

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS
MESTRADO**

EM BUSCA DA MORTE DIGNA: UMA ANÁLISE JURÍDICO-PENAL

LAURA SWIDEREK

PORTO ALEGRE
2007

LAURA SWIDEREK

EM BUSCA DA MORTE DIGNA: UMA ANÁLISE JURÍDICO-PENAL

Dissertação apresentada à banca examinadora do curso de Mestrado em Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciências Criminais.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Vinícius Sporleder de Souza

PORTO ALEGRE
2007

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

S976a Swiderek, Laura
Análise jurídico-penal da eutanásia: em busca da
morte digna. / Laura Swiderek. – Porto Alegre, 2007.
166 f.

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

Orientação: Prof. Dr. Paulo Vinícius Sporleder de
Souza.

1. Direito Penal. 2. Eutanásia. 3. Morte Digna.
4. Direito a Morrer. 5. Paciente Terminal. I. Título.

CDD 341.556

Ficha elaborada pela bibliotecária Cíntia Borges Greff CRB 10/1437

TERMO DE APROVAÇÃO

LAURA SWIDEREK

ANÁLISE JURÍDICO-PENAL DA EUTANÁSIA: EM BUSCA DA MORTE DIGNA

PORTO ALEGRE, 29 de março de 2007.

Banca Examinadora

Orientador: Prof. Dr. Paulo Vinícius Sporleder de Souza

Prof. Dr. Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira

Prof. Dr. Délio José Kipper

Dedico este trabalho aos meus pais que sempre me apoiaram e incentivaram-me a buscar conhecimento.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos aqueles que me apoiaram no curso desta dissertação, quer seja através de materiais ou pela compreensão nos momentos mais difíceis desta trajetória; mas agradeço, em especial:

Aos familiares pelo apoio e investimento na minha formação pessoal e profissional.

Ao meu noivo pela compreensão e apoio em todos os momentos.

Ao meu orientador Prof. Dr. Paulo Vinícius Sporleder de Souza, por suas intervenções e postura continente em todos os momentos.

Aos professores do mestrado por seus ensinamentos e bibliografia recomendada.

A toda equipe da Secretaria do Mestrado em Ciências Criminais pelo auxílio incansável.

*“Stop all the clocks, cut off the telephone, prevent the dog from barking
with a juicy bone, silence the pianos and with muffled drum, bring out the
coffin, let the mourners come.
Let aeroplanes circle moaning overhead, scribbling on the sky the message
He Is Dead, put crepe bows round the white necks of the public doves, let
the traffic policemen wear black cotton gloves.
He was my North, my South, my East and West, my working week and
my Sunday rest, my noon, my midnight, my talk, my song;
I thought that love would last forever; I was wrong.
The stars are not wanted now: put out every one; pack up the moon and
dismantle the sun; pour away the ocean and sweep up the wood,
For nothing now can ever come to any good.”
(Wystan Hugh Auden)*

RESUMO

Esta dissertação vincula-se à linha de pesquisa Política Criminal, Estado e Limitação do Poder do Punitivo. pois pretende-se discutir e sugerir propostas dogmáticas e político-criminais (teóricas e de *lege ferenda*) a fim de limitar o poder punitivo do estado nas questões envolvendo a eutanásia. Hodiernamente, o debate sobre a eutanásia ganha especial atenção, pois o avanço das ciências médicas possibilita a manutenção da vida em condições antes inimagináveis. Os avanços biomédicos lograram o aumento da expectativa e da qualidade de vida, contudo, esses progressos trouxeram consigo a obstinação terapêutica, na medida em que a vida tende a ser perseguida e prolongada a todo custo e a morte passou a ser vista como fracasso médico. O atual ordenamento jurídico não absorve essa complexidade de situações, nem oferece regulação jurídica satisfatória. Por isto, este trabalho tem o objetivo de avaliar através de uma abordagem interdisciplinar, a influência do progresso científico, tecnológico e cultural, no fenômeno da morte, bem como questionar a existência do direito de morrer dignamente nas situações eutanásicas e seu possível respaldo jurídico.

Palavras-chave: Eutanásia. Direito Penal. Morte. Morte Digna. Paciente Terminal.

ABSTRACT

This paper is associated to the research line Criminal Politics, State and Limitation of the Punitive Power. Therefore it is intended to discuss and to suggest politician-criminal proposals in order to limit the punitive power of the state in the questions involving euthanasia. Nowadays, the debate on the euthanasia gains special attention because the progress of medical sciences makes possible the maintenance of life in conditions that were unimaginable. The biomedical advances achieved the increase of the expectation and of the quality of life, beside they brought the therapeutical stubbornness, in which life tends to be pursued and drawn out and the death is now seen as a medical failure. The current rules do not absorb this complexity of situations, nor it offers satisfactory legal regulation. For that reason, the aim of this work is to evaluate, through an interdisciplinary approach, the influence of the scientific, technological and cultural progress, in the phenomenon of death. Moreover, it aims at questioning the existence of the right to die with dignity in the different forms of euthanasia and its possible endorsement in the law.

Key words: Euthanasia. Criminal Law. Death. Die with dignity. Terminal ill.

SUMÁRIO

RESUMO	7
ABSTRACT	8
SUMÁRIO	9
INTRODUÇÃO	11
1. VIDA HUMANA	14
1.1. INÍCIO DA VIDA HUMANA.....	14
1.2. O VALOR DA VIDA HUMANA (Sacralidade <i>Versus</i> Qualidade)	17
1.3. DIREITO À VIDA	21
1.3.1. Vida Humana: Bem Jurídico-Penal	26
1.3.2. Vida Humana e Dignidade Humana	31
1.4. DEONTOLOGIA MÉDICA E A BIOÉTICA DA VIDA HUMANA	34
1.4.1. PRINCÍPIOS BIOÉTICOS APLICÁVEIS	40
2. TERMINALIDADE DA VIDA E MORTE	48
2.1. PACIENTE TERMINAL E CUIDADOS PALIATIVOS	48
2.2. CRITÉRIOS DE MORTE	56
2.3. MORTE E RITUAL	60
2.4. MORTE E TEMPO	70
3. EUTANÁSIA: CONCEITO E MODALIDADES	75
3.1. ORIGEM E CONCEITO DE EUTANÁSIA	77

3.2. ESPÉCIES OU MODALIDADES DE EUTANÁSIA.....	78
3.2.1. Eutanásia Ativa.....	80
3.2.2.Eutanásia Passiva	82
3.2.3.Eutanásia de Duplo Efeito	83
3.2.4. Eutanásia Precoce.....	84
3.2.5. Distanásia	85
3.2.6. Ortotanásia = Eutánasia Genuína	87
4. ANÁLISE JURÍDICO-PENAL DA EUTANÁSIA	89
4.1. ELEMENTOS CONFIGURADORES DA EUTANÁSIA.....	89
4.1.1. Terminalidade	89
4.1.2. Movél Piedoso	92
4.1.3. Consentimento	98
4.2. A EUTANÁSIA É CRIME?.....	112
4.3. PUNIBILIDADE DA EUTANÁSIA (PROBLEMÁTICA JURÍDICA ATUAL E SANÇÕES PENAS)	121
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	139
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	147
ANEXO I.....	157
ANEXO II.....	160

INTRODUÇÃO

Esta dissertação vincula-se à linha de pesquisa Política Criminal, Estado e Limitação do Poder do Punitivo, pois se pretende discutir e sugerir propostas político-criminais (teóricas e de *lege ferenda*) a fim de limitar o poder punitivo do estado nas questões envolvendo a eutanásia.

Desde os primórdios dos tempos, a eutanásia é um assunto que sempre se faz presente na humanidade. Hodiernamente, ganha especial atenção, pois o constante desenvolvimento das ciências médicas possibilitou a manutenção da vida humana em condições antes inimagináveis. Nota-se, diante dessas descobertas, que determinadas situações, pela sua inovação, não encontram previsão legal, necessitando-se assim, questionarem-se quais as posturas a serem adotadas nesses casos.

Os avanços biomédicos lograram o aumento da expectativa e da qualidade de vida, contudo, esses progressos trouxeram consigo a obstinação terapêutica, na medida em que a vida tende a ser perseguida e prolongada a todo custo e a morte passou a ser vista como fracasso médico. Devido a isso, resta o questionamento se ao lado desse incremento científico na aplicação da Medicina não se estará voltando também contra o ser humano um arsenal de normas jurídicas destinadas à tutela da vida sob múltiplos ângulos que lesariam reflexamente a dignidade humana.¹

Por um prisma, a morte passou a ser entendida como um fracasso

¹ ROMEO CASABONA, Carlos María. *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*. Madrid: Cerezo, 1994. p. 95-96.

terapêutico, trazendo aos profissionais da saúde o dever de perseguir a todo custo resultados exitosos e aos pacientes a sujeição a tratamentos involuntários.² A *contrario sensu*, é dever dos médicos aplicar seus conhecimentos para ajudar os pacientes a identificar e usar os melhores benefícios que as ciências da saúde lhe colocam à disposição. Esses benefícios não são avaliados apenas a partir da possibilidade de cura, mas também incluem, em alguns casos, a não-oferta ou a retirada de medidas de suporte vital. A morte não pode ser vista como inimigo a ser sempre vencido, mas deve ser concebida como desfecho natural e inevitável, sendo muitas vezes inclusive bem-vinda.³

A dignidade da pessoa humana guindada a categoria de princípio fundamental da República pela Constituição Federal (art. 1º, III) proíbe a submissão a tratamentos desumanos ou degradantes e realça a liberdade e a autonomia moral do homem. Qualidades inerentes ao homem como a liberdade, a dignidade pessoal, e a possibilidade de desenvolver-se livremente constituem um limite infranqueável ao Estado.

A vida humana, bem jurídico fundamental que possibilita o exercício de todos os demais direitos, deve ser redimensionada de acordo com uma interpretação conforme a constituição. Sendo assim, uma visão global autoriza a determinação da vida humana com mastro em critérios normativos, tendo como limite àquela valoração os parâmetros biopsicológicos.

Este trabalho tem o objetivo de discutir a problemática jurídico-penal existente entre proteger a vida, como o bem maior, e o direito do indivíduo a uma morte digna e tranqüila. Em princípio, estas duas concepções parecem ser antagônicas, mas, ao longo deste trabalho, demonstrar-se-á que, na verdade, ambas podem existir no mundo jurídico de forma harmoniosa.

Num primeiro momento, aborda-se a vida humana. Busca-se determinar o início da vida humana, demonstrando que a vida humana é um processo biológico

² CARVALHO, Gisele Mendes de. Alguns aspectos da disciplina jurídica da eutanásia no direito penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 798, out/dez. 2001a. p. 500.

³ KIPPER, Délio José;. PIVA, Jefferson Pedro. Dilemas éticos e legais em pacientes criticamente doentes. *Jornal de Pediatria*, v. 74, n. 4, 1998. p. 261.

com saltos qualitativos a cada etapa desenvolvida, não podendo determinar o momento exato em que ela começa. Em seguida, é discutido o valor que deve prevalecer na análise desta vida, a sacralidade ou a qualidade. Na seqüência, destaca-se o direito à vida. Para tanto, focaliza-se o bem jurídico-penal vida humana e realiza-se uma análise da vida humana conjuntamente com a dignidade. Neste tópico também é importante a devida elucidação da deontologia médica e da bioética da vida humana, trazendo os princípios bioéticos aplicáveis às situações de terminalidade aqui debatidas.

Em um segundo momento, tem lugar a apresentação das situações de terminalidade e da morte. Aqui se destacam o paciente terminal e os cuidados paliativos. Há também necessidade de determinar o adequado critério de morte e seu respaldo jurídico. Após, analisa-se a ritualização existente no fenômeno e o tempo atrelado a ele.

Em momento posterior, é fundamental elencar noções gerais sobre eutanásia, procedendo-se à sua evolução histórica, noticiando sua conceituação e sua classificação. Cuida-se, neste capítulo, de trazer à lume conceitos essenciais para a adequada análise do tratamento jurídico-penal do instituto no ordenamento pátrio.

Por derradeiro, reserva-se espaço para o estudo da eutanásia à luz do Direito Penal Brasileiro. De primeiro, trata-se de analisar a estrutura do tipo de injusto do homicídio eutanásico, dando-se particular relevo aos seus elementos essenciais (móvel piedoso do agente, consentimento e estado de irreversibilidade do enfermo). Na seqüência, passa-se à análise do crime eutanásico. Posteriormente, destaca-se a problemática jurídica atual e às conseqüentes sanções penais cominadas a estas situações. Finaliza-se com o necessário enfoque ao direito à morte digna.

A conclusão encerra o presente estudo, consistindo na síntese do que foi desenvolvido durante a elaboração do trabalho científico.

Espera-se que esta dissertação consiga atingir a sua finalidade precípua de instigar a reflexão em relação a esse assunto que, de forma bastante polêmica, vem ganhando espaço na realidade jurídica do Brasil e do mundo.

1. VIDA HUMANA

1.1. INÍCIO DA VIDA HUMANA

Para um adequado debate da morte é imprescindível discutir a vida humana e determinar o momento no qual ela inicia. Não há consenso na determinação do momento no qual a vida humana inicia. No entanto, destacam-se algumas posições, todas passíveis de questionamentos, pois são valorações da realidade biológica, extrapoladas e transformadas em categorias ontológicas, ou seja, são critérios valorativos e não resultado de comprovações biológicas.⁴

De acordo com a perspectiva concepcional a vida humana é um processo instantâneo, que se inicia no momento da fecundação do óvulo pelo espermatozóide, dando origem a uma realidade genética autônoma e diversa (o zigoto). A pessoa é formada na concepção, teoria esta, adotada pela igreja católica.⁵ Seu principal argumento é a potencialidade, o fato do zigoto trazer consigo a capacidade de realizar seu destino humano, isto é, de produzir-se a si mesmo em fases sucessivas.⁶ Não faltam críticas a este posicionamento, pois ao se considerar a potência como motivo para tutela jurídica do embrião, também os gametas mereceriam a mesma proteção, porque possuem a mesma potencialidade.⁷

⁴ ROMEO CASABONA, op. cit., p.148.

⁵ KOTTOW, Miguel. Bioética de comienzo de la vida. ¿Cuántas veces comienza la vida humana? *Bioética*, 9:26-42, 2001.

⁶ MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito penal e Biotecnologia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 86.

⁷ Nesse sentido Peter Singer e H. Kushe conforme MINAHIM, op. cit., p. 86. A presença do código genético humano não é uma particularidade exclusiva do zigoto, já que qualquer célula do ser

A teoria perspectiva biológico-evolutiva do início da vida humana, por sua vez, busca um momento determinado no processo de gestação para separar o pré-ser do ser. O início da vida ocorre com o aparecimento de sinais morfológicos do embrião ou em um determinado momento do processo de gestação. Defendem-se os seguintes critérios para o início da vida humana: nidação, individualização, a aparição da crista neural, a mobilidade fetal, a viabilidade extra-uterina, o nascimento e inclusive, a aquisição de competência racional na infância.⁸

A nidação ocorre no décimo quarto dia após a fecundação, com a implantação do embrião na parede uterina. O momento da individualização confere categoria biológica ao indivíduo, pois se caracteriza pela unicidade (ser único, já que até este momento existe a possibilidade de se formar gêmeos monozigóticos) e pela unidade (realidade positiva que se distingue de qualquer outra).⁹ Apesar disso, não se pode concluir que já exista vida humana porque a nidação é um estágio obrigatório e não suficiente *de per se* no processo biológico para o desenvolvimento humano. Entender que a formação do tubo neural corresponde ao marco inicial da vida humana reproduz o mesmo erro.¹⁰

humano contém o patrimônio genético completo e individualizado de seu portador. Além disso, o zigoto não possui toda a informação genética necessária para desencadear a embriogênese e vir a se tornar um ser humano, pois seu potencial de capacidade informativa é adquirido com o tempo por interação de outras moléculas e com o intercâmbio de informações com a própria mãe. (ROMEO CASABONA, op. cit., p.149.). Outro argumento é o fato do embrião poder se dividir em dois ou mais embriões até sua implantação na parede uterina, uma vez que não é admissível que uma vida humana se divida em outras vidas igualmente humanas. Há ainda a grande probabilidade deste embrião ser apenas um amontoado de células, não conseguindo sequer alcançar a parede uterina.(Gafo Fernández Apud ROMEO CASABONA, op. cit., p. 150. No mesmo sentido: KOTTOW, op. cit., p. 27.).

⁸ KOTTOW, op. cit., p. 31.

⁹ ROMEO CASABONA, op. cit., p. 149.

¹⁰ O ato de conferir humanidade ao embrião a partir da formação do tubo neural é questionado pelos humanistas, os quais indagam o motivo da escolha deste limite para definir a existência do ser humano. Qual a razão da escolha, ao invés de outro critério, como no “décimo terceiro ou décimo quarto dia, quando aparece a linha primitiva que se cava para formar o canal, ou o décimo oitavo dia, quando começam os movimentos celulares que resultam na placa neural? Acredita-se que a definição do décimo quinto dia, ou seja, quando ocorre a formação do tubo neural, é devido a adoção do critério morfológico, uma vez que a partir deste marco, associa-se, àquele fenômeno do canal primitivo, um primeiro esboçamento dos principais órgãos. O embrião inicia sua trajetória para tornar-se feto, assemelhando-se a um bebê. Dessa forma, “o embrião só integraria a espécie humana a partir do momento em que seu aspecto estrutural apresentasse caracteres morfológicos e anatômicos de seu fenótipo”. Entretanto, a definição da individualidade humana com base em critérios morfológicos representa um recurso ultrapassado, visto que são ignorados quaisquer conceitos da genética moderna. (MINAHIM, op. cit., p. 84.)

Quanto ao início da atividade cerebral, os conceitos se valem de dados empíricos para fundamentar valorações éticas. “É evidente que se existem tantos critérios possíveis, nenhum deles possui mais solidez conceitual que outro e não poderá ser usado para estabelecer diferenças de *status* moral entre antes e depois da etapa do desenvolvimento escolhida”.¹¹

Já segundo a teoria da visão relacional “o início da vida humana está marcado por uma decisão relacional na qual os progenitores assumem e reconhecem a existência de um novo ser”.¹² Para esta perspectiva o início da vida humana somente ocorre com o estabelecimento do vínculo relacional¹³ entre mãe e filho, quando a gravidez passa a ser um estado desejado pela mãe que dá origem em seu ventre a um ser que tem um nome e um futuro.¹⁴

Para a perspectiva relacional a mulher é a figura determinante do processo reprodutivo, retirando-o do âmbito puramente biológico. A mulher deve constituir uma “potencialidade necessária para a gestação do ser humano”, sem que dependa da presença deste zigoto, e sim da aceitação da mesma em assumir a potencialidade de ser mãe. Com o fim de conferir vida humana ao embrião, a relação que se origina a partir da aceitação da mulher como mãe pressupõe duas condições: a consciência da mulher de estar grávida e, posteriormente, a aceitação dessa condição.¹⁵ A crítica que se faz a esta perspectiva reside na não fixação do momento em que deve ser exercido o ato de vontade da mãe assumindo o projeto existencial do filho.

Faz-se necessário desvincular o desenvolvimento biológico do embrião, seja a partir da sua concepção como por meio da eleição de determinada etapa no processo evolutivo para estabelecer um conceito de começo da vida humana, tendo

¹¹ KOTTOW, op. cit., p. 31.

¹² Ibidem, p. 31-32.

¹³ “A vida da espécie humana tem sua característica mais marcante no relacionamento, na sua vida humanizada e socializada”. (PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de bioética*. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Edições Loyola, 1997, p. 264.)

¹⁴ KOTTOW, op. cit., p. 34.

¹⁵ Uma mulher, ao solicitar exames para verificar se está grávida, ou dar início aos exames pré-natais, para investigar a saúde e características do embrião, “não o faz para antecipar alegremente seu estado reprodutivo, mas sim para ter elementos de juízo que a levarão a decidir sobre a conduta a seguir.” Agindo assim, “a mulher busca o diagnóstico biológico e qualitativo da gestação para logo tomar a decisão caso assuma o status existencial de mãe em potencial.” (Ibidem, p.33.)

em vista que os achados científicos evidenciam a vida humana como um processo biológico no sentido de vir a ser, agregando-se ao embrião/feto saltos qualitativos a cada etapa biológica desenvolvida, não determinando o momento exato em que ela inicia.

A proteção penal da vida engloba a vida intra-uterina e a vida extra-uterina. O direito protege a vida desde a sua formação embrionária, resultante da união dos elementos genéticos; desde então até o início do parto, a sua eliminação configura o crime de aborto, uma vez que o ser evolutivo ainda não é uma criatura humana. Com o início do parto, a conduta tipificará o crime de homicídio.¹⁶

1.2. O VALOR DA VIDA HUMANA (Sacralidade *Versus* Qualidade)

A vida humana é bem sagrado e intangível – princípio da sacralidade da vida - de acordo com a tradição judaico-cristã. Em oposição, há o entendimento pelo qual a vida humana não é um valor absoluto, mas sim um bem digno de proteção enquanto mantenha um determinado nível de qualidade.

A tradição judaico-cristã (da sacralidade da vida) parte do princípio de que o direito à vida é um dom recebido diretamente de Deus e que os homens são apenas administradores dela. Como consequência, proíbe qualquer intervenção do homem sobre ela.

Este princípio compreende os seguintes pontos: a vida humana é preciosa, misteriosa, digna de respeito e proteção; o valor do ser humano não está determinado somente por interesses subjetivos ou utilitários; a vida humana não pode ser tirada sem uma justificativa adequada e a natureza humana não deve ser radicalmente modificada; o princípio da sacralidade da vida é essencial para a sociedade e o seu desprezo poderia por em perigo toda a humanidade.¹⁷ Este

¹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 2. p. 27-28.

¹⁷ ROMEO CASABONA, op. cit., p. 40. Da mesma forma MINAHIM, op. cit., p. 70.

princípio se vincula a uma concepção biológica da vida humana, como um processo vital ou fisiológico, sem levar em consideração possíveis deficiências físicas nem funções concretas ou capacidades especificamente humanas, é ele que geralmente serve de referência principal ou exclusiva ao Direito.¹⁸

No plano jurídico, a vida é considerada um direito básico cuja tutela é a própria razão de ser do direito, já que constitui condição essencial para a existência dos demais. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º assegura sua intangibilidade ao garantir o direito à vida. Este direito é comumente afirmado como um direito absoluto que compreende o direito do titular à própria vida e o dever do estado de protegê-la (dever geral de abstenção dirigida a todos, *erga omnes*, inclusive contra o próprio Estado) de atos contrários ao direito que possam lhe causar dano.¹⁹ A expressão "atos contrários ao direito" sugere a possibilidade de realização, no plano material, de condutas que atinjam a vida sem que a ordem jurídica as considere como violação à proteção que oferece.²⁰

O direito à vida não possui caráter absoluto, característica esta confirmada pela própria constituição, ao autorizar a pena de morte, em caráter excepcional (artigo 5º, XLVII, a) e pelo código penal, que admite o homicídio em estado de necessidade (artigo 24), em legítima defesa (artigo 25), ou a realização de determinadas formas de aborto (artigo 128, I e II).²¹

A intangibilidade da vida deve ser entendida de forma relativa já que há uma tolerância quanto certos ataques que ela sofre, seja por motivos de política criminal, seja em razão de incertezas de natureza científica e axiológica. Sendo assim, algumas ofensas que lhe são dirigidas nem sequer são criminalizadas, sendo exemplo tradicional o suicídio e, atualmente, o descarte de embriões, a redução embrionária e o aborto de anencéfalos. A própria legislação penal distingue espécies

¹⁸ ROMEO CASABONA, op. cit., p. 40-41.

¹⁹ MINAHIM, op. cit., p. 70.

²⁰ COSTA, A. M. Almeida, Abortamento provocado. In: ARCHER, Luis; OSSWALD, Walter. (Orgs). *Bioética*. Lisboa: São Paulo: Verbo, 1966. p.179. Quando a constituição de Portugal refere-se à inviolabilidade da vida, quis lhe dar um significado tendencial e sensibilizador, obrigando o legislador infraconstitucional a uma proteção intensificada da vida porque este é o direito prioritário da pessoa.

²¹ KAUFMANN, Arthur. *¿Relativización de la Protección Jurídica de la Vida?* In: Avances de la Medicina Y Derecho Penal. Publicaciones del Instituto de Criminología de Barcelona. Barcelona, 1988. p. 41 e ss.

de vida quando dispensa à vida independente uma tutela mais severa (homicídio) do que aquela dispensada à dependente (aborto).²² “Essas indulgências denotam uma relativização do direito à vida como direito absoluto, em favor de outros valores”.²³

Ao princípio da intangibilidade da vida tem-se contraposto o da liberdade de construí-la da maneira que mais pareça satisfatória ao indivíduo, de forma que, não suportando mais sua existência, a pessoa pode livremente decidir sobre seu fim.²⁴ A maior ofensa à santidade da vida reside na indiferença ou desprezo de enfrentar sua complexidade.²⁵

De acordo com o princípio da qualidade, a vida é um valor relativo e como tal só existe enquanto mantiver um certo nível de qualidade. O princípio da qualidade não pode ser entendido no sentido de que existam vidas humanas de diferente valor ou qualidade, pois se considera que todas as vidas são iguais. Este princípio defende uma noção pessoal de vida humana, baseada precisamente na capacidade de experiência e comunicação da pessoa, mas, não tem uma visão acrítica da vida como mera realidade físico-biológica.²⁶

Esta qualidade da vida é representada pela capacidade do indivíduo de realizar certos objetivos, relacionar-se com os demais seres humanos e de assumir seus próprios atos. No artigo 225, da Constituição Federal de 1988 há previsão de tutela da sadia qualidade de vida. “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para os presentes e futuras gerações”.

O bem ambiental é um bem de uso comum do povo, podendo ser desfrutado por toda e qualquer pessoa dentro dos limites constitucionais, é, ainda, um bem essencial à qualidade de vida. Bens essenciais à sadia qualidade de vida são todos

²² CARVALHO, Gisele Mendes de. *Aspectos Jurídicos-Penais da Eutanásia*. São Paulo: IBCCRIM, 2001b.p. 101.

²³ MINAHIM, op. cit., p. 71.

²⁴ Ibidem, p. 188.

²⁵ DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 367.

²⁶ ROMEO CASABONA, op. cit., p. 42.

aqueles bens fundamentais a garantia da dignidade da pessoa humana, ou seja, ter uma vida sadia é ter uma vida com dignidade.²⁷

"A preservação da natureza em todos os seus elementos essenciais à vida humana e a manutenção do equilíbrio ecológico, visa tutelar a qualidade do meio ambiente em função da qualidade de vida, como uma forma fundamental da pessoa humana."²⁸

A qualidade do ambiente em que vivemos influi diretamente na nossa qualidade de vida e as normas jurídicas visam a tutelar este direito fundamental do ser humano. Portanto, a qualidade do meio ambiente passa a ser um bem ou patrimônio que deve ser preservado e recuperado e conseqüentemente estes fatores implica na necessidade de existência de boas condições de trabalho, lazer, educação, saúde e segurança.

Os direitos humanos e o direito a um ambiente sadio estão interligados, pois ambos buscam preservar à vida, ou melhor, a qualidade de vida na Terra. São direitos que, onde houver a violação de um, haverá do outro, posto que, se violados, invadem um o campo do outro, constituindo um duplo desequilíbrio, tanto ambiental quanto humano.²⁹

Hodiernamente, deve buscar-se aproximar estes dois entendimentos: sacralidade e qualidade³⁰, tomando como referência básica a sacralidade da vida humana, para evitar uma paulatina degradação de sua proteção, mas considerando também que a qualidade de vida pode solucionar situações-limite nas quais uma concepção rigorosa de intangibilidade da vida humana mostra-se impotente. Esta

²⁷ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 2021-2041.

²⁸ SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 2. ed., 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 1997. p. 36.

²⁹ Norberto Bobbio, ao comentar sobre os direitos humanos, precisamente sobre o meio ambiente, aduz que "o mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído". (BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 4ª reimpressão. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 6.) A proteção ao meio ambiente é relevante, na medida que é importante preservar a natureza como meio da própria subsistência e existência da vida humana. Afinal, o meio ambiente é onde se expande a vida humana e o mínimo que o ser humano pode fazer, é preservá-lo.

³⁰ "Ambos enfoques não deveriam contrapor-se desta maneira. A valorização sobre a qualidade da vida deve fazer-se com absoluta reverência, como uma extensão do próprio respeito pela sacralidade da vida". (MCCORMICK, RA. *The quality of life, the sanctity of life*. Hastings Center Report 1978, 8:30-36-35.).

conciliação deve ser compatível com os princípios da autonomia e da dignidade da pessoa humana, que aparecem como critérios de aproximação.³¹

1.3. DIREITO À VIDA

O direito à vida nem sempre teve menção expressa por parte dos textos constitucionais. É oportuno registrar que os direitos humanos atravessaram primeiramente uma fase de metapositividade, de independência do direito vigente na comunidade organizada como estado, isto resultou nas declarações e textos internacionais sobre direitos humanos. O exemplo mais significativo é a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948. A intervenção da comunidade internacional, mesmo com severas limitações, foi necessária devido a consciência que aos poucos foi criada de que não se poderia renunciar à tutela daqueles direitos nem mesmo quando fossem autores de sua transgressão os próprios Estados. O impulso maior nesse sentido deu-se no que concerne ao direito à vida, como consequência da Segunda Guerra Mundial e das múltiplas violações perpetradas durante ela. A Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) iniciou esta missão, ao expor na Declaração de 1948, em seu artigo terceiro, que "todo homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança de sua pessoa".³²

A maioria dos pactos e convenções internacionais mencionam o direito à vida, com escassas diferenças de conteúdo. O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, aprovado pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 16 setembro de 1966, em seu artigo 6.1 assinala que "o direito à vida é inerente à pessoa humana. Esse direito estará protegido pela lei. Ninguém será privado da vida arbitrariamente". A convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica³³) editada pela Organização dos Estados Americanos (OEA), em 22 de novembro de 1969, prescreve que "toda pessoa tem direito a ter sua vida respeitada". "Ninguém poderá ser privado da vida arbitrariamente" (artigo 4.1). O

³¹ ROMEO CASABONA, op. cit., p. 41-42.

³² CARVALHO, 2001b, p. 96.

³³ O Pacto de São José da Costa Rica foi aprovado pelo Congresso Nacional em 26/05/92, por meio da edição do decreto legislativo número 27.

Convênio Europeu para a proteção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais, aprovado em 4 de novembro de 1950 pelo Conselho Da Europa estabelece que "o direito de toda pessoa à vida está protegido por lei. Ninguém poderá ser privado de sua vida intencionalmente, salvo em execução de uma condenação que imponha a pena capital ditada por tribunal ao réu de um delito para o qual a lei preveja essa pena (...). A morte não será considerada infligida com violação do presente artigo quando se produza como conseqüência de um recurso à força que seja absolutamente necessário: a) em defesa de uma pessoa contra uma agressão ilegítima; b) para deter alguém conforme o direito ou para impedir a evasão de um preso legalmente detido; c) para reprimir, de acordo com a lei, uma revolta ou insurreição" (artigo 2º). Esse Convênio é importante, pois ele conta com instrumentos de controle, inclusive jurisdicional, da observância aos direitos que proclama, entre estes se destacam a criação da Comissão Européia de Direitos Humanos e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, órgãos supranacionais e politicamente independentes a cujas decisões devem submeter-se os Estados que firmaram o documento.³⁴

A reação internacional aos abusos dos estados contra esses direitos, especialmente contra o direito à vida, teve reflexo na maioria das constituições modernas. No Brasil, resistiu-se por longa data a outorga de proteção constitucional explícita ao direito à vida, provavelmente porque não se considerava necessária sua menção expressa no mais alto nível normativo.

A constituição imperial de 1824 resguardava tão-somente "a inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade" (artigo 179). A constituição de 1891 não foi muito diferente, não divulgou expressamente à tutela do direito à vida, mas também resguardou aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país "a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade" (artigo 72). Contudo, não excluía outras garantias e direitos não enumerados, resultantes da forma de governo estabelecida e dos princípios nela consignados (artigo 78), com o que restava tutelada a vida humana, como base de todos os

³⁴ CARVALHO, 2001b, p. 97.

demais direitos. A constituição de 1934, ademais da inviolabilidade dos direitos "concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade" (artigo 113), cuidava também de garantir outros direitos não expressos no texto constitucional que resultavam do regime e dos princípios nele adotados (artigo 114). Na carta de 1937 o direito à vida continuou a não ser tutelado de modo explícito, em detrimento das garantias ao direito de liberdade, à segurança individual e à propriedade (artigo 122). A partir de 1946, a Lei Maior passou a assegurar, aos brasileiros e estrangeiros residentes no país "a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade" (artigo 141). O artigo 150 da constituição de 1967 elencou expressamente a vida como entre os direitos e garantias e individuais.³⁵

O reconhecimento do direito à vida pelas constituições tem, antes de tudo, um valor simbólico, porquanto é um direito inerente ao ser humano, que para existir não necessita seu reconhecimento expresso. Contudo, sua função não se esgota na função simbólica, "comporta ainda uma direta, efetiva e vinculante referência ao marco dentro do qual a vida humana deve ser protegida, gerando um autêntico dever jurídico para os destinatários da norma contida no referido preceito".³⁶

A atual Carta Magna do Brasil, ou seja, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, caput, assegura o direito à vida. O direito à vida é garantido pela norma constitucional do artigo 5º em cláusula pétreia. Por se tratar de uma cláusula pétreia, esta norma é intangível, pois ela não pode ser emendada através dos trâmites normais. O artigo 60, § 4º, da Constituição Federal outorga uma força paralisante total ao artigo 5º, ou seja, essas normas constitucionais com eficácia absoluta são intangíveis; contra elas nem mesmo há o poder de emendar. Daí conterem uma força paralisante total de toda a legislação que, explícita ou implicitamente, vier a contrariá-las. Desse modo, o artigo 5º tem eficácia positiva e negativa. Sua eficácia positiva deriva da sua incidência imediata e por ser uma norma intangível. Já a eficácia negativa é caracterizada no momento em que o artigo 5º veda qualquer Lei que lhe seja contrastante, não podendo ser emendada pelo poder constituinte derivado, exceto por meio de revolução ou de ato de novo poder

³⁵ CARVALHO, 2001b, p. 98.

³⁶ ROMEO CASABONA, op. cit., p. 66.

constituente originário, criando e instaurando uma nova ordem jurídica.³⁷ Todavia, Sarlet pressupõe que existam limites aos direitos fundamentais e menciona que: “Inexiste direito absoluto, no sentido de uma total imunidade a qualquer espécie de restrição”.³⁸

A Constituição Federal garante a todos o direito à vida, não fazendo qualquer menção expressa à proteção da vida humana desde a concepção. A previsão constitucional do direito à vida como um direito fundamental impõe deveres ao Estado e aos particulares. Resulta na obrigação concernente as demais pessoas de respeitá-lo, traduzido no dever de não realizar condutas comissivas ou omissivas, dolosas ou culposas, que impliquem a sua destruição. Por outro lado, ao Estado competem deveres muito importantes na consecução do exercício efetivo do direito à vida, com o escopo de que não seja vulnerado. A preocupação com a tutela dos direitos individuais fundamentais é utilizada como forma de corrigir o desequilíbrio existente entre Estado e indivíduo, entre a onipotente intervenção estatal e a debilidade do particular em defender-se eficazmente da mesma. Competem aos poderes públicos, através de suas instituições, os deveres de respeito e de tutela do direito à vida. Nos casos em que admita alguma exceção a esse direito, como na legítima defesa, aborto, eutanásia, suicídio, pena de morte, cabe a ele zelar para que as atuações ocorram nos estreitos limites do que foi autorizado pela lei.³⁹

³⁷ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 23.

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 116.

³⁹ CARVALHO, 2001b, p. 99-100. Três deveres principais são impostos ao estado no que tange à observância do direito à vida. 1: o dever de respeito à vida humana como valor objetivo de todos e de cada um dos cidadãos, sem admitir discriminação; 2: o dever positivo de proteção à vida humana como objeto do direito à vida humana. Para tanto deve se valer de meios jurídicos e não jurídicos adequados, vez que o indivíduo por si só não poderia lograr essa proteção em diversas circunstâncias; 3: o exercício exclusivo do *jus puniendi*, como poder de punir os culpados pelos atentados contra a vida humana, uma consequência do próprio dever de proteção. O mecanismo de que dispõe o Estado para punir as agressões a vida humana é a pena, sanção mais gravosa contemplada no ordenamento jurídico e um dos instrumentos mais eficazes para lograr a tutela de direitos e bens. As penas previstas para as agressões contra a vida humana costumam guardar correspondência com a gravidade do atentado e com a reprovabilidade que resulta ao seu autor, razão pela qual adota-se preferencialmente a privação da liberdade de maior ou menor duração, ainda que não reste excluída, em algumas hipóteses, a possibilidade de aplicação de sanções mais leves, como nos casos de homicídio culposo (ROMEO CASABONA, op. cit., p. 29 e ss.)

O Código Civil brasileiro (Lei 10.406, de 2002) dispõe no artigo 2º que a personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida.⁴⁰ O nascituro tem apenas seus direitos resguardados, desde a concepção.⁴¹ Mesmo não tendo personalidade, o nascituro é equiparado a pessoa no seu interesse jurídico.⁴²

O produto da concepção é um ser humano em formação e por isso, tem a proteção legal desde o momento em que é gerado.⁴³ Não há distinção no Código Penal brasileiro entre óvulo fecundado, embrião ou feto, por esse motivo a proteção da lei tem início desde o momento da fusão das células germinais, não importando que o produto da concepção seja viável ou não.⁴⁴

Juridicamente, a formação da pessoa se dá com o nascimento com vida, antes disso, o que se tem é apenas uma expectativa de direito.⁴⁵ Cabe frisar que por constituir-se num Estado Democrático de Direito, cujo caráter laico constitui um de seus principais pilares, as políticas públicas e decisões devem ser laicas, ou seja, independentes frente às instituições eclesásticas, visando sempre a resguardar os direitos e garantias fundamentais. Desse modo, o Estado deve assegurar a cada

⁴⁰ A noção de ser humano é distinta da de pessoa, esta é essencialmente filosófica e está vinculada à idéia de ser humano capaz de consciência de si mesmo e do mundo onde se insere. Ser pessoa consiste num processo contínuo e infinito de realização de si, na criação de si próprio. Um embrião, indivíduo biológico, é uma entidade ontológica que resulta da individualização embrionária, enquanto a pessoa é um a ser moral, capaz de vida relacional. (NEVES, Maria do Céu Patrão. O começo da vida humana. In: ARCHER, Luis; BISCAIA, Jorge; OSSWALD, Walter. (Coord.). *Bioética*. Lisboa: São Paulo: Ed. Verbo, 1996. p. 176. Da mesma forma: MINAHIM, op. cit., p. 90. A personalização do embrião surge como requisito para que ele seja considerado apto, no mundo ético e no jurídico, como ser capaz de usufruir o mesmo respeito devido ao humano nascido.) A personalização é vista pelos filósofos contemporâneos a partir de uma ênfase na vida moral. Com os antigos existia uma ênfase nos elementos religiosos. Admitiam os teólogos cristãos que era pela inclusão da alma que se dava a natureza humana do indivíduo. O corpo, por si só não bastava para a constituição da pessoa, sendo necessária à associação de um princípio extrínseco para que isto ocorresse. Por outro lado, pode-se decidir que basta que o ser humano exiba sua existência como individualidade para merecer o respeito devido à pessoa. Dessa forma, embrião, feto, anencefálicos, dementes, todos integram a espécie humana e titularizam os direitos que desdobram ou consolidam o princípio da dignidade, devendo-se respeitar a forma de vida de que são portadores. (MINAHIM, op. cit., p. 92.)

⁴¹ MINAHIM, op. cit., p. 92.

⁴² GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. p. 163. A vida humana em germe, uma *spes personae*, merece da ordem jurídica o mesmo respeito dispensado ao homem (pessoa). Da mesma forma: NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. v. 2. p. 51.

⁴³ BITENCOURT, op. cit., p. 158-159.

⁴⁴ SILVEIRA, Euclides Custódio da. *Direito Penal - crimes contra a pessoa*. 2. ed. São Paulo: RT, 1973. p. 108.

⁴⁵ CHAVES, Antônio. *Tratado de direito civil – parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. v. 1. t. 1. p. 435.

indivíduo ou cidadão a liberdade, o que importa, em última análise, no direito a não ser submetido a decisões embasadas em princípios religiosos, filosóficos ou ideológicos de qualquer espécie.⁴⁶

1.3.1. Vida Humana: Bem Jurídico-Penal

Constitui escopo primordial do Direito Penal a proteção de bens jurídicos⁴⁷, bens essenciais tutelados em razão de sua importância para a manutenção da convivência social, sendo assim, não há delito sem que haja lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico determinado.⁴⁸ O conceito material de bem jurídico exsurge da experiência social, na qual recaem juízos de valor do constituinte e do legislador ordinário, devendo sempre levar em conta as diretrizes contidas na Constituição e os valores nela consagrados, em razão do caráter limitativo da sua tutela penal.⁴⁹

O bem jurídico pode ser conceituado como um ente (dado ou valor social) material ou imaterial haurido do contexto social. Ele pode ter titularidade individual ou metaindividual e é reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem. Além disso, deve estar sempre em sintonia com o quadro axiológico contido na Constituição e com o princípio do estado democrático e social de Direito.⁵⁰

⁴⁶ No mesmo sentido, Ribeiro afirma que “num Estado Democrático de Direito, respeitador e guardião das liberdades e dos direitos fundamentais, e institucionalmente separado de qualquer igreja, todos são, ou têm o dever de serem laicos. Laicos no sentido de preservar a separação entre o que é valor pessoal e o efetivo exercício do Direito, em relação ao direito do outro. (RIBEIRO, Diáulas Costa. Interrupção voluntária da gravidez com antecipação de parto de feto inviável. *Revista do Ministério Público Federal e Territórios*. Brasília, n. 3, jan./jun. 2000, p.86.)

⁴⁷ O pensamento jurídico moderno reconhece que a finalidade primordial do Direito Penal reside na proteção de bens jurídicos (essenciais ao indivíduo e à comunidade). Dessa forma, a tutela penal só é legítima quando socialmente necessária, imprescindível para assegurar as condições de vida, o desenvolvimento e a paz social, tendo em conta os ditames superiores da dignidade e da liberdade da pessoa humana. (PRADO, Luiz Regis. *Elementos de Direito Penal*. v. 1, Parte Geral, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 28.)

⁴⁸ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 3. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 59-60

⁴⁹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*, Parte Geral. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 83.

⁵⁰ PRADO, 2005, p. 65.

Do ponto de vista da titularidade, os bens jurídicos podem ser individuais ou metaindividuais. Dos bens jurídicos individuais é titular o indivíduo, o particular que o controla e dele dispõe, conforme sua vontade. Têm caráter estritamente pessoal. Já os bens jurídicos metaindividuais são característicos de uma titularidade de caráter não pessoal, de massa ou universal (coletiva ou difusa); estão para além do indivíduo, pois afetam um grupo de pessoas ou toda a coletividade. Os bens metaindividuais supõem um raio ou âmbito de proteção que transcende, ultrapassa a esfera individual, sem deixar, todavia, de envolver a pessoa como membro indistinto de uma comunidade.⁵¹

O bem jurídico vida humana, erigido à categoria de direito fundamental pela Constituição Federal, constitui suporte indispensável para o exercício de todos demais direitos, o que explica a especial proteção que lhe é outorgado pela lei penal. Dessa forma, pode-se afirmar que o bem jurídico vida humana é um bem jurídico-penal.⁵²

O bem jurídico-penal é “todo valor digno de tutela penal”. Apesar do meio sociocultural ser a sua fonte inspiradora, estes valores, para se converterem em legítimos bens jurídico-penais, além da sua eventual justiça ou bondade, devem possuir uma relação de “analogia material” com a Constituição. Esta exigência é compreendida no marco de uma teoria constitucional eclética do bem jurídico que mistura as concepções constitucionais amplas e estritas, colocando-as em posição de complementariedade.⁵³

Apesar de existir grande controvérsia sobre o conceito de bem jurídico vida, não se deve negar o fato de que se trata de bens ou valores considerados

⁵¹ Os bens jurídicos metaindividuais se classificam em: bens jurídicos institucionais (públicos ou estatais), nos quais a tutela supra-individual aparece intermediada por uma pessoa jurídica de Direito público (como a administração pública, a administração da justiça); bens jurídicos coletivos, que afetam um número mais ou menos determinável de pessoas (como a saúde pública, a relação de consumo); e bens jurídicos difusos, que têm caráter plural e indeterminado e dizem respeito à coletividade como um todo. (por exemplo, o ambiente). (PRADO, 2005, p. 67.)

⁵² “É de notar que nem todo bem jurídico requer proteção penal. Isto é, nem todo bem jurídico há de ser convertido em um bem jurídico-penal”. (Idem, 2003, p. 89.)

⁵³ SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Bem Jurídico Penal e Engenharia Genética Humana: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 380.

imprescindíveis para a existência comum e por isso, são merecedores da mais intensa tutela jurídica, ou seja, são merecedores da proteção penal.⁵⁴

A idéia de que o bem jurídico deve consistir em uma noção palpável ou substancialmente identificável decorre da necessidade de dotar o direito penal de mais garantias, evitando-se a tipificação de condutas baseadas em mera desobediência ao comando da norma. Isto não significa desconhecer que nem todo bem jurídico tem um suporte corpóreo ou material que possa ser equiparado ao objeto da ação do fato.⁵⁵ De qualquer forma, ele não pode ser confundido com a *ratio legis* e deve ter um sentido social prévio a própria norma, evitando-se formulações cada vez mais fluidas e abstratas como recurso para burlar o princípio da efetiva proteção e dar a impressão de um Estado que se faz presente, mesmo quando esta presença dependa de um programa político consistente e não de normas meramente apaziguadoras.⁵⁶

A doutrina penal brasileira diverge com relação ao momento em que se inicia a proteção jurídico-penal do nascituro. A corrente majoritária entre os penalistas manifesta-se no sentido de haver vida humana tutelável pelo direito penal, a partir da concepção.⁵⁷ Entretanto, segundo entendimento diverso, a vida começa com o início do parto, com o rompimento do saco amniótico. Assim, a destruição da vida biológica do feto, no início do parto, já constitui o crime de homicídio.⁵⁸

A proteção penal demonstra que existe graduação na valoração do bem jurídico vida, pois amplia-se a partir do nascimento, quando o delito de aborto cede lugar ao homicídio. Em que pesem essas distintas valorações, há em todos os casos identidade de bem jurídico, já que a todo o momento tutela-se a vida humana. Ocorre diferenciação, porém, no que tange ao objeto material do delito, no elemento

⁵⁴ MINAHIM, op. cit., p. 56.

⁵⁵ PRADO, 2003, p. 54.

⁵⁶ COELHO, Yuri Carneiro. *Bem jurídico-penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

⁵⁷ HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 5. Comungam este entendimento os penalistas Aníbal Bruno, Euclides Custódio da Silveira, Cezar Roberto Bitencourt, José Henrique Pierangeli, Paulo José da Costa Junior e Álvaro Mayrink da Costa.

⁵⁸ BITENCOURT, op. cit., p. 31. Não se distingue mais entre vida biológica e vida autônoma ou extra-uterina. Além disso, é indiferente a existência de capacidade de vida autônoma, sendo suficiente a presença de vida biológica, que pode ser representada pela existência do mínimo de atividades funcionais de que o feto dispõe antes de vir à luz, entre estas, a mais evidente é a circulação sanguínea. (HUNGRIA, op. cit., p. 258.)

sobre o qual recai a conduta incriminada, que representa a materialização do bem jurídico vida em cada um dos tipos penais.⁵⁹

A lei estabelece distinção entre a vida humana dependente e a independente, ao sancionar com maior rigor o homicídio em relação ao aborto. Todavia, o reconhecimento do direito à vida como bem jurídico digno de tutela penal independe de valorações sociais, uma vez que essa proteção deve existir sempre que presentes os pressupostos bio-psicológicos, sem haver qualquer consideração a respeito da perfeição física ou da viabilidade do ser humano, o que não supõe que as condições valorativas devam ser desprezadas. Do mesmo modo como um critério estritamente naturalístico não basta para determinar o conteúdo do bem jurídico vida, igualmente uma concepção valorativa desse direito não pode prescindir da realidade naturalística, que deve constituir o limite para sua valoração.⁶⁰ Uma concepção estritamente naturalista não seria compatível com a descriminalização de determinadas formas de aborto ou com a legalização de qualquer espécie de eutanásia, tampouco seria compatível com a morte em legítima defesa ou em estado de necessidade.⁶¹

Atualmente os bens jurídicos para os quais se reclama proteção do direito penal têm natureza diferenciada daqueles que na época do iluminismo integravam o núcleo de suas preocupações. A própria natureza do bem (difuso, supra-individual) e a forma de dar-lhe proteção eficaz constituem o cerne de toda a polêmica em torno do papel da intervenção do direito penal na chamada sociedade de risco.⁶²

Na sociedade de risco as ameaças não são mais aquelas causadas pelas catástrofes ou acidentes naturais, pois estas estão quase controladas pelos homens.

⁵⁹ Tanto quanto o conceito de objeto da ação pertence a consideração naturalista da realidade, o de bem jurídico, ao contrário, corresponde a consideração o valorativa sintética. Com a constatação do objeto material de um delito não se opera, ainda, com efeito, nenhuma valoração relativa ao caráter injusto ou adequado ao direito de uma ação típica, apenas se determina o plano objetivo no qual material, corpórea e faticamente alcança realidade externa tangível a manifestação voluntária do autor descrita na norma penal (POLAINO NAVARRETE Apud CARVALHO, 2001b, p. 102- 103.)

⁶⁰ Independente do fato de que outros ramos do direito possam acentuar o aspecto exclusivamente naturalístico da vida humana, é certo que o direito penal deve partir da idéia de que esse bem jurídico vai ser determinado a partir de critérios normativos, e não pode prescindir das concepções sociais. (CARVALHO, 2001b, p. 102.)

⁶¹ Ibidem, p. 102-103.

⁶² MINAHIM, op. cit., p. 49.

Na contemporaneidade, as novas ameaças são as decisões tomadas pelos homens no manejo das novas tecnologias que podem gerar desastres e lesões disseminadas em massa.⁶³

A tecnologia avançada da sociedade de risco expandiu as possibilidades de lesão ou perigo de lesão, sendo assim, dificilmente, serão atingidos, apenas, bem jurídicos individuais. Ao contrário, devido suas proporções, as ações tendem a causar lesões disseminadas em massa, exigindo a defesa de bens jurídicos coletivos e supra-individuais.⁶⁴

Embora o bem jurídico vida humana constitua a essência do indivíduo enquanto ser vivo, a sua proteção na esfera jurídica interessa não apenas ao indivíduo mas também ao Estado (art. 5º, *caput*, da CF). O respeito à vida humana é um imperativo constitucional, que, com o objetivo de ser preservado com eficácia, recebe, além disso, a proteção penal. A sua importância, como base de todos os direitos fundamentais da pessoa humana, vai ao ponto de impedir que o Estado possa suprimi-la. Conforme a Constituição Federal, não haverá pena de morte, “salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX” (art. 5º, inciso XLVII, letra a).⁶⁵

É desejável que a norma possa guardar conformidade com o conceito cognitivo, impedindo a formulação de conceitos totalmente virtuais e aumentando as possibilidades de sua efetividade e segurança. “Quanto menores os atritos entre o conceito e o objeto a que ele se refere, maiores são as possibilidades de que o resultado do trabalho dogmático signifique um acerto”.⁶⁶ O direito deve se mostrar apto a receber todas as luzes oriundas dos outros campos e ciências para os quais deve-se abrir e, na medida do possível, todos devem estar preparados para trabalhar com abertura, a fim de que se opere interdisciplinarmente e, se for o caso, transdisciplinarmente.⁶⁷

⁶³ MINAHIM, op. cit., p. 50.

⁶⁴ Ibidem, p. 52.

⁶⁵ BITENCOURT, op. cit., p. 29.

⁶⁶ GRECO, Luis. Introdução à dogmática funcionalista do delito. *Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, n. 32, 2000. p. 138.

⁶⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Crime continuado e unidade processual. *Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva*. São Paulo: Método, 2001. p.196.

O impacto gerado pela biotecnologia no direito criminal exige reflexões criteriosas para que não se deixe de atender a demanda social de tutela, identificando-se os bens jurídicos que se deseja proteger, nem se exacerbe essa proteção de forma a tentar obstar o desenvolvimento da ciência ou impedir o curso da trajetória da humanidade. A intervenção do direito no campo da biotecnologia deve ocorrer de forma a preservar a liberdade científica e, ao mesmo tempo, proteger o ser humano dos excessos possíveis nessa área.⁶⁸

1.3.2. Vida Humana e Dignidade Humana

“Os limites de caráter ético que devem orientar o uso adequado ou correto (bom uso) da ciência e, particularmente, das ciências biomédicas e da genética molecular estão diretamente relacionados com os direitos humanos. Os direitos humanos, por sua vez, têm um denominador comum: a dignidade humana. A dignidade humana é um elemento nuclear da ética e do direito”.⁶⁹ Sendo assim, em uma pesquisa sobre a morte, é imprescindível falar de ética, de dignidade humana e de direitos humanos.

As regras, em sentido estrito, têm perdido seu papel soberano no âmbito do Direito, dando força normativa aos princípios – que se vinculam com a noção de direitos humanos.⁷⁰

⁶⁸ MINAHIM, op. cit., p. 57.

⁶⁹ CLOTET, Joaquim. Ciência e ética: onde estão os limites? *Episteme*, Porto Alegre, ILEA/UFRGS, n. 10, 2000. p. 26. Kant menciona que “todas as coisas que podem ser comparadas, podem ser trocadas e têm um preço. Aquelas que não podem ser comparadas, não podem ser trocadas, não têm preço mas dignidade: o homem”. Cf. KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Rio de Janeiro: Ediouro, sd: 70-1,79.

⁷⁰ Ferrajoli concebe os direitos humanos como um tipo de direitos fundamentais: aqueles direitos primários ou essenciais das pessoas que se referem indistintamente a todos os seres humanos enquanto pessoas. (FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001. p. 22).

Os direitos humanos podem ser entendidos como normas ético-jurídicas que devem orientar os limites da intervenção da ciência e tecnologia na vida humana e no meio ambiente.⁷¹

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, foi um ponto de partida para a positivação dos direitos humanos nas constituições federais de diversos países.⁷²

A dignidade da pessoa humana está prevista na Constituição Federal do Brasil, no artigo 1º, em seu inciso III⁷³, constituindo-se em fundamento da República Federativa do Brasil. O princípio da dignidade da pessoa humana constitui uma norma jurídico-positivada dotada de *status* constitucional formal e material e, como tal, carregado de eficácia. Os direitos humanos positivados nas Constituições dão ao ordenamento jurídico uma noção de mínimo ético irrenunciável.⁷⁴ Cabe ao âmbito jurídico contribuir de maneira a investigar, casuisticamente, o entendimento do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.⁷⁵ O respeito à dignidade humana leva consigo a idéia de legitimação democrática e significa seu reconhecimento como princípio material de justiça, prévio e imanente ao Direito Positivo, o que impede seja considerado apenas mais um interesse dentre vários passíveis de ponderação nas hipóteses de conflito.⁷⁶

“A dignidade da pessoa humana assume posição de destaque, servindo como diretriz material para a identificação de direitos implícitos”.⁷⁷ Na Constituição Federal ficou expresso no artigo 5º, §2º a existência de direitos não-escritos decorrentes do regime democrático e dos princípios constitucionais.⁷⁸

⁷¹ PITHAN, Livia Haygert. *A dignidade humana como fundamento jurídico das “ordens de não-ressuscitação”*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004. p. 61.

⁷² *Ibidem*, p.62.

⁷³ “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do distrito federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana”.

⁷⁴ SARLET, op. cit., p. 72.

⁷⁵ PITHAN, op. cit., p. 65.

⁷⁶ ROMEO CASABONA, op. cit., p. 44.

⁷⁷ SARLET, op. cit., p. 97.

⁷⁸ PITHAN, op. cit., p. 81.

Uma verdadeira concepção da dignidade indica uma liberdade individual isenta de coerção externa, a favor de um regime jurídico que garanta, inclusive, a possibilidade de escolha pessoal sobre a própria morte. Um Estado verdadeiramente democrático não pode impor noções de moralidade pública aos seus cidadãos, sendo assim, deve se abster sobre decisões pessoais acerca de temas como o início e fim da vida.⁷⁹

A dignidade da pessoa humana é o núcleo essencial dos direitos fundamentais, sua fonte jurídico-positiva.⁸⁰ Contudo, existem limites aos direitos fundamentais e segundo Sarlet “inexiste direito absoluto, no sentido de uma total imunidade a qualquer espécie de restrição”⁸¹, pois mesmo a vida pode ser sacrificada dentro dos limites da legalidade, como no caso de guerra e de legítima defesa, por exemplo.⁸²

Na atual conjuntura, é de suma relevância que o legislador, o aplicador do Direito e o jurista reflitam sobre esses tormentosos problemas, ante seu conteúdo altamente axiológico, sem olvidarem que dignidade da pessoa humana é o valor fonte legitimador de todo o ordenamento jurídico.⁸³

A dignidade da pessoa humana é a célula mãe de todos os demais valores, assegurando o direito à vida, e não o dever à vida a qualquer custo e condição, mesmo porque, nas sendas do quanto preconizado pela Constituição Federal, é direito fundamental da pessoa não ser submetida a tratamento desumano ou degradante (artigo 5º, III), como sói possível ocorrer em um sem-número de circunstâncias de enfermidade incurável e dolorosa, em que a pessoa é submetida a um tratamento fútil e desnecessário, sob o empenho cruel de bandeira erguida em defesa ao direito à vida, fazendo recrudescer a vulneração teratológica à sua dignidade, além de tolher o exercício de uma liberdade individual legalmente garantida.⁸⁴

⁷⁹ DWORKIN, op. cit., p. 313.

⁸⁰ FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos*. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Fabris, 1996. p. 54.

⁸¹ SARLET, op. cit., p. 116.

⁸² ADONI, André Luis. Bioética e Biodireito: aspectos gerais sobre a eutanásia e o direito a uma morte digna. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 818, dez. 2003. p. 411.

⁸³ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das letras, 1988. p 19-20.

⁸⁴ ADONI, op. cit., p. 411.

1.4. DEONTOLOGIA MÉDICA E A BIOÉTICA DA VIDA HUMANA

A sociedade pós-industrial é minada por um anseio pela novidade e pela superação do antigo. O ser humano, mesmo suportando alguns ônus decorrentes do rápido ajustamento aos novos processos que as descobertas demandam, as tem absorvido com relativa facilidade e entusiasmo.⁸⁵

Contudo, as pessoas vivem um sentimento de insegurança em face de ameaças provenientes da própria ciência e de ações vinculadas ao manejo das novas tecnologias. Esse novo cenário exige constantes adaptações sociais e posicionamentos compatíveis com as mudanças possibilitados pela ciência, no intuito de recepcioná-las ou repudiá-las. As inovações geram um custo psíquico uma vez que abalam conceitos tradicionais e põem em questão valores estabelecidos sobre a espécie humana. Essas mudanças demandam uma compreensão desse novo mundo, embasada em novo padrão de entendimento e nova disciplina dos fatos.⁸⁶

Em uma época na qual a instabilidade impera os significados são constantemente restabelecidos e a possibilidade de existência de uma moldura axiológica rígida suficiente para orientar uniformemente as ações parece difícil. A flexibilidade e o respeito à diversidade firmam-se como qualidades fundamentais para a vida do homem pós-moderno. O medo de destruição da espécie gera uma série de reflexões sobre as dimensões morais das técnicas resultante do desenvolvimento e enfatiza o compromisso do direito com a concretização de uma ética voltada para a preservação da dignidade humana. Nesse contexto, faz-se necessário uma nova discussão sobre os limites da técnica e a função da ética, o que repercute sobre o Direito, pressionando-o a consolidar as reflexões da Bioética e a dar novos sentidos aos conceitos atingidos pelas descobertas técnico-científicas.⁸⁷

⁸⁵ MINAHIM, op. cit., p. 23.

⁸⁶ Ibidem, p. 24.

⁸⁷ "O temor de uma tecnologia que desumanize e crie homúnculos é uma reação natural que permite ao homem defender-se dos imprevistos, que são próprios do desconhecido, região, aliás, onde se visualiza a morte". (MINAHIM, op. cit., p. 25-29.)

A ética é, de certa forma, o cimento que fará com que diversos elementos de um conjunto dado formem um todo. Ética não como uma teorização, um a *priori*, mas como um *locus* que serve às emoções e aos sentimentos coletivos. Aquilo que faz com que uns se ajustem aos outros, flexível e corriqueira.⁸⁸

A ética na Medicina teve sua primeira notoriedade com o Juramento Hipocrático, o qual trazia orientações para a atuação médica, que deveria ser permeada pelos princípios do bem-estar do paciente e a admoestação de não lhe causar danos. Uma nova fase da Ética Médica surgiu com as experimentações realizadas no regime nazista da Alemanha e a subsequente condenação de médicos considerados culpados de conduta contrária aos valores do humanitarismo pelo Tribunal de Nuremberg (1947).⁸⁹:

Por sua vez, a Deontologia Médica é o conjunto de regras de natureza ética que, com caráter de permanência e a necessária adequação histórica na sua formulação, o Médico deve observar e em que se deve inspirar no exercício da sua atividade profissional.⁹⁰

Várias declarações surgiram ao longo dos tempos, com o objetivo de uniformizar o entendimento mundial dos médicos e, também, da sociedade em geral acerca da ética aplicada à eutanásia, ortotanásia e distanásia. Dentre eles, cita-se alguns.

O Juramento de Hipócrates: “Jamais darei a alguém medicamento mortal, por muito que me solicitem”. O médico fundamenta suas ações baseado na sua tradição e no seu Código de Ética, principalmente nos ditames que lhe vedam “utilizar, em qualquer caso, meios destinados a abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido

⁸⁸ MAFFESOLI, Michel. *O Tempo das Tribos: o declínio do individualismo nas sociedades de massa*. 2 ed. Tradução de Maria de Lourdes Menezes. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

⁸⁹ O Tribunal de Nuremberg reinstaurou o princípio enunciado por Benjamin Cardozo, em 1914: “Every human being of adult years and sound mind has the right to determine what shall be done with his own body”. (Todo ser humano adulto e de mente sã tem o direito de determinar o que deverá ser feito com o seu próprio corpo. Tradução minha.). GOLDIM, José Roberto. *Por que lembrar o tribunal de Nuremberg?* Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/nuretrib.htm>>. Acesso em: 01 de jan. 2007b. Do mesmo modo: AZEVEDO, Marco Antônio Oliveira de. *Bioética Fundamental*. Porto alegre: Tomo Editorial, 2002. p. 71-72.

⁹⁰ Segundo o Código Deontológico, art. 1º. *Código Deontológico*. Disponível em: <<http://www.ordemdosmedicos.pt/index.php#1>>. Acesso em: 01 de jan. 2007.

deste ou do seu representante legal”, tem como princípio à idéia de que deve empregar o melhor do seu esforço e da sua ciência, no sentido de promover a vida humana e jamais utilizar seus recursos para promover a morte.⁹¹

A Declaração de Genebra (Adotada pela Assembléia Geral da Associação Médica Mundial. Genebra - Suíça, Setembro de 1948 e revista em 1994 pela Assembléia Geral da Associação Médica Mundial).⁹² Na hora de ser admitido como um membro na profissão médica:

No momento de me tornar um profissional médico: Prometo solenemente dedicar a minha vida a serviço da Humanidade. Darei aos meus Mestres o respeito e o reconhecimento que lhes são devidos. Exercerei a minha arte com consciência e dignidade. A saúde do meu paciente será minha primeira preocupação. Mesmo após a morte do paciente, respeitarei os segredos que a mim foram confiados. Mantereí, por todos os meios ao meu alcance, a honra da profissão médica. Os meus colegas médicos serão meus irmãos. Não deixarei de exercer meu dever de tratar o paciente em função de idade, doença, deficiência, crença religiosa, origem étnica, sexo, nacionalidade, filiação político partidária, raça, orientação sexual, condições sociais ou econômicas. Terei respeito absoluto pela vida humana e jamais farei uso dos meus conhecimentos médicos contra as leis da Humanidade. Faço essas promessas solenemente, livremente e sob a minha honra.

O Código Internacional de Ética Médica⁹³ (Adotado pela 3ª. Assembléia Geral da Associação Médica Mundial. Londres - Inglaterra. Outubro de 1949).

DEVERES DO MÉDICO PARA COM O DOENTE:

O médico deve ter sempre presente o cuidado de preservar a vida humana. O médico deve a seu paciente completa lealdade e empregar em seu favor todos os recursos da ciência.

Quando um exame ou tratamento estiver além de sua capacidade, deverá ele convidar outro médico que tenha a necessária habilidade para realizá-lo.

O médico deverá manter segredo absoluto sobre tudo o que sabe de um paciente, dada a confiança que nele depositou.

O médico deve prestar cuidados de emergência como um dever humanitário, a menos que esteja certo de que haja outras pessoas a prestar tais cuidados.

⁹¹ PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. Bioética do princípalismo à busca de uma perspectiva latino-americana. In: COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (Orgs.). *Iniciação à Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 91-98. p. 483-484.

⁹² CREMESP. *Juramento Médico*. Disponível em: <<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=PublicacoesConteudo&id=6>>. Acesso em: 01 de jan. 2007.

⁹³ *DECLARAÇÃO DE VENEZA*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/codetica/medica/28veneza.html>>. Acesso em: 01 de jan. 2007.

A Declaração de Veneza (Adotada pela Associação Médica Mundial em 1983)⁹⁴

1- O dever do médico é curar, quando for possível, aliviar o sofrimento e atuar para proteger os interesses do seu paciente.

2- Não fará exceção alguma a este princípio ainda que seja caso de doente incurável ou malformação.

3- Este princípio não exclui a aplicação das regras seguintes:

3.1- O médico pode aliviar o sofrimento de um paciente com enfermidade terminal interrompendo o tratamento curativo com o consentimento do paciente ou de sua família imediata em caso de não poder expressar sua própria vontade.

A interrupção do tratamento não desobriga o médico de sua função de assistir o moribundo e dar-lhe os medicamentos necessários para mitigar a fase final de sua doença.

3.2- O médico deve evitar empregar qualquer meio extraordinário que não traga benefícios para o paciente.

3.3- O médico pode, quando não se possa reverter no paciente o processo final de cessação das funções vitais, aplicar tratamentos artificiais que permitam manter ativos os órgãos para transplantes, desde que proceda com as leis do país, ou em virtude do consentimento formal outorgado pela pessoa responsável e sob a condição de que a verificação do óbito ou da irreversibilidade da atividade vital tenha sido feita por médicos estranhos ao transplante e ao tratamento do receptor.

Estes meios artificiais não serão pagos pelo doador ou sua família. Os médicos do doador devem ser totalmente independentes dos médicos que tratam do receptor e do receptor propriamente.

O Código Brasileiro de Ética Médica⁹⁵ (Aprovado pela Resolução CFM nº. 1.246/88)

Art. 6º. - O médico deve guardar absoluto respeito pela vida humana, atuando sempre em benefício do paciente. Jamais utilizará seus conhecimentos para gerar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativa contra a dignidade e integridade.

É vedado ao médico:

Art. 66- Utilizar, em qualquer caso, meios destinados a abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu responsável legal.

O atual Código busca garantir a total autonomia, resguardando o médico que não deve ter outro interesse a não ser a sobrevivência de seu paciente. Logo, em seu artigo 72, veda ao médico: “participar do processo diagnóstico da morte ou da

⁹⁴ WORLD PSYCHIATRIC ASSOCIATION. Physicians, patients, society: human rights and professional responsibilities of physicians. Amsterdam: WPA, 1996. p. 21.

⁹⁵ DIÁRIO Oficial da União, 26 de janeiro de 1988, p. 1574 - Seção I.

decisão de suspensão dos meios artificiais de prolongamento da vida do possível doador, quando pertence à equipe de transplante”.

Diante da nova conjuntura, a Bioética⁹⁶ surge como fruto da evolução do saber, da moral dos povos e de concepções geradas pelas atuais realidades da Medicina, da Biologia, da Sociologia e da Filosofia. A relação da Bioética com o Direito surge da necessidade do jurista obter instrumentos eficientes para propor soluções aos problemas que a sociedade tecnológica cria. A palavra Bioética significa ética da vida, tendo como principal característica o fato de ser uma ciência interdisciplinar; ou seja, de abordar a partir de diferentes pontos de vista os problemas ligados à evolução das ciências médicas.

“A bioética é o estudo interdisciplinar do conjunto das condições exigidas por uma administração responsável da vida humana (ou da pessoa humana), tendo em vista os progressos rápidos e complexos do saber e das tecnologias biomédicas”.⁹⁷ Bioética é "o estudo sistemático da conduta humana na área das ciências da vida e dos cuidados da saúde, na medida em que esta conduta é examinada à luz dos valores e princípios morais".⁹⁸

A Bioética ocupa-se, principalmente, dos problemas éticos referentes ao início e fim da vida humana, dos novos métodos de fecundação, da seleção de sexo, da engenharia genética, da maternidade substitutiva, das pesquisas em seres humanos, do transplante de órgãos, dos pacientes terminais, das formas de eutanásia, entre outros temas atuais. Convém salientar que a Bioética não possui novos princípios éticos fundamentais. Trata-se da ética já conhecida estudada ao longo da história da filosofia, mas aplicada a uma série de situações novas, causadas pelo progresso das ciências biomédicas.⁹⁹

⁹⁶ O termo Bioética foi divulgado pelo americano Van Rensselear Potter através do livro *Bioethics: bridge to the future*. (POTTER, Van Rensselear. *Bioethics: bridge to the future*. Englewood Cliffs: Prentice-Hall, 1971.) Este oncologista e biólogo utilizou a Bioética para ilustrar a importância das ciências biológicas na melhoria da qualidade de vida, como sendo a ciência que garantiria a sobrevivência no planeta. Contudo, atualmente, o termo Bioética não é mais utilizado com este sentido.

⁹⁷ DURANT, Guy. *A Bioética: natureza, princípios, objetivos*. Trad. Porphírio Figueira de Aguiar Neto. São Paulo: Paulus, 1995. p. 22.

⁹⁸ REICHT, WT (ed.). *Encyclopedia of bioethics*. New York: The Free Press; London: Collier Macmillan Publishers, 1978. v. 1. XIX.

⁹⁹ CLOTET, Joaquim. *Por que Bioética?* Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/bioetpq.htm>>. Acesso em: 01 de jan. 2007.

Com o desiderato de obter algumas respostas às indagações trazidas pelo avanço da tecnologia aplicada à Medicina, bem como gerar um conceito mínimo universal do agir corretamente, surge a Bioética, com princípios próprios orientadores das posturas do homem em relação à vida e à ciência.

“A ética é uma relação da vida com a vida, é uma reconstituição radical – referida às raízes – das possibilidades de revitalizar a vida. E assim, de uma forma aparentemente reducionista, poderíamos sugerir que não existe ética que não seja, a rigor, uma bio-ética. Não existe ética sem bio-ética, nem bio-ética sem uma base de compreensão ética da realidade como tal”.¹⁰⁰

Por conseguinte, paralelamente surge o Biodireito na medida em que são criadas normas que objetivam regulamentar e disciplinar o comportamento do homem e seu vínculo com a vida, sendo que todas essas questões não podem fugir a uma análise mais ampla e complementar calcada na teoria dos direitos humanos.¹⁰¹

O ponto de encontro entre a ciência e a ética aplicada é designado como Biodireito, ou ainda, "materialização da Bioética".¹⁰² A denominação Biodireito é um fenômeno tipicamente europeu, sem correspondente exato na cultura anglo-saxônica, devendo constituir em uma interação interdisciplinar e não em mais um ramo do ordenamento jurídico.¹⁰³

Em oposição a esta idéia alguns autores não consideram a Bioética nem sequer como parte da ética. Afirmam que, enquanto a ética está voltada para a investigação histórico-social do comportamento moral, a Bioética está voltada para orientar atitudes concretas em face de algumas situações humanas.¹⁰⁴

¹⁰⁰ SOUZA, Ricardo Timm de. *Uma introdução à ética contemporânea*. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2004. p. 44.

¹⁰¹ ADONI, op. cit., p. 396.

¹⁰² HOOFT, Pedro Frederico. *Bioética y derechos humanos: temas y casos*. Buenos Aires: Depalma, 1999.

¹⁰³ NEVES, Maria do Céu Patrão. Bioética e Biodireito. In: NEVES, Maria do Céu Patrão. (Coord.). *Comissões de ética: das bases teóricas a atividade quotidiana*. 2 ed. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2002. p. 499-502.

¹⁰⁴ SOARES, André Marcelo M; PIÑERO, Walter Esteves. *Bioética e direito: uma introdução*. São Paulo: Loyola, 2002.

A Bioética, devido à complexidade dos temas que aborda, constitui um importante espaço de interlocução entre a religião, o direito e a moral, preenchendo vazios jurídico-normativos, através de seus princípios.¹⁰⁵

1.4.1. PRINCÍPIOS BIOÉTICOS APLICÁVEIS

A utilização de princípios éticos como forma de reflexão é uma abordagem clássica e extremamente utilizada na Bioética. A escola bioética, baseada no uso dos princípios como modelo explicativo, foi denominada de "*Principlism*". A teoria principialista foi sistematizada por Beauchamp e Chidress¹⁰⁶, que inserem aos três princípios do Relatório Belmont (autonomia, beneficência e justiça) um quarto princípio, o da não-maleficência.¹⁰⁷ A melhor tradução para este termo é principialismo, pois a origem latina da palavra é principia. O principialismo baseia-se na caracterização de quatro princípios fundamentais, os quais servem de base para o agir humano: beneficência, não-maleficência, justiça e autonomia.

Em 1977, o Congresso dos Estados Unidos criou a Comissão Nacional para a Proteção dos Seres Humanos em Pesquisa Biomédica e Comportamental (*National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research*). Para ter condições de analisar os casos que fossem apresentados perante ela, foi necessária a elaboração de alguns princípios gerais que guiarão suas decisões. Estes princípios, os quais passam a ser analisados, constituem parte do Relatório Belmont¹⁰⁸, publicado, em 1978, pela Comissão. O Relatório Belmont tornou-se a declaração principialista clássica ao indicar os princípios éticos básicos que deveriam orientar as pesquisas envolvendo seres humanos.¹⁰⁹

¹⁰⁵ MINAHIM, op. cit., p. 30.

¹⁰⁶ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James. *Principles of Biomedical Ethics*. 5. ed. New York: Oxford University Press, 2001.

¹⁰⁷ Esta teoria foi criticada por Dan Clouser e Bernard Gert em 1990. (CLOUSER, Dan; GERT, Bernard. A critique of principlism. *Journal of Medicine and Philosophy*, 1990. p. 219-236.)

¹⁰⁸ THE BELMONT REPORT. *Ethical guidelines for the protection of Human Subjects*. Disponível em: <<http://ohsr.od.nih.gov/guidelines/belmont.html>>. Acesso em: 01 de jan. 2007.

¹⁰⁹ PESSINI; BARCHIFONTAINE, 1998, p. 91-98.

O primeiro princípio a ser analisado é o princípio da autonomia (autos, eu; e nomos, lei). Este princípio recebeu diversas denominações, tais como princípio do respeito às pessoas e princípio do consentimento. Segundo Goldim¹¹⁰, uma das bases teóricas utilizadas para o princípio da autonomia é o pensamento de Stuart Mill (1806-1883). Este autor propôs que “sobre si mesmo, sobre seu corpo e sua mente, o indivíduo é soberano”.

O princípio da autonomia é o respeito às pessoas e exige que aceitemos que elas autogovernem-se, sejam autônomas tanto nas escolhas que façam como nos atos que pratiquem. Este princípio requer que o médico considere e a vontade do paciente ou do seu representante, bem como seus valores morais e crenças. Reconhece o domínio do paciente sobre a própria vida e o respeito à sua intimidade. O referido princípio diz respeito à capacidade da pessoa humana de autogovernar-se, podendo escolher, dividir e avaliar sem restrições. Na prática, tal princípio implica no respeito do médico à vontade do paciente; este possuindo o domínio sobre a própria vida e o respeito à sua intimidade. Limita a intromissão dos outros indivíduos no mundo da pessoa que esteja em tratamento. Seus fundamentos podem ser encontrados em Locke e Kant. A autonomia só pode ser exercida se for reconhecida, se existir competência para tal, se o paciente for instruído, se tiver todas as informações necessárias para tomar uma decisão, e que de fato haja opções e escolhas.¹¹¹

Kant propôs que a autonomia não é incondicional, passa por um critério de universalidade (o Imperativo Categórico).

A autonomia da vontade é a constituição da vontade, pela qual ela é para si mesma uma lei - independentemente de como forem constituídos os objetos do querer. O princípio da autonomia é, pois, não escolher de outro modo, mas sim deste: que as máximas da escolha, no próprio querer, sejam ao mesmo tempo incluídas como lei universal.¹¹²

Uma pessoa autônoma é capaz de deliberar sobre seus objetivos pessoais e de agir na direção desta decisão. Não respeitar um agente autônomo é

¹¹⁰ GOLDIM, José Roberto. *Princípio da autonomia*. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/autonomi.htm>>. Acesso em: 01 de jan. 2007c.

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² KANT, op. cit., p. 79.

desconsiderar seus julgamentos, negar a sua liberdade de agir com base em seus julgamentos, ou omitir informações necessárias para que possa ser feito um julgamento, quando não há razões convincentes para fazer isto.

Contudo, nem todas as pessoas, têm a capacidade de se autodeterminar. Esta capacidade matura durante a vida, e algumas pessoas a perdem total ou parcialmente devido a doenças, distúrbios mentais ou circunstâncias que severamente restrinjam a liberdade. O respeito para com o imaturo e para com o incapaz requer sua proteção na medida que amadurecem ou enquanto estiverem incapazes.¹¹³

Charlesworth introduz uma perspectiva social¹¹⁴ para a autonomia do indivíduo, afirmando que ninguém está capacitado para desenvolver a liberdade pessoal e sentir-se autônomo se sentir-se angustiado pela pobreza, privado da educação básica ou se viver desprovido da ordem pública. Da mesma forma, a assistência à saúde básica é uma condição para o exercício da autonomia.¹¹⁵

O princípio da autonomia exige que o paciente terminal seja ouvido, e que além disso, tenha voz ativa nas decisões concernentes ao seu tratamento.

¹¹³ O Relatório Belmont denominava este princípio como princípio do respeito às pessoas. Nesta perspectiva, propunha que a autonomia “Incorpora, pelo menos, duas convicções éticas: a primeira que os indivíduos devem ser tratados como agentes autônomos, e a segunda, que as pessoas com autonomia diminuída devem ser protegidas. Desta forma, divide-se em duas exigências morais separadas: a exigência do reconhecimento da autonomia e a exigência de proteger aqueles com autonomia reduzida.” (The Belmont Report, op. cit.)

¹¹⁴ Kamii (que é filiada à corrente piagetiana) também coloca a autonomia em uma perspectiva de vida em grupo. A autonomia significa o indivíduo ser governado por si próprio, contrário de heteronomia, que significa ser governado pelos outros. A autonomia significa levar em consideração os fatores relevantes para decidir agir da melhor forma para todos. Não pode haver moralidade quando se considera apenas o próprio ponto de vista. (KAMII, C. *A criança e o número*. Campinas: Papirus, 1985. p. 103-108.)

¹¹⁵ CHARLESWORTH, M. *La bioética en una sociedad liberal*. Cambridge: Cambridge, 1996: V, 131. Tristram Engelhardt propôs uma nova forma denominada de Princípio do Consentimento. “O princípio do consentimento destaca a circunstância de que, quando Deus não é ouvido por todos do mesmo modo (ou não é de maneira alguma ouvido por ninguém), e quando nem todos pertencem a uma comunidade perfeitamente integrada e definida, e desde que a razão não descubra uma moralidade canônica concreta, então a autorização ou autoridade moral secularmente justificável não vem de Deus, nem da visão moral de uma comunidade particular, nem da razão, mas do consentimento dos indivíduos. Nessa surdez a Deus e no fracasso da razão os estranhos morais encontram-se como indivíduos.” Busca indicar que o que está em jogo é o reconhecimento de que a autoridade moral secular deriva do consentimento dos envolvidos em um empreendimento comum. (ENGELHARDT, HT. *Fundamentos de Bioética*. São Paulo: Loyola, 1998. p. 17.)

O segundo princípio relevante é o princípio da justiça. Este princípio exige a equidade na distribuição de bens e benefícios no exercício da Medicina ou nos resultados das pesquisas científicas. Uma pessoa torna-se vítima de uma injustiça quando é negado-lhe um bem ao qual tem direito e que, portanto, lhe é devido. O princípio da justiça é fundamentado em Aristóteles e Rawls.¹¹⁶

O princípio da justiça prescreve a garantia da distribuição justa, eqüitativa e universal dos benefícios dos serviços de saúde, impondo que todas as pessoas sejam tratadas de igual forma. Este princípio assumiu novos contornos quando a saúde deixou de ser uma questão privada e tornou-se um problema público, exigindo, a partir daí, a distribuição dos encargos e benefícios de forma eqüitativa.¹¹⁷

Segundo o Relatório Belmont¹¹⁸:

Quem deve receber os benefícios da pesquisa e os riscos que ela acarreta? Esta é uma questão de justiça, no sentido de “distribuição justa” ou “o que é merecido”. Uma injustiça ocorre quando um benefício que uma pessoa merece é negado sem uma boa razão, ou quando algum encargo lhe é imposto indevidamente. Uma outra maneira de conceber o Princípio da Justiça é que os iguais devem ser tratados igualmente. Entretanto esta proposição necessita uma explicação. Quem é igual e quem é não-igual? Quais considerações justificam afastar-se da distribuição igual? (...) Existem muitas formulações amplamente aceitas de como distribuir os benefícios e os encargos. Cada uma delas faz alusão a algumas propriedades relevantes sobre as quais os benefícios e encargos devam ser distribuídos. Tais como as propostas de que: a cada pessoa uma parte igual; a cada pessoa de acordo com a sua necessidade; a cada pessoa de acordo com o seu esforço individual; a cada pessoa de acordo com a sua contribuição à sociedade; a cada pessoa de acordo com o seu mérito.

Em terceiro lugar, deve-se mencionar o princípio da beneficência. O princípio da beneficência busca atingir o bem-estar e alcançar os interesses do paciente por intermédio da Medicina, de seus representantes ou agentes. Tem-se o princípio da beneficência (*bonum facere*, fazer o bem) como o princípio que enuncia a obrigatoriedade do profissional da saúde em promover primeiramente o bem do paciente, baseando-se na regra da confiabilidade; ou seja, significa o dever de agir

¹¹⁶ CLOTET, 2007.

¹¹⁷ GOLDIM, José Roberto. *Princípio da justiça*. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/justica.htm>>. Acesso em: 01 de jan. 2007e.

¹¹⁸ The Belmont Report, op. cit.

no interesse do paciente.¹¹⁹ Este princípio quer que sejam atendidos os interesses importantes e legítimos dos indivíduos e que, dentro do possível, sejam evitados danos ou tratamentos não reconhecidamente úteis e necessários.

O princípio da beneficência estabelece a obrigação moral de agir em benefício dos outros. A beneficência no contexto médico é o dever de agir no interesse do paciente. Dessa forma, se o paciente terminal entender que não se deve continuar com determinado tratamento, por que será muito doloroso, ou que não se deve iniciar outro, deve se agir em seu benefício, evitando dores que não tragam benefícios ou melhora reais.

Beauchamp e Chidress distinguem a beneficência da não-maleficência, definindo beneficência como uma ação feita no benefício de outros.

Nonmaleficence

1. One ought not to inflict evil or harm.

Beneficence

1. One ought to prevent evil or harm.

2. One ought to remove evil or harm.

3. One ought to do or promote good.¹²⁰

O quarto princípio é o princípio da não-maleficência. É importante mencionar que este princípio não fazia parte do Relatório Belmont, mas foi inserido por Beauchamp e Chidress¹²¹. O princípio da não-maleficência propõe a obrigação de não infligir dano intencional. Este princípio deriva da máxima da ética médica "*Primum non nocere*"¹²². Muitos autores o incluem no princípio da beneficência e justificam esta posição por acharem que, ao evitar o dano intencional, o indivíduo já está, na realidade, visando ao bem do outro. Ross¹²³ propunha que quando houver conflito entre a beneficência e a não-maleficência deve prevalecer a segunda. O juramento hipocrático insere obrigações de não-maleficência e beneficência: "Usarei

¹¹⁹ GOLDIM, José Roberto. *Princípio da beneficência*. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/justica.htm>>. Acesso em: 01 de jan. 2007d.

¹²⁰ BEAUCHAMP, p. 114.

¹²¹ Ibidem.

¹²² "Above all do no harm." (BEAUCHAMP, op. cit., 113). Acima de tudo não causar dano.(Tradução minha).

¹²³ ROSS, William David. *The right and the good*. Oxford: Clarendon, 1930. p. 21-22.

meu poder para ajudar os doentes com o melhor de minha habilidade e julgamento; abster-me-ei de causar danos ou de enganar a qualquer homem com ele".¹²⁴

O Relatório Belmont incluía a não-maleficência como parte da beneficência. O relatório estabeleceu que duas regras gerais podem ser formuladas como expressões complementares de uma ação benéfica: não causar o mal, maximizar os benefícios possíveis e minizar os danos possíveis¹²⁵.

Cabe neste momento refletir sobre a adequação do uso do princípalismo. O princípalismo que estruturou a Bioética e serviu para evitar que as decisões conflituosas ficassem a cargo da consciência de cada médico, atualmente é objeto de críticas. Deve-se considerar a vulnerabilidade e a exclusão de alguns grupos sociais e a diversidade dos seus problemas, desta forma, a resposta aos fatos e interpretação deste não pode ser feita da mesma forma. Os princípios não devem ser utilizados para esvaziar a discussão das questões de Bioética do seu necessário conteúdo político, o que ameniza o anula a gravidade das diferentes situações de conflitos, principalmente aquelas coletivas.¹²⁶

O documento que serve de base para o princípalismo foi influenciado pela moral média americana, portanto sua transposição para outros países e culturas deve ser questionada. Existem ainda dificuldades internas do princípalismo em resolver problemas quando há um conflito entre os princípios, no que diz respeito aos métodos por ele utilizados, já que não dispõe de uma diretriz única capaz de superar o problema.¹²⁷

¹²⁴ PESSINI; BARCHIFONTAINE, 1997, p. 483-484.

¹²⁵ O Princípio da Não-Maleficência é o mais controverso de todos. Muito autores o incluem no Princípio da Beneficência. Justificam esta posição por acharem que ao evitar o dano intencional o indivíduo já está, na realidade, visando o bem do outro. Parte da controvérsia pode ser atribuída à possibilidade de ocorrer uma situação de Slippery Slope. Isto ocorre quando uma ação, aparentemente de menor ou nenhuma repercussão, agravar-se progressivamente, com tendência a ocorrer cada vez mais, gerando malefícios não previstos inicialmente. O termo "Slippery Slope" foi proposto por Schauer em 1985. Slippery Slope pode ser traduzido para o português como um plano inclinado escorregadio. Ele é que justifica não fazer pequenas concessões, aparentemente sem maiores conseqüências, em temas controversos. (GOLDIM, 2007d.)

¹²⁶ GARRAFA, Volnei. Poder e injustiça: por uma ética periférica. 6º Congresso Mundial de Bioética, n. 6, 2002, Brasília. *Anais...* Brasília: Sociedade Brasileira de Bioética. p. 43.

¹²⁷ HOLM, Soren. Critical analysis of princípalism. 6º Congresso Mundial de Bioética. n. 6, 2002, Brasília. *Anais...* Brasília: Sociedade Brasileira de Bioética. p. 61.

A necessidade humana de segurança moral e de certezas constitui a fonte de abusos do princípalismo. Ele não pode ser visto como uma regra imperativa na solução dos problemas éticos, mas sim como uma abreviação utilitária da filosofia moral e da teologia.¹²⁸

Diante destas considerações, outros paradigmas de abordagem da Bioética têm surgido. O modelo contratualista enfatiza a existência de um contrato entre médico, sociedade e paciente. No modelo liberal autonomista prevalece o valor central da autonomia do indivíduo. O modelo do direito natural reconhece a existência de bens fundamentais como a vida e a racionalidade. Existe, ainda, o modelo da libertação a partir da América Latina, que postula a construção de um arcabouço engajado com as necessidades das populações excluídas do processo desenvolvimentista.¹²⁹

O princípalismo, assim como qualquer outra orientação de caráter geral, busca a "sublimação das contingências de cada indivíduo"¹³⁰ se contrapondo ao princípio fucral da sociedade pós-moderna, de respeito às diferenças individuais. "Como instância mediadora de conflitos morais, a Bioética não pode ignorar a pluralidade de sujeitos e as diversidades culturais que constituem a sociedade moderna, propondo soluções de caráter dogmático, que impliquem abstrair o sujeito de suas circunstâncias". Em que medida é possível atingir esse projeto, seja pela via da Bioética ou pelo Direito, constitui um dos grandes desafios dos que trabalham nessas áreas.¹³¹

Apesar desta tendência de incorporação de modelos que possam compreender o ser humano em suas contingências, até porque as dimensões morais da experiência humana não podem ser englobadas em uma única abordagem, o paradigma princípalista ainda é predominante na Bioética.¹³²

¹²⁸ Algo que serviu muito bem aos pioneiros da Bioética. (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 1998, p. 86.)

¹²⁹ PESSINI; BARCHIFONTAINE, 1998, p. 86.

¹³⁰ DINIZ, Débora. Henry Beecher e a história da bioética. In: COSTA, Sérgio Ibiapina F.; DINIZ, Débora. (Orgs.). *Bioética: ensaios*. Brasília: Letras Livres, 2001. p. 25

¹³¹ MINAHIM, op. cit., p. 34.

¹³² GARRAFA, op. cit., p. 35.

A Bioética não tem a pretensão de estabelecer dogmas gerais para as ações, sendo assim, não tem caráter coercitivo. Ela questiona o papel da tecnociência para o bem-estar da humanidade, funciona como instância mediadora de conflitos morais que as novas tecnologias podem introduzir. Busca refletir sobre a conveniência de estabelecer marcos que possam sinalizar a caminhada da ciência, sem que a essência do ser humano seja perdida pelo uso inconstante da técnica ou pela inércia preconceituosa e aprisionadora. Esse espaço proporcionado pela Bioética é essencial para médicos e cientistas, que são postos diariamente diante de conflitos para os quais não dispõem de um referencial seguro, a Bioética surge com um suporte que apóia as suas decisões. Trata-se de um conhecimento complexo no centro do qual reside o compromisso com o respeito à diversidade dos indivíduos enquanto sujeitos morais. O bem não deve ser pensado como forma genérica é abstrata, mas a partir de situações concretas nas quais uma pessoa e suas circunstâncias serão consideradas.¹³³

Os princípios da Bioética, as normas deontológicas emitidas pelos órgãos de classe e aquelas pactuadas nas declarações internacionais, em razão de seu caráter genérico e plural aparecem como uma opção suficiente e adequada para orientação das condutas que digam respeito à vida e à saúde e o uso da moderna biotecnologia, em especial no que tange à eutanásia.¹³⁴

¹³³ MINAHIM, op. cit., p. 35-36. Os princípios, ao contrário das regras que obedecem à lógica "do tudo ou nada", permitem certa ponderação e avaliação dos fatos sob foco dos valores que exprimem. (CANOTILHO, José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 1988. p. 1035.)

¹³⁴ É perfeitamente possível que um indivíduo guiado por sua própria experiência, sua consciência e pelo código de ética profissional, possa enfrentar e resolver os dilemas de sua prática cotidiana. A constante mutabilidade dos fatos, determinada pelo desenvolvimento da tecnociência, dificulta um tratamento jurídico suficientemente amplo e seguro para compreender toda a complexidade que existe em torno de algum dos temas, entre eles, a eutanásia. Esta complexidade resulta também da dificuldade de normatizar os sistemas, respeitando as inúmeras crenças e valores dos grupos que compõem a sociedade plural e democrática. Por outro lado, o diálogo que se mantém no espaço proporcionado pela Bioética estimula uma recorrência aos princípios em suas múltiplas funções. (MINAHIM, op. cit., p. 36-38.)

2. TERMINALIDADE DA VIDA E MORTE

2.1. PACIENTE TERMINAL E CUIDADOS PALIATIVOS

O conceito de paciente terminal não é simples de ser estabelecido, embora existam posicionamentos consensuais de diversos autores.

A terminalidade ocorre quando se esgotam as possibilidades de resgate das condições de saúde do paciente e a possibilidade de morte próxima parece inevitável e previsível. “O paciente torna-se irrecuperável e caminha para a morte, sem que se consiga reverter este caminhar”.¹³⁵

A discussão deste conceito cabe caso a caso. Um paciente é considerado terminal em um determinado contexto particular de possibilidades reais e de posições pessoais, sejam de seu médico, sua família e próprias. Esta colocação implica em reconhecer que a definição paciente terminal está situada além da Biologia, inserida em um processo cultural e subjetivo, ou seja, humano. Contudo, alguns critérios podem tornar este momento menos impreciso, entre eles, os clínicos (exames laboratoriais, de imagens, funcionais, anatomopatológicos), os dados da experiência que a equipe envolvida tem acerca das possibilidades de evolução de casos semelhantes, os critérios que levam em conta as condições pessoais do

¹³⁵ GUTIERREZ, Pilar L. *O que é paciente terminal?* Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-42302001000200010>. Acesso em: 01 de jan. 2007.

paciente (sinais de contato ou não com o exterior, respostas ao meio, à dor), a intuição dos profissionais (suas vivências e experiências semelhantes), entre outras.

Existe, também, uma classificação menos subjetiva que utiliza um critério temporal para definir o paciente terminal como aquele paciente que vai morrer num período relativamente curto de tempo, de 3 a 6 meses, independentemente das ações médicas que são colocadas em prática.¹³⁶

Além da terminalidade, a incurabilidade também pode levar a uma conceituação de paciente terminal. A incurabilidade é um prognóstico, elaborado por meio de estimativa da probabilidade de um futuro desfecho fatal, portanto, é falível e incerto. Ademais, nunca se sabe quando surgirá a cura de uma doença.¹³⁷

Um aspecto imbricado com a terminalidade é o envelhecimento. Todos em processo de envelhecimento, especialmente na fase final de vida, precisam de informações a respeito de cuidados paliativos: oferecimento de cuidados humanos, alívio da dor, assistência social, atenção às necessidades espirituais, o apoio à família, entre outras coisas.¹³⁸

O envelhecimento e a morte estão atrelados a uma medicina mais humana, visto que todos envelhecemos, todos morremos e todos precisamos de cuidados médicos nesses processos. Todas as perdas que fazem parte de algumas doenças estão presentes em um certo grau no envelhecimento. Uma medicina mais humana

¹³⁶ FRANCISCONI, Carlos Fernando. *Paciente Terminal*. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/pacterm.htm>>. Acesso em: 01 de jan. 2007b.

¹³⁷ Sobre este assunto, é importante mencionar o caso da filha de um médico acometida da, até então, incurável difteria. Após seu pai utilizar todos os recursos para salvar sua vida, um quadro de asfixia e cianose indicava uma morte próxima. Diante do sofrimento que a menina passava, seu médico e pai injetaram-lhe uma forte dose de ópio, causando a real morte. Infelizmente, no dia seguinte a este lamentável fato, o pai, que havia dado fim à vida da filha, recebeu a notícia do colega chamado Roux de que ele havia descoberto o soro antidiftérico. (CHAVES, op. cit., p. 67.)

¹³⁸ Nos Estados Unidos da América, a partir de 2005, os médicos passaram a ser treinados para ajudar os pacientes a morrer de maneira mais humana. Os profissionais são estimulados a conversar com os pacientes sobre como morrer bem, em vez de se afastar quando seus tratamentos já não funcionam.

O acesso a uma morte mais humana está inclusive sendo coberta por planos de saúde privados e também governamentais. Campanhas estão sendo organizadas para informar os pacientes e seus familiares sobre as alternativas disponíveis para se alcançar uma morte mais humana, em oposição à distanásia, uso continuado de terapias agressivas desumanas até o fim da vida. (DRANE, James. *Bioética, medicina e tecnologia: desafios éticos na fronteira do conhecimento humano*. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Edições Loyola, 2005. p. 125.)

deve ser sensível ao envelhecimento, a essa fase da vida e, deve comprometer-se atender às necessidades das pessoas que vivenciam esse processo.¹³⁹

O envelhecimento antecipa a experiência da morte. Dessa forma, a morte faz parte da experiência de envelhecimento e não pode ser ignorada. Não se dá à devida atenção à morte em nossa sociedade e também não se leva em conta à questão do sentido do envelhecimento. Indústrias modernas e novos programas de governo ajudam a definir o período sênior, mas pouco fazem para dar um sentido a ele. De fato, se não existe uma concepção compartilhada do sentido do envelhecimento e da morte, apesar de todos os avanços médicos, este período será afetado por todo tipo de necessidades não atendidas, especialmente pela depressão.¹⁴⁰

No século passado houve uma modificação, um aumento no número de pessoas que ficam velhas antes de morrer. O envelhecimento tornou-se uma experiência vivenciada por um número de pessoas em contínua expansão. A maioria dessas pessoas foi formada segundo a ética do trabalho e muitas têm problemas quando param de trabalhar e entram no período da aposentadoria. Aquelas que possuem dinheiro fazem a transição de membros da sociedade trabalhadora para membros da sociedade de consumo. As compras passam a conferir sentido a muitas vidas. Mesmo quando as compras e as coisas conferem sentido, esse sentido é superficial e os idosos não ficam felizes, o novo sistema de sentido não consegue satisfazer a maioria dos idosos. As ações tomadas para ampliar a longevidade e criar pensões para idosos não foram acompanhadas de uma visão culturalmente rica e socialmente revestida de sentido de ser idoso. Portanto, criaram um problema moral e existencial para eles.¹⁴¹

Até mesmo para as pessoas que gozam de boa saúde e são cercadas pelos seus familiares, o fato de ser idoso os tornam solitários. A solidão envolve todo o sentido de perda vivenciada nesta fase e, a depressão, é uma espécie de fracasso em lidar com estas perdas. As perdas que ocorrem nessa fase são de toda ordem,

¹³⁹ DRANE, op. cit., p. 109.

¹⁴⁰ Ibidem, p. 117.

¹⁴¹ DRANE, op. cit., p. 111-116.

há a perda física: da visão, da audição, da mobilidade e da continência; e há, também, perda mental, especialmente da capacidade de argumentar e de se lembrar das coisas. Todas essas perdas implicam que outra pessoa tem de fazer as atividades cotidianas ou pelo menos auxiliar o idoso na execução (perda da mobilidade), além disso, muitas delas fecham a pessoa idosa em si mesma (perda da audição e visão).¹⁴²

Qualquer ética aplicada ao envelhecimento e à morte deve abordar os problemas da perda e da depressão, deve enfrentar a questão do sentido na experiência do envelhecimento (ética existencial), deve, ainda, oferecer respostas às mudanças sociais produzidas pelo grande aumento da população em envelhecimento (ética social).¹⁴³

A velhice deveria ser concebida como uma época de desenvolvimento intelectual, onde as experiências da vida seriam objeto de uma profunda reflexão que originaria lições transmitidas a pessoas que pedissem conselhos. O idoso pode permanecer em contato com outras pessoas, ajudando os mais jovens, compartilhando sua sabedoria com os mais imaturos. Por sua vez, os médicos podem proporcionar sentido na velhice ao manter os piores temores de seus pacientes sob controle (dor, solidão, entre outros).¹⁴⁴

Os cuidados paliativos são uma forma de proporcionar mais conforto para o paciente em fase terminal. A utilização de programas de cuidados paliativos permite, por exemplo, que o paciente permaneça numa unidade de internação ou em sua casa, com a presença de seus familiares e de uma equipe que busca o alívio dos seus sintomas e uma melhor qualidade de vida.

Estes programas de cuidados paliativos surgiram em meados do século XX, na Europa e nos Estados Unidos inspirados nas idéias de Kluber-Ross¹⁴⁵ e

¹⁴² DRANE, op. cit., p. 117-118.

¹⁴³ Ibidem, p. 119.

¹⁴⁴ DRANE, op. cit., p. 121-123.

¹⁴⁵ KLUBER-ROSS, Elisabeth. *Sobre a morte e o morrer*. São Paulo: Martins Fontes, 1989.

Saunders¹⁴⁶. Os programas buscam a diminuição do sofrimento causado por doenças malignas e degenerativas, querem o alívio de sintomas incapacitantes e melhora da qualidade de vida, sem utilizar diagnósticos sofisticados ou tratamentos com alta tecnologia. A instituição que se destina aos cuidados paliativos é denominada *hospice*. Os cuidados podem se dar em: unidades de internação, ala de cuidados paliativos em hospitais gerais, atendimento domiciliar, hospitais-dia ou centros de convivência.

Quando a medicina agressiva continua a ser aplicada no final da vida, seu resultado pode ser horrendo. A concentração na cura de partes doentes oculta as necessidades da pessoa como um todo, especialmente as referentes a cuidados, companhia, alívio da dor e do sofrimento.¹⁴⁷ No *hospice*, uma equipe multidisciplinar de cuidadores se reúne em torno do paciente à morte e busca tratar não só problemas de partes específicas do corpo, mas também problemas mais amplos ligados à dor e o sofrimento.¹⁴⁸

No *hospice*, a morte é encarada como inevitável e o foco passa a ser torná-la mais humana. A busca passa a ser cuidar e não curar, pois este último, na maioria dos casos, já não é mais viável. O *hospice* cuida das necessidades sociais, psicológicas e espirituais do paciente. O ambiente criado em torno do paciente fora de possibilidades terapêuticas é modificado, não é mais um campo de batalha dominado pela tecnologia, se transforma em um lugar para o paciente e toda sua família, cálido, sensível e amoroso.¹⁴⁹

A medicina paliativa adota uma postura semelhante à do *hospice*. Os cuidados paliativos não rejeitam completamente a medicina científica moderna, mas busca ampliar a teoria médica de base com o objetivo de corrigir algumas de suas limitações. A medicina paliativa almeja três objetivos:

1. Concentração efetiva na dor e no sofrimento e em seu cuidado;

¹⁴⁶ SAUNDERS, Cicely. *Hospice and palliative care: an interdisciplinary approach*. London: Edward Arnold, 1991.

¹⁴⁷ DRANE, op. cit., p. 129.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 129.

¹⁴⁹ DRANE, op. cit., p. 129-130.

2. Preocupação tanto com a condição corporal como com a vida interior do paciente;
3. Um processo de decisão que respeita a autonomia do paciente e o papel de seus representantes legais.¹⁵⁰

A dor é uma sensação negativa oriunda de algum dano sofrido pelo corpo. A dor é a experiência particular de um indivíduo, sendo assim, apresenta distinções e variações. Não é possível ter acesso pleno à dor por meio de instrumentos científicos, ela não pode ser medida como se mede a pressão sangüínea, o açúcar no sangue ou os batimentos cardíacos. Podemos encontrar respostas corporais a dor, incluindo alterações da pressão, do ritmo cardíaco, da respiração e do padrão do suor. Entretanto, essas mudanças mensuráveis não constituem a experiência da dor.¹⁵¹

Devemos nos ater ao fato de que o mais importante componente não-fisiológico da dor é o seu sentido. As dores são experiências, desta forma, significam algo para os seres humanos. Toda realidade sugere aos humanos um sentido, e este sentido atribuído ou percebido influencia a experiência da dor e a conseqüente reação que ela vai provocar. A experiência dolorosa possui dimensões internas e externas, subjetivas e objetivas, mentais e físicas. Os aspectos internos, mentais, subjetivos da dor podem ser designados pela palavra sofrimento.¹⁵²

O sofrimento e a dor serão reduzidos se o profissional puder tratar a dor física do paciente e garantir que esta dor continuará a ser controlada. O sofrimento está intimamente ligado com a preocupação, e esta é um fator mental e emocional que implica num sentido de futuro. Mesmo depois de uma dor física específica ter alívio, os pacientes terminais podem continuar a sofrer com a preocupação de que esta dor volte e que não tenha alívio.¹⁵³

Para que o sofrimento no processo de morrer seja controlado, os pacientes precisam ter certeza de que não serão abandonados e de que suas preocupações e

¹⁵⁰ DRANE, op. cit., p. 130.

¹⁵¹ Ibidem, p. 130–131.

¹⁵² DRANE, op. cit., p. 132-133.

¹⁵³ "O corpo produz a base anatômica e fisiológica da experiência da dor; mas as principais fontes do sofrimento são os pensamentos, as lembranças, as esperanças, os sentimentos, as crenças e os sentidos". (Ibidem, p. 133.)

ansiedades não serão ignoradas. Para oferecer cuidados paliativos, deve-se aliviar a dor física e o sofrimento, e isto só é alcançado por um médico habilidoso no alívio da dor física e por uma equipe que forneça apoio físico, psicológico, social e espiritual necessário ao manejo do sofrimento.¹⁵⁴

Um paciente terminal pode não ter dor biológica, mas sofrer por causa da ameaça ao seu eu interior e a sua integridade. Sofrer é uma experiência existencial e intimamente pessoal, cujo alívio começa com a atenção compassiva à pessoa como um todo. O paciente pode se sentir fracassado, frustrado em relação às expectativas que teve na vida, pode, ainda, ter a sensação de não ter atendido expectativas alheias. Todas essas sensações podem ser acrescidas de ansiedade, raiva, solidão, culpa, de ser vítima de uma injustiça, de um abandono como causas do sofrimento. Essas mesmas sensações podem causar dor numa pessoa e em outra não, assim como a dor pode levar ao sofrimento ou não.¹⁵⁵

A pessoa não se reduz ao seu corpo, mas a corporalidade faz parte da condição de ser pessoa, podendo a perda corporal, principalmente a física, ser uma grande fonte de sofrimento. Como a perda do controle dos intestinos ou da bexiga. A luta para manter a integridade pessoal diante da desintegração corporal é para o paciente terminal um grande desafio. Ajudá-lo nessa luta é mais uma das tarefas dos profissionais de cuidados paliativos.¹⁵⁶

¹⁵⁴ DRANE, op. cit., p. 134.

¹⁵⁵ Ibidem, p. 134-135. Uma mudança estrutural está transformando as sociedades modernas no final do século XX e, conseqüentemente, está fragmentando as paisagens culturais de classe, gênero, sexualidade, etnia, raça e nacionalidade, que, no passado, forneciam sólidas localizações dos indivíduos como seres sociais. Estas transformações estão mudando nossas identidades pessoais, abalando a idéia que temos de nós próprios como sujeitos integrados. Esta perda de um "sentido de si" estável é chamada, algumas vezes, de deslocamento ou descentração do sujeito. Esse duplo deslocamento - descentração dos indivíduos tanto de seu lugar no mundo social e cultural quanto de si mesmos - constitui uma "crise de identidade" para o indivíduo. (HALL, Stuart. *Identidades Culturais na Pós-Modernidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 1997.) Situações limites, como a de um paciente em estado terminal, também levam o indivíduo a uma "crise de identidade". O doente hospitalizado se vê retirado de seu âmbito familiar e social, afastado de suas funções (marido, pai, trabalhador) e impotente frente a esta mudança. Isso gera uma angústia tremenda ao paciente e abala todas as estruturas e relações das quais este indivíduo fazia parte.

¹⁵⁶ DRANE, op. cit., p. 135.

As partes físicas incorporam um propósito: as pernas, por exemplo, se movimentam; as mãos pegam; os olhos vêem; o cérebro permite imaginar, investigar, compreender. A perda de funções físicas pode causar dor e sofrimento. Toda vida interior é cercada de um sentido de propósito da pessoa. Esse propósito pode ser preservar-se o máximo que puder, dar continuidade à evolução e ao desenvolvimento pessoais, acumular riqueza, dar testemunho da fé religiosa. O processo de morrer interfere em toda e qualquer atividade humana, razão pela qual ameaça o sentido de propósito. Dessa forma, causa um grande sofrimento que tem de ser considerado nos cuidados paliativos.¹⁵⁷

Se o sofrimento no estágio final da vida se ligar a uma perda de sentido, os cuidados paliativos podem vir da ajuda no resgate do mesmo. Se o paciente em fase terminal for um cristão, poder vincular o sofrimento dele, com o sofrimento de Jesus quando de sua morte pode ajudar a restaurar o sentido de esperança. Cumpre frisar que oferecer cuidados paliativos ao paciente deve envolver ajudá-lo a manter o sentido de integridade pessoal e de integralidade interior, e isso, só é alcançado, vinculando o processo de morrer a um sistema de significado.¹⁵⁸

Admitir que se esgotaram os recursos para o resgate de uma cura e que o paciente se encaminha para o fim da vida, não significa que não há mais o que fazer. Ao contrário, abre-se uma ampla gama de condutas que podem ser oferecidas ao paciente e sua família. Condutas no plano concreto, visando, agora, o alívio da dor, a diminuição do desconforto, mas sobretudo a possibilidade de situar-se frente ao momento do fim da vida, acompanhados por alguém que possa ouvi-los e sustente seus desejos. Reconhecer, sempre que possível, seu lugar ativo, sua autonomia, suas escolhas, permitir-lhe chegar ao momento de morrer, vivo, não antecipando o momento desta morte a partir do abandono e isolamento.¹⁵⁹

Mesmo que um paciente esteja próximo do processo de morrer, ele ainda está vivo, e é uma pessoa com desejos. O resgate desse desejo favorece uma significação desta vida, ainda que em seus momentos finais. É fundamental para toda pessoa ser escutada nas suas necessidades mais profundas, o que é ainda mais importante para o paciente gravemente enfermo que se vê despojado de tantas coisas. A escuta não implica obrigatoriamente na execução do pedido que está

¹⁵⁷ DRANE, op. cit., p. 136.

¹⁵⁸ Ibidem, p. 137.

¹⁵⁹ GUTIERREZ, op. cit.

sendo feito, mas poderá subsidiar o esclarecimento ao paciente da impossibilidade acerca de matá-lo ou apressar sua morte, contribuindo para a compreensão de sua demanda.

2.2. CRITÉRIOS DE MORTE

Até meados da década de 60, o critério aceito para indicar o fim da vida era a cessação das funções do coração e dos pulmões. Esses sinais eram insatisfatórios e incompletos, contudo, por falta de conhecimentos científicos, os problemas de identificação da morte e os éticos, quanto aos suportes devidos para a manutenção da vida eram menos inquietantes. A morte era definida em razão de algumas de suas conseqüências, os chamados sinais de morte.¹⁶⁰

Com os recursos proporcionados pela moderna tecnologia, como aparelhos para circulação extracorpórea e respiradores artificiais, surgiram possibilidades de manutenção dos batimentos cardíacos, dessa forma, pode-se distinguir a morte clínica (paralisação da função cardíaca e respiratória) da morte cerebral (paralisação das funções cerebrais). Hodiernamente, fala-se de morte encefálica (ME), que consiste em cessação irreversível das funções do encéfalo (dos hemisférios cerebrais, do tronco encefálico e do cerebelo).¹⁶¹

A primeira definição de morte encefálica foi divulgada pelo Comitê *ad hoc* de *Harvard Medical School*. Seus critérios marcaram época e foram publicados meses após o primeiro transplante cardíaco realizado por Barnard, na África do Sul, que colocou realmente no alvo do conceito de morte, não mais a parada cardíaca, mas sim a morte encefálica.¹⁶²

¹⁶⁰ MINAHIM, op. cit., p. 73.

¹⁶¹ O diagnóstico de morte encefálica fundamenta-se exclusivamente na avaliação das funções neurológicas dependentes da atividade elétrica das células nervosas: consciência, reflexos cefálicos e controle respiratório. (Ibidem, p. 73.)

¹⁶² SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo; SCHRAMM, Fermin Roland. *Euthanasia: along the road of death and autonomy*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232004000100004&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 01 de jan. 2007.

O Conselho Federal de Medicina (CFM), através da Resolução n.º 1480/97, se manifestou quanto aos parâmetros clínicos a serem observados para a constatação da morte encefálica: coma aperceptivo com ausência de atividade motora supra-espinal e apnéia; ou seja, o critério para o diagnóstico de morte cerebral é a cessação irreversível de todas as funções do encéfalo, incluindo o tronco encefálico, onde se situam estruturas responsáveis pela manutenção dos processos vitais autônomos, como a pressão arterial e a função respiratória.¹⁶³

Devido aos suportes biotecnológicos, os limites entre vida e morte tornaram-se tão fluidos que é muito difícil perceber a diferença entre um morto encefálico, que tem batimentos cardíacos, movimentos torácicos similares aos de quem tem respiração espontânea (mantidos por ventilação mecânica), o paciente em coma ou em estado vegetativo persistente, ou ainda o paciente terminal sedado e mantido por aquela mesma aparelhagem.¹⁶⁴

O recurso às ciências biológicas, apesar de emprestar subsídios que possam orientar a definição de morte, não disponibiliza sempre informações que possibilitam ao direito à formulação de critério seguro para o reconhecimento do estado morte, o que, conseqüentemente, produz reflexos no conceito de vida.¹⁶⁵

Hoje em dia, há uma pretensão em ampliar o conceito de morte encefálica identificando-a com a *Higher Brain Death*, ou seja, coincidindo com o conceito de personalidade.¹⁶⁶ Tal critério (chamado de existencialista) define a morte como a destruição do córtex cerebral, centro da consciência humana, provocando a perda irreversível dos atributos essenciais à pessoa humana. Como a idéia de personalidade está tradicionalmente ligada a atividade do córtex cerebral, pacientes em estado vegetativo persistente (portadores de lesão cortical difusa) e os recém-

¹⁶³ Conselho Federal de Medicina: Critérios para a caracterização de morte encefálica. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/cfmmorte.htm>>. Acesso em: 01 de jan. 2007.)

¹⁶⁴ MINAHIM, op. cit., p. 75.

¹⁶⁵ Ibidem, p. 75.

¹⁶⁶ COIMBRA, Cícero Galli. *Morte encefálica: repercussão internacional das discussões no Brasil sobre a validade dos critérios diagnósticos para a identificação da morte encefálica*. Disponível em: <<http://www.unifesp.br/dneuro/opinia01.htm>>. Acesso em: 01 de jan. 2007.

nascidos anencefálicos poderiam tornar-se candidatos à doação de órgãos.¹⁶⁷

O direito, frente a tantas situações, tem duas alternativas: esperar por dados mais precisos e consensuados do mundo das ciências naturalistas antes de prescrever condutas, evitando transpor para norma as suas incertezas, ou pode construir seus próprios conceitos, valendo-se de outros critérios para designar os seres que devem ser objeto de sua tutela jurídica, considerando os fins que deseja alcançar.¹⁶⁸

A morte pode também ser definida como sendo o cessar irreversível: do funcionamento de todas as células, tecidos e órgãos; do fluxo espontâneo de todos os fluídos, incluindo o ar (“último suspiro”) e o sangue; do funcionamento do coração e pulmões; do funcionamento espontâneo de coração e pulmões; do funcionamento espontâneo de todo o cérebro, incluindo o tronco cerebral (morte encefálica); do funcionamento completo das porções superiores do cérebro (neocórtex); do funcionamento quase completo do neocórtex; da capacidade corporal da consciência.¹⁶⁹

Alguns autores enfocam o tema sob um viés essencialmente jurídico, ou seja, procedem a sua análise sob a perspectiva de bem jurídico, analisando se existe ou não vida como valor a ser preservado. A questão principal posta pela biotecnologia com repercussões no direito penal surge pelas possibilidades de emprego de recursos que mantêm certas funções íntegras (momentaneamente ou não), mesmo com a irreversível falência de um órgão ou de funções. É o que ocorre com a morte encefálica, na qual o indivíduo, ligado a equipamentos, parece respirar, mantém batimentos cardíacos, função renal e outras ativas.¹⁷⁰

¹⁶⁷ MINAHIM, op. cit., p. 76.

¹⁶⁸ Ibidem, p. 76.

¹⁶⁹ FRANCISCONI, Carlos Fernando. *Definições de morte*. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/morte.htm>>. Acesso em: 01 de jan. 2007a.

¹⁷⁰ A morte encefálica corresponde à morte clínica e instala-se quando, além de lesionada a área cortical, o tronco encefálico é também atingido de forma irreversível. Neste estado, não há como se comandar as demais funções do organismo, podendo estas serem mantidas, provisoriamente, por suportes artificiais, embora já se tenha iniciado um processo irreversível de deteriorização dos diversos órgãos. (MINAHIM, op. cit., p.181-182.)

No Brasil, o conceito de morte encefálica foi introduzido com a primeira lei de transplantes de órgãos, Lei 5.479, de 1968, e permanece na Lei 9.434/97, com as devidas alterações impostas pela Lei 10.211/2001.¹⁷¹ Embora possam ser feitas restrições ao critério de morte encefálica, o desligamento de aparelhos não configura homicídio ou eutanásia por que o bem jurídico vida já não existe ou, ao menos, não existe na forma convencional.¹⁷²

Outros estados podem gerar dúvidas sobre a vitalidade do paciente, entre eles, destacam-se o coma e o estado vegetativo persistente. O coma refere-se a situações de graus variados, nos quais a pessoa pode, transitoriamente, ficar reduzida à incapacidade. Em alguns casos, as lesões podem ser irrecuperáveis, suscitando questionamentos a respeito da validade do emprego de recursos técnicos-científicos. Os pacientes em coma são considerados vivos, excetuando o chamado coma ultrapassado, no qual o nível de lesão pode levar a um diagnóstico de morte encefálica. Já no estado vegetativo persistente, ocorre a destruição do córtex cerebral, caracterizando a chamada morte cerebral.¹⁷³

Há grande dúvida na oportunidade de introdução ou na suspensão dos recursos, já que, inúmeras vezes, existe vida apenas porque está atrelada a eles, não havendo possibilidade de reversão do estado de dor e de sofrimento a que chegou o paciente.¹⁷⁴ Sendo assim, deve-se levar em conta o conceito de morte encefálica, disposto na lei de transplantes de órgãos, quando a morte for assim caracterizada não há mais como se falar em vida humana.¹⁷⁵

¹⁷¹ A Lei 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, em seu art. 3º dispõe: “A retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina”.

¹⁷² MINAHIM, op. cit., p.182.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 183.

¹⁷⁴ MINAHIM, op. cit., p. 183.

¹⁷⁵ Quando a morte é diagnosticada a tutela do Direito Penal muda. Logo, o Código Penal, no capítulo II, prevê os crimes contra o respeito aos mortos. No artigo 209, trata do impedimento ou perturbação de cerimônia pública. O artigo 210 menciona a violação de sepultura. A destruição, subtração ou ocultação de cadáver estão previstas no artigo 211. O artigo 212, por sua vez, prevê o vilipêndio de cadáver.

Inicialmente, a morte¹⁷⁶ era entendida como o cessamento dos batimentos cardíacos, o que não mais é aceito. É vista hoje não mais como evento ou momento, mas como fenômeno progressivo. Por isso, a revisão do conceito de morte definiu-a como morte cerebral, ou morte encefálica, tendo em vista o desenvolvimento da medicina que abriu possibilidades de prolongamento da vida humana através de meios artificiais, além da realização de cirurgias de transplante de órgãos.

2.3. MORTE E RITUAL

As mudanças mais significativas pelas quais passamos em nossas vidas: nascimento, entrada na vida adulta, casamento e morte, entre outras, são marcadas por rituais em quase todas as culturas e, num certo sentido, simbolizam uma iniciação.

O ritual não é propriamente teleológico, é repetitivo e, por isso, dá segurança. Sua única função é reafirmar o sentimento que um dado grupo tem de si mesmo. O ritual exprime o retorno do mesmo. No caso, através dos gestos rotineiros ou cotidianos, o ritual lembra a comunidade que ela “é um corpo”. Se a comunidade

¹⁷⁶ Segundo Siqueira-Batista, há diferentes perspectivas para a conceituação da morte, podendo-se estabelecer: 1) a morte encefálica, ocorre quando o dano ao encéfalo é tão extenso que o órgão não tem mais potencial de recuperação, tornando impossível a manutenção da homeostasia corpórea. A pessoa não mantém funções respiratórias, cardiovascular e gastrintestinal normais. (MANFRO, Roberto Ceratti; FERNANDES, Luiz Nelson Teixeira. Morte Encefálica e doação de órgãos. In: MENNA BARRETO, Sergio Saldanha (Org.). *Rotinas em terapia intensiva*. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2001. p. 537.); 2) a morte cerebral, que não deve ser confundida com a morte encefálica, uma vez que pode ser feita a distinção entre ambas pela análise da respiração: esta função tem um "componente" voluntário e um involuntário, este último "comandando" o processo, por exemplo, durante o sono; nos casos de morte cerebral perde-se a consciência da respiração, a qual permanece funcionando de forma "automática"; se há morte encefálica o centro respiratório se torna danificado de forma irreversível, com a "vida" podendo ser mantida apenas com o emprego de instrumental tecnocientífico. Aquelas situações nas quais as chamadas altas funções cerebrais responsáveis pela vida relacional (raciocínio, comunicação) são afetadas definitivamente são denominadas de morte cerebral. (MINAHIM, op. cit., p.182.); 3) a morte jurídica, estipulada no artigo 6 do Código Civil, a morte termina a existência da pessoa natural; entretanto, a lei não estabelece o conceito de vida e de morte, cabendo à medicina estabelecer os critérios válidos; 4) a morte psíquica, na qual a percepção psicológica da morte antecede, em um tempo variável, a morte biológica; aqui o enfermo toma consciência do escoamento progressivo e inexorável de sua vida; 5) a morte pode também ser simbólica, “um conjunto de relações sociais, encarnado no indivíduo”.(VIGOTSKI, Lev Semenovich. *Manuscrito de 1929*. Educação & Sociedade. São Paulo: Cortez Ed. n.º. 71, 2000, p.33.) Se a morte faz parte da vida, deve ser incluída nela, procurando com que a vida possa ser vivida criativamente e a morte simbólica possa ser aceita como mais um dos fatos da vida. Já que a vida é, também, constituída através dessas experiências. (SIQUEIRA-BATISTA, op. cit.)

“esgota” sua energia na própria criação, o ritual, na sua repetição, é o indício mais seguro desse esgotamento. Fazendo isso, assegura a permanência do grupo.¹⁷⁷ "A sociedade articulou uma série de ritos que ajudam a integrar, a assumir a ruptura pessoal, familiar e social que é inseparável da morte. Ao mesmo tempo, a morte é um fato tão dramático e inaceitável que tem de ser submetida à cultura".¹⁷⁸

O importante nos rituais não seria o seu conteúdo explícito, mas suas características de forma, convencionalidade, repetição etc. O ritual é um fenômeno especial da sociedade, que nos revela expressões e valores dessa sociedade, mas o ritual expande, ilumina e ressalta o que já é comum a um determinado grupo.¹⁷⁹

O ritual é um sistema cultural de comunicação simbólica. Ele é constituído de seqüências ordenadas e padronizadas de palavras e atos, em geral expressos por múltiplos meios. Estas seqüências têm conteúdo e arranjos caracterizados por graus variados de formalidade (convencionalidade), estereotipia (rigidez), condensação (fusão) e redundância (repetição). A ação ritual nos seus traços constitutivos pode ser vista como “performativa” em três sentidos:

No sentido pelo qual dizer é também fazer alguma coisa como um ato convencional (como a resposta sim à pergunta do padre em um casamento);

No sentido pelo qual os participantes experimentam intensamente uma performance que utiliza vários meios de comunicação (como o carnaval);

No sentido de valores inferidos e criados pelos atores durante a performance (como quando identificamos o Brasil como o time campeão do mundo).¹⁸⁰

¹⁷⁷ MAFFESOLI, op. cit., p. 27. Do mesmo modo: PEIRANO, Mariza. *Rituais ontem e hoje*, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003. p. 141. “Cada ritual é um manifesto contra a indeterminação”: através da repetição e da formalidade, elaboradas e determinadas pelos grupos sociais, os rituais demonstram a ordem e a promessa de continuidade destes mesmos grupos.

¹⁷⁸ PESSINI; BARCHIFONTAINE, 1997, p. 349.

¹⁷⁹ PEIRANO, op. cit., p. 10.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 11

A morte está longe de ser um tema de fácil abordagem, sobretudo nos dias atuais, muitas vezes tem sido vedada tornando o mote um genuíno tabu, em relação ao qual se adota a esquivia como atitude principal.¹⁸¹

A repulsa ao tema tem como um dos seus liames precípuos o sentimento de angústia e desamparo diante da idéia de finitude e do incognoscível.¹⁸² Ademais, a morte está, na maioria das vezes, relacionada ao sofrimento de uma doença grave ou mitigante ou à crueza de um acidente ou de outra causa violenta de fenecer, que ceifa a vida nos melhores dias.¹⁸³

A morte não se relaciona simplesmente com um cadáver, com o final da vida, trata-se também de uma nova condição, uma nova iniciação à vida eterna, ao reino dos mortos. Os rituais de sepultamento simbolizam a separação do mundo dos vivos; estes devem zelar pelo bom encaminhamento dos ritos segundo os costumes do grupo. Cada “pequena morte” é seguida por um “renascimento” em nova condição. Esta transformação tem em seu período intermediário geralmente a representação de um risco: socialmente, o indivíduo não mais é o que era, mas também ainda não é o que será, após o fim dos ritos. Esta fase foi chamada de margem (Gennep) ou liminar (Turner).¹⁸⁴

Nascimento e morte pertencem igualmente à vida, são os dois pólos de todas as manifestações da vida.¹⁸⁵ Sendo assim, vida e morte podem ser consideradas como as duas faces inseparáveis (apesar de serem experientialmente distinguíveis) da existência humana, durante a qual ambas são mediadas pelas situações de finitude, chamadas vulnerabilidade. Vivenciar o processo de viver e morrer, na condição de vulnerabilidade, faz parte da experiência humana enquanto ser-aí

¹⁸¹ ELIAS, Norberto. *A solidão dos moribundos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar; 2001. p. 19.

¹⁸² SHRAMM, Fermin Rolam. Morte e Finitude em nossa sociedade: implicações no ensino dos cuidados paliativos. *Revista Brasileira de Cancerologia*, Rio de Janeiro, v. 48, n.1, p. 17-20, Jan. 2002.

¹⁸³ SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo. O médico diante da morte: perspectivas de discussão ética com base na filosofia de Immanuel Kant. *Revista da Faculdade de Medicina de Teresópolis*, n. 3, v. 1, 2001. p. 18-22.

¹⁸⁴ Nesse sentido: VAN GENNEP, Arnold. *Os Ritos de Passagem*. Petrópolis: Editora Vozes, 1978. Ver também: TURNER, Victor W. *O Processo Ritual*. Vozes, Petrópolis, 1974.

¹⁸⁵ Gregos e romanos adornavam seus preciosos sarcófagos com baixos relevos figurando festas, danças, casamentos, caçadas, imagens da vida mais alegre, animada e intensa. (SCHOPENHAUER, Arthur. *Dores do mundo: o amor, a morte, a arte*. Rio de Janeiro: Ediouro. p. 125-126.)

(*Dasein*), isto é, de ser jogado no mundo e submetido aos efeitos devastadores do tempo, o que tornaria todo ser vivo humano de alguma forma consciente de ser um ser-para-a-morte.¹⁸⁶

A morte não se refere apenas ao envelhecimento contínuo, à transitoriedade, ao declínio inexorável de todas as forças vivas. Ela evoca também um outro mundo, aterrador, “aquele da confusão, do caos, do inteligível, onde não existe mais nada nem ninguém”.¹⁸⁷

A morte é vista como ultrapassagem de fronteira, de modo que os cerimoniais fúnebres e as diferentes formas de edificações, inscrições funerárias, toda a ideologia presente nas representações pictóricas e esculturais da morte, assumem a mesma função social de partes integrantes de rituais de passagem. Por meio delas, o morto é conduzido na travessia para o outro lado, para a outra margem da existência, deixando entre os vivos a presença de um vazio, que se conserva na memória coletiva dos que sobreviveram. As cerimônias fúnebres são o memorial de passagem dos que deixaram a vida e adquiriram um novo status social: o estatuto que pertence à condição de morto.¹⁸⁸

¹⁸⁶ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 9. ed. Petrópolis: Vozes; 2002. Do mesmo modo: SCHOPENHAUER, op. cit., p. 126-132. "A morte é solução dolorosa do laço formado pela geração com a voluptuosidade, é destruição violenta do erro fundamental do nosso ser; o grande desengano". A individualidade da maioria dos homens é tão miserável, tão insignificante que nada perde com a morte: o que neles pode ter ainda algum valor, os traços gerais da humanidade, subsiste nos outros homens. É à humanidade e não ao indivíduo que se pode assegurar a duração. O cuidado com que o inseto prepara a célula, o buraco, o ninho assim como o alimento para a larva que deve nascer na seguinte primavera, e feito isto, morre tranquilo- assemelha-se perfeitamente ao cuidado com que o homem arruma, à noite, o fato e prepara o almoço para o dia seguinte indo depois dormir em sossego. E este caso não se daria se um inseto que deve morrer no outono, considerado em si mesmo e na sua verdadeira essência, não fosse idêntico ao que se deve desenvolver na primavera, assim como o homem que se deita, é o mesmo que se levanta. A natureza exprime no seu sentido lacônico, oracular, que o aniquilamento dos seres lhe é indiferente, que nada significa. "Quando essa mãe soberana, universal, expõe sem escrúpulo algum os filhos a mil perigos iminentes, sabe que quando sucumbem, é para voltarem ao seu seio onde os conserva ocultos; a sua morte não passa de uma brincadeira. Sucede com o homem o mesmo que com os animais. O oráculo da natureza estende-se à nós; a nossa vida ou a nossa morte não a comove, e não deveria comover-nos, porque também fazemos parte da natureza".

¹⁸⁷ A metáfora do abismo, espaço vazio e indiferenciado em que a vida se precipita na escuridão das sombras, no anonimato de um caos indizível e impensável, corresponde à face obscura, aterradora, da experiência social e histórica da morte. A morte se apresenta sempre como um limiar intransponível, uma fronteira que delimita uma região de sombras definitivamente inacessível para os vivos. (GIACOIA JÚNIOR, Oswaldo. A visão da morte ao longo do tempo. *Medicina (Ribeirão Preto)* 2005; 38(1): p. 14.)

¹⁸⁸ A metáfora do abismo, espaço vazio e indiferenciado em que a vida se precipita na escuridão das sombras, no anonimato de um caos indizível e impensável, corresponde à face obscura, aterradora, da experiência social e histórica da morte. A morte se apresenta sempre como um limiar

É fundamental observar a maneira como as sociedades se posicionam perante a morte, pois esta desempenha papel decisivo na constituição e na manutenção da própria identidade coletiva. A integração da morte e da relação com ela constitui um dos elementos mais relevantes para a formação de uma tradição cultural comum.¹⁸⁹

Todo grupo de pessoas se considera um todo organizado, uma ordem, portanto, se afirma como o mundo da cultura, o civilizado. Logo, o outro é visto como o caos, o selvagem. De maneira análoga, cada sociedade deve afrontar a alteridade radical, a extrema ausência de forma, o não ser por excelência, que constitui o fenômeno da morte. É necessário integrá-la a seu universo mental e às suas práticas institucionais. Conferir a alguns personagens defuntos, graças a um ritual funerário apropriado, um estatuto social tal que eles permanecem, em sua condição de mortos, inscritos na memória da vida presente, que eles intervenham nela, enquanto mortos, que eles tomem a parte que lhes cabe na dominação das forças sociais de que dependem o equilíbrio da comunidade e a permanência de sua ordem.¹⁹⁰

Nesse sentido, os povos mesopotâmios costumavam enterrar os corpos dos mortos acompanhados de todas as marcas de sua identidade pessoal e familiar, como seus pertences, insígnias e objetos de uso, suas vestimentas e até suas comidas prediletas. Cuidava-se para que nada faltasse na travessia, nada perturbasse ou violasse o espaço sagrado do túmulo ou mausoléu, cujo necrológio registrava a pertença do morto a uma determinada linhagem ou família, a seu status

intransponível, uma fronteira que delimita uma região de sombras definitivamente inacessível para os vivos. (GIACCOIA JÚNIOR, op. cit., p.15.)

¹⁸⁹ A metáfora do abismo, espaço vazio e indiferenciado em que a vida se precipita na escuridão das sombras, no anonimato de um caos indizível e impensável, corresponde à face obscura, aterradora, da experiência social e histórica da morte. A morte se apresenta sempre como um limiar intransponível, uma fronteira que delimita uma região de sombras definitivamente inacessível para os vivos. (Ibidem, p. 14.)

¹⁹⁰ GIACCOIA JÚNIOR, op. cit., p. 13.

e importância social. Situados junto às cidades, os cemitérios a elas pertenciam de modo essencial, demarcando como que os limites em que o mundo dos vivos se comunicava com o espaço dos mortos, tendo nele suas raízes.

“No fundo de seus sepulcros, os mortos formam assim as raízes que, dando ao grupo humano seu ponto de ancoragem no solo, lhe asseguram a estabilidade no espaço e a continuidade no tempo. Quando um conquistador pretende destruir ou reduzir à servidão uma nação inimiga, é preciso, de início, extirpar suas raízes: as tumbas, violadas, são abertas, os ossos pulverizados são dispersos ao vento. Com suas amarras rompidas, as comunidades flutuam: semelhantes a um cadáver privado de sepultura, lançado às feras, cujo espectro é condenado a vagabundear sem fim; privados de poder penetrar no reino dos mortos, eles são abandonados à errância, à marginalidade, ao caos. Na ótica mesopotâmica, uma sociedade cortada de seus mortos não tem mais lugar no tabuleiro de xadrez da extensão terrestre. Com suas raízes, ela perde sua estabilidade, sua consistência, sua coesão”.¹⁹¹

No ritual funerário dos antigos hindus o cadáver não era conservado com suas marcas de identidade, personalidade e inserção social. Seu ritual era a incineração crematória, onde o cadáver era completamente consumido pelo fogo, destruído até às cinzas, que eram lançadas ao vento ou nas águas dos rios, sendo o morto despojado de todos os seus traços identitários. A destruição do cadáver marcava a purgação de todos os seus pecados sendo a vida individual, ela própria, significada como dilaceração da unidade, conflito, delito e transgressão, que deve ser expiada pela morte. É na morte que se coloca o verdadeiro horizonte de sentido para a vida.¹⁹²

Os antigos gregos também cremavam os corpos dos mortos, como sacrifício, expiação de tudo o que era mortal e perecível, para preparar a passagem para uma outra condição de existência, a condição social de mortos. Entretanto, diferentemente dos hindus, na incineração, as cinzas são cuidadosamente guardadas como memória dos mortos. O sacrifício não tinha a intenção de apagar os registros mundanos do falecido, mas de determinar dois tipos de mortos: de um lado, a morte regular, uniforme e anônima, que acomete o comum dos mortais. Esses cadáveres são cremados coletivamente e depositados em vala comum. De outro,

¹⁹¹ GIACOIA JÚNIOR, op. cit., p. 13-14.

¹⁹² As comunidades hindus bramânicas, no que a elas concerne, não buscam implantar sua permanência na terra. Elas se enraízam no além. A morte não é a interrupção da vida, nem seu enfraquecimento ou sua sombra. Ela constitui o horizonte de sentido sem o qual o curso da

são levados à pira crematória os corpos falecidos dos grandes heróis, na cerimônia da bela morte.¹⁹³

A esse respeito, é oportuno contrastar as diferentes figuras simbólicas da morte nessas diferentes civilizações. Entre os povos da Mesopotâmia, os reis são sepultados com honrarias, em mausoléus pomposos, sua imagem é conservada para sempre nas estátuas postadas em templo e palácios, como registro perene de sua origem, ascendência e de sua importância para a vida comum do povo.¹⁹⁴

Entre os hindus, a verdadeira virtude só pode ser encontrada entre os ascetas, os monges, os que praticam a renúncia e se tornam faquires. Por isso, seus corpos não são cremados em sacrifício, mas enterrados, em posição de meditação. Sobre as suas covas são erguidos lugares sagrados de peregrinação e memória, como uma indicação de que o verdadeiro sentido da vida consiste no despojamento do corpo e na preparação para a morte.¹⁹⁵

Para a tradição cristã a morte era uma espécie de sono profundo, mediado pela expectativa da ressurreição, quando as almas voltariam a habitar os corpos. Essa idéia introduziu uma nova percepção e poupou gerações ao longo de séculos da idéia aterradora do fim definitivo.

Os desenvolvimentos atuais das biotecnologias modificaram nossas antigas formas sociais de percepção da relação de pertencimento mútuo entre vida e morte. Os notáveis progressos das ciências biomédicas põem à disposição do fazer humano inúmeras possibilidades em matéria de procriação humana, de fracionamento e transformação de organismos, fazendo surgir dilemas que não são mais apenas relativos ao direito de transmitir vida ou de suprimi-la, mas que tocam

existência, para pessoas e para os grupos, não teria direção, sentido ou valor. (GIACOIA JÚNIOR, op. cit., p. 14.)

¹⁹³ É somente pela prova da virtude na morte que um autêntico grego antigo se tornava um indivíduo, passava a ser alguém, cuja vida é digna de lembrança. Exemplo dessa inscrição para sempre na memória coletiva é a morte de Aquiles, tombado na flor da idade e no campo de combate mais aguerrido. Morte celebrada pela epopéia que funda a identidade helênica, a *Ilíada* de Homero Aquiles, o herói, é ali descrito como o melhor dos gregos, justamente pelo rigor implacável de sua biografia, pelo radicalismo de seus feitos e façanhas, pela recusa intransigente de qualquer compromisso e acomodação, pela excelência guerreira, a única capaz de proporcionar a glória. (Ibidem, p. 14-15.)

¹⁹⁴ GIACOIA JÚNIOR, op. cit., p. 16.

¹⁹⁵ Ibidem, p. 17-19.

ao direito de remodelá-la, de produzir seres vivos novos e até de industrializar essa produção. Tais dilemas reconfiguram também nossas antigas crenças e esperanças de imortalidade. Indicam que a arcaica representação da morte, assim como o desejo de perpetuação da vida, adquire hoje um contorno inusitado, digno de ser pensado em toda sua extensão e profundidade: não mais a sobrevivência heróica na memória popular; não mais a sobrevida dos reis magníficos, ou das grandes personagens da história política dos povos, também não mais a fusão com o Absoluto, ou a eterna bem aventurança no Paraíso, mas a sobrevida como reprodução, virtualmente infinita, de artefatos técnicos do fazer humano.¹⁹⁶

O problema social da morte é difícil de se resolver porque os vivos encontram dificuldades em identificar-se com os doentes em fase terminal. Porque somente os homens sabem que vão morrer. Tão somente eles podem prever seu próprio final, têm consciência de que pode acontecer a qualquer instante e adotam mecanismos especiais, tanto como indivíduos, tanto como grupos para proteger-se do perigo do aniquilamento¹⁹⁷.

É quase impossível pensar na morte sem pensar também na vida ou em vida após a morte. A morte enquanto tal é praticamente impensável e quando, por alguma razão de força maior, ela se impõe à consciência, isso só se dá com muito sofrimento, em situações de vulnerabilidade e através das experiências sofridas do desamparo, que de fato são experiências dos seres humanos vivos que vivenciam apenas a precariedade da condição humana, mas não a morte.¹⁹⁸

Esta impossibilidade provavelmente explica o porquê as sociedades contemporâneas têm cada vez mais dificuldades em pensar a questão da morte e do morrer em seus aspectos de processo e em suas múltiplas significações. Isso ocorre apesar da sociedade contemporânea ter-se tornado uma sociedade do risco, na qual se multiplicam as ocasiões de experimentar a vulnerabilidade e enfrentar a morte em

¹⁹⁶ CANTO-SPERBER, Monique (Org.). *Dicionário de ética e filosofia moral*. Tradução Ribeiro-Anhoff, A.M. et al. São Leopoldo : Ed. Unisinos, 2003. p. 748.

¹⁹⁷ ELIAS, Norbert. *Dicionário do pensamento social do século XX*. Jorge Zahar Editor, 1996.

Ao contrário de todos os outros animais, o homem sofre para além do presente, nas dimensões do passado e do futuro, e se pergunta pelo sentido de sua existência - exatamente porque sua única certeza é a de estar destinado a morrer.

¹⁹⁸ SHRAMM, op. cit., p. 18-19.

situações violentas de inúmeros tipos. Este aparente paradoxo - consistente no “recalque” do pensamento da morte, por um lado, e na persistência de ocasiões de experiência da morte e até na emergência de novas formas de violência e maneiras de experienciar a morte (como o perigo do bioterrorismo), por outro, pode ser caracterizado como uma conseqüência do processo civilizador: Devido a este temor, “a morte é empurrada mais e mais para os bastidores da vida social durante o impulso civilizador. Para os próprios moribundos, isso significa que eles também são empurrados para os bastidores, são isolados”.¹⁹⁹

Na Idade Média a morte era menos ocultada devido ao fato do morrer ser considerado uma questão mais pública e menos privada. Na sociedade medieval as pessoas morriam serenas e calmas, contrariamente à sociedade moderna, em que morrer se tornou um fato meramente privado ou totalmente recalcado.²⁰⁰

A vida na sociedade medieval era mais curta; os perigos, menos controláveis; a morte, por vezes era mais dolorosa; existia o sentido da culpa e o medo da punição depois da morte. Porém, em todos os casos, a participação dos outros na morte de um indivíduo era muito mais comum. Atualmente sabemos aliviar as dores da morte em muitos casos; angústias de culpa são mais plenamente recalcadas e talvez dominadas, mas o envolvimento dos outros na morte de um indivíduo diminuiu.²⁰¹ Uma das razões deste afastamento dos moribundos “para os bastidores da vida social” é a medicalização da vida, sobretudo devido à crescente incorporação tecnológica à medicina.²⁰²

Lentamente, a relação direta do homem com a morte mudou. No passado era tão presente e familiar, agora, a morte vai se apagando até desaparecer. O sentimento de angústia não desapareceu, mas a demonstração deste é cada vez mais recalcada, pois esvazia-se a carga dramática. Há uma interdição da

¹⁹⁹ ELIAS, 2001, p. 19.

²⁰⁰ ARIÈS, Philippe. *O homem diante da morte*. Rio de Janeiro: Francisco Alves; 1982. p. 55.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 55-65.

²⁰² ELIAS, 2001, p. 31.

manifestação pública da dor, gerando a obrigação de sofrer só e às escondidas. Uma dor demasiado visível não inspira pena, mas repugnância.²⁰³

Aos poucos, a morte se torna silêncio, perde poder de evocação, conseqüentemente, a interdição atinge também os ritos funerais. A cerimônia passa a ser discreta, as condolências breves e resumidas ao final dos serviços do enterro, até o luto não é mais um tempo necessário imposto pela sociedade, tornou-se apenas um estado mórbido que deve ser tratado, abreviado e apagado. Roupas escuras não são mais precisas. Usa-se o colorido, como se fosse mais um dia qualquer.

A aceleração do processo de interdição da morte está atrelada ao deslocamento do lugar da morte, pois no passado se morria em casa, entre os seus. Retira-se da casa "a perturbação e a emoção excessivamente fortes, insuportáveis, causadas pela fealdade da agonia e pela simples presença da morte em plena vida feliz". Passa a ser inconveniente morrer em casa. O hospital é o lugar que dá novo sentido ao ato de morrer. Instituições higiênicas surgidas especialmente a partir do século XX, vem interditando a morte enquanto experiência já que no hospital, ela se resume a um fenômeno técnico, causado pela parada dos cuidados do médico, que é, naquele momento, o guardião da morte.²⁰⁴ No entanto, nas sociedades tecnologicamente avançadas, cresce a consciência da legitimidade moral da cultura do respeito da autonomia do paciente e, juntamente com isso, surge uma nova atmosfera ao redor do morrer na qual questiona-se a tarefa médica de fazer tudo o possível, mesmo contra os desejos do paciente, para impedir ou postergar a morte.²⁰⁵

²⁰³ "A própria morte despiu-se dos odores, dos choros e dos tormentos que a cercavam para acontecer civilizadamente nos ambientes preservados das UTIs. A dor é escamoteada, expulsa, comprimida e travestida com os recursos disponibilizados pela moderna tecnologia." (MINAHIM, op. cit., p. 24.)

²⁰⁴ ARNAUTOU, Delphine. *Old age and Death*. In: *Death, dying and Society*. East Sussex: Lawrence Erlbaum, 1991. p. 341.

²⁰⁵ KOTTOW, Miguel. *Introducción a la bioética*. Santiago: Ed. Universitária; 1995. p. 150.

2.4. MORTE E TEMPO

O homem, enquanto ser vivente, tem ao seu lado constantemente a angústia e a presença da morte.²⁰⁶ O culto aos mortos é algo difundido ao longo dos tempos. O culto católico engloba o momento anterior à morte, a aproximação do final, a consciência da vida a acabar-se, a noção de que o tempo está terminando para iniciar um outro, eterno.

Na morte há uma diferenciação dos tempos, apesar de representar o fim de uma vida, de um ciclo. O culto aos mortos busca, entre outras coisas, perpetuar o final, para que um ente querido permaneça mais tempo presente entre seus familiares. Sendo assim, apesar de em relação à morte ter-se sempre a idéia do final de uma etapa, há também outros tempos que intervêm neste final. Durante a doença, existe a aproximação do fim, adiado ao máximo possível, onde a preparação dos ritos fúnebres e o velório buscam evitar o inevitável, qual seja, a separação.

O poema *Stop all the clocks*, também conhecido como *Funeral Blues* exemplifica bem este desejo.

Stop all the clocks, cut off the telephone, prevent the dog from barking with a juicy bone, silence the pianos and with muffled drum, bring out the coffin, let the mourners come.
 Let aeroplanes circle moaning overhead, scribbling on the sky the message He Is Dead, put crepe bows round the white necks of the public doves, let the traffic policemen wear black cotton gloves.
 He was my North, my South, my East and West, my working week and my Sunday rest, my noon, my midnight, my talk, my song;
 I thought that love would last forever; I was wrong.
 The stars are not wanted now: put out every one; pack up the moon and dismantle the sun; pour away the ocean and sweep up the wood,
 For nothing now can ever come to any good.²⁰⁷

²⁰⁶ Como exemplo disso pode-se citar um retábulo existente em uma igreja de Nice, na França, do século XVII: a morte, representada por uma figura jacente é subjugada pela estátua de um ancião - o Tempo - "barbudo, brandindo sua foice". (VOVELLE, Michel. *Imagens e imaginário na história. Fantasmas e certezas nas mentalidades desde a Idade Média até o século XX*. São Paulo: Ática, 1997. p. 57.)

²⁰⁷ AUDEN, Wystan Hugh. *Stop all the clocks*. Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/W._H._Auden>. Acesso em: 01 de jan. 2007. Tradução de minha autoria: "Parem os relógios, calem o telefone, impeçam o cão de latir, emudeçam os pianos e com um toque de tambor tragam o caixão com o seu cortejo. Voem em círculos os aviões escrevendo no céu a mensagem: "Ele está morto". Ponham laços nos pescoços das pombas. Façam

A intenção era parar o tempo no exato momento em que o ser amado faleceu. Fazer com que o instrumento responsável pela marcação da passagem do tempo não funcionasse era uma prática comum nos tempos antigos, uma forma de dor e indignação. Quando não havia essa possibilidade, devido a complicada mecânica de funcionamento, ele era tapado com um tecido preto, pois sua contínua marcação temporal deveria cessar, já que para aquele que morria, o tempo terreno não existia mais.²⁰⁸

No período medieval predominava a morte domada, impregnada de preocupação com o tempo final da vida. O homem tinha a idéia de que seu tempo na terra estava no final, então, através de presságios e avisos, o homem preparava-se para a morte, cercado por um cerimonial de tristeza e dor.²⁰⁹

O homem normalmente era advertido de sua morte. Este aviso era dado por signos naturais ou por uma convicção íntima muito mais do que uma premonição sobrenatural ou mágica. O aparecimento de almas de outro mundo, mesmo que em sonho, tinha caráter prodigioso, a visão da morte era sensível somente aos que iriam morrer. A crença de que a morte avisava a sua chegada, perpassou séculos, sobrevivendo na mentalidade popular.²¹⁰

O maior temor que existia era morrer abrupta e anonimamente, sem ter recebido as homenagens necessárias, temor que perpetuou-se até meados do século XIX.

Após este período, chegou-se à morte de si mesmo, pois o homem, antes de ter seu tempo na terra finalizado passou a buscar a absolvição através de ritos,

os policiais usarem luvas pretas de algodão. Ele era meu norte, meu sul, meu leste e oeste. Minha semana de trabalho e meu domingo. Meu meio-dia, minha meia-noite. Minha conversa, minha canção. Pensei que o amor fosse eterno, enganei-me. As estrelas são indesejadas agora, dispensem todas. Embrulhem a lua e desmantelem o sol. Despejem o oceano e varram o bosque pois nada será como antes".

²⁰⁸ MARQUES, Gisele da Silva. O Tempo e a Morte. In: GAUER, Ruth M. Chittó. (Coor). *Tempo/História*. Porto Alegre: Edipucrs, 1998. p. 101.

²⁰⁹ Monges piedosos sentiam a aproximação da morte. "Viu a morte a seu lado e teve assim o pressentimento de sua morte". (ÁRIES, op. cit., p. 8.)

²¹⁰ No século XVII Dom Quixote não procura fugir da morte através das quimeras em que havia consumido sua vida. Pelo contrário, os signos precursores da morte trazem-no à razão. (ARIÈS, philippe. *História da Morte no Ocidente*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2003. p. 28). Do mesmo modo: MARQUES, op. cit., p. 102-103.

comemorações, missas e principalmente, através dos testamentos. Mesmo antes de morrer, preocupou-se com o que iria acontecer após sua morte, então, através dos testamentos, garantia a sua salvação para vida eterna. Mesmo sendo a morte a única coisa certa e esperada durante a existência humana, não há tempo certo para ela chegar, ela pode surpreender quando menos se espera. Por esta razão, a igreja católica, desde a idade média, preconiza que todo cristão deveria fazer seu testamento durante sua vida. Ninguém poderia morrer deixando problemas a serem resolvidos, como partilhas de bens, dívidas.²¹¹

A partir de meados do século XIX, a morte passou a ser considerada romântica. A morte do outro era bela, sublime e, acima de tudo, era uma possibilidade de reencontro. Acabou um tempo, iniciou outro onde surgiu a possibilidade de união com aqueles que já partiram. A realização de testamento tornou-se um hábito já que a morte súbita, sem a realização do mesmo, impediria a entrada do falecido no paraíso, e o tão esperado reencontro com seus entes queridos. Só estaria a salvo aquele que apanhado pela morte já tivesse feito seu testamento.²¹²

O ritual da morte sempre teve um sentido afetivo. A separação dos que se amam é a ruptura tempo - espaço, entre o familiar e a sua família, pois esta, mostrava-se incapaz de suportar a carga de dor.²¹³

No culto cristão aos mortos, para ritualizar o tempo final da vida humana, a igreja católica retoma temas das cerimônias do batismo tais como aspersões com água purificadora, a visão da luz do fogo com chamas e velas, "cuja fumaça sobe para Deus como a alma que empreende sua ascensão, e as orações que imploram a divindade".²¹⁴

²¹¹ O crescimento de pêlos e unhas, a existência de secreções corporais logo após a morte são fatos biologicamente explicáveis, contudo religiosamente, muitos os percebem como uma forma de continuidade da vida, da imortalidade da alma. (MARQUES, op. cit., p. 103.)

²¹² Ibidem, p. 104.

²¹³ ARNAUTOU, op. cit., p. 341.

²¹⁴ BAYARD, Jean-Pierre. *Sentido oculto dos ritos mortuários*. Morrer é morrer? São Paulo: Paulus, 1996. p.143.

O que parece um retorno é na verdade a idéia de que nada morre, mas renasce, concepção confirmada pela própria prática de levar flores ao cemitério. Ao morrer, as flores soltam sementes na terra, fazendo brotar uma nova vida. Os rituais fúnebres constituem uma forma de o passado estar sempre presente. Os velórios, enterros, missas, tornam, de certa forma, presentes aqueles que já não existem entre os vivos, conservam recordações.

A morte durante longo tempo teve seu significado relacionado ao descanso, acreditava-se que os mortos dormiam. Era visto como um tempo não acabado, o momento relaxado, onde o morto esperava o despertar no dia da ressurreição.²¹⁵ O repouso é a imagem mais popular do além, que não desapareceu até o presente.

A morte, dentro da escatologia cristã, é vista como uma extrapolação para fora do tempo, é passagem para a eternidade, para o hoje eterno. Enquanto corpo, o homem participa do tempo biológico, mas ele não é só o corpo, é também o espírito, sendo corpo e espírito inseparáveis, já que interagem. O juízo final, o fim do mundo e a ressurreição da carne podem designar o acabamento do processo cósmico, no qual se realiza a unidade completa e absoluta entre matéria e espírito.²¹⁶

O século XX traz uma nova realidade, pois a boa morte passou a ser aquela repentina, não percebida. O tempo de preparação, o triste prolongamento do tempo de despedida já não contava mais. Deve-se sim, livrar-se o mais rápido possível desse infortúnio, pois a vida dos que ficam continua e o tempo é curto para se desperdiçar com algo que já não tem mais solução.

Na entrada do século XXI, o tempo da morte e de seus rituais não é mais prolongado e vivificado plenamente pela comunidade cristã como outrora. A medicina conseguiu diminuir e até mesmo suprimir a dor e o sofrimento dos doentes, mas a repugnância em relação à morte tomou o lugar da piedade.

²¹⁵ Na Idade Média a extrema-unção dos clérigos era chamada *Dormientium Existium*: o sacramento da morte dos que dormem. ÀRIES, *O homem diante da morte*. p. 8.

²¹⁶ ZILLES, Urbano. *Esperança para além da morte*. RS: Escola Superior de Teologia, 1980. p. 83-89.

Mesmo sendo a morte algo comum entre os homens, ela caracteriza-se como sendo pitoresca, pois não se tem explicação científica e animadora a respeito do que acontece após a morte. Não existem provas concretas do lugar para onde o ser humano vai, quando acaba sua vida na terra. Sendo assim, a morte é um acontecimento temido, que gera muita curiosidade.²¹⁷

Na história da morte há um tempo que acaba (a vida na Terra), onde a separação da família com o defunto é adiada ao máximo possível. Velar o corpo não traz somente o sentido religioso de livrar uma alma da escuridão, de certificar que aquele corpo inerte não tem mais vida, ou esperar que parentes distantes tenham tempo de chegar para dar o último adeus àquele que parte para sempre. Apesar de saber que a alma daquela pessoa não está mais ali presente, não existe o desejo de vê-la partir, uma vez que esta separação é a prova de que alguém está morto. Outro tempo que se aponta, é o que diz respeito a eternidade, pois "é morrendo que se vive para vida eterna".²¹⁸

Na concepção católica, aquele que morria, mesmo tendo cometido seus pecados ou erros durante sua existência na Terra, ao testar (pedia missas a favor de sua alma, também em louvor a Deus e aos seus santos) buscava uma forma de apagar, eliminar o passado pecaminoso que foi dado a todos através do pecado original e iniciar um novo tempo, através do presente eterno.

Conclui-se, diante do exposto, que a morte presta-se muito bem à relação tempo-espaço. É o final da vida (tempo) na Terra (espaço), onde a esperança de se chegar à Eternidade (tempo) e ao Paraíso (espaço) minimiza a apavorante idéia da morte. Não trabalhar, não ouvir música, não varrer a casa, não abrir suas janelas (representação máxima do nascer de uma nova esperança), eram práticas adotadas em sinal de luto, é a idéia de parar o tempo, uma vez que foi finalizada uma vida.

²¹⁷ MARQUES, Gisele. op. cit., p. 106.

²¹⁸ PRECE DE SÃO FRANCISCO DE ASSIS. Tradução de Alziro Zarur. *Folheto da legião da Boa Vontade*, s/d.

3. EUTANÁSIA: CONCEITO E MODALIDADES

A palavra eutanásia²¹⁹ é de origem grega, tendo sido empregada pela primeira vez pelo filósofo inglês Bacon (Bacon de Verulamio)²²⁰, no século XVII, em sua obra “*Historia vitae et mortis*”, como sendo o “tratamento adequado às doenças incuráveis”. Influenciado pela corrente de pensamento da filosofia experimental dominante da época, Bacon sustentou a tese de que, nas enfermidades consideradas incuráveis, era absolutamente humano e necessário dar uma boa morte, cessando assim, o sofrimento dos enfermos. Do grego *eu e thanatos*, significa “a morte sem sofrimento e sem dor”. Pode também ser entendida como: boa morte, morte direta e indolor, morte boa e honrosa, alívio da dor, golpe de graça, morte apropriada, morte piedosa, morte benéfica, fácil, crime caritativo, ou simplesmente, direito de morrer. O Dicionário da Língua Portuguesa, de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, apresenta o seguinte conceito: “**eutanásia**. [Do gr. *euthanasía*.] S. f. **1.** Morte serena, sem sofrimento. **2.** Prática, sem amparo legal, pela qual se busca abreviar, sem dor ou sofrimento, a vida de um doente reconhecidamente incurável. [Var. pros.: *eutanasia*. Antôn.: *distanásia* ou *distanasia*]”.²²¹

²¹⁹ Eutanásia ou Eutanasia: no vernáculo correto, e também na pronúncia, o termo exato a ser utilizado seria eutanasia, contudo, o costume e a prática têm ditado o contrário, ou seja, eutanásia, assim como necrópsia e necropsia, e tantos outros termos semelhantes. Usarei o costumeiro, portanto, eutanásia.

²²⁰ BACON, Francis. Conforme JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Libertad de amar e derecho a morir*: ensaios de um criminalista sobre eugenesia y eutanásia. Lisboa: Livraria Clássica, 1929. p. 333-336. Relata que o autor Francis Bacon utilizou o vocábulo “eutanásia” quando estudava um dos capítulos de suas obras sobre “tratamento das enfermidades incuráveis”. Em tom grandiloqüente, recomendava que todos os recursos deviam ser utilizados para que o final da vida fosse o último ato da obra de um poeta dramático. Do mesmo modo: MINAHIM, op. cit., p. 179.

²²¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*, 2. ed., 17. imp. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. p. 735.

A eutanásia teve, ao longo dos tempos, vários defensores. A discussão acerca dos valores sociais, culturais e religiosos envolvidos na questão da eutanásia apareceu, em primeiro plano, na Grécia antiga, de modo que se encontra em Platão, Epicuro e Plínio os primeiros filósofos a abordarem o tema.²²² Platão, em sua República, expõe já conceitos de caráter solucionador, patrocinando o homicídio dos anciões, dos débeis e dos enfermos. Igualmente, Sócrates defendia a idéia de que o sofrimento resultante de uma doença dolorosa justificava o suicídio. Aristóteles, Pitágoras e Epicuro, ao contrário, condenavam tal prática. Desse pensamento greco-latino, divorcia-se Hipócrates, que em seu juramento declarou: “eu não darei qualquer droga fatal a uma pessoa, se me for solicitado, nem sugerirei o uso de qualquer uma deste tipo”.²²³

O cenário da morte e a situação de paciente terminal são as condições que ensejam maiores conflitos nesta nova era trazida pelo avanço da tecnologia aplicada à Medicina. As novas situações surgidas devem levar em conta os princípios da preservação da vida e do alívio do sofrimento (mesmo que, às vezes, eles pareçam antagônicos).

Apesar da Medicina Moderna ter alcançado muitas vitórias e poder prolongar a vida do homem através de tratamentos que minimizam e até curam doenças, ao final, todos devem morrer, mas deve-se lutar pelo direito a uma morte que seja digna, que ocorra sem abusos ou omissões.

De outro lado, há o entendimento de que o direito à existência engloba o direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo, ou seja, é o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável.²²⁴ O direito constitucional à vida é um processo vital, instaurado com a concepção, que se transforma, progride, mantendo sua identidade, até mudar de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. Tudo o que interferir em prejuízo neste fluir espontâneo contraria a vida.²²⁵

²²² MINAHIM, op. cit., p. 179

²²³ PESSINI; BARCHIFONTAINE, 1998, p. 483-484.

²²⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 201.

²²⁵ *Ibidem*, p. 200.

3.1. ORIGEM E CONCEITO DE EUTANÁSIA

A eutanásia teve, ao longo dos tempos, vários defensores e inúmeras facetas.²²⁶ No entanto, a maioria das antigas formas realizadas não condiz com o conceito de eutanásia aqui perfilhado, porque informadas por escopos eugênicos ou econômicos.²²⁷

Faz-se, então, necessário para melhor elucidação do tema em foco transcrever alguns conceitos utilizados por autores renomados.

Segundo Roxin, “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 da dignidade humana”.²²⁸ Para Morselli²²⁹ “a eutanásia é aquela morte que alguém dá a outrem que sofre de uma enfermidade incurável, a seu próprio requerimento, para abreviar agonia muito grande e dolorosa”. Pinan e Malvar ressaltam que²³⁰: “a eutanásia é aquele ato em virtude do qual uma pessoa dá morte à outra, enferma e parecendo incurável, ou a seres acidentados que padecem dores

²²⁶ Diego Gracia divide a história da eutanásia em três épocas: a eutanásia ritualizada, a medicalizada e a autônoma. No início, havia o abandono do paciente, com o passar do tempo, a morte passou a estar altamente medicalizada. Em 1973, a Associação Americana de Hospitais privados aprova a carta dos direitos dos enfermos. Nesse documento ressalta-se o princípio da autonomia, devido a isso, esta época é marcada pela eutanásia autônoma na qual a marca é o protagonista do próprio enfermo e sua capacidade de decisão sobre seu destino final. (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 1997, p. 349-353)

²²⁷ Ibidem, p. 356. A eutanásia pode ser entendida como uma situação de parceria que se pode criar entre médico e paciente, ambos absolutamente convencidos da inutilidade e da crueldade do prolongamento de uma terapêutica sem qualquer expectativa de êxito, apenas trazendo mais sofrimento e dor para o doente. Além disso, para se caracterizar a verdadeira eutanásia é necessário que três requisitos estejam presentes: a incurabilidade e/ou terminalidade, o móvel piedoso e o consentimento.

²²⁸ ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 8, n. 32, p. 9- 32, out/dez. 2000. p. 10.

²²⁹ Apud JIMÉNEZ DE ASÚA, op. cit., p. 187.

²³⁰ PINAN e MALVAR Apud BIZZATO, José Ildefonso. *Eutanásia e responsabilidade médica*. Porto Alegre: Sagra, 1990. p.15.

cruéis, a sua rogo ou requerimento e sob impulsos de exacerbado sentimento de piedade e humanidade”.

Roya-Vilanova e Morales²³¹ definem e conceituam a eutanásia com base em vários aspectos. “É a morte doce e tranqüila, sem dores físicas nem torturas morais, que pode sobrevir de modo natural nas idades mais avançadas da vida, surgir de modo sobrenatural como graça divina, ser sugerida por uma exaltação das virtudes estóicas, ou ser provocada artificialmente, já por motivos eugênicos, ou com fins terapêuticos, para suprimir ou abreviar uma inevitável, larga e dolorosa agonia, mas sempre com prévio consentimento do paciente ou prévia regulamentação legal”.

Segundo Carvalho, eutanásia é a privação da vida alheia consumada por razões humanitárias, mediante requerimento da vítima, que padece de enfermidade incurável ou se encontra em estado de invalidez irreversível. Sendo assim, três são os elementos essenciais do tipo de injusto do homicídio eutanásico: a morte de um enfermo terminal ou em estado de invalidez irreversível, o móvel piedoso do agente e o consentimento da vítima.²³²

3.2. ESPÉCIES OU MODALIDADES DE EUTANÁSIA

Busca-se neste ponto trabalhar com algumas espécies de eutanásia, quais sejam: eutanásia ativa, eutanásia passiva, eutanásia de duplo efeito, eutanásia

²³¹ VILLANOVA, Ricardo-Roya; MORALES. *O direito de morrer sem dor*. Madrid [s.Ed.] 1929.

²³² CARVALHO, 2001a, p. 500.

precoce, distanásia e ortotanásia. Cumpre frisar que atualmente a eutanásia pode ser classificada de várias formas, de acordo com o critério considerado.²³³

²³³ Jiménez de Asúa classifica a eutanásia segundo dois critérios: quanto ao tipo de ação e quanto ao consentimento do paciente. Quanto ao tipo de ação: Eutanásia Ativa, Eutanásia passiva e Eutanásia de duplo efeito ou Indireta. Quanto ao consentimento do paciente: Eutanásia voluntária: Quando a morte é provocada atendendo a uma vontade do paciente; Eutanásia Involuntária: Quando a morte é provocada contra a vontade do paciente; Eutanásia não voluntária: Quando a morte é provocada sem que o paciente tivesse manifestado sua posição em relação a ela. (JIMÉNEZ DE ASÚA, op. cit., p. 476-477.)

Bizzato classifica a eutanásia em: positiva e negativa. “Por eutanásia positiva entende-se o planejamento de “terapias” para provocar a morte bem antes da sua verificação natural”. Também chamada de ‘matança piedosa’. Já na eutanásia negativa o quadro é bem diferente, uma vez que esta é a omissão planejada da cura que prolongaria a vida. É a abreviação da agonia pela cessação do tratamento. Acrescenta que esta modalidade de eutanásia poderia ser utilizada no momento em que não houver mais esperança de cura (casos irreversíveis), quando apenas existe uma vida biológica ou vegetativa, e quando há eliminação dos meios extraordinários. (BIZZATO, op. cit., p. 36-37.)

Também é importante mencionar esta classificação:

1. Eutanásia terapêutica: omissão ou utilização de meios terapêuticos a fim de causar a morte de um paciente. Ela pode distinguir-se em: Eutanásia Ativa; Eutanásia Passiva; Eutanásia Voluntária: ocorre quando a morte é provocada atendendo a uma vontade do paciente; Eutanásia Involuntária: ocorre quando a morte é provocada contra a vontade do paciente; Eutanásia Não-Voluntária: caracteriza-se pela inexistência de manifestação da posição do paciente em relação a ela; Eutanásia de Duplo Efeito: dá-se quando a morte é acelerada como uma consequência indireta das ações médicas, que são executadas visando o alívio do sofrimento de um paciente terminal;
2. Eutanásia Eugênica: eliminação de doentes incuráveis, inválidos e velhos. Também conhecida como eugenética, cujo objetivo é aliviar a sociedade de pessoas que não são mais úteis economicamente, eliminar toda vida considerada sem valor. Praticada na antiguidade por certos povos e, também, na Alemanha nazista, onde cerca de cem mil deficientes físicos ou mentais foram executados segundo esse princípio.
3. Eutanásia Criminal: é a eliminação indolor de pessoas socialmente perigosas, apenadas.
4. Eutanásia Experimental: é a morte indolor de determinados indivíduos, causadas com um intuito de desenvolver a ciência, ou seja, com o fim experimental para o progresso da ciência.
5. Eutanásia Solidarística: é a morte causada no intuito de salvar a vida de outrem.
6. Eutanásia Teológica: ou morte em estado de graça.
7. Eutanásia Legal: morte regulamentada ou consentida pelas leis.
8. Eutanásia – Suicídio Assistido: é o auxílio ao suicídio de quem já não consegue realizar sozinho a sua intenção de morrer.
9. Eutanásia Homicídio: morte praticada por médicos, parente ou amigo.
10. Eutanásia Libertadora: é aquela realizada por solicitação de um paciente portador de doença incurável, submetido a um grande sofrimento.

A eutanásia libertadora tem como objetivo eliminar o sofrimento e a dor, abreviando a vida. A motivação é o elemento central deste conceito.

11. Eutanásia Eliminadora: é a realizada em pessoas, que mesmo não estando em condições próximas da morte, são portadoras de distúrbios mentais. Justificada pela “carga pesada que são para suas famílias e para a sociedade”.

12. Eutanásia Econômica: seria aquela realizada em pessoas que, por motivos de doença, ficam inconscientes e que poderiam ao recobrar os sentimentos sofrerem em função da doença.

A eutanásia econômica pode encontrar sucedâneo na expressão mistanásia (morte miserável e antes do seu tempo), embora ela também se refira a novas categorias, como: morte por falta de assistência do estado, por erro médico e por má prática. Contudo, se a atenção necessária para manter a vida não é prestada por que existe uma recusa deliberada em investir recursos no tratamento de certas enfermidades, denomina-se este fato como eutanásia eugênica, cujo sentido etimológico está ligado ao aperfeiçoamento da espécie através de seleção genética e controle da reprodução. (MINAHIM. op. cit., p. 185. Ver também: HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno. *Comentários ao Código Penal*. 6 ed. v.5. Rio de Janeiro: forense,1982. p.127.)

3.2.1. Eutanásia Ativa

A eutanásia ativa se caracteriza no ato deliberado de provocar a morte sem sofrimento do paciente, por fins misericordiosos. A eutanásia é a morte praticada por uma pessoa sobre outra, o “enfermo”, com o fito de ver terminado o sofrimento do mesmo.

É uma forma de promover a morte antes do que se espera, por compaixão, ante o sofrimento insuportável e a incurabilidade suposta. Caracteriza-se pela preparação antecipada da morte de uma pessoa para a libertar de sofrimentos considerados inúteis, dado que a sua vida se encontra num ponto terminal e irreversível. É morte que ocorre quando se utilizam meios de intervenção direta, como uma grande dose de medicações, ou a injeção de cloreto de potássio, acarretando uma morte rápida. Equivale ao conceito de *mercy killing* da literatura anglo-saxônica.

A eutanásia ativa diferencia-se do suicídio assistido. Na eutanásia, o médico age ou omite-se. Dessa ação ou omissão surge diretamente a morte. No suicídio assistido, a morte não depende diretamente da ação de terceiro. Ela é consequência de uma ação do próprio paciente, que pode ter sido orientado, auxiliado ou apenas observado por esse terceiro.

Pode o sujeito ativo prestar auxílio ao suicídio alheio quando colabora fornecendo os meios necessários para que a vítima atinja o objetivo de matar-se. Isso ocorre se a pessoa empresta arma, veneno ou qualquer outro instrumento hábil à efetivação da intenção suicida.²³⁴ Tal auxílio pode se dar, ainda, por intermédio de atos, como a persuasão, o convencimento, o encorajamento, ou ainda, através de

A respeito das classificações ver: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *Transplantes de órgãos e eutanásia: liberdade e responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 1992. Nesse sentido: MARTIN, Leonard M. Eutanásia e distanásia. In: Ferreira, Sergio Ibiapina et al. (coord.). *Iniciação à bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p.171-192.

No sentido em que está sendo debatido neste trabalho, várias espécies, acima mencionadas, não poderiam ser abarcadas pelo termo eutanásia, pois não possuem os três elementos fundamentais para tal caracterização, quais sejam: a incurabilidade e/ou terminalidade, o móvel piedoso e o consentimento.

²³⁴ PRADO, *Curso de Direito Penal brasileiro*, Parte Especial. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2002. p. 68.

prescrições de medicação ou outras indicações. Em ambas as formas, a pessoa que contribui para a ocorrência da morte da outra, compactua com a intenção de morrer através da utilização de um agente causal. Tal prática ganhou notoriedade a partir, de 1990, com as condutas do Dr. Kevorkian. O suicídio assistido e até mesmo a eutanásia, foram praticadas várias vezes pelo referido médico, nos Estados Unidos. Os pacientes que solicitaram tal conduta eram portadores das mais diferentes patologias e não necessariamente, eram pacientes terminais.²³⁵

No direito alemão, o auxílio ao suicídio não é punível pois, todo o auxílio pressupõe um fato principal antijurídico de um autor e já que o suicídio não se compreende no tipo dos crimes de homicídio, os quais pressupõem a morte de outra pessoa, também não há auxílio para este delito inexistente. Dentro deste contexto, quem, através da entrega de veneno ou de uma pistola, possibilita a um homem gravemente adoentado que dê termo à própria vida, não responde penalmente.²³⁶

As doutrinas germânica e italiana referem-se à "ajuda para morrer", distinguindo a ajuda ativa (o uso de substância para causar a morte, pondo fim ao sofrimento físico insuportável de doente terminal, a seu pedido), da passiva (recusa ao uso ou suspensão de terapias artificiais, consentida pelo paciente, parentes ou cônjuge em face da morte iminente e inevitável.)²³⁷.

Corresponde à opinião dominante, ainda que não incontroversa, de que a eutanásia ativa é proibida e punível segundo o direito vigente.²³⁸ O argumento de que seria sempre um erro matar uma pessoa indefesa, continua sendo o argumento principal que é oposto para impedir a legalização da eutanásia ativa, mas este

²³⁵ WORLD PSYCHIATRIC ASSOCIATION. op. cit., p. 55-56. Existe uma instituição, denominada de Hemlock Society (ou Sociedade Cicuta), numa clara alusão ao suicídio de Sócrates. Esta Sociedade publicou, em 1991, um livro, *A Solução Final*, que apresentava inúmeras maneiras de um paciente terminal ou com doenças degenerativas cometer suicídio. Este livro vendeu mais de 3 milhões de cópias nos Estados Unidos. No Brasil, onde foi também traduzido, não causou maior impacto. (GOLDIM, José Roberto. *Suicídio Assistido*. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/suicass.htm>>. Acesso em: 01 de jan. 2007f.)

²³⁶ ROXIN, op. cit., p. 29.

²³⁷ MINAHIM, op. cit., p. 184.

²³⁸ ROXIN, op. cit., p. 28.

argumento, perde sua validade quando se trata de paciente terminal que busca, voluntariamente, pôr fim a sua vida.²³⁹

3.2.2. Eutanásia Passiva

Na eutanásia passiva a morte do paciente ocorre ou porque não se inicia uma ação médica ou pela interrupção de uma medida extraordinária, com o objetivo de minorar o sofrimento. A eutanásia passiva caracteriza-se pela interrupção dos cuidados médicos ou farmacológicos ao doente a fim de que a sua vida seja abreviada por si mesmo, sem se tentar por todos os meios mantê-lo vivo. Morte que ocorre devido a uma omissão que pode se dar pela não utilização de aparelhos, como o da respiração artificial ou pela mera omissão do tratamento indispensável à manutenção da vida. A eutanásia passiva equivale ao conceito de *letting die* da literatura anglo-saxônica.²⁴⁰

A eutanásia passiva toma como referência a forma de atuação do agente, constituindo uma deliberada omissão de prestação de tratamentos médicos em face da qual a vida vem a ser encurtada. Consiste na abstenção deliberada da prestação de tratamentos médicos proporcionais ou úteis que poderiam prolongar a vida do paciente e cuja abstenção antecipa a sua morte. Este conceito impõe a elucidação de outras duas noções: a de recursos ordinários e extraordinários. A eutanásia passiva consiste na suspensão daqueles e não destes.

²³⁹ SINGER, Peter. Voluntary euthanasia: a utilitarian perspective. 6º Congresso Mundial de Bioética, n. 6, 2002, Brasília. *Anais...* Brasília: Sociedade Brasileira de Bioética. p. 48.

²⁴⁰ A suspensão dos meios extraordinários de suporte seria justificada por um diagnóstico preciso de morte, no qual verifica-se ausência total de resposta cerebral com perda absoluta da consciência; abolição dos reflexos cefálicos, com hipotonia muscular e pupilas fixas e indiferentes ao estímulo luminoso; ausência de respiração espontânea por 5 minutos, após hiperventilação com oxigênio 100%, seguida de introdução de cateter na traquéia, com fluxo de 6 litros de O₂ por minuto; causa da lesão conhecida; estruturas vitais do encéfalo lesadas irreversivelmente. Não há motivos para oposição à eutanásia passiva desde que a sociedade se empenhe no aperfeiçoamento de leis a esse respeito, baseando-se num critério rígido de morte. Contudo, França admite ser a eutanásia ativa ilegal e imoral, constituindo infração aos códigos de ética médica e penal, assim, aviltando o exercício da Medicina, que tem o compromisso de recuperar a vida e a saúde. (FRANÇA, Genival Veloso de. *Flagrantes Médico-Legais III*. Paraíba: Editora Universitária (UFPB), 1994. p. 66-67).

Ordinários são considerados aqueles meios disponíveis para um grande número de casos, são econômicos e de aplicação temporária. Por outro lado, os extraordinários são restritos a alguns casos, são de alto custo e tecnologia, exigem o uso permanente e estão ainda em fase de experimentação. Apesar disso, a constante evolução da ciência dá causa a que um suporte tido como extraordinário seja, rapidamente, considerado ordinário.²⁴¹ A Declaração sobre Eutanásia da Igreja, em 1980, aperfeiçoa os conceitos e adota a terminologia meios proporcionais e meios não proporcionais. "É lícito, em sã consciência, tomar a decisão de renunciar a tratamentos que dariam somente um prolongamento precário e penoso da vida, sem, contudo, interromper os cuidados normais devidos ao doente em casos semelhantes". O emprego de medidas desproporcionais pode resultar em distanásia, ou seja, num prolongamento doloroso e indesejado do processo da morte.²⁴²

3.2.3. Eutanásia de Duplo Efeito

A eutanásia de duplo efeito ou indireta ocorre quando são praticadas medidas lenitivas sobre o moribundo, apesar de poderem elas antecipar a ocorrência da morte. A morte é acelerada como uma conseqüência indireta das ações médicas que são executadas visando ao alívio do sofrimento de um paciente terminal.²⁴³

O princípio do duplo efeito é proposto e defendido pela Santa Sé que, embora, condene a eutanásia, admite a utilização de medicação com o efeito de minimizar a dor e o sofrimento, mesmo que a conseqüência seja a morte do ser humano.²⁴⁴ Destaca a importância da intenção da ação e que necessariamente não deve haver vínculo causal entre o processo de minimização da dor e a morte. Tal tese funda-se na Ética das Virtudes. Já em 1957, o Papa Pio XII declara a aceitação

²⁴¹ MINAHIM, op. cit., p. 190.

²⁴² Ibidem, p. 191. Nesse sentido, ver também: MARTIN, op. cit., p. 189.

Se um meio extraordinário puder causar algum alívio em mortes agônicas, sem que represente obstinação terapêutica ou tratamento fútil, deve ser realizado. Além disso, os remédios que aliviam a dor, equilibrem a pressão arterial, tratem de infecções intercorrentes são reconhecidos como recursos ordinários.

²⁴³ ROXIN, op. cit., p. 13.

²⁴⁴ Congregação para a Doutrina da Fé. *Declaração sobre Eutanásia*. Cidade do Vaticano: Vaticano, 1980. Disponível em: <<http://www.cin.org/vatcong/euthanas.html>>. Acesso em: 01 de jan. 2007.

do uso de medicação para dores consideradas insuportáveis ao ser humano, afirmando que a redução da dor pode levar a morte, mas não deve ser a sua causa.

A eutanásia de duplo efeito, de acordo com a opinião dominante na Alemanha, não é punível por estar afastada a tipicidade (já que se entende que o comportamento é socialmente adequado), devido ao consentimento do ofendido.²⁴⁵

A eutanásia indireta, não entra no campo da ilicitude, pois constitui ação socialmente legitimada, cujos riscos devem ser suportados pela sociedade. A omissão do médico em aliviar a dor é que pode vir até a configurar a omissão de socorro. Opor-se a essa posição, seria concordar que os médicos podem e devem deixar de fazer uma intervenção sempre que esta apresenta graves riscos para o paciente, ainda que ele tenha consentido com sua realização.²⁴⁶

3.2.4. Eutanásia Precoce

Existe, ainda, a eutanásia precoce que consiste no ato de deixar morrer ou matar ativamente recém-nascidos com deficiências físicas ou psíquicas que sejam incompatíveis com a vida humana (recém-nascidos inviáveis). Segundo Romeo Casabona, na realidade a expressão é imprópria, pois não se trata de ajudar alguém com sofrimento no processo de morrer, mas se refere à eliminação, por ação ou omissão, de bebês recém-nascidos viáveis, mas que apresentam determinadas malformações ou deficiências psíquicas. Sendo assim, são mais práticas eugênicas, de eliminação de seres “desprovidos de valor vital”.²⁴⁷

O ato de deixar morrer recém-nascidos viáveis que tenham deficiências não pode ser permitido, pois a deficiência em si não é causa de justificação da eutanásia precoce, afinal não há vida desprovida de valor vital.²⁴⁸

²⁴⁵ “Uma medicação lenitiva, necessária do ponto de vista terapêutico, em correspondência à vontade declarada ou presumida do paciente, não deixa de ser permitida em caso de morte, se a aceleração deste resultado surgir como efeito colateral não almejado, mas cujo risco foi assumido”. (BGHSt 42, 301 - órgão equivalente ao nosso Superior Tribunal de Justiça, conforme: ROXIN, op. cit., p. 14-15.)

²⁴⁶ MINHAIM, op. cit., p. 205.

²⁴⁷ ROMEO CASABONA, op. cit., p. 468-469.

²⁴⁸ KAUFMANN, op. cit., p. 45.

Por outro lado, há o entendimento de existe diferença entre a vida de um ser consciente e de um ser senciente (que não são racionais, nem autoconscientes).

“...quanto mais altamente desenvolvida fosse a vida consciente de um ser, quanto mais intenso o seu grau de autoconsciência de racionalidade e mais ampla a gama das experiências possíveis, mais se preferiria esse tipo de vida, caso se estivesse escolhendo entre ela e um nível inferior de consciência”.²⁴⁹

3.2.5. Distanásia

Há ainda a distanásia ou “encarniçamento terapêutico”. A expressão Distanásia foi proposta em 1904, por Morache com o significado de agonia prolongada, morte com sofrimento físico ou psicológico do indivíduo lúcido.²⁵⁰

Caracteriza-se como “o comportamento médico que consiste em utilizar processos terapêuticos cujo efeito é mais nocivo do que os efeitos do mal a curar, ou inútil, porque a cura é impossível e o benefício esperado, menor que os inconvenientes previsíveis”.²⁵¹

A distanásia e a eutanásia possuem uma característica em comum, ambas acarretam a morte, sendo que esta, ocorre em um momento diverso do natural. A distanásia não discerne quando as intervenções terapêuticas são inúteis e, nem mesmo quando se deve aceitar a morte como um desfecho natural. Enquanto na eutanásia, o valor protegido é a qualidade da vida remanescente, na distanásia busca-se investir todos os recursos possíveis na prolongação desta vida, se fixando na quantidade de vida.²⁵²

A distanásia deve ser entendida como a manutenção obstinada, precária e inútil de um paciente que vive exclusivamente às custas de meios artificiais, capazes

²⁴⁹ SINGER, Peter. *Ética Prática*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 118.

²⁵⁰ Morache na obra *Naissance et mort*. Conforme: LIMONGI, França. (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977, vol. 34, p. 245.

²⁵¹ PESSINI; BARCHIFONTAINE, 1997, p. 258.

²⁵² PESSINI, Léo. *Distanásia: Algumas Reflexões Bioéticas a partir da Realidade Brasileira*. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. (coord.) *Grandes Temas da Atualidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 252.

de prolongar o mecanismo da morte e não da vida. Na Europa, é tida como “obstinação terapêutica”, enquanto que, nos Estados Unidos, é vista como “futilidade médica” (*medical futility*).²⁵³:

Sgreccia refere a expressão “insistência terapêutica” como o prolongamento da agonia, da dor e do sofrimento, sem qualquer perspectiva de reversibilidade de um coma - desde que este estado seja devidamente atestado por quem tem competência para fazê-lo - e, portanto, diante da impossibilidade de retomada de consciência e capacidade relacional.²⁵⁴

Em nossa sociedade, a morte e a dor são percebidas como sem sentido, por isso, luta-se para garantir a máxima prolongação da vida, da quantidade de vida, logo, há pouca preocupação com a qualidade desta vida prolongada. A distanásia é uma ação, intervenção ou procedimento médico que não atinge o objetivo de beneficiar o paciente terminal e que prolonga inútil e sofridamente o processo de morrer, procurando distanciar a morte.²⁵⁵

Prolongar demasiada e inutilmente a dor e o sofrimento de um paciente terminal não se configura na manutenção da vida propriamente dita, mas na postergação da morte, na transmutação de seu conteúdo originário, de fato natural ou evento morte, em um longo e sofrido processo de morrer.²⁵⁶ A eutanásia opõe-se à imposição de sofrimentos inúteis, propõe abreviar o processo degradativo da morte, tornando-o mais pacífico e indolor.²⁵⁷

²⁵³ “Distanásia também pode ser utilizada como a forma de prolongar a vida de modo artificial, sem perspectiva de cura ou melhora. É um termo que pode ser confundido, quando utilizado com este sentido, com a futilidade”. (JIMÉNEZ DE ASÚA, op. cit., p. 403.)

²⁵⁴ SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética*. São Paulo: Loyola. 1996, v. I.

²⁵⁵ PESSINI, op. cit., p. 252.

²⁵⁶ GOMES, Renata Raupp; TEIXEIRA, Larissa Solek. Eutanásia – O Direito de Morrer como um Dilema Bioético. In: CARLIN, Volnei Ivo. (org.). *Ética e Bioética*. Florianópolis: Terceiro Milênio, 1998. p. 145.

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 146.

3.2.6. Ortotanásia = Eutanásia Genuína

A ortotanásia, diferentemente da distanásia, é sensível ao processo de humanização da morte e alívio das dores, não incorrendo em prolongamentos abusivos com a aplicação de meios desproporcionados que imporiam sofrimentos adicionais.

“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 este fato que a cultura ocidental moderna tende a esconder e a negar, abre-se a possibilidade de trabalhar com as pessoas a distinção entre curar e cuidar, em manter a vida - quando isso for o procedimento correto – e permitir que a pessoa morra – quando sua hora chegou”.²⁵⁸

O prefixo grego orto significa “correto”, ortotanásia tem o sentido de morte “no seu tempo”, sem cortes bruscos nem prolongamentos desproporcionais do processo de morrer.

A designação ortotanásia demanda a introdução da noção de morte iminente que, embora se assemelhe a de terminalidade, deve ser interpretada de forma menos ampla. O conceito de iminência serve para afastar a tipicidade da conduta do médico que omite ou suspende medida fútil ou meramente protelatória da morte e cuja manutenção importa em mais prejuízos e agonias do que em benefícios para o paciente. Sua restrição possibilita que a morte advenha da própria doença, sem que se submeta o doente a novas abordagens que já não têm como produzir qualquer melhoramento quanto à enfermidade.²⁵⁹

O ato de alimentar e hidratar não tem como fim curar a causa que provocará a morte, mas permitir que o organismo continue realizando sua atividade até que

²⁵⁸ MARTIN, op. cit., p. 180.

²⁵⁹ No Direito Penal, algo iminente é algo imediato, que está prestes a desencadear. (MINAHIM, op. cit., p. 191.

sobrevenha seu termo final. A menos que a demonstração desses recursos seja inútil e penosa para o enfermo ela constitui elemento fundamental para vida. Outros defendem a retirada de alimentação e hidratação, afirmando que este ato não induz a uma nova patologia, o que poderia caracterizar a eutanásia, mas o que ele permite que a doença fatal siga seu curso.²⁶⁰

Enfim, a ortotanásia é a morte que permite que o indivíduo parta desta vida como ser humano, pois diante de certas situações o sentido da vida humana já não pode mais ser invocado, mas sim o sentido da dignidade da morte.²⁶¹

O conceito de ortotanásia se adequa perfeitamente ao de eutanásia genuína, ou seja, da verdadeira eutanásia. Esta eutanásia aqui defendida, para ser legítima deve englobar três elementos: terminalidade, móvel piedoso e consentimento, tópicos estes que serão analisados no próximo capítulo.²⁶²

²⁶⁰ O'ROURKE, Kevin. Statement on tube feeding: an ethical analysis. *America*. New York, v. 155, n. 15, nov. 1986. p. 322.

²⁶¹ MINAHIM, op. cit., p. 192-193. Do mesmo modo: BERISTAIN, Antônio. Prolegômenos para reflexão penal-criminológica sobre o Direito a culminar a vida com dignidade (a eutanásia). *Fascículos de Ciências Penais: Eutanásia*. Porto Alegre: Fabris, ano 4, v. 4, n. 4. 1991. p. 20.

²⁶² Roxin chama de eutanásia pura a hipótese em que se ministram ao doente meios lenitivos que não possuam efeitos de diminuir-lhe o tempo de vida. Acrescenta que tal conduta é impunível se praticada por desejo ou consentimento do paciente. (ROXIN, op. cit., p. 12.)

4. ANÁLISE JURÍDICO-PENAL DA EUTANÁSIA

4.1. ELEMENTOS CONFIGURADORES DA EUTANÁSIA

4.1.1. Terminalidade

Preliminarmente, para que o presente tópico seja abordado, é mister que se aponte os conceitos de equilíbrio orgânico e dos seus distúrbios. Homeostasia é a condição de equilíbrio indispensável para a sobrevivência do organismo humano. As flutuações da homeostasia dentro dos limites dos padrões de normalidade e a realização das reações biológicas celulares nas regiões, no momento, na intensidade, na duração e na freqüência apropriadas são responsáveis pelo estado de bem-estar físico, mental e social, ou seja, todos esses fatores são responsáveis pela saúde. Quando ocorrem modificações nas características das reações biológicas celulares, essas repercutem em todo organismo e podem causar desequilíbrio da homeostasia, refletir nas reações biológicas celulares e desencadear distúrbios funcionais e/ou morfológicos, e a esse quadro dá-se o nome de doença ou moléstia.²⁶³

A doença terminal pode ser considerada como a fase final de inúmeras enfermidades crônicas progressivas. A situação de terminalidade acontece quando não há mais possibilidade de resgate das condições de saúde do paciente e a probabilidade de morte próxima se torna inevitável e previsível. A incurabilidade também pode levar a caracterização de paciente terminal. É quando se esgotam todos tratamentos disponíveis e se alcança o nível vital de irreversibilidade. Essa

²⁶³ CARVALHO, 2001b, p. 124.

situação pode ser identificada por algumas características: presença de enfermidade avançada incurável pelos meios técnicos existentes; impossibilidade de resposta a tratamentos específicos; presença de sintomas múltiplos, multifatoriais e cambiantes que condicionam a estabilidade evolutiva do paciente; impacto emocional devido à iminência da morte no paciente, na família e na equipe terapêutica; prognóstico de vida breve inferior a seis meses. A terminalidade se instala quando a expectativa de morte, como consequência direta da enfermidade, aparece na mente do paciente, da família e da equipe médica.²⁶⁴

Em caso de doença terminal, o médico deve limitar-se a aliviar as dores físicas e morais do paciente, mantendo, através de todos os meios possíveis, a qualidade da vida que se esvai e evitando dar início ou prosseguir com ações terapêuticas sem esperança, inúteis ou obstinadas. O médico deve assistir ao doente até o final, com o respeito que merece a dignidade da pessoa humana.²⁶⁵

No debate a respeito da terminalidade, deve-se evitar concepções economicistas e utilitaristas, mesmo ante as alegações de que a aplicação de cuidados intensivos em pacientes que já não apresentam perspectivas reais de prosseguir vivendo obsta o tratamento de outros pacientes com melhores expectativas. O único ponto de vista que deve ser considerado, em qualquer hipótese, é o do paciente que está sendo tratado, deve-se considerar suas próprias possibilidades de recuperação, ainda que apresente prognóstico menos favorável do que os demais. Entretanto, iniciar ou continuar determinado tratamento quando este carece de sentido, sem aportar nenhum benefício ao paciente, implica em grave atentado à dignidade humana.²⁶⁶

A pessoa humana é uma pessoa e mantém esta característica sempre, mesmo estando mortalmente enferma, esperando a morte iminente. Sendo assim, esta pessoa tem direito a uma morte e uma despedida digna de seres humanos.²⁶⁷

²⁶⁴ GUILLERMO BLANCO, Luis. *Muerte digna: consideraciones bioético-jurídicas*. Buenos Aires: Ed. Ad Hoc, 1997. p. 69.

²⁶⁵ DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. El tratamiento jurídico-penal y doctrinal de la eutanasia en España. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12. 1995. p. 13.

²⁶⁶ CARVALHO, 2001b, p. 129.

²⁶⁷ KÜNG, Hans. *Morir con dignidad*. Madrid:Trotta, 1997. p. 41.

Deve-se respeitar o direito do paciente manter-se firme ante a dor e sofrimento, mesmo diante de um prognóstico infausto. Existiria um atentado à dignidade humana toda vez que a manutenção artificial da vida já não correspondesse mais aos interesses do doente, no sentido de ajudar-lhe a viver ou morrer, mas às concepções éticas e aos interesses econômicos da família ou da equipe médica que o acompanha.²⁶⁸

Para que se possa falar em conduta eutanásica, é mister, entre outros elementos, que o paciente sofra de doença terminal incurável ou apresente um estado de invalidez irreversível que o leve a terminalidade. Neste sentido, o Projeto Alternativo sobre a Eutanásia, de origem alemã, não restringiu a possibilidade de eutanásia indireta aos moribundos, estendendo-a aos “mortalmente doentes”, devendo-se entender por doença mortal aquela “em cujo desenvolvimento mortífero a atividade médica já não consegue intervir de modo decisivo”.²⁶⁹

O critério mais contestado pela doutrina é a incurabilidade. “Afora pouquíssimos casos de incontestável impossibilidade de cura, pelo menos com os meios terapêuticos atualmente conhecidos, nunca se pode prever, com infalível certeza, se e quando a morte sobrevirá ao estado agônico, que pode ser real ou suposto”.²⁷⁰ A prática da eutanásia privaria o doente da oportunidade de sobreviver até o momento em que um novo fármaco fosse capaz de assegurar-lhe uma sobrevivência suportável ou pudesse curá-lo. Entretanto, a falibilidade dos diagnósticos tende a diminuir, pois os progressos das ciências biomédicas contribuem para a cura das enfermidades e para o prolongamento artificial da vida humana até limites antes impensáveis, bem como, são capazes de atestar, com a mesma eficiência, quando remédios e terapias tornam-se insuficientes. O critério da incurabilidade deve ser aceito ante a evidência prática de que algumas doenças ainda permanecem insolúveis e, não obstante o incontestável progresso experimentado pelas ciências médicas, não apresentam possibilidades concretas de recuperação. Entretanto, não basta sustentar que todas as moléstias são passíveis, cedo ou tarde, de cura para negar este critério. “O médico deve diagnosticar o mal e

²⁶⁸ ROMEO CASABONA, op. cit., p. 445.

²⁶⁹ ROXIN, op. cit., p. 16.

²⁷⁰ JIMÈNEZ DE ASÚA, op. cit., p. 414.

conseqüentemente a incurabilidade do paciente com base nos recursos hodiernos e nas atuais noções da Medicina, e não em consideração ao conhecimento crescente e as probabilidades de cura do amanhã".²⁷¹

Conclui-se que a terminalidade assenta em dois outros pressupostos: a irreversibilidade da doença e a inexorabilidade da morte em um determinado tempo, independentemente do emprego de todos os recursos disponíveis. Para o *American College of Physicians*, este prazo é de três a seis meses. Embora a irreversibilidade integre a noção de terminalidade, o oposto não é verdadeiro. Nem toda a pessoa em estado irreversível, tetraplégico por exemplo, é paciente terminal.²⁷²

Para caracterizar a eutanásia um dos elementos indispensáveis é a terminalidade, imbricada na incurabilidade. Contudo, a incurabilidade por si só não pode ser acatada como requisito para a eutanásia, se não fosse assim, qualquer doença que não tivesse cura daria azo ao pedido de eutanásia.

4.1.2. Móvel Piedoso

Os motivos constituem a pedra de toque do crime, sua significação, de modo que não há delito sem motivo.²⁷³ Boas intenções, porém, não levam sempre a bons resultados pois, embora movido pela compaixão, o fato é que a morte acaba por tirar da pessoa não apenas a possibilidade de sentir dor, aniquilando qualquer outra possibilidade existencial.

Os motivos podem ser classificados de duas formas: imorais ou anti-sociais e morais ou sociais. Os primeiros denotam maior reprovabilidade pessoal pela realização da ação ou omissão típica e ilícita. Configuram circunstâncias agravantes que influem na magnitude da culpabilidade e determinam o aumento da pena. Quando os motivos têm natureza social ou moral, "privilegiam" a ação de matar

²⁷¹ CARVALHO, 2001b, p. 131-132.

²⁷² MINAHIM, op. cit., p. 190.

²⁷³ HUNGRIA, op. cit., p. 122-123.

alguém; todavia, quando a motivação tem natureza imoral ou anti-social, está-se diante de homicídio qualificado.²⁷⁴

A motivação de relevante valor social ou moral é uma causa especial de diminuição de pena em virtude da menor culpabilidade do agente. O artigo 121, § 1º do Código Penal preceitua que “se o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida de uma injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.” Motivo de relevante valor moral ou social é aquele aprovado pela moral prática, apreciado segundo critérios objetivos da consciência ético-social ou do senso comum, como por exemplo a compaixão ante o irremediável sofrimento da vítima. A relevância social do motivo corresponde aos interesses coletivos, enquanto o valor moral é todo aquele cujo conteúdo revela-se em conformidade com os princípios éticos dominantes em uma determinada sociedade. Ou seja, são motivos nobres e altruístas, havidos como merecedores de indulgência.²⁷⁵ Nos dois casos, exige a lei que o móvel seja relevante, notável, especialmente digno de apreço.²⁷⁶

O fato de ter o agente cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral constitui também circunstância atenuante genérica insculpida no artigo 65, inciso III, alínea a, do Código Penal. Por isso, quando reconhecida uma privilegiadora, é inadmissível, pelo mesmo motivo, admiti-la como atenuante, para se evitar o *bis in idem*, que, no caso concreto, beneficiaria, injustamente, o infrator.²⁷⁷

A eutanásia é utilizada como exemplo de homicídio perpetrado por motivo de relevante valor moral, conforme a exposição de motivos do atual ordenamento penal. Quanto a este aspecto, cabe crítica no sentido de que teria sido melhor se a lei ao disciplinar a eutanásia, atuasse com maior especificidade, exigindo que os motivos do agente estivessem revestidos de relevância moral e que fossem verdadeiramente altruístas, humanitários, piedosos. Comprovada, a presença desses móveis determina a atenuação da pena com lastro na “diminuição passageira das faculdades mentais daquele que atua, devido a alterações anímicas e emocionais

²⁷⁴ BITENCOURT, op. cit., p. 57.

²⁷⁵ PRADO, 2002, p. 48-49.

²⁷⁶ HUNGRIA; FRAGOSO, op. cit., p. 125. Da mesma forma: BITENCOURT, op. cit., p. 58.

²⁷⁷ BITENCOURT, op. cit., p. 59.

que experimenta como conseqüência dos padecimentos do enfermo²⁷⁸, principalmente quando se trata de familiares, amigos ou pessoas próximas ao doente. Essa atenuação também teria fundamento na motivação puramente altruísta, quando a perturbação anímica não fosse significativa, como no caso de médicos e enfermeiros. Em casos extremos, poderia ser objeto de consideração uma eximente da responsabilidade penal, baseada no transtorno mental transitório do sujeito que comprometesse totalmente sua capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de orientar-se de acordo com esse entendimento. Esta hipótese seria concebível nos casos de pessoas estreitamente vinculadas por intensos laços de afeto ao moribundo, de modo que aquela perturbação passageira das faculdades mentais do indivíduo pudesse ser total no momento da realização da ação ou da omissão eutanásica.²⁷⁹

À luz do direito brasileiro os transtornos mentais transitórios ocupam uma faixa intermediária situada entre a perfeita saúde mental e a insanidade (semi-imputabilidade), quando afetam a capacidade de entender e de querer, sem excluí-la. Neste caso, a redução da capacidade de culpabilidade determina uma proporcional e obrigatória diminuição da responsabilidade penal (art. 26, parágrafo único, do Código Penal).²⁸⁰ Cuida-se de causa especial de redução de pena que poderá dar lugar a aplicação de medida de segurança, caso o condenado necessite de especial tratamento curativo conforme artigo 98 do Código Penal. Seria melhor que se propusesse como fundamento da irresponsabilidade penal a inexigibilidade de conduta diversa conforme o Direito. Desta forma, caso o legislador optar pela descriminalização, deveria ser a inexigibilidade, aliada às especiais condições de padecimento da vítima, a causa determinante da exculpação excepcional expressa de *lege ferenda*, em tudo mais defensável que os critérios de inimputabilidade apresentados como solução de *lege lata*.²⁸¹

Contrariamente a exclusão da culpabilidade por transtornos mentais transitórios, ressalta-se os manifestos paradoxos em que semelhante solução incorreria, pois acarretaria a absolvição do agente eutanatista que deu a morte

²⁷⁸ PRADO, 2002, p. 50.

²⁷⁹ ROMEO CASABONA, op. cit., p. 473.

²⁸⁰ BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. 3. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1967. p.138

²⁸¹ ROMEO CASABONA, op. cit., p. 473.

benéfica ao moribundo que a suplicava entre os espasmos atrozes e terríveis do período pré-agônico, e à condenação do outro que concedeu a mesma morte benéfica ao doente que, ainda que solicitando-a, não demonstrava sofrer espasmos atrozes ou encontrar-se em estado de sofrimentos indizíveis. “O agente eutanatista deve estar no pleno domínio de suas faculdades mentais e psicológicas, ainda que tomado de amor e piedade, para poder procurar uma boa e bela morte, e para poder agir nos limites da mais rigorosa legalidade”.²⁸²

O entendimento mais acertado é o de que a redução é imperativa. Nesse sentido, o STF dispôs, na súmula 162, que “é absoluta a nulidade do julgamento pelo júri, quando os quesitos da defesa não precedem aos das circunstâncias agravantes”. Logo, a redução se impõe, ficando o seu *quantum* a critério do prudente arbítrio judicial.²⁸³

Nas hipóteses em que o agente acredita estar amparado por uma eximente não reconhecida pela lei (como no homicídio eutanásico) incorre em erro de proibição indireto ou erro de permissão. É um erro sobre a existência ou os limites de uma causa de justificação que, se for inevitável, exclui a culpabilidade por ausência de potencial consciência da ilicitude, e se for evitável atenua obrigatoriamente a pena conforme artigo 21 do Código Penal. A compaixão e a piedade ante o irremediável sofrimento da vítima, por atuarem sobre a magnitude da culpabilidade, são passíveis de conciliação com todos as circunstâncias agravantes que determinam um maior desvalor da ação, ou que atuem simultaneamente sobre a medida do injusto e da culpabilidade. Não são raros os casos em que a eutanásia é perpetrada com emprego de veneno ou mediante asfixia, circunstâncias de caráter misto que qualificam o homicídio de acordo com o artigo 121 parágrafo 2º inciso III do Código Penal. Nada impede a incidência das agravantes genéricas relativas ao parentesco, quando o homicida eutanásico busca aliviar as agruras de ascendente, descendente, irmão ou cônjuge, conforme artigo 61, e do Código Penal, ou à especial condição de enfermo da vítima, artigo 61, a do Código Penal, também circunstâncias que denotam maior desvalor da ação.²⁸⁴

²⁸² CARVALHO, 2001b, p. 139.

²⁸³ PRADO, 2002, p. 50-51.

²⁸⁴ CARVALHO, 2001b, p. 139-140.

Grande parte da doutrina sustenta que as causas especiais de diminuição de pena se limitam ao homicídio simples pelo fato de a lei penal situar o homicídio qualificado após o privilegiado. Desta forma, não alcançaria as hipóteses descritas no parágrafo 2º. Contudo, é importante salientar que são havidas como circunstâncias preponderantes aquelas que resultam dos motivos determinantes do crime, conforme artigo 67 do código penal. Dessa forma, dá-se maior relevância as circunstâncias que influem na medida da culpabilidade, agravando ou atenuando a reprovabilidade pessoal da conduta típica e ilícita (como o motivo fútil ou torpe, e de relevante valor social ou moral), razão pela qual se impõe aceitação do homicídio qualificado-privilegiado. Sendo assim, é possível que um mesmo delito apresente circunstâncias que constituam privilégio e que estejam inscritas entre as qualificadoras, é o exemplo do homicídio perpetrado por motivo de relevante valor moral através de veneno ou do homicídio perpetrado por violenta emoção, após injusta provocação da vítima, mediante asfixia.²⁸⁵

Os móveis piedosos têm sido rechaçados pela doutrina que condena a morte benéfica por representar a sua acolhida uma perigosa abertura para exceções à norma fundamental de não matar.²⁸⁶ Nem mesmo o sentimento de piedade ante o sofrimento alheio juntamente com a comovente súplica formulada pela própria vítima pode isentar de pena o homicida eutanásico. Contra essa postura, alega-se que ajudar alguém a se matar ou matar alguém com o seu consentimento não configura o homicídio doloso, verdadeiramente criminoso, senão quando determinado por motivos desprezíveis, anti-humanos ou anti-sociais, movidos por cupidez, vingança ou brutalidade, não ensejando a diminuição da pena. “Ao contrário, serão merecedores de relativa tolerância os mesmos atos quando determinados por motivos nobres e humanos, conciliáveis com os critérios da ética universal, dentre eles a piedade, a simpatia desinteressada, a comiseração, e com isso poderão receber sanções mínimas, sendo mesmo dignos de perdão judicial”.²⁸⁷

Do mesmo modo, alegar que o cunho piedoso do móvel que impulsiona o agente na eutanásia tem um objetivo egoístico representa uma deturpação do

²⁸⁵ PRADO, 2002, p. 51.

²⁸⁶ HUNGRIA, op. cit., p. 377.

²⁸⁷ CARVALHO, 2001a, p. 493-494.

conceito de eutanásia aqui perfilhado, ao transladar-se a figura do tratamento mais benéfico e privilegiado que deve receber para a seara do homicídio qualificado. A presença de móveis humanitários deve sempre autorizar a atenuação da pena, dessa forma, orientam-se mesmo àqueles que não toleram, sob hipótese alguma, o homicídio eutanásico.²⁸⁸

O Anteprojeto de Reforma da Parte Especial do Código Penal de 1984, não faz referência aos móveis piedosos do agente, exige que a conduta eutanásica ativa e passiva seja perpetrada com o fim de eliminar o sofrimento da vítima, conforme artigo 121 parágrafo terceiro, o que por si só bastava para evidenciar a necessidade da presença do elemento subjetivo do injusto. Contudo, a impropriedade da alusão a "sofrimento" era manifesta, já que nas formas passivas, o paciente em estado vegetativo não sente sofrimento ou dor, caracterizando a eutanásia a piedade e compaixão do agente frente às condições objetivas em que se encontra a vítima. A proposta de 1998, acertadamente, cuidava de exigir que a eutanásia ativa fosse movida pela compaixão do agente, para abreviar o sofrimento físico insuportável da vítima, conforme artigo 121, parágrafo terceiro. A menção ao sofrimento do doente é importante já que é esse sofrimento que o leva a solicitar a própria morte. Entretanto, o termo sofrimento físico é insuficiente, pois nesses casos, mais do que a dor física, impera um grande sofrimento moral. Cumpre mencionar ainda que para a conduta de deixar de manter a vida do doente por meio artificial não se fazia referência aos móveis piedosos, conforme artigo 121, parágrafo quarto, concluindo se que outros motivos, entre os quais o interesse econômico da família numa possível herança ou a falta de recursos financeiros e hospitalares para a sustentação da vida vegetativa do paciente poderiam mediar a omissão nesses casos. Dessa forma, não se trata do reconhecimento de verdadeira e legítima hipótese de ortotanásia, como pretendiam os redatores do projeto, mas da descriminalização de algumas formas de homicídio qualificado por motivo torpe. O anteprojeto de 1999 não renova na matéria, manteve os mesmos erros e acertos do antecessor.²⁸⁹

²⁸⁸ CARVALHO, 2001b, p. 140.

²⁸⁹ MARCÃO, Renato Flávio. "Homicídio eutanásico: eutanásia e ortotanásia no Anteprojeto de Código Penal", *Revista dos Tribunais*, 1999, v. 763, p. 479.

O segundo elemento obrigatório para a caracterização da verdadeira eutanásia é o seu móvel piedoso, ou seja, a motivação altruísta da pessoa que atua para livrar o doente de seu sofrimento.

4.1.3. Consentimento

Toda a problemática da eutanásia se conecta imediatamente com a questão do reconhecimento da disponibilidade da própria vida e da capacidade do indivíduo de valorar e decidir o grau de dignidade com que ele deseja viver a sua própria vida e a sua própria morte.²⁹⁰

O terceiro componente obrigatório para a caracterização da eutanásia é o consentimento. O consentimento traz a idéia de concordância entre as partes, de uniformidade de opinião. Por muito tempo, penalistas sustentaram que a presença do consentimento do ofendido excluía a punibilidade do delito, com base na máxima de Ulpiano: *volenti non fit injuria*²⁹¹. “Dado que uma pessoa pode renunciar aos seus direitos através de um ato voluntário, o consentimento para a realização do fato, concedido pelo lesionado, exclui o conceito de delito”. A ação adequada ao consentimento só deve dirigir-se contra o direito que se acha submetido à possível disposição do lesionado. Ao contrário, estando o titular privado do direito de livre arbítrio ou sendo este incapaz para livremente dispor de si mesmo ou do que é seu, o consentimento carecerá de eficácia jurídica.²⁹²

Esse entendimento foi mais tarde substituído por uma teoria criada por Zitelmann, a qual ainda hoje é sustentada por parte da doutrina italiana e alemã. Tal teoria condiciona a validade do consentimento à natureza do direito e à capacidade de disposição do bem jurídico. Vislumbrava no consentimento um negócio jurídico, baseando-se na idéia de que todas as ações consentidas que estivessem de acordo

²⁹⁰ DEL ROSAL BLASCO, op. cit., p. 12.

²⁹¹ Ao que consente não se causa dano. CARVALHO, 2001b, p.142.

²⁹² FEUERBACH. Conforme: CARVALHO, 2001b, p. 142-143.

com o Direito Privado, “ainda que eivadas de antijuridicidade de acordo com a lei penal, estariam justificadas em face das disposições da gestão de negócios”.²⁹³

Hodiernamente, a teoria da ação jurídica, defendida por Bierling, assinala que os bens jurídicos devem ser tutelados apenas enquanto o seu titular os considere bens de valor, e se este consente na sua lesão ou perigo de lesão, lícita será esta conduta. Mezger defende que o fundamento do consentimento reside na falta de interesse do titular do bem jurídico tutelado. De fato, o melhor entendimento é aquele segundo o qual o consentimento, como causa de justificação, encontra razão no princípio da ponderação de valores. Entre a liberdade de atuação da vontade e o desvalor da ação e do resultado da lesão ao bem jurídico, o Direito concede preferência à primeira.²⁹⁴

“Na eutanásia, o agente quando aceita o mandado que lhe é conferido pelo doente, não tem em razão disso o dever nem o direito de executá-lo, tem apenas a faculdade”. O agente pode recusar-se de aceitar o mandato e conseqüentemente de exercitar o direito que lhe foi transmitido. “Isso porque os motivos jurídicos pelos quais o mandatário é impelido e as contingências especiais em que se encontra o mandante dão à eutanásia um todo bem diverso dos casos contemplados pelo código, pelo que não se pode sempre obrigar o primeiro a acolher o mandato, mas se poderá apenas conceder-lhe a faculdade de executá-lo”.²⁹⁵ O consentimento e o mandato não podem ser reconduzidos na eutanásia sob as suas regras já codificadas, eles constituem um instituto particular, à parte e autônomo, que cria um negócio jurídico individualizado. Essa tese gera o inconveniente de que em casos de engano ou violência, ou em casos em que os motivos são ilícitos e anti-sociais, o consentimento quando livremente manifestado pelo sujeito de direitos exclui por si só “de fato” a existência de uma violência, de um engano qualquer e, assim, a intenção de fins ilícitos e anti-sociais que com sua ajuda se procura alcançar.²⁹⁶

²⁹³ PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 69.

²⁹⁴ CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1996. v. I. p. 331.

²⁹⁵ CARVALHO, 2001b, p. 143, nota 84.

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 143.

Não é correto identificar qualquer espécie de eutanásia com o homicídio, pois não se trata de um ato de violência imposto ao enfermo contra a sua vontade, mas sim de um ato de graça, de afabilidade, pedido expressamente pelo interessado. Muitas organizações que defendem a eutanásia incluem o termo voluntário em seu nome, exacerbando este aspecto. Nenhuma destas associações reclama a despenalização da eutanásia sem exigir conjuntamente instâncias de controle médico. Em todos os casos se pressupõe uma declaração voluntária do doente, por escrito e registrada em cartório, na qual são especificadas as condições de sua morte: se deseje a sua aplicação somente em caso de doença incurável e terminal, ou em caso de enfermidade que comporte em limitações corporais graves e dolorosas, ou ainda em caso de grave dano ou doença cerebral.²⁹⁷

O problema que surge em torno deste assunto é a questão da validade do consentimento prestado por enfermos terminais ou outorgado por terceiros, familiares ou representante legal do paciente. Apesar disso, a vontade do doente deve ser sempre que possível respeitada. Desde que este paciente consciente esteja no pleno exercício de suas faculdades mentais e seja devidamente informado da gravidade da sua situação e das conseqüências de seu ato. Aplica-se aqui, o princípio da autonomia, o qual implica o respeito à livre decisão individual dos sujeitos sobre seus próprios interesses, sempre que não afete a terceiros e se tratem de escolhas racionais e espontâneas.²⁹⁸

O consentimento informado é um elemento característico do atual exercício da medicina, não é apenas uma doutrina legal, mas um direito moral dos pacientes que gera obrigações morais para os médicos.²⁹⁹

É importante que se façam presentes quatro elementos para que um paciente possa validamente prestar sua anuência a um tratamento ou recusar se submeter ao mesmo, quais sejam: fornecimento de informações; compreensão; voluntariedade e consentimento. Sendo assim, o fornecimento de informações deve ocorrer por intermédio de uma revelação adequada e veraz, dada pela equipe médica; a pessoa

²⁹⁷ KÜNG, op. cit., p. 36.

²⁹⁸ ROMEOCASABONA, op. cit., p. 42.

²⁹⁹ CLOTET, Joaquim. O consentimento informado nos Comitês de Ética em Pesquisa e na prática médica: conceituação, origens e atualidade. *Bioética*. 1995;(1):51-59.

(paciente, familiares ou representantes) deve ter condições para compreender a informação e o paciente ou seu representante deve ter plena liberdade no consentimento voluntário. Atestados esses quatro requisitos poderá falar-se em consentimento informado, expressão concreta do princípio da autonomia.³⁰⁰

Quanto à revelação adequada da verdade ao paciente, é comum que, buscando evitar o desgaste emocional do paciente e de seus familiares, o médico omita informações a respeito de seu real estado de saúde. Cumpre frisar, porém, que o paciente terminal raramente desconhece a sua situação, ainda que não possa compreendê-la na sua totalidade. Sendo assim, nem sempre evitar a verdade equivale a manter o paciente no repouso da ignorância, contribuindo apenas para o incremento de sua ansiedade e de seu estado de dúvida. Por outro lado, também se sabe que o conhecimento pelo doente de seu estado real pode agravar sua situação, acrescentando aos males de que já sofre outros de ordem psicológica ou emocional. O potencial maléfico da revelação deve ser contrabalançado pela postura do médico no seu relacionamento com o paciente, que proporcionará condições para que a repercussão emocional dessa atitude não se transforme em desordem psicológica.³⁰¹

Em oposição ao consentimento informado, ou seja, à revelação da verdade ao paciente, se indaga a necessidade de incutir na alma do paciente o germe do medo e do desconforto.³⁰² Exsurtem contestações a esse pensamento, alega-se que a cura mediante sugestão, fazendo crer em falso o paciente, dizendo que sua enfermidade é de pouca monta, quando na verdade é grave, dando-lhe esperança de cura, quando a chance de salvação é preclusa, pode ser um bem para os sujeitos neuróticos, histéricos e psicopáticos, em geral; mas não certamente terão efeitos animadores perante os cancerosos, os apopléticos em coma, etc. Ocultar a

³⁰⁰ Todo tratamento médico precisa de consentimento previamente informado, livre, ou seja, voluntário e não obtido por promessa de recompensa ou pagamento do paciente, familiares ou de seus representantes legais, salvo impossibilidade de averiguação da vontade ou em caso de risco para a saúde pública. O consentimento exige a capacidade da pessoa para consentir, a qual será encontrada em todo aquele que tiver capacidade natural de juízo para compreender o sentido e a transcendência de sua decisão e as correspondentes conseqüências. Além disso, todo o consentimento poderá ser revogado. (DEL ROSAL BLASCO, op. cit., p. 27.)

³⁰¹ GUILLERMO BLANCO, op. cit., p. 87-90.

³⁰² A revelação por parte do médico de um diagnóstico, muitas vezes, pesadíssimo, de um prognóstico assustador e da possibilidade de uma terapia nada atraente pode piorar repentinamente a situação patológica do paciente, dificultando ainda mais o êxito de qualquer processo terapêutico. (LEPARGNEUR, Hubert. "Força e fraqueza dos princípios da Bioética", *Revista Bioética*, 1996, V.4, n. 2, p.134.)

verdadeira natureza do mal de quem sofre e confessá-la apenas aos familiares e aos outros médicos é aconselhável apenas no primeiro caso: no outro, não; por que essa piedosa mentira, além de demonstrar-se irônica ao paciente mesmo, e, portanto mais amarga e dolorosa, revela-se inútil ante os efeitos práticos obtidos.³⁰³

Quanto ao exercício da autonomia, só pode se auto-determinar, de maneira adequada, aquela pessoa que tiver pleno conhecimento dos fatos médicos ligados à sua doença. Para tanto, o acesso à verdade é essencial. Mas, o direito à verdade não cria uma obrigação para os médicos de sempre dizer a verdade para os pacientes. O médico prudente avaliará cada caso tentando pesar os prós e contras das duas alternativas: dizer a verdade ou mentir para o paciente. Em seu julgamento, ele deverá levar em conta que somente um fato moral muito relevante, em termos de beneficência, poderá justificar uma ação paternalística de ignorar o direito do paciente a verdade e, conseqüentemente, de que o paciente defina os limites de seu tratamento.³⁰⁴

Quando se requer a compreensão da informação por parte de quem consente não se exige que o paciente ou as pessoas que por ele decidirão devam entender com exatidão os fundamentos científicos e as razões técnicas que conduziram à situação terminal e sua irreversibilidade. A informação deve ser suficiente para que o paciente tenha um entendimento que lhe seja o bastante para compreender as diversas opções que se apresentam, podendo, assim, decidir com autonomia sobre seus objetivos pessoais.³⁰⁵ Busca-se a compreensão das informações que são fornecidas pela equipe médica, das causas que conduziram à necessidade daquela decisão e das conseqüências que poderão advir das opções que são apresentadas. Os esclarecimentos prestados deverão ser suficientemente claros, compreensíveis e adequados à formação cultural de quem os recebe, descartando-se toda a persuasão e manipulação por parte dos profissionais.³⁰⁶

³⁰³ GUILLERMO BLANCO, op. cit., p. 87.

³⁰⁴ GOLDIM, José Roberto; FRANCISCONI, Carlos Fernando. Problemas de Fim de Vida: Paciente Terminal, Morte e Morrer. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/morteres.htm>>. Acesso em: 01 de jan. 2007.

³⁰⁵ SOUZA, Neri Tadeu Câmara. *Consentimento Informado na Atividade Médica e a Autonomia do Paciente*. Disponível em: <<http://www.medonline.com.br/artneri.htm>> Acesso em: 01 de jan. 2007.

³⁰⁶ CARVALHO, 2001b, p.146.

As decisões do paciente têm que vir acompanhadas de reflexão, afinal, o consentimento válido é uma escolha voluntária, advinda desta reflexão, baseada no conhecimento e em valores próprios. Para refletir, decidir, agir de maneira autônoma, o paciente tem que estar munido dos instrumentos para poder fazê-lo. Compete ao médico instruí-lo, orientá-lo, sem coerção, não podendo um médico ou sua equipe influir na resolução final do paciente ou de seus representantes, assim como é inadmissível persuadir a tomada de uma decisão diferente da adotada, e tampouco pode agir em detrimento dessas opiniões, obedecendo apenas a seus próprios julgamentos. A omissão do médico caracteriza um ato omissivo culposo. O profissional médico que não fornecer ao paciente as verdades corretas, para que em cima destas o paciente tome uma decisão independente, não está respeitando a autonomia do paciente, incorrendo, assim, em um agir culposo, pelo qual é passível de ser responsabilizado.³⁰⁷

Quanto aos procedimentos eutanásicos, estes requerem sempre o consentimento expresso e voluntário do paciente que estiver em condições de fazê-lo, não se permitindo em hipótese alguma que este consentimento seja presumido ou que o médico adote a postura que lhe pareça mais adequada, ainda que aja em prol do paciente. Estando o doente incapacitado de prestar seu consentimento (estando inconsciente ou por ser incapaz: doentes mentais, crianças, pacientes com idade avançada, coagidos pela falta de recursos financeiros, ou em estado de profunda depressão em razão da enfermidade), a autonomia cede passo a beneficência, que determina a atuação do médico ou dos familiares no melhor interesse do paciente, de acordo com suas próprias concepções.³⁰⁸

Na tentativa de que a heteronomia desse princípio não venha a lesar a liberdade de autodeterminação do paciente, instrumentos jurídicos que visam a facilitar a tomada de decisões em quadros crônicos ou terminais tem sido empregados nos Estados Unidos. Estes são os chamados *Natural Death Act*. A Califórnia, desde 1976, concede, aos adultos capazes de compreender o significado de seus atos, o direito de solicitar ao seu médico a interrupção do tratamento ou a retirada dos aparelhos que mantêm artificialmente suas vidas caso venham a

³⁰⁷ SOUZA, Neri. op. cit.

³⁰⁸ CARVALHO, 2001a, p. 494.

encontrar-se em situações terminais e esses procedimentos sejam meros proteladores da morte, ficando o facultativo isento de responsabilidade penal. Este documento deverá ser redigido de forma precisa e detalhada, deve ser emitido com antecipação pelo paciente, contudo, não se admite a produção ativa da morte e, se permite a revogação deste a qualquer tempo. Outros estados como Texas, em 1977, Washington, em 1979 e Alabama, em 1981, também reconheceram este tipo de documento.³⁰⁹

Existe, também, os testamentos vitais (*living wills*) que substituíram os antigos *Natural Death Act*.³¹⁰, documentos breves nos quais pessoas sãs, através de expressões genéricas, rechaçam o emprego de tratamentos fúteis ou quaisquer meios artificiais de manutenção de suas funções vitais, caso venham a padecer de algum mal incurável ou traumatismo irreversível. Seu objetivo é respaldar uma futura decisão acolhedora da eutanásia passiva e da ortotanásia, de estabelecer o direito de o paciente recusar-se a tratamentos vitais.³¹¹

Em agosto de 1976 foi celebrada a primeira conferência mundial de organizações que lutam pelo direito a morte (*right to die societies*). Essa conferência resultou na Declaração de Tóquio que defendia a utilização e a validade dos testamentos vitais. Mencionava que cada pessoa deve decidir por si mesma sobre sua vida e sua morte; as disposições dos pacientes sobre o seu processo de morrer, também chamadas de testamentos vitais, devem ser reconhecidas como direitos humanos, portadoras de validade legal.³¹²

Entretanto, a validade dos testamentos vitais e seu caráter vinculante são passíveis de discussão, visto que a consentimento da vítima deve sempre ser atual e sua adoção poderia implicar o risco da admissibilidade de uma anuência muitas vezes presumida. Além disso, nestes documentos se efetua uma declaração em uma determinada situação de saúde para um caso, como o de inconsciência irreversível, que não poderia julgar desde a perspectiva daquela situação. O estado

³⁰⁹ CARVALHO, 2001b, p.147, nota 90.

³¹⁰ *Your living Will: The new advance health care directive*. Disponível em: <<http://www.cmanet.org/publicdoc.cfm/7>> Acesso em: 01 de jan. 2007.

³¹¹ CARVALHO, 2001b, p.148.

³¹² KÜNG, op. cit., p. 35.

psicológico do paciente, quando na iminência da morte, se altera sensivelmente, de forma que se estivesse consciente, poderia vir a discordar da opinião externada anteriormente quando ainda se encontrava são. É comum que nesses momentos críticos os doentes venham a se apegar às mínimas possibilidades de prosseguir vivendo.³¹³

Dificuldades ainda maiores surgem quando o paciente está inconsciente por ocasião da leitura do testamento vital, situação para as quais esses documentos foram precisamente criados, uma vez que quando conscientes poderão confirmar ou revogar o que fora declarado, mesmo com as reservas que outros estados mentais poderão causar a livre expressão da sua vontade (estados depressivos, debilidade mental provocada pela enfermidade, sentimento de inutilidade ou de carga para os familiares). Para solucionar o problema, alguns doutrinadores definem que ainda quando inconsciente o moribundo, é possível admitir a validade do documento quando a vontade ali expressa revele coerência com sistema de valores do paciente e com sua atitude de vida, particularmente durante o período imediatamente anterior à enfermidade.³¹⁴

Alguns cuidados devem ser tomados na elaboração dos testamentos vitais almejando evitar que algum interesse material interfira diretamente na continuação ou interrupção do tratamento. Sua firma deve ser acompanhada de todas as garantias suficientes para que sejam emitidos com toda seriedade e reflexão. De qualquer forma, se houver dúvida a respeito da autenticidade desses documentos deve ser resolvida em favor da continuação da terapia: *in dubio pro vita*.³¹⁵

³¹³ KAUFMANN, op. cit., p. 51.

³¹⁴ CARVALHO, 2001b, p.149.

³¹⁵ Para que os instrumentos tenham utilidade deve-se evitar os extremos: os textos elaborados e as prerrogativas assinaladas não podem ser muito genéricos nem tão pouco detalhados. Os documentos devem ter um prazo de validade preestabelecido, em geral de 5 anos, após o qual devem ser renovados ou, deve haver a possibilidade de serem periodicamente atualizados consoante se modifique o quadro de saúde do enfermo. Em alguns países, como na Espanha, têm sido utilizados formulários de consentimento informado nos quais são detalhados os riscos mais freqüentes e graves que possam surgir do emprego de medidas de suporte vital. Contudo, a implementação desses formulários não significa o menosprezo do adequado processo de tomada de decisões que implica a obtenção do consentimento informado. Com esses instrumentos, busca-se apenas obter o respaldo legal, ou seja, a prova documental pré-constituída, para a atuação médica, evitando futuros processos por *mala praxis*. O consentimento dado por essas vias, chamado consentimento "firmado", não assegura uma decisão esclarecida do paciente e sendo assim, não resolve problema ético algum, já que por meio delas tão-somente "se intera alguém de alguma medida". (Ibidem, p.150-151.)

Logo, toda pessoa que deseje impor limites as medidas que tendem a prolongar a vida, podem fazê-lo mediante a redação de uma declaração de vontade. Tal testamento vital (ou declaração de vontade) deveria vincular juridicamente o médico, exceto nos casos em que existam causas que comprovem que tal documento já não mais corresponde a vontade atual do paciente. *In dubio pro vita aut pro conscientia*, em caso de dúvida, deve-se agir em favor da vida ou da consciência. É necessário que prevaleça o respeito a consciência do paciente e a sua autodeterminação, sob o risco de incorrer em um paternalismo defasado pela própria medicina. Naturalmente, este entendimento é aplicável também ao médico, pois nenhum médico pode ser obrigado a uma intervenção contrária a sua consciência.³¹⁶

Já os poderes legais (*durable powers of attorney*), podem ser outorgados de modo genérico ou específico para determinadas situações. Concedem a um terceiro a faculdade de tomar decisões médicas em nome do paciente e sua efetividade está estreitamente ligada ao conhecimento que tenha a terceira pessoa sobre as preferências, os desejos do enfermo e sua capacidade de transmitir essas informações à equipe médica. Outros instrumentos são os históricos de valores, documentos nos quais estão descritas histórias que refletem distintas posturas e que buscam identificar o paradigma que mais se aproxima das opiniões do paciente. A acolhida desses dois últimos instrumentos deve ser restringida, porque implica na admissão do consentimento presumido (aquele cuja existência se pressupõe diante da ausência de consentimento real da vítima, com lastro nas circunstâncias), inadmissível quando se trata de atuações restritivas da vida alheia. Os poderes legais e os históricos de valores só teriam aplicação no campo da beneficência, quando por algum motivo o paciente não pudesse expressar sua vontade e se impusesse a atuação no seu melhor interesse.³¹⁷

A normatização do uso do consentimento informado no Brasil se inicia na década de 80. Dois documentos, um do Ministério da Saúde e outro do Conselho Federal de Medicina estabeleceram as bases para o uso, respectivamente, em pesquisa e assistência. Na área assistencial, o Conselho Federal de Medicina

³¹⁶ KÜNG, op. cit., p. 37-45.

³¹⁷ ROMEO CASABONA, op. cit., 460.

estabeleceu que todas as provas necessárias para o diagnóstico e terapêutica deverão ser realizadas apenas com o consentimento do paciente, de acordo com a Resolução CFM 1081/82. O Conselho Federal de Medicina sugeria que esta autorização deveria ser solicitada, preferentemente, no momento da internação, porém a sua não aceitação não deveria se constituir num impedimento para o tratamento do paciente. Neste documento menciona-se que pode haver um consentimento por procuração, por um representante legal ou de sua família, quando o paciente for incapaz de decidir por si próprio. Esta Resolução já utilizava, ainda que superficialmente, os dois componentes, o de informação e a capacidade para consentir.³¹⁸

Em regra geral, o consentimento deve ser expresso, atual, inequívoco e não se admite a forma presumida. Não pode ser prestado por quem não esteja no pleno exercício de suas faculdades mentais, ou seja, menor de idade, nem por aqueles que se encontram em estado de inconsciência em razão de enfermidade ou traumatismo. Crianças, menores e deficientes mentais não possuem a capacidade natural de juízo para compreender a natureza do ato sobre o qual consentem, seja para negar-se ou para submeter-se a um tratamento determinado. Expresso consentimento ou a recusa pelo paciente, sendo este adulto e estando consciente, ou tendo este consignado em instrumento próprio sua vontade anteriormente à incapacidade, é força que seja considerada pela equipe médica, ainda que, na segunda hipótese, não sem algumas reservas.³¹⁹

A capacidade jurídica plena é adquirida aos 18 anos completos, segundo artigo 5º do Código Civil, sendo considerados incapazes, absoluta ou relativamente, para fins de consentimento esclarecido, os loucos de todo gênero (desde que haja um processo de interdição), os toxicômanos (após processo de interdição), os surdos-mudos que não possam expressar sua vontade e os silvícolas (artigos 3º e 4º do Código Civil). A proteção jurídica dos incapazes ocorre por meio da representação ou da assistência. Havendo conflito entre o incapaz e seu

³¹⁸ GOLDIM, José Roberto. *Consentimento Informado no Brasil: Primeiras Normas*. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/consbras.htm>>. Acesso em: 01 de jan. 2007a.

³¹⁹ CARVALHO, 2001b, p.151.

representante legal, compete ao juiz nomear um curador especial conforme artigo 9º do Código Civil e artigo 148, VII, parágrafo único da lei 8.069/90.

Exige-se do autor do homicídio eutanásico ciência do consentimento e vontade de atuar de acordo com o mesmo (requisitos subjetivos), exige-se também que sua atuação se dê nos limites do consentido (requisito objetivo). Desse modo, se o agente der a morte ao doente impelido por forte comiseração, sem saber que o mesmo a havia suplicado em momento anterior, não pode receber tratamento privilegiado em razão daquela circunstância, mas tão-somente no que concerne ao móvel piedoso, uma vez que ausentes estão os requisitos subjetivos que devem sempre lastrear o consentimento do ofendido.³²⁰

Em relação ao consentimento, nada dispõe o artigo 121, §1º do atual Código Penal, tolerando, deste modo, que ao homicídio privilegiado seja perpetrado ainda que contra a vontade do paciente, por conseguinte, não dá qualquer relevância a circunstância na qual o consentimento tenha sido prestado, não obstante os inegáveis efeitos que exerce sobre a magnitude do injusto, apenas faz alusão ao motivo que deve ser de relevante valor moral ou social.

Segundo Prado, o consentimento da vítima é irrelevante em razão da magnitude do bem jurídico protegido (a vida humana). O consentimento somente exclui a ilicitude da conduta quando o titular do bem pode livremente dele dispor. Em virtude disso, poucos são os delitos que comportam o consentimento justificante. Entre os bens particulares renunciáveis menciona-se a honra, a liberdade pessoal, a integridade corporal, além dos bens jurídicos patrimoniais. O consentimento dado ao homicídio poderá atenuar a culpabilidade, mas não refletirá na caracterização do injusto, pois a vida é um bem irrenunciável.³²¹

O Anteprojeto de 1984 perfeitamente mencionava o consentimento da vítima ou, na sua falta, de ascendente, descendente, cônjuge ou irmão, como requisito indispensável para que o homicídio eutanásico, ativo ou passivo, fosse levado a cabo (art. 121, §3º). A proposta de 1998, em seu artigo 121 parágrafo terceiro,

³²⁰ PRADO, 2003, p. 243.

³²¹ PRADO, 2002, p. 44, nota 11.

inovou pois demandou para o tratamento privilegiado da eutanásia ativa, o consentimento da vítima, imputável e maior. Por outro lado, não foi correta em prescrever a exigência de imputabilidade para o enfermo, já que os critérios a serem atendidos em se tratando de capacidade para consentir são os propostos pela lei civil. Por fim, tratou o legislador de 1999 de repetir semelhante fórmula, operando, porém, algumas alterações cuja impropriedade é manifesta. Primeiramente, exige, para a eutanásia ativa, o consentimento da vítima imputável e maior de dezoito anos, fato este que só ressalta o erro dado anteriormente (art. 121, §3º). Ainda, alterou a ordem dos familiares que podem prestar anuência para a desconexão dos aparatos que mantêm vivo o paciente, dando preferência ao cônjuge e ao companheiro em detrimento dos ascendentes, descendentes e irmãos do enfermo (art. 121, § 4º). Não procede esta mudança, mormente em relação aos ascendentes e descendentes, visto que o vínculo que os une ao doente é infinitamente mais estreito e duradouro do que a ligação conjugal, não sendo admissível que estes, com prevalência sobre todos os demais, decidam sobre a manutenção da vida do doente.³²²

Diante o exposto, verifica-se que somente em casos extremos, em atenção às condições psíquicas do doente, será lícito ocultar-lhe informações, pois, embora não seja mais possível curar, subsiste ainda a obrigação ética de cuidar. Insere-se aí o diálogo, o qual funciona como um paliativo contra o sentimento de solidão e abandono.

O consentimento informado do paciente tem um papel indispensável nas intervenções médico-cirúrgicas, mesmo que o paciente esteja em situação que possa configurar estado de necessidade, conforme artigo 15 do novo Código Civil: "ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica". Nilo Batista interpreta este artigo, estabelecendo um paralelo com o artigo 146, parágrafo 3º, inciso 1º do Código Penal, que permite o tratamento médico arbitrário, em situação de estado de necessidade, ou seja, quando há perigo de vida, ainda que o paciente não possa manifestar a vontade.

³²² CARVALHO, 2001b, p. 154-156.

Dessa forma, exclui do crime de constrangimento ilegal a intervenção médica realizada para salvar a vida de iminente perigo.³²³

O grau de risco de algum prejuízo ao paciente, determinará até onde deve ir a intervenção do médico, sem um prévio consentimento por parte deste. Pode-se, até, afirmar que, segundo o direito penal brasileiro, caracteriza-se nesta situação uma causa suprallegal de exclusão da culpabilidade, a “inexigibilidade de conduta diversa”. É, neste caso, impositiva a prática de um determinado ato por parte do médico, não podendo ser inculcado por este. Do mesmo modo, dispõe, expressamente, o Código Penal Brasileiro, em seus artigos 23, inciso I e 24, como excludente da antijuricidade, da ilicitude, ou seja, o agir de alguém em “estado de necessidade”. Tudo isto, reforçado pelo caráter explícito do artigo 146 do nosso Código Penal, que diz no seu parágrafo 3º, inciso I: “Não se compreendem nas disposições deste artigo: I – a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante, se justificada por iminente perigo de vida;”. Devido a isso, o constrangimento ilegal – crime contra a liberdade pessoal – previsto no “*caput*” do referido artigo 146, não se aplica ao médico na eventualidade de haver iminente risco de vida. O nosso direito positivo admite, pois, o “estado de necessidade”, dando este não só a autorização ao médico, mas impondo-lhe, nos casos em que ele se configure, o dever de agir, para preservar o bem maior, a vida do paciente. O risco de morte, ou, até mesmo, de lesão física, libera o médico de saber a vontade do paciente.³²⁴

A preponderância da vontade sobre o móvel ocorre na eutanásia passiva e na ortotanásia, na qual se deve decidir sobre o início, manutenção ou interrupção de um tratamento. A consideração da vontade representa um avanço na afirmação da autonomia do indivíduo, é uma forma de salvaguardar a pessoa, em sua dignidade,

³²³ Alega que existe dificuldade em distinguir perigo de vida anterior à intervenção (a que se refere o artigo 146 do código penal) do perigo que resulte da mesma intervenção, conforme o artigo 15 do Código Civil, já que, comumente, a primeira situação concorre para a posterior. Menciona também que deve haver uma reflexão sobre a licitude das situações nas quais, mesmo havendo estado necessitado, ocorre oposição capaz do paciente. Com isso, introduz uma tese sobre a existência de dispositivo no direito brasileiro que autoriza, de forma expressa, o titular do direito a decidir ou não sobre a manutenção da vida, sobretudo em situações em que seu prolongamento implique em grande sofrimento e atinja o direito de morrer com dignidade. (BATISTA, Nilo. O novo código civil e direito penal: uma carta e onze questões. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, ano 11, n.º. 127, jun. 2003. p. 6-7.)

³²⁴ SOUZA, Neri. op. cit.

das formas frias e dolorosas de prolongamento da vida, respeitando o sentido a que morte e vida têm em sua existência.³²⁵

Entre nós, o consentimento não opera, por si só, a descriminalização da conduta diante de bens indisponíveis, a menos que outros critérios estejam presentes. A conduta constitui uma forma de justo meio para um justo fim³²⁶ e, assim, não pode ser típica. Ademais, o médico não tem o dever jurídico de prolongar a vida a qualquer preço, mas sim a de aliviar, criteriosamente, a dor e o sofrimento do paciente. Entre o dever de prolongar a vida da pessoa pelo maior espaço de tempo possível e o de aliviar o sofrimento intenso com medicações, prevalece a segunda opção.

“A vontade do paciente é decisiva, mesmo nos casos em que um juízo objetivo a considere errônea, ou que seja irresponsável aos olhos de muitos observadores”.³²⁷ Por outro lado, alega-se que nenhum doente que clama pela própria morte estaria no pleno exercício de suas faculdades mentais.³²⁸ Argumenta-se que a vida humana é um bem não só individual, mas social, não permitindo que se conceda ao indivíduo a livre disponibilidade da própria vida e, assim, não terá validade para o Direito a autorização de alguém para que o matem.³²⁹ No entanto, há no ordenamento brasileiro reconhecimento de que o consentimento daqueles que estão na iminência da morte é válido e gerador de efeitos como depreendemos da possibilidade de realização de matrimônios nuncupativos e o respeito à última vontade dos moribundos nos testamentos.³³⁰

³²⁵ MINAHIM, op. cit., p. 188.

³²⁶ Graf Zu Dohna Apud HUNGRIA; FRAGOSO, op. cit., p. 170-171.

³²⁷ ROXIN, op. cit., p. 19. Acrescenta: “Se um canceroso se recusa a deixar-se operar (como, por ex., o caso do penalista Peter Noll, muito discutido e também documentado pela literatura), a operação não poderá ser feita. É freqüente que a pessoa idosa, doente e próxima da morte, recuse o tratamento em uma unidade intensiva, que só iria adiar um pouco a morte. Isto deve ser respeitado”.

³²⁸ CARVALHO, 2001a, p. 495.

³²⁹ BRUNO, op. cit., p. 21.

³³⁰ CARVALHO, 2001a, p. 495.

4.2. A EUTANÁSIA É CRIME?

O Código Penal vigente não define o que é crime, sendo assim, a elaboração do conceito de crime cabe à doutrina.

Inicialmente, na doutrina penal brasileira, adotou-se um conceito formal do delito (relação de um termo a aquilo que o designa), no qual o crime seria toda a conduta humana que infringisse a lei penal. Neste conceito, verificava-se o fato do indivíduo transgredir a lei penal apenas, sem que qualquer outro fator fosse analisado. Posteriormente, adotou-se uma definição material de crime (corresponde a definição real, que procura estabelecer o conteúdo do fato punível), cujo nascimento foi atribuído a Lhering. Passou-se a definir o crime como sendo um fato oriundo de uma conduta humana que lesa ou põe em perigo um bem jurídico protegido pela lei. Por derradeiro, chegou-se ao conceito dogmático, jurídico de crime, ou analítico, o qual indica as características ou elementos constitutivos do crime.³³¹

O crime passou a ser definido como: toda a ação ou omissão, típica, antijurídica (ilícita) e culpável. Este conceito decompõe a figura do crime em elementos constitutivos que seriam individualmente analisados. Entretanto, é mister afirmar que o crime é um ato uno e indivisível. O fato dos elementos constitutivos do crime serem analisados individualmente, não descaracteriza o ato criminoso que criou, alterou ou produziu efeitos no mundo jurídico (fato-crime), mas, unicamente facilita a tarefa de averiguar a conduta humana criminoso, para uma justa aplicação da reprimenda.

Vejamos então, os seus elementos: ação ou omissão, tipicidade, ilicitude e culpabilidade.

³³¹ Sua origem remonta ao ano de 1906, oriunda da doutrina alemã de Beling, através de sua obra: *"Die Lehre vom Verbrechen"* ("A Teoria do Crime"), que culminou em 1930 com sua segunda obra *"Die Lehre vom Tatbestand"* ("A Teoria do Tipo").

O primeiro deles é a ação ou omissão: Significa que o crime sempre é praticado através de uma conduta positiva (ação), comissiva ou, através de uma conduta negativa (omissão), o não fazer, a inércia.

O Direito Penal contém normas proibitivas e normas imperativas. A infração das normas imperativas constitui a essência do crime omissivo. A conduta que infringe uma norma imperativa consiste em não fazer a ação ordenada pela norma. Configura-se o crime omissivo quando o agente não faz o que pode e deve fazer, que lhe é juridicamente ordenado. É a omissão de uma determinada ação que o sujeito tinha obrigação de realizar e que podia fazê-lo. Logo, a omissão em si mesma não existe, pois somente a omissão de uma ação determinada pela norma configurará a essência da omissão.³³²

Os pressupostos fundamentais do crime omissivo são: poder agir, inevitabilidade do resultado e dever de impedir o resultado. Para o primeiro pressuposto é necessário que o sujeito tenha a possibilidade física de agir, para que se possa afirmar que não agiu voluntariamente. É necessário que, além do dever, haja também a possibilidade física de agir, ainda que com risco pessoal. Essa possibilidade física falta, por exemplo, na hipótese de coação física irresistível, não se podendo falar em omissão penalmente relevante, porque o omitente não tinha a possibilidade física de agir. Aliás, a rigor, nem poderia ser chamado de omitente, porque lhe faltou a própria vontade. Quanto ao segundo pressuposto, se a realização da conduta devida impede o resultado, considera-se a omissão como causa desse resultado. No entanto, se a realização da conduta devida não tivesse impedido a ocorrência do resultado que, a despeito da ação do agente, ainda assim se verificasse, deve-se concluir que a omissão não deu causa a tal resultado. A ausência da relação de causalidade impede que se atribua o resultado ao omitente. Quanto ao dever de impedir o resultado, se o agente podia agir e se o resultado desapareceria com a conduta omitida, ainda assim não se pode imputar o resultado ao sujeito que se absteve. É necessário que o sujeito tivesse o dever de evitar o resultado, que ele fosse garantidor da sua não-ocorrência.³³³

³³² BITENCOURT, Cezar Roberto; MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoria Geral do Delito. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 97

³³³ BITENCOURT; MUÑOZ CONDE, op. cit., p. 98.

O crime omissivo divide-se em omissivo próprio e omissivo impróprio ou comissivo por omissão.

O crime omissivo próprio é um crime de mera conduta, ao qual não se atribui resultado algum (omissão de socorro, por exemplo). É uma desobediência a uma norma mandamental, norma esta que determina a prática de uma conduta, que não é realizada. Há, assim, a omissão de um dever de agir imposto normativamente. Basta a desobediência do dever de agir para que o delito se consuma.³³⁴ O resultado que eventualmente surgir da omissão será irrelevante para a consumação do crime, podendo apenas configurar uma majorante ou uma qualificadora. Estes crimes são obrigatoriamente previstos em tipos penais específicos, em obediência ao princípio da reserva legal.³³⁵

Por sua vez, no crime omissivo impróprio ou comissivo por omissão, o agente não tem simplesmente a obrigação de agir, mas a obrigação de agir para 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.³³⁶ São elementos necessários a esse crime: o estabelecimento do curso causal; haver condições de intervir no curso causal para evitar a lesividade e, posição de garantidor. Segundo o art. 13, § 2º, do Código Penal, são elementos dessa modalidade de omissão: a abstenção da atividade que a norma impõe; a superveniência do resultado típico em decorrência da omissão; a ocorrência da situação geradora do dever jurídico de agir.³³⁷

Nos crimes comissivos por omissão, pode haver uma norma dirigida a um grupo restrito de sujeitos, que impõe um dever de agir, para impedir que processos estranhos a ele venham a ocasionar um resultado lesivo. Essa norma de mandado de segundo grau dirige-se apenas àquelas pessoas que têm uma especial relação de proteção com o bem juridicamente tutelado. Esses sujeitos relacionados assim de maneira especial, com determinados interesses jurídicos, são chamados de

³³⁴ Pode-se citar como exemplos a omissão de socorro, artigo 135; o abandono material, artigo 244. (PRADO, 2000, p. 259.)

³³⁵ BITENCOURT; MUÑOZ CONDE, op. cit., p. 98-99.

³³⁶ Neste caso, a omissão é equivalente à ação. (PRADO, 2000, p. 259.)

³³⁷ BITENCOURT; MUÑOZ CONDE, op. cit., p. 99.

garantidores, os quais devem prevenir, ajudar, instruir, defender e proteger o bem tutelado ameaçado.³³⁸

O artigo 13, § 2º regula a figura do garantidor, determinando que o dever de agir incumbe a quem: tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância. Podemos citar como exemplo o dever de assistência que se devem mutuamente os cônjuges, que devem os pais aos filhos, o dever legal daquelas pessoas que exercem determinadas atividades, as quais têm implícita a obrigação de cuidado ou vigilância ao bem alheio (policial, médico, bombeiro, etc.). Nesses casos, se o sujeito, em virtude de sua abstenção, descumprir o dever de agir, não obstruir o processo causal que desenrola diante dele, será considerado como se o tivesse causado³³⁹; de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado. Dessa forma o sujeito voluntariamente se coloca na condição de garantidor, essa posição pode ser transitória, existindo somente pelo espaço de algumas horas (podemos citar como exemplo a vizinha que se oferece para cuidar do filho de outra. Se omitir uma conduta necessária para impedir um processo causal, que pode produzir um resultado lesivo, será responsável por esse resultado.

Da mesma forma, o médico de plantão que embora já se tenha esgotado o seu turno, não poderá abandonar o serviço enquanto o seu substituto não tiver chegado e assumido regularmente a sua função; com seu comportamento anterior, cria o risco da ocorrência do resultado. O sujeito coloca em andamento, com a sua atividade anterior, um processo de risco, ou, agrava um processo já existente, não importando que o tenha feito voluntária ou involuntariamente, dolosa ou culposamente. Em virtude desse comportamento anterior, surge-lhe a obrigação de impedir que essa situação de perigo evolua para uma situação de dano efetivo, isto é, que venha realmente ocorrer um resultado lesivo ao bem jurídico tutelado.³⁴⁰

³³⁸ BITENCOURT; MUÑOZ CONDE, op. cit., p. 100.

³³⁹ Médicos que se negam a atender determinado paciente em perigo de vida, e que em virtude dessa omissão vem a morrer. O crime que praticam, na verdade, não é omissão de socorro, mas homicídio, ainda que culposos, porque o médico tem essa especial função de garantir a não-superveniência de um resultado letal, e esse dever lhe é imposto por lei. (Ibidem, p. 102-103.)

³⁴⁰ Como os pressupostos fáticos que configuram a condição de garantidor são elementos constitutivos do tipo, devem ser abrangidos pelo dolo. Por isso, o agente deve ter consciência da sua condição de garantidor da não-ocorrência do resultado. O erro sobre os pressupostos fáticos dessa

O segundo elemento é a tipicidade, ou seja a ação ou omissão deve ser típica, isto é, descrita em lei como delito. A conduta praticada deve se ajustar a descrição do crime previsto em lei. A conduta pode não vir a ser um crime, e, não sendo crime, é uma conduta atípica (não punida, tendo em vista que não existe um dispositivo penal que a incrimine).³⁴¹

A tipicidade é a subsunção, a justaposição de uma conduta da vida real a um tipo legal de crime. “É a conformidade do fato praticado pelo agente com a moldura descrita na lei penal”.³⁴² A ilicitude é a razão de ser da tipicidade (e vice versa). Tipicidade é vista como *ratio essendi* da ilicitude: pois só pode ser ilícito o fato que for anteriormente previsto em lei. A ilicitude é entendida como *ratio essendi* da tipicidade pois só vai chegar a ser tipo penal aquele comportamento que é lesivo a algum bem jurídico protegido e que é desvalioso (ilícito).

A conduta positiva ou negativa, além de típica, deve ser antijurídica, ou seja, contrária ao direito. A conduta descrita em norma penal incriminadora será ilícita ou antijurídica quando não for expressamente declarada como lícita. Ilícitude 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.³⁴³

Sendo assim, concebida a tipicidade como indício de antijuridicidade, essa postura pode ser contraditada se no caso concreto concorrer uma causa de justificação, ou seja, se estiver presente um permissivo legal. É antijurídico quando não declarado lícito por causas de exclusão da antijuridicidade, como o descrito no Código Penal, artigo 23, nas normas permissivas encontradas em sua parte especial

condição constitui erro de tipo, e o erro sobre o dever de impedir o resultado constitui erro de proibição. (BITENCOURT; MUÑOZ CONDE, op. cit., p. 105.)

³⁴¹ Mas, cumpre lembrar, que uma conduta atípica como crime, pode ser tipificada como contravenção penal. Não se pode confundir de modo algum, crime com contravenção penal. Esta é menos grave que o delito (ou crime) e possui legislação própria (Decreto-lei n.º 3.688/41), com tipificação e características próprias.

³⁴² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 247.

³⁴³ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 163.

ou em leis especiais.³⁴⁴ Dessa forma, antijurídica é a conduta que não encontrar uma causa que venha a justificá-la.

Por derradeiro, para a configuração de um delito, é necessário que a conduta típica e antijurídica seja também culpável. Por sua vez, a culpabilidade é o elemento subjetivo do autor do crime. Para imposição de uma pena, principal consequência jurídico-penal do delito, não é suficiente a prática de um fato típico e antijurídico. Faz-se mister na teoria geral do delito uma terceira categoria, cuja presença é necessária para se impor uma pena. Esta categoria é a culpabilidade. Sua função consiste, precisamente, em acolher aqueles elementos, que, sem pertencer ao tipo de injusto, determinam a imposição de uma pena. Um injusto (conduta típica e ilícita) é culpável “quando é reprovado ao autor a realização desta conduta por que não se motivou na norma, sendo-lhe exigível, nas circunstâncias em que agiu, que nela se motivasse”.³⁴⁵ A culpabilidade é a reprovabilidade do injusto (conduta típica e antijurídica), ao autor. O que se reprova é o injusto pois o autor não se motivou na norma, o que era exigível que fizesse. Este conceito é um conceito normativo, que se funda na questão que o sujeito podia fazer algo distinto do que fez e que nas circunstâncias lhe era exigível que fizesse. É aquilo que se passa na mente daquela pessoa que praticou um delito. Ele poderia ter desejado um resultado criminoso qualquer (agiu com dolo direto); poderia ter assumido o risco de produzir um resultado criminoso (agiu com dolo indireto eventual); ou, não desejava aquele resultado criminoso, mas deu causa à ele por imprudência, negligência ou imperícia (agiu com culpa).

A culpabilidade é a culpa em sentido amplo, que abrange o dolo (artigo 18, inciso I; CP) e a culpa em sentido estrito (artigo 18, inciso II; CP). A culpabilidade resulta ainda, da união de três elementos: imputabilidade, consciência efetiva da antijuridicidade e exigibilidade de conduta conforme ao Direito. Ou seja: deve o autor do delito ser imputável; ter conhecimento ou possibilidade de conhecimento da

³⁴⁴ Se a agressão foi praticada, estando o agente acobertado por uma das excludentes de ilicitude previstas pelo artigo 23 do Código Penal (estado de necessidade; legítima defesa; estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito) deixa de existir crime. O referido dispositivo legal é bem claro quando menciona: "Não há crime ..."; assim sendo, houve uma agressão que resultou em morte ou lesão corporal em uma pessoa, porém, não houve crime.

³⁴⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 601

antijuridicidade de sua conduta; e ter condições de, no momento da prática daquele ato criminoso, ter agido de modo diverso do qual agiu. Em vista disto, é oportuno lembrar de que existem excludentes de culpabilidade previstas pelo Código Penal que determinam que o agente não deve ser punido, mesmo sendo a sua conduta (ativa ou positiva), típica e antijurídica. Neste caso, o legislador empregou expressões como: "é isento de pena" (artigos 26, caput; e 28, parágrafo 1º do CP); ou de forma indireta: "só é punível o autor da coação ou da ordem", dando a entender que o autor do fato não é punível (art. 22 do CP). Entre estas excludentes de culpabilidade, encontramos como destaque, a menoridade (art. 27 CP).³⁴⁶

São excludentes de culpabilidade: a inimputabilidade e a capacidade diminuída. O sistema penal acerca dos critérios fixadores da inimputabilidade ou culpabilidade diminuída adota o sistema biopsicológico.³⁴⁷

No Brasil aplica-se à atual redação dos artigos 20 e 21 do nosso Código Penal, pelos quais se adotou a teoria limitada da culpabilidade, diante da exigência de prescrição expressa para o crime culposo (para que alguém possa ser punido por crime culposo deve haver outra tipificação expressa também em lei).

Na culpabilidade finalista não existe espaço para a teoria do *homo medius*. A censura de culpabilidade pressupõe tenha podido o autor formar sua resolução de ação antijurídica mais corretamente, ou seja, de acordo com a norma. E isto não em sentido abstrato de algum homem no lugar do autor, mas no mais concreto sentido de que este homem, nesta situação, tenha podido formar sua resolução de vontade de acordo com a norma.

A noção de culpabilidade está estreitamente vinculada à de evitabilidade da conduta ilícita, pois só se pode emitir um juízo de reprovação ao agente que não tenha evitado o fato incriminado quando lhe era possível fazê-lo. A doutrina finalista

³⁴⁶ Uma conduta que está justificada frente ao direito penal, exime a responsabilidade nas demais esferas, ao contrário do que ocorre quando uma conduta não é culpável, por exemplo, quando um inimputável comete um homicídio, nada impede eventual condenação na esfera cível, já que há um injusto.

³⁴⁷ Inimputabilidade: menoridade, doença mental, desenvolvimento mental incompleto e desenvolvimento mental retardado. Menoridade; Doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

transferiu o dolo e a culpa em sentido estrito da culpabilidade para o interior do injusto, considerando-os elementos característicos e inseparáveis do comportamento ilícito.

Estes seriam os elementos integrantes do conceito jurídico, dogmático ou analítico de crime, defendidos pela doutrina prevalente. Após esta análise do crime, passa-se a esclarecer os seus possíveis sujeitos. O Sujeito ativo do homicídio eutanásico pode ser qualquer pessoa, contanto que sua conduta esteja revestida do móvel piedoso ou humanitário (elemento imperativo), mediada pela petição da vítima e aja ante o estado terminal e incurável ou de invalidez irreversível do paciente (delito comum). Na eutanásia ativa, o médico e toda e qualquer pessoa que preencha os requisitos já mencionados, poderão figurar como autores do homicídio. Admite-se aqui, a co-autoria e a participação, através de instigação ou cumplicidade, material ou moral, (a conduta pode ser perpetrada por um médico com o auxílio material de outrem, um enfermeiro ou outro médico, que lhe fornece os meios adequados, como uma solução de cloreto de potássio a ser injetada no paciente). Da mesma forma, a eutanásia ativa poderá ser levada a cabo por um leigo, um parente da vítima, o qual conta com os conselhos de um médico experiente em situações terminais. Posição esta acatada pelo Anteprojeto de 1998 que previa à aceitação do delito como crime comum. O mais recente Anteprojeto de Código Penal, de 1999, considera a eutanásia ativa um delito próprio, pois estabelece que autor do crime há de ser cônjuge, companheiro, ascendente, descendente, irmão ou pessoa ligada por estreitos laços de afeição à vítima, segundo art. 121, § 3º. A proposta do Anteprojeto de Reforma da Parte Especial de 1984, do mesmo modo, apontava a eutanásia como um delito próprio, contudo mencionava como autor somente o médico.³⁴⁸

A eutanásia passiva é tida como modalidade que admite apenas o médico como autor (delito próprio), podendo, somente o mesmo, suspender a terapia (que constitui *longa manus* de sua atividade) ou não iniciar a mesma quando a julgar inoportuna. O mesmo ocorre na eutanásia de duplo efeito, onde apenas o médico, orientado pela *lex artis*, está autorizado a agir, dessa forma sua conduta é atípica.

Culpabilidade diminuída: (semi-imputabilidade) Ex.: fronteiriços.

³⁴⁸ CARVALHO, 2001b, p.174-175.

Do mesmo modo, não se discute no Direito alemão e tampouco a nível internacional que a mitigação de grandes sofrimentos e dores dos doentes terminais constitui um dever médico, mesmo quando o emprego de tais meios implique em risco de um encurtamento da vida ou este, seja definitivamente seu efeito secundário.³⁴⁹

No tocante à ortotanásia, sustentada como uma conduta atípica por não constituir a omissão relevante, é imprescindível que falte ao médico, a quem incumbe o dever de agir como garante do bem jurídico vida, capacidade concreta de ação (capacidade esta que apenas ele poderia ter). “A ortotanásia, entendida como o auxílio médico ao morrer, pode ser considerada como causa excludente de ilicitude”, pois é uma omissão de tratamento médico desnecessário e desproporcional à situação do doente irreversível, conforme artigo 23 do Código Penal.³⁵⁰ Nessa trilha, sugere-se a alteração do Anteprojeto de Código Penal-Parte Especial 1999 com vistas a permitir que a ortotanásia (artigo 121, §4º), enquanto hipótese de exclusão de crime, aplica-se tão-somente ao médico, sendo um delito próprio.³⁵¹

As formas passivas de eutanásia, como delitos omissivos, não admitem co-autoria ou participação. Isso porque, só pode ser sujeito ativo dos crimes omissivos aquele que, primeiramente, tiver capacidade de agir e se encontrar em uma situação típica; ou aquele que estiver vinculado a um dever de agir (posição de garantidor) e puder fazê-lo para evitar o resultado. “Não é concebível que alguém omita uma parte, enquanto outros omitam o restante, pois o dever de atuar a que está adstrito o autor é pessoal, individual, e indecomponível (não tem sentido falar em divisão do trabalho por falta de resolução comum para o fato). Cada qual transgride o seu particular dever ou obrigação”. Desta forma, todos os médicos que participam da suspensão das terapias ministradas a um doente que apresente perspectivas objetivas de se recuperar (eutanásia passiva), são autores colaterais do delito.³⁵²

³⁴⁹ KOCH, Hans George. Una muerte digna. In: *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología Número extraordinário 5*, San Sebastian: Eguzkiloire 1992. p. 138.

³⁵⁰ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). Contornos atuais da eutanásia e da ortotanásia: bioética e biodireito – a necessidade do controle social das técnicas médicas. *Revista da Faculdade de Direito*. Universidade de São Paulo, v. 94, 1999. p. 277.

³⁵¹ MARCÃO, op. cit., p. 478.

³⁵² PRADO, 2000, p. 319.

Não se comunicam às circunstâncias e as condições que influenciam sobre a medida da culpabilidade, visto que são condições ou qualidades que se referem exclusivamente à pessoa do agente, conforme artigo 30 do Código Penal Brasileiro. Por outro lado, comunicam-se a todos os que participam do crime as circunstâncias atuantes sobre a magnitude do injusto, uma vez que se trata de dados materiais elementares do delito (exemplo: agravantes relativas ao parentesco, artigo 61, II, *e*; a condição de enfermo da vítima, artigo 61, II, *h*; e a qualificadora concernente ao uso de veneno ou de asfixia no homicídio, artigo 121, §2º, III do Código Penal), assim como o consentimento do ofendido, que quando dado a um dos participantes estende-se aos demais. A circunstância relativa aos motivos de agir, ou seja, a piedade, a comiseração, atuando sobre a magnitude da reprovabilidade da conduta típica e ilícita, que é pessoal, deve ser analisada caso a caso para efeitos de cálculo da pena. Somente quanto aos agentes que tenham efetivamente atuado movidos por sentimento compassivo perante a vítima será possível a mitigação da sanção penal.³⁵³

Diante do exposto, conclui-se que no atual ordenamento jurídico não é crime a prática da eutanásia indireta ou de duplo efeito, nem da ortotanásia. Contudo, a eutanásia deveria ser merecedora de exclusão da ilicitude desde que embasada em três elementos, quais sejam: terminalidade, móvel piedoso e consentimento. Em havendo a presença de tais elementos a eutanásia não deveria ser um crime. Outra alternativa será sugerida no tópico a seguir.

4.3. PUNIBILIDADE DA EUTANÁSIA (PROBLEMÁTICA JURÍDICA ATUAL E SANÇÕES PENAS)

As novas tecnologias aplicadas a Medicina geram numerosos conflitos que devem ser analisados pela esfera jurídica.

A eutanásia, qualquer que seja sua forma, está condicionada a vitalidade do paciente. Desse modo, diagnosticada a morte encefálica, a manutenção artificial das funções vitais deve ser imediatamente suspensa, não configurando a desconexão

³⁵³ CARVALHO, 2001b, p.176-177.

dos aparelhos e dos mecanismos de assistência o tipo do delito de homicídio, pois o doente está clinicamente morto. Nesses casos, impõe-se o dever jurídico de cessar a atividade terapêutica. Se o agente crê que o paciente está vivo e consuma a eutanásia, estará diante de uma hipótese de crime impossível, por absoluta impropriedade do objeto, de acordo com o preceituado no artigo 17 do código penal.³⁵⁴

Conforme dispõe o atual Código Penal, se o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor moral, pode o juiz reduzir a pena do homicídio simples, que é de reclusão, de seis a vinte anos, de um sexto a um terço, conforme artigo 121, parágrafo 1º. Assim sendo, pode-se afirmar que o homicídio eutanásico consubstancia-se numa causa de diminuição de pena, em razão da menor culpabilidade do autor. A “eutanásia” quando praticada com o propósito de matar, quando o motivo não é atenuação do sofrimento, permanece punível.³⁵⁵

Como já mencionado anteriormente, há grande discussão doutrinária no que concerne ao caráter da sanção estipulada no artigo 121, parágrafo 1º ser facultativa ou obrigatória, chegou-se a conclusão de que o melhor posicionamento é aquele que prima pelo caráter imperativo da redução.³⁵⁶ O motivo de relevante valor moral no homicídio eutanásico será considerado pelo juiz na terceira fase da aplicação da pena, que poderá, nesses casos, ser reduzida aquém do mínimo legal, em razão de ter a nova Parte Geral do Código Penal brasileiro acolhido o sistema trifásico. Vale ressaltar ainda que, havendo circunstâncias agravantes ou atenuantes (como as relativas ao parentesco, à condição de enfermo da vítima), deverão ser consideradas em momento anterior, na segunda fase da aplicação da sanção, contudo, como uma mesma circunstância não poderá ser duplamente aferida, em obediência ao princípio *non bis in idem*, não poderá incidir aqui a atenuante do artigo 65, inciso III, alínea a (ter o agente cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral).³⁵⁷

O consentimento do enfermo, devido a sua influência sobre a magnitude do injusto, não há que ser desconsiderado quando da aplicação da sanção penal. Ele

³⁵⁴ CARVALHO, 2001b, p.156.

³⁵⁵ ROXIN, op. cit., p. 18.

³⁵⁶ PRADO, 2002, p. 50-51.

³⁵⁷ CARVALHO, 2001b, p. 178.

pode ser aferido na fixação da pena base, visto que o artigo 59 aponta, entre as circunstâncias judiciais, o “comportamento da vítima”, ou atuar como atenuante inominada, por representar circunstância relevante, anterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei (art. 66). Havendo concurso de agravantes e atenuantes, a pena deverá aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, circunstâncias estas resultantes dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência (art. 67). Tratando-se de homicídio qualificado-privilegiado, as margens legais a serem consideradas para fins de cálculo da pena são aquelas do artigo 121, parágrafo 2º, Código Penal (reclusão de doze a trinta anos), não deixando de respeitar o princípio *non bis in idem*, já mencionado, onde a agravante relativa ao emprego de veneno não pode ser considerada para efeitos de cálculo da pena provisória.³⁵⁸

A ortotanásia, também conhecida como eutanásia pura ou genuína, é penalmente atípica, uma vez que se enquadra dentro dos deveres de atuação do médico. A missão do facultativo não se limita a curar, abrange também o dever de aliviar a dor. A omissão de cuidados essenciais por parte do médico implica em uma infração do dever de agir derivado da posição de garante por ele ocupada, conforme artigo 13, parágrafo 2º, *b* do código penal. O comportamento do médico que não ministra o anestésico, ou só o faz em quantidade insuficiente, apesar do paciente o requerer de modo expresso, consubstancia lesões corporais através de omissão, pois a posição de garante do médico e de parente próximos também compreende o dever de evitar sofrimentos desnecessários ao paciente.³⁵⁹

A eutanásia indireta ou de duplo efeito também não se subsume ao tipo de delito de homicídio, pois não faz parte da intencionalidade do autor abreviar a vida do doente, ele age apenas com o intuito de aliviar seu sofrimento. Afasta-se ainda a hipótese de dolo eventual, pois o sujeito ativo considera seriamente como possível a realização do tipo legal e se conforma com ela, ao passo que na eutanásia indireta o médico não conta com essa eventualidade, adota todas as medidas necessárias para atenuar a dor sem provocar adiantamento da morte. Roxin discorda de tal entendimento, menciona que a forma de dolo necessária para a eutanásia indireta

³⁵⁸ CARVALHO, 2001b, p. 178-179.

³⁵⁹ ROXIN, op. cit., p. 13.

está controvertida, entretanto, consoante a opinião mais antiga, somente o dolo eventual poderia ser justificado, ou seja, o caso em que uma diminuição da vida em decorrência do tratamento contra a dor seja possível, mas não segura.³⁶⁰ Deve ser rechaçada, por derradeiro, a possibilidade de homicídio culposo, desde que o médico observe o cuidado objetivamente devido, determinado pelas exigências da indicação da medida terapêutica e as regras da *lex artis*. A administração de fármacos e a aplicação de terapia para mitigar a dor de enfermos terminais, desde que dentro dos limites de prudência assinalados, não supõe uma infração do cuidado objetivamente devido, nem o adiantamento da morte constituiria um fato culposo punível, adiantamento este que, ainda que sendo teoricamente possível, não é fácil de precisar na prática e, em suma, sua efetiva comprovação apenas permitiria construir a parte objetiva do tipo, pois o resultado típico, ainda que previsível, se ajustou a *lex artis* e com isso não se superou o risco permitido que poderia acarretar tratamento.³⁶¹

A eutanásia ativa direta é punível, segundo o atual diploma legal. Mesmo havendo existência de consentimento por parte do doente, é inelidível que o direito à liberdade deve ser examinado dentro de um contexto global, no qual não se pode reconhecer que tal princípio legitime a causação de homicídio por um terceiro. Assim como o direito à vida não pode assumir caráter absoluto e incondicionado, sendo considerado em conexão com outros valores constitucionais, não é possível, do mesmo modo, admitir a existência de um direito ilimitado à disponibilidade da própria vida, apto a legitimar a intervenção de terceiros. O consentimento do ofendido, nos delitos contra a vida humana, não tem o condão de afastar por completo a ilicitude do fato, todavia, o consentimento possui inegáveis efeitos atenuatórios que dizem respeito à ilicitude do fato (menor desvalor da ação), autorizadores da mitigação da pena. O móvel altruísta ou de compaixão, efetivamente comprovado e independentemente de ter mediado o requerimento da vítima, faz com que, na eutanásia ativa, a realização da conduta típica e ilícita seja menos reprovável ao seu autor.³⁶²

³⁶⁰ ROXIN, op. cit., p. 17-18.

³⁶¹ CARVALHO, 2001b, p.157.

³⁶² ROMEU CASABONA. op. cit., p. 471-472.

No âmbito da eutanásia passiva deve-se distinguir as formas de omissão que se enquadram na esfera de comportamento punível das que fazem parte da prática médica adequada e, por isso, são jurídico-penalmente irrelevantes. As medidas médicas de tratamento de pacientes terminais, que apenas adiem o curso natural da morte, não fazem parte do mandato de proteger a vida, apenas são uma adulteração da morte. Nestes casos, segundo Koch, a interrupção do tratamento não apenas está permitida como geralmente constitui um mandato.³⁶³ Ademais, todo e qualquer tratamento está condicionado à vontade do paciente de ser ao mesmo submetido. Se o paciente adulto, mentalmente sã, ao qual foram concedidas todas as informações necessárias a respeito da extensão de sua doença, das conseqüências, dos riscos da terapia, de modo consciente e responsável, recusa submeter-se ao tratamento, caberá ao médico, eximir-se de qualquer procedimento. O médico, em virtude da aceitação voluntária do dever de atuar, decorrente do exercício profissional, assume a responsabilidade de impedir o resultado, pois está investido na posição de garantidor do bem jurídico vida, artigo 13 parágrafo segundo, alinea *b*, do código penal. Contudo, esse dever limita-se à anuência do enfermo de sujeitar-se aos seus cuidados. Roxin menciona que segundo o Projeto Alternativo sobre a Eutanásia, “Quem interrompe ou omite medidas mantenedoras da vida não age antijuridicamente, se o atingido o exigir expressa e seriamente”.³⁶⁴

A submissão forçada do doente ao tratamento daria lugar ao delito de constrangimento ilegal (artigo 146) e iria de encontro ao princípio da dignidade da pessoa humana.³⁶⁵ Interpretação oposta implica que o médico dispõe de uma razão preponderante sobre o paciente, podendo e mesmo devendo seguir tratando sempre que ele, o médico, acreditar ser correto. No entanto, tal lesão ao direito de autodeterminação do paciente é intolerável numa sociedade liberal.³⁶⁶ A lei penal autoriza a intervenção médica ou cirúrgica, sem consentimento do paciente ou do representante legal, quando justificada por iminente perigo de vida (artigo 146, parágrafo terceiro, inciso I). Trata-se da hipótese de estado de necessidade justificante, em que o ordenamento jurídico faculta a lesão ao bem de menor valor,

³⁶³ KOCH, op. cit., p. 137.

³⁶⁴ ROXIN, op. cit., p. 21.

³⁶⁵ MINAHIM, op. cit., p. 71.

³⁶⁶ KAUFMANN, op. cit., p. 50.

qual seja, a liberdade individual, como único meio de salvar o bem de maior valor, a vida humana.³⁶⁷

O estado de necessidade será uma causa de justificação se o mal causado for menor que o que se tratava de evitar e sempre que a conduta realizada não implique uma grave infração ao respeito devido à dignidade da pessoa humana. Sendo assim, ainda que se tratando de terapêutica vital, subsiste para o paciente a faculdade de recusar-se a mesma, de acordo com a redefinição do direito à vida entendida como algo que não se exaure na simples existência biológica, devendo sua interpretação estar aliada a critérios normativos, entre os quais a dignidade humana, desde que as perspectivas objetivas de recuperação e os resultados que se busca não guardem proporcionalidade com a indignidade da imposição da terapêutica. Ao médico não se impõe o dever de tratar contra a vontade do paciente, mormente quando todos os recursos disponíveis já figuram como inócuos e existe apenas a possibilidade de que seja o doente submetido a condições inumanas e degradante. Nesses casos, seu dever passa a ser o de administrar cuidados paliativos.³⁶⁸

É dever do médico intervir, em se tratando de pacientes menores ou incapazes de prestar uma recusa válida, presente o risco de vida, mesmo ante a negativa dos seus pais ou dos representantes legais. Despreza-se o consentimento dessas pessoas uma vez que não há que se admitir o consentimento presumido em relação ao incapaz quando não se trate de agir no seu melhor interesse (princípio da beneficência). Nesses casos, a conduta do facultativo não configuraria o delito de constrangimento ilegal, artigo 146, parágrafo 3º, inciso I do Código Penal.³⁶⁹

A omissão na aplicação de medidas essenciais para a manutenção artificial da vida do moribundo pode decorrer de sua própria petição ou recusa, atual ou anterior à iniciação do tratamento. Existem, também, situações em que o enfermo não pode manifestar sua vontade ou a mesma não é juridicamente válida. Nesses casos, a não intervenção do médico pode dar lugar a um homicídio comissivo por

³⁶⁷ HUNGRIA; FRAGOSO, op. cit., p. 178. Da mesma forma: BRUNO, Aníbal. *Crimes contra a pessoa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Ouro, 1976. p. 346.

³⁶⁸ CARVALHO, 2001b, p. 160-161.

³⁶⁹ *Ibidem*, p. 161.

omissão, vez que o médico ocupa posição de garante em relação ao bem jurídico tutelado (art. 13, § 2º, *d* do código penal). A beneficência pressupõe que a decisão a respeito da continuidade ou do início da terapêutica incumbe aos familiares do moribundo e, secundariamente, ao seu representante legal. O médico só poderá atuar sem expressa autorização nos casos de urgência, quando houver risco de vida para o paciente, sendo assim sua conduta será lícita, não configurando constrangimento ilegal.³⁷⁰

A última palavra não pertence somente e de modo incondicional, aos familiares, não estando o paciente em estado terminal ou em estado vegetativo crônico e ainda havendo meios adequados para a promoção de sua melhora, subsiste para o médico o dever de tratar, independentemente da recusa dos primeiros, caso contrário incorreria o facultativo nas penas do delito de homicídio. O início, a continuação ou ampliação de um tratamento está condicionado a possibilidade de o médico cumprir sua função curativa, segundo o atual estágio de evolução das ciências médicas e com os meios disponíveis. Não existe o dever de tratar, quando o quadro apresentado pelo paciente não indicar qualquer probabilidade de evolução, apenas existe o dever de ministrar cuidados paliativos indispensáveis contra a dor e o sofrimento, sob pena de incorrer o facultativo em obstinação terapêutica. O prolongamento irracional da vida biológica ultrapassa os limites do dever de assistência imposta pela *lex artis*, a qual obriga o médico apenas administração de cuidados essenciais. Dessa forma, o dever de assistência do facultativo encontra-se limitado à existência de reais possibilidades de prolongamento da vida, e não da morte, do doente. Ausente essa possibilidade, a desconexão dos aparelhos que mantêm vivo o doente não se enquadra no tipo de delito de homicídio, já que para que se perfaça a tipicidade nos delitos omissivos impróprios, não basta que o autor esteja na posição de garante, é necessário que tenha capacidade de ação, ou seja, deve haver a possibilidade material de evitar o resultado. Em tal hipótese, não haveria omissão punível por atipicidade da mesma.³⁷¹

Se não houver expectativa alguma de se conseguir uma vida plena e independente para o doente, resulta que a desconexão não interrompe curso causal

³⁷⁰ HUNGRIA; FRAGOSO, op. cit., p. 178. Da mesma forma: BRUNO, 1976, p. 346.

³⁷¹ CARVALHO, 2001b, p. 168-169.

salvador nenhum, pois o curso causal salvador é aquele capaz de salvar. A desconexão do reanimador em casos como esses é impune tanto da perspectiva comissiva quanto da omissiva. Do ponto de vista dessa última, porque sequer se pode falar de omissão quando a única conduta possível não seria capaz de conseguir a salvaguarda do bem jurídico. Mesmo os insistentes defensores da intangibilidade da vida humana admitem que nenhuma razão obriga o médico a fazer durar por um pouco mais uma vida que natural e irremissivelmente se extingui³⁷². Por outro lado, alguns doutrinadores primam, nesses casos, pela existência de um estado de necessidade, no qual estariam em conflito direto à vida, o direito à liberdade e a dignidade pessoal. O comportamento, em todas as formas de eutanásia, estaria justificado em razão do menor valor que se atribui à vida humana nessas condições, seria um bem de menor valor enquanto o seu titular renuncia a ela e enquanto seu final está próximo ou tenha se convertido num mero padecimento físico. Segundo Kaufmann essa concepção há de ser rechaçada, porque a proteção da vida é idêntica para todos, são ou enfermos, e mesmo para os condenados à morte, sendo a argumentação da perda do valor da vida humana um verdadeiro salto no vazio.³⁷³

Muitos doutrinadores referem à ausência de capacidade concreta de ação, nesses casos, como inexigibilidade, sendo entendida não como uma causa de exculpação e sim como um elemento do tipo dos delitos omissivos. A inexigibilidade opera também nos delitos omissivos impróprios, alterando a configuração da posição de garante. Uma renúncia ao tratamento com base nos princípios gerais da omissão só poderia ser tomada em consideração se as medidas que se devessem aplicar para o prolongamento da vida fossem faticamente impossíveis ou normativamente inexigíveis, além de atentarem contra a dignidade do moribundo.³⁷⁴

O âmbito não punível da eutanásia passiva aproxima-se do conceito de ortotanásia. A manutenção de terapias que não oferecem chances reais de recuperação para o paciente, especialmente os em estado vegetativo crônico, cuja sobrevivência pode ser artificialmente protraída por meses ou anos, implica em

³⁷² BRUNO, 1976, p. 124.

³⁷³ KAUFMANN, op. cit., p. 52.

³⁷⁴ PRADO, 2000, p. 210.

grave atentado à dignidade da pessoa humana, em tudo contrário à proibição constitucional de submissão a tratamentos desumanos ou degradantes.³⁷⁵ As perspectivas de recuperação devem ser analisadas segundo critérios objetivos e a incerteza quanto às probabilidades de êxito do tratamento devem ser sempre resolvidas em prol de sua continuidade (*in dubio pro vita*). Se o médico não der início ou suspender uma terapia com lastro num erro de diagnóstico, crendo ausente toda e qualquer perspectiva de recuperação do enfermo, incorrerá em erro de tipo, quanto aos pressupostos da incapacidade de ação, que elide o dolo, mas permite a punição pelo homicídio culposo comissivo por omissão, conforme artigo 20 do código penal. Se a falha for determinada por outros médicos que atestem a realidade da morte para que o primeiro venha a realizar o desligamento dos aparelhos, responderão pelo delito apenas estes últimos, artigo 20, parágrafo segundo do código penal.³⁷⁶

Ante o consentimento do paciente para a continuação da terapia, expresso por qualquer meio, anteriormente à incapacidade, deve prevalecer sua vontade, do mesmo modo como deve ser respeitada a recusa de seus familiares ou representante legal à suspensão dos cuidados médicos quando entendam que o melhor interesse do paciente seja a luta pela vida. Uma morte digna pode ser também entendida como manter-se firme diante da dor física e do sofrimento moral e contar com que os demais farão todo o possível para combater a morte, inclusive em situações desesperadoras e de prognóstico infausto; concepção que deve ser igualmente respeitada.³⁷⁷ Também deve ser acolhida à objeção de consciência por parte do médico tratante que não queira consumir o derradeiro ato, devendo ser substituído por outro facultativo.³⁷⁸

Em benefício da transparência jurídica deve-se incluir no ordenamento legal as disposições documentadas pelo paciente (testamentos vitais). A redação destes documentos deve ser voluntária e protegida contra abusos, seu conteúdo deve ser

³⁷⁵ A declaração de Veneza sobre enfermidade terminal (1983) salienta que o facultativo tem o dever de curar e de aliviar os sofrimentos, mas destaca que o médico deve evitar o emprego de qualquer meio extraordinário que não traga benefício algum para o paciente. (*Declaração de Veneza*. op. cit.)

³⁷⁶ CARVALHO, 2001b, p.169.

³⁷⁷ BRUNO, 1976, p. 124.

³⁷⁸ CARVALHO, 2001b, p. 171.

respeitado pelo médico, exceto em caso de não condizer com a vontade real e atual do enfermo.³⁷⁹

Quanto à omissão de tratamento vital no caso de neonatos com malformações graves, não resta qualquer possibilidade de se conhecer suas vontades e preferências, que se formam apenas com o crescimento e desenvolvimento de sua capacidade intelectual. As condutas médicas em pediatria neonatal devem se ater estritamente as perspectivas de melhora da saúde dos recém-nascidos, sem fazer qualquer referência à qualidade de vida de que desfrutarão no futuro, o que poderia supor concepções eugênicas (eugenésicas)³⁸⁰. Subsiste o dever de agir se a criança apresenta síndrome de Down, mas não se trata um anencéfalo cujas expectativas de sobrevida não ultrapassam algumas horas. Em havendo dúvida quanto ao prognóstico, porém, deve ser resolvida em favor do tratamento (*in dubio pro vita*).

A eliminação de recém-nascidos viáveis que apresentam deformações ou deficiências psíquicas, também denominada eutanásia precoce deve ser em princípio rechaçada por empregar procedimentos de forte cunho eugenésico. A eutanásia ativa em recém-nascidos portadores daquelas anomalias não comporta qualquer justificação, devendo ser negada qualquer atenuação da responsabilidade em razão do consentimento que, de fato, inexistente. Por outro lado, a omissão de tratamentos de neonatos nessas circunstâncias gera problemas semelhante àqueles suscitados com relação aos pacientes adultos. Não é a natureza da moléstia que acomete o recém-nascido, mas as chances reais de que prossiga vivendo e de que possa se recuperar, que devem ser determinantes para a continuidade ou a interrupção da terapia. Os critérios mais ponderados para que se possa aferir a oportunidade de suspensão do tratamento, nessas hipóteses, são os de que: o início ou continuação dos cuidados médicos não oferece perspectivas objetivas de prolongamento da vida, somente tarda uma morte segura; a manutenção das funções vitais do neonato demanda medidas intensivas e desproporcionais ao sofrimento causado e aos resultados que se espera obter e; não obstante a terapia

³⁷⁹ KÜNG, op. cit., p. 49-50.

³⁸⁰ Expressão condenada por não guardarem essas hipóteses relação com o conceito de eutanásia em sentido estrito. Conforme: KAUFMANN, op. cit., p. 468.

empregada, o recém-nascido jamais logra relacionar-se com o mundo exterior, estando ausentes qualquer possibilidades de percepção e de comunicação. Observados tais requisitos, estaria legitimada a interrupção ou a não iniciação do tratamento por inexistir capacidade concreta de ação, desde que mediada pelo consentimento dos pais ou representantes legais do neonato. Comportamento oposto atentaria contra a dignidade da pessoa humana, pois submeteria o recém-nascido, cujas perspectivas de sobrevivência são limitadas, a um tratamento desumano e degradante. A hipótese equivaleria aqui à ortotanásia em enfermos adultos, considerando-se não haver diferença de valor entre as vidas de ambos os pacientes.³⁸¹

O mais recente anteprojeto de reforma da parte especial do código penal, de 1999, regulou corretamente a eutanásia ativa direta como hipótese de homicídio privilegiado, em seu artigo 121 parágrafo terceiro. Exige-se que o sujeito atue com o fim de abreviar o sofrimento físico insuportável da vítima, com o que encontra-se respaldada apenas a eutanásia ativa indireta. Não acertou, porém, ao prever para a ortotanásia, a simples exclusão da ilicitude, quando deveria tratar-se de atipicidade da conduta, já que inexistente, para o médico, capacidade concreta de ação, segundo artigo 121, parágrafo 4º. Além disso, o dispositivo alude a "deixar de manter a vida", supondo assim apenas as hipóteses de interrupção do tratamento e deixando de lado os casos em que igualmente inconveniente iniciar um tratamento. A eutanásia passiva, enquanto não-iniciação ou suspensão do tratamento vital do paciente que apresenta reais perspectivas de melhora, não foi regulamentada pelo anteprojeto, permanecendo como mera causa de diminuição de pena por motivo de relevante valor moral (figura que é mantida nos mesmos termos pelo artigo 121 parágrafo segundo, da proposta, sob a errônea rubrica de homicídio privilegiado). Essa figura deveria ser expressamente disciplinada pela lei penal, pois não se pode tolerar que ela tenha tratamento menos benigno que o homicídio eutanásico ativo.³⁸²

Não será punível a produção da morte de um paciente, por parte de um médico ou de qualquer outra pessoa desde que tal atitude seja feita mediante a solicitação livre, expressa e séria, do paciente maior de 18 anos, que tenha

³⁸¹ CARVALHO, 2001b, p.172-173.

³⁸² Ibidem, p. 173-174.

capacidade natural de juízo, sempre que este padeça de graves sofrimentos derivados de uma doença terminal incurável que o conduzirá a uma morte próxima.³⁸³

Para que a eutanásia seja configurada é necessária a presença de três elementos: terminalidade e/ou incurabilidade, móvel piedoso e consentimento. Estando presentes tais elementos, a situação do homicídio eutanásico pode ser resolvida através de uma possível avaliação infraconstitucional a respeito da sua não punibilidade. Em casos de homicídio eutanásico, presente os elementos acima mencionados, deveria ser aberta a possibilidade de perdão judicial (artigos 107, IX e 120 do Código Penal).³⁸⁴

4.4. DIREITO À MORTE DIGNA?

A ciência deve estar sempre a serviço da humanidade, respeitando a dignidade do ser humano. Baseado neste paradigma, discute-se a questão do direito a uma morte digna ante a possibilidade de inúmeras situações em que a dignidade pode vir a ser ameaçada pelo progresso biomédico. Na atual conjectura, é de suma relevância que o legislador, o aplicador do Direito e o jurista reflitam sobre esses tormentosos problemas, ante seu conteúdo altamente axiológico, sem olvidarem que a dignidade da pessoa humana é o valor fonte legitimador de todo o ordenamento jurídico.³⁸⁵

A partir das concepções adotadas no Direito Moderno, com sua grande racionalização e humanização, a eutanásia passou a ter um caráter criminoso, com o intuito de se estar protegendo o bem mais valioso, a vida. Contudo, ultimamente surgem cada vez mais tratamentos e recursos capazes de prolongar por muito tempo a vida dos pacientes, o que pode levar a um demorado e penoso processo de morrer. Parte da população começa a crer que, em situações de irreversibilidade de

³⁸³ DEL ROSAL BLASCO, op. cit., p. 29

³⁸⁴ FERNANDES, Sérgio Henrique Cordeiro Caldas. Eutanásia - aspectos jurídicos. *Jurisprudência Mineira*, Belo horizonte, v. 166, p. 17- 26, out/dez. 2003. p. 25.

³⁸⁵ LAFER, op. cit., p 19-20.

consciência e de outras funções superiores, quando esta vida estiver sendo mantida artificialmente, o indivíduo teria o direito de morrer com dignidade.

A Medicina atual, na medida em que avança na possibilidade de salvar mais vidas, cria inevitavelmente complexos dilemas éticos, os quais induzem a maiores dificuldades para um conceito mais ajustado do fim da existência humana. Além disso, “o aumento da eficácia e a segurança das novas modalidades terapêuticas motivam também questionamentos quanto aos aspectos econômicos, éticos e legais resultantes do emprego exagerado de tais medidas e das possíveis indicações inadequadas de sua aplicação”.³⁸⁶

Apesar da Medicina Moderna ter alcançado muitas vitórias e poder prolongar a vida do homem através de tratamentos que minimizam e até curam doenças, ao final, todos devem morrer, mas de uma forma digna sem abusos ou omissões.

Não existem soluções mágicas para enfrentar a morte, porém, existem diversos caminhos que podem ser trilhados. Para o paciente terminal, é essencial não se sentir abandonado, tanto pelos familiares e amigos (através da atenção, do carinho, da compreensão) quanto pelos médicos (por intermédio de medidas de conforto). É fundamental que a morte seja vivida com o menor sofrimento (físico ou psicológico) possível. Assim, possibilitar que o paciente morra cercado de cuidados (com o intuito de diminuir o sofrimento) e ao lado dos que o amam traz a dignidade da morte.

O direito de viver não é antagônico ao direito de morrer: compreende, na verdade, duas dimensões de um mesmo direito, de fato, há quem fale de direito à morte, expressão que designa o direito de morrer com toda a serenidade e embasado na dignidade humana.³⁸⁷

O sistema jurídico brasileiro assegura o direito de viver e não reconhece formalmente o direito de morrer, o que levou a doutrina jurídica a afirmar

³⁸⁶ PIVA, Jefferson Pedro; ANTONACCI CARVALHO, Paulo R. Considerações éticas nos cuidados médicos do paciente terminal. *Bioética*, 1:129-38, 1993.

³⁸⁷ RIBEIRO, Diaulas Costa. Autonomia: viver a própria vida e morrer a própria morte. *Cad. Saúde Pública*, vol.22, no.8, p.1749-1754, aug. 2006.

equivocadamente que não há esse direito entre nós. Viver a vida com autonomia é um direito potestativo, que pode ser exercido sem qualquer anuência de terceiros; ninguém precisa de licença de outrem para viver a sua própria vida, principalmente em países sem pena de morte. Ninguém, nem mesmo o Estado, pode impor qualquer restrição a esse direito, podendo ser denominado de supremo.³⁸⁸ O direito de viver, por ser direito potestativo, é renunciável apenas pelo seu titular. Se não fosse renunciável, não seria direito, mas dever de viver. E enquanto dever de viver geraria conseqüências jurídicas distintas das que hoje são conhecidas, como a punição da tentativa de suicídio, a proibição dos esportes radicais e atividades de risco em geral e a mecanização da vida para além da vida, o que imporiam tratamentos desumanos e degradantes ao doente.³⁸⁹

A omissão de tratamentos médicos a pedido ou por recusa do doente não suicida não constitui crime e não se confunde com o homicídio a pedido da vítima e não pode ser chamado de eutanásia passiva. Não respeitar o direito de morrer, o direito à autodeterminação, é constrangimento ilegal, pode ser abuso de poder e até lesão corporal. Se o paciente recusar se submeter a uma operação que salvaria sua vida, ou se recusar a uma necessária internação numa unidade de tratamento intensivo, deve o médico abster-se de tais medidas e, se for o caso, deixá-lo morrer. “Esta solução é deduzida, corretamente, da autonomia da personalidade do paciente, que pode decidir a respeito do alcance e da duração de seu tratamento”.³⁹⁰

³⁸⁸ As relações de saúde, construídas sob o modelo paternalista, foram diretamente afetadas pelo princípio da autonomia. No Brasil há indicativos da substituição do paternalismo pelo consentimento livre e esclarecido. Fala-se, hoje, em *empowerment health*, apoderamento sobre a saúde, ou seja, o paciente conquistou o poder de tomar decisões sobre sua saúde e sua vida; de sujeito passivo passou a titular do direito. O profissional de saúde, o médico por todos, de sujeito ativo passou a titular de uma obrigação. Antes soberano para tomar decisões clínicas, passou a conselheiro, num diálogo franco com o paciente, titular do direito de tomá-las mediante esclarecimento que lhe é devido pelo profissional. (RIBEIRO, 2006, p.1749.)

³⁸⁹ Alemanha, Portugal e Brasil têm punição para o homicídio. Por outro lado, diferentemente do Brasil, tipificam o chamado homicídio a pedido da vítima, punido com uma pena simbólica se comparada com o homicídio tradicional. Em Portugal, quem mata movido por pedido sério e expresso da vítima é punido com pena de 1 mês a 3 anos, enquanto o homicídio qualificado pode chegar a 25 anos de prisão. Na Alemanha, quem mata a pedido da vítima é punido com pena de 6 meses a 5 anos de prisão, enquanto o homicídio qualificado pode ser punido com prisão perpétua. O homicídio a pedido da vítima é um crime punido apenas quando a morte decorre de uma ação, de uma conduta positiva. Dessa forma, não há crime quando o pedido é negativo, para não se fazer algo, com exceção apenas para os casos de suicídio, em que não se aceita a omissão de tratamentos vitais a pedido do suicida socorrido. (Ibidem, p.1749-1752).

³⁹⁰ ROXIN, Claus. *A tutela penal da vida humana*. São Paulo: Editora Damásio de Jesus; 2005. p. 23.

O dever de cuidado, que decorre da relação do paciente com o seu garante, cessa com a oposição ao cuidado, feita autonomamente pelo doente ou seu representante legal: pais, tutor, curador ou um procurador nomeado em diretivas antecipadas. O pedido ou a recusa a tratamentos em geral, feita por diretivas antecipadas, é denominado de Suspensão de Esforço Terapêutico (SET). A suspensão de tratamentos, determinada pela SET, inclui nutrição, hidratação e respiração artificiais que visam apenas a adiar a morte, em vez de manter a vida. A finalidade da SET é suspender a distanásia, a insistência tecnológica em "vencer o fim", como se isso fosse possível e atendesse ao melhor interesse do doente. Busca afastar os obstáculos para que a morte, naturalmente, instale-se. Essa conclusão também foi adotada pela Igreja Católica na Declaração sobre a Eutanásia: "na iminência de uma morte inevitável, apesar dos meios usados, é lícito em consciência tomar a decisão de renunciar a tratamentos que dariam somente um prolongamento precário e penoso à vida, sem contudo, interromper os cuidados normais devidos ao doente em casos semelhantes. Por isso, o médico não tem motivos para se angustiar, como se não tivesse prestado assistência a uma pessoa em perigo...". Mas, desde 24 de fevereiro de 1957, já havia referência, nos discursos do Papa Pio XII, à licitude da recusa a tratamentos extraordinários: "a razão natural e a moral cristã fundamentam, ambas, o direito e o dever de, em caso de doença grave, procurar o tratamento para conservar a saúde e a vida. Normalmente alguém está obrigado a empregar apenas os meios ordinários conforme as circunstâncias de pessoas, tempos e cultura, isto é, meios que não impliquem ônus extraordinário para si ou para outrem. Obrigação mais severa seria por demais onerosa para a maioria das pessoas e tornaria muito difícil a consecução do bem superior, mais importante. Vida, saúde, todas as atividades temporais estão na realidade subordinadas aos fins espirituais".³⁹¹

A pessoa humana é uma pessoa e segue sempre sendo uma pessoa, mesmo estando mortalmente doente, a espera da morte próxima. Por tal característica, toda pessoa tem direito a uma morte e a uma despedida digna de seres humanos.³⁹²

³⁹¹ RIBEIRO, 2006, p. 1749-1750.

³⁹² KÜNG, op. cit., p. 41.

No Brasil, não há autorização legal para a eutanásia nem para o suicídio assistido. Mas a suspensão de esforço terapêutico está prevista na Constituição Federal (art. 1.º, III, e art. 5.º, III) que reconhece a dignidade da pessoa humana como fundamento do estado democrático brasileiro e expressa que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante. No Código Civil, art. 15³⁹³, há autorização para paciente recusar determinados procedimentos médicos. A Lei Orgânica da Saúde (Lei n. 8.080/90, art. 7.º, III) reconhece o direito à autonomia do paciente e o Código de Ética Médica repete esses mesmos princípios legais e ainda proíbe o médico de realizar procedimentos terapêuticos contra a vontade do paciente, excetuando um quadro de emergência médica de salvação, o que não se caracteriza em um quadro irreversível, sem nenhuma resposta a qualquer tipo de tratamento. Existe, também, a Lei dos Direitos dos Usuários dos Serviços de Saúde do Estado de São Paulo (Lei n. 10.241/99), que assegura em seu art. 2º: são direitos dos usuários dos serviços de saúde no Estado de São Paulo: recusar tratamentos dolorosos ou extraordinários para tentar prolongar a vida, entre outros.³⁹⁴

Enquanto se discute sem consenso a aceitação da eutanásia como um ato de cuidado, outros movimentos buscam soluções a partir dos princípios da autonomia e da dignidade no fim da vida. Como resultado desses movimentos, o Ministério da Saúde editou a Portaria 675/GM de 30 de março de 2006, aprovando a Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde, consolidando, num documento único, os direitos e deveres do exercício da cidadania na saúde em todo o Brasil.³⁹⁵

A portaria reafirma que é direito do usuário o consentimento ou a recusa de forma livre, voluntária e esclarecida, depois de adequada informação, a quaisquer procedimentos diagnósticos, preventivos ou terapêuticos, salvo se isso acarretar risco à saúde pública. Menciona que o paciente também tem direito de revogar ou

³⁹³ Art. 15: Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

³⁹⁴ RIBEIRO, 2006, p.1750-1751.

³⁹⁵ A utilização da palavra usuário em vez de paciente (o sujeito passivo) foi um passo decisivo para consolidar, no sistema de saúde nacional, a prevalência do interesse do doente e não mais do profissional de saúde. Trata-se de iniciativa histórica a afirmar o consentimento livre e esclarecido como substituto do paternalismo nas relações de saúde, garantindo ao usuário o direito à informação a respeito de diferentes possibilidades terapêuticas de acordo com sua condição clínica,

retratar, a qualquer momento, por decisão livre e esclarecida, o consentimento ou a recusa anteriores, sem que lhe sejam imputadas sanções morais, administrativas ou de qualquer natureza. São direitos do usuário: não ser submetido a nenhum exame, sem conhecimento e consentimento, bem como a indicação de um representante legal de sua livre escolha, a quem confiará a tomada de decisões para a eventualidade de tornar-se incapaz de exercer sua autonomia (direito de apresentar e de ter respeitadas suas diretivas antecipadas). Por fim, foi assegurado o direito de opção pelo local de morte, que contempla o direito de opção pelo tempo da morte. Assim, assegura o direito de fazer a própria passagem em casa, ou em outro local da sua escolha, ao lado de quem se escolhe.³⁹⁶

“O direito a vida e à morte é o núcleo da autodeterminação, é um direito indeclinável que inclui a liberdade para decidir por si mesmo quando e como será o final de nossa vida, ao invés de deixar essa decisão para outros ou ser uma consequência de uma intervenção médica.”³⁹⁷

O respeito à autonomia, à autodeterminação pessoal é a base para a suspensão de esforço terapêutico dos usuários dos serviços de saúde. Por suspensão de esforço terapêutico compreende-se não iniciar ou suspender uma terapia iniciada, não ressuscitar nos casos de parada cardiorrespiratória, não submeter o doente à ventilação mecânica, alimentação e hidratação artificiais contra a sua vontade, que pode ser instante ou manifestada em diretivas antecipadas. Os médicos e demais profissionais de saúde têm o dever de respeitar a autonomia do usuário, inclusive para lhe dar alta "a pedido", deixando que a morte ocorra no local, no tempo e em companhia de quem o doente quiser. O usuário dos serviços de saúde tem o direito de estar só e de morrer só, de estar acompanhado e de morrer entre os seus.³⁹⁸

considerando as evidências científicas e a relação custo-benefício das alternativas de tratamento, com direito à recusa. (RIBEIRO, 2006, p. 1752.)

³⁹⁶ Estes requisitos também são feitos para o casamento, que é um dos mais antigos exemplos de respeito à autonomia e ao consentimento livre e esclarecido do nosso sistema jurídico. (Ibidem, p.1752.)

³⁹⁷ KUNG, op. cit., p. 54

³⁹⁸ RIBEIRO, 2006, p.1751-1753.

O respeito devido à vida humana deve ser estendido à morte, sendo perfeitamente coerente proclamar-se o direito de morrer como decorrência do direito fundamental a uma vivência digna.³⁹⁹ Portanto, apesar de não haver leis específicas, doutrina ou jurisprudência sobre a morte digna, é possível argumentar neste sentido a partir da concretização do princípio constitucional da dignidade humana.⁴⁰⁰

Cumprido frisar que Maquiavel classificou três tipos de inteligências humanas: a dos que entendem as coisas por si próprios; a dos que discernem o que os outros entenderam; e a dos que não entendem por si próprios nem sabem discernir o que os outros entenderam. Espera-se que o direito de viver a própria vida e o direito de morrer a própria morte, enquanto primeiro e último dos direitos potestativos da personalidade, não fiquem à mercê desse último tipo de inteligência e que possam, pelas outras, ter a devida compreensão.⁴⁰¹

³⁹⁹ GOMES, Renata. *op. cit.*, p. 146.

⁴⁰⁰ PITHAN, *op. cit.*, p. 123.

⁴⁰¹ RIBEIRO, 2006, p.1754.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A vida humana é com suma relevância protegida pela Constituição Federal (artigo 5º). Além disso, o direito à vida aparece em muitos ramos de estudo, sendo, portanto, tutelado, também, nas esferas civil e penal.⁴⁰²

No primeiro capítulo demonstrou-se que o início da vida humana não se determina em um momento exato, pois se trata de um processo biológico. Mencionou-se, quanto ao valor da vida, que os dois entendimentos: a sacralidade e a qualidade não são antagônicos e que deve buscar-se uma aproximação entre eles. Em seguida, deu-se destaque ao direito à vida, citando documentos internacionais e constituições brasileiras que o respaldam. Alertou-se que o bem jurídico vida humana é um bem jurídico-penal, pois é dotado de valor digno de tutela penal e possui uma relação de “analogia material” com a Constituição. Após, evidenciou-se que a dignidade da pessoa humana é o núcleo essencial dos direitos fundamentais, que assegura o direito à vida, e não o dever à vida a qualquer custo e condição. É impossível discutir-se a vida e a morte sem estudar a Bioética, dessa forma, neste tópico, foi necessário falar da deontologia médica e trazer exemplos de declarações sobre o tema em questão. A bioética revelou-se de grande importância neste atual momento de constantes avanços da Medicina. A Bioética, geralmente, utiliza princípios éticos como forma de reflexão. A escola bioética do principialismo baseia-se na caracterização de quatro princípios fundamentais, que servem de base para o agir humano: beneficência; não-maleficência; justiça e autonomia.

⁴⁰² MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. v. 7. p. 14-5.

Destacaram-se, no segundo capítulo, as situações de terminalidade e da morte. O paciente terminal é caracterizado quando se esgotam as possibilidades de resgate das suas condições de saúde e a possibilidade de morte próxima parece inevitável e previsível (de três a seis meses). O paciente caminha para a morte, sem que se consiga reverter este caminhar. Nesta fase de terminalidade deve-se buscar não mais a cura do paciente, mas o cuidar, proporcionado medidas de conforto através dos cuidados paliativos. Após, mencionou-se que o critério de morte aceito no Brasil é o de morte encefálica que foi introduzido com a primeira lei de transplantes de órgãos. Na discussão sobre a vida e morte o conceito atualmente utilizado é o de morte cerebral. Este conceito desempenha um papel de suma importância, pois através dele pode-se evitar condutas que não mais auxiliem o paciente (prolonguem a vida), mas apenas adiem a morte (ou o processo da morte). Destarte, a utilização do critério de morte encefálica também é decisivo, “não somente em casos de necessidade de liberação do corpo para enterro, mas também quando se pode utilizá-lo como fonte de órgãos para transplantes”.⁴⁰³ Demonstrou-se a ritualização existente no fenômeno e o tempo atrelado a ele, evidenciando a tentativa de protelar a separação entre o morto e seus familiares, buscando parar o tempo.

No terceiro capítulo a origem e os conceitos de eutanásia foram analisados. Cuidou-se em diferenciar as principais espécies: ativa, passiva, de duplo efeito, a eutanásia precoce, a distanásia e a ortotanásia.

Por derradeiro, no quarto capítulo, a eutanásia foi estudada em face da Lei penal. Mencionou-se que para a caracterização da eutanásia o móvel piedoso do agente, o consentimento e o estado de irreversibilidade do enfermo, são fundamentais. Dentro da seara penal foram abordadas as questões relativas à autoria e as sanções penais. Também foi feita uma análise da problemática jurídica atual. E, finalmente, foi destacado o direito a morte digna como decorrência do direito a dignidade da vida.

⁴⁰³ PESSINI, op. cit., p. 268-269.

A dignidade humana é a norma-valor que inspira todo o ordenamento jurídico, portanto, cabe analisar o direito à vida juntamente com a noção de dignidade. Destarte, poderia se falar do direito à vida digna. “Não se poderia dizer, então, que do próprio direito à vida digna deriva um direito a morrer com dignidade?”.⁴⁰⁴

Mesmo com todo o aparato tecnológico a disposição, deve-se respeitar as condições inerentes à natureza humana. Aceitar a finitude do ser humano é uma posição muito sensata. Isto não significa desrespeito aos avanços médicos. Pelo contrário, significa, balizar tais avanços no sentido de que a ciência que reverencia a vida como um evento da natureza faça o mesmo em relação à morte. A única certeza que o homem possui, desde que nasce, é de que um dia morrerá.

Admitir que não há cura e que o paciente se encaminha para o fim da vida, não significa que não há mais o que fazer. Ao contrário, surgem outras condutas que podem ser oferecidas ao paciente e sua família. O objetivo não será mais a cura da doença ou o prolongamento do processo de morrer, visa, agora, o alívio da dor, a diminuição do desconforto. Qualquer outra medida deve ser avaliada, levando em conta os benefícios e os prejuízos que podem ser acarretados ao paciente.

Com a constatação do óbito também nasce a possibilidade de salvar inúmeras vidas por meio dos transplantes. Dar ao paciente, quando possível, a opção de ser ouvido quanto à utilização ou não de modernas técnicas no seu tratamento, ou de todos os meios possíveis para prolongar a sua quantidade de vida, traz a dignidade à morte. Possibilitar ainda que ele se manifeste com relação ao transplante de órgãos torna este momento mais humano.

A utilização do critério de morte cerebral evita a tomada de medidas distanásicas, a prolongação do morrer e, traz consigo, a viabilidade da transplantação de órgãos. Evitando a mera manutenção artificial das funções vitais a qualquer custo, quando já iniciou o processo de morrer com a constatação da morte cerebral, protege-se a funcionalidade de órgãos que poderão renovar vidas.

⁴⁰⁴ PITHAN, op. cit., p. 80.

Nos últimos anos, as técnicas aplicadas aos transplantes de órgãos evoluíram espantosamente. Antes vistos como meras experiências médicas, atualmente passaram a ser uma alternativa vital, viável e eficaz, podendo ser considerados procedimentos rotineiros em nossos hospitais.

Na medida em que as possibilidades técnicas e o número de transplantes evoluíram, surgiu, na sociedade brasileira, o desejo e a necessidade de regulamentar esta atividade, através de critérios claros, tecnicamente corretos e eticamente aceitáveis. Dessa forma, foi criada a Lei dos Transplantes, instituída sob o n.º 9.434, em 4 de fevereiro de 1997, que regula a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante. O Decreto n.º 2.268, de 30 de junho de 1997, regulamentou esta Lei e, através dele, foi criado o Sistema Nacional de Transplantes, tendo como atribuição desenvolver o processo de captação e distribuição de tecidos, órgãos e partes retiradas do corpo humano para finalidades terapêuticas e transplantes.⁴⁰⁵

As novas técnicas cirúrgicas refinadas, o aperfeiçoamento dos imunossuppressores e o avanço nos cuidados de pacientes graves tornaram os transplantes verdadeiros tratamentos definitivos para algumas doenças antes tidas como terminais para certos órgãos, bem como para deficiências genéticas e malignidades.

⁴⁰⁵ A Lei 9.434/97 traz uma inovação ao transformar em crime o fato de se praticar um ato médico sem o devido consentimento esclarecido do paciente. Seu artigo 18 prevê a pena de "detenção de seis meses a dois anos" a quem "realizar transplante ou enxerto em desacordo com o disposto no art. 10 desta Lei e seu parágrafo único". O artigo 10 determina que o "O transplante ou enxerto só se fará com o consentimento expresso do receptor, após o aconselhamento sobre a excepcionalidade e os riscos do procedimento". E o parágrafo único menciona que: "Nos casos em que o receptor seja juridicamente incapaz ou cujas condições de saúde impeçam ou comprometam a manifestação válida de sua vontade, o consentimento de que trata este artigo será dado por um de seus pais ou responsáveis legais".

A Medida Provisória n.º 1.718, de 6 de outubro de 1998 acresce o parágrafo 6º ao art. 4º da Lei 9.434 cuja redação é o seguinte: "Na ausência de manifestação de vontade do potencial doador, o pai, a mãe, o filho ou o cônjuge poderá manifestar-se contrariamente à doação, o que será obrigatoriamente acatado pelas equipes de transplante e remoção".

Posteriormente, a Lei n.º 10.211, de 23 de março de 2001 também altera dispositivos da Lei n.º 9.434 O art. 4º tem seu parágrafo único vetado e fica com a seguinte modificação: "A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida à linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte".

Esforços para aumentar o número de órgãos disponíveis têm se focado em educar a sociedade e os profissionais da saúde sobre as necessidades de doações. Inúmeras pesquisas demonstram que grande parte da população vê a doação de órgãos positivamente, mas, mesmo assim, o número de doadores permanece baixo.⁴⁰⁶

Nos primeiros transplantes, as fontes de órgãos para este fim eram limitadas a doadores familiares que estavam vivos ou a doadores com paradas cardíacas. Após a utilização do critério de morte cerebral ou encefálica este quadro mudou, a maioria dos órgãos para transplantes são retirados de paciente que apesar de terem algumas funções vitais mantidas por aparelhos (como os batimentos cardíacos) apresentam morte cerebral.⁴⁰⁷

Todos os pacientes que estão em processo de morte podem ser avaliados como potenciais doadores. O critério de idade, que antigamente era um forte limitador dos transplantes, é hoje menos enfatizado, pois órgãos retirados de pacientes mais velhos provaram ser compatíveis em pacientes de outras idades. Doadores com doenças crônicas também não podem mais ser automaticamente excluídos a menos que apresentem efeitos terminais em determinados órgãos. O objetivo de selecionar o doador, ou melhor, o que se busca com a realização dos exames de compatibilidade é assegurar que os órgãos funcionarão perfeitamente no receptor e tentar evitar complicações relativas à rejeição e falência deste órgão.⁴⁰⁸

Com o início do processo de morte, os órgãos do doador podem ser afetados por várias mudanças patológicas, principalmente as relativas a liberação de substâncias originadas pela evolução da morte cerebral.⁴⁰⁹ Em casos de dano cerebral severo, a possibilidade e a probabilidade de morte cerebral podem e devem ser reconhecidas antecipadamente, como ocorre em qualquer outra doença (em que os resultados e as alternativas são previstos). Terapias dirigidas para suporte de

⁴⁰⁶ MANNINEN, DL; EVANS, RW. *Public attitudes and behavior regarding organ donation*. JAMA. 1985. p. 3111–3115.

⁴⁰⁷ KLUFAS, Christina I.; POWNER, David J.; DARBY, Joseph M.; GRENVIK, Ake; STEIN, Keith L. Organ Donor Categories and Management. In: SHOEMAKER, William C. (et. al.) *Text Book of Critical Care*. United States of America: W.B. Saunders Company. 3rd edition, 1995. p. 1604.

⁴⁰⁸ *Ibidem*, p. 1605.

⁴⁰⁹ KLUFAS, op. cit., p. 1606.

determinados órgãos, mesmo antes da constatação da morte encefálica e, enquanto se busca maximizar o tratamento da doença ou do dano primário para restabelecer a normalidade do funcionamento cerebral é, da mesma forma, uma atitude ética. Desde que a terapia não afete o objetivo primordial de restauração das funções cerebrais, ela pode ser considerada como parte dos planos de cuidados primários do paciente. Sendo assim, é apropriado tratar o surgimento de quaisquer mudanças metabólicas ou hormonais que ocorram. Agindo desta forma, o médico estará prevenindo ou minimizando o dano de órgãos que poderiam ser doados e transplantados.⁴¹⁰

O dever médico de respeito pelo direito à vida com dignidade inclui os momentos que antecedem a morte do indivíduo. O direito à vida digna se traduz pela garantia da autonomia decisória do doente e pela consideração de seus valores, “que determinarão se o bem consiste ou não na utilização de todos os recursos terapêuticos disponíveis, independente do potencial de cura ou melhora da enfermidade”.⁴¹¹

Na época em que o atual Código Penal foi redigido, havia o entendimento de que enquanto a ciência tivesse recursos disponíveis para prolongar a vida, não restaria indagar a adequação ética de sua aplicação. Os valores da Medicina mudaram ao longo dos tempos, a visão científica atual é permeada por preocupações acerca de uma aplicação eticamente correta dos conhecimentos e conseqüentemente, buscando limites não só éticos, mas também jurídicos. Criminalistas começam a interpretar que não há dever legal do médico em aplicar todos os recursos terapêuticos disponíveis, desde que considerados excessivos ou desproporcionados ao estágio final de evolução da doença.⁴¹²

O dever de assistência médica acaba com a constatação da impossibilidade de cura ou recuperação de doente terminal ou irreversível. Nesses casos, resta o dever de oferecer medidas paliativas, que diminuam sofrimento e ofereçam conforto ao paciente que está morrendo.⁴¹³

⁴¹⁰ KLUFAS, op. cit., p. 1606.

⁴¹¹ PITHAN, op. cit., p. 86.

⁴¹² *Ibidem*, p. 49.

⁴¹³ ROMEO CASABONA, op. cit., p. 484.

O artigo 23 do Código Penal menciona que não há crime quando o agente pratica o fato no exercício regular de direito – no que consiste a prática médica de acordo com os padrões cientificamente aceitos e eticamente corretos. Na exposição de motivos do Código Penal consta que o destinatário da norma penal é todo aquele que realiza a ação proibida ou omite a ação determinada, desde que, em face das circunstâncias, lhe incumba o dever de participar o ato ou abster-se de fazê-lo. O dever legal de assistência deve ser juridicamente interpretado de acordo com os novos valores da medicina, pautada na prudência em escolher os meios terapêuticos adequados ao caso concreto. O jurista torna-se eticamente responsável ao atribuir um sentido atual e constitucionalmente adequado da lei penal.⁴¹⁴

Nos casos de eutanásia de duplo efeito, onde o remédio para aliviar dores, em um paciente sem chances de recuperação, serve também para acelerar o processo de morrer, o fundamento está na proporcionalidade entre os bons e maus resultados.⁴¹⁵

Cumpre frisar que o atendimento dispensado a pessoas perto do final de suas vidas (pacientes terminais) pode representar uma situação de extrema dificuldade não só para o paciente, para seus familiares, mas também para os médicos. Afinal, uma série de questões morais significativas surge neste contexto de terminalidade de vida, apesar do fato da morte ser um evento inexorável para todos os seres vivos.⁴¹⁶

⁴¹⁴ PITHAN, op. cit., p. 50.

⁴¹⁵ DIEHL, Maéve Rocha. Eutanásia: uma análise com base nos princípios e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio grande do Sul, 2003. 209. Dissertação, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação – Mestrado em Direito. Porto Alegre, 2003. p. 177.

⁴¹⁶ A primeira questão se refere ao exercício da autonomia neste momento final da vida. O que o paciente sabe de seus diagnóstico e prognóstico? Só pode se auto-determinar, de maneira adequada, aquela pessoa que tiver pleno conhecimento dos fatos médicos ligados à sua doença. A segunda questão traz a escolha pela utilização de medidas ordinárias ou extraordinárias para manter determinado paciente vivo. Medidas ordinárias são, geralmente, aquelas de baixo custo, pouco invasivas, convencionais e tecnologicamente simples. As extraordinárias costumam ser caras, invasivas, heróicas e de tecnologia complexa. A terceira questão menciona a escolha por medidas fúteis. Um tratamento é considerado fútil quando não tem boa probabilidade de ter valor terapêutico, isto é, quando agrega riscos crescentes sem um benefício associado. A determinação da futilidade algumas vezes envolve um julgamento de valor, particularmente quando a qualidade de vida é o objetivo. Ações que visam o cuidado do paciente nunca são fúteis. As medidas de conforto básico, alimentação, hidratação e controle de dor são exemplos de cuidados que podem ser denominados de medidas de conforto, que não podem ser chamadas de fúteis. (GOLDIM e FRANCISCONI, op. cit.)

O conhecimento não pode interferir na intimidade do Homem, de forma a ser imposto sem consultá-lo. Nesse caso, ninguém é obrigado a receber tratamentos médicos e, na sua impossibilidade de manifestação, deve ser analisada a sua vontade, tácita ou expressa, externada no decorrer da vida. Essa proposta pode ser almejada com a positivação de uma lei que faculte ao paciente, e não que o obrigue a uma escolha.⁴¹⁷

Por fim, a situação do homicídio eutanásico, no estágio atual em que nos encontramos, poderá ser resolvida com eventual descriminalização, a qual enfrentaria discussões sistemáticas e constitucionais, ou através de uma possível avaliação infraconstitucional a respeito da sua não punibilidade. Em casos de homicídio eutanásico, de forma consentida, deveria dogmaticamente ser aberta a possibilidade de perdão judicial (artigos 107, IX e 120 do Código Penal).⁴¹⁸

O respeito que se tem em relação à vida é igualmente merecido em relação à morte, sendo perfeitamente coerente proclamar-se o direito de morrer como decorrência do direito fundamental a uma vivência digna.⁴¹⁹

Sendo assim, apesar de não haver leis específicas, doutrina ou jurisprudência sobre a morte digna, é admissível argumentar neste sentido a partir da concretização do princípio constitucional da dignidade humana. Todavia, para que seja possível aceitar a atitude médica de permitir a morte de um doente incurável como algo benéfico, é preciso uma transformação na sociedade. A ciência não poderia mais ser vista como a instância máxima de cura para todos os males da humanidade – inclusive sua própria mortalidade.⁴²⁰

⁴¹⁷ DIEHL, op. cit., p. 186.

⁴¹⁸ FERNANDES, op. cit., p. 25.

⁴¹⁹ GOMES, Renata. op. cit., p. 146.

⁴²⁰ PITHAN, op. cit., p. 123.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADONI, André Luis. Bioética e Biodireito: aspectos gerais sobre a eutanásia e o direito a uma morte digna. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 818, dez. 2003.

ARCHER, Luis; OSSWALD, Walter. (Orgs). *Bioética*. Lisboa: São Paulo: Verbo, 1966.

ARIÈS, Philippe. *História da Morte no Ocidente*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2003.

ARIÈS, Philippe. *O homem diante da morte*. Rio de Janeiro: Francisco Alves; 1982.

ARNAUTOU, Delphine. *Old age and Death*. In: *Death, dying and Society*. East Sussex: Lawrence Erlbaum, 1991.

AZEVEDO, Marco Antônio Oliveira de. *Bioética Fundamental*. Porto alegre: Tomo Editorial, 2002.

BATISTA, Nilo. O novo código civil e direito penal: uma carta e onze questões. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, ano 11, n.º. 127, jun. 2003.

BAYARD, Jean-Pierre. *Sentido oculto dos ritos mortuários*. Morrer é morrer? São Paulo: Paulus, 1996.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James. *Principles of Biomedical Ethics*. 5. ed. New York: Oxford University Press, 2001.

BERISTAIN, Antônio. Prolegômenos para reflexão penal-criminológica sobre o Direito a culminar a vida com dignidade (a eutanásia). *Fascículos de Ciências Penais*: Eutanásia. Porto Alegre: Fabris, ano 4, v. 4, n. 4. 1991.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Tratado de direito penal: Parte Especial*. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 2.

BITENCOURT, Cezar Roberto; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria Geral do Delito*. São Paulo: Saraiva, 2004.

- BIZZATO, José Ildelfonso. *Eutanásia e responsabilidade médica*. Porto Alegre: Sagra, 1990.
- BRUNO, Aníbal. Crimes contra a pessoa. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Ouro, 1976.
- _____. *Direito penal*. 3. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1967.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 4ª reimpressão. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- CANOTILHO, José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 1988.
- CANTO-SPERBER, Monique (Org.). *Dicionário de ética e filosofia moral*. Tradução Ribeiro-Anhoff, A.M. et al. São Leopoldo : Ed. Unisinos, 2003.
- CARVALHO, Gisele Mendes de. Alguns aspectos da disciplina jurídica da eutanásia no direito penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 798, out/dez. 2001a.
- _____. *Aspectos Jurídicos-Penais da Eutanásia*. São Paulo: IBCCRIM, 2001b.
- CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1996. v. I.
- CHARLESWORTH, M. *La bioética en una sociedad liberal*. Cambridge: Cambridge, 1996: V, 131.
- CLOTET, Joaquim. Ciência e ética: onde estão os limites? *Episteme*, Porto Alegre, ILEA/UFRGS, n. 10, 2000.
- _____. O consentimento informado nos Comitês de Ética em Pesquisa e na prática médica: conceituação, origens e atualidade. *Bioética*. 1995;(1):51-59.
- CLOUSER, Dan; GERT, Bernard. A critique of principlism. *Journal of Medicine and Philosophy*, 1990.
- CHAVES, Antônio. *Tratado de direito civil – parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. v. 1. t. 1.
- COELHO, Yuri Carneiro. *Bem jurídico-penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Crime continuado e unidade processual. *Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva*. São Paulo: Método, 2001.
- COSTA. A. M. Almeida, Abortamento provocado. In: ARCHER, Luis; OSSWALD, Walter. (Orgs). *Bioética*. Lisboa: São Paulo: Verbo, 1966.

DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. El tratamiento jurídico-penal y doctrinal de la eutanasia en España. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. São Paulo, RT, ano 3, n. 12, 1995.

DIÁRIO Oficial da União, 26 de janeiro de 1988, p. 1574 - Seção I.

DIEHL, Maéve Rocha. Eutanásia: uma análise com base nos princípios e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio grande do Sul, 2003. 209. Dissertação, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação – Mestrado em Direito. Porto Alegre, 2003.

DINIZ, Débora. Henry Beecher e a história da bioética. In: COSTA, Sérgio Ibiapina F.; DINIZ, Débora. (Orgs.). *Bioética: ensaios*. Brasília: Letras Livres, 2001.

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

DRANE, James. Bioética, medicina e tecnologia: desafios éticos na fronteira do conhecimento humano. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Edições Loyola, 2005.

DURANT, Guy. *A Bioética: natureza, princípios, objetivos*. Trad. Porphírio Figueira de Aguiar Neto. São Paulo: Paulus, 1995.

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

ELIAS, Norberto. *A solidão dos moribundos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar; 2001.

_____. *Dicionário do pensamento social do século XX*. Jorge Zahar Editor, 1996.

ENGELHARDT, HT. *Fundamentos de Bioética*. São Paulo: Loyola, 1998.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos*. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Fabris, 1996.

FERNANDES, Sérgio Henrique Cordeiro Caldas. Eutanásia - aspectos jurídicos. *Jurisprudência Mineira*, Belo horizonte, v. 166, p. 17- 26, out/dez. 2003.

FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*, 2. ed., 17. imp. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Flagrantes Médico-Legais III*. Paraíba: Editora Universitária (UFPB), 1994.

GARRAFA, Volnei. Poder e injustiça: por uma ética periférica. 6º Congresso Mundial de Bioética, n. 6, 2002, Brasília. *Anais...* Brasília: Sociedade Brasileira de Bioética.

GIACOIA JÚNIOR, Oswaldo. A visão da morte ao longo do tempo. *Medicina* (Ribeirão Preto) 2005; 38(1): 13-19.

GRECO, Luis. Introdução à dogmática funcionalista do delito. *Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, n. 32, 2000.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

GOMES, Renata Raupp; TEIXEIRA, Larissa Solek. Eutanásia – O Direito de Morrer como um Dilema Bioético. In: CARLIN, Volnei Ivo. (org.). *Ética e Bioética*. Florianópolis: Terceiro Milênio, 1998.

GUILLERMO BLANCO, Luis. *Muerte digna: consideraciones bioético-jurídicas*. Buenos Aires: Ed. Ad Hoc, 1997.

HALL, Stuart. *Identidades Culturais na Pós-Modernidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 1997.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 9. ed. Petrópolis: Vozes; 2002.

HOLM, Soren. Critical analysis of principlialism. 6º Congresso Mundial de Bioética. n. 6, 2002, Brasília. *Anais...* Brasília: Sociedade Brasileira de Bioética.

HOOFT, Pedro Frederico. *Bioética y derechos humanos: temas y casos*. Buenos Aires: Depalma, 1999.

HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 5.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno. *Comentários ao Código Penal*. 6 ed. v.5. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Libertad de amar e derecho a morir: ensaios de um criminalista sobre eugenesia y eutanásia*. Lisboa: Livraria Clássica, 1929.

KAMII, C. *A criança e o número*. Campinas: Papyrus, 1985.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Rio de Janeiro: Ediouro, sd: 70-1,79.

KAUFMANN, Arthur. *¿Relativización de la Protección Jurídica de la Vida?* In: *Avances de la Medicina Y Derecho Penal*. Publicaciones del Instituto de Criminología de Barcelona. Barcelona, 1988.

KIPPER, Délio José; PIVA, Jefferson Pedro. Dilemas éticos e legais em pacientes criticamente doentes. *Jornal de Pediatria*, v. 74, n. 4, 1998.

KLUBER-ROSS, Elisabeth. *Sobre a morte e o morrer*. São Paulo: Martins Fontes, 1989.

KLUFAS, Christina I.; POWNER, David J.; DARBY, Joseph M.; GRENVIK, Ake; STEIN, Keith L. Organ Donor Categories and Management. In: SHOEMAKER, William C. (et. al.) *Text Book of Critical Care*. United States of America: W.B. Saunders Company. 3rd edition, 1995.

KOTTOW, Miguel. Bioética de comienzo de la vida. ¿Cuántas veces comienza la vida humana? *Bioética*, 9:26-42, 2001.

_____. *Introducción a la bioética*. Santiago: Ed. Universitaria; 1995. p. 150.

KOCH, Hans George. Una muerte digna. In: *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología Número extraordinario 5*, San Sebastian: Eguzkilore 1992.

KÜNG, Hans. *Morir con dignidad*. Madrid:Trotta, 1997.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das letras, 1988.

LEPARGNEUR, Hubert. "Força e fraqueza dos princípios da Bioética", *Revista Bioética*,1996, V.4, n. 2.

LIMONGI, França. (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977, vol. 34, p. 245.

MAFFESOLI, Michel. *O Tempo das Tribos: o declínio do individualismo nas sociedades de massa*. 2 ed. Tradução de Maria de Lourdes Menezes. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

MANFRO, Roberto Ceratti; FERNANDES, Luiz Nelson Teixeira. Morte Encefálica e doação de órgãos. In: MENNA BARRETO, Sergio Saldanha (Org.). *Rotinas em terapia intensiva*. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2001.

MANNINEN, DL; EVANS, RW. *Public attitudes and behavior regarding organ donation*. JAMA. 1985.

MARCÃO, Renato Flávio. "Homicídio eutanásico: eutanásia e ortotanásia no Anteprojeto de Código Penal", *Revista dos Tribunais*, 1999, v. 763.

MARQUES, Gisele da Silva. O Tempo e a Morte. In: GAUER, Ruth M. Chittó. (Coord.). *Tempo/História*. Porto Alegre: Edipucrs, 1998.

MARTIN, Leonard M. Eutanásia e distanásia. In: Ferreira, Sergio Ibiapina et al. (coord.). *Iniciação à bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

MCCORMICK, RA. *The quality of life, the sanctity of life*. Hastings Center Report 1978, 8:30-36-35.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito penal e Biotecnologia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. v. 7.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NEVES, Maria do Céu Patrão. Bioética e Biodireito. In: NEVES, Maria do Céu Patrão. (Coord.). *Comissões de ética: das bases teóricas a atividade quotidiana*. 2 ed. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2002.

_____. O começo da vida humana. In: ARCHER, Luis; BISCAIA, Jorge; OSSWALD, Walter. (Coord.). *Bioética*. Lisboa: São Paulo: Ed. Verbo, 1996.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. v. 2.

O'ROURKE, Kevin. Statement on tube feeding: an ethical analysis. *America*. New York, v. 155, n. 15, nov. 1986.

PEIRANO, Mariza. *Rituais ontem e hoje*, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. Bioética do principlalismo à busca de uma perspectiva latino-americana. In: COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (Orgs.). *Iniciação à Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

_____. *Problema atuais de bioética*. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Edições Loyola, 1997.

PESSINI, Léo. *Distanásia: Algumas Reflexões Bioéticas a partir da Realidade Brasileira*. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. (coord.) *Grandes Temas da Atualidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PIVA, Jefferson Pedro; ANTONACCI CARVALHO, Paulo R. Considerações éticas nos cuidados médicos do paciente terminal. *Bioética*, 1:129-38, 1993.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 3. ed. São Paulo: RT, 2003.

_____. *Curso de Direito Penal brasileiro, Parte Geral*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

_____. *Curso de Direito Penal brasileiro, Parte Especial*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

_____. *Elementos de Direito Penal*. v. 1, Parte Geral, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005:

PRECE DE SÃO FRANCISCO DE ASSIS. Tradução de Alziro Zarur. *Folheto da leição da Boa Vontade*, s/d.

POTTER, Van Rensselear. *Bioethics: bridge to the future*. Englewood Cliffs: Prentice-Hall, 1971.

REICHT, WT (ed.). *Encyclopedia of bioethics*. New York: The Free Press; London: Collier Macmillan Publishers, 1978. v. 1. XIX.

RIBEIRO, Diaulas Costa. Autonomia: viver a própria vida e morrer a própria morte. *Cad. Saúde Pública*, vol.22, no.8, p.1749-1754, aug. 2006.

_____. Interrupção voluntária da gravidez com antecipação de parto de feto inviável. *Revista do Ministério Público Federal e Territórios*. Brasília, n. 3, jan./jun. 2000.

ROMEO CASABONA, Carlos María. *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*. Madrid: cera, 1994.

ROSS, William David. *The right and the good*. Oxford: Clarendon, 1930.

ROXIN, Claus. *A tutela penal da vida humana*. São Paulo: Editora Damásio de Jesus; 2005.

ROXIN, Claus. Apreciação jurídico-penal da eutanásia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, ano 8, n. 32, 2000.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). Contornos atuais da eutanásia e da ortotanásia: bioética e biodireito – a necessidade do controle social das técnicas médicas. *Revista da Faculdade de Direito*. Universidade de São Paulo, v. 94, 1999.

_____. *Transplantes de órgãos e eutanásia: liberdade e responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 1992.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SAUNDERS, Cicely. *Hospice and palliative care: an interdisciplinary approach*. London: Edward Arnold, 1991.

SCHOPENHAUER, Arthur. *Dores do mundo: o amor, a morte, a arte*. Rio de Janeiro: Ediouro.

SHRAMM, Fermin Rolam. Morte e Finitude em nossa sociedade: implicações no ensino dos cuidados paliativos. *Revista Brasileira de Cancerologia*, Rio de Janeiro, v. 48, n.1, p. 17-20, Jan. 2002.

SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética*. São Paulo: Loyola. 1996, v. I.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 2. ed., 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVEIRA, Euclides Custódio da. *Direito Penal - crimes contra a pessoa*. 2. ed. São Paulo: RT, 1973.

SINGER, Peter. *Ética Prática*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. Volunthary euthanasia: a utilitarian perspective. 6º Congresso Mundial de Bioética, n. 6, 2002, Brasília. *Anais...* Brasília: Sociedade Brasileira de Bioética.

SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo. O médico diante da morte: perspectivas de discussão ética com base na filosofia de Immanuel Kant. *Revista da Faculdade de Medicina de Teresópolis*, n. 3, v. 1, 2001.

SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. *Bem jurídico penal e engenharia genética humana: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais*. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2004.

SOUZA, Ricardo Timm de. *Uma introdução à ética contemporânea*. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2004.

SOARES, André Marcelo M; PIÑERO, Walter Esteves. *Bioética e direito: uma introdução*. São Paulo: Loyola, 2002.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2001.

TURNER, Victor W. *O Processo Ritual*. Vozes, Petrópolis, 1974.

VAN GENNEP, Arnold. *Os Ritos de Passagem*. Petrópolis: Editora Vozes, 1978.

VIGOTSKI, Lev Semenovich. *Manuscrito de 1929*. Educação & Sociedade. São Paulo: Cortez Ed. n.º. 71, 2000.

VILLANOVA, Ricardo-Roya; MORALES. *O direito de morrer sem dor*. Madrid [s.Ed.] 1929.

VOVELLE, Michel. *Imagens e imaginário na história*. Fantasmas e certezas nas mentalidades desde a Idade Média até o século XX. São Paulo: Ática, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ZILLES, Urbano. *Esperança para além da morte*. RS: Escola Superior de Teologia, 1980.

WORLD PSYCHIATRIC ASSOCIATION. Physicians, patients, society: human rights and professional responsibilities of physicians. Amsterdam: WPA, 1996.

Internet

AUDEN, Wystan Hugh. *Stop all the clocks*. Disponível em: <[http://en.wikipedia.org/wiki/W. H. Auden](http://en.wikipedia.org/wiki/W._H._Auden)>. Acesso em 01 de jan. 2007.

CLOTET, Joaquim. *Por que Bioética?* Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/bioetpq.htm>>. Acesso em: 01 de jan. 2007.

CÓDIGO Deontológico Disponível em: <<http://www.ordemdosmedicos.pt/index.php#1>>. Acesso em: 01 de jan. 2007.

COIMBRA, Cícero Galli. *Morte encefálica: repercussão internacional das discussões no Brasil sobre a validade dos critérios diagnósticos para a identificação da morte encefálica.* Disponível em: <<http://www.unifesp.br/dneuro/opinia01.htm>>. Acesso em: 01 de jan. 2007.

Congregação para a Doutrina da Fé. *Declaração sobre Eutanásia.* Cidade do Vaticano: Vaticano, 1980. Disponível em: <<http://www.cin.org/vatcong/euthanas.html>>. Acesso em: 01 de jan. 2007.

CONSELHO Federal de Medicina: Critérios para a caracterização de morte encefálica. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/cfmmorte.htm>>. Acesso em: 01 de jan. 2007.

CREMESP. *Juramento Médico.* Disponível em: <<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=PublicacoesConteudo&id=6>>. Acesso em: 01 de jan. 2007.

DECLARAÇÃO DE VENEZA. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/codetica/medica/28vенеza.html>>. Acesso em: 01 de jan. 2007.

FRANCISCONI, Carlos Fernando. *Definições de morte.* Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/morte.htm>>. Acesso em: 01 de jan. 2007a.

_____. *Paciente Terminal.* Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/pacterm.htm>>. Acesso em: 01 de jan. 2007b.

GOLDIM, José Roberto. *Consentimento Informado no Brasil: Primeiras Normas.* Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/consbras.htm>>. Acesso em: 01 de jan. 2007a.

_____. *Por que lembrar o tribunal de Nuremberg?* Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/nuretrib.htm>>. Acesso em: 01 de jan. 2007b.

_____. *Princípio da autonomia.* Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/autonomi.htm>>. Acesso em: 01 de jan. 2007c.

_____. *Princípio da beneficência.* Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/justica.htm>>. Acesso em: 01 de jan. 2007d.

_____. *Princípio da justiça.* Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/justica.htm>>. Acesso em: 01 de jan. 2007e.

_____. *Suicídio Assistido*. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/bioetica/suicass.htm>>. Acesso em: 01 de jan. 2007f.

GOLDIM, José Roberto; FRANCISCONI, Carlos Fernando. Problemas de Fim de Vida: Paciente Terminal, Morte e Morrer. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/bioetica/morteres.htm>>. Acesso em: 01 de jan. 2007.

GUTIERREZ, Pilar L. *O que é paciente terminal?* Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-42302001000200010>. Acesso em: 01 de jan. 2007.

SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo; SCHRAMM, Fermin Roland. *Euthanasia: along the road of death and autonomy*. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232004000100004&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 01 de jan. 2007.

SOUZA, Neri Tadeu Câmara. *Consentimento Informado na Atividade Médica e a Autonomia do Paciente*. Disponível em: <http://www.medonline.com.br/artneri.htm>> Acesso em: 01 de jan. 2007.

THE BELMONT REPORT. *Ethical guidelines for the protection of Human Subjects*. Disponível em <http://ohsr.od.nih.gov/guidelines/belmont.html>>. Acesso em: 01 de jan. 2007.

Your living Will: The new advance health care directive. Disponível em: <http://www.cmanet.org/publicdoc.cfm/7>> Acesso em: 01 de jan. 2007.

ANEXO I

RESOLUÇÃO N.º 1.480 8 DE AGOSTO DE 1997.⁴²¹

Conselho Federal de Medicina: Critérios para a Caracterização de Morte Encefálica. RESOLUÇÃO N.º 1.480 8 DE AGOSTO DE 1997.

O Conselho Federal de Medicina, no uso das atribuições conferidas pela Lei n.º 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto n.º 44.045, de 19 de julho de 1958 e, CONSIDERANDO que a Lei n.º 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a retirada de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, determina em seu artigo 3º que compete ao Conselho Federal de Medicina definir os critérios para diagnóstico de morte encefálica; CONSIDERANDO que a parada total e irreversível das funções encefálicas equivale à morte, conforme critérios já bem estabelecidos pela comunidade científica mundial; CONSIDERANDO o ônus psicológico e material causado pelo prolongamento do uso de recursos extraordinários para o suporte de funções vegetativas em pacientes com parada total e irreversível da atividade encefálica; CONSIDERANDO a necessidade de judiciosa indicação para interrupção do emprego desses recursos; CONSIDERANDO a necessidade da adoção de critérios para constatar, de modo indiscutível, a ocorrência de morte; CONSIDERANDO que ainda não há consenso sobre a aplicabilidade desses critérios em crianças menores de 7 dias e prematuros, resolve:

Art. 1º. A morte encefálica será caracterizada através da realização de exames clínicos e complementares durante intervalos de tempo variáveis, próprios para determinadas faixas etárias.

Art. 2º Os dados clínicos e complementares observados quando da caracterização da morte encefálica deverão ser registrados no termo de declaração de morte encefálica anexo a esta Resolução. Parágrafo único. As instituições

⁴²¹ *Conselho Federal de Medicina: Critérios para a caracterização de morte encefálica.* Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/cfmmorte.htm>>. Acesso em: 01 de jan. 2007.

hospitalares poderão fazer acréscimos ao presente termo, que deverão ser aprovados pelos Conselhos Regionais de Medicina da sua jurisdição, sendo vedada à supressão de qualquer de seus itens.

Art. 3º. A morte encefálica deverá ser conseqüência de processo irreversível e de causa conhecida.

Art. 4º. Os parâmetros clínicos a serem observados para constatação de morte encefálica são: coma aperceptivo com ausência de atividade motora supra-espinal e apnéia.

Art. 5º. Os intervalos mínimos entre as duas avaliações clínicas necessárias para a caracterização da morte encefálica serão definidos por faixa etária, conforme abaixo especificado:

a) de 7 dias a 2 meses incompletos - 48 horas; b) de 2 meses a 1 ano incompleto - 24 horas; c) de 1 ano a 2 anos incompletos - 12 horas; d) acima de 2 anos - 6 horas.

Art. 6º. Os exames complementares a serem observados para constatação de morte encefálica deverão demonstrar de forma inequívoca: a) ausência de atividade elétrica cerebral ou, b) ausência de atividade metabólica cerebral ou, c) ausência de perfusão sangüínea cerebral.

Art. 7º. Os exames complementares serão utilizados por faixa etária, conforme abaixo especificado: a) acima de 2 anos - um dos exames citados no Art. 6º, alíneas "a", "b" e "c"; b) de 1 a 2 anos incompletos: um dos exames citados no Art. 6º, alíneas "a", "b" e "c". Quando optar-se por eletroencefalograma, serão necessários 2 exames com intervalo de 12 horas entre um e outro; c) de 2 meses a 1 anos incompleto - 2 eletroencefalogramas com intervalo de 24 horas entre um e outro; d) de 7 dias a 2 meses incompletos - 2 eletroencefalogramas com intervalo de 48 horas entre um e outro.

Art. 8º. O termo de Declaração de Morte Encefálica, devidamente preenchido e assinado, e os exames complementares utilizados para diagnóstico da morte encefálica deverão ser arquivados no próprio prontuário do paciente.

Art. 9º. Constatada e documentada a morte encefálica, deverá o Diretor-Clínico da instituição hospitalar, ou quem for delegado, comunicar tal fato aos responsáveis legais do paciente, se houver, e à Central de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos a que estiver vinculada a unidade hospitalar onde o mesmo se encontrava internado.

Art. 10. Esta resolução entrará em vigor na data de sua publicação e revoga a resolução CFM n.º. 1.346/91.

ANEXO II

RESOLUÇÃO CFM N.º 1.805/2006⁴²²

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

O Conselho Federal de Medicina, no uso das atribuições conferidas pela Lei n.º 3.268, de 30 de setembro de 1957, alterada pela Lei n.º 11.000, de 15 de dezembro de 2004, regulamentada pelo Decreto n.º 44.045, de 19 de julho de 1958, e CONSIDERANDO que os Conselhos de Medicina são ao mesmo tempo julgadores e disciplinadores da classe médica, cabendo-lhes zelar e trabalhar, por todos os meios ao seu alcance, pelo perfeito desempenho ético da Medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exerçam legalmente;

CONSIDERANDO o art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, que elegeu o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil;

CONSIDERANDO o art. 5º, inciso III, da Constituição Federal, que estabelece que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”;

CONSIDERANDO que cabe ao médico zelar pelo bem-estar dos pacientes;

CONSIDERANDO que o art. 1º da Resolução CFM nº 1.493, de 20.5.98, determina ao diretor clínico adotar as providências cabíveis para que todo paciente hospitalizado tenha o seu médico assistente responsável, desde a internação até a alta;

⁴²² (Publicada no D.O.U., 28 nov. 2006, Seção I, pg. 169)

CONSIDERANDO que incumbe ao médico diagnosticar o doente como portador de enfermidade em fase terminal;

CONSIDERANDO, finalmente, o decidido em reunião plenária de 9/11/2006,

RESOLVE:

Art. 1º É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal.

§ 1º O médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação.

§ 2º A decisão referida no *caput* deve ser fundamentada e registrada no prontuário.

§ 3º É assegurado ao doente ou a seu representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica.

Art. 2º O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar. Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se as disposições em contrário.

Brasília, 9 de novembro de 2006.

EDSON DE OLIVEIRA ANDRADE (Presidente)

LÍVIA BARROS GARÇÃO (Secretária-Geral)

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

A medicina atual vive um momento de busca de sensato equilíbrio na relação médico-enfermo. A ética médica tradicional, concebida no modelo hipocrático, tem forte acento paternalista. Ao enfermo cabe, simplesmente, obediência às decisões

médicas, tal qual uma criança deve cumprir sem questionar as ordens paternas. Assim, até a primeira metade do século XX, qualquer ato médico era julgado levando-se em conta apenas a moralidade do agente, desconsiderando-se os valores e crenças dos enfermos. Somente a partir da década de 60 os códigos de ética profissional passaram a reconhecer o doente como agente autônomo.

À mesma época, a medicina passou a incorporar, com muita rapidez, um impressionante avanço tecnológico. Unidades de Terapia Intensiva (UTIs) e novas metodologias criadas para aferir e controlar as variáveis vitais ofereceram aos profissionais a possibilidade de adiar o momento da morte. Se no início do século XX o tempo estimado para o desenlace após a instalação de enfermidade grave era de cinco dias, ao seu final era dez vezes maior. Tamanho é o arsenal tecnológico hoje disponível que não é descabido dizer que se torna quase impossível morrer sem a anuência do médico.

Bernard Lown, em seu livro *A arte perdida de curar*, afirma: “As escolas de medicina e o estágio nos hospitais os preparam (os futuros médicos) para tornarem-se oficiais-maiores da ciência e gerentes de biotecnologias complexas. Muito pouco se ensina sobre a arte de ser médico. Os médicos aprendem pouquíssimo a lidar com a morte. A realidade mais fundamental é que houve uma revolução biotecnológica que possibilita o prolongamento interminável do morrer.”

O poder de intervenção do médico cresceu enormemente, sem que, simultaneamente, ocorresse uma reflexão sobre o impacto dessa nova realidade na qualidade de vida dos enfermos. Seria ocioso comentar os benefícios auferidos com as novas metodologias diagnósticas e terapêuticas. Incontáveis são as vidas salvas em situações críticas, como, por exemplo, os enfermos recuperados após infarto agudo do miocárdio e/ou enfermidades com graves distúrbios hemodinâmicos que foram resgatados plenamente saudáveis por meio de engenhosos procedimentos terapêuticos.

Ocorre que nossas UTIs passaram a receber, também, enfermos portadores de doenças crônico-degenerativas incuráveis, com intercorrências clínicas as mais diversas e que são contemplados com os mesmos cuidados oferecidos aos

agudamente enfermos. Se para os últimos, com freqüência, pode-se alcançar plena recuperação, para os crônicos pouco se oferece além de um sobreviver precário e, às vezes, não mais que vegetativo. É importante ressaltar que muitos enfermos, vítimas de doenças agudas, podem evoluir com irreversibilidade do quadro. Somos expostos à dúvida sobre o real significado da vida e da morte. Até quando avançar nos procedimentos de suporte vital? Em que momento parar e, sobretudo, guiados por que modelos de moralidade?

Aprendemos muito sobre tecnologia de ponta e pouco sobre o significado ético da vida e da morte. Um trabalho publicado em 1995, no *Archives of Internal Medicine*, mostrou que apenas cinco de cento e vinte e seis escolas de medicina norte-americanas ofereciam ensinamentos sobre a terminalidade humana. Apenas vinte e seis dos sete mil e quarenta e oito programas de residência médica tratavam do tema em reuniões científicas.

Despreparados para a questão, passamos a praticar uma medicina que subestima o conforto do enfermo com doença incurável em fase terminal, impondo-lhe longa e sofrida agonia. Adiamos a morte às custas de insensato e prolongado sofrimento para o doente e sua família. A terminalidade da vida é uma condição diagnosticada pelo médico diante de um enfermo com doença grave e incurável; portanto, entende-se que existe uma doença em fase terminal, e não um doente terminal. Nesse caso, a prioridade passa a ser a pessoa doente e não mais o tratamento da doença.

As evidências parecem demonstrar que esquecemos o ensinamento clássico que reconhece como função do médico *“curar às vezes, aliviar muito freqüentemente e confortar sempre”*. Deixamos de cuidar da pessoa doente e nos empenhamos em tratar a doença da pessoa, desconhecendo que nossa missão primacial deve ser a busca do bem-estar físico e emocional do enfermo, já que todo ser humano sempre será uma complexa realidade biopsicossocial e espiritual.

A obsessão de manter a vida biológica a qualquer custo nos conduz à obstinação diagnóstica e terapêutica. Alguns, alegando ser a vida um bem sagrado, por nada se afastam da determinação de tudo fazer enquanto restar um débil *“sopro de vida”*. Um documento da Igreja Católica, datado de maio de 1995, assim

considera a questão: *“Distinta da eutanásia é a decisão de renunciar ao chamado excesso terapêutico, ou seja, a certas intervenções médicas já inadequadas à situação real do doente, porque não proporcionais aos resultados que se poderiam esperar ou ainda porque demasiado gravosas para ele e para a sua família. Nestas situações, quando a morte se anuncia iminente e inevitável, pode-se em consciência renunciar a tratamentos que dariam somente um prolongamento precário e penoso da vida”*.

Inevitavelmente, cada vida humana chega ao seu final. Assegurar que essa passagem ocorra de forma digna, com cuidados e buscando-se o menor sofrimento possível, é missão daqueles que assistem aos enfermos portadores de doenças em fase terminal. Um grave dilema ético hoje apresentado aos profissionais de saúde se refere a quando não utilizar toda a tecnologia disponível. Jean Robert Debray, em seu livro *L'acharnement thérapeutique*, assim conceitua a obstinação terapêutica: *“Comportamento médico que consiste em utilizar procedimentos terapêuticos cujos efeitos são mais nocivos do que o próprio mal a ser curado. Inúteis, pois a cura é impossível e os benefícios esperados são menores que os inconvenientes provocados”*. Essa batalha fútil, travada em nome do caráter sagrado da vida, parece negar a própria vida humana naquilo que ela tem de mais essencial: a dignidade.

No Brasil, há muito o que fazer com relação à terminalidade da vida. Devem ser incentivados debates, com a sociedade e com os profissionais da área da saúde, sobre a finitude do ser humano. É importante que se ensine aos estudantes e aos médicos, tanto na graduação quanto na pós-graduação e nos cursos de aperfeiçoamento e de atualização, as limitações dos sistemas prognósticos; como utilizá-los; como encaminhar as decisões sobre a mudança da modalidade de tratamento curativo para a de cuidados paliativos; como reconhecer e tratar a dor; como reconhecer e tratar os outros sintomas que causam desconforto e sofrimento aos enfermos; o respeito às preferências individuais e às diferenças culturais e religiosas dos enfermos e seus familiares e o estímulo à participação dos familiares nas decisões sobre a terminalidade da vida. Ressalte-se que as escolas médicas moldam profissionais com esmerada preparação técnica e nenhuma ênfase humanística.

O médico é aquele que detém a maior responsabilidade da “cura” e, portanto, o que tem o maior sentimento de fracasso perante a morte do enfermo sob os seus cuidados. Contudo, nós, médicos, devemos ter em mente que o entusiasmo por uma possibilidade técnica não nos pode impedir de aceitar a morte de um doente. E devemos ter maturidade suficiente para pesar qual modalidade de tratamento será a mais adequada. Deveremos, ainda, considerar a eficácia do tratamento pretendido, seus riscos em potencial e as preferências do enfermo e/ou de seu representante legal.

Diante dessas afirmações, torna-se importante que a sociedade tome conhecimento de que certas decisões terapêuticas poderão apenas prolongar o sofrimento do ser humano até o momento de sua morte, sendo imprescindível que médicos, enfermos e familiares, que possuem diferentes interpretações e percepções morais de uma mesma situação, venham a debater sobre a terminalidade humana e sobre o processo do morrer.

Torna-se vital que o médico reconheça a importância da necessidade da mudança do enfoque terapêutico diante de um enfermo portador de doença em fase terminal, para o qual a Organização Mundial da Saúde preconiza que sejam adotados os cuidados paliativos, ou seja, uma abordagem voltada para a qualidade de vida tanto dos pacientes quanto de seus familiares frente a problemas associados a doenças que põem em risco a vida. A atuação busca a prevenção e o alívio do sofrimento, através do reconhecimento precoce, de uma avaliação precisa e criteriosa e do tratamento da dor e de outros sintomas, sejam de natureza física, psicossocial ou espiritual.