

PONTÍFICA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL

FACULDADE DE DIREITO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

MESTRADO

CRIZIANY MACHADO FELIX

EUTANASIA:

reflexos jurídico-penais e o respeito à dignidade da pessoa humana ao

morrer

Porto Alegre

2006

CRIZIANY MACHADO FELIX

EUTANASIA:

**reflexos jurídico-penais e o respeito à dignidade da pessoa humana ao
morrer**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais – Mestrado - da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, como requisito parcial à obtenção do grau de MESTRE EM CIÊNCIAS CRIMINAIS.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo

Porto Alegre

2006

FICHA CATALOGRÁFICA

F316e Felix, Criziany Machado

Eutanásia uma abordagem crítica do respeito à dignidade da pessoa humana no morrer e seus reflexos jurídico-constitucionais e penais / Criziany Machado Felix. - Porto Alegre : PUCRS, 2006. 241f.

Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) - Faculdade de Direito, PUCRS.

1. Bioética 2. Direito a morrer 3. Direito constitucional
4. Direito penal 5. Direitos fundamentais 6. Eutanásia
7. Homicídio – Direito 8. Suicídio – Direito I. Título

CDD 344.8104197

Bibliotecária Responsável
Márcia Regina Stasiak CRB-10/748

CRIZIANY MACHADO FELIX

EUTANASIA:

**reflexos jurídico-penais e o respeito à dignidade da pessoa humana ao
morrer**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais – Mestrado - da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, como requisito parcial à obtenção do grau de MESTRE EM CIÊNCIAS CRIMINAIS.

Aprovada em 09 de agosto de 2006, pela Banca Examinadora.

BANCA EXAMINADORA:

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo

Profa. Dra. Judith Hofmeister Matins-Costa

Prof. Paulo Vinicius Sporleder de Souza

Ao Professor Doutor Alberto Rufino Rosa Rodrigues de Souza, dedico esta dissertação, deixando aqui consignada minha eterna gratidão. Foi sua orientação prestimosa, estimulante e intelectualmente rica que me conduziu a buscar o que antes parecia intangível. Sua experiência foi fundamental e esclarecedora nos momentos em que a minha inexperiência não me permitia esboçar soluções.

Agradeço por ter convivido com o exemplo e a grandeza de um Mestre.

AGRADECIMENTOS

É cediço que desde a escolha do programa de mestrado a ser realizado e delimitação do tema a ser pesquisado até a conclusão de uma dissertação, muitas pessoas concorrem para seu término, contribuindo direta ou indiretamente. Não mencioná-las seria negar a relevância dos subsídios recebidos.

Início por agradecer à Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul pelo apoio material para a realização da presente dissertação, na pessoa de seu Reitor Irmão Joaquim Clotet.

À Professora Doutora Ruth Maria Chittó Gauer pela competência com que conduz o Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais. Sua postura firme, porém, paciente e confiante, instigou o desejo de concluir esta pesquisa.

Ao Professor Doutor Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo por aceitar a tarefa de orientar uma dissertação em curso. Certamente, sem a sua valiosa contribuição e estímulos constantes, este trabalho não teria se concretizado. Serei eternamente grata pela confiança depositada e pelos sábios conselhos que me conduziram ao término deste estudo.

Ao Professor Doutor Ingo Wolfgang Sarlet pelos profícuos ensinamentos proferidos nas aulas de Constituição e Direitos Fundamentais e pela oportunidade de participar do grupo de estudos, sob sua coordenação, no Programa de Pós-Graduação em Direito, da Pontifícia

Universidade Católica do Rio Grande do Sul, solo fértil, onde floresceram idéias que foram determinantes para a consecução desta pesquisa.

As contribuições, entretanto, não se limitam ao Curso de Mestrado e a elaboração da dissertação, sua esfera é mais ampla, portanto, não poderia deixar de agradecer aos Professores Doutores James Tubenschlack (*in memoriam*) e Roberto Duro Gick, Ex-Diretor da Faculdade de Direito do Campus Uruguaiana da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, e à Professora Mestre Maria de Lourdes Souza Villela, Ex-Diretora Geral do Campus Uruguaiana da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, pelo incentivo e oportunidades.

Ao grande e estimado amigo Carlos E. da Silveira Vieira pelo apoio e luz suficientemente terna para, por vezes, mostrar-me o caminho, e a sua esposa Anita, amiga amada, pela força e carinho.

Aos meus pais Dionísio Musachio Felix e Maria Olga Machado Felix, fontes inesgotáveis de estímulo e admiração, pela participação em minha existência e formação, regada com muito amor e compreensão.

Aos meus irmãos Diefferson Machado Felix e Raphaelly Machado Felix, por existirem, regando minha vida com muita alegria e amor.

Aos alunos da Faculdade de Direito do Campus Uruguaiana da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, em especial aos meus orientandos, pela constante exigência de atualização e aperfeiçoamento.

A Professora Mestre Maria Tereza Lunardini que pacientemente corrigiu o português
do trabalho.

Por derradeiro, expresso a todos, que de alguma forma contribuíram para minha
formação intelectual e pessoal meu afeto e eterna gratidão.

Mas o que é a vida? São olhos que saúdam as madrugadas, acariciam as noites, acolhem sorrisos; ouvidos que recebem o barulho dos ventos, ouvem gemidos de dor, escutam palavras de amor; bocas que experimentam o deleite dos frutos e dos beijos e que recitam poemas; narizes que sentem o cheiro da maresia, da comida que se cozinha no fogão e dos corpos suados. Pernas que andam pelos bosques e levam mensagens a lugares distantes; braços que plantam jardins, e que se estendem para os abraços e para as lutas. A vida é um poema enorme, uma explosão de gestos e de sentidos espalhados pelo espaço. Mas como tudo o que é humano a vida é também cansaço que anseia pelo sono. Como diz o poeta sagrado, “para todas as coisas há o seu tempo, debaixo do sol; há um tempo de nascer e um tempo de morrer”. Saber viver é também saber morrer. Cada poema se inclina para a sua última palavra; cada canção se prolonga na direção do seu silêncio. Última palavra em que continuam a reverberar todas aquelas que a antecederam: silêncio onde ressoam os sons que o prepararam. Toda a vida é um “preparatio mortis” e é por isso que a última palavra e o último gesto são um direito que ninguém lhe pode roubar. Ao corpo pertence o direito de dizer: “É época de partir”. (...) A vida é uma criança. Brinca pela manhã, trabalha ao meio-dia, ama pela tarde. Mas chega a hora do crepúsculo, a hora do cansaço... (...) Que bom que o último momento seja belo como um pôr-de-sol, longe do frio elétrico-metálico das máquinas...

Rubem Alves
(*Apud* Maria de Fátima Freire de Sá. **Direito de morrer:** eutanásia, suicídio assistido)

RESUMO

O presente estudo tem por escopo analisar a problemática do desrespeito à pessoa humana e o direito de morrer com dignidade, através de uma discussão interdisciplinar, que culminará com a abordagem do enquadramento na esfera criminal da ação ou omissão perpetrada pelo agente que pratica a eutanásia. Consoante é cediço os recursos tecnológicos da medicina atual permitem o prolongamento da vida em muitas situações que, até um passado não muito distante, determinavam a morte do paciente. Houve uma mudança no processo de morrer. As leituras, as reflexões e os confrontos com a morte nos hospitais de hoje, altamente equipados com tecnologia sofisticada e fármacos poderosos, são parte de um todo que procura resgatar a vida a qualquer custo. Atualmente, pode-se manter indeterminadamente um paciente biologicamente vivo, mas será que a vida se resume aos sinais biológicos? O que se vislumbra discutir é se o prolongamento artificial da vida humana deve se sobrepor à dignidade humana compulsoriamente, mesmo quando envolve sofrimento para o doente, para os que lhe são próximos e comprometimento do respeito devido ao ser humano. O trabalho apresenta a eutanásia – compreendida como a boa morte – e modalidades análogas, buscando aferir em quais situações comporta o prosseguimento ou implantação de tratamentos médicos e em quais eles se tornam desnecessários e ineficazes, consubstanciando-se em obstinações terapêuticas. Nesse diapasão, após expor os conceitos pertinentes às diversas acepções de eutanásia, objetivando contextualizar o leitor nas questões que serão apresentadas, abordar-se-á os princípios de bioética que, deverão ser analisados na relação médico-paciente, tais como: beneficência, não maleficência, Justiça e respeito à autonomia do paciente; todos discutidos a luz da dignidade da pessoa humana. Posteriormente, serão perquiridos os efeitos jurídicos decorrentes da postura a ser adotada em face da tensão existente entre o direito à vida e o

respeito devido à dignidade da pessoa humana. Por derradeiro, com fulcro na postura adotada em face da dignidade da pessoa humana analisar-se-á o reflexo jurídico penal da conduta realizada pelo autor da eutanásia nas modalidades que configuram a “boa morte”, “morte doce”, “morte suave”, isto é, sem dores e sofrimentos.

ABSTRACT

The main focus of this study is to analyze the lack of respect to human being and the right to die with dignity in an interdisciplinary discussion, which will culminate in the approach of the framing in the criminal sphere of the action or omission of the agent who practices euthanasia. As known for all, current medical technologies allow us to maintain a person alive in a vast number of situations that formally would have resulted in patient death. There has been a change in the process of dying. The way we see, reflect upon and face death in hospitals today, highly equipped with sophisticated technology and powerful drugs, are all part of what lead us to safe guard life at all costs. Today, a patient can be kept alive indefinitely, but can we reduce life to a series of biological sighs? What is being discussed is whether artificial life support systems should always take first place over human dignity, even when it involves suffering for the patient, their next of kin and would affect the due respect to the human being. This research presents euthanasia – understood as sweet death – and similar situations, with the objective of analyzing which cases would warrant the withholding and withdrawing of medical treatment and in which the same became unnecessary or inefficient, leading to mere life-prolonging treatment. In this sense after study the pertinent concepts to the many types of euthanasia, with the intention of situating the reader in the matters being presented, the text deals with the principals of Bioethics that should be taking into account in the patient-physician relationship, such as: Benefit, Justice and Respect of Patient Autonomy, all of which discuss in the light of human dignity. Afterwards, will be discussed the law effects which are a consequence of the attitude taken regarding the process of dying, taking into consideration the conflict between the right to life and the right to life with dignity. Finally, based on the position adopted in face of the human dignity, we will analyze the consequence

in criminal law of the behavior carried through for the author of the euthanasia in the modalities that configure the “good death”, “sweet death”, “soft death”, this means without pains and sufferings.

SUMÁRIO

CONSIDERAÇÕES INICIAIS	15
1 DELIMITAÇÃO DE CONCEITOS	18
1.1 EUTANASIA: DEFINIÇÕES E CLASSIFICAÇÕES	18
1.1.1 Eutanásia Natural e Eutanásia Provocada Autônoma e Heterônoma.....	19
1.1.2 Eutanásia Solutiva e Resolutiva.....	20
1.1.3 Eutanásia Positiva e Negativa; Eutanásia Ativa (Direta, Indireta e Pura) e Eutanásia Passiva	23
1.1.4 Eutanásia Voluntária, Involuntária e Não Voluntária	26
1.1.5 Eutanásia Coletiva e Individual	27
1.1.6 Eutanásia Precoce.....	28
1.2 EUTANÁSIA, MISTANÁSIA, AGATANÁSIA E ORTOTANÁSIA: CONVERGÊNCIAS E DIVERGÊNCIAS.....	30
1.2.1 Mistanásia	30
1.2.1.1 Mistanásia em doentes e deficientes que não chegam a ser pacientes.....	30
1.2.1.2 Mistanásia em pacientes vítimas de erro médico.....	31
1.2.1.3 Mistanásia em pacientes vítimas de má prática médica	32
1.2.2 Distanásia.....	33
1.2.3 Agatánasia	35
1.2.4 Ortotanásia	35
1.3 SUÍCIDIO, SUICÍDIO ASSISTIDO, HOMICÍDIO E HOMICÍDIO PIEDOSO: DIFERENCIAÇÕES	36
1.3.1 Suicídio e Suicídio Assistido	36
1.3.2 Homicídio e Homicídio Piedoso.....	38
1.4 MEIOS ORDINÁRIOS E MEIOS EXTRAORDINÁRIOS E MEIOS PROPORCIONAIS E DESPROPORCIONAIS NA APLICAÇÃO DE TERAPIAS	39
1.5 PROPOSIÇÕES NECESSÁRIAS	42
2 CONTEXTUALIZAÇÃO DA PROBLEMÁTICA INERENTE À EUTANÁSIA	45

2.1	ESCORÇO HISTÓRICO DA APLICABILIDADE E PUNIBILIDADE DA EUTANÁSIA NO CENÁRIO INTERNACIONAL: NOÇÕES DA ANTIGUIDADE AOS TEMPOS HODIERNOS	45
2.2	EVOLUÇÃO DO PANORAMA DA EUTANÁSIA NO BRASIL.....	60
2.3	PRINCIPAIS ARGUMENTOS ELENCADOS NA DISCUSSÃO ACERCA DA (IN)ADMISSIBILIDADE DA EUTANÁSIA	68
2.3.1	Argumentos Contrários	68
2.3.1.1	A vida como um direito indisponível	69
2.3.1.2	A fragilidade do critério da incurabilidade	70
2.3.1.3	A possibilidade de diagnósticos equivocados.....	72
2.3.1.4	A variação na intensidade das dores e sofrimentos insuportáveis	72
2.3.1.5	As razões econômicas como verdadeiro móvel na pratica eutanásica.....	72
2.3.1.6	O Juramento Hipocrático.....	73
2.3.1.7	O enfraquecimento da relação médico paciente	74
2.3.1.8	O argumento da ladeira escorregadia: O Programa de Eutanásia Nazista e sua influência no debate acerca da morte digna na atualidade	74
2.3.2	Argumentos Favoráveis.....	77
2.3.2.1	Dores e sofrimentos insuportáveis	77
2.3.2.2	Direito à autodeterminação.....	77
2.3.2.3	Obstinação Terapêutica	77
2.3.2.4	Tratamentos caros em pacientes sem chance de cura: o argumento dos recursos limitados em face de necessidades ilimitadas	78
2.3.2.5	A Dignidade da Pessoa Humana.....	79
2.4	A BIOÉTICA, SEUS PRINCÍPIOS BASILARES E AS INTERFACES COM O DIREITO.....	80
2.4.1	A bioética e seus princípios basilares.....	80
2.4.1.1	O Princípio do Respeito à Autonomia.....	82
2.4.1.1.1	O Princípio do Respeito à Autonomia e o Consentimento Informado.....	84
2.4.1.1.2	O Princípio do Respeito à Autonomia e os Testamentos Vitais	86
2.4.1.1.3	O Princípio do Respeito à Autonomia e o direito de não ser informado.....	86
2.4.1.2	Princípios da Beneficência e Não-Maleficência.....	87
2.4.1.3	Princípio da Justiça	88
2.4.2	Breves Considerações sobre a bioética e suas interfaces com o direito.....	89

3	ASPECTOS JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS E PENAIS	90
3.1	CONSIDERAÇÕES ACERCA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, SUA POSIÇÃO E SEU SIGNIFICADO COMO FUNDAMENTO DA ORDEM CONSTITUCIONAL	90
3.2	O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A (IN)DISPONIBILIDADE DO DIREITO À VIDA.....	95
3.3	PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS EM COLISÃO: APORTES PARA SUA INTERPRETAÇÃO E PONDERAÇÃO.....	99
3.3.1	A Máxima da Proporcionalidade e a Tensão entre Princípios.....	99
3.3.1.1	Adequação	101
3.3.1.2	Necessidade	102
3.3.1.3	Proporcionalidade em Sentido Estrito.....	102
3.3.2	Máxima da Proporcionalidade, Postulado da Concordância Prática e Dimensão de Peso ou importância: Aportes Necessários	103
3.3.2.1	O Postulado da Concordância Prática	103
3.3.2.2	A Dimensão de Peso ou Importância	105
3.3.3	Considerações acerca da interpretação e ponderação de princípios em tensão em face da morte digna.....	109
3.4	ASPECTOS JURÍDICO-PENAI I: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES NECESSÁRIAS TANGENTES A TEORIA GERAL DO DELITO	112
3.4.1	Tipicidade	116
3.4.2	Antijuridicidade	118
3.4.3	Culpabilidade	118
3.4.4	A aquiescência e sua repercussão na teoria geral do delito.....	120
3.5	ASPECTOS JURÍDICO-PENAI II: APRECIÇÃO DAS CONDUTAS EUTANASICAS	121
3.5.1	Eutanásia Passiva Negativa e Positiva: Ortotanásia.....	121
3.5.2	Eutanásia Ativa Indireta: Agatanásia	124
3.5.3	Eutanásia Ativa Direta ou Eutanásia propriamente dita.....	125
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	127
	REFERÊNCIAS	131

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Morrer é dormir. Nada mais. E por um sonho, diremos, as aflições se acabarão e as dores sem número, patrimônio da nossa débil natureza.

Isto é o fim que deveríamos solicitar com ânsia.

Morrer é dormir ... e talvez sonhar.

William Shakespeare. Hamelet, ato III.

A morte descrita na obra de Shakespeare, cujo fragmento se encontra supramencionado, é desejada por muitos no mundo contemporâneo, porquanto esta mudou seu caráter, não é mais uma morte domiciliar rodeada das pessoas queridas. Atualmente, a morte dá-se ora antes de termos um tratamento digno; ora em meio a tratamentos que gostaríamos de nos furtar.

As pessoas menos afortunadas financeiramente, que, raras vezes têm acesso às modernas tecnologias, morrem na espera de uma chance de consultar um médico; é a eutanásia social, a mistanásia. Os mais privilegiados economicamente têm a sua disposição uma larga gama de tratamentos, que, por vezes, são extremamente úteis, por vezes, acarretam apenas a morte longe da família, longe dos amigos, longe do calor humano e próximo do frio das máquinas hospitalares. Esse paradoxo deve-se ao progresso geométrico da ciência e tecnologia na área médica e das demais ciências da vida.

O sucesso das tecnologias desenvolvidas nas áreas das biociências nos últimos anos possibilita situações não antes previstas; temos hoje a nossa disposição tratamentos que não ousávamos sonhar algumas décadas atrás. Para muitas pessoas, a disponibilidade da medicina de alta tecnologia para “consertar” as marcas da vida é uma fonte de esperança e consolo. Para outras, são tratamentos fúteis que podem acarretar males maiores do que benefícios. Porém, é comum a recusa a abrir mão de tratamentos desproporcionais por parte de alguns médicos e familiares na busca incessante da “vida”. Essas pessoas agem como se a vida não fosse também a morte. Vida é nascimento, desenvolvimento e morte, por vezes o desenvolvimento é menor do que esperávamos, e a morte chega antes do que almejávamos, mas ela também é parte da vida.

A não consideração da morte como uma dimensão da existência humana e do conseqüente desafio de lidar com ela como um dos objetivos da medicina faz com que se introduzam tratamentos agressivos que somente prolongarão o processo de morrer.

A postura a ser pautada diante desse processo traz implicações éticas e jurídicas que deverão ser analisadas em cada caso, é uma exigência introduzida pelos novos paradigmas científicos, traduzindo a complexidade das interfaces da problemática a ser apresentada.

Nessa senda, buscando pautar as condutas em torno de questões atinentes à vida humana, desenvolveu-se um ramo da ética, que passou a ser chamado de bioética; no qual nos deparamos com princípios que devem nortear a conduta do médico na relação médico-paciente, sempre levando em conta o respeito devido à pessoa humana, o que constitui o fundamento da Republica Federativa do Brasil, enquanto Estado Democrático de Direito.

Devido aos vários ramos do conhecimento que se entrelaçam na discussão proposta optamos por abordar a eutanásia sob um viés interdisciplinar, dando enfoque histórico, bioético e jurídico do tema, em relação a este último com especial relevo em questões constitucionais e penais.

Essa diversidade de possibilidades de abordagem da problemática, oriundas de diversos ramos do conhecimento, conduz-nos a uma variedade muito grande de conceituações do vocábulo eutanásia, que divergem, substancialmente, consoante a postura adotada frente ao tema. Portanto, *a priori* delimitamos os conceitos que serão usados no decorrer da dissertação, pois devido a essa variedade conceitual, apresentando-se com diferentes matizes e classificações, urge que essa seja a atitude tomada no primeiro capítulo para evitar-se equívocos posteriores. Nessa senda, finalizamos o capítulo preambular ousando formular uma proposição conceitual de eutanásia.

O segundo capítulo tem por escopo contextualizar a problemática na qual está circunscrito o debate aqui proposto, vislumbrando submergir o leitor em tão fascinante tema, para que seja possível uma melhor compreensão das questões que serão apresentadas no curso da dissertação.

Dessa forma, descreve-se a evolução histórica da eutanásia e termos análogos da antiguidade ao mundo contemporâneo, não apenas nos ordenamentos estrangeiros como no pátrio. Posteriormente, analisaremos os principais argumentos envolvidos na discussão acerca da (in)admissibilidade da eutanásia. Essa exposição tem especial relevo para a compreensão da mutação que sofreu a acepção do vocábulo, bem como para asseverar que as posturas exigidas na atualidade são fruto de questões contemporâneas, nas quais há uma maior complexidade.

Ainda, no segundo capítulo apresentaremos a relação existente entre a bioética; seus princípios basilares e a dignidade da pessoa humana. Discorreremos sobre o enfoque do *paradigma principialista*, que está entre os modelos de análise da bioética mais divulgados e

propõe a orientar as ações quatro princípios: a beneficência, a não-maleficência, a justiça e a autonomia (respeito à autonomia do paciente). Sob esse prisma, os princípios aludidos não têm disposição hierárquica entre si e são válidos *prima facie*, a situação em causa e suas consequências é que indicarão que princípio deve ter precedência, em caso de tensão. Esse modelo é amplamente aplicado na praxis clínica, pois se considera que possui resultados bastante positivos em relação ao respeito pela dignidade da pessoa humana.

Após tecermos as principais considerações tangentes aos princípios bioéticos, elaboramos breves considerações acerca das interfaces da bioética e do direito. Porquanto, não é mais possível concebermos o direito como sistema fechado, pautado no positivismo jurídico; uma postura jurídica que se preocupe de fato com o adequado tratamento das questões contemporâneas deve conceber o direito como um sistema capaz de abrir-se para outros ramos do conhecimento a fim de não se suicidar. Nesse contexto, temos que essa nova postura exige respeito à dignidade da pessoa humana na maior otimização possível.

Nessa seara, abordaremos no quarto capítulo os aspectos constitucionais e penais da problemática proposta. Apresentamos na primeira parte do estudo proposições conceituais de dignidade da pessoa humana e discorreremos sobre sua evolução histórica, posição e significado como fundamento da ordem constitucional. Elaboradas essas considerações analisamos o respeito devido à dignidade da pessoa humana em face da (in)disponibilidade do direito à vida, objetivando verificar se existe ou não colisão entre esses dois direitos fundamentais. Posteriormente, discorreremos sobre os aportes necessários para uma adequada interpretação e ponderação de princípios constitucionais em colisão, levando-se em consideração a necessidade de sempre levarmos a termo uma decisão proporcional, porquanto estamos discutindo direitos relativos.

Na segunda parte do quarto capítulo, pautando-nos pelas considerações constitucionais realizadas no capítulo antecedente, discutir-se-á o reflexo jurídico-penal da conduta realizada na busca de proporcionar a boa morte a um terceiro. Para tanto, apresentamos alguns conceitos de Teoria Geral do Delito, objetivando uma clara exposição do enquadramento na esfera criminal da ação ou omissão perpetrada pelo agente que objetiva a “boa morte”.

1 DELIMITAÇÃO DE CONCEITOS

A morte não é o oposto da vida, mas um acontecimento complementar que a define.

O homem como vida, é um ser para a morte.

Arthur Schopenhauer. Metafísica do Amor. Metafísica da Morte

1.1 EUTANÁSIA: DEFINIÇÕES E CLASSIFICAÇÕES

A questão, polêmica e complexa, está longe de encontrar um consenso. A eutanásia evidencia seu caráter problemático desde o intuito de defini-la. Em seu sentido etimológico, a palavra deriva dos vocábulos gregos “eu”, prefixo que significa bom, e “thánatos”, substantivo equivalente à morte, e alude primeiramente ao ato de dar a “boa morte”. Literalmente, portanto, a palavra “eutanásia” denota a morte serena, suave, doce, fácil, sem sofrimento e sem dor.

No entanto, para a adequada compreensão da problemática, não podemos nos fixar apenas no seu sentido literal, pois como iremos, posteriormente, aferir na análise da evolução histórica da aplicabilidade da eutanásia, a sua aceção variou no tempo e no espaço, recebendo tratamento diversificado consoante a cultura em que era empregada.

Hoje, “na linguagem comum se entende, por eutanásia, a morte dada àqueles que sofrem de moléstias incuráveis e dolorosas, próximos do fim, para abreviar-lhes o sofrimento, inspirada no sentimento altruístico da compaixão e solidariedade” (SANTOS, 1992, p. 210).

No mundo jurídico, via de regra, a eutanásia é conceituada como: morte generosa, morte benéfica, fácil, doce, sem sofrimento e sem dor, boa morte, crime caritativo, ou simplesmente direito de matar (ALVES, 1999, p. 12), ocasionando, conforme o significado que se adote, uma postura favorável ou contrária a sua aplicação.

Constata-se que a eutanásia, morte suave, sem dor nem sofrimento dos sentidos, pode verificar-se em situações muito dessemelhantes e obedecendo aos mais diversos propósitos. Em face dessa complexidade de definição conceitual do vocábulo, existe um largo rol classificatório empreendido pelos estudiosos do tema. Nesse diapasão, faz-se necessário procedermos algumas conceituações a fim de não incorrerem em equívocos nos capítulos subsequentes. A necessidade dessa distinção e do conceito que ousamos formular não surge em decorrência das várias denominações existentes para diversas categorias, mas é gerada pela necessidade de diferentes designações para fenômenos distintos.

Faz-se mister destacar, ainda, que, não obstante as multiplas acepções e classificações dadas ao tema, o presente estudo não vislumbra exauri-las, mas tão somente apresentar as mais comuns, bem como delimitar quais constituem o objeto de nossa análise, apresentando, para tanto, ao final deste capítulo, uma proposição conceitual de eutanásia.

1.1.1 Eutanásia Natural e Eutanásia Provocada Autônoma ou Heterônoma

A primeira distinção que nos parece oportuno trazer é entre *eutanásia natural*, em que a morte sobrevém sem artifícios e padecimentos, e *eutanásia provocada*, que implica o emprego de quaisquer meios pelos quais a conduta humana, seja aquela do próprio moribundo ou de terceiro, 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 (NIÑO, 1994 *apud* CARVALHO, 2001).

Nessa senda, cumpre destacar que a primeira é a própria morte natural, que resulta da debilidade progressiva das funções vitais. É a morte senil, sem, outro sofrimento que o da dificuldade de existir. É o descanso da vida que assume seu lugar naturalmente; não comportando intervenções próprias ou de terceiros, a fim de aliviar padecimentos ou sofrimentos, sendo, portanto, irrelevante para os fins propostos nesse estudo.

A segunda, de acordo com sua autoria, distingue-se entre *eutanásia autônoma*, que é a preparação e a provocação da própria “boa morte”, sem a intervenção de terceiros; e a *eutanásia heterônoma*, resultante da ação ou participação de outras pessoas (NIÑO, 1994 *apud* CARVALHO, 2001), consubstanciando-se esta última no objeto do presente estudo e que passaremos a analisar, a partir do próximo ponto.

Salientamos que não iremos aprofundar a eutanásia-autônoma, também denominada de auto-eutanásia, em virtude da relação jurídica similar¹ existente entre essa e o suicídio, pois a “criminalização” deste, hodiernamente, não possui relevo jurídico penal. No ordenamento pátrio, assim como na maioria das legislações estrangeiras, a conduta do suicida é atípica,

¹ Ao abordar a eutanásia realizada pelo próprio interessado Casabona (1994) a assemelha ao suicídio sob a perspectiva do tratamento jurídico-penal, considerando que, em ambos os casos existe a vontade direta de morrer e o ato de privar-se da vida; a eutanásia autônoma seria, para ele, uma espécie do gênero suicídio. Entretanto, o próprio autor ressalva que conceitualmente ela difere do suicídio, pois a eutanásia 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 uma debilidade irreversível, já o suicídio consistiria em quitar-se violenta e abruptamente a própria vida que não se deseja mais viver por qualquer outro motivo e em circunstancias diferentes.

sendo considerada infração penal apenas a conduta de terceiro que presta auxílio, induz e/ou instiga o suicídio de outrem.²

1.1.2 Eutanásia Solutiva e Resolutiva

Outra classificação a ser apresentada tange a atitude adotada perante o curso vital, podendo ser solutiva ou resolutiva. A *eutanásia solutiva*, também denominada *lenitiva*, *pura*, *autêntica*, ou *genuína*, consiste no auxílio à boa morte desprovido de efeitos que abreviem o curso vital, enquanto a resolutiva tem incidência no curso vital. Segundo Brito e Rijo (2000), a *eutanásia lenitiva* ocorre quando se empregam meios que visam a eliminar o sofrimento de doentes terminais, mas com o objetivo de conservação da vida e sem o encurtamento desta, se aguarda que seja a doença a provocar a morte. No mesmo contexto, é a posição de Roxin (2000, p. 12) que assevera:

Pode-se chamar de ‘eutanásia pura’ a hipótese em que se ministram ao moribundo meios lenitivos, que não possuam efeitos de diminuir-lhe o tempo de vida. Tal conduta, se praticada por desejo ou consentimento do paciente, é, obviamente, impunível. Na hipótese de não poder mais o moribundo emitir uma declaração de vontade, ou já não estar ele em condições de o fazer de modo responsável, a conduta também será impunível, se corresponder à sua vontade presumida – como em regra deverá ser o caso.³

No que concerne à *eutanásia resolutiva*, assevera-se que esta se ramifica nas modalidades: *libertadora*, *eliminadora*, *eugênica* e *econômica*; configurando o traço distintivo, o motivo que impulsiona o agente, ocorrendo, em todas elas, redução ou supressão do curso vital; podendo ser ou não em interesse do sujeito passivo; bem como possuindo seu consentimento, ou não.

² Nesse sentido, o Código Penal Brasileiro dispõe: Art. 122. Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça: Pena – reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave.

Parágrafo único: A pena é duplicada:

I – se o crime é praticado por motivo egoístico;

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

³ Consoante Roxin (2000) em virtude da obviedade de suas soluções, mal se faria necessário mencionar este grupo de problemas, se não fossem possíveis as hipóteses em que, contra o desejo do paciente, a eutanásia pura é prestada ou omitida. Exemplo da primeira situação, é trazido pelo autor, quando aduz o caso do moribundo que recusa a injeção de meios que lhe aliviem a dor, porque deseja viver a sua morte em plena consciência, sem vê-la transformada num sono suave. Acrescenta, que pode o doente ter razões teológicas ou filosóficas para tanto, ou ser simplesmente uma pessoa sobremaneira corajosa, que deseja comunicar-se com os que lhe são íntimos, ou regular problemas sucessórios. Devendo de qualquer maneira seu desejo ser respeitado. A segunda situação possui na sua compreensão maior importância prática, pois nos remete ao caso oposto, em que o anestésico não é ministrado, ou só o é em quantidade insuficiente, apesar de o moribundo o requerer de modo expresso, sendo que o médico podendo não está evitando sofrimentos desnecessários ao paciente.

Iniciaremos a abordagem dessas modalidades, trazendo as considerações de Asúa (1929), que, ao discorrer sobre a *eutanásia libertadora*, destaca a necessidade de distinguir a *eutanásia médica da prática do homicídio por piedade*,⁴ *praticado por familiares ou amigos fieis e desinteressados*, consoante ele assevera:

o problema da morte dada por compaixão ao doente incurável e doloroso, consciente do seu mal e do seu estado, que deseja abreviar seus padecimentos deve ser resolvido com justiça e humanidade. Mas para achar uma solução correcta é necessário fraccionar o tema. É preciso distinguir a eutanásia médica da prática do homicídio por piedade exercida por familiares ou amigos fieis e desinteressados.

O médico, diz-se, não pode praticar a eutanásia com o premeditado desígnio de produzir a morte; mas chega a ele como um meio de cura. Por desgraça, a medicina nem sempre cura; a maior parte das vezes só alivia os padecimentos. Curar não é só dar a saúde, é aliviar também. Mas, quando o médico, ante dores acerbadadas e intoleráveis, aplica meios analgésicos e narcóticos é com a consciência de que abrevia a existência do enfermo, de que lhe acelera o fim dos seus dias cruéis. Mas ao médico não o guia a intenção de matar o paciente, nem ainda por piedade, mas o seu desígnio é aliviá-lo, diminuir-lhe o sofrimento (ASÚA, 1929, p. 252-253).

Alude Asúa (1929, p. 253) que a eutanásia praticada pelos médicos nos seus justos limites carece de substância polêmica, pois é uma verdadeira cura, um meio benéfico para os que sofrem cruelmente. A problemática reside na morte dada por pessoas ligadas ao paciente por laços de família, de amizade ou de amor, porque devemos verificar *se ao matador não o guiou um motivo egoísta*, se a resposta for negativa o autor entende ensejar um perdão judicial.

Depreende-se do pensamento exposto que, ao abordar a eutanásia libertadora, Asúa restringe a atuação médica às práticas de eutanásia ativa indireta, ou seja, a eutanásia de duplo efeito, não cogitando a possibilidade do médico objetivar a morte doce e branda do enfermo, realizando uma eutanásia passiva ou ativa direta, a fim de evitar obstinações terapêuticas, ou, até mesmo, como forma de respeito à autonomia do paciente⁵.

O autor em comento destaca, ainda, no decorrer de sua obra intitulada *Liberdade de Amar e Direito de Morrer* (1929), a existência da *morte eliminadora* quando realizada em pessoas que, mesmo não estando em condições próximas da morte, são portadoras de distúrbios mentais, sendo um peso para as famílias e para a sociedade; e da *econômica*, que seria realizada em pessoas que, por motivos de doença ficam inconscientes e que poderiam ao recuperar os sentidos, sofrer em função da sua doença; sendo que ambas possuem escopos selecionadores, e, frente as quais, Asúa se opõe. Similar a posição aludida por Asúa é a de Amarante (1937, p. 127, *apud* MOURA, 1940, p. 33) que distingue:

⁴ O Homicídio por Piedade, ou Caritativo, será analisado com mais vagar em momento posterior.

⁵ As conceituações inerentes às modalidades de eutanásia mencionadas neste parágrafo serão abordadas no decorrer deste capítulo.

A eutanásia, direito a morrer sem dor, uma das teses mais discutidas ultimamente, no mundo científico, está estreitamente ligada à gênese do crime piedoso, com este se confundindo por vezes. cremos, porém, que a distinção se impõe: Será eutanásia, morte benéfica, suave, científica, quando proporcionada por mãos médicas no exercício da profissão, quando um facultativo autorizado ou por piedade a isso se resolver: crime piedoso, si partir da iniciativa de um leigo, ou ainda de um profissional da medicina, porém não no exercício desta, e, sim, atuando como parte interessada, como um piedoso qualquer.

Martin (1998), a exemplo dos autores supra, destaca ser o questionamento de consistir a eutanásia, exclusivamente, num ato médico ou não, uma ambigüidade que surge freqüentemente em relação à sua natureza e aduz:

Se os fatores decisivos na definição da eutanásia são o resultado (morte provocada, eliminação da dor) e a motivação (compaixão), a palavra pode continuar tendo uma conotação bastante ampla. Nesta acepção da palavra o ato de um marido atirar e matar sua esposa que está morrendo de câncer, porque não agüenta mais ouvir suas súplicas para acabar com tanto sofrimento, poderia ser caracterizado como eutanásia. Se, porém, se acrescenta outro fator, a natureza do ato, e a eutanásia for definida como ato de natureza médica, de repente a situação descrita não é mais eutanásia (MARTIN, 1998, p. 183-184).

Prossegue Martin (1998) enfatizando que, sendo o uso que consagra o sentido das palavras, sua sugestão é caracterizar o ato descrito como homicídio por misericórdia ou, quando muito suicídio assistido, dependendo ou não da participação da vítima no processo. Propõe, outrossim, que se reserve a palavra eutanásia exclusivamente para denotar atos médicos que, motivados por compaixão, provoquem precoce e diretamente a morte a fim de eliminar a dor. Por derradeiro, chama a atenção para a relevância de, nos casos concretos, notar a diferença entre um homicídio por misericórdia, praticado por um parente ou amigo, e um ato médico que mata intencionalmente o doente a fim de aliviar a sua dor.

De nossa parte, apesar de concordarmos com as considerações do autor sobre a distinção que se impõe entre a eutanásia realizada por médicos e a morte misericordiosa dada por outras pessoas; parece-nos oportuno mencionar que, ao abordar a diferenciação entre o ato realizado pelo médico e o por não-médico, Martin equivocou-se ao restringir a atuação eutanásica do médico apenas às situações de eutanásia ativa direta, pois como iremos perceber ao longo deste estudo, o médico pode praticar a eutanásia em várias de suas formas.

Diante do exposto, podemos perceber uma significativa prevalência, entre os estudiosos do tema em considerar a eutanásia libertadora conduta de natureza médica, diferenciando-a do homicídio por compaixão. Todavia, no que alude as demais modalidades com ingerência no curso vital, notadamente a eliminadora, eugênica e econômica deparamo-

nos com a existência de divergências conceituais entre os autores estudados⁶, razão pela qual apresentamos alguns esclarecimentos.

No que tange à *eutanásia eliminadora*, a concebemos como gênero do qual são espécies: a *eutanásia eugênica* e a *eutanásia econômica*. Entendemos que a primeira, que também pode ser denominada de *selecionadora*, tem por fim promover o melhoramento da espécie humana, através da supressão indolor de pessoas portadoras de deformidades ou doenças contagiosas, incuráveis ou transmissíveis geneticamente. Nessa modalidade, não é necessário que o sujeito passivo sofra com sua enfermidade ou deformidade, bem como se encontre próximo da morte. Não se fala em piedade, ou fins altruístas.

Concernentemente à *eutanásia econômica*, a concebemos como a morte dada aos doentes mentais, loucos, irrecuperáveis, inválidos, anciãos ou quaisquer outras pessoas, objetivando aliviar a sociedade do peso de pessoas economicamente inúteis. Releva asseverar que, na eutanásia eliminadora, seja na forma eugênica, ou seja, na econômica, a vontade de quem irá sofrer a intervenção é irrelevante.

Dentre as hipóteses expostas, reconhecemos como eutanásia para fins propostos em nossa pesquisa apenas a libertadora, porquanto é a única que busca causar a boa morte ao paciente, com vistas a aliviar sua dor e seu sofrimento. Corroborando nossa posição, destacamos as considerações de Casabona (1994), que considera como verdadeira eutanásia a que tiver móvel humanitário ou de compaixão, altruísta e solidário com o paciente que esteja sofrendo; as demais modalidades, embora tenham sido empregadas ao longo de nossa história, procuraram, segundo ele, encobrir com esse termo eufemisticamente outra realidade muito diferente, pois se tratavam de condutas homicidas.

1.1.3 Eutanásia Positiva e Negativa; Eutanásia Ativa (Direta, Indireta e Pura) e Eutanásia Passiva

No que diz respeito à conduta do agente, podemos classificá-la em eutanásia por ação ou positiva e eutanásia por omissão ou negativa; ou, ainda, em eutanásia ativa e passiva. Observando-se o fim perseguido pelo autor podemos, ainda, dividir a eutanásia ativa em: direta, indireta ou pura. Esta última modalidade já foi analisada quando discorríamos acerca

⁶ Asúa (1929); Pintos (1935); Amarante (*apud* MOURA, 1940); Menezes (1946); Soares e Monteiro (1948); Calón (1955); Mantovani (1991); Casabona (1994); Nogueira (1995); Martin (1998); Brito e Rijo (2000); Pessini e Barchifontaine (2000).

da classificação em relação à atitude tomada perante o curso vital, não acarretando maiores questionamentos.

A problemática circunscreve a confusão, que é feita por alguns doutrinadores, entre a modalidade ativa e a por ação; e a modalidade passiva e a por omissão, bem como entre a modalidade ativa e a direta; e a passiva e a indireta.

Gafo (1989, p. 54), ao abordar a distinção entre eutanásia ativa e passiva, entende ser o primeiro caso, a colocação em prática de uma ação médica positiva com a qual ou se acelera a morte de um enfermo ou se põe fim a sua vida. Aduz o autor que, de forma contrária, no caso da eutanásia negativa não há uma ação positiva, senão que simplesmente não se aplica nenhuma terapia ou ação que possa prolongar a vida do enfermo. A característica da eutanásia passiva ou negativa seria, portanto, segundo o autor em comento, a omissão, a não aplicação de uma terapia disponível.

Nesse mesmo sentido, é a posição traçada por Pessini e Barchifontaine (2000, p. 293) que alegam:

Distingue-se entre eutanásia ativa (positiva ou direta), de um lado, e passiva, de outro. No primeiro caso, trata-se de uma ação médica pela qual se põe fim à vida de uma pessoa enferma, por um pedido do paciente ou a sua revelia. É também chamada de morte piedosa ou suicídio assistido. A eutanásia passiva ou negativa não consistiria numa ação médica, mas na omissão, isto é, na não aplicação de uma terapia médica com a qual se poderia prolongar a vida da pessoa enferma.

Parece-nos oportuno apontar que os referidos autores, assim como outros que analisam a problemática em questão, equivocam-se, pois na eutanásia passiva também pode haver uma ação, uma vez que o agente pode frustrar a ocorrência de técnicas que já vêm sendo utilizadas, sem que com isso leve diretamente à morte. Essa morte pode advir por outros fatores proliferados em razão da ausência da aplicação dessas técnicas, portanto, indiretamente. Para elucidar a situação, apresentamos o exemplo do ocorrido com Karen Ann Quinlan,⁷ pois, mesmo após desconectarem os aparelhos que a mantinha com respiração

⁷ Karen Ann Quinlan, 21 anos de idade, ingressou na UTI do Hospital St. Clare de Denville, Nova Jersey, EUA, em estado de coma devido à ingestão de drogas e álcool na noite de 14 de abril de 1975. Imediatamente foi traqueotomizada e conectada a um respirador artificial. Exames neurológicos mostravam a irreversibilidade do processo e que a paciente permaneceria em estado vegetativo permanente. Os pais adotivos de Karen manifestaram o desejo de suspender os meios extraordinários – desproporcionais - de tratamento e que se deixasse a natureza seguir seu curso. O neurologista Robert Morse, bem como a direção do hospital, não aceitou essa posição. Os Quinlan buscaram solucionar a questão judicialmente, em 31 de março de 1976 o supremo tribunal de Nova Jersey decretou que Joseph Quinlan fosse o tutor de sua filha e decidiu que poderia exercer, em nome de Karen, o direito de liberdade de escolha, posicionando-se a favor de desconectar o respirador, bem como reconheceu, em uma sentença histórica, que Karen Ann Quinlan tinha o direito de morrer em paz e com dignidade. A decisão só foi levada à prática em 17 de maio daquele ano. Karen após a remoção do respirador, continuou vivendo, respirando por si mesma. Em 11 de junho de 1985, a jovem, há mais de dez anos em estado de coma profundo, faleceu, na casa de seus pais, devido à falha respiratória motivada por uma pneumonia aguda. A mãe lhe administrava alimentos através de uma sonda, o que prolongou sua vida, todavia declarou que por

artificial, (portanto, uma ação) levou dez anos para morrer; configurando-se, nesse contexto, uma eutanásia passiva por ação.

Nessa orientação é a posição de Lecuona (1997, p. 99), infradescrita:

Es importante no asimilar la distinción entre eutanásia activa y eutanásia pasiva a la distinción entre acción y omisión, pues aunque pudiera encontrar-se algún parentesco entre ellas, no son exactamente equivalentes. Un médico que desconecta el respirador de un paciente, por ejemplo, ciertamente está realizando una acción: está haciendo algo, a saber, retirando un aparato y por lo tanto dando muerte al paciente cuya vida dependía del mismo. Sin embargo, esa acción normalmente se clasificaría como un acto de eutanasia pasiva, puesto que sin el respirador la muerte del paciente sobreviene naturalmente, sin mayor intervención por parte del médico. Aquí, el médico no da muerte activamente a un paciente, sino que pasivamente le deja morir.⁸

Portanto, podemos confirmar com fulcro nas premissas de Lecuona (1997), que a *eutanásia passiva* é aquela em que alguém decide retirar de outra pessoa, com a finalidade de acelerar sua morte, os aparelhos ou medicamentos que a mantém viva, ou negar-lhe o acesso a tratamento que poderia prolongar sua vida, restando, dessa forma, a possibilidade de um agir positivo, bem como de um agir negativo.

Por *eutanásia ativa* concebe-se aquela que uma pessoa administra à morte a outra, podendo encurtar-lhe a vida diretamente- *eutanásia direta* - ou podendo o tempo de vida ser reduzido indiretamente através de medicamentos ministrados para aliviar a dor – *eutanásia indireta* também denominada *eutanásia de duplo efeito*.

No que tange à *eutanásia de duplo efeito*, Brito e Rijo (2000) a traduzem como uma aceleração da morte, dada como consequência indireta do emprego pelo médico de determinados fármacos, pela administração de doses altas que visam a aliviar a dor física, de um paciente terminal, causada por qualquer doença letal, mas, que, secundariamente, podem provocar um encurtamento da vida, isto é, podem ter como efeito indesejado: a morte.

alguns momentos pensou em retirar os tubos e parar com a alimentação, mas não o fez porque isso iria contra suas crenças de dar a sua filha uma morte sem sofrimento. A família optou por não protelar a morte de Karen, deixando-a, apenas, morrer em seu tempo, o que configura a prática da ortotanásia. Destacamos que as informações exaradas nesse caso têm por base os relatos de Léo Pessini e Christian de Paul de Barchifontaine em seu estudo intitulado “Problemas atuais de bioética” (2000, p. 296 e seguintes); de Marco Antônio Oliveira de Azevedo em “Bioética Fundamental” (2002, p. 31 e seguintes) e de Javier Gafo na obra “La Eutanásia: El derecho a una muerte humana”. (1989, p. 27 e seguintes), bem como diversas notícias divulgadas nos sites <http://supct.law.cornell.edu/supct/html/88-1503.Z.O.html> e <http://www.washingtonpost.com/wp-srv/national/longterm/supcourt/stories/die.htm>.

⁸ É importante não assemelhar a distinção entre eutanásia ativa e eutanásia passiva, a distinção entre ação e omissão, pois ainda que poderíamos encontrar algum parentesco entre elas, não são exatamente equivalentes. Um médico que desconecta o respirador de um paciente, por exemplo, certamente está realizando uma ação: está fazendo algo, a saber, retirando um aparelho e, portanto, dando a morte ao paciente cuja vida dependia do mesmo. Entretanto, essa ação normalmente se classificaria como um ato de eutanásia passiva, porque que sem o respirador a morte do paciente sobrevém naturalmente, sem maior intervenção por parte do médico. Aqui, o médico não da morte ativamente a um paciente, senão que passivamente lhe deixa morrer. (tradução nossa)

Ao discorrer sobre a modalidade retro, Faria (1997) denomina-a de *Agatanásia*, destacando ser o termo menos conhecido e raramente usado, em que pese ser largamente ministrado, pois tem o sentido de morte conseqüente ao duplo efeito medicamentoso, administrado o fármaco com a intenção de propiciar alívio ao paciente, mas que acaba por lhe acarretar a morte, não buscada intencionalmente.

1.1.4 Eutanásia Voluntária, Involuntária e Não Voluntária

As modalidades exaradas de eutanásia, bem como as demais a serem analisadas neste capítulo, podem, dependendo do caso, ocorrer ou com a anuência do enfermo ou a seu pedido, ou sem sua anuência ou, ainda, contra sua vontade, razão pela qual em face do consentimento do sujeito passivo a eutanásia divide-se em: voluntária, não voluntária e involuntária.

“A maior parte dos grupos que hoje fazem campanha por mudanças legais que permitam a prática da eutanásia orienta sua campanha para a defesa da *eutanásia voluntária*, ou seja, a eutanásia feita a pedido da pessoa que deseja ser morta” (SINGER, 1998, p. 186). “A *eutanásia voluntária* é a que se realiza a pedido do paciente ou com seu consentimento informado, expresso e consciente, por escrito, preferencialmente” (LECUONA, 1997, p. 104). Peter Singer (1998) assevera que, nessa modalidade, também se encontram as pessoas incapacitadas de manifestarem sua anuência no momento em que se encontram padecendo de enfermidade, mas que já o fizeram em momento anterior. São as palavras do autor:

Quando ainda tem boa saúde, uma pessoa pode pedir a eutanásia por escrito se, por acidente ou doença, tornar-se incapaz de tomar ou expressar a decisão de morrer, em decorrência de dor ou da privação de suas faculdades mentais, não havendo nenhuma esperança plausível de que venha a recuperar-se. Ao matar alguém que fez tal pedido, reafirmou-o diversas vezes e se encontra agora num dos estados que descrevemos, uma pessoa pode perfeitamente alegar que agiu com o consentimento de quem foi morto. (SINGER, 1998, p. 188).

Em oposição à eutanásia voluntária, há a *eutanásia involuntária*, que consiste na morte de uma pessoa em condições de consentir com a própria morte, mas não o faz, tanto porque não lhe perguntaram se quer morrer, quanto porque perguntaram e ela opta por continuar vivendo (SINGER, 1998). Essa morte advém sem que a vítima seja consultada se deseja ou não prosseguir vivendo, ou contra sua vontade de continuar vivendo, e dá-se, principalmente, nas modalidades econômica e eugênica⁹.

⁹ Em momento posterior, quando analisarmos a evolução histórica da aplicabilidade da eutanásia, perceberemos que essa modalidade foi aplicada em larga escala na Alemanha, durante o Período Nazista.

Essas duas definições abrem espaço para um terceiro tipo de eutanásia: a *eutanásia não voluntária*. Se um ser humano não é capaz de compreender a escolha entre a vida e a morte, a eutanásia não seria nem voluntária, nem involuntária, mas *não voluntária*. Dentre os incapazes de dar seu consentimento estariam incluídos os bebês que sofrem de doenças incuráveis ou com graves deficiências, também estão incluídas as demais pessoas que sofrem de doenças incuráveis ou graves deficiências, e os seres humanos, que por motivo de acidente, doença ou velhice, já perderam para sempre a capacidade de compreender o problema em questão, sem que tenham previamente solicitado ou recusado a eutanásia, nessas circunstâncias (SINGER, 1998).

1.1.5 Eutanásia Coletiva e Individual

Partindo para a esfera da quantidade e qualidade do sujeito ou dos sujeitos passivos que irão submeter-se às modalidades de eutanásia, Ferrando Mantovani (1991) apresenta uma classificação bastante ampla e abrangente, sobre a qual passamos a expor sumariamente.

Preliminarmente, o autor divide a eutanásia em *coletiva* e *individual*. A primeira, dotada de uma finalidade pública não consensual e subdividida nas seguintes modalidades: *Eutanásia eugênica*, entendida como aquela que propõe a eliminação da vida de indivíduos deformados, física ou psicologicamente, objetivando com isso melhorar a raça; *eutanásia econômica*, que pretende a eliminação sem dor dos doentes terminais, dos inválidos e dos velhos, a fim de livrar a sociedade do peso dos economicamente indigentes; *eutanásia criminal*, que consiste na eliminação indolor dos socialmente perigosos;¹⁰ *eutanásia experimental*, que, em nome de progresso médico ou científico, visa a admitir o sacrifício de vidas humanas; *eutanásia profilática*, que se propõe a aceitar a supressão indolor da vida de pessoas afetadas por doenças epidêmicas e *eutanásia solidária*, que permite o sacrifício de indivíduos em favor da vida ou saúde de outros.

A *eutanásia individualista*, também denominada por Mantovani de piedosa, expressa um sentimento de piedade em face das condições desfavoráveis em que se encontra a vítima; seu caráter é estritamente individual, podendo ser *consensual* ou *não consensual*, segundo

¹⁰ Brito e Rijo (2000, p. 29) compreendem essa modalidade de eutanásia como penal ou punitiva, isto é, aquela que surge nos países onde a pena de morte é admitida como castigo para crimes considerados mais graves. De nossa parte temos que a nomenclatura “eutanásia penal” ou “punitiva” seria mais adequada, pois a denominação “eutanásia criminal” pode acarretar uma interpretação equivocada, no sentido de que essa modalidade seria crime, não o sendo as demais. Todavia, ressaltamos que essa modalidade não se inclui no conceito de eutanásia, perfilado nesta pesquisa.

haja ou não o consentimento explícito do enfermo¹¹. Bifurca-se em eutanásia ativa e passiva, modalidades que já foram analisadas.

1.1.6 Eutanásia Precoce

Roxin (2000), Gafo (1989), Singer (1998) e Casabona (1994), dentre outros, adicionam às modalidades expostas a *eutanásia precoce*, apresentamos, portanto, suas definições para o vocábulo. Roxin (2000) a concebe como o fato de deixar morrer recém-nascidos gravemente deformados; não se tratando de um caso autêntico de eutanásia individual, pois a criança recém-nascida não possui vontade, e igualmente não é possível encontrar uma vontade presumida. A única possibilidade, conforme o doutrinador alemão, de permitir a interrupção do tratamento será através do estado de necessidade justificante¹², naquelas hipóteses em que o recém nascido, gravemente lesado, jamais adquirirá consciência, ou quando, segundo uma apreciação objetiva, as dores e aleijões aos quais tal pessoa está submetida superam claramente seu interesse em viver.

Uma tal medida possui a vantagem de manter objetivos eugênicos longe desta esfera. Ao invés de tais fins deve-se procurar, isso sim, a solução que, segundo nossa ciência e consciência, melhor corresponda ao interesse do recém nascido. Nessa ponderação igualmente deve ser levada em conta a atitude dos pais. (ROXIN, 2000, p. 37).

Devemos atentar ao fato de que a concepção de Roxin supra exarada dá-se dentro de sua aceção de eutanásia, que versa:

Por eutanásia entende-se a ajuda que é prestada a uma pessoa gravemente doente, a seu pedido ou pelo menos em consideração à sua vontade presumida, no intuito de lhe possibilitar uma morte compatível com a sua concepção de dignidade humana. Pode-se distinguir a *eutanásia em sentido estrito* quando a ajuda é prestada

¹¹ Nesse sentido comparar com a classificação da eutanásia em voluntária e não voluntária.

¹² Faz-se mister mencionar que ao abordar o estado de necessidade justificante Roxin está se referindo a Teoria Diferenciadora do Estado de Necessidade, consistente segundo Souza (1979) em dois possíveis e alternativos papéis que está ligado o estado de necessidade, quais sejam: “causa de inculpabilidade”, nos casos em que se sacrificam bens ou valores iguais aos que se salvam, ou até maiores, quando os protegidos pertencem ao próprio agente ou a um parente seu parente próximo e sempre que, ao agente, não seja exigível outra conduta; “causa de justificação” nas hipóteses de sacrifício de valores menores para a salvaguarda de valores maiores. Souza (1979, p. 46-47) assevera, ainda, que: “Na primeira hipótese, a ordem jurídica não aprova a conduta. Simplesmente nas circunstâncias concretas em que foi praticado o fato criminalmente típico, poderá encontrar um fundamento para a exculpação do autor, tendo em conta as condições de irresistível coação sob as quais haja atuado. Já no segundo caso, a resolução objetiva do conflito de interesses e bens, independentemente do exame das condições anímicas das partes nele envolvidas, far-se-á com apelo ao critério do escalonamento valorativo das realidades colocadas em confronto: será declarada lícita a ação que protegeu o bem mais valioso em detrimento do de menor valor, sempre que a lesão deste tenha sido absolutamente indispensável para a conservação do primeiro”. Destacamos, outrossim, que referida teoria não é adotada pelo Código Penal pátrio, sendo que entre nós vigora a Teoria Unitária, que não faz diferença entre Estado de Necessidade Justificante e Estado de Necessidade Exculpante, sendo, em ambos casos, tratado o Estado de Necessidade como excludente da ilicitude, nos moldes do inciso I do artigo 23 do diploma legal mencionado.

após o início do processo da morte, em casos, portanto, em que a morte com ou sem ajuda é iminente. Em *sentido amplo*, pode-se falar em eutanásia também quando se contribui para a morte de outra pessoa que, apesar de poder viver mais tempo, pretende – real ou presumidamente – pôr fim a sua vida, já tida como insuportável por causa do sofrimento causado pela doença. [...] Fora do conceito de eutanásia encontram-se aquelas hipóteses em que um doente é morto independentemente de sua vontade, ou é abandonado à morte pela ausência ou interrupção de tratamento. (ROXIN, 2000, p. 10).

Gafo (1989) assevera que, em virtude do próprio interessado ser incapaz de expressar sua própria vontade, é lógico considerar que seus pais ou representantes legais sejam os primeiros agentes da opção a ser tomada. Consoante aduz, é trasladar para o começo da vida a mesma filosofia vigente nas situações finais da existência, quando o próprio interessado se encontra inconsciente ou não é competente para tomar uma decisão sobre si mesmo. Todavia, Gafo (1989) enfatiza que o interesse dos pais nunca pode deixar de lado o princípio fundamental do respeito aos interesses do bebê. Singer (1998) entende ser a *eutanásia precoce* ou a morte de bebês uma situação que configura eutanásia não voluntária, devendo como tal ser tratada e sendo a qualidade de vida que se espera que o bebê tenha um fator importante para a decisão a ser tomada.¹³

Casabona (1994) alude que a função médica no âmbito pediátrico não deveria apresentar nenhuma diferença em relação ao seu exercício em adultos e, em conseqüência, as respostas jurídicas não haveriam de ser substancialmente divergentes, pois o autor considerara que, em qualquer caso, o valor da vida de uma criança é o mesmo do que da de um adulto. Não obstante, tem consciência das particularidades que envolvem um paciente que é criança, como, por exemplo, a impossibilidade de conhecer sua vontade e sua preferência; mas mesmo

¹³ No que alude ao pensamento de Singer (1998), cumpre mencionar que o autor possui posição peculiar no que concerne ao tratamento que deve ser dispensado aos bebês gravemente incapacitados, pois considera que o fato de um indivíduo ser um ser humano, no sentido de que pertence à espécie *Homo Sapiens*, não é relevante para configurar o erro de matá-lo; pelo contrário, são características como a racionalidade, a autonomia e a consciência de si que fazem uma diferença e, entende que os bebês não possuem essas características. Matá-los, portanto, não é coisa que se possa comparar a matar seres humanos normais, ou quaisquer outros seres que tenham consciência de si. Para o autor em comento a discussão entre tirar a vida de bebês deficientes e de bebês normais não se encontra em nenhum suposto direito à vida que os últimos tenham e os primeiros não, mas em outras considerações sobre o tirar a vida. Elenca dentre essas considerações a diferença que existe na atitude dos pais, pois considera que uma importante razão pela qual matar uma criança é quase sempre uma coisa terrível é o efeito que essa morte produz sobre os pais; aduz, ainda que os pais tem bons motivos para lamentar o nascimento de uma criança deficiente. Assevera que o fator mais importante para determinar a vida ou não de um bebê com grave deficiência é a qualidade de vida que se espera dele, porquanto, considera que os argumentos mais plausíveis para a atribuição do direito à vida a um ser só se aplicam se houver alguma consciência de si enquanto entidade que existe no tempo, ou enquanto eu mental dotado de continuidade. Por derradeiro, o autor ressalva que, a posição por ele assumida não implica que seria melhor que as pessoas nascidas com graves deficiências não devessem sobreviver; ficando apenas implícito, segundo Singer (1998, p. 199) que os pais dos bebês deveriam ser capazes de tomar essa decisão. Essa posição, também, não implicaria falta de respeito, ou de igual consideração pelos deficientes que hoje vivem as suas vidas de acordo com seus próprios desejos.

ciente de limitações como a exposta, acredita que devemos aplicar as crianças tratamento que tenha por base as regras aplicadas aos adultos.

1.2 EUTANÁSIA, MISTANÁSIA, DISTANÁSIA, AGATANÁSIA E ORTOTANÁSIA: CONVERGÊNCIAS E DIVERGÊNCIAS

A dificuldade de conceituação não reside apenas em delimitar o que é a Eutanásia, ou quais suas modalidades. É tarefa árdua, também, para os doutrinadores distingui-la de termos que, aparentemente, são semelhantes, mas que, por vezes, expressam uma significação extremamente diferenciada, tais como: Mistanásia, Distanásia, Agatanásia e Ortotanásia, os quais serão analisados a seguir:

1.2.1 Mistanásia

A *Mistanásia*, freqüentemente denominada de *eutanásia social*, é a morte miserável fora e antes de seu tempo (MARTIN, 1998, p. 174). Etimologicamente tem origem do grego e deriva do prefixo “mis” que significa infeliz e do substantivo “thánatos” equivalente à morte, significando a morte miserável. Difere da Eutanásia, pois enquanto esta se preocupa com a morte sem sofrimento do ser humano e a maneira mais adequada de lidar com isso, a Mistanásia é o desprezo pela vida humana, é a não valoração da vida através de um total desrespeito à dignidade da pessoa humana. Segundo nos ensina Martin (1998), são três as suas principais modalidades: a que ocorre com doentes e deficientes que não chegam a ser pacientes; a causada em pacientes vítimas de erro médico e a ocasionada em pacientes vítimas de má prática.

1.2.2.1 Mistanásia em doentes e deficientes que não chegam a ser pacientes

Frisa-se que, na América Latina, a forma mais comum de *mistanásia* é a que ocorre em doentes e deficientes que não chegam a ser pacientes, dada através da omissão de socorro estrutural que atinge milhões de doentes durante sua vida inteira e não apenas nas fases avançadas e terminais de suas enfermidades. A ausência ou precariedade de serviços de atendimento médico, em muitos lugares, garante que pessoas com deficiências físicas ou

mentais ou com doenças que poderiam ser tratadas morram antes da hora, padecendo enquanto vivem dores e sofrimentos, em princípio, evitáveis (MARTIN, 1998).

Nessa senda, releva exarmos as considerações de Pessini (2004, p. 211) tangentes à problemática que se apresenta:

Numa sociedade em que recursos financeiros consideráveis não conseguem garantir qualidade no atendimento, a grande e mais urgente questão ética que se apresenta diante do doente pobre na fase avançada de sua enfermidade não é a eutanásia, nem a distanásia, destinos reservados para os doentes que conseguem quebrar as barreiras de exclusão e tornar-se pacientes, mas sim a mistanásia, destino reservado aos jogados nos quartos escuros e apertados das favelas, ou nos espaços mais arejados, embora não necessariamente menos poluídos, embaixo das pontes das nossas grandes cidades.

1.2.1.2 Mistanásia em pacientes vítimas de erro médico

Outra modalidade de *mistanásia* é a que ocorre em pacientes vítimas de erro médico e alude aos doentes que conseguem ser admitidos como pacientes, seja em consultórios particulares, em postos de saúde, seja em hospitais, para, em seguida, se tornarem vítimas de erro médico, que pode ocorrer por imperícia, imprudência ou negligência (MARTIN, 1998).

Nessa senda, França (2001) destaca que é necessário distinguir o erro médico do acidente imprevisível e do mal incontrolável.

O erro médico, quase sempre por culpa, é uma forma atípica e inadequada de conduta profissional que supõe uma inobservância técnica, capaz de produzir um dano à vida ou à saúde do paciente. É o dano sofrido pelo paciente que possa ser caracterizado como imperícia, imprudência ou negligência do médico, no exercício regular de suas atividades profissionais. Devem ser levados em conta as condições de atendimento, a necessidade da ação e os meios empregados. No acidente imprevisível há um resultado lesivo, supostamente derivado de caso fortuito ou força maior, à integridade física ou psíquica do paciente durante o ato médico ou em face dele, porém incapaz de ser previsto e evitado, não só pelo autor, mas por outro qualquer em seu lugar. O mal incontrolável seria aquele decorrente de uma situação grave e de curso inexorável. Ou seja, aquele cujo resultado danoso proveniente de sua evolução, em que as condições atuais da ciência e a capacidade profissional ainda não ofereceram solução. (FRANÇA, 2001, p. 439-440).

Com fulcro no exposto, temos que o erro médico pode ocorrer, a princípio, por: imprudência, negligência ou imperícia. A imprudência médica ocorre quando o médico age sem a cautela necessária. Imprudente é aquele cujo ato ou conduta são caracterizados pela audácia, intempestividade, precipitação ou inconsideração. A imprudência tem caráter comissivo. A negligência médica caracteriza-se pela inação, indolência, desleixo, passividade, torpidez. É a falta de observância aos deveres que as circunstâncias exigem. É um ato omissivo. Considera-se imperícia a falta de observação das normas, por despreparo prático ou

por insuficiência de conhecimentos técnicos. É a carência de aptidão, prática ou teórica, para o desempenho de uma tarefa técnica. Chama-se ainda imperícia a incapacidade ou a inabilitação para exercer determinado ofício, por falta de habilidade ou pela ausência dos conhecimentos elementares exigidos numa profissão (FRANÇA, 2001)¹⁴.

1.2.2.3 Mistanásia em pacientes vítimas de má prática médica

A *má prática* concerne à utilização da medicina, pelo médico e/ou seus associados, livremente e de propósito, para atentar contra os direitos humanos de uma pessoa em benefício próprio ou não, prejudicando direta ou indiretamente o doente a ponto de menosprezar sua dignidade e provocar uma morte dolorosa e/ou precoce (MARTIN, 1998). Trata-se de conduta cruel, totalmente incompatível com a finalidade que deve ser almejada pelo médico, qual seja: o bem estar de seus pacientes. A malícia da conduta consiste no uso maldoso da medicina contra o ser humano, ou para tirar proveito dele.

A grande diferença entre a mistanásia por erro médico e a mistanásia por má prática se encontra na diferença entre a fraqueza humana e a maldade. O erro, mesmo culposos, por causa da presença dos fatores imperícia, imprudência ou negligência, é fruto da fragilidade e da fraqueza humana e não de uma intenção proposital de prejudicar alguém. A má prática, porém, é fruto da maldade.

(...)

A malícia aqui consiste no uso maldoso da medicina contra o ser humano ou para tirar proveito dele, em lugar de usá-la para promover seu bem estar. (PESSINI, 2004, p. 215-216).

A exemplo desta modalidade temos, além do já citado caso do Holocausto, as hipóteses de se tirar órgãos vitais de pacientes antes que tenham morrido; o desvio de verbas destinadas à alimentação e acompanhamento de doentes ou idosos e que lhes deixem numa situação de miséria, capaz de provocar uma morte indigna e antes da hora e o caso de profissionais da área médica ou enfermeiros que, em face de dificuldades pessoais em

¹⁴ Com base nos conceitos expostos, França (2001) aduz que diagnóstico errado não é o mesmo que imperícia. Destaca que o médico, como todas as pessoas, tem que aprender através da experiência e da observação. Assim, numa dessas eventualidades, o erro não pode ser considerado sinônimo de imperícia. Existe, segundo o autor, até aquilo que chamamos de “erro honesto”. Pune-se apenas o erro evitável que, em todas as circunstâncias, está caracterizado pela negligência ou pela imprudência. Nesse contexto, França (2001) cogita da existência apenas de imperícia ou imprudência quando estivermos falando de erro médico. Bitencourt (2003), ao abordar a distinção entre negligência, imprudência e imperícia, ressalta que a última não se confunde com o erro profissional, pois esse é um acontecimento escusável, justificável e, de regra, imprevisível, que não depende do uso correto e oportuno dos conhecimentos e regras da ciência. Destaca, outrossim, que esse tipo de acidente não decorre da má aplicação de regras e princípios recomendados pela ciência. Deve-se à imperfeição e precariedade dos conhecimentos humanos, operando, portanto, no campo do imprevisto e transpondo os limites da prudência e da atenção humanas. Em que pese, a riqueza do debate possível em torno desse tema, não vislumbramos nos deter nesse ponto, apenas apresentar de forma sucinta a problemática que se apresenta.

conviver por longos períodos com pacientes terminais, por conta própria, muitas vezes contra a vontade dos pacientes, lhes administram medicamentos capazes de apressar o óbito.

Estes casos de mistanásia, que, equivocadamente, são considerados por algumas pessoas como situações eutanásicas, podem, ainda ser chamados de “cacotanásia”, no qual o prefixo “*Kakós*” designaria a morte ruim. Nesse sentido, Fernández (2000) destaca que embora o nome cacotanásia não seja muito eufônico, tem a vantagem de distinguir os casos em que a morte do doente é consumada a sua revelia, e a verdadeira eutanásia, tal como a defendem as associações favoráveis a essa prática.

1.2.2 Distanásia

Sua origem etimológica provém do prefixo grego “*dys*”, que significa afastamento e do substantivo “*thánatos*” equivalente à morte, e consiste em atrasar o máximo possível, recorrendo a todos os meios, o momento da morte. Em que pese parecer simples, a concepção apresentada, a conceituação de distanásia, assim como a de eutanásia, é extremamente complexa. Portanto, faz-se mister distinguir os valores e questões envolvidas no debate entre ambas.

Enquanto a eutanásia se preocupa prioritariamente com a qualidade da vida humana, na sua fase final – eliminando o sofrimento – a *distanásia* se dedica a prolongar ao máximo a quantidade de vida humana, combatendo a morte como o grande e último inimigo. “Na eutanásia, a preocupação maior é com a *qualidade* da vida remanescente, na distanásia a tendência é se fixar na *quantidade* desta vida e investir todos os recursos possíveis em prolongá-la ao máximo” (PESSINI, 2004, p. 268).

A problemática da *distanásia*, também denominada de obstinação terapêutica, intensificação terapêutica ou tratamento fútil e inútil é polêmica, controversa. Existe unanimidade em se admitir que o problema é real e precisa ser solucionado, mas não há um consenso sobre sua definição terminológica.

Pessini (2004, p. 252) a entende como: “uma ação, intervenção ou procedimento médico que não atinge o objetivo de beneficiar a pessoa em fase terminal e que prolonga inútil e sofridamente o processo de morrer, procurando distanciar a morte”. Brito e Rijo (2000, p. 34-35), na busca de conceituá-la, afirmam:

Há quem chame a *Distanásia* de *intensificação terapêutica*, dada a agonia prolongada de que o doente padece. Trata-se de uma morte com sofrimento físico ou psíquico do indivíduo lúcido. É considerada uma forma de prolongar a vida de modo artificial, sem perspectiva de cura ou melhoras. Neste sentido pode se confundir com

futilidade que é definida em função da relação existente entre tratamento, terapêutica e cuidado, ou seja, um tratamento é considerado fútil quando tem poucas probabilidades de ter benefício terapêutico. No entanto, as ações que visam o cuidado do paciente nunca são fúteis. São *distanásicas* as situações médicas criadas pelo emprego de novas técnicas terapêuticas de reanimação, e consistem, essencialmente, em prolongar o mais possível a vida do doente terminal, sem esperança de recuperação, retardando a sua morte. Para tal, são utilizados, não só todos os meios denominados ordinários, mas também os extraordinários. A finalidade essencial é retardar o mais possível uma morte iminente e inevitável. As situações *distanásicas* só se tornaram, e continuam a ser possíveis, graças aos extraordinários e incríveis avanços da tecnologia médica, que, por exemplo, chega ao ponto de conseguir substituir mecanicamente as funções cardio-pulmonares dos pacientes¹⁵.

Ajuda-nos a entender melhor a problemática da distanásia situá-la, consoante aduz Pessini (2004, p. 268):

na transição da medicina como arte, nas suas expressões pré-modernas para a medicina como técnica e ciência, na sua expressão mais moderna. A saúde se define em termos de ausência de doença e o grande inimigo a derrotar é a morte. O importante é prolongar ao máximo a duração da vida humana; a qualidade desta vida, um conceito de difícil mediação para a ciência e a tecnologia, passa para segundo plano. A questão técnica, nesta ótica, é como prolongar os sinais vitais de uma pessoa em fase avançada de sua doença e cuja terminalidade se constata a partir de critérios objetivos, como por exemplo, a falência progressiva e múltipla dos órgãos.

No nível da compreensão ideal da distanásia, existe a concordância em se rejeitar um tratamento médico quando este se tornou fútil e inútil e, mais que prolongar a vida com esperança de cura, prolonga um doloroso processo de morrer. A dissensão acontece, quando no contexto clínico, não temos concordância sobre uma definição precisa e objetiva e quando determinada intervenção se torna de fato distanásica diante de cada caso clínico que se apresenta. Para além de ser um problema técnico, é um desafio ético (PESSINI, 2001).

Nessa senda temos que a abertura de horizontes para procedimentos éticos que evitem a distanásia é a distinção entre terapia e cuidados normais. Cuidar do asseio do paciente, do seu conforto e de sua alimentação, na medida em que pode ser tolerada via oral, constituem, sem dúvida, cuidados normais. Ademais constituem uma necessidade, pois a sua desconsideração implicaria flagrante desrespeito à pessoa humana, podendo configurar a prática de mistanásia. Nesse escopo Martin (1998, p. 189) acrescenta:

A obrigação ética de recorrer a qualquer outro procedimento que constitui ato médico ou terapêutico, incluindo, a meu ver, alimentação artificial, precisa ser avaliada à luz da proporcionalidade entre o ônus para o paciente e para os responsáveis pelo seu bem estar e os benefícios que razoavelmente possam ser previstos. Não há nenhuma obrigação de iniciar ou continuar uma intervenção

¹⁵ Similar é o retrato feito por Martin (1998) que atribui aos avanços tecnológicos e científicos e aos sucessos no tratamento de tantas doenças e deficiências humanas as causas que levaram a medicina a se ocupar cada vez mais com a cura de patologias e colocar em segundo plano as preocupações mais tradicionais com o cuidado do portador das patologias

terapêutica quando o sofrimento ou o esforço gasto são desproporcionais aos benefícios reais antecipados. Neste caso, não é a interrupção que provoca a morte da pessoa, mas a patologia previamente existente.

No seu âmago a distanásia distorce os objetivos da medicina, pois reduz a vida à sua dimensão biológica, negando a dimensão da mortalidade e da finitude, características constitutivas dos seres humanos. Essa perspectiva valoriza a vida somente em sua dimensão físico corporal e esquece as demais dimensões constitutivas da pessoa, portanto da vida humana.

A onipotência técnico-científica a serviço da ciência médica criou a ilusão da saúde perfeita que vence todas as doenças e imperfeições. Como conseqüência, não aceita nenhum fracasso diante da doença e da morte. Recorre-se, obstinadamente, a todos os meios possíveis para preservar, ao menos, a aparência de vida. No fundo, a distanásia sacrifica a dignidade humana no altar da ideologia tecnociência endeusada (cientisismo e tecnolatria), que se transformou num ídolo a ser cultuado. Essa atitude terapêutica vê mais a doença da pessoa do que a pessoa doente! (PESSINI, 2001).

1.2.3 Agatanásia

O termo *agatanásia*, embora não muito usado, encontra-se presente na praxis médica com freqüência, pois conforme nos ensina Faria (1997, p. 252) “tem o sentido de morte conseqüente ao duplo efeito medicamentoso, administrado o fármaco com a intenção de propiciar alívio ao paciente, mas que acaba por lhe acarretar a morte não buscada intencionalmente”. Trata-se, portanto, da eutanásia de duplo efeito, também denominada de eutanásia ativa indireta.

1.2.4 Ortotanásia

O termo “ortotanásia” tem origem etimológica grega, provendo do prefixo “orthós”, que significa normal, correta e do substantivo “thánatos” equivalente à morte, significando o morrer corretamente, humanamente. Pode-se, ainda, nomeá-la de antidistanásia, pareutanásia e eutanásia passiva, configurando a morte natural decorrente da não utilização ou da interrupção de tratamento terapêutico, cuja aplicação ou permanência seria inútil, em se tratando de quadro clínico irreversível.

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

Corroborando esse entendimento, Dias (1975, p.22) assevera que “a *ortotanásia* é a circunstância de o doente estar incurso já em um processo que, segundo o conhecimento humano e um razoável juízo de prognose médica, conduzirá imediatamente e sem remissão à morte”. Nestes casos, consoante defende o autor mencionado, o médico não é obrigado a intervir no sentido de prolongar a vida do paciente para além do período natural salvo se tal lhe for expressamente pedido pelo doente.

De nossa parte, concebemos a ortotanásia como uma morte indireta a qual se chega como forma de respeito à dignidade do paciente, que ademais de sua enfermidade não necessita ser tratado como “objeto” de obstinações terapêuticas, devendo sempre ser tratado como um fim em si mesmo e não como meio.

1.3 SUICÍDIO, SUICÍDIO ASSISTIDO, HOMICÍDIO E HOMICÍDIO PIEDOSO: DIFERENCIAÇÕES

1.3.1 Suicídio e Suicídio Assistido

Etimologicamente a palavra suicídio procede do Latim e é composta pelos vocábulos “sui” que significa si mesmo e “caedere” que consiste na ação de matar, sendo, portanto, o assassinato ou a morte de si mesmo. Em que pese sua origem etimológica restringi-lo a uma conduta positiva – ação de matar – temos que este possa dar-se por ação ou omissão. Nesse mesmo sentido, é a posição de Durkheim (2000, p. 11), infra:

entre as diversas espécies de mortes, há as que apresentam a característica particular de serem feitas da própria vítima, de resultarem de um ato cujo paciente é o autor; e, por outro lado, é certo que essa mesma característica se encontra na própria base da idéia que comumente se tem do suicídio. Pouco importa, aliás, a natureza intrínseca dos atos que produzem esse resultado. Embora, em geral, o suicídio seja representado como uma ação positiva e violenta que implica um certo emprego de força muscular, pode acontecer que uma atitude puramente negativa ou uma simples abstenção tenham a mesma consequência. A pessoa tanto se mata recusando-se a comer como destruindo-se a ferro e fogo.

Nesta senda, a eutanásia deve ser diferenciada do *Suicídio*, pois esse é a destruição da própria vida diretamente procurada pelo sujeito interessado, através de uma ação ou de uma omissão voluntárias, independentemente de seu estado de saúde, pode ser ou não um doente terminal (BRITO; RIJO, 2000). Ademais, em que pese o termo “suicídio assistido” ser largamente utilizado como sinônimo de eutanásia, ou para abordar a ajuda a morrer dada a enfermos, sob sua denominação encontram-se amparadas outras modalidades de suicídio, conquanto o agente não atinja seu fim sozinho, e não apenas o suicídio de pessoas enfermas. Nesse diapasão é a manifestação de Brito e Rijo (2000, p.39) que compreendem o *Suicídio Assistido* como “aquele que ocorre quando uma pessoa que não consegue concretizar a sua intenção de morrer sozinha, solicita o auxílio de outra”.

De nossa parte, temos que a eutanásia considerada de forma ampla não pode ser equiparada conceitualmente ao suicídio, nem mesmo ao suicídio assistido, embora, em alguns casos, guarde proximidade com estes. Como já foi demonstrado previamente, concebemos apenas que a eutanásia na sua modalidade autônoma pode ser equiparada para fins jurídico-penais ao suicídio propriamente dito por configurar uma espécie do qual o suicídio é o gênero.

Nesse contexto, faz-se mister asseverar que, embora o suicídio seja penalmente atípico, no ordenamento jurídico penal pátrio, a intervenção de terceiro que contribua para o ato não o é, pois existe a previsão como crime da instigação, do induzimento e do auxílio ao suicídio, contanto que o ato se consuma, ou se da tentativa resultar lesão corporal grave¹⁶.

Induzir significa inspirar, incutir, persuadir, suscitar o surgimento de uma idéia, tomar a iniciativa intelectual, fazer brotar, emergir, surgir no pensamento de alguém uma idéia até então inexistente. É a proposta do ato, pois pressupõe a iniciativa na formação da vontade de outrem. Segundo leciona Bitencourt (2004, p. 120), “por meio da indução, o indutor anula a vontade de alguém, que, finalmente, acaba suicidando-se; logo, a intervenção daquele é que decide o resultado final”.

Instigar por sua vez significa animar, incitar, estimular, reforçar uma idéia existente. O instigador impulsiona, de modo decisivo, uma vontade pré-existente, limitando-se, portanto, a provocar a resolução de vontade da indigitada vítima, não tomando parte nem na execução, nem no domínio do fato. A instigação tem caráter secundário ou acessório, ou de adesão ou estímulo a um propósito já concebido.

Tanto no induzimento, quanto na instigação é a própria vítima que se auto-executa. Dessa forma o induzimento e a instigação são espécies de “participação moral”, pois em

¹⁶ Cf. nota 02 deste capítulo.

ambos os casos o sujeito ativo age sobre a vontade do autor do suicídio, quer provocando para que surja nele a vontade de cometer o crime, quer estimulando a idéia existente, influenciando moralmente para a prática do delito. Em contrariedade com as duas modalidades anteriores, prestar auxílio representa uma “participação” ou contribuição material do sujeito ativo, que pode ser materializada mediante um comportamento, um auxílio material (BITENCOURT, 2004).

Entretanto, nada impede que o auxílio ao suicídio dê-se sob a forma de omissão, desde que o agente tenha o dever jurídico de impedir o resultado, consubstanciando um delito comissivo por omissão. Nessa seara é a posição exarada por Bitencourt (2004, p. 124), pois o autor leciona que “equivoca-se a orientação que não admite o auxílio ao suicídio sob a modalidade omissiva. Deixar de impedir a ocorrência de um evento que se tem o dever jurídico de evitar é, com certeza, uma forma de prestar auxílio”.

1.3.2 Homicídio e Homicídio Piedoso

O vocábulo homicídio é oriundo de “*Hominis excidium*”, que significa a morte injusta de um homem praticada por outro homem. O *homicídio* consiste na abreviação do curso vital extra-uterino de alguém levado a efeito por outrem. Dessa forma, difere do suicídio, pois neste o agente põe termo à própria vida e no homicídio é outrem que o faz.

Corroborando a afirmação supra, temos a posição de Günther Jakobs (2003a, p. 48) que destaca:

executa um suicídio quem se mata com a própria mão, porquanto, atua em último lugar em provocar a própria morte. Como conseqüência, a entrega de uma arma para que o receptor mate a si mesmo com ela, de própria mão, como último atuante, é participação em suicídio, enquanto o uso mortal da arma “contra” quem o pede configura um homicídio a pedido.

Na legislação pátria, o Codex Repressivo define o homicídio como: “Matar alguém”, podendo, levando em consideração as circunstâncias e peculiaridades concretas, ser tipificado como simples, privilegiado ou qualificado, todos tipos dolosos, ou em homicídio culposo se presente: negligência, imprudência ou imperícia.¹⁷

¹⁷ Consoante o Código Penal Brasileiro as modalidades de Homicídio são as seguintes:

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

Caso de diminuição de pena: Art. 121, § 1º. Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

Homicídio Qualificado: Art. 121, § 2º. Se o homicídio é cometido:

I – mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe;

II – por motivo fútil;

Dentre as modalidades de homicídio, previstas no Código Penal pátrio¹⁸ é, via de regra, considerada a privilegiada como abrigo do homicídio piedoso, morte libertadora, sendo voluntária, ou não voluntária; porquanto, verifica-se, dentre as possibilidades do “homicídio privilegiado”, o agente cometer o crime por motivo de relevante valor social ou moral, situação na qual grande parte da doutrina enquadra a conduta do agente que impellido por piedade e compaixão, a pedido da “vítima” ou em seu benefício, causa-lhe a morte.

1.4 MEIOS ORDINÁRIOS E EXTRAORDINÁRIOS E MEIOS PROPORCIONAIS E DESPROPORCIONAIS NA APLICAÇÃO DE TERAPIAS

A discussão quanto à aplicabilidade ou não da eutanásia, bem como de situações análogas é complexa, emergindo vários pontos a serem discutidos, sob vários vieses, bem como remanescendo questões paralelas, porém inerentes à problemática que se apresenta. Uma dessas questões que temos por oportuno discorrer tange à definição de quando uma determinada intervenção médica não mais beneficia o doente em estado crítico, terminal, em estado vegetativo persistente, ou neonato concebido com seríssimas deficiências congênitas; e torna-se, portanto, fútil e inútil, consubstanciando-se em obstinação terapêutica.

Na seara do exposto, parece-nos oportuno trazer as colocações de Borges (2001, p. 284) ao discorrer sobre considerações de Baudouin:

A “obstinação terapêutica” pode ser definida como “uma prática médica excessiva e abusiva decorrente diretamente das possibilidades oferecidas pela tecnociência e como fruto de uma teimosia de estender os efeitos desmedidamente, em respeito à condição da pessoa doente”. Há situações em que os tratamentos

III – com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum;

IV – à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro meio que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;

V- para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;

Pena: reclusão de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Art. 121, § 3º. Se o homicídio é culposo: Pena – detenção de 1 (um) a 3 (três) anos.

Aumento de pena: Art. 121, § 4º. No homicídio culposo, a pena é aumentada de um terço, se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato auxílio a vítima, não procura diminuir as conseqüências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante. Sendo doloso o homicídio, a pena é aumentada de um terço, se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (catorze) anos.

Art. 121, § 4º. Na hipótese de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as conseqüências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária.

¹⁸ Nesse sentido, conferir o item 39, primeira parte, da Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal, que versa *ipsis litteris*: “Ao lado do homicídio com pena especialmente agravada, cuida o projeto de homicídio com pena especialmente atenuada, isto é, o homicídio praticado ‘por motivo de relevante valor social ou moral’ ou ‘sob o domínio de emoção violenta, logo em seguida a injusta provocação da vítima’. Por ‘motivo de relevante valor social ou moral’, o projeto entende significar o motivo que, em si mesmo, é aprovado pela moral prática, como por exemplo, a compaixão ante o irremediável sofrimento da vítima (caso de homicídio eutanásico), a indignação contra um traidor da pátria, etc”.

médicos se tornam um fim em si mesmos e o ser humano é simplesmente ignorado. A atenção tem seu foco no procedimento, na tecnologia, não na pessoa que padece. Nessas situações o paciente sempre está em risco de sofrer medidas desproporcionais, pois os interesses da tecnologia deixam de estar subordinados aos interesses do ser humano. Nesse momento, “em uma época consciente, mais que nunca, dos limites do científico e das ameaças de atentado à dignidade humana, a obstinação terapêutica surge como um ato profundamente anti-humano e atentatório à dignidade da pessoa e aos seus direitos mais fundamentais”.

Vislumbrando dirimir esse conflito, que se apresenta especialmente como forma de delimitar o contexto da atuação distanásica e da ortotanásia, já anteriormente abordadas, surgiram conceitos como meios ordinários e extraordinários, meios proporcionais e desproporcionais, os quais, passamos a analisar¹⁹.

Consoante aduz Sgreccia (1996, p. 620), desde os tempos do Papa Pio XII se falava de meios terapêuticos “ordinários” e “extraordinários” e se dava esta diretriz: “é obrigatório o emprego de meios ordinários para amparo ao moribundo, mas pode-se renunciar licitamente, com o consentimento do paciente, e a pedido, aos meios extraordinários, mesmo quando essa renúncia determina a antecipação da morte”. Prossegue o autor asseverando que o caráter extraordinário era definido em relação ao aumento do sofrimento que esses meios poderiam apresentar ou aos custos, bem como à dificuldade de acesso para todos os que os podiam solicitar. Os progressos da medicina tornaram difícil essa distinção, porquanto muitos meios que ontem eram considerados extraordinários, tornam-se ordinários. Por isso talvez, cogita Sgreccia (1996), alguns autores preferiram falar em meios proporcionais ou desproporcionais ao invés de meios ordinários ou extraordinários.

Andorno ([199-?], p. 153-154) justifica essa tendência da seguinte forma:

En medicina, ordinario es sinónimo de habitual o rutinario. En ética, en cambio, un tratamiento es ordinario cuando no implica una carga especialmente gravosa para el paciente, teniendo en cuenta sus circunstancias particulares. Así, por ejemplo, para alguien que sufre una insuficiencia renal, la hemodiálisis será normalmente un medio ordinario, desde el punto de vista médico y ético. Pero si la insuficiencia es definitiva y el paciente de edad muy avanzada, tal tratamiento puede convertirse en un medio extraordinario. Igualmente, el costo excesivo del tratamiento puede también constituir una circunstancia que lo convierta en extraordinario. Por otra parte, para que un tratamiento sea considerado ordinario, es necesario que ofrezca una expectativa razonable o proporcionada de mejoramiento de la salud. Esto explica que, desde hace ya algunos años, existía la tendencia a hablar de medios proporcionados y desproporcionados, en lugar de ordinarios e extraordinarios.²⁰

¹⁹ Nesse diapasão Pessini (2001) destaca, ainda, a existência de outros termos como indicado/contra-indicado; escolhido/não-escolhido e útil/inútil ou fútil, todavia, não iremos nos deter nessa abordagem uma vez que as expressões mais usuais são: meios ordinários/extraordinários e proporcionais/desproporcionais.

²⁰ Em medicina, “ordinário” é sinônimo de habitual ou rotineiro. Em ética, ao contrário, um tratamento é ordinário quando não implica uma carga especialmente gravosa para o paciente, levando em consideração suas circunstâncias particulares. Assim, por exemplo, para alguém que sofre uma insuficiência renal, a hemodiálise será normalmente um meio ordinário, do ponto de vista médico e ético. Mas se a insuficiência for definitiva e o paciente de idade muito avançada, tal tratamento pode converter-se em um meio extraordinário. Igualmente o

Aprofundando essa diferenciação, Gafo (1989) traçou um paralelo para analisar a problemática, de acordo com as características infra elencadas:

1) É terapia ordinária se tratar de uma de uma terapia “abundante”, isto é, disponível em número significativo de casos. Pelo contrário, quando uma terapia for “escassa”, a tendência é considerá-la extraordinária.

2) É ordinária também, quando se trata de uma terapia “barata”, de custos econômicos reduzidos; enquanto que se “cara”, tende-se a incluí-la dentro dos meios extraordinários.

3) Um tratamento médico é considerado ordinário quando já foi aceito clinicamente, depois de haver passado por uma fase previa de experimentação; de forma diversa, quando o tratamento se encontra ainda em fase de experiência, se costuma incluí-lo dentro do capítulo do extraordinário.

4) A distinção entre ordinário e extraordinário se utiliza, também, para distinguir entre tecnologias habituais e altas, sofisticadas – *high technologies*; entre as que têm um caráter intrusivo, agressivo e as que não têm.

5) Igualmente, usa-se essa definição para distinguir terapias cuja aplicação é permanente e as que têm um caráter somente temporal, durante um prazo limitado de tempo.

6) Finalmente, a distinção entre ordinário e extraordinário relaciona-se com terapias cuja utilização é eticamente obrigatória – ordinárias – ou, pelo contrário, é opcional – extraordinárias.

Todas essas diferenças, consoante enfatiza Gafo (1989), encontram-se presentes de forma explícita, quando se distingue entre meios ou terapias ordinárias e extraordinárias, tanto em ambientes médicos como entre a opinião pública. As quatro primeiras características que o autor menciona se centram primordialmente ou exclusivamente nos traços que rodeiam uma determinada terapia. Isso conduziria à conclusão de que certa terapia, dentro da situação sanitária de um determinado país, é ordinária ou extraordinária de acordo com sua abundância, custos, caráter experimental e sofisticação.

custo excessivo do tratamento pode também constituir uma circunstância que o converta em extraordinário. Por outra parte, para que um tratamento seja considerado ordinário, é necessário que se ofereça uma expectativa razoável ou “proporcional” de melhoramento da saúde. Isso explica que, desde alguns anos, exista a tendência de se falar em meios “proporcionais” e “desproporcionais”, no lugar de “ordinários” e “extraordinários”.(tradução nossa).

Avaliando se os meios são ordinários ou extraordinários, em verdade, estamos analisando as características que possuem determinadas terapias, sendo que o que deveria ser indagado é se essas características são proporcionais ou não ao tratamento de cada enfermo individualmente, a sua situação particular.

As colocações retro apresentadas ademais de basear a distinção nas características que possuem tais meios, leva implícita a conclusão de que meios ordinários são eticamente obrigatórios, diferentemente dos extraordinários, que não seriam. (GAFO, 1989). Dessa forma, parece-nos mais adequado, seguindo a posição de Gafo, pautar a problemática em termos de meios proporcionais e desproporcionais, o que deveria ser analisado em face de cada caso que se apresentasse, tendo por fio condutor o respeito à dignidade da pessoa humana.

1.5 PROPOSIÇÕES NECESSÁRIAS

Por ilação ao exarado, são inúmeras as leituras possíveis acerca das diversas modalidades de eutanásia e termos análogos. A complexidade, e conseqüente fascinação das idéias e posições que emergem das diferentes formas de “dar a boa morte”, indicam a riqueza e pluralidade da matéria.

Nessa senda, é impossível falar em eutanásia sem remeter a diversas concepções, ora convergentes, ora divergentes; porquanto nem todas as formas do que se concebe como eutanásia exprimem “a boa morte”, “a morte doce”, “livre de dores e sofrimentos”. Muitas de suas ditas modalidades constituem, de fato, homicídios, muitas vezes qualificados, como já foi demonstrado, e será, ainda, elucidado no capítulo que aborda a evolução histórica da aplicabilidade da morte eutanásica.

Desta maneira, caracterizar o que denominamos de “eutanásia” não representa mero exercício lúdico acadêmico, mas sim se faz imprescindível para uma reflexão analítica e crítica das possibilidades concretas e atuais do que possa ser compreendido pela expressão “morte eutanásica”, bem como de quais situações merecem um tratamento analógico na esfera da bioética e do biodireito. Para tanto, ousamos formular uma proposta conceitual de eutanásia, para posteriormente delimitar as modalidades que serão analisadas e discutidas no presente estudo.

Assim, temos como eutanásia a morte sem dores ou sofrimento, que é viabilizada por médico ou enfermeiros sob suas ordens, a pessoa enferma, que sofre de mal incurável e dores

insuportáveis ou debilidade irreversível, causando um sofrimento desnecessário ou estado clínico não condizente com a dignidade da pessoa humana; com o consentimento livre e informado desta ou em seu benefício, quando não for possível obter o consentimento devido a sua condição física ou mental; não sendo relevante, para fins da conceituação proposta, a idade do sujeito passivo, nem se a morte ocorreu através de uma conduta comissiva (eutanásia positiva) ou omissiva (eutanásia negativa), bem como se foi através da suspensão (eutanásia passiva positiva) ou não viabilização de tratamento que poderia prolongar a vida (eutanásia passiva negativa) ou administrando-se diretamente a morte (eutanásia ativa direta) ou, ainda, encurtando o tempo de vida indiretamente através de medicamentos ministrados para aliviar a dor (eutanásia ativa indireta).

A primeira constatação que se impõe da proposta supra é reservar a expressão eutanásia para a morte viabilizada por médicos ou enfermeiros que estejam cumprindo prescrições médicas específicas para esse fim. Portanto, resta excluído do conceito de eutanásia perfilado neste estudo a morte a pedido, ou visando o melhor para o sujeito passivo, dada por familiares ou pessoas próximas e amigas cujo móvel era a piedade. Nesse caso, temos que o correto seria falarmos de homicídio piedoso ou misericordioso.

A distinção aludida tem fulcro na consideração da natureza do ato eutanásico para configuração de seu conceito. Dessa forma, consoante já demonstrado, no decorrer deste estudo, a sua natureza é de ato médico, sendo, portanto, diversas as conseqüências jurídico-penais da morte dada pelo médico²¹, enquanto ato eutanásico, e a morte misericordiosa dada por familiares ou amigos, o que será demonstrado pormenorizadamente em capítulo subsequente.

A segunda questão que podemos constatar do conceito exposto tange a exclusão da denominada “eutanásia autônoma” de nossa proposição conceitual, pois devido ao fato dessa modalidade constituir uma espécie do gênero suicídio, parece-nos irrelevante para discussão proposta neste estudo, pois sem relevo jurídico-penal; tendo importância apenas quando outrem contribuir auxiliando o suicídio, pois o suicídio assistido é análogo a eutanásia heterônoma, conquanto necessita da intervenção de terceiro para sua configuração.

²¹ Conforme já destacamos, aqui devemos englobar também a atuação de enfermeiros que estejam cumprindo ordens médicas específicas para o fim de causar a morte eutanásica, pois se o enfermeiro deixa de ministrar determinado medicamento cumprindo ordens do médico responsável por determinado paciente, ou ministra-lhe certa medicação, e isso acarreta sua morte, o enfermeiro será o sujeito ativo da eutanásia. É claro que devemos analisar nesta situação as regras do concurso de pessoas, para discutir sua atuação dolosa, o que será discutido em momento posterior.

No que concerne a eutanásia por morte provocada heterônoma, refutamos de sua abrangência a lenitiva ou pura, bem como a eugênica e a econômica, pois na primeira, embora seja dada a boa morte, a morte suave, não há alteração no curso vital, restando irrelevante, via de regra, jurídico-penalmente²²; nas últimas trata-se da eliminação arbitrária de vidas humanas o que configura o crime de homicídio.

É relevante mencionar que não há distinção etária em relação ao sujeito passivo, abrangendo também a modalidade precoce, bem como é imprescindível que a enfermidade seja incurável e dolorosa, ou a situação da pessoa não a possibilite levar uma vida digna.

Nesse contexto, restam excluídas de nosso estudo as hipóteses de pessoas que possuam debilidade irreversível ou doenças incuráveis, mas que não lhes cause um sofrimento desnecessário ou não vivam em estado clínico que desrespeite a dignidade da pessoa humana, a exemplo de pacientes aidéticos que, devido aos avanços na medicina, podem hoje levar uma vida quase sem restrições.

Devemos notar que a “morte suave” pode ocorrer através de uma ação do agente ativo ou de uma omissão sua; como de forma passiva ou ativa, sendo que essa última pode ser direta ou indireta. Nessa senda, no concernente ao fim perseguido pelo agente ativo da prática, a eutanásia pode ser classificada “latu sensu”, compreendendo as modalidades passiva e ativa, sendo a primeira equiparada neste estudo a ortotanásia, dada tanto por ação, a exemplo da retirada de suporte vital, como por omissão nos casos, por exemplo, de não implantação de técnicas terapêuticas. No que alude a modalidade ativa destacamos que, na forma indireta, ela é equiparada à agatanásia e na forma direta será denominada, por nós, de eutanásia “estrito sensu”, ou eutanásia propriamente dita.

Por derradeiro, enfatizamos que a Mistanásia é o desprezo pela vida humana, é a não valoração da vida através de um total desrespeito à dignidade da pessoa humana; ao passo que a Eutanásia, a Distanásia, Agatanásia e a Ortotanásia têm em comum a preocupação com a morte do ser humano e a maneira mais adequada de lidar com isso, residindo a distinção dessas situações na forma como se trata o homem no processo de sua morte, sendo que esse tratamento varia no tempo e no espaço, conforme iremos analisar no capítulo subsequente.

²² Nos moldes do já mencionado, essa modalidade terá relevo apenas quando os meios lenitivos forem ministrados contra a vontade do paciente, o que acarreta a mistanásia.

2 CONTEXTUALIZAÇÃO DA PROBLEMÁTICA INERENTE A EUTANÁSIA

Todas as coisas tem seu tempo...
 Há tempo de nascer, e tempo de morrer.
 Há tempo de matar e tempo de sarar.
 (Ecl 3, 1-3)

2.1 ESCORÇO HISTÓRICO DA APLICABILIDADE E PUNIBILIDADE DA EUTANÁSIA NO CENÁRIO INTERNACIONAL: NOÇÕES DA ANTIGUIDADE AOS TEMPOS HODIERNOS

A eutanásia tem sido um dos temas que mais ascendem paixões na humanidade, deixando de um lado seus enamorados defensores e de outro seus fervorosos opositores. As controvérsias acerca da problemática remontam a antiguidade, quando ela foi largamente praticada e aplaudida, nas suas mais variadas formas, bem como nas modalidades análogas, tais como: suicídio; suicídio-homicídio; suicídio assistido; homicídio a pedido e homicídio piedoso ou por compaixão, sem, contudo, ser pacífica sua admissibilidade.

Cumprido aludir que a maioria das antigas formas de expressão da eutanásia não se insere no conceito perfilado neste estudo, pois possuíam escopos eugênicos, econômicos ou religiosos, bem como, não rara, a crueldade dos meios utilizados colide com o que concebemos como a verdadeira finalidade eutanásica, qual seja: propiciar-se a “boa morte”, a “morte doce”, “suave”, “sem dores ou sofrimentos”. Porquanto, em seu sentido etimológico, consoante exaramos no capítulo anterior, a palavra deriva dos vocábulos gregos “eu”, prefixo que significa bom, e “thánatos”, substantivo equivalente à morte, e alude primeiramente ao 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 ser congregar todos os seus esforços para logra-lo, tal como um poeta dramático dedica-se arduamente ao êxito de sua derradeira obra (ASÚA, 1992, apud CARVALHO, 2001, p. 32).²³

²³ Em que pese a referência de CARVALHO (2001, p. 32) ao fato de ASÚA atribuir a Francis Bacon a concepção do vocábulo “eutanásia”, bem como o elevado número de autores que atribuem a ele a concepção do vocábulo, impõe mencionar que não logramos encontrar essa alusão nas edições de 1929 e 2003 da obra de Jimenez de Asua intitulada “Direito de Amar e Liberdade de Morrer”. Ademais, destacamos ser controversa a afirmação de Bacon ter cunhado o termo em comento. Nesse sentido, releva mencionar a posição de BRITO e RIJO (2000, p. 26) que asseveram: “Para muitos o vocábulo Eutanásia foi criado no século XVII pelo famoso inglês Francis Bacon ao estudar ‘O tratamento das Doenças Incuráveis’, título de um capítulo de uma das suas obras. Para outros, a expressão ‘Eutanásia’ terá surgido pela primeira vez, pela mão do historiador inglês, W. E.

Cumpra destacar que antes do advento do termo a humanidade já praticava, em larga escala, algumas das formas de eutanásia, porém, em algumas situações com sentido diverso do concebido hoje. A expressão vem sofrendo alterações no seu significado ao longo da história, de acordo com o fim objetivado, como podemos perceber nas passagens infradescritas.

Um dos primeiros casos de eutanásia que temos registro histórico positivo está descrito na Bíblia (DEL VECCHIO, 1928; RODRIGUES, 1993), no Antigo Testamento, I, Samuel, 31, 1-13 e II, Samuel, 1, 1-10, quando faz referência à batalha entre israelitas e filisteus, no Monte de Gelboé; mais especificamente no concernente a morte do rei Saul de Israel, que ferido gravemente pelos flecheiros, para não morrer pelas mãos de um filisteu, pediu a um de seus escudeiros que lhe cravasse sua espada. Como o escudeiro, recusou-se a atender o pedido do rei, ele mesmo buscou sua morte, jogando-se contra a própria lança. Entretanto, a morte tardava em chegar e o rei solicitou a um amalecita, que passava pelo local, o alívio de seu sofrimento. O amalecita, compadecido, atendeu a solicitação do rei e, posteriormente, apresentou-se a Davi para narrar o acontecido, aduzindo que o rei Saul não poderia mais viver depois de sua ruína. Davi, porém, determinou que o amalecita fosse morto, pois havia matado um “ungido de Jeová”. Percebe-se, assim, que a aceitabilidade da morte por piedade não era unânime nos tempos antigos.

Destaca Asúa (1929) que acabar com a vida de feridos em combate, a exemplo do que ocorrera com o rei Saul, foi um fato que atravessou a história, sendo que na Idade Média o curto punhal afiadíssimo que servia para rematar os que caíam nas lutas multitudinárias ou nos chamados Juízos de Deus recebia o nome de “*misericaordae*” – misericórdia. França e Maior (1991) afirmam que esse ato não tinha apenas o condão de evitar o sofrimento, mas também a desonra.

Na Índia legendária, os enfermos considerados incuráveis eram lançados, por suas próprias famílias, ao leito do rio Ganges, após terem sua boca e narinas vedadas com lama sagrada (FRANÇA e MAIOR, 1991) e, quando surgiam, periodicamente, as crises de fome na Índia, também, eram jogados os indivíduos considerados inúteis. Os principais responsáveis

H. Lecky em 1869, como sendo ‘a ação de induzir suave e facilmente a morte’, especialmente de doentes incuráveis ou terminais, tendo sempre em mente o mínimo de dor e sofrimento.’. Em face do exposto, cumpre mencionar que na edição brasileira da obra *Novum Organum e Nova Atlântida* da coleção “Os Pensadores” (1988) não aparece o referido termo. Por derradeiro, entretanto, destacamos que, dentre os pesquisadores que se propõe a estudar a evolução histórica da aplicabilidade e punibilidade de práticas eutanásicas, é majoritário o número dos que atestam ser Francis Bacon o criador do termo “eutanásia”, destacando-se entre eles SOARES e MONTEIRO (1940, p. 11); MOURA (1940, p. 29); CUELLO CALÓN (1955, p. 129); MARTINS (1957, p. 503); SOUZA (1994, p. 283); BIZATTO (2000, p. 13) e PESSINI (2004, p. 43).

pelas coisas ditas públicas reuniam esses indivíduos e tapavam-lhes as fossas nasais e a boca com limo sagrado e barro, lançando-os posteriormente ao rio (BRITO e RIJO, 2000). Ainda na Índia, os Brâmanes, visando à eugenia, abandonavam na selva as crianças, que dois meses depois do nascimento, lhes parecessem de má índole (SOARES E MONTEIRO, 1948).

Entre os celtas, achavam-se casos, não só de seleção, mas de outras práticas eutanásicas, porque não davam a morte unicamente às crianças disformes ou monstruosas, mas aos anciãos valetudinários. Assim como eles, vários povos pretéritos concretizavam o designo eutanásico através de dar a morte aos anciões doentes. O sentimento de dever filial impelia os masságetas, sardos, eslavos e escandinavos a precipitar a morte dos pais enfermos, que tivessem atingido uma idade extrema (ASÚA, 1929).

Para algumas tribos selvagens, o filho, como num ritual sagrado, era obrigado a comer parte do corpo de seu pai enfermo, o que a este proporcionava grande satisfação, pois sabendo que teria por sepultura o estômago do próprio filho, sua vida prosseguiria (RODRIGUES, 1993). Entre os batas da Sumatra, o pai já ancião, depois de ter convidado os filhos a lhe comerem a carne, deixa-se cair de uma árvore, como um fruto maduro, depois do que os parentes o matam e comem sua carne (SGRECCIA, 1996). Era, também, comum a prática, em algumas tribos antigas e grupos selvagens, por muitos deles conservada até hoje, que impunham a obrigação sagrada do filho de dar a boa morte – “morte branca” – ao pai velho e enfermo. No século XX, conservam ainda esse costume, selvagens fueguinos, os fidjanos, os batas e os neocaledônios (ASÚA, 1929).

Para os birmaneses, a prática de dar a morte aos velhos valetudinários e doentes desesperançados de cura, era feita com solenidade e pompas extraordinárias. O dia do sacrifício era considerado como dia de festa popular a cuja folgança acorria gente de todos os pontos da Birmânia (SOARES e MONTEIRO, 1948). Faz-se relevante mencionar, porém, que nesse ritual pomposo os idosos e enfermos incuráveis eram enterrados vivos (BRITO e RIJO, 2000).

No que concerne aos egípcios, atualmente temos relatos que nos falam de uma “academia”, fundada por Cleópatra e Marco Antônio, que tinha por objetivo fazer experiências sobre as maneiras menos dolorosas de morrer (BRITO e RIJO, 2000).

Os gregos, a priori, eram contrários ao suicídio e existiam tabus contra aqueles que atentassem contra a própria vida. Inclusive chegaram a definir o suicídio como uma ofensa contra o Estado, sendo imposto como castigo o costume de cortar a mão direita do suicida, enterrando-a em lugar separado do corpo, a privação do direito de cidadania a seus

descendentes e a desonra da família. Na idade dourada da razão, condenava-se o suicídio, na maioria dos casos, por lealdade ao Estado, ou por reminiscências do horror que causava aos gregos matar um semelhante (HUMPHRY e WICKETT, 1989). Martins (1957) menciona que, na idade de ouro grega nada era menos lúgubre que a morte.

Paralelamente e paradoxalmente, defendia-se na Grécia o venerado princípio da *Kalokagahia*, ideal de um perfeito equilíbrio entre o bem estar físico e mental. Dessa forma, os gregos aceitaram o conceito de eutanásia, que era a boa morte, e a enfermidade se converteu numa espécie de maldição. Em Ceos, havia o vetusto costume de exigir que as pessoas se suicidassem após completar sessenta anos, caracterizando uma pratica utilitarista (HUMPHRY e WICKETT, 1989). Os espartanos, do alto do monte Taijeto, lançavam os recém nascidos deformados e até anciãos, pois só viam em seus filhos futuros guerreiros que, para cumprirem tais condições, deveriam apresentar as máximas condições de robustez e força (FRANÇA, 2001).

Posteriormente, quando o Estado aprovou o suicídio, em Atenas, Ceos e Marselha, os magistrados dispunham de veneno para aqueles que desejassem morrer. A única exigência era uma permissão oficial do Senado (HUMPHRY e WICKETT, 1989).

Não obstante a larga escala em que ocorriam as práticas eutanásicas na Grécia, sua aplicabilidade não era admitida por todos. Entre seus opositores destaca-se Hipócrates, que, em seu juramento, o qual, posteriormente, serviu de base para a deontologia médica, afirmou: “Aplicarei os regimes para os bens dos doentes, segundo o meu saber e minha razão, e nunca para prejudicar ou fazer o mal a quem quer que seja. A ninguém darei, para agradar, remédio mortal nem conselho que o induza à destruição”. (PESSINI e BARCHIFONTAINE, 2000, p. 437).

Platão, destoante de Hipócrates, descreve, em sua *República* (2002), a necessidade de médicos e juízes que se limitem a tratar, dentre os cidadãos, os que forem bem constituídos de corpo e alma, deixando morrer os que fisicamente não estiverem nessas condições e mandando matar os que forem mal conformados e incuráveis espiritualmente. Ademais, comparando o gênero humano aos demais animais, considera que, da mesma maneira como estes últimos eram selecionados vislumbrando obter as melhores crias, também, deveria ser promovido o enlace de homens e mulheres mais aptos a gerar filhos robustos e úteis ao Estado.

Soares e Monteiro (1948) fazem alusão a uma sociedade de senhoras, existente na Grécia, com permissão de autoridades superiores, como o “Grande Sinédrio”, encarregadas de

amenizar o sofrimento dos moribundos. Para tal fim, aplicavam o “*Vino di Morian*” - vinho da morte, que possuía elevado poder anestésico.

Del Vecchio (1928) destaca que a prática de utilizar a bebida aludida, preparada a partir de raízes de mandrágora, como sonífero era conhecida em Atenas e Roma, por mérito do médico e botânico grego Dioscoride que a utilizava para produzir um sono intenso, durante o qual se poderia realizar operações cirúrgicas sem produzir dor. Esse vinho era dado aos condenados à crucificação, durante a ocupação romana na Palestina, para produzir um sono profundo e prolongado durante o qual o crucificado não sentia nem os mais cruentos castigos, e por fim caía em letargo passando à morte insensivelmente.

Nesse diapasão, faz-se relevante mencionar a morte de Jesus de Nazaré, no calvário, pois enquanto este estava crucificado e sedento, os soldados ofertaram-lhe uma esponja úmida que foi conduzida até sua boca. Jesus após tomar o líquido disse: “Tudo está cumprido”. E abaixando a cabeça rendeu o Espírito²⁴. Del Vecchio (1928), ao comentar esta passagem bíblica, traz a posição de alguns autores no sentido de que o gesto dos soldados em dar a Jesus uma esponja embebida em vinagre na ponta da lança, como ato de zombaria e crueldade, teria, na verdade, sido uma maneira de amenizar seu sofrimento, pois o que, em realidade, eles lhe estariam oferecendo seria, simplesmente, o “*Vino di Morian*”, como forma de misericórdia ante o penoso sofrimento.²⁵

Em que pese a prática misericordiosa de ofertar o vinho da morte aos crucificados, na Roma antiga, desde os tempos de Numa Pompílio, o homicídio era punido com o extremo suplício. Entretanto, em algumas situações, era permitido que um homem causasse voluntariamente a morte de outro, não podendo sua conduta ser sancionada nem considerada 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 contexto, é mister 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 que era obrigatório de acordo com os antigos costumes - de não conservar nem alimentar os filhos que lhe nascessem, podendo lhes dar a morte ou expor a ela²⁶. (MOMMSEN, 1976 *apud*. CARVALHO, 2001, p. 36).

²⁴ Essa passagem encontra-se descrita na Bíblia no Novo Testamento, Evangelho de São João 19, 1-30.

²⁵ Nesse mesmo diapasão é o relato acerca da morte de Jesus proferido por Soares e Monteiro (1948, p. 21) e Nogueira (1995, p. 43).

²⁶ Os recém nascidos só eram recebidos na sociedade em virtude de uma decisão do chefe de família. Em Roma, um cidadão não tinha um filho, ele o “levantava”, pois o pai, tão logo nascesse a criança, exercia a prerrogativa de levantá-la do chão, onde a parteira a havia depositado, para tomá-la nos braços e assim manifestar que a

No que diz respeito ao suicídio, destaca-se que sua prática não poderia ser irracional, isto é, sem causa aparente, pois essa era a única modalidade de suicídio que era apenada, devido à prevalência da idéia de que quem não era capaz de cuidar de si mesmo, tampouco cuidaria dos demais. Partindo dessa premissa, os romanos consideravam que o doente terminal que se suicidava tinha motivos suficientes para isso, pois aceitavam o suicídio provocado pela impaciência frente à dor e à enfermidade, daqueles que haviam se cansado da vida, da loucura ou possuíam medo da desonra. A idéia de morrer bem era boa, porque consideravam que viver nobremente significava morrer nobremente. Assim, concebiam o suicídio como forma de morrer aceitável para escapar da desonra de cair em mãos inimigas (HUMPHRY e WICKETT, 1989).

Segundo Del Vecchio (1928, p. 14), o gesto dos Césares, voltando para baixo o polegar, *pollice verso*, nos circos romanos, equivaleria à prática da eutanásia. Os gladiadores mortalmente feridos em combates, viam, assim, abreviados os sofrimentos pela compaixão real, evitando a agonia e o ultraje.

Percebe-se do exposto que para os gregos e romanos morrer com dignidade era muito importante, pois a forma de morrer era o valor final da vida, especialmente para as vidas consumidas pela doença, pelo sofrimento ou a mercê de serem tomadas por mãos inimigas.

A cultura grego-romana aludia ao fato do morrer humano como um morrer bem, sem dor. O Cristianismo²⁷ fez da morte um morrer pelo Senhor. Deus era o Senhor da vida e da morte. Dava a vida e a tirava sem que o homem pudesse alterar essa lei (VIDAL, 1998). Dessa forma, nos séculos II e III, com a progressiva influência do Cristianismo, o suicídio passou a ser condenado e, como conseqüência, a Igreja modificou completamente sua legislação: qualquer que atentasse contra sua própria vida não receberia os sacramentos e seria privado da sepultura eclesiástica. Essa reforma também teve influência sobre a legislação civil, pois a propriedade e os bens das vítimas eram confiscados, entre outras penas que perduraram por muito tempo (HUMPHRY e WICKETT, 1989).

reconhecia e se recusava a enjeitá-la. A criança que não fosse levantada pelo pai era exposta diante da casa ou num monturo público. A principal causa desse abandono era a miséria de uns e a política patrimonial de outros. Os pobres abandonavam as crianças que não podiam alimentar; os “outros pobres”, traduzindo hoje por nossa classe média, enjeitavam os filhos para não vê-los corrompidos por uma educação medíocre que os tornasse inaptos à dignidade e à qualidade. Contudo, mesmo os mais ricos podiam rejeitar um filho indesejado cujo nascimento pudesse perturbar disposições testamentárias já estabelecidas. (VEYNE, 1991).

²⁷ Martins (1957) destaca que com o advento do cristianismo, a vida terrena adquire um significado teleológico mais fundo: o sofrimento imposto através dos flagícios na penitência constitui um meio de purgação da culpa. Quanto mais longa a existência, mais oportunidades terá o pecador de alcançar a purificação interior. O destino do homem pertence a Deus: o suicídio é uma forma de revolta contra os desígnios da Providência.

Em 1516, na segunda fase renascentista, Thomas More, publica sua obra intitulada “*Utopia*”, na qual descreve uma sociedade ideal onde a eutanásia voluntária era autorizada oficialmente. Nessa sociedade, os doentes são tratados com grande carinho e nada se poupa para sua recuperação, tanto em termos de remédios quanto de uma alimentação especial. Na hipótese de doenças incuráveis, os enfermeiros tudo fazem para melhorar a vida dos doentes. Mas, se além de incurável, a doença também provoca dores torturantes e permanentes, alguns sacerdotes e funcionários do governo visitam o indivíduo em questão e o exortam a renunciar sua agonia. Fazem-no ver que se tornou um fardo para si e para os outros e, que, na verdade, está como que sobrevivendo à própria morte (MORE, 1999). São as palavras do autor:

Por que continuar alimentando o mal que o consome? Já que sua vida se transformou na mais vil das misérias, por que hesitar em morrer? Por que não quebrar as amarras que o prendem a uma câmara de tortura e desprender-se para um mundo melhor? Aconselham-no, então, a libertar-se ou permitir que os outros cuidem de sua libertação, pois livrá-lo de um sofrimento atroz não é apenas um gesto de bom senso – ouvir o conselho de um sacerdote é um ato de piedade, tendo em vista que ele fala pela vontade divina. (MORE, 1999, p. 134).

Prossegue descrevendo que se o enfermo se deixa convencer pelos argumentos acima, põe termo à vida através da abstinência voluntária de alimentos ou ingere um soporífero que, sem dúvida alguma, arranca-o de toda e qualquer miséria. Destaca, entretanto, que se trata de um gesto rigorosamente voluntário, se preferir continuar vivo, o tratamento dispensado ao enfermo será tão afável e caridoso quanto antes. A eutanásia, oficialmente sancionada nessa sociedade idealizada por More, é vista como uma morte honrosa, porém o suicídio leva quem o cometeu à privação do sepultamento ou à cremação. O corpo do suicida terá o fim ignominioso de ser lançado num pântano (MORE, 1999).

Todavia, foi com o Renascimento das artes e letras na Europa, no século XIV, que a atitude tangente ao suicídio sofreu alterações radicais. Um período de intenso estudo e descobertas científicas estava começando. Um conceito mais amplo de mundo significava que muitos dos conceitos errôneos desapareceriam. As opiniões cultas começavam a distanciar-se cada vez mais da condenação medieval do suicídio. Esse movimento seguiu avançando e alcançou seu ponto culminante no final dos 1600 e início dos 1700. Assim, paulatinamente, o conceito de uma “morte fácil” voltou a ser considerado como ideal. Um renovado entusiasmo pelo racionalismo ocupou o lugar do repentino e intenso fortalecimento do sentimento religioso que havia tido lugar durante os séculos XV e XVI (HUMPHRY e WICKETT, 1989).

Cesare Beccaria, em 1764, com fulcro em princípios utilitários, opõe-se contra a punição do suicídio. Aduz o autor da obra “*Dos Delitos e das Penas*” ser o suicídio um delito

que parece não admitir uma pena propriamente dita, pois ela só poderia recair ou sobre inocentes, ou sobre um corpo frio e insensível (BECCARIA, 1999).

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. A despenalização do suicídio tem lugar na Prússia, em 1790; na França, com o Código Penal de 1791 e na Itália, com o Código Zanardelli de 1889. No século XIX, prevalece a concepção de que o suicídio é um ato imoral e contrário à religião, mas o Direito Penal não persiste sendo o instrumento adequado para coibi-lo. Os partícipes, porém, deveriam ser sancionados ainda quando o suicídio fosse frustrado. Nesse diapasão, o código Penal francês de 1810 prevê idêntica punição para o homicídio e para o auxílio ao suicídio (CARVALHO, 2001).

Em 1884, Enrico Ferri, positivista italiano, que primeiro estudou o aspecto jurídico da eutanásia, procurando estabelecer a norma asseguradora de sua juridicidade, publica a obra “*Homicídio-Suicídio*” na qual se inspira no direito de disponibilidade da vida pelo próprio titular e na sociabilidade do motivo. Assevera Enrico Ferri:

creo yo, que el derecho a la vida puede ser renunciabile o susceptible de abdicación por parte de quien es su sujeto, y así también el hombre, como tiene derecho a vivir, debe tener el derecho a morir. (FERRI, 1934, p. 25)²⁸

Yo repito, no obstante, que el hombre tiene el derecho de disponer de su vida. Si el derecho a la vida es tangible e anulable en ciertas condiciones, sea por parte do Estado (pena capital), sea por parte de un individuo (legítima defensa, necesidad absoluta), tal derecho puede ser renunciabile por parte del mismo sujeto (FERRI, 1934, p. 28).²⁹

Na Itália, em 1902, o Ministro Crispi fundou dois estabelecimentos onde seriam asfixiados sem dor, através da inalação de gases, os enfermos que mostrassem o desejo de morrer. Os estabelecimentos situavam-se em Roma e Milão e cada um deveria ter um médico encarregado de fazer o prognóstico dos pacientes. Esta idéia não foi aceita e o *Observatório Romano* protestou de forma enérgica contra esse ensaio de legalizar a eutanásia, aduzindo ser um método “pseudofilantrópico” e “pseudocientífico” (SANTOS, 1992).

Em 1919, o médico francês Binet-Sanglé expõe um projeto de regulamento, na obra intitulada “*L’art de mourir*”- A arte de morrer, segundo o qual a eutanásia seria confiada a três especialistas que deveriam reunir as condições de patologista, psicólogo e terapeuta e

²⁸ Creio eu que o direito à vida pode ser renunciável ou suscetível de abdicação por parte de quem é seu sujeito, e assim também o homem, como tem direito a viver, deve ter o direito a morrer (tradução nossa).

²⁹ Eu repito, não obstante, que o homem tem o direito de dispor de sua vida. Se o direito à vida é tangível e anulável em certas condições, seja por parte do Estado (pena de morte), seja por parte de um indivíduo (legítima defesa, estado de necessidade), tal direito pode ser renunciável por parte do mesmo sujeito (tradução nossa).

estudariam o caso; tratando-se de enfermidade dolorosa e incurável, na opinião dos três “*eutanásicos*”, seria concedido o direito de morrer; em estabelecimentos especiais, por ele denominados de “Institutos de Eutanásia” (ÁSUA, 1929).

No ano seguinte, Carl Binding, penalista alemão, e Alfred Hoche³⁰, médico psiquiatra alemão, ambos professores universitários, lançaram a 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 (ASÚA, 1929). Defendem que o direito à vida deverá ser conquistado e justificado, não assumido. As pessoas incapazes de terem sentimentos humanos – as cascas humanas ocas – nos hospitais mentais – deveriam ser aniquiladas num gesto humano (CAPLAN, 1992, p. 95).

As idéias de Binding e Hoche encontraram campo fértil para seu desenvolvimento com a chegada de Adolf Hitler ao poder na Alemanha. O terreno estava preparado para uma das páginas mais negra da história da eutanásia: o Holocausto³¹. Humphry e Wickett (1989) destacam que desde que se descobriu, através do Processo de Nuremberg³² por crimes de guerra a extensão dos programas de extermínio nazistas, o progresso conceitual e legal do movimento pró-eutanásia viu-se, seriamente afetado, devido às lembranças das atrocidades cometidas pelos alemães³³.

³⁰ Para Binding inválidos 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 padecessem de enfermidades irremediavelmente mortais, mas, também, a vida dos deficientes psíquicos, das crianças com retardo mental, dos disformes, dos que sofrem de paralisia mental progressiva e dos inconscientes irreversíveis. Hoche corroborando esse pensamento acreditava que chegaria o dia em que consideraríamos a eliminação dos indivíduos de “espírito morto”, não como um crime, mas como um ato útil (JIMENÉZ DE ASÚA, 1929). A decisão, quanto à prática ou não da eutanásia, deveria ser tomada por uma equipe composta de um clínico geral, um psiquiatra e um advogado (GAFO, 1989).

³¹ No que alude a esse período histórico da aplicabilidade da eutanásia, Gafo (1989, p. 127) destaca: “a Eutanásia tal como praticada pelo III Reich alemão não tem nada a ver com a ajuda a morrer; não se aplicando a moribundos, senão principalmente a enfermos psíquicos. Tratava-se de uma ação de extermínio massivo, planejada sistematicamente pelo Estado e realizada em absoluto segredo.”

³² O Tribunal norte-americano de Nuremberg, em sentença pronunciada em 19 de agosto de 1947 contra o Dr. Karl Brandt, que dirigiu a execução do *programa eutanásico*, e contra os outros médicos que colaboraram com ele, condenou-os a morte por haverem assassinado centenas de milhares de seres humanos. Anteriormente, em 12 de agosto de 1947, o caso julgado por tribunais alemães de Frankfurt, foi qualificado de assassinato; também o Supremo Tribunal Alemão da zona ocidental, em 05 de março de 1949 e em 23 de junho do mesmo ano, declarou a existência do delito, porém, absolveu os condenados por estimar a ocorrência de uma causa de exclusão de pena - estado de necessidade (SANTOS, 1992, p. 219).

³³ No anseio de velar pela pureza da raça, que se tentou conseguir com as famosas leis de Nuremberg para a proteção do sangue alemão e com a campanha eugênica encaminhada a evitar a reprodução de sujeitos tarados, promulgou-se a Lei de 14 de junho de 1933, modificada pela Lei de 26 de junho de 1935, que estabeleceu a esterilização de enfermos, degenerados e justificou o aborto como “indicação eugênica”, preparando-se o campo para a eliminação das denominadas “*vidas sem valor vital*” (SANTOS, 1992). As vítimas não possuíam voz nem voto. A operação era obrigatória (HUMPHRY e WICKETT, 1989). Em agosto de 1939 introduziu-se a obrigação de comunicar o nascimento de crianças deficientes. Três médicos decidiam acerca da gravidade da

Em setembro de 1939 levou-se a cabo secretamente o chamado “*programa eutanásico*”. Milhares de enfermos mentais foram privados da vida. Depois de uma injeção de morfina-escopolamina, os pacientes em estado de sonolência eram levados em grupos às câmaras de gás. Incineravam-se os cadáveres e se comunicava a morte às famílias por falsos motivos (SANTOS, 1992). Em setembro de 1944, pouco antes do término da Segunda Guerra Mundial, os doentes mentais na Bavária são mortos para disponibilizar camas para os feridos da guerra. A responsabilidade de selecionar e matar os doentes foi atribuída a médicos determinados nos hospitais mentais (CAPLAN, 1992, p. 95).

A prática da “eutanásia” no período nazista, que perdurou até o fim da guerra, foi o ato final de um processo que havia iniciado em 1933 com a promulgação da lei para a prevenção de enfermidades hereditárias, que justificava a esterilização obrigatória a fim de prevenir a propagação de enfermidades hereditárias graves, tais como anormalidades mentais, loucura, epilepsia, surdez, cegueira e alcoolismo hereditário (GAFO, 1989).

Enquanto na Alemanha se realizavam as condutas supramencionadas, objetivando eliminar vidas sem valor vital, sob o manto da “morte piedosa”, em outros países almejava-se a prática da eutanásia como forma de aliviar dores e sofrimentos insuportáveis a enfermos incuráveis.

No Uruguai, primeiro país a legislar sobre a possibilidade de realização de eutanásia, em 1934, passou-se a conceder, através de perdão judicial, a faculdade dos Juízes exonerarem de pena à quem, possuindo antecedentes honráveis, realizasse um homicídio, por motivos de piedade, mediante súplicas reiteradas da vítima, consoante dispõe o artigo 37, Capítulo III, da Lei 9414, de 29 de junho de 1934, que vigora até hoje naquele país.³⁴

Na Inglaterra, em 1935, surge a primeira organização pró-eutanásia: a “*Exit*” – Saída, hoje conhecida como “*Voluntary Euthanasia Society*” – Sociedade da Eutanásia Voluntária. Três anos depois da criação da organização inglesa, surge nos Estados Unidos da América a “*Euthanasia Society of América*” – Sociedade de Eutanásia da América, outra organização pró-eutanásia que, em 1967, viria a criar o denominado “*Euthanasia Educational Fund*” – Fundo Educacional da Eutanásia, que tinha por objetivo o financiamento de programas de informação e difusão pública do tema (BRITO e RIJO, 2000). Em 1972 e 1973,

enfermidade e seu voto unânime significava uma condenação de morte para o recém nascido. Os pais eram induzidos a acreditar que seriam aplicadas novas terapias para tratar o doente e, dessa maneira, conseguia-se a autorização para levar as crianças para clínicas especiais, onde a morte advinha pela privação da alimentação ou através de injeções letais (GAFO, 1989).

³⁴ Código Penal Uruguaio. Lei 9414, de 29 de junho de 1934. extraído da página <http://ufrgs.br/HCPA/gppg/penaluru.htm>, capturado em 07/08/01.

respectivamente, surgem outras duas organizações: “*American Euthanasia Foundation*” – Fundação Americana da Eutanásia e “*Concern for Dying*” – Preocupação pela morte (GAFO, 1989).

Em 1974, no número correspondente aos meses de Julho-Agosto, a revista “*The Humanist*” publica um manifesto em favor da eutanásia piedosa denominado de “*Plea for Beneficent Euthanasia*”. Os prêmios Nobel Linus Pauling, George Thompson e Jacques Monod encabeçaram uma lista de quarenta assinantes do documento que asseverava o apoio, com base em motivos éticos a favor da eutanásia beneficente; destacava a imoralidade de se tolerar, aceitar e impor sofrimentos desnecessários (GAFO, 1989).

Em 1976, o estado da Califórnia, nos Estados Unidos da América, aprovou uma lei que despenalizava a eutanásia – *Natural Death Act* – no caso de haver prévio pedido do paciente expresso como uma vontade testamentária – *living will*³⁵; no ano seguinte, seis estados desse país aprovaram leis análogas. Nessas legislações, reconhece-se o direito de todo indivíduo maior de idade de deixar por escrito uma disposição de validade quinquenal que dê instruções ao próprio médico de não empregar ou de interromper “as terapias de manutenção da vida” caso esse indivíduo esteja em extremas condições existenciais (SGRECCIA, 1996).

Em agosto de 1980, Humphry e Ann Wickett, fundaram “*The Hemlock Society*” – a sociedade Hemlock – que apóia a opção da eutanásia ativa e voluntária para os enfermos terminais (HUMPHRY e WICKETT, 1989). As organizações pró-eutanásia propagaram-se pelo mundo, sendo que na década de 80 existiam organizações desse gênero em mais de vinte países, que se reuniram num congresso em Oxford, onde constituíram a “Federação Mundial de Sociedades para o Direito à Morte” (BRITO e RIJO, 2000).

Desde a gênese das associações em prol da eutanásia até nossos dias os extraordinários avanços da medicina multiplicaram os casos de cura e de velhice bem-sucedida; todavia, paralelamente, multiplicaram-se também os casos de sobrevivência mais ou menos prolongada em condições muitas vezes não condizentes com a dignidade da pessoa humana.

Muitos pensam que essas associações incitam ao suicídio ou pretendem apenas legalizar a eutanásia, mas na verdade, “exigem um reconhecimento do direito do enfermo a uma morte digna” e se opõem ao encarniçamento terapêutico. Isso explica por que a grande maioria dos membros de tais associações é, antes de tudo,

³⁵ Para elucidar a abrangência do testamento vital parece-nos oportuno trazer à baila as considerações de Arzamendi (2001, p. 23): “A conveniência de que seja claro e de conhecimento público que a vontade individual, quanto aos processos terminais aos quais possa ser submetido, chegou a promover durante os últimos anos, em diferentes lugares, os chamados testamentos vitais. Nestes, o futuro paciente expressa formalmente sua vontade – num momento que ainda pode emití-la de forma consciente, responsável e livre -, pedindo que seja respeitado da mesma forma que a vontade testamentária é respeitada.

composta por homens e mulheres que muitas vezes ultrapassaram os 50 ou 60 anos e não desejam envelhecer e sobreviver em condições que consideram, com ou sem razão, intoleráveis. Como tentaram viver dignamente querem morrer com dignidade (PESSINI e BARCHIFONTAINE, 2000, p. 295).

Em 01 de julho de 1996, na Austrália, entrou em vigor uma lei que tornava a prática de eutanásia legal no Território do Norte, provocando de imediato ataques de políticos, médicos, religiosos e indígenas, que almejam declará-la inconstitucional. Enquanto alguns doentes já haviam se inscrito para se beneficiarem de uma “morte digna”, os adversários da lei apresentavam recursos na Corte Suprema para que a mesma fosse anulada. Para a Associação Médica australiana a lei contradizia os fundamentos da Constituição daquele país, que prevê: *Apenas o poder judiciário pode decidir sobre a morte*. Os indígenas, por acharem que a nova lei era uma ofensa contra seus costumes e crenças ancestrais, também, manifestaram-se contra (CORREIO DO POVO, 1996). A referida lei, revogada em março de 1998, estabelecia três requisitos: o estado crítico de saúde do paciente deveria ser atestado por escrito, por três médicos, sendo um especialista na doença e um psiquiatra; período de espera de nove dias para que o paciente pudesse refletir melhor; após esse período, o paciente teria acesso a um equipamento, operado por computador, que consiste em um tubo que é ligado à veia do paciente e uma tecla “SIM”. Se o paciente pressionasse a tecla recebia uma injeção letal. Nove pessoas utilizaram esse sistema durante a vigência da lei (ALVES, 1999).

Em 11 de junho de 1997, na Colômbia, a Corte Constitucional decidiu que a eutanásia é considerada como prática não passível de punição, se realizada com o consentimento explícito de pacientes que estejam em estado terminal. Contudo, não há regulamentação por lei (ALVES, 1999).

Atualmente, vários países possuem ordenamentos que determinam a atenuação de pena do homicídio em face do consentimento do ofendido. Na Itália, no atual Código Penal, o denominado “*omicidio del consoziente*” constitui uma figura autônoma de delito com pena mitigada, sendo seu 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 do injusto, consoante versa o artigo 579 do código repressivo italiano (CARVALHO, 2001).

O Código Penal e a jurisprudência criminal alemã, atuais, punem a eutanásia, considerada um ato homicida cometido contra uma pessoa muito doente, a seu pedido expresso e sincero, visando a por fim a seus sofrimentos, como caso privilegiado de um homicídio; trata-se de hipótese enquadrada no “homicídio a pedido” descrito no artigo 216 do Código Penal daquele país, em que há uma significativa atenuação na pena (KERNER, 2001).

No que tange ao suicídio, este não é um evento com o qual o Direito Penal se preocupe *per se*. Porém, não só o suicídio realizado por uma pessoa responsável é irrelevante para o Direito Penal alemão, mas também, a participação de terceiros no suicídio está livre de pena. Assim, por exemplo, quem proporciona a uma pessoa que não quer mais viver um veneno que a mesma injeta não é punido por essa contribuição ao suicídio. Não obstante, quem aplica diretamente a injeção na pessoa cansada de viver – e provavelmente incapaz de agir – diante de seu urgente pedido, é sim punido como autor de um delito de homicídio a pedido (JAKOBS, 2003b).

A *Sterbehilfe* – morte doce – ainda não é admitida como justificção ou desculpa pessoal pela jurisprudência dominante alemã. A posição “restritiva” da jurisprudência majoritária está fortificada por um movimento social que se ocupa dos perigos sócio-darwinistas no fundamento do desenvolvimento moderno. O fato de aceitar a “morte doce” de doentes incuráveis abrirá, segundo eles, as portas do inferno, porque isso produzirá o conceito de que se pode e se deve diferenciar uma vida preciosa de uma vida sem valor algum (KERNER, 2001).

Kerner (2001), ao abordar a problemática na Alemanha assevera que no plano da política criminal teme-se que uma descriminalização da eutanásia apresentaria graves riscos de supressão, sob uma aparência humanitária ou médica, de deficientes, idosos ou doentes graves de quem seria difícil estabelecer a liberdade ou realidade do consentimento. Não obstante, destaca o autor que no tangente à pessoas doentes, presumidamente incuráveis, gravemente dolentes ou que perderam toda a alegria de viver, parece ser que uma parte considerável da população alemã está desenvolvendo uma “tolerância crescente”, visando justificar a eutanásia ativa. Segundo o autor:

Essa tolerância está mais ou menos concentrada individualmente, dizendo ou aceitando que poderia ser admissível, em casos específicos, abreviar uma vida por razões humanitárias e com o consentimento expresso do interessado. Entretanto, é pouco provável que a população seja favorável a uma verdadeira ‘legislação’ da eutanásia outorgando um ‘poder’ decisivo seja à pessoas privilegiadas ou à instituições. A memória coletiva das atrocidades cometidas nas décadas de 30 e 40 na Alemanha, por alemães, causa reservas particulares. (KERNER, 2001, p. 22)

Na Suíça, o Código Penal no artigo 114 institui como homicídio privilegiado o fato de que aquele que “cedendo a um móvel honroso, por exemplo, a piedade”, dá a morte àquele que faz “o pedido sério e inequívoco”. Da mesma forma, o artigo 115 do diploma legal referido, torna passível de punição a assistência ao suicídio apenas se o autor agiu “movido por motivo egoísta”. Porém, aquele que abreviar os sofrimentos de um doente agonizante, movido pela caridade, a piedade, ou sob o efeito de confusão mental, estará incurso nas

sanções do assassinato passional, um outro tipo de homicídio privilegiado previsto no artigo 113 do Código Penal Suíço. Podemos, portanto, concluir que na Suíça a eutanásia não é beneficiada por uma cláusula absolutória, mas por uma circunstância atenuante especial (BOLLE, 2001).

A sociedade espanhola vem se preocupando há algum tempo com o debate em torno de como o Direito deve ocupar-se daqueles que, desejando morrer, por sofrer doenças incuráveis ou graves padecimentos físicos, precisam de assistência de outros para poder realizar sua vontade de dar fim a suas vidas. Por ocasião desses debates e da aprovação do novo Código Penal de 1995, a eutanásia foi causa de intensas discussões, dada a crença generalizada dos grupos políticos da necessidade de outorgar um tratamento específico à morte eutanásica. Porém, o Parlamento, através do novo Código Penal rejeitou a descriminalização da eutanásia. Destaca-se que essa rejeição deu-se mesmo já tendo o Tribunal Constitucional declarado não apenas que a proteção à vida não tem caráter absoluto, senão que também pode ser lícita a disposição sobre a própria morte como parte do exercício da liberdade e como consequência da integração do direito à vida com outros direitos fundamentais como a dignidade. (ARZAMENDI, 2001)

A nova legislação ocupa-se da punição da eutanásia ativa direta a pedido, mesmo em face de um testamento vital anterior. Ainda, à luz do novo diploma, consideram-se despenalizadas tanto a eutanásia passiva, compreendida como a não prolongação artificial da vida; como a eutanásia ativa indireta, entendida como o auxílio à morte com a abreviação da vida, como por exemplo através de tratamentos paliativos que antecipem a morte, diante da vontade séria e inequívoca do doente.(ARZAMENDI, 2001)

Na Holanda, a situação é diversa. Antes proibida, porém tolerada há muito³⁶, a eutanásia foi legalizada nos Países Baixos pelo Senado em 10 de abril de 2001, seguindo uma decisão concordante da Câmara Baixa, ambas por maioria. O fato de existir legislação a respeito não significa, todavia, que a eutanásia esteja totalmente liberada. Ao contrário: em primeiro lugar, a eutanásia limita-se a um ato médico; em segundo lugar a nova lei submete o ato eutanásico a “critérios de minúcia”, descritos em sete condições: a doença do candidato à eutanásia deve ser incurável e lhe causar sofrimentos insuportáveis; o pedido do paciente deve ser voluntário e refletido; o paciente deve receber do médico a informação completa sobre sua condição; o médico deverá consultar, pelo menos, um colega que concorde com uma intervenção; a assistência ao falecimento deve ser minuciosamente preparada e organizada; a eutanásia, uma vez praticada, deve ser submetida ao controle de uma comissão paritária regional composta por um magistrado, um médico e um especialista, que verifique se os critérios de minúcia foram efetivamente respeitados; se não, a comissão deverá apresentar uma denúncia à Justiça Penal. Além disso, a lei institui uma “declaração de intenção de eutanásia”, através da qual qualquer pessoa pode pedir por escrito o recurso à eutanásia, em caso de se tornar incapaz de reclamá-la, como, por exemplo, em casos de doença mental ou coma. Apesar de ser uma prática liberal a legislação da eutanásia não resultou numa multiplicação dos casos (BOLLE, 2001).

³⁶ Na Holanda, a eutanásia era oficialmente praticada e tolerada mesmo antes de sua legalização. (Nesse sentido PESSINI e BARCHIFONTAINE, 2000). Esse foi o país do mundo que aceitou a eutanásia de forma mais radical. Cumpre destacar, entretanto, que nem sempre foi assim; na época da ocupação nazista nesse país os holandeses possuíam idéias firmes contra as práticas eutanásicas. Não praticavam a esterilização não terapêutica e tampouco realizavam eutanásia involuntária. A atitude dos holandeses contra as práticas de eutanásia na Segunda Guerra Mundial manteve-se constante, não sendo admitida nenhuma prática abusiva. Cerca de trinta anos depois, em 1973, passou-se a aceitar na Holanda que médicos praticassem eutanásia voluntária em casos de enfermos terminais, devido ao julgamento de homicídio piedoso conhecido como caso Postma. Em outubro de 1971, a Doutora em Medicina Geral Geertruida Postma injetou em sua mãe duzentos miligramas de morfina por via intravenosa, movida pela piedade e atendendo a solicitação de sua mãe que estava internada em uma clínica geriátrica devido a uma hemorragia cerebral; ademais, estava parcialmente paralisada, possuía pneumonia, problemas para falar e estava surda. A Dra. Postma foi acusada de homicídio piedoso, o que poderia acarretar-lhe uma pena de até doze anos de prisão. Porém foi sentenciada a uma semana de suspensão de suas atividades e a um ano de liberdade condicional. Em 1980 um Tribunal de Rotterdam estabeleceu dez requisitos para despenalizar a ajuda aos moribundos: em caso de sofrimentos físicos e psíquicos insuportáveis para o paciente; sofrimento e desejo de morrer constantes; a decisão de morrer deve corresponder à decisão voluntária de um paciente bem informado; a pessoa em questão deve ter um conceito claro e preciso de sua condição, assim como de outras possibilidades e deve ser capaz de avaliar essas alternativas; quando não exista outra condição razoável para melhorar sua situação; o momento e a forma de morrer não deverão causar prejuízos desnecessários a terceiros; a decisão de ajudar a morrer não deve recair em apenas uma pessoa, é obrigatória a consulta com outro profissional; na decisão deve intervir um médico para receitar os medicamentos necessários; a decisão e a ajuda devem ser levadas adiante com a máxima precaução e não é necessário que o doente esteja morrendo para pedir ajuda, os paraplégicos podem solicitar e obter ajuda para morrer. Em 1984, o Tribunal Supremo Holandês declarou que a eutanásia ativa, voluntária, praticada por médicos, podia justificar-se de acordo com o regramento ético, médico e jurídico (HUMPHRY e WICKETT, 1989).

Seguindo a postura holandesa, encontra-se o legislador belga, porquanto em 28 de maio de 2002 o Parlamento da Bélgica promulgou a Legislação da Eutanásia, definido-a no art. 2º, como “o ato, realizado por terceiros, que faz cessar intencionalmente a vida de uma pessoa a seu pedido”. Segundo esse diploma legal, o médico que executa uma eutanásia não está praticando um ato ilegal se estiver assegurado de que o paciente é adulto ou menor emancipado e que tem plena capacidade e consciência na época de seu pedido; o pedido é feito voluntariamente, é ponderado e reiterado e não resulta de pressão externa; o paciente se encontra numa condição médica irremediável e se queixa de sofrimento físico ou mental constante e insuportável que não pode ser minorado e que resulta de uma condição acidental ou patológica grave. (PESSINI, 2004)³⁷.

2.2 EVOLUÇÃO DO PANORAMA DA EUTANÁSIA NO BRASIL

No que alude às práticas eutanásicas em nosso país, podemos afirmar que tal conduta remonta a fase pré-colonial, pois os índios brasileiros, da tribo Tupi-Guarani praticavam a eutanásia, depois de fazerem passar seus enfermos por processos terapêuticos usuais, abandonavam-nos quando a cura parecia-lhes impossível, porque na concepção dos pajés, esses míseros doentes eram considerados “impuros” (SOARES E MONTEIRO, 1948). Destaca-se, ainda, que, entre os índios brasileiros, a prática de outras modalidades eutanásicas era freqüente, pois conforme nos ensina Pierangeli (2001, p. 43):

Se nascesse um ser monstruoso, era ele imediatamente morto pelo pai, e, se, a criança fosse fruto do adultério era inapelavelmente enterrada antes de nascer, considerada mestiça, de duas sementes. Isto também ocorria quando se tratava de gêmeos, pois também era considerado produto da infidelidade da esposa, que não poderia gerar através das relações sexuais com o marido, duas crianças.

³⁷ Em todos os casos, o médico deverá: a) informar o paciente sobre seu estado de saúde e sua expectativa de vida, discutir com o paciente seu pedido de eutanásia e as medidas terapêuticas que ainda possam ser consideradas, bem como a disponibilidade e as conseqüências dos cuidados paliativos; b) ter determinado a natureza persistente do sofrimento físico ou mental do paciente, bem como o desejo reiterado deste. Com esse objetivo, o médico deverá realizar várias entrevistas com o paciente, espaçadas por um intervalo razoável, levando em conta a evolução da condição do paciente; c) consultar outro médico com relação à natureza grave e incurável da condição, especificando a razão para a consulta. O médico consultado deverá estudar o histórico, examinar o paciente e determinar a natureza persistente, insuportável e não minorável do sofrimento físico ou mental do paciente. Depois disso, ele deverá escrever um relatório sobre o que descobriu. O médico consultado tem de ser independente tanto do paciente como do médico encarregado do tratamento, bem como competente no tocante à condição patológica do paciente. O médico encarregado do tratamento deverá informar ao paciente dos resultados dessa consulta; d) se estiver envolvida uma equipe de tratamento, o médico encarregado do tratamento deverá discutir o pedido do paciente com a equipe ou com alguns de seus membros; e) se for desejo do paciente, o médico encarregado do tratamento deverá discutir o pedido do paciente com as pessoas próximas deste que ele tenha designado; f) determinar que o paciente teve a oportunidade de discutir seu pedido com essas pessoas (ENGLERT, 2004, p. 13-24 *apud* PESSINI, 2004, p. 125).

Não obstante, a relevância histórica das práticas eutanásicas ocorridas no direito costumeiro indígena, elas não chegaram a influenciar o desenvolvimento de nosso direito penal, razão pela qual passamos a análise das legislações que contribuíram para nosso atual panorama jurídico acerca da eutanásia.

Concernentemente à influência do direito lusitano, asseveramos que os sucessivos diplomas que regeram a vida da colônia e do Império durante os séculos XVI, XVII e XVIII foram unânimes em reservar sanções árdas 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, sendo possível, portanto, concluir-se que o homicídio eutanásico recebia o mesmo tratamento da modalidade simples. Cumpre notar, ainda, que as Ordenações Afonsinas (1446), Manuelinas (1521) e Filipinas (1603) não incriminavam o suicídio, e também não puniam a conduta daqueles que o induzissem, instigassem ou auxiliassem.

O Código Criminal do Império (1830), a primeira legislação penal genuinamente brasileira, manteve postura semelhante ao não estabelecer preceito que atenuasse a pena do homicídio perpetrado por motivos altruísticos, embora elencasse entre as circunstâncias atenuantes “ter o delinqüente commettido o crime para evitar maior mal” – artigo 18, § 2º. A pena capital, passa a ser reservada apenas ao homicídio perpetrado em algumas das circunstâncias agravantes descritas no referido diploma legal. Esse código foi o primeiro a incriminar o auxílio ao suicídio, tratando-o no mesmo capítulo reservado ao delito de homicídio, no artigo 196, que versava: “Art. 196. Ajudar alguém a suicidar-se, ou fornecer-lhe meios para esse fim com conhecimento de causa. Penas – de prisão por dous a seis annos”.

O Código Penal Republicano (1890), ou Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, prosseguiu com o tratamento dado ao homicídio eutanásico anteriormente, não contemplando qualquer disposição relacionada ao homicídio caritativo, e destacou em seu artigo 26, alínea “c”: “Não dirimem, nem excluem a intenção criminosa, o consentimento do offendido, menos nos casos em que a lei só a ele permite acção criminal”. Dessa forma a conduta eutanásica resta com a mesma pena imposta ao homicídio. No mesmo estatuto repressivo, acrescenta-se à figura do auxílio ao suicídio a incriminação da indução e o delito passa a ser tratado em capítulo próprio, além de serem cominadas penas mais brandas que no código anterior, porquanto no artigo 299 do diploma legal em comento há a previsão de pena de “prisão cellullar por dous a quatro annos.”, para o cometimento de referido crime. Com o advento da Consolidação das Leis Penais, em 1932, pouco restou alterado em relação à matéria, havendo apenas uma elevação no quantum da pena mínima e máxima imposta ao homicídio.

O Código Penal de 1940³⁸ deu novo tratamento à problemática da eutanásia ao prever hipótese de diminuição de pena para o agente que comete o crime de homicídio, impelido por relevante valor social ou moral, consoante dispõe seu artigo 121, § 1º. No que concerne ao induzimento, à instigação ou ao auxílio ao suicídio o novo estatuto prevê punição - artigo 122 - 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 for cometido por motivo egoístico, ou se a vítima é menor ou tem, por qualquer razão, diminuída sua capacidade de resistência.

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 redução facultativa da pena que poderia variar de um sexto a um terço.

Em 1984, a Lei 7.209 promoveu a reformulação da Parte Geral do Código Penal, mas o anteprojeto da Parte Especial não chegou a ser aprovado. Essa proposta 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”, conforme artigo 121, § 3º (COSTA JÚNIOR, 1992. p. 299). Não obstante ser necessário o debate trazido pelo anteprojeto, bem como a regulamentação da eutanásia, o texto pecava por dar ensejo a discussões tangentes à isenção de pena ser quanto à prática da eutanásia passiva – ortotanásia - ou ativa, pois ambas modalidades encontram-se circunscritas na expressão “antecipa morte iminente e inevitável”.

Ao converter-se em projeto, o anteprojeto sofreu modificações, o artigo 121, § 3º, 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” (CARVALHO, 1999, p. 59), refutando-se, assim, a eutanásia ativa.

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. Em 1997 instituiu-se a nova comissão que, com lastro no Projeto de 1984 e no

³⁸ BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Publicado no Diário Oficial da União, de 31 de dezembro de 1940, e retificado em 03 de janeiro de 1941. A Parte Geral tem a redação determinada pela Lei 7.209, de 11 de julho de 1984.

Esboço de 1994, elaborou proposta na qual o homicídio eutanásico era disciplinado de modo singular (CARVALHO, 1999).

O Anteprojeto de código Penal – Parte Especial, de 1998, sob a rubrica “eutanásia”, concedia tratamento jurídico 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”, consoante artigo 121, § 3º; 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”, segundo artigo 121, § 4º. A própria Exposição de Motivos cuidava de distinguir as formas de eutanásia contempladas no texto, dispondo que a figura do § 4º corresponde a ortotanásia, ao passo que o tratamento privilegiado era dispensado à eutanásia ativa direta “a fim da individualização da pena considerar pormenores relevantes”.

Por derradeiro, nova proposta veio à baila. O Anteprojeto de Reforma da Parte Especial do Código Penal de 1999 fixa sanções 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”, nos moldes do artigo 121, § 3º. No que alude à hipótese de exclusão da ilicitude – ortotanásia – houve pequena alteração quanto à ordem estabelecida para a concessão do consentimento subsidiário entre os familiares, dando-se preferência ao cônjuge e ao companheiro em detrimento dos ascendentes e descendentes do moribundo, consoante o § 4º do artigo em análise.

Em que pese no ordenamento pátrio, a eutanásia ser discutida apenas em projetos, não vigorando, ainda, diploma federal que a autorize ou tipo penal específico que a incrimine, restando, na maioria das vezes, enquadrada no tipo do homicídio privilegiado, o estado de São Paulo, em postura polêmica em nosso país, sancionou, em 17 de março de 1999, a Lei 10241, que, consoante dispõe seu artigo 2º, inciso XXIII, permite ao usuário dos serviços de saúde recusar tratamento doloroso ou extraordinário para tentar prolongar a vida.

O dispositivo permissivo divergiu opiniões, fazendo-se necessária, em muitos casos, a manifestação do Conselho Regional de Medicina de São Paulo, que tem se posicionado em consonância com o dispositivo legal, a fim de evitar que sofrimentos desnecessários se

prolonguem indeterminadamente. Nessa senda, destacamos alguns pareceres exarados em consultas ao referido órgão:

CONSULTA Nº. 29.535/03 – Assunto: Manifestação de vontade expressa do paciente para morrer sem recursos mecânicos que prolongariam sua vida.

Relator: Patricia Simeonato – Departamento Jurídico

Parcer subscrito pelo conselheiro Marco Segre.

Ementa: Constitui direito do paciente recusar a utilização de aparelhos mecânicos para prolongar sua vida, devendo haver sua manifestação de forma expressa.

....

Prevê o artigo 2º, inciso XXIII, da Lei Estadual nº. 10.241/99 que:

“Art. 2º. – São direitos dos usuários dos serviços de saúde do Estado de São Paulo: XXIII – recusar tratamentos dolorosos ou extraordinários para tentar prolongar a vida.”

Resta claro pela leitura da lei que o paciente pode, através de manifestação de vontade expressa, recusar tratamento doloroso ou extraordinário para tentar prolongar a vida.

Observe-se que o direito de recusa a tratamento somente pode ser respeitado se causar dor excessiva ou for extraordinário. A Lei é taxativa.

Somente o médico é o profissional habilitado para afirmar se o tratamento encaixa-se nas duas hipóteses autorizadas do exercício de direito.

Por fim, ressaltamos que havendo manifestação expressa, noas casos, acima elencados, a vontade do paciente deve ser respeitada.

....

CONSULTA Nº. 37.267/99 – Assunto: Atitude que deve tomar como médica acerca de paciente de 78 anos com neoplasia maligna metastática sem resposta ao tratamento habitual, após autorização verbal dos familiares para não intubar, em franca evolução para insuficiência respiratória.

Relator: Conselheiro marco Segre.

....

Parecer:

Anexamos à presente Consulta manifestações deste Conselheiro e outros (bioeticistas, ou juristas), favoráveis ao não prolongamento da vida por “meios heróicos” em pacientes terminais, mormente se for a pedido do próprio paciente ou da família. Há inclusive, Resolução recente da Comissão de Bioética do HC – FMUSP, que poderá ser solicitada e juntada.

Já se vai consagrado, entre nós, o princípio da autonomia. Já não tem a mesma força, nos dias atuais, a suposta imposição hipocrática de se preservar SEMPRE a vida, a qualquer custo.

Do próprio Vaticano emanaram considerações no sentido de se permitir, aos pacientes terminais, uma morte digna, com o mínimo de sofrimento para eles e seus familiares.

Assim sendo, a situação descrita pela consulente se enquadra claramente nos casos em que o médico, intervindo sobre o paciente, no mais das vezes à revelia ou até mesmo contra a vontade dele e de seus familiares, passa a assumir mais a postura de torturador do que médico.

....

Como podemos perceber dos pareceres supra, a posição do Conselho Regional de Medicina de São Paulo é no sentido de respeitar a autonomia do paciente, escopo também previsto na referida lei, cujo advento veio corroborar posição já firmada por referido órgão, consoante parecer, exarado em consulta anterior a vigência da Lei 10.241/99, infradescrita:

CONSULTA Nº. 41848/96 – Assunto: Alta a pedido e iminente perigo de vida do paciente.

Relator:

Conselheiro Marco Segre

O Prof. Dr. I.T.V. – Diretor Clínico da HCFMUSP, solicita parecer do CRESMP referente aos limites da autonomia do paciente e da responsabilidade do médico na prática clínica, visando uma diretriz para os dilemas que o Corpo Clínico enfrenta diuturnamente.

Parecer:

....

Assim a autonomia deixou de ser tão somente um ideal voltado para o respeito à dignidade e individualidade humana, para tornar-se um princípio norteador da atividade profissional médica – como cautela contra possíveis acusações por parte dos pacientes.

....

1º) Iminente perigo de vida

a) Desrespeitar os direitos do paciente para decidir livremente sobre sua própria vida? Exemplo: casos de pacientes que não desejam ser mais ventilados artificialmente quando da insuficiência respiratória.

b) Quando houver perda de consciência, mas o paciente tiver esclarecido previamente ao médico até que limites de intervenção sobre ele serão aceitos, frente à um iminente perigo de sua vida, deverá o médico continuar respeitando os desejos do paciente? Exemplo: testemunha de Jeová que se recusam a aceitar transfusão de sangue.

Resposta: Minha opção afirmativa, inequívoca, é pela alternativa b.

2º) Alta a pedido

Uma vez que o paciente tenha sido plenamente esclarecido sobre sua situação, condutas terapêuticas e perspectivas quanto à sua vida e saúde (tudo isso devidamente comprovado, como cautela para o médico) é ele, paciente, quem vai decidir se aceita, ou não, a conduta terapêutica.

Não obstante a relevância das análises realizadas pelo conselho, muitos profissionais não as consultam a fim de verificar que atitude tomar frente a conflitos bioéticos e jurídicos tão complexos, sendo as práticas eutanásicas, sem cuidados dos critérios necessários ao respeito da dignidade da pessoa humana, conduta freqüente por parte de alguns médicos, inclusive na modalidade involuntária.

Corroborando essa afirmação encontram-se os relatos de Barbosa ao narrar casos ocorridos nos estados de São Paulo e Rio de Janeiro. Segundo GOLDIM (2004) na edição de “Vidas em Revista”, de 08 de março de 2004, foi publicada uma reportagem, de autoria de Fernandes Barbosa, onde o cirurgião Carlos Alberto de Castro Cotti, de São Paulo, relatou “ter realizado várias eutanásias, inclusive involuntárias, em seus pacientes, desde 1959”. Dentre os relatos descritos por referido médico, optamos por transcrever o de uma paciente que teve sua morte dada à sua total revelia, porquanto questões como essa evidenciam a necessidade de uma legislação regulamentando, de forma adequada, o tema.

Uma paciente, com idade entre 65 e 68 anos, foi operada quatro vezes em dois anos. Na primeira vez foi feita uma jejunostomia. No início ela tinha 70 Kg, após a quarta cirurgia, quando teve uma perfuração intestinal devida a carcinoma, teve uma peritonite, já estava com apenas 25 Kg. Nesta ocasião o cirurgião da paciente solicitou ao médico que relatou o fato, que fizesse uma injeção “M1” (solução a base de fenargan, morfina e outras substâncias) na paciente. Isto foi feito na própria residência da paciente, após Ter sido comunicado aos filhos. “Eu fui

buscar a medicação e nós dois colocamos o soro. Ficamos aguardando, conversando, por que nós resolvemos que deveríamos estender o mais que pudéssemos o sono, porque a paciente estava muito consciente. E foi feito”. Uma das repórteres perguntou se a paciente sabia e havia concordado com o procedimento. A resposta foi a seguinte: “Ela sabia que não podia mais ser operada, mas não sabia que ia receber ‘M1’. Quem decidiu isso foi a família” (GOLDIM, 2004).

Da simples leitura do relato supra, pode-se inferir a dimensão da problemática que se apresenta, várias são as questões envolvidas. No caso em tela, podemos perceber que, em tese, tratava-se de uma paciente com quadro clínico irreversível, e assim questiona-se: Teria ela direito à uma morte digna? Quem deveria julgar o que seria uma morte digna? Sua família? Ou a própria paciente? Seria possível realizar uma “eutanásia”, sem o consentimento do paciente, quando esta era capaz de proferi-lo?

Na mesma oportunidade, Barbosa (2004, *apud* GOLDIM, 2004) relatou que no hospital Salgado Filho, no Rio de Janeiro, várias “eutanásias” foram praticadas pelo auxiliar de enfermagem Edson Isidoro Guimarães, em 1999. Conforme narra Goldim (2004), Edson afirmava que fazia isso por compaixão, para aliviar o sofrimento dos pacientes, que podiam ser jovens ou velhos. O método utilizado consistia na injeção de cloreto de potássio ou no desligamento do equipamento que fornecia oxigênio aos pacientes. Dentre as cento e cinquenta e três ocorrências deste tipo em seus plantões, quatro foram comprovadas e assumidas pelo auxiliar de enfermagem, que foi julgado e condenado a 76 anos de prisão, em 19 de fevereiro de 2000. A sua pena já foi reduzida duas vezes, primeiro para 69 anos e depois para 31 anos e oito meses. Havia o envolvimento de empresas funerárias que pagaram entre 40 e 60 dólares norte-americanos por paciente.

Diante do exposto questiona-se: Teria esse auxiliar de enfermagem condições de determinar o quadro clínico dos pacientes que ele causava a morte? Desejariam essas pessoas, realmente, morrer? Esse era um fim digno? Foram auxiliadas numa boa morte? Ou foram assassinadas?

Questões como essas não são facilmente resolvidas, elas nos remontam a discussões fundantes, como o direito à vida e o respeito à dignidade da pessoa humana e, como consequência, qual princípio bioético deve ser valorado em cada individualidade, sem se permitir com isso abusos e arbitrariedades, que serão analisados em momento posterior.

Cumprindo, ainda, aludir que as práticas ora descritas, bem como outras práticas eutanásicas são condutas narradas na mídia como rotineiras, não apenas em nosso país, como

no mundo. Recentemente, devido à publicação dessa natureza³⁹ o Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Sul publicou uma nota oficial acerca da eutanásia, em 11 de abril de 2005, que assevera:

Em face da publicação, na imprensa, de depoimentos atribuídos a médicos, não identificados que teriam praticado a eutanásia, o Conselho Regional de Medicina vem a público declarar:

1. A eutanásia, entendida como o fornecimento pelo médico, mesmo a pedido do paciente, dos meios para a morte, é rejeitada e punida, uma vez que proibida por lei e uma afronta aos princípios da Ética Médica.
2. Diferentemente, contudo, é instituir ou manter uma terapêutica obstinada e inútil em casos terminais sem nenhuma possibilidade de reversão, por meios artificiais e desproporcionais, pois fere o princípio ético de que a medicina deve preservar a vida, mas também a dignidade da pessoa. Essa prática inaceitável acarreta imensuráveis sofrimentos ao moribundo e seus familiares.
3. Também é fato eticamente aceito a morte que advém em consequência de elevada dose medicamentosa para aliviar a dor, ausente, porém, a intenção de provocar a morte. O papa Pio XII, em 1957, declarou lícito este ato de “duplo efeito”.
4. Nenhum ato contrário à Ética Médica ficará impune...

Da nota retro mencionada podemos perceber que o Conselho Regional de Medicina do Rio Grande do Sul, a exemplo do Conselho Regional de Medicina de São Paulo, aceita praticas eutanásicas em algumas de suas modalidades. Necessário, destacar, todavia, que essas modalidades são à eutanásia passiva – ortotanásia – e a eutanásia ativa indireta – agatanásia, eutanásia de duplo efeito, sendo que no tangente à modalidade ativa direta o Conselho de nosso Estado a repudia; considerando, por ilação ao exposto na nota supra, como eutanásia somente a modalidade ativa e não havendo manifestação nesse sentido no Conselho Regional de Medicina de São Paulo.

Diante do exposto, deparamos-nos mais uma vez com a problemática inerente à acepção do vocábulo eutanásia, o que corrobora a necessidade da conceituação proposta no início desse estudo. Porquanto, muitos autores quando se manifestam contrários a sua prática,

³⁹ Acreditamos que a nota do Conselho Regional de Medicina do Rio Grande do Sul estar-se-ia referindo a notícia publicada na Zero Hora de 03/04/2005, na qual o repórter Carlos Wagner apresenta uma entrevista com um médico gaúcho, não identificado, que afirmou praticar rotineiramente a eutanásia. Segundo descreve a reportagem: “Ele não gosta de usar a palavra eutanásia. Prefere chamá-la de ‘ato misericordioso para com aqueles que precisam descansar em paz’. Recorda que quando optou por trabalhar em uma Unidade de Tratamento Intensivo (UTI) jamais havia pensado que a decisão de não prolongar de maneira artificial a vida de um doente terminal fosse incrustar seu cotidiano. Mas virou rotina. E acredita que não poderia ser diferente, pelo perfil da maioria de seus pacientes; pessoas nas quais órgãos importantes, como rins, já pararam de funcionar e só continuam vivas porque o coração ainda bate. Elas estão sedadas e inconscientes. Portanto, não estabelecem com a equipe que as atende nenhuma espécie de relação. Isso torna mais fácil a relação de deixa-las partir explicou o médico. Passar a diante a decisão de prolongar ou não, de maneira artificial a vida de um paciente, é uma forma de eutanásia, na opinião de outro médico da Capital. Ele diz que há uma regra, não escrita que todos sabem existir: os leitos das UTI são destinados preferencialmente àqueles que têm boas chances de curas. Portanto, ficam excluídos os que sofrem de doenças degenerativas agressivas e em estado terminal”. Outro médico, na mesma entrevista afirma: “Eu não mato. Apenas Deus tem esse poder. Agente apenas dá um empurrãozinho na natureza”.

estão, em realidade, sendo contrários à modalidade ativa direta, o que nos leva a questionar se a prática da eutanásia pode ser permitida em todas as suas modalidades, isto é, na completa aceção do termo? Ou se apenas algumas das formas de eutanásia podem ser aplicadas? Ou, ainda, se permitirmos a prática em uma de suas modalidades não se estaria dando o primeiro passo para a permissão de todas as modalidades? Seria isso desejável? Poderíamos incorrer em um neonazismo?

Outro documento que reflete a preocupação com a problemática apresentada é Resolução nº. 41/95 do COMANDA, Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, órgão vinculado ao Ministério da Justiça. Essa resolução aprovou na íntegra um texto elaborado pela Sociedade Brasileira de Pediatria, relativo aos direitos da criança e do adolescente hospitalizados. Enquanto a Lei nº. 8069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente – prevê em seu artigo 15 que a criança e o adolescente têm direito à dignidade, a Resolução nº. 41/95 do COMANDA assegura ao paciente jovem ou infante, no artigo 20, o “direito a ter uma morte digna, junto a seus familiares, quando esgotados todos os recursos terapêuticos disponíveis” (PITHAN, 2004, p. 111).

Por ilação temos que, quando os recursos terapêuticos disponíveis tiverem esgotado as possibilidades de beneficiar a criança ou o adolescente hospitalizado, isto é, quando o processo morte for irreversível, o direito à morte digna equivale a não intervir medicamente de forma abusiva ou desnecessária – obstinação terapêutica. Assim, a criança ou adolescente que estejam morrendo tem o direito de morrer em casa, sem serem submetidos à distanásia.

Diante do exarado, releva questionar a possibilidade de interpretar que tal direito atribuído às crianças e aos adolescentes poderia ser igualmente válido para todos os indivíduos, independentemente da faixa etária. O que para nós parece ser a única postura viável, pois não deve haver distinções dessa natureza em um Estado Democrático de Direito.

2.3 PRINCIPAIS ARGUMENTOS ELENCADOS NA DISCUSSÃO ACERCA DA (IN)ADMISSIBILIDADE DA EUTANÁSIA

Consoante já aludido a problemática que envolve não apenas a eutanásia como situações análogas, tais como homicídio piedoso e suicídio assistido, separa opiniões, pautando posturas consoante as aceções dadas às terminologias. Nessa senda, resta difícil arrolar com precisão os argumentos contrários e favoráveis, pois poderão basear-se em

concepções diversas do vocábulo eutanásia, porquanto as expressões utilizadas para descrever as diferentes posições não são neutras, mas carregadas de valores.

O mesmo caso pode freqüentemente ser descrito e interpretado de formas diferentes, buscando dirimir essa problemática, perfilamos, no primeiro capítulo, nossa compreensão terminológica acerca do tema; todavia, temos por oportuno destacar que neste capítulo nem todas as posições, sejam as contrárias, sejam as favoráveis, partem de nossa aceção de eutanásia.

Releva mencionar, ainda, que a abordagem das posições não se restringe ao campo jurídico, porquanto não há como se tratar adequadamente do tema eutanásia sem dar um enfoque interdisciplinar, pois a morte em suas variadas condições importa aos mais diversos ramos do conhecimento.

2.3.1 Argumentos Contrários

2.3.1.1 A vida como um direito indisponível

Um argumento, aparentemente forte, pautado para impedir a admissibilidade da eutanásia consiste na consideração que a vida é um bem indisponível. Vários são os autores adeptos desse pensamento, por considerarem que o direito à vida é absoluto e deve sobrepor-se aos demais direitos fundamentais.

Nessa seara, Diniz (2002, p. 21) aduz que “o direito à vida, por ser essencial ao ser humano, condiciona os demais direitos da personalidade”. Entende que “a vida humana deve ser protegida contra tudo e contra todos, pois é objeto de direito personalíssimo”. Na mesma linha é a posição de Bitencourt (2004, p.28-29):

Dentre os bens jurídicos de que o indivíduo é titular e para cuja proteção a ordem jurídica vai ao extremo de utilizar a própria repressão penal, a vida destaca-se como o mais valioso. A conservação da pessoa humana, que é a base de tudo, tem como condição primeira a vida, que mais que um direito, é a condição básica de todo o direito individual, porque sem ela não há personalidade, e sem esta não há o que se cogitar de direito individual.

O respeito à vida humana é, nesse contexto, um imperativo constitucional, que, para ser preservado com eficácia, recebe ainda a proteção penal. A sua extraordinária importância, como base de todos os direitos fundamentais da pessoa humana, vai ao ponto de impedir que o próprio Estado possa suprimi-la, dispondo a Constituição Federal que “não haverá pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX” (art. 5º, inciso XLVII, letra a).

Com efeito, embora seja um direito público subjetivo, que o próprio Estado deve respeitar, também é direito privado, inserindo-se entre os direitos constitutivos da personalidade. Contudo isso não significa que o indivíduo possa dispor livremente da vida. Não há um direito sobre a vida, ou seja, um direito de dispor,

validamente, da própria vida. Em outros termos a vida é um bem indisponível, porque constitui elemento necessário de todos os demais direitos.

A inviolabilidade do direito à vida ora descrito encontra, segundo a maioria dos autores que o defendem, seu respaldo na Constituição Federal no artigo 5º, *caput*, e na Declaração Universal dos Direitos Humanos, artigo 3º, que preceituam respectivamente:

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

Art. 3º. Todo homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

Silva (1998, p. 205) discorrendo sobre a norma constitucional em comento em relação à inadmissibilidade da eutanásia assevera: “É assim mesmo, uma forma não espontânea de interrupção do processo vital, pelo que implicitamente está vedada pelo direito à vida consagrado na Constituição, que não significa que o indivíduo possa dispor da vida em situação dramática”.⁴⁰ Soares e Monteiro (1940, p. 05) atribuindo um caráter sagrado à vida humana entendem que:

Ninguém tem o direito de matar o seu semelhante, nem mesmo para libertar de males tidos como incuráveis, quer diante da incurabilidade desses males, quer diante de dores originadas por eles ou mesmo ante a morte iminente. Em face do não matará, estigmatizado pelo Divino Mestre, é doutrina que permanece inatingível até os nossos dias e que há de percorrer os séculos até se projetar no infinito.

Diante do exposto podemos perceber que a essência da objeção à disposição da própria vida encontra respaldo não apenas em interesses de ordem pública, como de ordem religiosa. Nesse sentido podemos transcrever a descrição de Brito e Rijo (2000, p. 129-130):

Os que se manifestam contra a legalização da Eutanásia defendem que o direito de determinação individual do indivíduo não é absoluto: ele tem que ser contraposto aos direitos das outras pessoas e aos valores da sociedade...

Hoje, entende-se de forma unânime que a vida é um direito indisponível, pelo que a autodeterminação do paciente que quer que ponham termo ao seu sofrimento inútil, entra em conflito com os interesse público e os valores da sociedade que proíbem a morte directa, mesmo de doentes em estado terminal. O nascer e o morrer, com ou sem interferência do médico ocorrem no momento certo, pelo que a Eutanásia é uma violência contra a natureza. A vida do paciente não pertence ao médico, pelo que não lhe cabe a ele, ou a quem quer que seja abreviá-la. O homem não pode tirar a própria vida que é um bem supremo.

Se a Eutanásia fosse legalizada, haveria grandes discussões, ou mesmo revoltas/convulsões desencadeadas pelos diversos grupos/associações, bem como por parte das autoridades religiosas, que se mantêm irredutivelmente contra tal prática.

Interessante mencionar, ainda, a posição de Martins (1957) que considera que a morte não pode ser objeto de direito, pois não corresponde a uma necessidade, e o objeto de

⁴⁰ Na seara do exposto, cumpre mencionar que Silva (1998, p. 206) observa não lhe parecer característica da eutanásia a consumação da morte pelo desligamento de aparelhos que, artificialmente, mantenham vivo, o paciente já clinicamente morto. Porque considera que nessas situações a vida já não existia mais, restando apenas vegetação mecânica.

todo o direito deve partir do conceito de necessidade. Aduz o autor que não se pode admitir um direito de disponibilidade sobre a vida, pois o direito à vida encontra sua significação no correlativo dever em que se acham os outros de não-la desrespeitar. E, prossegue afirmando que o poder material que dispõe o homem, como ser consciente e livre, de destruir a própria vida, jamais configurará uma prerrogativa jurídica.

Por ilação ao exarado temos que os contrários à prática da eutanásia, em face das diversas fundamentações, consideram o direito à vida como absoluto, sendo que todos os demais direitos, por conseguinte decorreriam deste.

2.3.1.2 A fragilidade do critério da incurabilidade

Dentre os opositores das práticas eutanásicas, podemos afirmar que a maioria considera o critério da incurabilidade da moléstia um dos argumentos mais fracos a ser pautado no debate acerca da admissibilidade ou não do direito de morrer com dignidade. Asseveram que a incurabilidade é um dos conceitos mais polêmicos, porquanto o homem atingiu um grau tão elevado de desenvolvimento na área biomédica que é quase impossível crer-se na incurabilidade de uma doença. Ademais, rememorando épocas passadas podemos elencar uma larga gama de enfermidades que dizimavam multidões e que hoje são consideradas passíveis de cura, quando não, raras vezes, de fácil erradicação. Corroborando o mencionado encontra-se o posicionamento de Asúa (2003, p. 51) infradescrito:

A incurabilidade é um dos conceitos mais duvidosos. De um lado, doenças que em tempos foram incuráveis, venceram-se hoje e não podemos afirmar que as por tais reputadas presentemente, não possam ser, um dia, dominadas. Além disso, sucede com freqüência que o médico, diante de um enfermo positivamente incurável, atacado de um câncer em período avançado, pratica uma intervenção cirúrgica, sabendo muito bem que não o salva, mas sim de que lhe prolonga a vida vários meses e até anos. Devemos renunciar a esse período de existência prolongada por achar o paciente ferido por um mal que não perdoa? Na realidade, todos estamos condenados à morte em um prazo desconhecido, mas certo. Prolongar a vida é vivela.

Prossegue o autor destacando que na atualidade a medicina permite, sem dúvida, decidir que, atendendo aos meios terapêuticos de que dispomos, há doenças incuráveis em um certo momento do processo nosológico. Todavia, ressalta, que não podemos refutar a possibilidade de erros no diagnóstico (ASÚA, 2003).

Ademais, doenças que não tem possibilidade de cura hoje, ou situações que hoje são tidas como irreversíveis poderão não o ser num futuro próximo. Nessa seara, vale narrar o texto citado por França (*apud* DIEHL, 2003, p. 136) sobre um caso, ocorrido no medievo, de

um médico que vendo a filha de cinco anos acometida de difteria, sofrendo de dores atrozes e já tendo ele percorrido as maiores autoridades médicas sem nenhum resultado, ministrou-lhe uma substância que a matou durante o sono. No dia seguinte, esse médico recebeu um telegrama de outro médico amigo comunicando-lhe que um cientista da época chamado Roux descobrira naquela manhã uma vacina contra a difteria.

Nesse diapasão questionam a aceitabilidade da morte eutanásica com fulcro no critério de morte iminente e inevitável, de irreversibilidade do estado clínico do paciente e de doença incurável, pois hodiernamente podemos manter pessoas “vivas” quase que indefinidamente, e esperar dessa forma o advento de terapêuticas que possam melhorar o estado de saúde dos pacientes, por fatores que hoje a comunidade médica e científica não tem condições de diagnosticar.

2.3.1.3 A possibilidade de diagnósticos equivocados

Asúa (2002, p. 52) assevera que a possibilidade de um erro no critério da incurabilidade é espantosa. Seguem-no vários autores argumentando que a medicina não é infalível. Na senda do aludido Luna e Salles (1995, p. 116), ao apresentarem os principais argumentos contrários à eutanásia, afirmam:

una decisión como la que está en discusión es irreversible. Por lo tanto este argumento considera la posibilidad de errores de diagnósticos respecto a la posibilidad de encontrar una cura en el futuro. Aquí se apunta, por un lado, a la falibilidad de nuestro conocimiento y, por el otro, se demuestra una confianza optimista con respecto al mismo.⁴¹

Corroborando a posição dos autores mencionados, Cundiff (1992) narra situações de sua práxis médica a fim de refutar a prática eutanásica; alega que é muito difícil prever quanto tempo de vida resta, por exemplo, a um paciente canceroso, porquanto ele próprio teve pacientes que pensava que iriam morrer dentro de poucos meses e viveram anos e, outros, sobreviveram menos que o tempo previsto.

2.3.1.4 A variação na intensidade das dores e sofrimentos insuportáveis

⁴¹ uma decisão como a que está em discussão é irreversível. Portanto este argumento considera a possibilidade de erros de diagnósticos com respeito à possibilidade de encontrar um cura no futuro. Aqui se aponta, por um lado, a falibilidade de nosso conhecimento e, por outro, se demonstra uma confiança otimista com respeito ao mesmo. (tradução nossa).

Outro critério que sofre árduas críticas dos opositores das práticas eutanásicas consiste na discussão acerca da dor e dos sofrimentos insuportáveis, pois advogam que a intensidade da dor varia de pessoa para pessoa. Aduzem que a dor, ou os sofrimentos causados por ela, seja de natureza psicológica, seja de natureza física não servem de parâmetro para dimensionar a gravidade de um mal, bem como não autoriza decidir sobre questões de vida ou de morte. Nessa seara, vale ressaltar a lição de Asúa (2003, p. 57):

A dor é um fato psicofísico eminentemente subjetivo. Os médicos presenciam diariamente o estoicismo com que muitos pacientes resistem às operações mais cruéis, ao passo que enfermos leves, histéricos e hipersensíveis, clamam aos gritos por sofrimentos, que de ordinário se toleram sem excessivos protestos. Além disso, nem sempre as dores mais atrozes são indícios de males gravíssimos, enquanto enfermidades mortais estão desprovidas de sensações dolorosas. Não podemos, em suma, confiar à dor a influência decisiva de determinar a eutanásia.

2.3.1.5 As razões econômicas como verdadeiro móvel da prática eutanásica

Alguns de seus opositores argumentam que uma vez generalizada a eutanásia ensejara verdadeiros homicídios, sob o manto da boa morte, em realidade estar-se-iam cometendo homicídios com o móvel de cessar os gastos com o enfermo, por vezes elevados; possibilitar doações de órgãos retirados de pessoas que poderiam seguir vivendo, e por vezes instigar o ilícito comércio de órgãos; e, até mesmo, para lograr receber heranças.

2.3.1.6 O Juramento Hipocrático

Muitos dos opositores da eutanásia suscitam que realizá-la violaria o fim da medicina, desrespeitando, inclusive o Juramento de Hipócrates (CONSULEX, 2004, p. 39), que aduz expressamente a vedação de fornecer meios que produzam a morte, versando, na tradução da versão original, escrita no Séc. IV a. C.:

Prescreverei aos enfermos, segundo o melhor juízo e o meu saber, o regime conveniente para seu benefício, preservando-os de qualquer dano. Defender-me-ei das súplicas e dos agrados de quem quer que seja para lhes ceder veneno que possam causar a morte, nem tomarei a iniciativa de tal sugestão.⁴²

⁴² Cumpre destacar que de acordo com versão da tradução, por vezes, o texto do Juramento de Hipócrates varia um pouco de obra para obra. O fragmento exposto encontra-se exarado na Revista Consulex, ano VIII, nº. 188, p. 39, encontrando-se, a tradução do texto original na íntegra, da seguinte forma: Juro por Apolo, o curador, por Esculápio, Higeia e Panaceia, e tomando por testemunhas todos os deuses e deusas, que cumprirei com todas as minhas posses e em plena consciência os seguintes preceitos: respeitarei os meus mestres, tanto cuidarei dos seus descendentes como meus irmãos e ensinar-lhes-ei esta arte, se assim o pretenderem, em receber qualquer pagamento e sem restrições; deixarei participar das lições orais e da prática médica em primeiro lugar os meus filhos, os filhos dos meus mestres e depois aqueles que, por compromissos e juramentos, se declararem meus discípulos e acatem as regras da profissão, e a mais ninguém além deles. Prescreverei aos enfermos, segundo o

A ajuda na morte seria uma violação ao juramento de Hipócrates, que obriga o médico a tentar ajudar o seu paciente e a não lhe provocar danos. Embora este juramento tenha fundamentalmente valor histórico, continua a ser outro fator a dissuadir os médicos. (CUNDIFF, 1992).

Nessa senda, cumpre destacar que em versão atualizada do Juramento de Hipócrates, oriundo do *Value of Life Committee* – Comitê do Valor da Vida (*apud* BRITO e RIJO, 2000, p. 235), dos Estados Unidos da América, em 1995, manteve-se a vedação de dispor da vida, porém impôs-se a necessidade de respeito à mesma e acrescentou-se a necessidade do consentimento válido do enfermo ou de seu competente tutor legal, a não ser para evitar com prudência um perigo iminente⁴³.

2.3.1.7 O enfraquecimento da relação médico paciente

melhor juízo e o meu saber, o regime conveniente para seu benefício, preservando-os de qualquer dano. Defender-me-ei das suplicas e dos agrados de quem quer que seja para lhes ceder venenos que possam causar a morte, nem tomarei a iniciativa de tal sugestão. Do mesmo modo, não fornecerei às mulheres meios de impedir a concepção ou o desenvolvimento da criança. Em todas as circunstâncias exercerei a minha arte com pureza e honestidade. Não ousarei praticar a operação da pedra, mesmo nos enfermos em que a doença seja manifesta, confiando-os aos que se ocupem especialmente dessa prática. Em qualquer lar em que entre, terei apenas em mira o proveito dos doentes, abstando-me de toda acção prejudicial e corruptora, sobretudo quanto a voluptuosidade nos contactos com homens e mulheres, sejam livres ou escravos. Tudo do que eu tiver dado fé, durante a cura ou fora dela, na vida familiar, conservá-lo-ei secreto, se não me for permitido divulgá-lo. Se eu mantiver e observar este juramento com fidelidade, que me sejam concedidas vida afortunada e honra na profissão, e que a minha fama se propague entre os homens e perdure no tempo: mas se eu me desviar dele ou o violar, que a sorte me seja adversa.

⁴³ A íntegra do fragmento exposto encontra-se exarada na obra “Estudo Jurídico da Eutanásia em Portugal: Direito sobre a vida ou direito de viver” (BRITO e RIJO, 2000, p. 235) cuja tradução do texto original versa da seguinte forma: “Na presença do Todo-poderoso e perante minha família, os meus mestres e os meus colegas, juro cumprir, na medida das minhas forças e de acordo com a minha consciência, este juramento e compromisso: Terei por todos os que me ensinaram esta arte a mesma estima que tenho pelos meus pais, e com o mesmo espírito de entrega partilharei com outros o conhecimento da arte médica. Serei diligente em manter-me ao corrente dos progressos da Medicina. Atenderei, sem exceção, todos os que solicitarem os meus serviços, sempre que não me impeçam os meus deveres para com outros pacientes, e pedirei conselho a colegas experientes quando assim o requeira o bem dos meus pacientes. Seguirei o método terapêutico que, segundo a minha capacidade e recto entender, considere o melhor para o bem de meu paciente, e abster-me-ei de toda a acção nociva ou maliciosa. Não prescreverei, nem administrarei a ninguém ainda que me peça, nenhuma dose letal de um fármaco, nem aconselharei tal coisa; e também, nada farei, por acção ou omissão, com a intenção directa ou deliberada de pôr fim a uma vida humana. Terei o máximo respeito por toda a via humana desde a fecundação até a morte natural, e não admitirei o aborto intencional que destrua uma via humana irrepetível. Em pureza, santidade e bondade guardarei a minha vida e praticarei a minha arte. A não ser para evitar com prudência em perigo iminente, não tratarei nenhum paciente nem realizarei qualquer investigação num ser humano sem o consentimento válido e informado do sujeito ou do seu competente tutor legal, entendido por bem que a investigação deve ter por finalidade favorecer à saúde do interessado. Em qualquer lugar em que entrar para atender um paciente, irei pelo bem do enfermo e abster-me-ei de todo o agravo intencional ou de corrupção, e jamais seduzirei um paciente. Tudo o que, por razão da minha prática profissional ou sem relação com ela, possa ver ou ouvir da vida dos meus pacientes e não deva transparecer, não o divulgarei, consciente de que verei guardar segredo de tudo isso. Enquanto mantenha inviolado este juramento, seja-me concedido viver e praticar a arte da ciência da Medicina com a bênção do Todo-poderoso e o respeito dos meus colegas e da sociedade. Mas se quebrar e violar esse juramento, que caia sobre mim o contrário do que disse”.

Argumento que assume relevo entre os que são contra o direito da morte eutanásica é o possível enfraquecimento dos laços na relação médico-paciente. Nesse diapasão, destacamos a afirmação de Cundiff (1992, p. 83-84):

Independente de considerações morais ou éticas, não sei como é que algum médico arriscaria a praticar a eutanásia por causa dos danos potenciais que afectariam a sua futura relação com os pacientes. Poderia imaginar um paciente a quem foi diagnosticado cancro a perguntar-me se eu ajudo os doentes terminais no seu processo de morte.

Julgo que para muitos pacientes se sentiriam divididos ao saberem que iriam ser tratados por um médico que pratica eutanásia.

2.3.1.8 O argumento da ladeira escorregadia: O Programa de Eutanásia Nazista e sua influência no debate acerca da Morte Digna na atualidade

Peter Singer (2002) assevera que há meio século Adolf Hitler vem lançando uma longa e escura sombra sobre as discussões da eutanásia. Aduz que a tal ponto persiste a sombra hitleriana, que a cada vez que é discutida a eutanásia, a ladeira escorregadia surge sob os nossos pés e, ao pé da ladeira, aguarda-nos o holocausto.

Em face da afirmação supra, antes de adentramos nas questões inerentes à eutanásia praticada na Alemanha nazista e sua relação com o a eutanásia hoje, releva tecer breves comentários sobre a expressão “ladeira escorregadia” – *slippery slope*- assim empregada por Schauer em 1985. O argumento consiste em afirmar que a admissão de uma certa norma controversa em função de uma certa ação pretendida implica admitir igualmente a validade de um conjunto sucessivo de outras normas que permitem uma séria de outras ações originalmente consideradas imorais ou não pretendidas. Por exemplo, aceitar a eutanásia de pacientes terminais implicaria aceitar igualmente a eutanásia de doentes idosos; que por sua vez implicaria aceitar a eutanásia de inválidos e deficientes; esta, por sua vez, implicaria aceitar a eutanásia de “pessoas indesejadas”, o que levaria a admitir a morte pura e simples de pessoas indesejadas e, sucessivamente, a morte de qualquer outro por motivos irrelevantes (AZEVEDO, 2002).

Corroborando o exposto apresentamos as considerações de Caplan (1992, p. 197) que destaca: “nenhuma acusação ética é mais devastadora do que as práticas nazis”. Prossegue o autor alegando que muitos críticos das práticas eutanásicas atuais aduzem que elas diferem muito pouco do movimento nazi, consubstanciando-se pelo menos na fase incipiente de um esforço programático para terminar as vidas de alguns pacientes.

Consoante destaca Singer (2002), o trecho mais freqüente citado sobre o nazismo e a eutanásia deve-se a um psiquiatra americano, o major Leo Alexander, que foi encarregado de fazer um relatório sobre a esterilização compulsória nazista e o chamado programa de eutanásia. Segundo Alexander (1949 *apud* SINGER, 2002, p. 250).

Quaisquer que tenham sido as proporções finalmente assumidas pelos crimes (nazistas), para todos aqueles que os investigaram tornou-se evidente que, na origem, esses crimes tiveram começos modestos. A princípio não foram mais que uma sutil mudança de ênfase na atitude fundamental dos médicos. Começou com a aceitação da atitude, decisiva para o movimento da eutanásia, de que existia uma coisa que era a vida que não merecia ser vivida. Em seus estágios iniciais, essa atitude ocupou-se apenas os doentes graves e crônicos. Gradualmente, a esfera dos que seriam incluídos na categoria foi-se ampliando até abranger os socialmente improdutivos, os ideologicamente indesejados, os racionalmente indesejados e, finalmente, todos não-teutônicos. Contudo, é importante perceber que a alavanca infinitamente pequena a partir da qual a fase plena dessa tendência ideológica recebeu seus impulsos foi a atitude em relação aos doentes irrecuperáveis.

Enfatiza Singer (2002) que a mensagem de Alexander era simples: para evitar que o nazismo seja recorrente, devemos negar a existência de algo como “uma vida que não merece ser vivida”. Prossegue o autor analisando que o ponto de vista de Alexander pode ser simplesmente o de que a atitude que tornou possível o holocausto foi a atitude de que algumas vidas, por ficarem abaixo de algum padrão ideal de pureza racial e genética, não eram “merecedoras de serem vividas”. Se essa perspectiva procede, ou não, é uma imensa e complexa questão histórica, não sendo seu propósito negar sua validade, pois ela pode perfeitamente estar correta. Caso proceda, então, segundo o autor, a atitude que se encontra na raiz do holocausto é uma atitude que, felizmente, poucas pessoas endossarão hoje.

Conclui asseverando que a forma pela qual o debate acerca da eutanásia prossegue mostra que ele já emergiu bastante de sob a sombra de Hitler. E era preciso que o fizesse. Não acredita que devamos esquecer o holocausto; pelo contrário, é importante continuar lembrando a nós mesmos, a nossos filhos e netos, da natureza desse terrível episódio que mostra, melhor que qualquer outro deste século (referindo-se ao século XX), o pior daquilo que somos capazes. Entretanto, na concepção de Singer (2002), não podemos construir barreiras eficazes contra o retorno ao passado por meio de ações que resultam francamente fúteis, como conservar a vida daqueles que jamais voltarão a recobrar consciência. Devemos nos esforçar por construir uma ética defensável para essas difíceis questões, e assim encontrar o caminho para seguir adiante.

A discussão da eutanásia e, mais em geral, da tomada de decisões clínicas no final da vida, está emergindo de sob a sombra de Hitler, precisamente até o ponto de podermos agora migrar para uma discussão mais aberta e complexa daquilo que terá firmeza, ou não, nas posturas que assumimos sobre questões éticas relacionadas ao fim da vida. Nesse ponto endosso, plenamente, um comentário feito por Prins no

decurso de uma entrevista a Arlene Klotzko (Arlene Judith Klotzko. What Kind of Life? What Kind of Death? An interview with Dr. Henk Prins. *Bioethics*, vol. 11, nº. 1 – janeiro de 1997 – pp. 24-42). Ela perguntou a Prins se o fato de permitir que a qualidade de vida desempenhe um papel nas decisões de vida ou morte suscitaria problemas do tipo ladeira escorregadia. Prins respondeu: “sim; porém, a vida é inevitavelmente uma ladeira escorregadia e nela estamos todos nós. Se não trouxermos à tona os assuntos – se não pensarmos e falarmos sobre eles – o perigo da ladeira escorregadia torna-se maior”. (SINGER, 2002, p. 259).

Diante do exposto, temos que não podemos refutar a relevância do Período Nazista na discussão acerca da eutanásia, todavia não podemos nos prender as mazelas desse período objetivando evitar a discussão que urge acerca da eutanásia e suas implicações. Porquanto, a eutanásia que se vislumbra na atualidade, a exemplo da casuística apresentada no item anterior, não guarda qualquer semelhança com as práticas homicidas perpetradas em tempos pretéritos, em especial, durante a Segunda Grande Guerra.

2.3.2 Argumentos Favoráveis

2.3.2.1 Dores e sofrimentos insuportáveis

Ao passo que os adversários da prática da eutanásia refutam o critério dores e sofrimentos insuportáveis como legítimo por entender que o argumento não autoriza decidir sobre questões de vida ou de morte, devido sua imprecisão, seus partidários têm como principal preocupação, justamente, tirar da morte a dor e o sofrimento.

e a grande crítica que eles fazem aos que rejeitam a eutanásia é que são desumanos, dispostos a sacrificar seres humanos no altar de sistemas morais autoritários que valorizam mais princípios frios e restritivos que a autonomia das pessoas e a liberdade que as dignifica.

Não há dúvida de que aqui há elementos éticos de peso: o direito do doente crônico ou terminal de ter sua dor tratada e, quando possível aliviada; a preocupação em salvaguardar ao máximo a autonomia da pessoa e sua dignidade na presença de enfermidades que provocam dependência progressiva e a perda de controle sobre sua vida e sobre suas funções biológicas; o próprio sentido que se dá ao fim da vida e à morte. (PESSINI, 2004, p. 202)

2.3.2.4 Direito à autodeterminação

Um dos argumentos mais pautados no debate sobre a eutanásia, por seus defensores, consiste na autonomia ou autodeterminação do ser humano, como um direito decorrente dos direitos de liberdades. Autonomia significa autogoverno, autodeterminação da pessoa tomar decisões que afetem sua vida, sua saúde, sua integridade, suas relações sociais. Refere-se à capacidade do ser humano de decidir o que é bom, ou o que é seu bem estar. O respeito à autonomia do paciente implica possibilitá-lo de decidir qual a melhor terapia a lhe ser

aplicada. Todavia para que isso seja possível faz-se mister que ele tenha total consciência do seu estado clínico⁴⁴.

2.3.2.3 Obstinação Terapêutica

A obstinação terapêutica ou encarniçamento terapêutico, consoante já aludido, consiste em práticas distanásicas, que tem como fator preponderante os avanços científicos ocorridos nos últimos tempos. Essa possibilidade é extremamente relevante porque cria as condições físicas para uma recuperação e cura. Todavia, por outro lado, esses procedimentos que salvaram muitas vidas, por outro, podem prolongar, indefinidamente, biologicamente vidas com morte constatada ou decretada sem acrescentar nenhuma qualidade humana.

Em face do exposto, e objetivando que o ser humano tenha sua dignidade respeitada, os defensores das práticas eutanásicas fazem da necessidade de se evitar tais procedimentos, quando sejam desproporcionais, um dos principais argumentos a legitimar a admissibilidade da morte digna. Nessa seara, releva mencionar as considerações de Junges (1999, p. 183):

Diante de situações distanásicas, deve-se afirmar que não é necessário fazer, sempre e em todas as circunstâncias, o máximo para conservar a vida de alguém, pois a existência meramente biológica não significa necessariamente vida humana, não é preciso usar meios desproporcionais para prolongar a vida de quem já não tem esperança de recuperação; existem situações em que a melhor atitude ética é deixar o paciente morrer, sem intervir no para prolongar a vida.

Portanto, é eticamente permitido ao profissional desligar, com o consentimento dos familiares, os aparelhos que conservam a vida biológica de quem já tem morte cerebral comprovada ou ao paciente negar-se a ser submetido a procedimentos médicos desproporcionados aos resultados esperados em situações de doença terminal.

A obstinação terapêutica é um desvirtuamento da atitude médica, pois reduz a vida à sua dimensão biológica e tem dificuldade em aceitar a inevitabilidade da morte... A distanásia é um desrespeito à dignidade da pessoa humana, porque instrumentaliza o ser humano a serviço de uma ideologia médica.

Os defensores da admissibilidade do direito de morrer dignamente, amparados no respeito devido a todo ser humano, sustentam que não se deve prolongar indefinidamente a “vida” de ninguém, pois, estar-se-ia desrespeitando a própria condição humana, na medida em que o homem nasce para a morte, devendo essa ser aceita com naturalidade. Sustentam que o respeito à vida digna impõe o dever de cuidado para com o ser humano e não a obstinação de curar, o que, hoje, não tem cura.

⁴⁴ No que concerne às questões inerentes à autonomia dos pacientes, temos por oportuno destacar que a problemática será abordada com mais vagar na análise dos princípios bioéticos envolvidos na discussão acerca do direito à vida digna.

2.3.2.4 Tratamentos caros em pacientes sem chance de cura: o argumento dos recursos limitados em face de necessidades ilimitadas

Alguns defensores da eutanásia arrolam dentre os argumentos favoráveis a justificar sua prática o elevado custo financeiro, social e pessoal causado pelo prolongamento de uma vida impossibilitada de continuar: tal fato leva à superlotação de leitos nos hospitais, e a dispendiosos gastos, por vezes públicos, com remédios e tratamentos inúteis, sobretudo daqueles casos em que os doentes estão em estado vegetativo persistente, em que a esperança de reversibilidade é mínima ou nula. Aduzem que muitos dos pacientes no estado supra descrito se melhoram ficam com seqüelas graves, dependendo de terceiros.

2.3.2.5 A Dignidade da Pessoa Humana

Para os que advogam a admissibilidade da eutanásia uma das razões mais fortes que se vislumbra discutir é o fato do prolongamento artificial da vida humana ou em condições degradantes não dever se sobrepor, compulsoriamente, à dignidade da pessoa humana, quando envolve sofrimento para o doente, para os que lhe são próximos e comprometimento do respeito devido ao ser humano.

A expressão “respeito à dignidade da pessoa humana”, consiste, para seus defensores, na espinha dorsal da discussão acerca da eutanásia, por essa razão passamos as primeiras considerações sobre o conteúdo e a significação da sentença “dignidade da pessoa humana”.

Bonavides (2001, p. 14-15), em Prefácio à primeira edição da obra de Ingo Wolfgang Sarlet, intitulada a Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, assevera que a densidade jurídica do papel da dignidade da pessoa humana no sistema constitucional há de ser máxima e se houver reconhecidamente um princípio supremo no trono da hierarquia das normas, esse princípio não deve ser outro senão aquele em que todos os ângulos éticos da personalidade se acham consubstanciados: a dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana é, por conseguinte, o núcleo essencial dos direitos fundamentais. Todavia, sua delimitação é tarefa árdua, porquanto sua acepção varia no tempo e no espaço. Dessa forma, valemo-nos do conceito de Sarlet (2001, p. 60), pela precisão que lhe é peculiar ao afirmar:

a dignidade da pessoa humana consiste na qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da Comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

É, pois, no reconhecimento do respeito ao ser humano, que a discussão acerca do direito de morrer encontra o seu maior gargalo, porquanto para uns o direito à vida deve sobrepor-se ao respeito à dignidade da pessoa humana, porquanto, premissa básica para a configuração da mesma, e para outros, esta deve sobrepor-se a ele.

Diante de todo o exarado, podemos afirmar que, não obstante, a relevância dos argumentos pautados no debate tangente à admissibilidade da eutanásia e modalidades assemelhadas, sem objetivar reduzir a complexidade que é inerente ao tema, no cerne da discussão encontra-se a necessidade de respeito ao ser humano, sendo essa uma preocupação tanto dos adversos como dos adeptos da conduta eutanásica.

Portanto, temos, por ilação, que tanto aqueles que defendem a vida como direito inviolável, como aqueles que assim não a consideram têm por principal preocupação a dignidade do ser humano, sendo que os primeiros concebem como um desrespeito qualquer conduta que possua ingerência no curso vital, enquanto que os segundos consideram que desrespeitar as peculiaridades de cada situação que se apresenta é desrespeitar o próprio ser humano.

Buscando dirimir esses e outros conflitos que se apresentam na área das biociências surge a bioética, um ramo da Ética que enfoca questões referentes à vida, e, conseqüentemente, à morte. É uma especialização multidisciplinar, que comporta enfoques interdisciplinares, devendo envolver profissionais da área da saúde, de educação, da filosofia, de direito e de teologia. Dessa forma, dispensamos, a seguir, especial atenção à bioética e seus princípios basilares.

2.4 A BIOÉTICA, SEUS PRINCÍPIOS BASILARES E AS INTERFACES COM O DIREITO

2.4.1 A bioética e seus princípios basilares

Bioética é um neologismo derivado das palavras gregas *bios* (vida) e *ethike* (ética). O termo apareceu pela primeira vez na década de setenta, no artigo *The science of survival* - a ciência de sobreviver – escrito pelo oncologista Van Rensselaer Potter, e no ano seguinte na obra do mesmo autor intitulada *Bioethics: bridge to the future* – Bioética: ponte para o futuro. O significado originário atribuído por Potter ao conceito de bioética consistia numa reflexão sobre as possíveis conseqüências negativas do desenvolvimento científico. Potter esclareceu que escolhia o termo *bio* para representar o conhecimento biológico dos sistemas vivos, e *ética* para representar os conhecimentos dos sistemas dos valores humanos (SGRECCIA, 1996).

Significou, a princípio, a área do conhecimento, dedicada ao estudo das condições de sobrevivência da humanidade e da melhoria das condições da vida humana, relacionando-se, portanto, com um projeto de qualificação da vida humana e não, necessariamente, com a medicina. Atualmente a bioética compreende, basicamente, o campo de interseção da ética com as ciências biológicas, que se transformou numa área do conhecimento interdisciplinar, apresentando múltiplas facetas.

O objetivo principal desse campo de estudos éticos consiste, assim, em trabalhar as relações entre a ética e a vida humana, a ciência e os valores humanos, sendo necessariamente interdisciplinar. (BARRETO, 2001, p. 43-44).

A acepção do termo, nos moldes do que temos hoje, deve-se a André Hellegers que usou a mesma palavra de modo institucional para significar o novo campo de pesquisa da ética biomédica (CLOTET, 2003). Segundo nos ensina Clotet (2003, p. 33), “é uma ética aplicada que se ocupa do uso correto das novas tecnologias na área das ciências médicas e da solução adequada dos dilemas morais por elas apresentados. Trata-se, portanto, de um ramo específico da filosofia moral com características próprias”. Roberto Andorno ([?], p. 11-12) corrobora as posições expostas afirmando:

La Bioética es ante todo ética. Esto significa que forma parte de aquella rama de la filosofía que se ocupa de estudiar la moralidad del obrar humano. La ética es, en efecto, la disciplina que considera los actos humanos en tanto buenos o malos.

Pero la bioética es una parte de la ética y no toda la ética. Ella se ocupa de la vida en cuanto tal. La pregunta central que se plantea es: ¿cómo debemos tratar a la vida? Pero debemos aclarar concierne a cualquier vida. Es la vida humana y su valor la que está en el centro del debate bioético, y no la vida de plantas o animales.⁴⁵

Em virtude da bioética centrar seu objeto na vida, mais especificamente no respeito à vida humana, cabe a ela examinar a problemática trazida pelas novas tecnologias empregadas

⁴⁵ A bioética é antes de tudo ética. Isto significa que forma parte daquele ramo da filosofia que se ocupa de estudar a moralidade do agir humano. A ética é, de fato, a disciplina que considera os atos humanos enquanto bons ou maus. Mas a bioética é uma parte da ética e não toda a ética. Ela se ocupa da vida enquanto tal. A pergunta central que se questiona é: como devemos tratar a vida? Mas devemos esclarecer que a pergunta não concerne a qualquer vida. É a vida humana e seu valor a que está no centro do debate bioético, e não a vida das plantas e dos animais. (tradução nossa)

no ramos das biociências. Como já aludido anteriormente, essas novas técnicas são extremamente ambíguas, pois ora trazem benefícios imensos, ora malefícios imensuráveis.

Buscando dirimir essa problemática pautaremos nosso estudo no paradigma principialista⁴⁶, que está entre os modelos de análise da bioética mais divulgados e propõe a orientar as ações três princípios: a autonomia (hodiernamente denominado de princípio do respeito à autonomia), a beneficência e a justiça, é a denominada “Trindade Bioética”, sendo que alguns doutrinadores acrescentam um quarto princípio, qual seja, a não-maleficência. Sob esses prismas, os princípios aludidos não têm disposição hierárquica entre si e são validos *prima facie*, a situação em causa e suas conseqüências é que indicarão que princípio deve ter precedência, em caso de colisão. Esse modelo é amplamente aplicado na práxis clínica, pois se considera que possui resultados bastante positivos em relação ao respeito pela dignidade da pessoa humana. Nesse diapasão temos por oportuno apresentar os princípios basilares da bioética, cuja análise é de fundamental relevo para uma discussão crítica e séria acerca do processo de morrer.

2.4.1.1 Princípio do Respeito à Autonomia

⁴⁶ Destacamos que o paradigma principialista não é o único modelo de análise teórica da bioética, embora seja o mais utilizado, existem outros como os paradigmas: liberatório, das virtudes, casuístico, fenomenológico e hermenêutico, narrativo, do cuidado, do direito natural, contratualista e antropológico personalista. Todavia, optamos pela abordagem através do viés principialista por considerarmos que as demais perspectivas são, em realidade, abordagens aprimoradas, em alguns aspectos e deterioradas em outros do próprio principialismo, assim não podemos considerá-los como exclusivos e sim complementares. Dessa forma, entendemos ser aconselhável conceber os princípios como instrumentos para interpretar determinadas facetas morais de situações e como guias para ação e não preceitos absolutos.

Releva mencionar que o modelo de análise teórica principialista iniciou-se com o Relatório Belmont e foi implementado por Beauchamp e Childress. É importante ressaltar que em particular três casos notáveis mobilizaram a opinião pública norte-americana e exigiram regulamentação ética. São eles: 1) Em 1963, no Hospital Israelita de doenças crônicas em nova York, foram injetadas células cancerosas vivas em idosos doentes; 2) Entre 1950 a 1970, no hospital estadual de Willowbrook (NY) injetaram o vírus hepatite em crianças retardadas mentais e 3) Desde os anos 30, mas divulgado apenas em 1972, no caso do Tuskegee study, no estado do Alabama, 400 negros sífilíticos foram deixados sem tratamento para a realização de uma pesquisa da história natural da doença. A pesquisa continuou até 1972, apesar do descobrimento da penicilina. Como forma de reação a essas condutas, o governo e o Congresso norte-americano constituíram, em 1974, a *National Commission for the protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research* (Comissão Nacional para a proteção dos Seres Humanos em Pesquisa Biomédica e Comportamental), com o objetivo de levar a cabo uma pesquisa e estudo completo, que identificasse os princípios éticos básicos que deveriam nortear a experimentação em seres humanos nas ciências do comportamento e na biomedicina. Esta comissão levou quatro anos para publicar o que ficou conhecido como o Relatório Belmont (*Belmont Report*), através do qual três princípios éticos globais deveriam prover as bases sobre as quais formular, criticar e interpretar algumas regras específicas, sendo eles autonomia, beneficência e justiça. Destaca-se que o relatório referia-se somente às questões éticas levantadas em pesquisas em seres humanos. Estava fora de seu horizonte de preocupação todo o campo da prática clínica e assistencial. Beauchamp e Childress, em sua obra *Principles of Biomedical Ethics – Princípios de Ética Biomédica*, aplicaram para a área clínico assistencial o sistema de princípios, essa obra foi publicada inicialmente em 1979, e um ano após o Relatório Belmonte, em 1994, saiu a Quarta edição revista e ampliada, retrabalhando o sistema de três princípios em quatro, distinguindo beneficência e não-maleficência (PESSINI e BARCHIFONTAINE, 1998).

O princípio do respeito à autonomia (*autos*, eu; *nomos*, lei) denota que todos devem ser responsáveis por seus atos. A responsabilidade, nesse sentido, implica atos de escolha. Deve-se respeitar a vontade, os valores morais e as crenças de cada pessoa (FABRIZ, 2003).

Segundo nos ensina Clotet (2003), o princípio em tela pode ser analisado sob dois enfoques distintos, quais sejam: sob o aspecto exclusivo do médico, referindo-se nesse caso a autonomia do médico ou do profissional da saúde, ou entendido como o reconhecimento e a expressão da vontade do paciente ou dos seus representantes nas diversas etapas ou circunstâncias do tratamento médico.

Em face do respeito à dignidade da pessoa humana, refutamos posições que considerem a prevalência da autonomia do médico ou profissional da saúde em detrimento da autonomia do paciente. Clotet (2003, p. 145), no sentido do exposto, destaca que:

o direito de autodeterminação do paciente ou do seu representante deveria ser sempre respeitado pelo profissional da medicina, pois este de modo geral deveria sempre agir conforme o interesse do paciente, manifestado através da sua vontade autônoma.

Adotando posição análoga, Fabriz (2003) assevera que se faz necessário o respeito à autonomia da vontade, na medida em que a relação médico-paciente demanda segurança. Entende que o princípio da autonomia justifica-se como princípio democrático, no qual a vontade e o consentimento livre do indivíduo devem constar como fatores preponderantes, visto que tais elementos ligam-se diretamente ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Nessa senda, o princípio da autonomia ou princípio do respeito à autonomia considera como base das decisões a serem tomadas, relativas ao uso de terapias e o desenvolvimento das pesquisas, o respeito à autonomia do ser humano, que serve para determinar os limites na aplicação de terapêuticas e na utilização do corpo humano, como objeto de pesquisas científicas (Declaração Universal do Genoma Humano da UNESCO, 1997, *apud* BARRETO, 2001).

A autonomia expressa a liberdade de escolha, a possibilidade do paciente optar em relação a tudo que diga respeito à sua pessoa, de decidir sobre sua história pessoal, de decidir sobre a ingerência ou não no seu curso vital. Corroborando o exposto apresentamos as colocações de Gracia (1990, *apud* MUÑOZ e FORTES, 1998, p. 58):

A autonomia expressa-se como princípio de liberdade moral, que pode ser assim formulado: todo ser humano é agente moral autônomo e como tal deve ser respeitado por todos os que mantêm posições morais distintas ... nenhuma moral pode impor-se aos seres humanos contra os ditames de sua moral.

Nos moldes do aduzido por Muñoz e Fortes (1998), a autonomia se refere à capacidade do ser humano decidir, sendo considerada autônoma a pessoa que tem liberdade de pensamento, é livre de coações internas ou externas para escolher entre as alternativas que lhe são apresentadas. O ser humano não nasce autônomo, torna-se autônomo, e para isto contribuem variáveis estruturais biológicas, psíquicas e socioculturais. Porém, existem pessoas que têm sua autonomia mitigada, seja de forma transitória, seja de forma permanente. São exemplos do descrito os deficientes mentais, as crianças, as pessoas em estados de agudização de transtornos mentais, indivíduos sob intoxicação exógena, sob efeito de drogas, em estado de coma, etc... Dessa forma, para que a pessoa possa exercer a autonomia deve ter capacidade para tal ato.

Ademais, o respeito à autonomia do paciente implica possibilita-lo de decidir qual a melhor terapia a lhe ser aplicada. Entretanto, para que isso seja possível faz-se mister que ele tenha total consciência do seu estado clínico, devendo, dessa forma, o consentimento ou a recusa à submissão de determinada terapêutica estar vinculado ao esclarecimento da situação do paciente por parte dos profissionais da saúde que lhe estiverem ministrando atendimento.

2.4.1.1.1 O Princípio do Respeito à Autonomia e o Consentimento Informado

Há um consenso, conforme aduz Dworkin (2003) de que os adultos dotados de competência normal têm direito à autonomia, isto é, direito de tomar, por si próprios, decisões importantes para a definição de suas vidas. “Os adultos competentes são livres para fazer maus investimentos, desde que outros não lhes enganem, nem soneguem informações”. (DWORKIN, 2003, p. 315).

A posição de Dworkin (2003) exarada encontra amparo na concepção de autonomia pautada na integridade, ou seja, na capacidade de alguém expressar seu caráter – valores, compromissos, convicções e interesses críticos e experiências – na vida que leva. Dessa forma, um reconhecimento de um direito individual de autonomia torna possível a autocriação. Permite que cada um de nós seja responsável pela configuração de nossas vidas de acordo com nossa própria personalidade, coerente ou não com a posição dos demais. Permite que um indivíduo prefira a morte a amputação radical, ou a uma transfusão de sangue, desde que tenha havido uma informação prévia de tal desejo. A autonomia estimula e protege a capacidade geral das pessoas de conduzirem suas vidas consoante suas próprias percepções do que é relevante para elas.

Nessa perspectiva, a pessoa autônoma possui o direito de consentir ou recusar propostas de caráter preventivo, diagnósticos ou terapêuticas que considere não condizentes com seus valores e princípios. Todavia, esse consentimento tem que ser obtido de forma livre e estando o paciente devidamente esclarecido acerca de seu quadro clínico. Nessa senda, Borges (2001, p. 295) destaca que:

O dever do médico de cuidar do paciente acaba quando este, após ter recebido todas as informações, opõe-se ao tratamento. Uma vez que a Constituição Federal garante que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, está-se diante da necessidade do consentimento informado e esclarecido do paciente para qualquer tipo de tratamento, não havendo disposição legal específica. O dever do médico de tratar encontra seu limite no não-consentimento do paciente em relação ao tratamento.

Ademais, cumpre destacar que o paciente pode, a qualquer momento, se consciente e capaz, mudar de idéia quanto a não continuidade de um determinado tratamento ou recusa do mesmo e solicitar que volte ou comece a receber os cuidados médicos necessários e previstos. Nessa seara, mister frisar que constitui componente fundamental do Consentimento Informado a capacidade da pessoa em decidir. “Esta capacidade de tomar decisões livremente é a garantia do ato de consentir” (CLOTET ET ALL, 2000, p. 57). A validade do consentimento informado depende, portanto, da capacidade de fato⁴⁷ do indivíduo em consentir, que se encontra disciplinada no Código Civil pátrio nos artigos 3º e 4º, que versam respectivamente:

Art 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

- I – os menores de 16 (dezesseis) anos;
- II – os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;
- III – os que, mesmo por causa transitória não puderem exprimir sua vontade.

Art. 4º. São incapazes, relativamente a certos atos, ou a maneira de os exercer:

- I – os maiores de 16 (dezesseis) anos e menores de 18 (dezoito) anos;
- II – o ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental tenham o discernimento reduzido;
- III – os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;
- IV -

Diante do exposto, deparamos-nos com dois tipos de incapacidade, respectivamente, a incapacidade absoluta e a relativa. A primeira, consiste numa restrição do poder de agir,

⁴⁷ É de extrema importância que não se confunda a “*capacidade de direito*” (personalidade) com a “*capacidade de fato*”. A capacidade de direito, personalidade jurídica, é igual para todos e exprime a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações. Ela independe da consciência ou da vontade humana, pois a capacidade de direito é atributo de todo homem, e dele inseparável. O mesmo não ocorre com a capacidade de fato (ou de exercício), que é a faculdade de poder exercer pessoalmente os direitos de que se é titular; esta pressupõe a existência de duas faculdades a consciência e a vontade. A falta de uma dessas faculdades ou de ambas, torna a pessoa incapaz. Tal incapacidade pode ser suprida pelo instituto da representação (FELIX, 1996, P. 222).

devido à ausência da faculdade do exercício pessoal e direto dos direitos de personalidade, dessa forma, são representados por terceiros nos atos que se relacionam com seus direitos e interesses. A segunda, refere-se a pessoas que não possuem integralmente qualidades que lhes permita liberdade de ação para procederem com completa autonomia, dessa forma, a legislação exige que sejam assistidos por terceiros nas tomadas de decisões, não são privados de ingerência ou participação na vida jurídica. Podemos, portanto, anuir com a afirmação de Pereira (1995, p. 162) que segue:

Aos indivíduos, às vezes faltam requisitos materiais para dirigirem-se com autonomia no mundo civil. Embora não lhes negue a ordem jurídica a capacidade de gozo ou de aquisição, recusa-lhes a autodeterminação, interditando-lhes o exercício dos direitos, pessoal e diretamente, porém condicionado sempre a intervenção de uma outra pessoa que os representa ou assiste. Aquele que se acha em pleno exercício de seus direitos é *capaz*, ou tem a capacidade de fato, de exercício ou de ação, aquele que falta a aptidão para agir, não tem a capacidade de fato. Regra é, então, que toda pessoa tem a capacidade de direito; mas nem toda a de fato. Toda a pessoa tem a capacidade de adquirir direitos, mas nem toda pessoa tem o poder de usá-los pessoalmente e transmiti-los a outrem por ato de vontade.

Como podemos perceber, a capacidade, compreendida como capacidade de fato, é imprescindível para validar-se o consentimento, todavia outros requisitos também se apresentam como necessários, para que o paciente possa validamente prestar sua anuência a um tratamento, quais sejam: a revelação adequada e veraz da informação pela equipe médica; a compreensão adequada dessa informação e o consentimento voluntário. Segundo Carvalho (2001, p. 145), “uma vez atestados esses quatro requisitos, será possível falar-se em consentimento informado, expressão concreta do princípio da autonomia”.

2.4.1.1.2 O Princípio do Respeito à Autonomia e os Testamentos Vitais

O testamento vital, também denominado de *Living Will* ou *Testament de Vie*, é uma forma de respeito à autonomia do paciente que aparece ao lado da possibilidade do consentimento informado. Através desse documento a pessoa determina, de forma escrita, que tipo de tratamento ou não tratamento deseja receber caso se encontre doente, em estado incurável, terminal, ou em estado clínico não condizente com a dignidade da pessoa humana, podendo ser revogado pelo paciente a qualquer momento. Consubstancia-se numa forma muito útil da pessoa manifestar sua vontade de forma inequívoca, caso, em momento futuro, não possa fazê-lo. Esse procedimento além de evitar procedimentos médicos que o paciente não desejaria receber, poderia evitar que o médico fosse processado em face de sua omissão.

No ordenamento jurídico penal pátrio, não há regulamentação sobre essa modalidade de expressão da autonomia. Todavia, merece destacar que, no ordenamento jurídico norte-americano esse documento possui reconhecido valor legal, tendo surgido com o *Natural Death Act* –Ato da Morte Natural – na década de setenta na Califórnia. Exige-se que o testamento vital seja assinado por pessoa maior e capaz, perante duas testemunhas independentes, e que só tenha vigência depois de quatorze dias da assinatura, sendo revogável a qualquer tempo. Além disso, tem um valor limitado no tempo, de aproximadamente cinco anos. O estado de fase terminal deve ser atestado por dois médicos. O médico que desrespeita as disposições do testamento sofre sanções disciplinares (BORGES, 2001).

2.4.1.1.3 O Princípio do Respeito à Autonomia e o direito de não ser informado

Paralelamente, as duas situações descritas, encontra-se uma terceira, não tão freqüente, mas que merece atenção, trata-se do direito da pessoa autônoma de não ser informada, quando assim o desejar. Ser informado é um direito do paciente e não uma obrigação. Dessa forma, quando o paciente optar por não receber informações acerca de seu quadro clínico deverá indicar quem deverá ser informado, bem como quem estará habilitado para tomada de decisões em seu nome.

Nesse diapasão Muñoz e Fortes (1998) aludem que o respeito ao princípio da autonomia orienta a necessidade de aceitação da vontade pessoal do paciente, sendo vedado, dessa forma, aos profissionais da saúde fornecerem informações desagradáveis a essa pessoa e autorizando esses últimos a tomarem decisões nas situações concernentes ao estado de saúde do paciente, ou ainda, quando solicitado pelo paciente que consultem as pessoas indicadas por este.

2.4.1.2 Princípios da Beneficência e Não-Maleficência

“Do latim *bonum facere* (fazer o bem), o princípio da beneficência indica a necessidade do profissional da saúde e do investigador de promover primeiramente o bem do paciente. Fundamenta-se na regra da confiabilidade” (SANTOS, 1998, *apud* FABRIZ, 2003, p. 107).

A Beneficência consubstancia-se num dos mais antigos critérios da ética médica, porquanto era considerada o fio condutor do, já aludido, Juramento de Hipócrates. Seu

significado filosófico moral, quer dizer fazer o bem. Portanto, esse princípio tem como premissa norteadora não apenas da prática médica, como da prática odontológica, psicológica e da enfermagem, entre outras, o bem do paciente e os seus interesses, de acordo com os critérios do bem fornecidos pela medicina, odontologia, enfermagem e psicologia.

Segundo esclarece Clotet (2003, p. 64) “o princípio da beneficência tenta, num primeiro momento, a promoção da saúde e a prevenção da doença e em segundo lugar pesa os bens e os males buscando a prevalência dos primeiros”. Prossegue o autor em comentário frisando ser evidente que “o médico e demais profissionais da saúde não podem exercer o princípio da beneficência de modo absoluto” (CLOTET, 2003, p. 65). É difícil delimitar o campo entre a beneficência como ação e ela como dever ético, portanto quando não for mais possível fazer-se o bem ao paciente deve-se buscar não lhe fazer mal é aqui que reside o princípio da não-maleficência.

Por ilação, temos que o princípio da não-maleficência envolve uma abstenção, qual seja a do profissional da saúde de fazer o mal, de não tomar nenhuma atitude que venha a trazer conseqüências negativas para o paciente, a passo que o princípio da beneficência tem como norte uma comissão, um agir, em prol do bem do paciente.

2.4.1.3 Princípio da Justiça

“O princípio da Justiça, no campo da Bioética, indica a obrigação de se garantir uma distribuição justa, equitativa e universal dos bens e serviços (dos benefícios) da saúde. Liga-se ao contexto da cidadania, implicando uma atitude positiva do Estado, no que se refere ao direito à saúde” (FABRIZ, 2003, p. 111).

Não obstante a relevância desse princípio, não há consenso acerca do conteúdo substancial de Justiça, ou seja, várias são as delimitações de Justiça, vários são os critérios utilizados para defini-la e várias são as teorias que tratam do tema. Frise-se que não constitui objeto do presente estudo conceituar justiça, porquanto esse tema já seria suficientemente complexo para elaborarmos outra dissertação. Vislumbramos apenas apresentar os princípios de bioética e contextualizar sua aplicabilidade em face das questões oriundas do direito de morrer com dignidade.

Dessa forma, nos furtaremos desse instigante debate, porquanto adotando posição de Barreto (2001) entendemos que os três princípios apresentados não foram estabelecidos para concomitantemente resolverem as questões controversas oriundas das profundas mudanças no

campo das ciências biomédicas contemporâneas, porquanto estes são referências de três campos de atuação distintos, ainda que todos referidos à pessoa humana.

Nessa senda, mister aludir que os princípios apresentados servem para privilegiar um dos aspectos da relação médico-paciente: o princípio da autonomia refere-se ao espaço decisório que cabe à pessoa humana a submeter-se a tratamento ou não, bem como a frustrar tratamentos já iniciados; o princípio da beneficência e o da não-maleficência enfatizam o papel do profissional da saúde ao tratar com o corpo e a mente da pessoa humana; e, o princípio da justiça relaciona-se com o poder público estatal e da sociedade, por onde se procura realizar o mais alto grau de justiça, através da justa distribuição dos benefícios e serviços de saúde e da obrigação de tratamento igualitário, respeitadas as diferenças de quadros clínicos.

Em face do exposto, podemos perceber que para os fins propostos no presente estudo releva apenas a análise dos princípios da autonomia e da beneficência e não-maleficência, pois expressam os “mandados de otimização”⁴⁸ a serem pautados no debate acerca da eutanásia e condutas análogas.

2.4.2 Breves considerações sobre a bioética e suas interfaces com o direito

Por ilação a todo exarado até o momento podemos afirmar que quando questões inerentes à ética, relacionadas com a vida se apresentam, tal como a eutanásia, nas suas mais variadas formas, estamos diante da Bioética; um estudo sistemático da conduta do ser humano na área das ciências da vida, objetivando o respeito pela pessoa humana. Não obstante, mister se faz mencionar que não é prerrogativa apenas da bioética as questões inerentes à vida nas diversas etapas de seu curso.

Sob seu estatuto epistemológico particular, o Direito também se ocupa da vida – do nascer e do morrer, de quem é pessoa, de sua filiação, de seus valores existenciais e de suas relações patrimoniais, de seus direitos (isto é, dos direitos que concernem à pessoa) e de seus deveres e responsabilidades. Portanto falar em direito é falar fundamentalmente em pessoa e em relação – o modo como se estabelecem as relações entre as pessoas (individual ou coletivamente

⁴⁸ Barreto (2001) destaca que os princípios são chamados de mandados de otimização por Robert Alexy, em virtude de poderem ser cumpridos em diferentes graus, sendo que a medida do grau de cumprimento ira depender das possibilidades reais e jurídicas que cercam o ato. Podem ser aplicados, portanto, em uma ordem jurídica definida e completa, mas, também, em ordens jurídicas que estão ainda em processo de construção, tendo em vista as novas realidades sociais, resultantes dos novos conhecimentos científicos. Segundo leciona Barreto (2001, p. 45-46) “A utilidade do emprego dos princípios reside, assim, em poder considerá-los como um espaço normativo anterior ao sistema do direito positivo, apto a suprir as lacunas do direito face aos avanços da ciência e da tecnologia”.

consideradas),e a relação das pessoas com as coisas, bens materiais e imateriais (MARTINS COSTA, 2001, p. 73).

Em face do exposto, e levando em consideração uma abordagem contemporânea do direito, não arreigada no positivismo jurídico, podemos afirmar que, na base da discussão jurídica da morte eutanásica encontra-se o princípio da dignidade da pessoa humana, que se expressa, dentre outras formas, através dos princípios da autonomia e da beneficência e não-maleficência, princípios essenciais da bioética.

“Nesta perspectiva, o princípio da dignidade da pessoa conduz a uma interpretação conforme a Constituição das demais regras do sistema acaso não perfeitamente compatíveis e dos demais princípios, inclusive os bioéticos”(MARTINS-COSTA, 2001, p. 77).

Reside, no sentido do explanado, portanto, razão a Martins-Costa (2001) quando demonstra que não mais sobrevive a ficção de um Direito como “ciência pura”, separada da ética, porquanto os grandes temas éticos são também grandes temas jurídicos. Exemplificando essa premissa temos o objeto de estudo desta dissertação.

3 ASPECTOS JURÍDICOS – CONSTITUCIONAIS E PENAIS

Las cuestiones acerca de cuáles derechos tiene el individuo como persona y como ciudadano de una comunidad, de qué principios está sujeta la legislación estatal y qué es lo que exige la realización de la dignidad humana, la libertad y la igualdad, constituyen grandes temas de las luchas de la filosofía práctica y puntos polémicos centrales de las luchas políticas pasadas y presentes.⁴⁹

(Robert Alexy, Teoría de Los Derechos Fundamentales)

Nada representa mais a Dignidade do ser humano que sua vida respeitada e sua morte tranqüila. Viver dignamente é viver com saúde e qualidade.

(Cláudia Lima Marques, Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de “ações afirmativas” em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso)

3.1 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, SUA POSIÇÃO E SEU SIGNIFICADO COMO FUNDAMENTO DA ORDEM CONSTITUCIONAL

No decorrer deste estudo podemos perceber que a discussão acerca da eutanásia, da distanásia, da ortotanásia, do suicídio assistido e do homicídio privilegiado, estrutura-se a partir, não apenas da aceção de eutanásia aceita ou de seus termos análogos, como também da concepção de dignidade de pessoa humana adotada.

Consoante já destacamos alhures, enquanto para uns o respeito à dignidade da pessoa humana implica considerar a vida inviolável, como um bem indisponível, ainda que sob condições degradantes; para outros, não há como se cogitar de respeito à dignidade da pessoa humana sem o necessário reconhecimento do direito à autonomia e à liberdade de disposição acerca das ingerências em seu próprio curso vital; bem como não poderíamos discutir uma relação médico-paciente pautada no respeito à dignidade da pessoa humana sem reconhecermos a necessidade de análise dos princípios da beneficência e, quando este não mais for possível, da não-maleficência.

Por ilação, podemos afirmar que definir consensualmente dignidade é tarefa difícil, porquanto a noção exarada por esse conceito pode variar no tempo e no espaço. Um breve

⁴⁹ As questões acerca de quais direitos tem o indivíduo como pessoa e como cidadão de uma comunidade, de a que princípios está sujeita a legislação estatal e o que exige a realização da dignidade humana, a liberdade e a igualdade, constituem grandes temas da filosofia prática e pontos polémicos centrais das lutas políticas passadas e presentes (tradução nossa).

retrocesso histórico acerca da fundamentação da dignidade da pessoa humana é suficiente para evidenciar essa característica.

Nessa senda, nos valem do estudo de Sarlet (2001) para demonstrar a evolução do pensamento descrito. Inicialmente, releva aludir que na antigüidade clássica a dignidade (*dignitas*) da pessoa humana, em regra, relacionava-se com a posição social ocupada pelo indivíduo e o seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade. No pensamento estóico, a dignidade perdeu esse caráter quantitativo e passou a ser concebida como qualidade que, por ser inerente ao ser humano, o distinguia das demais criaturas e o igualava a todos de sua espécie, pois todos eram dotados de dignidade, em igual grau. Durante a Idade Média, é mister mencionar a contribuição de Tomás de Aquino⁵⁰, o qual chegou a referir expressamente o termo “*dignitas humana*”; e de Pico della Mirandola, já no limiar da Modernidade, que, partindo da racionalidade como qualidade peculiar inerente ao ser humano, advogou ser esta a qualidade que lhe possibilita construir de forma livre e independente sua própria existência e seu próprio destino. Já nos séculos XVII e XVIII, merecem alusão Samuel Pufendorf, para quem mesmo o monarca deveria respeitar a dignidade da pessoa humana, considerada esta como a liberdade do ser humano de optar de acordo com sua razão e agir conforme o seu entendimento e sua opção; e Immanuel Kant, cuja concepção de dignidade pauta-se na autonomia ética do ser humano, considerando esta (autonomia) como fundamento da dignidade do homem, além de sustentar que o ser humano não pode ser tratado nem por ele próprio como objeto.

Kant sinala que a autonomia da vontade, entendida como a faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis, é um atributo apenas encontrado em seres racionais, constituindo-se no fundamento da dignidade da natureza humana. Com base nessa premissa, Kant sustenta que “o Homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo, não como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade” (SARLET, 2001, p. 32-33).

Frisa-se que é nos fundamentos Kantianos que a expressiva maioria dos doutrinadores contemporâneos alicerça suas considerações tangentes á dignidade da pessoa humana. Martins-Costa (2000, p. 68), valendo-se da lição de Bernard Edelman alude que não obstante:

a palavra dignidade fosse a muito conhecida, e a idéia de uma dignidade própria ao homem remonte a Kant, a idéia da existência de uma proteção jurídica que é devida

⁵⁰ Tomás de Aquino pensava a dignidade humana sob dois prismas diferentes: a dignidade é inerente ao homem, como espécie; e ela existe *in actu* só no homem enquanto indivíduo, passando, dessa forma, a residir na alma de cada ser humano. A inflexão diz com o fato de que o homem deve agora não mais olhar apenas em direção a Deus, mas voltar-se para si mesmo, tomar consciência de sua dignidade e agir de modo compatível. Mais do que isso para São Tomás de Aquino, a natureza humana consiste no exercício da razão e é através desta que se espera submissão às leis naturais, emanadas diretamente da autoridade divina (MORAES, 2003, p. 111).

em razão da dignidade liga-se fundamentalmente a um duplo fenômeno, a barbárie nazista (que fez alcançar a idéia de crimes contra a humanidade, no Tribunal de Nuremberg) e a biomedicina que coloca em xeque a própria identidade da humanidade como espécie.

Por este caminho não isento de paradoxos e de décalages opera-se um câmbio semântico específico, verifica-se a passagem de um grau de significado a outro: a dignidade da pessoa, como princípio jurídico vai designar não apenas “o ser da pessoa”, mas a “humanidade da pessoa”. Esta é vista de uma perspectiva que não a confunde conceitualmente com o “sujeito capaz juridicamente”, nem com o indivíduo atomisticamente considerado, significando diversamente, “a reunião simbólica de todos os homens naquilo que eles têm em comum, a saber, a sua qualidade de seres humanos. Em outras palavras ela é que permite o reconhecimento de uma pertença (*appartenance*) a um mesmo gênero: o gênero humano. A mudança de grau no significado está em que a dignidade é o atributo ou qualidade desta pertença: “se todos os seres humanos compõem a humanidade é porque todos eles têm esta mesma qualidade de dignidade no plano da humanidade, dizemos que eles são todos seres humanos e dignos de o ser.

Nessa mesma seara de pensamento, Miranda (2003, p. 85) aduz que “a dignidade humana é da pessoa em qualquer dos gêneros, masculino e feminino. Em cada homem e em cada mulher estão presentes todas as faculdades da humanidade”. Prossegue o autor mencionando que a dignidade de cada pessoa tem que ser compreendida em relação com as demais. “A dignidade de cada pessoa pressupõe a de todos os outros” (MIRANDA, 2003, p. 86).

Com fulcro no exposto, podemos afirmar que a dignidade é atributo intrínseco da existência humana, de sua essência, confundindo-se com a própria natureza do ser humano. Compreendida dessa forma, não se concede a dignidade da pessoa humana, não podemos cogitar a possibilidade de um determinado sujeito de direitos ser titular de uma pretensão a que seja concedida dignidade. Essa deve, na lição de Sarlet (2005, p. 19), “ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada), já que existe – ou é reconhecida como tal – em cada ser humano como algo que lhe é inerente”.

Moraes (2003, p. 114) destaca que “o respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento do imperativo categórico Kantiano, de ordem moral, tornou-se um comando jurídico no Brasil com o advento da Constituição Federal de 1988, do mesmo modo que já havia ocorrido em outras partes”.

Essa positivação recente do princípio da dignidade da pessoa humana, comparado com suas origens longínquas no tempo, deve-se ao fato que apenas na primeira metade do século XX, a partir das atrocidades ocorridas na Segunda Guerra Mundial, a exemplo das já descritas nesse estudo, é que se passou a reconhecê-lo expressamente nos ordenamentos constitucionais devido sua previsão no artigo primeiro da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948), que versa: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade.

São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”.

No que alude ao direito brasileiro, a dignidade da pessoa humana encontra-se elencada entre um dos cinco fundamentos do Estado Democrático de Direito, ademais de sua previsão de forma esparsa ao longo do texto constitucional⁵¹. Assim, consoante versa a Carta Magna pátria em seu artigo 1º, inciso III, a República Federativa do Brasil deve fundamentar-se na dignidade da pessoa humana.

Em face da positivação no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro do princípio da dignidade da pessoa humana releva comentarmos seu *status* jurídico normativo em nosso ordenamento, que é de princípio (e valor) fundamental (SARLET, 2001).

Canotilho (2002, p. 225) versando sobre o ordenamento jurídico-constitucional português exarou posição análoga asseverando que a esfera constitutiva da República Portuguesa é a dignidade da pessoa humana. “Trata-se de princípio antrópico que acolhe a idéia pré-moderna e moderna de *dignitas-hominis*, ou seja, do indivíduo conformador de si próprio e de sua vida segundo o seu próprio projeto espiritual”.

Nesse diapasão, faz-se mister apresentar a ressalva de Sarlet (2001) no sentido de termos presente que a autonomia deve ser considerada em abstrato, como sendo a capacidade potencial que cada ser humano possui de auto-determinação, não dependendo de sua efetiva realização, no caso da pessoa em concreto, pois os absolutamente incapazes possuem a mesma dignidade que qualquer outro ser humano física e mentalmente capaz.

Nessa senda, Dworkin (2003) assevera que o direito a tratamento digno não nasce na capacidade do indivíduo de compreender um tratamento digno como tal. E não morre com o desaparecimento dessa compreensão. Consoante o autor, o direito de uma pessoa ser tratada com dignidade é o direito de que os outros se conscientizem de seus interesses críticos⁵²; que eles se conscientizem de que ele é o tipo de criatura dotada de padrão moral que lhe é

⁵¹ Nesse sentido, cumpre mencionar: CF/88 - Art. 170, *caput*: A ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios; CF/88 - Art. 226, § 7º : Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva, por parte de instituições oficiais ou privadas; CF/88 - Art. 227, *caput*: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

⁵² Dworkin (2003, p. 284) aduz que “os ‘interesses críticos’ são aqueles interesses cuja satisfação torna nossas vidas genuinamente melhores, interesses que se ignorados, constituiriam erros passíveis de piorar essas vidas. As convicções sobre o que ajuda a tornar uma vida boa em termos gerais são aquelas que remetem a esses interesses mais importantes. Representam juízos críticos, não apenas preferências relativas a experiências”.

intrínseco a tal ponto importante que representa diferença sobre como a sua vida irá continuar. Dignidade, ressalta Dworkin, é a importância intrínseca da vida humana.

Por ilação, temos que a dignidade possui uma dúplici perspectiva, qual seja: uma dimensão autônômica e outra assistencial, protetiva. Dessa forma, quando não for possível, dadas as circunstâncias, a conduta de uma determinada pessoa ser pautada pela dimensão autônômica, em especial nas questões bioéticas propostas no decorrer deste estudo; devemos seguir respeitando a dignidade da pessoa humana, na sua perspectiva protetiva, ou seja, devemos analisar o caso pelo prisma da beneficência e da não-maleficência, pois o direito à assistência é devido a todos os seres humanos, mesmo aos incapazes de reger-se de forma autônoma⁵³.

Parece-nos flagrante a necessidade do reconhecimento da dimensão autônômica da dignidade da pessoa humana, em especial no que tange a liberdade. Nesse diapasão Maurer (2005, p. 75) destaca:

A dignidade não pode ser compreendida sem a liberdade, e nem a liberdade sem a dignidade...
Compreender a liberdade sem a dignidade pode levar à perda da liberdade. Associadas e inseparáveis, elas não podem, todavia ser confundidas. A pessoa é digna pois é um ser livre.

Prossegue a autora em comentário asseverando que opor à liberdade à dignidade é ter uma concepção fracionada do homem; é não compreendê-lo em sua totalidade. “Uma liberdade compreendida sem a responsabilidade seria uma liberdade alienada. Uma dignidade que não considera-se a dignidade do homem seria uma dignidade truncada” (MAURER, 2005, p. 79).

O que se percebe em última análise, segundo Sarlet (2001), é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma vida digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade e a pessoa humana poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças.

Importa considerar, neste contexto, que, na sua qualidade de princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana constitui valor guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem jurídica (constitucional e infraconstitucional), razão pela qual para muitos, se justifica sua característica de

⁵³ Nesse sentido ver Dworkin (2003, p. 337-340), pois o autor assevera que a dignidade possui uma voz ativa e outra passiva, sendo que ambas encontram-se interligadas, pois é no valor intrínseco da vida humana que encontramos respaldo para afirmar que mesmo aquele que já perdeu a consciência de sua dignidade, ou nunca a teve, merece tê-la respeitada e considerada.

princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa⁵⁴ (SARLET, 2001, p. 72).

Cumprir mencionar que o princípio da dignidade da pessoa humana não é absoluto, sob pena de perder sua própria substância enquanto princípio, podendo, inclusive, nos moldes da lição exarada por Sarlet (2001), ser realizado em diversos graus, isto sem falar na necessidade de resolução de eventuais tensões entre a dignidade de diversas pessoas, ou mesmo a possível existência de um conflito entre o direito à vida e à dignidade da pessoa, envolvendo um mesmo sujeito de direitos.

Considere-se aqui a problemática que envolve especialmente a descriminalização e até mesmo a autorização pelo ordenamento jurídico de prática da eutanásia comissiva e omissiva, onde uma opção pela manutenção, a qualquer custo (e não apenas financeiro) da vida, poderá ser tida como violadora da dignidade, ao menos se assim for compreendida uma sobrevida marcada por sofrimentos atrozos ou condições manifestamente degradantes ou indignas de vida (SARLET, 2001, p. 76).

É, pois, nesse ponto que a discussão acerca do direito de morrer encontra o seu maior gargalo, porquanto para alguns o direito à vida deve sobrepor-se à dignidade da pessoa humana, e para outros, esta deve sobrepor-se àquele. Assim, objetivando apresentar as principais razões dessa discussão passamos à sua análise.

3.2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A (IN)DISPONIBILIDADE DO DIREITO À VIDA

Reside na colisão entre o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos pontos mais polêmicos na abordagem das questões atinentes à eutanásia, homicídio privilegiado e ao suicídio assistido. Nesse sentido Sarlet (2001, p. 126-127) leciona:

Outro problema – que, de resto, tem sido objeto de amplo debate – diz com a já lembrada e possível contraposição dos valores dignidade e vida. Com efeito, pressuposta a existência de um direito à vida com dignidade e se tomando o caso de um doente em fase terminal, vítima de sofrimentos atrozos e sem qualquer esperança de recuperação, sempre se poderá indagar a respeito da legitimidade da prática da eutanásia ou do suicídio assistido, justificando-se com base no argumento de que mais vale morrer com dignidade, ou então fazer prevalecer (mesmo contrariamente à vontade expressa do doente ou mesmo em flagrante violação à sua dignidade) o direito (e, nesta quadra, também dever) à vida, ou mesmo, na esteira de exemplo já referido, considerar que a dignidade engloba a necessidade de respeitar e preservar a vida humana, por mais sofrimento que se esteja a causar com tal medida.

Na seara do pensamento exposto, Borges (2001, p. 298) aduz que:

O conceito de dignidade humana é categoria central na discussão da eutanásia e de outros temas do biodireito. Esse conceito leva a indagações como “se o

⁵⁴ Conforme leciona Silva (1998, p. 109) a “Dignidade da Pessoa Humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”.

prolongamento artificial da vida apenas vegetativa não representa uma manipulação que viola a dignidade humana e se certos tratamentos coativos e não necessários não ultrajam a dignidade da pessoa”.

Diante das posições supra descritas, bem como em face dos casos expostos no decorrer da presente dissertação, parece-nos necessário tecermos algumas considerações acerca do direito à vida, para posteriormente analisá-lo em contraponto com o respeito à dignidade da pessoa humana.

O direito à vida, assim como o respeito à dignidade da pessoa humana, possui garantia constitucional, encontrando-se previsto no *caput* do artigo 5º de nossa Carta Magna, que versa: “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, [...]”.

Dentre as várias posições adotadas, podemos perceber nitidamente duas posições conflitantes: a que concebe o direito à vida como superior a todos os demais direitos; e, a que o compreende como direito não absoluto, devendo ser interpretado com o conjunto de direitos decorrentes do reconhecimento da dignidade da pessoa humana.

A primeira posição foi apresentada no capítulo terceiro deste estudo, passamos, portanto, a expor algumas críticas a essa posição, já explanando nessa senda os fundamentos da compreensão oposta.

Cumprir destacar que, não obstante o direito à vida, assumir posição de relevo no ordenamento jurídico pátrio, sendo reconhecido como bem jurídico⁵⁵ constitucional digno de tutela penal, não possui, como qualquer outro, caráter absoluto. A autorização da pena de morte, em caráter excepcional, prevista na alínea ‘a’ do inciso XLVII do artigo 5º da Carta Constitucional⁵⁶, é um dos exemplos do caráter relativo do direito à vida.

Acresce-se ao exemplo referido as situações em que o Código Penal pátrio admite a possibilidade de mitigação do direito à vida, como quando prevê não configurar crime o agente que “mate outrem” amparado por causas de justificação, tais como legítima defesa, estado de necessidade ou estrito cumprimento do dever legal⁵⁷, ou ainda, diante de

⁵⁵ Destacamos que existe uma variedade de conceituações tangentes a definir bem jurídico, todavia, não nos ocuparemos neste momento desta problemática, apenas esclareceremos, parafraseando Zaffaroni (2002, p. 463): “que trata-se de um conceito central das teorias do tipo e do delito, que guarda um estreito paralelismo com a concepção geral do Direito e do Estado que se adote”.

⁵⁶ Art. 5º, inc. XLVII, a, Constituição Federal/88 – não haverá penas de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX.

⁵⁷ Art. 23 Código Penal – Não há crime quando o agente pratica o fato: I – em estado de necessidade; II – em legítima defesa; III – em estrito cumprimento do dever legal [...]

discriminantes putativas⁵⁸, bem como quando autoriza determinadas formas de aborto⁵⁹ ou não incrimina a tentativa de suicídio⁶⁰.

No sentido do aduzido encontra-se, também, o direito internacional vigente no país, vejamos: O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966) dispõe em seu artigo 6º, 1, “O direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito deverá ser protegido pela Lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida”; e o Pacto de San José da Costa Rica (1969, ratificado pelo Brasil em 1992) versa, no artigo 4º, 1, “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”. Por ilação, temos que a vedação de privação da vida ocorre quando a conduta for arbitrária, sendo, portanto, permitida quando houver justo motivo.

Diante do exposto, resta evidente o caráter relativo do direito à vida, sendo uma constatação que se impõe, a partir dessa premissa, a sua disponibilidade, em determinadas situações, em especial por parte de seu titular, porquanto, ademais de sua relatividade, trata-se de direito à vida e não de dever a mesma.

Canotilho (2002), nessa seara, entende que o direito à vida pressupõe sua proteção perante terceiros; e não contra tudo e contra todos, como abordam alguns partidários do caráter absoluto deste direito, deixando, por ilação, uma abertura para o consentimento do titular do direito ser suficiente a ensejar uma morte eutanásica. São as palavras do autor:

Muitos direitos impõem um dever ao Estado (poderes públicos) no sentido de proteger perante terceiros os titulares de direitos fundamentais. Nesse sentido o Estado tem o dever de proteger o direito à vida perante eventuais agressões de outros indivíduos (é a idéia traduzida pela doutrina alemã na fórmula Schutzpflicht). Daí o falar-se da função de proteção perante terceiros (CANOTILHO, 2002 p. 407).

Discorrendo sobre a disponibilidade do bem jurídico vida, por parte de seu titular, Zaffaroni (2002, p. 465) assevera: “a vida é o mais disponível dos bens jurídicos, porque costumamos consumi-la a cada momento a nosso bel-prazer”. Corroboramos a posição do

⁵⁸ Art. 20, § 1º Código Penal – É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposos.

⁵⁹ Art. 128 do Código Penal – Não se pune o aborto quando praticado por médico : I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

⁶⁰ Destaca-se que a tentativa de suicídio, assim como este consumado, não são criminalizados, em que pese para alguns essa postura decorrer apenas da impossibilidade de punição da conduta do suicida; posição que ousamos discordar pois, se esse argumento fosse plausível, deveria ser crime a conduta na forma tentada. Nessa seara, parece-nos interessante destacar a posição de Gomes (2001): “Dono da vida, o homem indiscutivelmente deve ser também, dentro de determinadas circunstâncias e segundo certos limites, o dono de sua morte. Aliás, já o é no suicídio, o que significa desde logo uma relativização do ‘direito à vida’ (que geralmente equivocadamente é ensinado nas faculdades, em geral, como se fosse algo absolutamente indisponível, o que não é verdade).

autor em comento, pois entendemos que “viver” são contínuos atos de disposição da própria vida, porquanto o ser humano passa sua vida inteira tomando atitudes de disposição acerca da mesma e como melhor conduzi-la; por que, então, não poderia dispor desta em seu momento derradeiro: a morte? Nessa senda, é a posição de Rivacoba (2001, p. 57-58) que, ao discorrer sobre a disponibilidade da vida, a relaciona com o respeito à dignidade; são as suas palavras:

no se trata de una mera referencia retórica y significa en efecto algo, o, en otras palabras si tiene verdadero carácter normativo no puede denotar sino el reconocimiento, en el ser humano, de su calidad de fin en sí, es decir, su derecho al ejercicio racional de sus facultades de conocimiento y voluntad y a trazarse en su virtud un plan de vida propio, un destino peculiarísimo que realizar, y a proponerse un fin personalísimo que conseguir y obrar en consecuencia y sin interferencias ni restricciones para alcanzarlo, y, si esto es en la vida, ¿ por qué no también en su culminación y coronación, o sea, en la muerte? Justamente, la congruencia en y de la vida exige su armonía con la muerte, cosa que se advierte muy bien en la consideración vulgar de la disconformidad entre ambas y la expresión que usa cuando alguien no acuerda el momento de la segunda a las convicciones y la trayectoria de la primera: “no supo morir”. En definitiva, si, por imperio del respecto que se debe a la dignidad de cada individuo, le pertenece su vida, ¿ Cómo no le ha de pertenecer su muerte? ⁶¹

Em face do exposto, podemos perceber a relativização do direito à vida a fim de assegurar o respeito devido à dignidade da pessoa humana; essa conduta impõe-se em decorrência da necessidade de refutarmos situações indignas e degradantes, porquanto temos o direito à vida e não um dever de perpetuação; viver não é uma obrigação; não é, e não pode ser considerado compulsório.

Todavia, cumpre mencionarmos que a disponibilidade da vida também não é um direito absoluto, sofrendo mitigações em diversas situações, a exemplo, entre outros, das pessoas que não têm capacidade de exarar seu consentimento, e, não podendo, pois, dispor sobre ingerências em seu curso vital.

Dessa forma, encontramos-nos diante de situações que fogem aos rigores das regras jurídicas, pautam-se em princípios, via de regra, em colisão, com o “direito à vida”, a exemplo da aplicabilidade dos princípios da beneficência e da não maleficência, compreendidos como expressão assistencial ou protetiva da dignidade da pessoa humana. Assim, releva, para

⁶¹ não se trata de uma mera referência retórica e significa com efeito algo, ou, em outras palavras, se tem verdadeiro caráter normativo, não pode denotar senão o reconhecimento, no ser humano, de sua qualidade de fim em si, isto é, seu direito ao exercício racional de suas facultades de conhecimento e vontade e a traçar em sua virtude um plano de vida próprio, um destino peculiaríssimo que realizar, e a propor-se um fim personalíssimo que conseguir e obrar em consequência e sem interferências nem restrições para alcança-lo; e se assim o é a vida, por que não também em sua culminação e coroação, ou seja, na morte? Justamente a congruência na e da vida exige sua harmonia com a morte, coisa que se adverte muito bem na consideração vulgar da desconformidade entre ambas e a expressão que se usa quando alguém não acorda o momento da segunda as convicções e a trajetória da primeira: “não soube morrer”. Em definitivo, se, por império do respeito que se deve a dignidade de cada indivíduo, lhe pertence sua vida, como não lhe há de pertencer sua morte? (tradução nossa).

viabilizar uma adequada postura frente ao tema, estudarmos as principais teorias destinadas ao estudo dos princípios em colisão.

3.3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS EM COLISÃO: APORTES PARA SUA INTERPRETAÇÃO E PONDERAÇÃO

Em uma sociedade complexa como a hodierna, o sistema jurídico também deve ser assim entendido. Um pensamento jurídico Contemporâneo, que busque efetividade, deve estar apto a trabalhar com as ambivalências e com a complexidade. O Direito fechado a outros ramos do conhecimento é um Direito ilegítimo; que não sabe a que veio.

Buscando pautar a postura jurídico-constitucional e penal, que julgamos adequada ao tratamento da eutanásia e de situações análogas, contextualizamos ao longo deste estudo a problemática, abordando sua evolução histórica e apresentado os principais argumentos pautados na discussão sobre a admissibilidade ou não de práticas eutanásicas em nosso ordenamento, a fim de compreendermos as principais facetas que se encontram em debate. E, procurando possíveis soluções às questões apresentadas, deparamos-nos com alguns princípios da bioética que freqüentemente estão em tensão quando discutimos ingerência no curso vital.

Percebemos, ainda, que quando abrimos o sistema jurídico para esse ramo do conhecimento – bioética - estamos construindo uma ponte, através da qual transitaram aportes conceituais para, posteriormente, serem analisados pelo direito. Dessa forma, entendemos que os princípios oriundos da bioética devem ser discutidos no mundo jurídico como maior ou menor grau de respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Na seara do exposto, podemos perceber a relevância dos princípios num direito que se preocupa com o ser humano, respeitando seu imensurável valor intrínseco. São diversas as teorias que se destinam a explicar, interpretar e ponderar princípios; todavia, iremos apresentar apenas as matrizes que se coadunam com a complexidade da vida contemporânea, em especial com as questões propostas neste estudo.

3.3.1 A Máxima da Proporcionalidade⁶² e a Tensão entre Princípios

⁶² Destacamos que utilizaremos no curso deste estudo a expressão máxima da proporcionalidade e princípio da proporcionalidade indistintamente, todavia, cumpre destacar que para Alexy (2001) não se tratam de vocábulos com acepções idênticas, porquanto entende o autor que apesar da máxima da proporcionalidade ser costumeiramente chamada de princípio da proporcionalidade, esta não pode ser compreendida no sentido de princípio exarado na obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”, porque adequação, necessidade e

A compreensão do princípio da proporcionalidade⁶³ é de elevada relevância para os operadores do direito, porquanto devem buscar sempre a máxima efetivação dos princípios de nossa Lei Maior, pois sabemos que os princípios não são absolutos, não o sendo, também, os direitos fundamentais, embora, em outros momentos tenham sido concebidos como naturais – imutáveis e universais, entendemos que eles devem ser compreendidos no tempo e no espaço no qual estão circunscritos e do qual se originaram.

Na linha de pensamento supra encontra-se a alusão de Bobbio (1992, p. 5):

Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

Elucidando o exposto por Bobbio, destacamos o direito à vida, que por um longo período, ainda com resquícios no mundo hodierno, foi compreendido como indisponível, sofrendo alterações significativas durante os anos que se aproximaram da Segunda Grande Guerra. Por mais paradoxal que possa parecer, enquanto muitos se insuflavam contra as atrocidades das ditas “eutanasias” nazistas, na República de Weimer, outros buscavam a boa morte nos mais variados locais, a exemplo dos relatos históricos descritos, pois compreendiam que, baixo determinadas circunstâncias, como dores e sofrimentos insuportáveis deveriam poder dispor de suas vidas, inclusive com o auxílio de terceiros.

proporcionalidade em sentido estrito não são ponderados em face de algo diferente. Não é que algumas vezes possuam precedência e outras não. O que se questiona é se as máximas parciais são satisfeitas ou não, e se sua não satisfação tem como consequência a ilegalidade. Dessa forma, conforme destaca Alexy, as três máximas parciais tem que ser catalogadas como regras.

⁶³ Releva mencionar que alguns juristas consideram o princípio em comento como sinônimo do princípio da razoabilidade, e do princípio da proibição de excesso, enquanto outros apontam divergências entre eles; em que pese adotarmos neste estudo apenas as considerações tangentes ao princípio da proporcionalidade, temos por oportuno trazer algumas das considerações no sentido do exposto. Assim, Buechele (*apud* ARAÚJO, 2004, p. 103), registra que “a mais alta Corte de Justiça do Brasil costuma se valer, na fundamentação de diversos acórdãos, do princípio da proporcionalidade também como princípio da razoabilidade ou da proibição de excesso.” Canotilho (2002) equipara o princípio da proporcionalidade ao da proibição de excesso. Salaibi Filho (*apud* ARAÚJO, 2004, p. 104) sustenta que “a diferença entre razoabilidade e proporcionalidade residiria somente no campo territorial, vale dizer o primeiro termo, utilizado pelos americanos, e o segundo, pelos europeus [...]. Essa distinção territorial é apontada também por Dieh (2003, p. 165) que aduz “a doutrina mais autorizada vem fazendo uma distinção entre a abrangência do princípio da proporcionalidade (de origem germânica, assinala-se) e o princípio da razoabilidade (de origem norte-americana), afirmando que não são princípios fungíveis, embora semelhantes em alguns aspectos. Àvila (*apud* STEINMETZ, 2001) conclui que há uma diferença de método na aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, pois enquanto o primeiro consiste num juízo com referência a bens jurídicos ligados a fins, o segundo traduz um juízo com referência à pessoa atingida. Por ilação à essa afirmação de Àvila, Steinmetz (2001, p. 187) assevera que “o problema da colisão de direitos fundamentais exige a aplicação do princípio a proporcionalidade, porque na colisão de direitos fundamentais se estrutura uma relação meio-fim. Não se trata, na colisão, de verificar a razoabilidade da aplicação de uma norma geral a um caso individual, a uma situação pessoa.

Na atualidade, esse debate é fomentado pela colisão entre preservação a qualquer custo da vida e respeito à dignidade da pessoa humana, nas suas diferentes dimensões. Abstratamente, o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana deveriam coexistir em harmonia, sendo, dessa forma, um direito à vida digna. Contudo, a casuística nos demonstra que nem sempre esse ideal é atingido. Nessa senda é que se impõe, como corolário lógico da tarefa de julgar, em situações de princípios conflitantes – direitos fundamentais conflitantes – a máxima da proporcionalidade⁶⁴.

A proporcionalidade é princípio jurídico cujas origens remontam ao processo de afirmação concreta dos direitos fundamentais, desenvolvido pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, notadamente após a Segunda Grande Guerra. Dessa forma, a proporcionalidade emana do bojo de um constitucionalismo, no qual a mera declaração solene dos direitos fundamentais é substituída por uma exigência de realização concreta dos valores albergados por esses direitos (PONTES, *apud* ARAÚJO, 2004).

Hodiernamente, o princípio em comento, segundo nos ensina Pontes (*apud* ARAÚJO, 2004) consubstancia-se garantia constitucional imanente ao Estado de Direito e exerce simultaneamente na ordem jurídica a dupla função de proteger a esfera de liberdade individual contra medidas estatais arbitrárias, e de viabilizar a concretização ótima dos direitos fundamentais e de todo o elenco de pretensões reconhecidas através de diferentes regras e princípios constitucionais.

Alexy (2001), Steinmetz (2001), Ávila (2003) e Araújo (2004) ao abordarem o princípio em comento destacam que ele subdivide-se em três máximas parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, também denominados de subprincípios da proporcionalidade⁶⁵.

3.3.1.1 Adequação

O subprincípio da adequação, também denominado de princípio da pertinência, idoneidade ou princípio da conformidade, exige uma relação empírica entre o meio e o fim: o

⁶⁴ Destacamos que, não obstante o princípio da proporcionalidade, não se encontrar positivado, ele é uma consequência lógica da opção do legislador pátrio por um Estado Democrático de Direito. Como bem acentua Araújo (2004, p. 46): “O princípio da proporcionalidade está impregnado na consciência das sociedades civilizadas, independente de normas positivadas, consistentes em princípios e regras explícitas.

⁶⁵ Nessa senda Araújo (2004) menciona que o princípio da proporcionalidade pautado nos três deveres – subprincípios – aludidos não rompe a unidade epistemológica do princípio em comento, que consiste no controle do grau e da natureza das limitações impostas pelo Estado às liberdades individuais, bem como da medida da concretização das pretensões constitucionais.

meio deve levar à realização do fim. Demanda uma relação adequada entre um ou vários fins determinados e o meio ou os meios com que são levados a termo.

Vislumbrando elucidar como deve dar-se a avaliação da adequação do esquema meio-fim, Steimnetz (200, p. 150) determina que devemos responder “se o meio utilizado é útil, empírica ou faticamente, para alcançar o objetivo pretendido”. Acrescentamos a essas colocações ser preferível, nas questões inerentes à ingerência no curso vital, questionarmos se “o meio utilizado é idôneo ou apropriado, empírica ou faticamente, para alcançar o objetivo pretendido”, ao invés da expressão “útil”, porquanto refutamos critérios utilitaristas na análise de questões tangentes à vida e a dignidade da pessoa humana, porque não são condizentes com a essência dos direitos em colisão.

3.3.1.2 Necessidade

Na literatura constitucional especializada, este princípio é também descrito como princípio da exigibilidade, da indispensabilidade, da menor ingerência possível, da intervenção mínima, da escolha do meio mais suave e da proibição de excesso, sendo, inclusive, por alguns autores, confundido nessa última acepção com o próprio princípio da proporcionalidade em sentido lato.

O exame deste subprincípio, consoante nos ensina Ávila (2003, p. 114), “envolve a verificação da existência de meios que sejam alternativos àquele inicialmente escolhido, e que possam promover igualmente o fim sem restringir, na mesma intensidade os direitos fundamentais afetados”.

No sentido do exposto, prossegue o autor aludido enfatizando que o exame da necessidade envolve duas etapas de investigação: em primeiro lugar, o exame de igualdade de adequação dos meios, para verificar se os meios alternativos promovem igualmente o fim; em segundo lugar, o exame do meio menos restritivo, para examinar se os meios alternativos restringem em menor medida os direitos fundamentais colateralmente afetados (ÁVILA, 2003). Dessa forma, o meio utilizado deve ser o mais suave ou o menos gravoso em relação aos direitos fundamentais colaterais.

3.3.1.3 Proporcionalidade em Sentido Estrito

A análise da proporcionalidade em sentido estrito, também denominado de princípio da “justa medida” (CANOTILHO, 2002, p. 270), leva em consideração os interesses em

tensão, verifica-se a relação custo-benefício da medida a ser tomada, isto é, deve-se ponderar os danos a serem causados e os resultados a serem obtidos. Nessa seara Àvila aduz (2003, p. 116):

O exame da proporcionalidade em sentido estrito exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais. A pergunta que deve ser formulada é a seguinte: O grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causada aos direitos fundamentais? Ou de outro modo: As vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio? A valia da promoção do fim corresponde à desvalia da restrição causada?

Segundo nos ensina Canotilho (2002), através da análise desse princípio meios e fins são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. “Trata-se, pois, de uma questão de ‘medida’ ou ‘desmedida’ para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim” (CANOTILHO, 2002, p. 270).

Como podemos perceber, o princípio da proporcionalidade demanda uma dimensão tripla, devendo as questões que forem discutidas sob seu prisma serem pautadas na adequação, necessidade e proporcionalidade – em sentido estrito – dos meios mitigados em prol dos fins objetivados.

3.3.2 Máxima da Proporcionalidade, Postulado da Concordância Prática e Dimensão de Peso ou Importância: Aportes Necessários

A relevância da aplicabilidade do Princípio da Proporcionalidade demonstra-se na análise de situações concretas, quando bens jurídicos, ou direitos fundamentais igualmente habilitados a uma proteção do ordenamento jurídico encontram-se em colisão, porquanto não existe hierarquia entre os mesmos, já que possuem a mesma natureza normativa, devendo ser igualmente obedecidos.

Nessa senda, o princípio da proporcionalidade surge como parâmetro das interpretações constitucionais e ponderações destinadas a solucionar colisões, devendo sua aplicabilidade dar-se através de suas projeções, tal como a concordância prática e na impossibilidade desta, o dimensionamento de peso ou importância dos princípios em tensão.

3.3.2.1 O Postulado da Concordância Prática

Tendo como corolário o princípio da unidade da constituição, através do qual se estabelece que nenhuma norma constitucional possa ser interpretada em contradição com outra norma da Constituição e levando-se em conta que não existe escalonamento entre normas de direitos fundamentais, porquanto todas se encontram situadas no mesmo patamar, faz-se necessária a harmonização das normas constitucionais em pauta no caso a ser analisado, através do denominado princípio da “concordância prática”.

Consoante ensina Hesse (1992 *apud* STEINMETZ, 2001, p. 95), que cunhou a expressão:

los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos deben ser coordinados de tal modo en la solución del problema que todos ellos conserven su entidad. Allí donde se produzcan colisiones no se debe, a través de una precipitada ‘ponderación de bienes’ o incluso abstracta ‘ponderación de valores’, realizar el uno a costa del otro... La fijación de límites debe responder en cada caso concreto al principio de proporcionalidad: no debe ir mas de lo que venga exigido por la realización de la concordancia entre ambos bienes jurídicos.⁶⁶

Em consonância com o exarado, encontra-se o pensamento de Canotilho (2002, p. 1169) ao asseverar: “Os princípios estruturantes têm, cada um *de per si*, um conteúdo específico, uma marca distintiva. Todavia, estes princípios actuam imbrincadamente, complementando-se, limitando-se e condicionando-se de forma específica”. Prossegue o autor aludindo que o sentido da especificidade e da concordância prática são explicados pelas relações de complementariedade, de condicionamento e imbricação entre os princípios estruturantes.

A especificidade (controle, extensão e alcance) própria de cada princípio não exige o sacrifício unilateral de um princípio em relação aos outros, antes aponta para uma tarefa de harmonização, de forma a obter-se a máxima efetivação de todos eles (CANOTILHO, 2002, p. 1170-1171).

Diante do exposto, podemos perceber que a concordância prática é uma forma de interpretação constitucional pautada na máxima da proporcionalidade que objetiva a aplicação simultânea e conciliável dos princípios constitucionais, ainda que no caso concreto seja necessário o abrandamento de um deles, desde que não perca sua identidade, pois a harmonização busca obter a máxima efetivação de todos os princípios em discussão no caso a ser analisado.

Não obstante à relevância do princípio da concordância prática, ou da harmonização para a interpretação das normas constitucionais, nem sempre é possível solucionarmos as

⁶⁶ os bens jurídicos constitucionalmente protegidos devem ser coordenados de tal modo que na solução do problema todos eles conservem sua identidade. Aí aonde se produzem colisões não se deve, através de uma precipitada ‘ponderação de bens’ ou inclusive abstrata ‘ponderação de valores’, realizar um a custa do outro A fixação de limites deve responder em cada caso concreto ao princípio da proporcionalidade: não deve ir mais do que venha exigido pela realização da concordância entre ambos bens jurídicos (tradução nossa).

colisões entre princípios aplicando-o. Em muitos casos, faz-se necessário o dimensionamento de peso ou importância dos princípios sob discussão.

3.3.2.2 A Dimensão de Peso ou Importância

O critério da Dimensão de Peso ou Importância foi estruturado por Dworkin, a fim de buscar a solução de casos difíceis, com fulcro na distinção por ele proposta entre regras e princípios, e aperfeiçoado por Alexy. Assim, para uma melhor compreensão das questões a serem exaradas, iremos analisar o pensamento de ambos, pautando as divergências e as convergências entre eles.

Afirma Dworkin (2002) que a diferença entre regras e princípios reside numa distinção lógica, decorrente da natureza da orientação que oferecem. Não obstante, os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, as regras são aplicáveis a maneira do “tudo ou nada”, o que não ocorre com os princípios⁶⁷. Se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, prossegue o autor destacando que ou ela é válida e a sua consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida, em nada contribuindo para a decisão. Portanto, se duas regras entrarem em conflito, uma delas deverá ser considerada inválida⁶⁸. Os princípios ao contrário, não determinam as consequências normativas de forma direta, mas apenas contêm fundamentos, os quais devem ser examinados em conjunto com outros fundamentos provenientes de outros princípios.

Em diversas situações, nos deparamos com princípios que entram em conflito e interagem uns com os outros, de modo que cada princípio relevante para um problema jurídico particular fornece a razão em prol de uma determinada solução, mas não a estipula. O julgador vê-se, portanto, diante da exigência de avaliar todos esses princípios conflitantes e antagônicos que incidem sobre ela e chegar a um veredicto a partir desses princípios, em vez de identificar um dentre eles como válido (DWORKIN, 2002).

⁶⁷ Quanto à delimitação dos conceitos de princípio e regra jurídica cabe referir que a teoria dos princípios de Dworkin envolve a teoria jurídica, sem, porém, cair na dogmática positivista, exigindo, assim, que se reconheça na argumentação jurídica a existência de *standarts* que funcionam como princípios ou políticas, e não como regras jurídicas no sentido que o positivismo lhes atribui (CHUERI, 1997).

⁶⁸ No que tange à decisão de saber qual regra é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, Dworkin (2002, p. 43) aduz que “deve ser tomada recorrendo à considerações que estão além das próprias regras. Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras que são preferências à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero”.

Decorre do exposto a premissa de Dworkin quanto ao dimensionamento de peso ou de importância, demonstrável na hipótese de tensão entre princípios, situação em que o princípio com peso relativo maior se sobrepõe ao outro, sem que este perca sua validade.

Os princípios possuem uma dimensão de peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito deverá levar em consideração a força relativa de cada um. Esta não pode ser por certo uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio⁶⁹ ou uma política particular é mais importante que outra freqüentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é. As regras não possuem essa dimensão (DWORKIN, 2002, p. 42-43).

Pautando-nos na posição de Dworkin podemos afirmar que um princípio não determina as condições que tornam sua aplicação necessária; ao revés, estabelece uma razão – fundamento – que impele o intérprete numa direção, mas que não reclama uma decisão específica. Dessa maneira, quando numa determinada situação nos deparamos com um princípio frente a outro, haverá prevalência de um em detrimento do outro, o que não significa que ele perca a sua condição de princípio, que deixe de pertencer ao sistema jurídico.

Churi (1977, p. 173), com base nas premissas de Dworkin, aponta a teoria dos princípios como apta a auxiliar o intérprete a encontrar a “resposta certa” para a solução dos “casos difíceis”.

através da interpretação poder-se-ia superar a indeterminação ou a vagueza que se apresentam nas regras, na medida em que se buscariam, a partir das mesmas, os princípios ou políticas que melhor agasalhassem as pretensões das partes. DWORKIN tenta mostrar que mesmo através dos mecanismos utilizados pelo positivismo, como a mera exegese dos textos legais (a interpretação no seu uso corrente), poderia o juiz chegar à melhor justificação política possível; à decisão; à *resposta certa*, sem que para isso tivesse que criar um novo direito.

Abordando a problemática das decisões judiciais, partindo do debate travado entre Hart e Dworkin, Rodríguez (2000), assevera que a decisão dos “casos difíceis” em um Estado Democrático de Direito, nos moldes do pensamento de Dworkin, decorre da formulação de um modelo descritivo-justificativo adequado. Aduz que o primeiro elemento desse modelo encontra-se na distinção elaborada entre princípios e regras, portanto:

⁶⁹ Releva mencionar que Dworkin (2002), com freqüência, utiliza o termo princípio de maneira genérica, para determinar todo o conjunto de padrões que não são regras, tais como princípios e políticas, porém eventualmente o autor é mais preciso e estabelece distinção entre esses padrões, como no caso da decisão supra. Dessa forma, importa delimitar essa diferença conceitual entre ambos padrões para o autor. Segundo ele denomina, “política” é aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político, social ou da comunidade; e “princípio” é um padrão que deve ser observado não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é a exigência da justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. Cumpre, ainda, mencionar que, como destaca o próprio autor, em alguns contextos essa distinção tem usos que se perdem.

És posible que no exista una regla prevista para los hechos de un caso difícil; siempre se podrán aplicar, sin embargo, reglas análogas o principios generales del ordenamiento. Si bien un sistema conformado por reglas tiene lacunas, la inclusión de los principios garantiza la completud del mismo (RODRÍGUEZ, 2000, P. 77).⁷⁰

O segundo elemento do modelo é introduzido por Dworkin para resolver os casos em que a dificuldade é oriunda da colisão entre dois ou mais princípios relevantes. Destaca, ainda, que os princípios são normas não-conclusivas. Dessa forma, quando duas alternativas de solução se encaixam em igual grau, deve-se escolher a que melhor se justifique a luz das convicções morais e políticas subjacentes às normas e instituições da comunidade. Nessa senda o Juiz estaria comprometido com o ideal político da integridade (RODRÍGUEZ, 2000).

O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste que as manifestações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado como para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento (DWORKIN, 1999, p. 270).

O direito como integridade consoante, descreve Dworkin (1999), é tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração; ele compreende a doutrina e a jurisdição. Faz com que o conteúdo do direito não dependa de convenções especiais ou de cruzadas independentes, mas de interpretações mais refinadas e concretas da mesma prática jurídica que começou a interpretar.

Alexy (2001), partindo do posicionamento de Dworkin, acerca da diferenciação entre regras e princípios, aprimora-o e elabora sua teoria dos direitos fundamentais. Baseando, nessa distinção, aduz que ela constitui a base da fundamentação jusfundamental e é a chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Assevera, ainda, que, sem ela, não há como definir de forma adequada os limites dos direitos fundamentais e, tampouco elaborar uma teoria satisfatória da colisão e do papel desses direitos no sistema jurídico.

Ao pautar a problemática suso exposta, Alexy (2001) ressalva que apesar de sua distinção entre princípios e regras se parecer com a de Dworkin, distingui-se dessa em um ponto essencial, na caracterização dos princípios como mandados de otimização. Concebe a tese de Dworkin como demasiadamente simples, portanto, considera que as regras quando valem são aplicadas de uma maneira do “tudo ou nada”, enquanto que os princípios contêm uma razão que indica uma direção, mas que não têm como consequência, necessariamente,

⁷⁰ É possível que não exista uma regra prevista para os feitos de um caso difícil; sempre se poderá aplicar, entretanto, regras análogas ou princípios gerais do ordenamento. Se bem um sistema conformado por regras tem lacunas, a inclusão dos princípios garante a completude do mesmo (tradução nossa).

uma determinada decisão. Dessa forma, para uma adequada compreensão da discussão proposta faz-se necessária uma abordagem mais detalhada da conceituação de princípios e regras, elaborada por Alexy (2001, p. 86-87):

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son *mandatos de optimización*, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla é válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen *determinaciones* en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio.⁷¹

Essa distinção é evidenciada, consoante Alexy (2001), quando nos deparamos com conflitos de regras ou colisões de princípios. O primeiro só poderá ser solucionado se introduzirmos em uma das regras uma cláusula de exceção que elimine o conflito ou com a declaração de que uma é inválida⁷². O segundo, deverá ser solucionado de maneira totalmente diversa. Quando dois princípios entram em colisão, um deve ceder ao outro. Porém, isso não importa declarar que o outro princípio é inválido, ou que deva ser excepcionado. O que ocorre é que em face de determinadas circunstâncias, a tensão entre esses mesmos princípios pode ser solucionada de forma diferente. Isso, segundo o autor em comento, é que consiste na dimensão de peso dos princípios, porquanto, em virtude, dos casos concretos, estes assumem peso diverso e prima o princípio com maior peso. “Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios – como sólo pueden entrar en colisión principios validos – tiene lugar más alla de la dimensión de la validez, en la dimensión de peso” (ALEXY, 2001, p. 89).⁷³

⁷¹ O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível. Dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são *mandatos de otimização*, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida debida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais senão também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos. Ao contrário, as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então se deve fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Portanto, as regras contêm *determinações* no âmbito do fáctica e jurídicamente possível. Isto significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Toda norma é bem uma regra ou um princípio (tradução nossa).

⁷² Segundo nos ensina Alexy (2001) o problema pode ser solucionada, no caso de não haver outra regra que excepcione a norma em conflito, através de outras regras, tais como “lei posterior derroga a anterior”, “lei especial derroga a geral”, mas também é possível, segundo comenta o autor, proceder de acordo com a importância das regras em conflito. O fundamental é que a decisão seja sobre a validade.

⁷³ Os conflitos de regras se levam a cabo na dimensão da validade; colisão de princípios - como só podem entrar em colisão princípios válidos - tem lugar mais além da dimensão da validade, na dimensão de peso (trad. nossa).

A solução para a colisão de princípios consiste em estabelecer uma “relação de precedência condicionada” entre os princípios levando em consideração as circunstâncias do caso. Dessa forma, deve-se indicar as condições sob as quais um princípio precede ao outro; em outras condições, a questão da precedência poderá ser solucionada de maneira inversa. Nesse contexto, os princípios têm caráter de mandatos de otimização, pois não há relação de precedência e refletem ações e situações que não são quantificáveis (ALEXY, 2001).

Detalhando sua posição, Alexy (2001) destaca que os princípios não possuem mandatos definitivos, senão só *prima facie*, pois ordenam que algo deva ser realizado na maior medida do possível, levando em conta as possibilidades jurídicas e fáticas. Os princípios apresentam razões que podem ceder lugar a outras razões opostas. Os princípios não são aptos a determinar como resolvemos a relação entre uma razão e outra oposta, pois carecem de conteúdo de determinação com respeito aos princípios contra apresentados e possibilidades fáticas. Os princípios são sempre razões *prima facie*; as regras, a menos que se tenha estabelecido uma exceção, *razões definitivas*.

Ávila (2003, p. 30) analisando ambas as teorias destaca:

A distinção entre princípios e regras – segundo Alexy – não pode ser baseada no *tudo ou nada* de aplicação proposto por Dworkin, mas deve resumir-se, sobretudo, a dois fatores: diferença quanto a colisão, na medida em que os princípios colidentes apenas têm sua realização normativa limitada reciprocamente, ao contrário das regras, cuja colisão é solucionada com a declaração de invalidade de uma delas ou com a abertura de uma exceção que exclua a antinomia; diferença quanto á obrigação que instituem, já que as regras instituem obrigações absolutas, não superadas por normas contrapostas, enquanto os princípios instituem obrigações *prima facie*, na medida em que podem ser superadas ou derogadas em função dos outros princípios colidentes.

Como podemos perceber, a distinção entre as teorias esposadas é bastante tênue, sendo a posição de Alexy um aprimoramento da de Dworkin no que tange à consideração dos princípios poderem ser cumpridos em diferentes graus, aplicando-se, dessa forma, a problemática da eutanásia, porquanto, nessa situação estar-se-ia a discutir o grau de aplicabilidade do respeito à dignidade da pessoa humana, através dos diversos princípios da bioética a serem pautados na discussão. Alguns por vezes em colisão com o direito à vida, caracterizando-se, dessa maneira, como mandatos de otimização.⁷⁴

3.3.3 Considerações acerca da interpretação e ponderação de princípios em tensão em face da morte digna

⁷⁴ Nesse contexto, Barreto (2001, p. 46) destaca que: “Os princípios da bioética podem ser considerados ‘mandatos de otimização’, pois procuram, desde sua formulação, estabelecer normas de comportamento, que permitissem a solução dos problemas suscitados pelo novo conhecimento, soluções essas que teriam, obrigatoriamente, um caráter prático.”

Antes de adentrarmos nas questões inerentes aos reflexos jurídico-penais da morte eutanásica, bem como objetivando costurar o que foi apresentado na primeira parte deste capítulo com o exarado nos outros capítulos, faz-se necessário procedermos a considerações tangentes à interpretação e à ponderação dos princípios em tensão no debate acerca do direito de morrer com dignidade. Portanto, iremos proceder à cogitação da possível postura jurídico-constitucional a ser adotada em face das diferentes modalidades de eutanásia e homicídio piedoso.

O primeiro ponto a ser analisado consiste na necessidade de configuração dos elementos constitutivos do conceito de eutanásia, elaborado neste estudo, para caracterização da tensão entre o direito à vida e o respeito à dignidade da pessoa humana. Porquanto, só poderemos pautar esse debate em termos de eutanásia em face de mal incurável diagnosticado e dores insuportáveis ou debilidade irreversível, que acarrete um sofrimento desnecessário ou estado clínico não condizente com a dignidade da pessoa humana. Dessa forma, o intérprete deve frente ao caso concreto, através de uma análise tópica, verificar qual o direito que o ordenamento em sua unidade deseja assegurar na casuística apresentada, sempre buscando a harmonia dos princípios em tensão e apenas quando esta não for possível, decidir levando em consideração o princípio que naquela determinada situação assume maior peso ou importância, devendo ser aplicado em maior grau.

Presentes os requisitos aludidos, faz-se necessário verificarmos se estamos diante de um caso de eutanásia com o pedido ou consentimento livre e informado do paciente, ou em face de eutanásia praticada sem o consentimento, mas em benefício do paciente, quando não for possível obtê-lo devido a sua condição física ou mental.

Quando estivermos diante de situações que o indivíduo capaz solicita ou anui⁷⁵ com a prática da eutanásia, em qualquer das suas modalidades, estamos diante de uma tensão entre direitos fundamentais de igual hierarquia, quais sejam: o direito à vida e o respeito devido à dignidade da pessoa humana. Dessa forma, a legitimidade da interpretação somente preservar-se-á na medida em que respeitarmos a máxima da proporcionalidade, através de sua tripla dimensão: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Todavia, questiona-se qual das posições dessa máxima deverá pautar a decisão a ser tomada? O postulado da concordância prática ou a dimensão de peso ou de importância? É possível

⁷⁵ Incluímos aqui a modalidade dos testamentos vitais e ordens de não reanimação.

conciliar ambos os direitos em questão? Ou devemos proceder ao dimensionamento de peso ou importância para verificar qual o princípio que deverá ser condicionalmente precedido?

A resposta a esta questão parece-nos que decorrerá da dimensão que dermos ao direito à vida; porquanto, se consideramos esse uma faculdade que pode ou não ser exercida por seu titular, e não um dever, uma imposição, uma compulsoriedade; temos que é viável, através da aplicação do princípio da proporcionalidade, chegarmos à conclusão que o direito à vida é complementado pelo respeito devido à dignidade da pessoa humana e assim respectivamente, sendo possível a harmonização de ambos através do postulado da concordância prática.

O fundamento da premissa exposta encontra respaldo nas considerações já exaradas de que a vida é um direito disponível – por parte de seu titular – e relativo. O direito à vida deve, pois, compreender todas as fases da vida humana, quais sejam nascimento, crescimento e morte. Todos concordamos que o nascimento deve dar-se em condições dignas, bem como que a trajetória de vida de uma pessoa deve ser o mais condizente possível com a dignidade da pessoa humana. E por que razão não o ser na última etapa dessa vida, seu momento culminante, final e derradeiro: a morte?

Dispomos diariamente de nossa vida, ao fazer escolhas, ao tomar atitudes, ao deixar de tomá-las, e por que não deveríamos dispor do tratamento que desejamos nos submeter? Ou que não desejamos? Por que não poderíamos escolher quando basta de sofrimentos? Por que, na iminência da morte, ou em condições humanas degradantes, não podemos fazer o que por uma vida inteira fizemos: decidir?

Em face das considerações supra, temos que a pessoa capaz, devidamente informada, em decorrência da dimensão autonômica da dignidade da pessoa humana em harmonização com o direito à vida – e não dever – pode, pautada na concordância prática, dispor acerca da suspensão ou não aplicação de determinadas terapêuticas – ortotanásia – pode optar por medicamentos paliativos da dor que encurte o seu curso vital – agatanásia – e pode, inclusive, solicitar que um médico lhe abrevie diretamente o curso vital através da eutanásia propriamente dita, ou seja, da modalidade ativa direta.

Situação diversa é quando se discute a colisão entre direito à vida e respeito à dignidade da pessoa humana de indivíduos incapazes de manifestar sua vontade, como nos casos de eutanásia não voluntária. Nessas situações estar-se-ia discutindo a dimensão assistencial ou protetiva da dignidade da pessoa humana.

Nessa senda, não devemos cogitar da disponibilidade do direito à vida por parte de seu titular, e sim, no dever do Estado de impedir que terceiros acarretem danos a uma pessoa enferma. Deparamos-nos, dessa forma, com normas que necessitam ser respeitadas no maior

grau possível. Na maioria dos casos, não há como aplicarmos o postulado da concordância prática, devendo o intérprete determinar qual o princípio que deverá ser considerado de maior peso ou importância.

Assim, nesses casos, ao analisarmos o direito à vida, deveremos sempre discutir seu peso em face da dignidade da pessoa humana, que deverá ser dimensionada através dos princípios beneficência e não-maleficência, na maioria dos casos de pacientes incapazes de manifestar sua autonomia⁷⁶, sendo esses princípios interpretados como mandatos de otimização.

3.4 ASPECTOS JURÍDICO-PENAIIS I: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES NECESSÁRIAS TANGENTES À TEORIA GERAL DO DELITO

Quando se olha ou valora a vida humana a partir de uma perspectiva jurídico-penal, devemos, conforme nos ensina Costa (2003, p. 422), queiramo-lo ou não, “ter presente o quadro das valorações constitucionais que, de uma forma ou de outra, condicionam o ‘jogo’ da interpretação penalmente relevante”. Partindo dessa premissa, elaboramos as considerações de cunho constitucional exaradas neste capítulo, que servirão de suporte para as próximas discussões. Nesse sentido Costa (2003, p. 422) aduz:

o chamamento da Lei Fundamental ao quadro normativo o qual urge refletir não é uma mera decorrência de uma qualquer imposição lógica de sabor escolástico formal mas é antes uma atitude metódico hermenêutica que assenta nos pressuposto de que a espiral hermenêutica da apreciação-decisão dos problemas tem que passar, para ser séria, pela compreensão global do *multiversum* que a ordem jurídica representa. E nesse *multiversum* têm lugar privilegiado os princípios, as normas e os sentidos jurídicos que a constituição e a sua historicidade consolidam.

Destaca-se que o Direito Penal é um conjunto de normas jurídicas voltadas ao poder punitivo do Estado, mas assim como tudo que decorre das relações do homem, não é estático, está em freqüente mutação; em especial na situação proposta neste estudo, em face da realidade desnudada pelo avanço da ciência médica. A lei penal incriminadora não pode ser cegamente aplicada desconhecendo a dinâmica do processo civilizatório e, ao julgador, sem substituir-se ao legislador, cabe examinar as nuances do caso concreto, dentro dos parâmetros constitucionais. Porquanto, “o direito penal e o direito constitucional se vinculam de um modo formal através da supremacia constitucional” (ZAFFARONI; BATISTA, 2003, p. 319). “O

⁷⁶ Referimo-nos a maioria dos casos, pois existem situações em que pacientes encontram-se no presente momento incapazes de manifestar sua vontade, mas que já o fizeram em momento anterior, sendo nesses casos diferente o tratamento dispensado, assemelhando-se as situações de consentimento.

sistema de Direito Penal deve-se harmonizar com as liberdades, as garantias e os direitos estabelecidos pela lei fundamental” (DOTTI, 2002, p.103).

Dessa maneira, o tratamento jurídico-penal das diversas modalidades de eutanásia será apresentado pautando-se nos princípios, direitos e garantias individuais exarados em nossa Carta Magna, baseado, assim, numa interpretação conforme à Constituição. Todavia, antes de adentrarmos nessa abordagem, faz-se necessário discorrermos sobre algumas considerações tangentes à Teoria Geral do Delito, a fim de compreender, adequadamente, a problemática a ser discutida em momento posterior. Para analisarmos se uma determinada conduta eutanásica constitui ou não crime, é mister uma incursão na definição de crime. Múltiplas são as suas acepções, pois as definições da conduta delitiva podem ser de natureza real, material, formal ou operacional. Nesse sentido, Santos (2002, p. 02) ensina que:

definições *reais* explicariam a gênese do fato punível, importante para delimitar o objeto de estudo da criminologia; definições *materiais* indicariam a gravidade do dano social produzido pelo fato punível, como lesão de bens jurídicos capaz de orientar a formulação de políticas criminais; definições *formais* revelariam a essência do fato punível, como violação da norma legal ameaçada com pena; enfim definições *operacionais* identificariam os elementos constitutivos do fato punível, necessários como método analítico para determinar a existência concreta de ações criminosas.

Para os fins propostos neste estudo, releva aprofundarmos um pouco questões tangentes ao conceito analítico, “capaz de identificar os *pressupostos de punibilidade* das ações descritas na lei penal como crimes, de funcionar como *critério de racionalidade* da jurisprudência criminal e de contribuir para a segurança jurídica do cidadão no Estado Democrático de Direito” (SANTOS, 2002, p. 02).

Nessa seara, cumpre aclarar que o fracionamento que iremos apresentar tange à conceituação e não ao crime propriamente dito, pois nele “se integram vários conceitos, níveis ou planos de análise, mas isso, de nenhuma maneira, significa que o estratificado seja o delito: o estratificado é o conceito que do delito obtemos via análise” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002, p. 386). Ao efetuarem essa abordagem, muitos autores divergem quanto as suas categorias elementares, o que configura a existência de dois sistemas de fato punível: o bipartido e o tripartido⁷⁷.

⁷⁷ Em estudo sobre o tema Nucci (2005, p. 112) apresenta outras divisões além das exaradas no corpo deste texto; releva mencionar, brevemente, suas colocações: “Há quem entenda ser o crime, do ponto de vista analítico: a) um fato típico e antijurídico, sendo a culpabilidade apenas um pressuposto de aplicação da pena (René Ariel Dotti, Damásio de Jesus, Julio Fabbrini Mirabete, Celso Delmanto, Flávio Augusto Monteiro de Barros, entre outros); b) um fato típico antijurídico, culpável e punível (Basileu Garcia, Muñoz Conde, Hassemer, Baltaglini, Giorgio Marinucci e Emilio Dulcini, entre outros); c) um fato típico e culpável, estando a antijuridicidade ínsita ao próprio tipo (Miguel Reale Júnior, entre outros adeptos da teoria dos elementos negativos do tipo); d) um fato típico, antijurídico e punível, constituindo a culpabilidade a ponte que liga o crime à pena (Luiz Flávio Gomes); e) um fato típico, antijurídico e culpável”. Destaca, ainda, o autor em comentário que

Consoante nos ensina Santos (2002), o sistema bipartido assevera a existência de uma unidade conceitual de tipicidade e antijuridicidade, como elementos integrantes do tipo de injusto, que, embora admitam operacionalização analítica separada, não constituem categorias estruturais diferentes do fato punível.

O tipo legal é a descrição da lesão de bens jurídicos e a antijuridicidade é um juízo de valoração do comportamento descrito no tipo legal, formando o conceito de tipo de injusto. Nesse sentido, também, a teoria dos elementos negativos do tipo; tipo legal e antijuridicidade são, respectivamente, as dimensões de descrição e de valoração do conceito de tipo total de injusto e, na verdade, as causas de justificação estariam separadas dos tipos legais apenas por motivos técnicos, porque todo tipo de injusto deveria ser lido assim: matar alguém, exceto em legítima defesa, em estado de necessidade, em estrito cumprimento do dever legal, etc. A inclusão das causas de justificação no tipo legal transforma os preceitos permissivos em características negativas do tipo de injusto, enquanto o tipo legal descreve as características positivas do tipo de injusto.

Por ilação, podemos afirmar que os adeptos do sistema bipartido do fato punível fundamentam o crime em duas categorias principais: o tipo do injusto – constituído pelo tipo legal, como fundamento positivo, e pela ausência de justificação, como fundamento negativo do conceito – e a culpabilidade.

Já, os que advogam a existência de um sistema tripartido, embora, também, admitam os conceitos de tipo de injusto e de culpabilidade como características elementares do fato punível, afirmam a autonomia do conceito de tipicidade em relação à antijuridicidade, ambos realizando funções político-criminais independentes. Nessa senda, o tipo legal descreve condutas⁷⁸ proibidas sob a ameaça de pena, consubstanciando o princípio da legalidade, ao passo que a antijuridicidade define preceitos permissivos que excluem a contradição da conduta típica com o ordenamento jurídico (SANTOS, 2002).

Ainda, na lição do já aludido Santos (2002, p. 5-6):

O sistema tripartido de fato punível, dominante na dogmática contemporânea, define crime como ação típica, antijurídica e culpável, um conceito formado por um substantivo qualificado pelos atributos de adequação ao modelo legal, da contradição aos preceitos proibitivos e permissivos e da reprovação da culpabilidade.

Tecidas essas breves considerações acerca da distinção entre os sistemas bipartido e tripartido, temos por oportuno destacar que, este estudo pautar-se-á na perspectiva tripartida, por considerarmo-la mais adequada. A justificativa a essa nossa postura encontra abrigo na lição de Roxin (2003) que, não obstante reconhecer algumas razões favoráveis à adoção da

essa é a posição majoritária, bem como a qual ele encontra-se filiado; indica, ainda, um extenso rol de penalistas adeptos dessa posição.

⁷⁸ Em que pese o autor em comento nesse parágrafo haver utilizado a expressão ação preferimos o termo conduta por ser mais abrangente, todavia, é de se destacar que quando ele menciona ação, está de fato, a referir-se tanto a ação quanto à omissão.

teoria bipartida⁷⁹, destaca serem de maior peso os motivos para adotarmos a teoria tripartida, os quais passamos a analisar.

Em primeiro lugar, Roxin (2003) assevera que os tipos reúnem as circunstâncias que fundamentam o conteúdo de merecimento da pena, são normas proibitivas abstratas e formuladas para conhecimento geral, possuindo função preventiva geral, atuando de forma intimidadora, encontrando-se, dessa forma, os elementos do tipo, submetidos ao princípio: nulo crime, nula pena sem a lei.

Já, as causas de justificação, na acepção do autor em comento, devem ser consideradas o segundo escalão valorativo, diferenciando-se do tipo, além do seu caráter negativo para o injusto, por dois motivos: o primeiro consiste, em operarem além da classe de delito correspondente, sendo válidas para todos os tipos, ou ao menos para um grande número deles, não descrevendo fragmentos da vida tipicamente delitivos, senão apresentando princípios de ordem social – ponderação de bens; bem como tange ao fato das evoluções sociais poderem influenciar no Direito Penal tipificado.

En segundo lugar, el juicio de injusto – pese la mayor abstracción de las causas de justificación frente a los tipos – contiene siempre una valoración negativa de la conducta del autor en el caso individual, y no se refiere a la clase de delito, sino a la concreta dañosidad social del suceso único, y es el resultado de una ponderación de enfrentados intereses jurídicamente protegidos. Esa ponderación se efectúa siguiendo el criterio de que el interés más valorado en la situación de la respectiva causa de justificación se prefiere al interés menos valorado si era “necesario” in concreto menoscabar el “inferior” para salvaguardar el “superior”. La peculiaridad estructural resultante para las causas de justificación carece de paralelo en el tipo y tiene también repercusiones prácticas en el terreno de las consecuencias jurídicas. En efecto, una conducta justificada está autorizada por el ordenamiento jurídico y en principio ha de ser soportada por el afectado, mientras que una actuación atípica no esta necesariamente permitida, sino que esta en el ámbito fuera del Derecho (ROXIN, 2003, P.287)⁸⁰.

Em face do exposto, parece-nos necessário procedermos algumas considerações tangentes à tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, enquanto elementos estruturais do

⁷⁹ Dentre essas razões Roxin (2003) destaca: ser a estrutura logicamente praticável e possuir no aspecto teleológico muitas vantagens a seu favor, pois a partir da perspectiva do tipo como *la ratio essendi* do injusto não há razão alguma para subtrair-lhe uma parte dos elementos essenciais do injusto e, ademais, considera que, freqüentemente, é só uma questão de estilística causal da lei que uma circunstância seja colocada no tipo como fundamentadora do injusto ou só na antijuridicidade como excludente do injusto. Assim sendo considerado a fundamentação do injusto e sua exclusão são só fragmentos parciais de uma unidade superior.

⁸⁰ Em segundo lugar, o juízo do injusto – a pesar da maior abstração das causas de justificação em face dos tipos – contém sempre uma valoração negativa da conduta do autor no caso individual, e não se refere à classe do delito, senão ao concreto dano social do sucesso único, e é o resultado de uma ponderação de enfrentados interesses jurídicamente protegidos. Essa ponderação se efetua seguindo o critério de que o interesse mais valorizado na situação da respectiva causa de justificação é preferível ao interesse menos valorizado si era “necesário” in concreto menoscabar o “inferior” para salvaguardar o “superior”. A peculiaridade estrutural resultante para as causas de justificação carece de paralelo no tipo e tem também repercussões práticas no terreno das consequências jurídicas. De fato, uma conduta justificada está autorizada pelo ordenamento jurídico e em princípio há de ser suportada pelo afetado, enquanto que uma atuação atípica não está necessariamente permitida, senão que está no âmbito fora do Direito.

conceito analítico de crime, antes de adentrarmos na apreciação jurídico-penal das condutas eutanásicas. Todavia, destacamos que, em face da complexidade desses conceitos, não pretendemos exaurir o tema, porquanto cada item, por si só, prestar-se-ia a uma nova dissertação, e sim apresentar subsídios para uma adequada compreensão das questões subseqüentes.

3.4.1 Tipicidade

Por tipicidade devemos compreender “a conformidade do fato praticado pelo agente com a moldura descrita na lei penal” (BITENCOURT, 2003, p. 247). Isto é, “diz-se que há tipicidade quando o fato se ajusta ao tipo, ou seja, quando corresponde às características objetivas e subjetivas do modelo legal, abstratamente formulado pelo legislador” (FRAGOSO, 2003, p.177).

Por ilação ao exposto, podemos afirmar que a tipicidade é um Juízo de valoração que se faz sobre o tipo penal, quando o resultado desse juízo for positivo significa que a conduta analisada estará revestida de tipicidade; quando o resultado desse juízo for negativo estar-se-á diante de uma conduta atípica, ou seja, diante da atipicidade da conduta.

Em face do exposto, parece-nos oportuno discorrer brevemente sobre o tipo penal, ou seja, “sobre o conjunto dos elementos do fato punível descrito na lei penal. O tipo exerce uma função *limitadora e individualizadora* das condutas humanas penalmente relevantes” (BITENCOURT, 2004, p. 247). A base de sua estrutura e interpretação, conforme posição admitida atualmente de forma majoritária, é constituída pelo bem jurídico. Nesse sentido, é a posição de Bitencourt (2003, p. 249) que destaca:

A proteção de bem jurídico, como fundamento de um Direito Penal liberal, oferece um critério material, extremamente importante e seguro na construção dos tipos penais, porque assim, “será possível distinguir o delito das simples atitudes interiores, de um lado, e, de outro, dos fatos materiais não lesivos de bem algum”.

“No atual estágio da teoria do delito, deve-se partir do ponto de vista de que no tipo somente se admitem aqueles elementos que fundamentam o conteúdo material do injusto. O tipo tem a finalidade precípua de identificar o bem jurídico protegido pelo legislador” (BITENCOURT, 2003, p. 250).

Nessa seara, destacamos que, na lição de Souza (2004, p.380), bem jurídico penal é “todo valor digno de tutela penal”. Destaca o autor em comentário que, para se converterem em legítimos bens jurídico-penais, estes valores devem possuir uma relação de analogia material

com a Constituição Federal; devendo, ainda, ser necessário o direito penal intervir na tutela desses bens jurídicos e na repressão das condutas consideradas dignas de proteção constitucional. Porquanto, há de se destacar que em algumas situações basta nos valermos de outras esferas do Direito para assegurar a proteção de determinados bens protegidos constitucionalmente.

Similar é a posição de Roxin (2003), que considera um conceito de bem jurídico vinculante político-criminalmente aquele que pode derivar-se dos plasmados da Lei Fundamental, baseado na liberdade do indivíduo, que marca os limites da intervenção punitiva do Estado. Conseqüentemente, aduz Roxin (2003, p. 56) “bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo”⁸¹.

Tecidas essas considerações, releva discorrermos sobre o bem jurídico vida, objeto deste estudo. Nessa senda, Rivacoba (2001, p. 43), embora favorável à concepção de disponibilidade da vida humana, e por conseqüência eficaz o consentimento como discriminante nessa matéria, ensina-nos que:

Tradicionalmente se ha venido y se continúa sosteniendo que la vida humana constituye un bien jurídico de titularidad social, no individual, o sea, que el Derecho punitivo protege por su mero interés para la sociedad, entidad colectiva que al fin y al cabo no pasa de ser una abstracción, con independencia del interés que represente su titular, el hombre concreto o la mujer concreta que vive, cuya voluntad resulta así irrelevante al respecto, no pudiendo, por consiguiente, aquél, disponer de ella.⁸²

Prossegue o autor aludido, asseverando que, não obstante o exposto supra, modernamente, se insinuaram contra essa doutrina dominante significativas exceções, com clareza e de modo determinante, entre elas, ele destaca a posição de Barquero (*apud* RIVACOBA, 2001, p. 45) que aduz: “la vida ha de considerarse un bien jurídico disponible por parte de su titular, debiéndose reconocer absoluta libertad de disposición”⁸³ e de Rosal e Carbonell (*apud* RIVACOBA, 2001, p. 45) que consideram: “el derecho a la vida como renunciabile en aras al libre desarrollo de la personalidad”⁸⁴.

Segundo nosso entendimento, estamos vivenciando um novo momento de sentido à tutela penal da vida humana, não mais comportando uma compulsoriedade de viver e sim um

⁸¹ bens jurídicos são circunstâncias dadas ou finalidades que são úteis para o indivíduo e seu livre desenvolvimento (tradução nossa).

⁸² Tradicionalmente se sustentou e se continua sustentando que a vida humana constitui um bem jurídico de titularidade social, não individual, ou seja, que o Direito punitivo protege por seu mero interesse para a sociedade, entidade coletiva que ao fim e a cabo não passa de ser uma abstração, com independência do interesse que represente para seu titular, o homem concreto ou a mulher concreta que vive, cuja vontade resulta assim irrelevante a esse respeito, não podendo, por conseguinte, aquele, dispor dela (tradução nossa).

⁸³ A vida deve considerar-se um bem jurídico disponível por parte de seu titular, devendo-se reconhecer absoluta liberdade de disposição (tradução nossa).

⁸⁴ O direito a vida é renunciável em aras ao livre desenvolvimento da personalidade.

direito que pode ser disposto por seu titular, nos moldes já apresentados, bem como contraposto com outros direitos, como o respeito à dignidade da pessoa humana.

3.4.2 Antijuridicidade

O segundo elemento a ser analisado consiste na antijuridicidade, também denominada de ilicitude, porquanto, a conduta típica é pressuposto de antijuridicidade, assim como esta será de culpabilidade, em virtude da relação existente entre esses elementos que compõem o conceito analítico de crime. Cada elemento posterior pressupõe o anterior. Dessa forma, a tipicidade é indicio de antijuridicidade, uma vez que esta consiste na contradição da conduta típica com o ordenamento jurídico. Nesse sentido, Toledo (2001, p. 163), destaca: “ilicitude é a relação de antagonismo que se estabelece entre uma conduta humana voluntária e o ordenamento jurídico, de modo a causar lesão ou expor a perigo de lesão um bem jurídico tutelado”.

Concebida, portanto, a tipicidade como indicio de antijuridicidade, essa postura pode ser contraditada, se no caso concreto concorrer uma causa de justificação, também, denominada de permissivo legal; porquanto nessas situações, não há de cogitar-se da violação ao ordenamento jurídico. Corroborando o exarado Santos (2002, p. 148) alude:

A antijuridicidade é uma contradição entre a ação humana e o ordenamento jurídico no conjunto de suas proibições e permissões: as proibições são os tipos penais, como descrições de ações proibidas; as permissões são as causas de justificação, como situações especiais que excluem a proibição.

A relação entre tipicidade e antijuridicidade pode ser assim formulada: a tipicidade da ação indica a antijuridicidade; as causas de justificação excluem a antijuridicidade. A relação entre esses dois conceitos é entre regra e exceção, porque toda ação típica é antijurídica, exceto as ações típicas justificadas.

3.4.3 Culpabilidade⁸⁵

Por derradeiro, para a configuração de um delito, a conduta típica e antijurídica deve ser também culpável, ou seja, devemos poder tornar responsável por ela o autor da conduta; ela há de ser reprovável. Dessa forma, podemos afirmar com fulcro em Santos (2002, p. 203):

⁸⁵ Este é o conceito mais complexo da teoria geral do delito e o mais debatido, todavia, não iremos discorrer sobre esses temas, nos deteremos neste estudo a apresentar a culpabilidade sob a égide da teoria normativa pura da culpabilidade.

O componente da culpabilidade do fato punível é um juízo de reprovação sobre o sujeito que realiza um tipo de injusto, cujos fundamentos são a capacidade geral de compreender e de querer as proibições ou mandados da norma jurídica (*capacidade de culpabilidade*), o conhecimento real ou possível da proibição concreta do tipo de injusto específico (*consciência real ou potencial da antijuridicidade*) e a normalidade das circunstâncias do fato (*exigibilidade de comportamento diverso*)⁸⁶.

Zaffaroni e Pierageli (2002), ao analisarem a questão da culpabilidade, ensinam que se faz necessário diferenciar antijuridicidade de culpabilidade, a partir dos distintos efeitos acarretados pela ausência de cada uma delas, isto é, da diferença entre justificação e inculpabilidade.

Na justificação, há uma situação conflitiva que o direito deve resolver, concedendo uma permissão, porque se não o fizesse o seu objetivo geral ficaria prejudicado. Na inculpabilidade, há uma situação em que somente se exclui a reprovação, porque não se pode exigir do autor outra conduta, mas se reconhece, perfeitamente, que seu comportamento afetou a finalidade geral da ordem jurídica (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2003, p. 603).

Ao discorrer sobre culpabilidade, Roxin (2003, p. 195), corroborando o exposto, a diferencia da antijuridicidade, destacando que a distinção entre a falta desta e a falta de culpabilidade, entre justificação e exculpação, consiste em que “una conducta justificada es reconocida como legal por el legislador, está permitida y há de ser soportada por todos, mientras que una conducta exculpada no es aprobada por ello, sigue estando no permitida y prohibida. Únicamente no se castiga”⁸⁷. Prossegue o autor em comentário aludindo que:

El sujeto actúa culpablemente cuando realiza un injusto jurídico-penal pese (todavía) le podía alcanzar el efecto de llamada de atención de la norma en la situación concreta y poseía una capacidad suficiente de autocontrol, de modo que era psíquicamente asequible una alternativa de conducta conforme el Derecho (ROXIN, 2003, p. 792).⁸⁸

Zaffaroni e Pierangeli (2002, p. 601) entendem que, um injusto (conduta típica e antijurídica) é culpável “quando é reprovável ao autor a realização desta conduta porque não se motivou na norma, sendo-lhe exigível, nas circunstâncias em que agiu, que nela se

⁸⁶ A premissa ora exarada integra o conceito normativo puro de culpabilidade, sendo a posição majoritária adota hoje, e configurando, como bem acentua Santos (2002, p. 204-205) “o produto inacabado de mais de um século de controvérsias sobre sua estrutura, que começa com o conceito psicológico do século XIX, evolui para o conceito psicológico normativo no início do século XX, transforma-se em conceito normativo puro durante o século XX e, na passagem para o século XXI, parece submerso em uma crise insuperável; desdobramentos dessa crise são, por exemplo, novas propostas, como a teoria da responsabilidade normativa, de ROXIN, que procura integrar o conceito de culpabilidade, compreendendo capacidade de culpabilidade e conhecimento real ou possível do injusto, com o conceito de necessidade preventiva da pena, como categoria capaz de dar conta das situações de exculpação, que supõe a culpabilidade - porque somente autores culpados podem ser ex-culpados ou desculpados-, mas que, ainda, não discutidas dentro do conceito de culpabilidade”.

⁸⁷ uma conduta justificada é reconhecida como legal pelo legislador, está permitida e há de ser suportada por todos, enquanto que uma conduta exculpada não é aprovada por ele, segue estando não permitida e proibida. Únicamente que não se castiga (tradução nossa).

⁸⁸ O sujeito atua de forma culpável quando realiza um injusto jurídico-penal pese (todavía) lhe podia alcançar o efeito da chamada atenção da norma na situação concreta e possuía uma capacidade suficiente de autocontrole, de modo que era psíquicamente viável uma alternativa de conduta conforme o Direito (tradução nossa).

motivasse”. Ao não ter motivado na norma, quando podia e lhe era exigível que o fizesse, o autor da conduta mostra uma disposição interna contrária ao direito. Essa aceção de culpabilidade é oriunda do conceito normativo puro de culpabilidade, no qual esta se encontra estruturada na possibilidade do sujeito ativo ser imputável, possuir potencial capacidade da ilicitude e dele poder-se exigir um comportamento conforme o direito.

3.4.4 A aquiescência e sua repercussão na teoria geral do delito

Após as considerações supra, podemos diagnosticar que o fato típico, antijurídico e culpável é oriundo de uma conduta que, no caso das praticas eutanásicas, pode realizar-se tanto de forma voluntária como não voluntária. Parece-nos, assim, oportuno, discutirmos a repercussão da solicitação e do consentimento do paciente na teoria geral do delito, para posteriormente enquadrarmos nossas considerações na pratica eutanásica.

Cumpre aludir que, no curso deste trabalho, utilizamos, por diversas ocasiões, os termos “consentimento informado do paciente”, “consentimento do paciente”, “anuência do enfermo”, “pedido do doente ou enfermo”, de forma indiscriminada, porém, buscando elucidar sempre a configuração da eutanásia voluntária. Essa postura configurou-se por se tratar de tema multi e interdisciplinar, que comporta abordagem em distintas esferas do conhecimento; refletindo conceitos parciais, provenientes da área a que estão vinculados. Ocorre que, para alguns penalistas, os termos consentimento, anuência e pedido do enfermo representam situações com ingerências jurídico- penais distintas.

Na percepção da maioria dos autores, as expressões acordo (ou concordância) e consentimento são formas de aquiescência, que diferem em relação aos seus efeitos jurídico-penais. Na lição de Zaffaroni e Pierangeli (2002, p. 307-308):

O acordo é uma forma de aquiescência que configura uma causa de atipicidade, mas que deve ser cuidadosamente diferenciada do consentimento, que pode ser um limite a alguma causa de justificação. O acordo é precisamente o exercício da disponibilidade que o bem jurídico implica, de modo que, por mais que seja a aparência de tipicidade que tenha a conduta, jamais o tipo pode proibir uma conduta para o qual o titular do bem jurídico tenha prestado sua conformidade.

O acordo somente pode ser feito pelo titular do bem jurídico.

O consentimento, por sua vez, é também uma forma de aquiescência, mas que se da quando um preceito permissivo faz surgir uma causa de justificação que ampara a conduta de um terceiro, na medida que haja com o consentimento do titular do bem jurídico. Trata-se do limite de uma permissão, que somente pode ser exercido na medida em que haja consentimento.

Posição diversa é a exarada por Roxin (2003) que; partindo de sua concepção, por nós, já apresentada, de que os bens jurídicos servem para o livre desenvolvimento do

indivíduo, não podendo, dessa maneira, existir lesão alguma do bem jurídico quando uma ação se baseia na disposição do portador do bem jurídico, que não menospreza seu desenvolvimento, senão que, pelo contrário, constitui sua expressão; considera que todo consentimento (entendido aqui como acordo ou consentimento) exclui o tipo penal, rechaçando assim a diferença entre acordo e consentimento, bem como suas conseqüências. Segundo assevera o autor aludido, o efeito excludente do tipo que tem o consentimento se infere da liberdade de ação garantida constitucionalmente.

Santos (2002) filia-se à posição de Roxin, porquanto, após sucinta exposição das razões exarada pelo autor alemão, assevera que, do ponto de vista teórico, os argumentos favoráveis à concepção do consentimento real como excludente do tipo parecem-lhe convincentes.

o consentimento real exclui o desvalor de ação e o desvalor de resultado e, por conseqüência, descaracteriza o próprio tipo de crime; o consentimento real exprime desinteresse na proteção do bem jurídico e, portanto, indica situação de ausência de conflito, ao contrário as situação de conflito do sistema de justificações (SANTOS, 2002, p. 194).

Parece-nos oportuno destacar que, somos partidários da posição a qual considera categorias semelhantes o acordo e o consentimento; compreendendo ambas como excludentes do tipo penal, porquanto, ademais das razões já exaradas, entendemos que, o facultado pela ordem jurídica não pode harmonicamente com a mesma ordem ser vedado. Dessa forma, compreendendo o conceito de bem jurídico nos moldes do expresso por Roxin, não podemos admitir que o exercício do direito à liberdade de disposição do bem jurídico por seu titular, sem que isso acarrete lesão a terceiros, possa ser considerado uma conduta típica, ainda que justificada.

3.5 ASPECTOS JURÍDICOS PENAIIS II: APRECIACÃO DAS CONDUTAS EUTANÁSICAS

Realizadas essas breves considerações, tangentes à teoria geral do delito, estamos aptos a esboçar algumas linhas da apreciação jurídico-penal das condutas eutanásicas. Pautaremos nosso debate nas modalidades abrangidas pelo conceito de eutanásia perfilado neste estudo. Destacamos que a aludida abordagem dar-se-á levando em consideração as diferenças da eutanásia voluntária e não voluntária em cada modalidade a ser analisada.

3.5.1 Eutanásia Passiva Negativa e Positiva: Ortotanásia

A Ortotanásia pode, indiretamente, produzir a morte de duas maneiras, uma negativa e outra positiva, as quais serão analisadas separadamente. A primeira consiste em não iniciar um tratamento que poderia prolongar a vida do paciente, caracteriza-se, portanto, por uma omissão, a não aplicação de uma terapia disponível. Nessa senda, questiona-se acerca da eventual conduta criminal do médico que se omite, em face da sua posição de garante (omissão imprópria)⁸⁹, prevista na alínea “a” do parágrafo segundo do artigo 13 do Código Penal pátrio, que versa: “A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância”.

A adequada abordagem dessa situação deve passar, primeiramente, pela distinção das situações em que se possui o consentimento do paciente e aquelas nas quais não é possível obtê-lo. Nas situações em que se tem o consentimento livre e informado do paciente para não iniciar o tratamento, ainda que, exarado nos chamados “testamentos vitais”, estar-se-ia diante de uma atipicidade da omissão médica, pois, entendemos que, o consentimento é capaz de excluir a tipicidade da conduta do homicídio comissivo por omissão.

Destaca-se que, outro não poderia ser o entendimento, levando-se em consideração o exposto até o presente momento. Entendemos que, nas situações de validade do consentimento livre e informado do paciente, o médico, pautado no princípio bioético da autonomia, refletido na dimensão autonômica da dignidade da pessoa humana, estaria impedido de agir⁹⁰. Sendo que, se assim não o fizesse, poderia incorrer nas sanções do artigo 146 do Código Penal pátrio, por constrangimento ilegal, pois, se trataria de submissão forçada do paciente ao tratamento.

Nessa senda, cumpre aduzir que, ao médico caberá eximir-se de qualquer procedimento, se o paciente adulto e mentalmente são (capaz de consentir), ao qual foram concedidas todas as informações tangentes a sua moléstia e as conseqüências e riscos da

⁸⁹ O crime omissivo impróprio ou comissivo por omissão é aquele no qual o dever de agir é para evitar um resultado, nesses casos, consoante nos ensina Bitencourt (2003, p. 219) “o agente não tem simplesmente a obrigação de agir, mas de evitar um resultado, isto é, deve agir com a finalidade de impedir a ocorrência de determinado evento. Nos crimes comissivos por omissão há, na verdade, um crime material, isto é, um crime de resultado”. Trata-se de norma de impõe o dever de agir, para impedir que processos alheios ao sujeito, estranhos a ele, venham a ocasionar um resultado lesivo.

⁹⁰ No sentido do exposto é a Lei 10241 de 17 de março de 1999, oriunda do estado de São Paulo, que em seu artigo 2º, inciso XXIII, permite, ao usuário dos serviços de saúde, recusar tratamento doloroso ou extraordinário para tentar prolongar a vida. Essa legislação, já anteriormente mencionada, reflete a postura contemporânea frente ao tema, que se pauta no respeito devido à dignidade da pessoa humana.

terapia a ser aplicada, recusa de modo consciente a submeter-se a tratamento. Essa recusa torna atípica a omissão do médico.

É evidente que, a postura supra só poderá ser sustentada se levarmos em consideração o direito à vida como disponível por parte de seu titular, cabendo se fazer a interpretação de seus limites em harmonia com o respeito devido à dignidade da pessoa humana através do postulado da concordância prática.

Diversa é, todavia, a postura a ser adotada em face da ortotanásia negativa, quando se tratar de modalidade não voluntária, pois nessa situação não podemos cogitar de aplicação do postulado da concordância prática, porque estamos diante de direito cujo titular não pode, de forma válida, expressar seu consentimento, porquanto, nesses casos discute-se a dimensão assistencial ou protetiva da dignidade da pessoa humana e não a autonômica.

O debate a ser pautado reside na observância dos princípios da beneficência e não-maleficência. Devemos, dessa maneira, analisar se, ainda, é possível efetuar algum bem ao paciente, se o for, não estará legitimada a intervenção; se não o for, dever-se-á, em virtude da aplicabilidade do princípio da não-maleficência, deixar de aplicar as terapias que serviriam apenas para protelar a morte, configurando uma postura distanásica e flagrantemente violadora da dignidade da pessoa humana.

Nessa trilha, cumpre aludir que, considerando os princípios como mandatos de otimização, devemos buscar aplicar no maior grau possível o princípio da beneficência, mas quando isso não for possível, em virtude do quadro clínico apresentado pelo paciente, não indicando qualquer probabilidade de evolução, não há de cogitar-se do dever de tratar, mas apenas de ministrar cuidados paliativos, sob pena de configuração de praticas distanásicas; sob essas condições, o maior peso deve ser dado ao princípio da não-maleficência.

Há de se destacar, ainda, que, é constitucionalmente vedada a aplicação de tratamentos desumanos e degradantes, nos moldes do inciso III, do artigo 5º da Constituição Federal. Assim sendo, não podemos cogitar de tipicidade de homicídio comissivo por omissão na conduta do médico que adota postura condizente com os preceitos do princípio da não-maleficência, pois, como bem assevera Carvalho (2001, p. 168), “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 enfermo”.

A segunda modalidade de ortotanásia consiste em uma conduta positiva, através da qual o agente suspende terapêuticas em curso. Nesse diapasão, não se estaria cogitando, em tese, da não configuração de um homicídio comissivo por omissão e sim de um homicídio com dolo eventual, uma vez que a configuração desta modalidade pressupõe uma ação que

permitirá prosseguir o curso natural da enfermidade, podendo acarretar a morte do paciente. Apresentadas essas considerações, é mister enfatizar a questão sob o aspecto da atipicidade da conduta, em face das mesmas razões já exaradas para a prática da ortotanásia negativa, diferindo apenas o tipo que está sendo afastado.

3.5.2 Eutanásia Ativa Indireta: Agatanásia

A eutanásia indireta, também denominada de eutanásia de duplo efeito ou agatanásia, consiste na aceleração do processo morte em decorrência de medicamentos ministrados para aliviar a dor, podendo dar-se na modalidade voluntária bem como na involuntária. Conforme nos ensina Roxin (2000, p. 13), “fala-se em eutanásia indireta quando são praticadas medidas lenitivas sobre o moribundo, apesar de poderem elas antecipar a ocorrência da morte”. Nesse sentido, o enquadramento penal a ser afastado é do dolo eventual para o crime de homicídio, pois, supostamente, o médico, tendo conhecimento de que os remédios ministrados encurtariam o curso vital do paciente estaria assumindo o risco de produção de sua morte.

Concernente a modalidade voluntária, consoante aludido alhures, consideremos a vida um bem jurídico disponível, por parte de seu titular, sendo, portanto, viável seu consentimento acerca da disposição da mesma, configurando uma causa de exclusão da tipicidade pelos motivos já exaustivamente expostos.

Entretanto, na modalidade não voluntária, a conduta do médico seria típica, todavia, afastada sua antijuridicidade em virtude do estado de necessidade⁹¹, pois, estar-se-ia protegendo a dignidade da pessoa humana em detrimento do bem jurídico vida. Na lição de Roxin (2000, p. 15), ao considerá-la estado de necessidade justificante⁹², temos: “o dever de estender a vida alheia o máximo possível cede lugar ao dever de diminuição do sofrimento alheio”. Nessa senda Sousa (1979, p. 156), em monografia destinada ao estudo do estado de necessidade, assevera que “nas situações de conflito irremediável entre obrigações concomitantes e incompatíveis, justificada estará a conduta do sujeito se houver este decidido em favor do dever a cujo cumprimento a ordem jurídica atribui maior importância ou primazia”. Há de se destacar que, na situação em tela, por tratar-se de normas de hierarquia constitucional, o princípio que em um determinado momento receba maior primazia não necessariamente será o que receberá em outro.

⁹¹ Artigo 23, inciso I, do Código Penal pátrio: Exclusão da ilicitude: Não há crime quando o agente pratica o fato em estado de necessidade.

⁹² A distinção entre estado de necessidade justificante e exculpante encontra-se exarada na nota 13.

Feitas essas considerações, releva discorrermos sobre o estado de necessidade, descrito no artigo 24 do Código Repressivo pátrio: “Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício nas circunstâncias não era razoável exigir-se”. Parece-nos que não há como refutar o caráter de razoabilidade do sacrifício do bem jurídico vida, em face de dores insuportáveis e condições humanas degradantes, estando plenamente justificada a conduta do médico seja para o dolo eventual do homicídio simples (artigo 121, *caput*, do Código Penal) ou do homicídio privilegiado (artigo 121, § 1º, do Código Penal). Uma interpretação da tensão entre o direito à vida e a dignidade da pessoa humana nos moldes descritos neste estudo, conduz-nos à otimização da dignidade, devendo nos abster de fazer mal ao paciente: princípio da não-maleficência.

3.5.3 Eutanásia Ativa Direta ou Eutanásia propriamente dita

Está é a forma mais polêmica de eutanásia, pois se trata de uma ação comissiva dolosa direcionada à produção do resultado morte, podendo ocorrer voluntariamente ou não voluntariamente. Na concepção de Roxin (2003, p. 28), a eutanásia ativa direta é entendida como “a morte dada a alguém que está a morrer ou gravemente doente”. Consubstancia-se em um dos temas mais complicados do direito penal, porquanto a sua admissibilidade faz emergir de forma expressa a discussão tangente à disponibilidade do bem jurídico vida.

Entendemos ser atípica a conduta quando se trata da modalidade voluntária, pois, como diversas vezes exarado, atribuímos caráter de disponibilidade ao bem jurídico vida, por parte de seu titular, não comportando maiores digressões, sob pena de incorrerem em redundâncias.

Todavia, no que tange à modalidade não voluntária, a questão é bem mais complexa, estar-se-ia produzindo de forma comissiva a morte de terceiro que não pode manifestar de forma válida seu consentimento, bem como que, não o fez se em algum momento anterior podia. Essa modalidade enseja posição, francamente dominante, no sentido de constituir crime a postura do médico que dolosa e comissivamente acarreta a supressão da vida de um paciente⁹³.

Entretanto, não estamos convictos dessa posição, porquanto inúmeras poderão ser as situações de violação da dignidade da pessoa humana sem que seja possível obter o

⁹³ Nesse sentido conferir Roxin (2000).

consentimento do paciente para aliviar-lhe o sofrimento, não sendo o caso de refutar tratamentos ou interromper terapêuticas. Elucidando a questão, imaginemos a situação de um paciente tetraplégico, surdo, mudo, e cego; mas que, não possui nenhuma enfermidade ou doença degenerativa. Estar-se-ia diante de uma situação de flagrante desrespeito à dignidade da pessoa humana, sendo que esta vida, em realidade, não é vida, e sim sobrevida. Nesse diapasão, cumpre questionar: poderíamos realizar uma conduta dolosa para suprimir essa vida? Ou será que o adequado seria realizarmos uma eutanásia passiva indireta, com a supressão da alimentação desta pessoa e aguardo do curso natural da morte de uma maneira totalmente indigna e degradante?

Entendemos que nesta modalidade, em face da complexidade que se apresenta, o ideal seria se solicitar autorização judicial para a prática da conduta, pois, dessa forma, o médico estaria amparado por uma excludente de ilicitude; bem como, assegurar-se-ia ao paciente uma discussão mais profunda das questões envolvidas no seu caso. Nessa situação, por vezes a linha entre beneficência e não-maleficência é muito tênue. Todavia, poderão, na práxis, ocorrer casos em que a conduta foi realizada, sem a solicitação prévia de alvará judicial, e o direito não terá como se furtar a essa análise. Assim, nessas situações, entendemos ser necessária uma atenta digressão acerca do móvel do agente, podendo, configurar uma situação de inexigibilidade de conduta diversa, que possuiria o condão de afastar a culpabilidade, quando o médico buscar promover uma morte digna.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É chegado o momento de findar esta dissertação, embora tenhamos consciência de que a pesquisa não chegou ao fim. Muitos pontos devem ser discutidos, muitos problemas, ainda, se insurgirão e muitos outros enfoques poderão ser dados. Todavia, temos que tecer algumas considerações finais, a que não temos a pretensão de intitular conclusão, pois nossa posição quanto ao tema não está estanque, fechada, pelo contrário, estamos na busca incessante de aprofundamentos.

A primeira, que nos parece interessante mencionar, tange à abrangência do tema eutanásia. Como demonstrado no primeiro capítulo, a palavra eutanásia enseja uma gama muito grande de classificações, razão pela qual nos parece oportuno apresentar o vocábulo sempre adjetivado, ou utilizando um de seus sinônimos, que expresse uma conceituação restrita.

Outro ponto que merece relevo concerne a não consideração das modalidades eugênica, econômica e social como formas de eutanásia, pois essas modalidades, consoante suas práticas demonstraram, possuem fins homicidas, devendo como tal ser tratadas.

Como podemos aferir, durante sua aplicação ao longo da história, a eutanásia sofreu variações no que tange à sua aceção, caracterizando-se de forma distinta em diferentes épocas devido aos critérios que eram levados em conta para sua execução.

Nos tempos pretéritos, deparávamo-nos com a eutanásia ritualizada, momento em que a morte chegava após o cumprimento de alguns rituais, que, na maioria das vezes, possuía escopo religioso. Poucas situações tinham como móvel a piedade ante um sofrimento acerbado, consubstanciando-se na maioria das vezes situações eugênicas, econômicas ou utilitaristas. Destacam-se, também, aplicações com o fim de evitar a desonra de perder batalhas ou de cair na mão de inimigos, a exemplo do que ocorria na Idade Média, quando os guerreiros na iminência da morte lançavam-se sobre um punhal denominado “Misicordae”.

Retrocedendo novamente na história, podemos destacar que, com o advento do Cristianismo, que se opunha a qualquer forma de eliminação da vida, pois a considerava como um presente divino, não podendo o homem dispor dela, a questão da aplicabilidade da eutanásia ficou quase estanque, sendo reacendida no final do Século XIX e primórdios do Século XX.

A discussão não deixava mais o paciente relegado a um segundo plano, agora o objetivo era o bem estar do paciente, a boa morte do enfermo e não mais questões religiosas,

utilitárias, econômicas ou eugênicas. Questionava-se qual a melhor decisão em face do respeito à dignidade do doente.

Todavia, a problemática que estava emergindo sofreu sérios prejuízos com a instituição do período nazista na Alemanha, que violou abruptamente o respeito pela dignidade da pessoa humana. Dessa forma, o debate acerca da eutanásia desenvolveu-se à sombra do Holocausto, sendo que, paulatinamente, foi sendo possível pautar a discussão sem que ela estivesse totalmente impregnada das barbáries nazistas.

Hodiernamente, a atualidade do problema da eutanásia deve-se aos avanços tecnológicos que a Bioquímica, a Biofísica, a Imunologia, a Biologia Molecular e a Informática têm alcançado. Nesse diapasão, tanto os médicos como os doentes são confrontados diariamente com as possibilidades das novas tecnologias que permitem manter a vida por longos períodos de tempo.

A pessoa humana encontra-se cada vez mais envolvida por um novo poder, o científico, cujos contornos são de certa forma imprevisíveis, dado estarem em permanente alteração. A cada novo caso que se nos apresenta, surge a dúvida se devemos apenas evitar a obstinação terapêutica; ou se podemos dar um passo à frente, afirmando o direito de dispor da vida – e da morte - ou se a vida é indisponível, em qualquer hipótese.

Vislumbrando dirimir essas questões, apresentamos os princípios basilares da bioética, os quais, caso a caso, devem ser analisados, para não se incorrer na possibilidade de violar a dignidade da pessoa humana. Assim, em determinadas situações, deve prevalecer o princípio da autonomia do enfermo, através de seu consentimento livre e informado; em outras, deve-se dar lugar ao princípio da beneficência e quando este não for mais possível de se concretizar em determinado caso devemos, então, aplicar o princípio da não-maleficência.

Nessa senda, temos que o respeito pela pessoa humana conjuga-se com o princípio da dignidade da pessoa humana, na sua dimensão autonômica, aceitando que o ser humano é um fim em si mesmo, não um meio de satisfação de interesses de terceiros. Respeitar a pessoa autônoma pressupõe a aceitação do pluralismo ético-social, característico de nosso tempo. Outra dimensão da dignidade da pessoa humana é a protetiva, encontrando abrigo nessa dimensão os princípios da beneficência e não-maleficência, nos casos de eutanásia não voluntária.

Diante do exposto, parece-nos flagrante o lugar privilegiado que se encontra a dignidade da pessoa humana, porquanto é o fundamento do Estado Democrático de Direito, sendo, por ilação, princípio norteador de todo o sistema jurídico, devendo sempre ser respeitado no maior grau possível.

Releva destacar, não obstante, que a dignidade da pessoa humana, enquanto princípio, é relativa, como também o são os demais princípios; devendo as interpretações e ponderações a serem efetuadas, com base nessas normas, serem proporcionais; seja pela interpretação pela unidade da constituição através da harmonização dos princípios em tensão, através da concordância prática; seja pelo dimensionamento de peso ou importância.

Essa dimensão que é dada aos princípios encontra aplicabilidade na colisão existente entre o direito à vida e o respeito pela dignidade da pessoa humana, pontos centrais da discussão tangente à admissibilidade da eutanásia. Assim devemos analisar cada caso concreto à luz dos princípios discutidos, a fim de respeitarmos, no maior grau possível, a dignidade do ser humano no processo de morrer. Porquanto vida é também morte!

A partir de todo o exposto, entendemos que, o adequado enquadramento jurídicopenal das condutas eutanásicas não pode prescindir do quadro das valorações jurídicas constitucionais, pois estas condicionam o jogo da interpretação penalmente relevante.

Assim, buscando discutir a postura penal em face da eutanásia, que respeite, no maior grau possível, as premissas constitucionais, pautamos o debate, nas modalidades voluntárias, na consideração da disponibilidade do direito à vida por seu titular, uma vez que esta é um direito e não um dever.

Nessa seara, cumpre papel decisivo a possibilidade do paciente exarar seu consentimento, de forma válida, porquanto, sempre que este desejar não se submeter a um determinado tratamento, ou suspender uma terapêutica que vem sendo usada, ou, ainda, decidir que deseja por termo a sua vida diretamente, não haverá crime. Porquanto, o consentimento informado do paciente, capaz, enseja a atipicidade da conduta, pois não podemos falar de conduta típica quando o titular do direito a ser ofendido aquiesce com a lesão a esse direito, desde que este seja disponível. Como o é, o direito à vida, pelas diversas razões já exaradas.

Assemelha-se ao exposto as situações em que o paciente, atualmente, incapaz de consentir com uma eutanásia voluntária, exarou, enquanto capaz, o seu consentimento, ou efetuou um “testamento vital”. Pois, nessas situações, ele já manifestou sua vontade de forma inequívoca. Dessa maneira, seu prévio consentimento, também, é capaz de excluir a tipicidade da conduta realizada pelo médico.

No concernente a eutanásia não voluntária - nas suas modalidades: ortotanásia e eutanásia ativa indireta - devemos analisar, a priori, se é possível fazer um bem ao paciente, se não o for, ou seja, se o tratamento a ser realizado ensejar apenas uma distanásia, estará justificada a intervenção eutanásica do médico, pelo estado de necessidade. Essa posição

encontra respaldo constitucional na dimensão protetiva da dignidade da pessoa humana. Pois, assim como devemos proteger a pessoa humana das ingerências arbitrárias de terceiros, devemos também protegê-la de tratamentos desumanos e cruéis.

A maior complexidade tange a modalidade ativa direta não voluntária de eutanásia, pois nessas situações não se estará a aguardar que a morte cumpra seu curso natural e sim a produzi-la diretamente. É sem dúvida a modalidade que gera maiores polêmicas, bem como a que acarreta maior aversão. Todavia, parece-nos que é nessa modalidade que estará mais evidente a tensão entre o direito à vida e o respeito devido à pessoa humana, sendo que ambos possuem hierarquia constitucional, devendo ser aplicados no maior grau possível. Parece-nos que, em determinadas situações, a pessoa humana encontra-se em situações tão degradantes que não podemos ceifa-la do direito de culminar sua vida de uma maneira digna. Algumas vezes, a eutanásia ativa direta é a única forma de respeitar a pessoa humana, e, portanto, é medida que não dever ser considerada delito, pois estaria afastada a culpabilidade, em virtude da inexigibilidade de conduta diversa.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria de los Derechos Fundamentales. **Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. 607 p.**

ALVES, Leo da Silva. Eutanásia. Revista Jurídica Consulex. **Brasília: Ano III. N° 29, p. 12/21, Maio. 1999.**

ANDORNO, Roberto. Bioética y dignidad de la persona. **Editorial Tecnos, [199-]. 172 p.**

ARAÚJO, Francisco Fernandes de. O abuso do direito processual e o princípio da proporcionalidade na execução civil. **Rio de Janeiro: Forense, 2004. 397 p.**

ARIÉS, Phelippe. História da Morte no Ocidente. **Tradução de: Priscila Viana de Siqueira. Rio de Janeiro: Ediouro, 2003. 312 p.**

ARZAMENDI, José Luís de la Cuesta. Eutanásia no Direito Comparado: Espanha. Revista Jurídica Consulex, **Brasília: Ano V. N° 114, p. 22/23, 15 de out. 2001.**

ASÚA, Luiz Jimenéz de. Liberdade de Amar e Direito a Morrer: Ensaio de um criminalista sobre Eugenesia, Eutanásia e Endocrinologia. **Tradução de: Benjamim do Couto. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1929. 336 p.**

_____. Liberdade de Amar e Direito de Morrer: Eugenesia. **Tomo I. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003a. 116 p.**

_____. Liberdade de Amar e Direito de Morrer: Eutanásia e Endocrinologia. **Tomo I. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003b. 123 p.**

ÀVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. **São Paulo: Malheiros, 2003. 127 p.**

AZEVEDO, Marco Antônio Oliveira de. Bioética Fundamental. **Porto Alegre: Tomo Editorial, 2002. 195 p.**

BACON, Francis. Novum Organum ou verdadeiras indicações acerca da interpretação da natureza e Nova Atlântida. **Coleção Os Pensadores. Tradução de: José Aluísio Reis de Andrade. São Paulo: Nova Cultural, 1988. 272 p.**

BARCHFONTAINE, Christian de Paul e PESSINI, Leo. Problemas atuais de Bioética. São Paulo: Edições Loyola, 2000. 527 p.

BARRETO, Vicente de Paulo. As relações da Bioética com o Biodireito. In: **BARBOZA, Heloisa e BARRETO, Vicente de Paulo (Org.)**. Temas de Biodireito e Bioética. Rio de Janeiro: Renovar, p. 41/75, 2001.

BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. Tradução de: **Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa.** São Paulo: Martins Fontes, 1999. 139 p.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: **Parte Geral. Vol. I.** São Paulo: Saraiva, 2003. 748 p.

_____. Tratado de Direito Penal: **Parte Especial. Vol. II.** São Paulo: Saraiva, 2004. 569 p.

BIZZATO, José Idefonso. Eutanásia e Responsabilidade Médica. 2ª Edição. Leme/São Paulo: Editora de Direito, 2000. 564 p.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Tradução de: **Carlos Nelson Coutinho.** Rio de Janeiro: Campus, 1992. 218 p.

BOLLE, Pierre-Henri. Eutanásia no Direito Comparado: Holanda e Suíça. Revista Jurídica Consulex, Brasília. Ano V. Nº. 114, p. 18, 15 de out. 2001.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 9ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2000. 793 p.

BORGES, Rosana Cardoso Brasileiro. Direito de Morrer Dignamente: Eutanásia, Ortotanásia, Consentimento Informado, Testemunho Vital, Análise Constitucional e Penal e Direito Comparado. In: **SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.)**. Biodireito: Ciência da vida os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 300-312, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Distrito Federal: Senado Federal, 1988. 386 p.

_____. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Lex: Constituição Federal, Código Penal e Código de Processo Penal. **GOMES, Luiz Flávio (Org.)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 951 p.

_____. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Lex: Constituição Federal, Código Civil e Código de Processo Civil. CAHALI, Yussef Said (Org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 1541 p.**

BRITO, António José dos Santos Lopes de, e RIJO, José Manoel Subtil Lopes. Estudos Jurídicos da Eutanásia em Portugal: Direito sobre a vida ou direito de viver. **Coimbra: Almedina, 2000. 251 p.**

CANOTILHO, J. J. Gomes. Constituição e Teoria da Constituição. **5ª Edição. Coimbra: Almedina, 2002. 1504 p.**

CAPLAN, Arthur L. Quando a medicina enlouqueceu: A bioética e o holocausto. **Lisboa: Instituto Piaget, 1997. 365 p.**

CARVALHO, Gisele Mendes de. Aspectos Jurídico-Penais da Eutanásia. **Nº. 18. São Paulo: IBCCrim. 2001. 206 p.**

CHAVES, Maria Claudia Carvalho e SÁ, Elida Lucia Batista. **A eutanásia e o Suicídio.** Ensaios Jurídicos. Rio de Janeiro: 1996. v. 2. p. 208-227.

CHUEIRI, Vera Karam de. A dimensão jurídico-ética da razão: o liberalismo jurídico de Dworkin. **In: Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea. ROCHA, Leonel Severo (Org.). Curitiba: JM Editora, p. 151-195, 1997.**

CLOTET, Joaquim e KIPEER, Délio José. Princípios da Beneficência e Não-maleficência. **In: Iniciação à Bioética. Brasília: Conselho Federal de Medicina, p. 37/52, 1998.**

CLOTET, Joaquim. Bioética: Uma aproximação. **Porto Alegre: Edipucr, 2003. 246 p.**

CLOTET, Joaquim et all. Consentimento Informado e a sua prática na assistência e pesquisa no Brasil. **Porto Alegre: Edipucrs, 2000. 130 p.**

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Consulta nº. 41.848/96. Disponível em: http://bioetica.org.br/legislacao/res_par/integral/41848_96.php . Acessado em: 07/jan. 2002.

_____. Consulta nº. 37.267/99. Disponível em:
http://bioetica.org.br/legislacao/res_par/integral/37267_99_php . Acessado em: 07/jan. 2002.

_____. Consulta nº. 29.535/03. Disponível em:
http://bioetica.org.br/legislacao/res_par/integral/29535_03_php . Acessado em: 07/jan. 2002.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO RIO GRANDE DO SUL. Nota Oficial-Eutanásia, Porto Alegre, ano III. Nº. 19, p. 06, mar/abr. 2005.

CONVENÇÃO AMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS (1969). Pacto de San José da Costa Rica. Disponível em:
<http://www.tex.pro.br/wwwroot/documentos/pactosanjosedacostarica.htm> . Acessado em: 11 mar. 2005.

COSTA, José de Faria. Vida e morte em direito penal (esqu coasto de alguns problemas e tentativas de autonomização de um novo bem jurídico). In: **Ensaio Penais em Homenagem ao Professor Alberto Rufino Rodrigues de Sousa.** FAYET JÚNIOR, Ney (Org.) Porto Alegre: Ricardo Lenz Editor, p. 421/450, 2003.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. A ajuda a morrer. In: **BARRA, Rubens Prestes.** Estudos Jurídicos em Homenagem a Manoel Pedro Pimentel. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 299-301, 1992.

CALÓN. Eugenio Cuello. Tres Temas Penales: el aborto criminal; el problema de la eutanasia y el aspecto penal de la fecundación artificial. Barcelona: Bosch, 1995. 200 p.

CUNDIFF, David. A eutanásia não é a resposta. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. 222 p.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS (1945). Disponível em:
<http://www.tex.pro.br/wwwroot/documentos/decaracaouniversaldosdireitoshumanos.htm>. Acessado em: 11 mar. 2005.

DEL VECHIO, Giuseppe. Morte Benéfica (L'Eutanasia): Etico-Religioso-Sociale e Giurídico. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1928. 163 p.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O Problema da Ortotanásia: Introdução à sua consideração jurídica. In: Ciência Penal, São Paulo, v. I, p. 11-23, 1975.

DIEHL, Maéve Rocha. Eutanásia: uma análise com base nos princípios e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988 (dissertação). **Porto Alegre: PUCRS, 2003. 209 f.**

DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. **São Paulo: Saraiva, 2002. 840 p.**

DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal: **Parte Geral.** **Rio de Janeiro: Forense, 2002. 777 p.**

DURKEHEIN, Émile. O Suicídio. **Tradução de: Mônica Stahel.** **São Paulo: Martins Fontes, 2000. 513 p.**

DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos à Sero. **São Paulo: Martins Fontes, 2002. 568 p.**

_____. Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais. **São Paulo: Martins Fontes, 2003. 362 p.**

ELES praticam eutanásia. Zero Hora, p. 23-33, 03 abr. 2005.

EUTANÁSIA: Equipamento leva à morte rápida por inalação de monóxido de carbono puro. Zero Hora, p. 24, 08 jan. 2003.

FABRIZ, Daury César. Bioética e Direitos Fundamentais. **Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. 398 p.**

FARIA, Osmard Andrade. Eutanásia: A morte com Dignidade – Depoimentos. **Florianópolis: Editora da UFSC, 1997. 326 p.**

FELIX, Criziany Machado. Personalidade: Início e Fim. **In: Doutrina 1. TUBENSCHLAK, James (Coor.) Rio de Janeiro: Instituto de Direito, p. 220-227, 1996.**

FERRI, Enrique. Homicídio-Suicídio. **Tradução de: Concha Peña.** **Madrid: Editorial Réus S.A . 1939. 320 p.**

FIGUEIREDO, Padre Antônio Pereira de. (Tradutor). Bíblia Sagrada. **Erechim: Edelbra. 1979. 1203 p.**

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal: **Parte Geral. 16ª Edição.** Rio de Janeiro: Forense, 2003. 585 p.

FRANÇA, Genival Veloso de, e MAIOR, Hermano José Souto. Direito de Viver e Direito de Morrer (um enfoque multidisciplinar sobre eutanásia). **In: Fascículos de Ciências Penais. Edição Trimestral. Ano 4. V. 4. Nº. 4. p. 1/88. out.-nov.-dez. 1991.**

FRANÇA, Genival Veloso de. Medicina Legal. 6ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan S.A . 2001. 579 p.

FREITAS JÚNIOR, Osmar. Matar ou Morrer: Suprema Corte dos Estados Unidos da América acata recurso do governo para rever eutanásia no Estado do Oregon. Isto é, São Paulo: Nº. 1846, p. 55, mar, 2005.

FORTES, Paulo Antonio Carvalho e MUÑOZ, Daniel Romero. O Princípio da Autonomia e o Consentimento Livre e Esclarecido. **In: Iniciação à Bioética. Brasília: Conselho Regional de Medicina, p. 53/70, 1998.**

GAFO, Javier. La Eutanasia: El derecho a una muerte humana. Madrid: Ediciones Temas de Hoy, S.A . 1989. 236 p.

GOLDIM, José Roberto. Caso Eutanásia em São Paulo. **Disponível em:** <http://www.bioetica.ufrgs.br/casoeubr.htm>. **Acesado em: 15 nov. 2004.**

_____. Caso Eutanásia no Rio de Janeiro. **Disponível em:** <http://www.bioetica.ufrgs.br/casoeurj.htm>. **Acesado em: 15 nov. 2004.**

GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação do Direito. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2003. 279 p.

HUMPHRY, Derek e WICKETT, Ann. El Derecho a Morir. Comprender la eutanasia. Tradução de: Maria Rosa Buixaderas. Barcelona: Libergraf, S.A . 1989. 419 p.

JAKOBS, Günther. Teoria da Pena e Suicídio e Homicídio a Pedido. **Coleção Estudos de Direito Penal. Vol. 3. Baueri/SP: Editora Manole Ltda. 2003a. 57 p.**

_____. Suicídio, Eutanásia e Direito Penal. **Coleção Estudos de Direito Penal. Vol. 10. Baueri/SP: Editora Manole Ltda. 2003b. 47 p.**

JUNGES, José Roque. Bioética: Perspectivas e Desafios. **São Leopoldo: Unisinos, 1999.** 322 p.

JURAMENTO de Hipócrates. Revista Jurídica Consulex, **Brasília: Ano VIII. Nº. 188,** p.39, Nov. 2004.

KERNER, Hans-Juergen. Eutanásia no Direito Comparado: Alemanha. Revista Jurídica Consulex, **Brasília: Ano V. Nº. 114. p. 21/22. 15 de out. 2001.**

KIPEER, Délio José e CLOTET, Joaquim. Princípios da Beneficência e Não-maleficência. **In: Iniciação à Bioética. Brasília: Conselho Federal de Medicina, p. 37/52, 1998.**

LUNA, Florência e SALLES, Arleen. Decisiones de Vida y Muerte: eutanásia, aborto y otros temas de ética médica. **Tradução de: Alberto Gioia e Maria Cristof. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1995. 293 p.**

LECUONA, Laura. Eutanásia: Algunas Distinciones. **In: Dilemas Éticos. PLATTS, Mark (Comp.). México: Fondo de Cultura, p. 97/119, 1997.**

MANTOVANI, Ferrando. Aspectos Jurídicos da Eutanásia. **In: Eutanásia, Fascículos de Ciências Penais. Ano 4. V. 4. Nº. 4. Out./Dez. Porto Alegre: SAFE, p. 32/53, 1991.**

MARTIN, Leonard. M. Eutanásia e Distanásia. **In: Iniciação à Bioética. Brasília: Conselho Federal de Medicina, p. 171/192, 1998.**

MARTINS-COSTA, Judith. As interfaces entre a Bioética e o Direito. **In: Bioética: Meio Ambiente, Saúde Pública, Novas Tecnologias, Deontologia Médica, Direito, Psicologia e Material Genético Humano, p. 67/84, 2001.**

_____. Bioética e Dignidade da Pessoa Humana: rumo à construção do biodireito. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: UFRGS. Vol. 18, p. 153-170, 2000.**

MARTINS, Salgado. Sistema de Direito Penal Brasileiro. **Rio de Janeiro: José Konfino Editor. 1957. 541 p.**

MARCÃO, Renato Flavio. Homicídio Eutanásico: Eutanásia e Ortotanásia no Anteprojeto de Código Penal. **São Paulo: Revista dos Tribunais. RT/Fasc. Pen. Ano 88. V. 763, p.475-480.**

MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: *Dimensões da Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional.* SARLET, Ingo Wolfgang. (Coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 61-88, 2005.

MENEZES, Evandro Corrêa. Direito de Matar – Eutanásia. Rio de Janeiro: Editora A Noite. 1946. 166 p.

MIRANDA, Jorge. A Constituição Portuguesa e a Dignidade da Pessoa Humana. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional.* São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. V. 45. Out/Dez, p. 81-90, 2003.

MONTEIRO, Benedito Soares e SOARES, Vicente. Direito de Matar. Rio de Janeiro: Instituto Bibliográfico Brasileiro, 1948. 305 p.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.* SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 105-147, 2003.

MORE, Thomas. Utopia. Tradução de: Jefferson Luiz Camargo e Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 219 p.

MOURA, Eros de. O Homicídio por Compaixão. Rio de Janeiro: Brasília, 1940. 93 p.

MUÑOZ, Daniel Romero e FORTES, Paulo Antonio Carvalho. O princípio da Autonomia e o Consentimento Livre e Esclarecido. In: *Iniciação à Bioética.* Brasília: Conselho Federal de Medicina, 53/70, 1998.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Em defesa da vida: Aborto – Eutanásia – Pena de Morte – Suicídio – Violência/Linchamento. São Paulo: Saraiva. 1995. 195 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 1180 p.

PLATÃO. A República. Tradução de: Pietro Nassetti. São Paulo: Editora Martin Claret. 2002. 320 p.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol. I. 18ª Edição. Rio de Janeiro: Forense. 1995. 463 p.

PESSINI, Leo e BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. Problemas atuais de Bioética. São Paulo: Edições Loyola, 2000. 527 p.

PESSINI, Leo. Distanásia: até quando prolongar a vida? São Paulo: Edições Loyola. São Paulo: Editora do Centro Universitário São Camilo. 2001. 431 p.

_____. Distanásia: até quando investir sem agredir? **Bioética**. Vol. 4. Nº. 1. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1996. p. 31/43.

_____. Eutanásia. Por que abreviar a vida? São Paulo: Edições Loyola. São Paulo: Editora do Centro Universitário São Camilo. 2004. 376 p.

PIERANGELI, José Henrique. Códigos Penais do Brasil: Evolução Histórica. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.752 p.

PIERANGELI, José Henrique e ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, 890 p.

PITHAN, Lívia Hayert. A dignidade humana como fundamento das “ordens de não-ressuscitação” hospitalares. Porto Alegre: Edipucrs. 2004. 135 p.

PINTOS, Salvador Garcia. Suicídio – Eutanásia – Aborto – Embarazo y Cardiopatia. Montevideo: Monteverede & Cia. 1935. 202 p.

RIVACOBA, Manuel de Rivacoba y. **Nuevo Sentido de La Norma de La Protección Penal de La Vida Humana.** In: Direito Criminal. Vol II. PIERANGELI, José Henrique (Coor.). Belo Horizonte. Del Rey, 2001. p. 42/64.

RIJO, José Manoel Subtil Lopes e BRITO, António José dos Santos Lopes de. Estudos Jurídicos da Eutanásia em Portugal: Direito sobre a vida ou direito de viver. Coimbra: Almedina, 2000. 251 p.

RODRIGUES, Paulo Daher. **Eutanásia.** Belo Horizonte: Del Rey, 1993, 171 p.

RODRIGUÉS, César. **La Decisión Judicial: El debate Hart - Dworkin.** Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1997. 191 p.

ROMEO CASABONA, Carlos Maria. **El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana.** Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A. 1994, 514 p.

ROXIN, Claus. **A apreciação Jurídico-Penal da Eutanásia.** Revista Brasileira de Ciências Criminais: São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 8. nO. 32. out/dez. p. 09/38, 2000.

_____. **Derecho Penal: Parte General. Tomo I. 2ª Edição. Tradução de Diego-Manoel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Thomson/Civitas, 2003. 1071 p.**

SÁ, Elida Lucia Batista e CHAVES, Maria Cláudia Carvalho. **A eutanásia e o Suicídio. Ensaios Jurídicos. Rio de Janeiro: 1996. v. 2. p. 208-227.**

SALLES, Arleen e LUNA, Florencia. **Decisiones de Vida y Muerte: Eutanasia, aborto y otros temas de ética médica. Traducción de Alberto Gioia e Mária Cristof. Buenos Aires: Editorial Sudamericana. 1995. 293 p.**

SANTOS, Juarez Cirino. A Moderna Teoria do Fato Punível. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2002. 370 p.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Transplante de Órgãos e Eutanásia: Liberdade e Responsabilidade. São Paulo: Saraiva, 1992. 290 p.**

SÃO PAULO. Lei nº. 10.241, de 17 de março de 1999. Dispõe sobre os direitos dos usuários do sistema de saúde consentir ou recusar, de forma livre, voluntária e esclarecida, tratamentos médicos, Assembléia Legislativa.

SARLET, Ingo. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001. 152 p.**

_____. **As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. SARLET, Ingo Wolfgang. (Coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 13-44, 2005.**

SGRECCIA, Elio. **Manual de Bioética: I - Fundamentos e Ética Biomédica. Tradução de Orlando Soares Moreira. São Paulo: Edições Loyola. 1996. 686 p.**

SHAKESPEARE, William. **Hamlet. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret. 2002. 128 p.**

SHOPENHAUER, Arthur. **Metafísica do Amor. Metafísica da Morte. Tradução de Jair Barboza. São Paulo: Martins Fontes. 2000. 140 p.**

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo. 15ª edição. São Paulo: Malheiros, 1998. 863 p.**

SINGER, Peter. **Ética Prática. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes. 1998. 399 p.**

_____. **Vida Ética: Eutanásia: Emergindo da sombra de Hitler. Tradução de**

Alice Xavier. Rio de Janeiro: Ediouro. 2002. 420 p.

SOARES, Vicente; MONTEIRO, Benedito Soares. **Direito de Matar**. Rio de Janeiro: Instituto Bibliográfico Brasileiro, 1948. 305 p.

SOUSA, Alberto R. R. Rodrigues. **Estado de Necessidade: Um conceito novo e aplicações mais amplas**. Rio de Janeiro: Forense, 1979. 263 p.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. Bem Jurídico-Penal e Engenharia Genética Humana. **São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 438 p.**

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e o princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, 221p.

SUPREME COURT COLLECTION. No. **881503**. Disponível em: <http://supctlaw.comell.edu/supctlhtml/88-1503zc2.html>. Acesso em: 06 jan. 2005.

URUGUAI. lei 9414, de 29 de junho de 1934. **Código Penal Uruguaio**. Disponível em: <http://ufras.br/HCPA/ç1Ppa/penaluru.htm>. Acesso em: 07 ago. 2001.

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal. **São Paulo: Saraiva, 2001. 362 p.**

VEYNE, Paul. **História da Vida Privada 1: Do Império Romano ao Ano Mil**. Tradução de Hildegard Feist. Consultoria Editorial de Jônatas Batista Neto. 6a reimpressão. SP: Editora Schwarcz Ltda. 1991, 635 p.

VIDAL, Marciano. **Bioética: Estudios de bioética racional**. Madrid: Editorial Tecnos, S. A. 1998, 178 p.

WICKETT, Ann e HUMPHRY, Derek. **El Derecho a Morir. Comprender la eutanasia**. Tradução de: Maria Rosa Buixaderas. Barcelona: Libergraf, S. A. 1 a edición. 1989. 419 p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e BATISTA, Nilo. Direito Penal Brasileiro. **Vol. I. Rio de Janeiro: Revan, 2003. 658 p.**

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro: **Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 890 p.**