeiras*, v. I e II. Brasília: Senado Federal, 1987.
- SILVA, Franklin Leopoldo e. "Direitos e deveres do paciente terminal". *Bioética*, Brasília, Conselho Federal de Medicina, v. 1, n. 2, 1993. Disponível: <http://www.cfm.org.br/revista> [capturado em 07/01/00].
- SILVA FRANCO, Alberto. "A eutanásia no novo Código Penal". *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 1, n. 4, p. 01, 1993.
- . "A eutanásia passiva no novo Código Penal". *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 1, n. 5, p. 04, 1993.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "La responsabilidad penal del médico por omisión". In: *Avances de la Medicina y Derecho Penal*. Barcelona: PPU, p. 125-147, 1988.
- SILVEIRA, Euclides Custódio da. *Crimes contra a pessoa*. São Paulo: RT, 1973.
- SILVEIRA, V. César da. *Tratado da responsabilidade criminal*, v. I e III. São Paulo: Saraiva, 1955.
- SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de Direito Penal*. Parte Especial, t. I. Rio de Janeiro: José Konfino, 1951.
- SOUSA, Deusdedith. "Eutanásia, ortotanásia e distanásia". *Revista dos Tribunais*, São Paulo, RT, v. 706, p. 283-289, 1994.
- SPINSANTI, Sandro. *Ética biomédica*. Rio de Janeiro: Paulinas, 1990.
- TÄHKÄ, Veikko. *O relacionamento médico-paciente*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1988, trad. José Octavio de Aguiar Abreu.
- TAKIZAWA, Itsuyo. "Le Droit Médical et la société japonaise: la mort cérébrale est-elle la mort véritable?" *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, Sirey, v. 1, p. 95-112, 1996.
- TEIXEIRA, Larissa Solek; GOMES, Renata Raupp. "Eutanásia – O direito de morrer como um dilema bioético". In: *Ética e bioética*. Florianópolis: Terceiro Milênio, p. 137-152, 1998.
- TORIO LOPEZ, A. "Instigación y auxilio ao suicidio, homicidio consentido y eutanasia como problemas legislativos". In: *Estudios Penales y Criminológicos*, v. IV. Santiago de Compostela: Imprensa Universitária, p. 169-202, 1981.

URIBE CUALLA, Guillermo. *Medicina Legal, Toxicología y Siquiatría Forense*. 10. ed. Bogotá: Temis, 1977.

VANNINI, Ottorino. *Il delitto di omicidio*. Milano: Società Editrice Libreria, 1935.

VERGARA, Pedro. *Dos motivos determinantes no Direito Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

YUNGANO, Arturo Ricardo *et alii*. *Responsabilidad profesional de los médicos*. Buenos Aires: Universidad, 1986.