

O DIREITO À DIGNIDADE NO FIM DA VIDA: QUESTÕES ÉTICO-LEGAIS

Larissa de Melo Torres
Bacharela em Direito

Resumo

Com a intensa evolução tecnológica, especialmente na área da medicina, tornou-se possível prolongar a vida de um doente em fase terminal, ainda que tal prolongamento não traga efetivamente nenhum benefício para o enfermo. Portanto, diante deste quadro, este estudo se propõe a discutir os conceitos da eutanásia, ortotanásia e distanásia, abordando os diversos aspectos éticos e legais dessas intervenções no final da vida. Esta investigação também analisa a polêmica acerca do impacto que tais intervenções podem causar em face do princípio da dignidade humana e ainda observa a configuração legal da eutanásia e ortotanásia no sistema penal brasileiro. Para a elaboração do presente trabalho, a metodologia utilizada foi exclusivamente a pesquisa bibliográfica, com consulta em diversas obras, em textos doutrinários, leis e artigos publicados sobre o tema. Destarte, é possível afirmar de maneira conclusiva que a ortotanásia é a única prática completamente ética por parte dos médicos, além de ser juridicamente irreprovável. A distanásia constitui uma afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, quando feita contra a vontade do paciente. A eutanásia, por sua vez, é tema complexo, e nossa sociedade não está pronta para sua legalização, devendo, portanto, constituir crime de homicídio, no entanto, com uma penalização mais branda.

Palavras-chave: Eutanásia. Ortotanásia. Distanásia. Princípio da dignidade da pessoa humana.

Abstract

With the intense technological change, especially on the medicine field, it became possible to extend the life of a terminally ill, although such an extension does not really bring any benefit to the patient. Therefore, with this framework, this study aims to discuss the concepts of euthanasia, dysthansia and orthothanasia, addressing the many ethical and legal aspects of these interventions in later life. This research also examines the controversy about the impact that such interventions can cause in face of the principle of human dignity and still observes the legal configuration of euthanasia and orthotha-

nasia in the brazilian criminal system. For the development of this work, the methodology used was exclusively bibliographical research, with consultation in several doctrines, laws, and published articles on the subject. Thus, it is possible to state conclusively that orthothanasia is the only completely ethical practice by physicians, in addition to being legally irreproachable. The dysthanasia is an affront to the principle of human dignity, when done against the wishes of the patient. Euthanasia, in turn, is a complex issue, and our society is not ready for its legalization and, therefore, must constitute the crime of murder, however, with a softer penalty.

Keywords: Euthanasia. Orthothanasia. Dysthanasia. Principle of human dignity.

1 Introdução

As pessoas, no mundo de hoje, querem ter total controle sobre suas vidas. Querem poder decidir sobre sua aparência, através de cirurgias plásticas, querem escolher o sexo dos seus bebês, através dos avanços da genética... Parece que nada está fora do nosso alcance. Por que não, então, controlar também a morte? Decidir como e quando vamos morrer parece ser algo razoável para alguns e inconcebível para outros.

Discutir a problemática da eutanásia, da ortotanásia e da distanásia é a intenção deste trabalho, com preocupação primordial sobre as suas repercussões na área do Direito e no campo da Ética.

Como metodologia foi utilizada a pesquisa bibliográfica, tendo como referências a Constituição Federal e o Código Penal, assim como obras de diversos autores de renome.

O trabalho é formado por três capítulos: o primeiro aborda a diferenciação de conceitos básicos, necessários para o total entendimento da obra; o segundo trata do princípio da dignidade da pessoa humana e o seu papel no tratamento dado aos pacientes terminais; e, por fim, o terceiro traz uma visão de como a eutanásia e a ortotanásia são tratadas no nosso atual sistema penal e mostra quais mudanças poderiam e/ou deveriam acontecer na ótica penal dessas práticas.

Desta maneira, é possível se questionar: ortotanásia e eutanásia passiva são expressões sinônimas? O direito à vida é absoluto, ou poderia ele ser relativizado pela dignidade humana? Eutanásia é tipo de homicídio? Ortotanásia é crime?

Mostraremos, ao longo do trabalho, o entendimento de vários autores acerca do tema e exporemos nossas próprias convicções, apresentando os motivos pelos quais adotamos determinado pensamento.

Seja realçado o desafio enfrentado para o trato do tema. Embora hodiernamente abordado em vários países, trata-se de matéria nova. É verdade que a bibliografia sobre ele é muito restrita ainda, inclusive pela dificuldade que sofrem os sistemas legais para a sua regulamentação, com inevitável influência sobre os seus aspectos doutrinários.

2 Diferenciando conceitos

Para a total compreensão do estudo que segue, é necessário, em princípio, que se saibam diferenciar os conceitos de eutanásia, auxílio ao suicídio, distanásia, e ortotanásia.

2.1 Eutanásia

A expressão *eutanásia* deriva do grego, a partir da junção dos radicais *eu* (bom/boa ou tranquilo) e *thanatos* (morte). Eutanásia seria, desta forma, a boa morte. Esse termo foi utilizado pela primeira vez na Inglaterra do século XVII pelo político e filósofo Francis Bacon, ao designar a ação do médico que “*fornece ao doente, quando já não há esperança, uma morte doce e pacífica*”¹.

Com o passar dos anos, foi com esse significado que ficou consagrado o termo. Não apenas como uma morte boa e tranquila, mas como uma morte acelerada, misericordiosa, diante de uma doença sem cura, que proporcionaria um fim lento e doloroso ao enfermo.

O primeiro relato de eutanásia de que se tem notícia é encontrado na Bíblia Sagrada, ao contar-se a morte do Rei Saul que, após ser gravemente ferido em batalha e não querendo ser capturado como prisioneiro, pede a uma amalecita que o mate.

A eutanásia também teria sido utilizada na época de Cristo. Para

¹HOTTOIS, Gilbert; PARIZEAU, Marie-Hélène. *Dicionário da bioética*. Trad. Maria de Carvalho. Lisboa: Piaget, 1998. p. 226, apud VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial*: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

entorpecer o corpo e acelerar a morte dos crucificados, era-lhes oferecida uma esponja embebida em uma mistura, que poderia ser composta de vinagre e fel ou do sumo da raiz de mandrágora. Essa mistura era denominada “vinho da morte”.

Mais adiante na História, registra-se que os guerreiros das Cruzadas portavam uma lâmina chamada de *misericórdia*, para que, ao serem feridos pelo inimigo, pudessem acabar logo com o seu sofrimento e de seus companheiros.

Também na História do Brasil, há relatos de tribos indígenas nas quais os anciãos, já moribundos, pediam para que seus filhos os matassem logo, e estes tinham por dever atendê-los. Havia casos, também, em que não era o doente que decidia seu destino, como nas tribos dos tupis-guaranis, nas quais, quando a doença era caracterizada como grave e não havia mais esperanças na cura do enfermo, simplesmente lhe eram negados alimentos e remédios.

Ainda, percorrendo a História, é possível encontrar exemplos de condutas que foram taxadas de eutanásia, mas que, na verdade, não o são, como é o caso do extermínio patrocinado por Hitler, na Alemanha nazista. Essa eutanásia eliminadora ou eugênica, que visa à supressão de determinado grupo de pessoas (no caso, judeus e doentes) por considerá-los indignos de viver, não é eutanásia própria. É, isso sim, genocídio.

Só podemos chamar de eutanásia o patrocínio da morte por relevante valor moral, qual seja, a vontade de pôr fim ao sofrimento de uma pessoa. É, portanto, a morte acelerada, provocada pelo sentimento de piedade por aquela pessoa que se encontra em grande sofrimento.

A eutanásia pode ser ativa ou passiva: ativa é aquela em que a morte do doente se dá mediante uma conduta comissiva por parte do agente; já a eutanásia passiva, ou por omissão,

[...] consiste na abstenção deliberada da prestação de tratamentos médicos cuja manutenção poderia prolongar a vida do enfermo de forma desproporcionada, e cuja ausência acarreta sua morte. É sempre voluntária e direta, pois não se confunde com as omissões de tratamentos médicos vitais, que se caracterizam pela expressa recusa do paciente a submeter-se aos cuidados médicos imprescindíveis para sua saúde e que podem levar, indiretamente, à morte do enfermo.²

²CARVALHO, Gisele Mendes de. *Ortotanásia é Eutanásia, mas não é crime* (Considerações a respeito da Resolução nº 1.805/2006 do CFM e sua compatibilidade com o Código penal). Disponível em: <www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 07 jun. 2011.

Vale salientar que essa conduta é tratada pelo Código Penal Brasileiro como crime de homicídio, podendo, se restarem comprovadas as circunstâncias subjetivas do fato, o agente ser beneficiado com a diminuição da pena de um sexto até um terço. É o chamado homicídio privilegiado.

Algumas questões atinentes ao aspecto penal da eutanásia serão tratadas no capítulo quarto deste estudo.

2.2 Auxílio ao suicídio

O auxílio ao suicídio ocorre quando alguém ajuda a vítima a se matar, oferecendo-lhe meios para que realize tal conduta. Auxiliar quer dizer dar apoio material à vítima suicida. Nota-se a diferença entre o suicídio assistido e a eutanásia: nesta, a morte ocorre por uma conduta exclusiva de terceiro, enquanto naquele o resultado morte é alcançado pela própria vítima que apenas recebe ajuda de alguém para alcançá-lo. A vítima é quem provoca, por seus próprios atos, sua morte.

O auxílio pode se dar, também, de maneira omissiva. Apesar de parte da doutrina não aceitar essa modalidade - como é o caso de Damásio de Jesus, por achar que, quando o tipo penal mencionou a expressão “prestar auxílio”, ele quis tipificar apenas uma conduta comissiva por parte do agente - não acreditamos seja razoável excluir a modalidade omissiva do tipo penal, devendo, sim, o agente ser responsabilizado pelo suicídio quando possuía o dever legal de impedi-lo, como é o caso de uma mãe para com o filho menor, ou de uma enfermeira para com o paciente.

Como dito acima, o auxílio pressupõe apoio material ao suicida. É dar a corda para que ele se enforque; fornecer-lhe o veneno para que beba; municiar a arma para que atire. Desta forma, se um familiar, por saber que seu parente doente se encontra em grande sofrimento, deixa ao seu alcance um pote de remédio que sabe ser capaz de matar quando tomado em alta dosagem, e o enfermo o ingere e morre, ocorre auxílio ao suicídio. Se, de maneira diversa, o mesmo familiar tivesse, propositadamente, dado ao doente esse medicamento na dosagem letal pelo mesmo motivo, qual seja, para abreviar sua agonia, ocorreria eutanásia. Percebe-se, desta maneira, que, apesar de a motivação ser a mesma, causada por piedade, o que é relevante para diferenciar o suicídio assistido da eutanásia é a atuação da vítima, respectivamente, se ela tiver praticado atos que a levaram à morte ou não.

2.3 Distanásia

A distanásia é exatamente o contrário da eutanásia. Se esta é a morte acelerada, abreviando o sofrimento do doente sem esperanças, aquela é o prolongamento artificial da vida.

De acordo com Guilherme de Souza Nucci³, distanásia é a “*morte lenta e sofrida de uma pessoa, prolongada pelos recursos que a medicina oferece. [...] é forma de prolongar o sofrimento até o fim natural da pessoa humana*”.

A distanásia tem sido chamada por autores da área do Biodireito de encarniçamento terapêutico. Pode-se dizer que, ao invés de um prolongamento artificial da vida, é, na verdade, um prolongamento artificial do processo de morte, já que o paciente não possui nenhuma expectativa de cura e continua sendo submetido a tratamentos, por vezes, dolorosos, que têm como único fim adiar um pouco mais a morte iminente.

É importante dizer que, se este for o desejo do enfermo, não há problema algum. A questão é que, com tanta tecnologia, os médicos não aceitam deixar que o doente se vá sem poder dizer, de consciência tranquila, que tentaram de tudo. Deste modo, a distanásia acaba sendo muito mais uma forma de trazer uma paz espiritual para os médicos, que vão utilizar todo o seu conhecimento e toda a tecnologia à disposição para manter aquela pessoa viva, mesmo que ela esteja padecendo de dor.

As inúmeras possibilidades de tratamento disponíveis atualmente exigem conhecimentos muito especializados e retiram o doente de sua casa e de sua família, forçando uma permanência em um hospital. São tantos os recursos, que o direito de a pessoa escolher como prefere morrer soa como uma afronta à proteção devida à vida humana. No entanto, acreditamos que, se pelo fato de o tratamento ser fútil ou possuir mais prejuízos do que benefícios, se ter a vida prolongada o máximo possível não for a vontade do paciente (ou de sua família, já que em muitos casos o paciente está inconsciente e, portanto, impedido de escolher o próprio destino), a distanásia torna-se uma conduta antiética por parte dos médicos e, pode-se dizer, inadequada do ponto de vista jurídico, já que constrange o doente (e sua família) a se submeter a sofrimento que a lei não obriga.

Maria Elisa Villas-Bôas cita, em seu livro *Da Eutanásia ao*

³NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 7. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 542.

Prolongamento Artificial da Vida, o primeiro caso de distanásia conhecido na História do Brasil:

Tancredo Neves foi o primeiro presidente civil eleito, em 15 de janeiro de 1985, ainda por sufrágio indireto, após vinte anos de período militar no Brasil. Teve como vice-presidente o maranhense José Sarney e, como candidato opositor, Paulo Maluf. No dia 14 de março de 1985, véspera da data prevista para a posse, o presidente eleito sofreu um quadro de diverticulite aguda (uma espécie de inflamação em trecho do aparelho digestivo), tendo sido internado no Hospital de Base de Brasília, onde sofreu sete intervenções cirúrgicas, seguindo-se um quadro de infecções graves que o levaram à morte em 21 de abril de 1985. A este tempo, já havia José Sarney tomado posse, legitimando a sucessão. Apesar de cercada de mistério, diz-se que a morte de Tancredo Neves foi protelada tanto quanto possível, tencionando-se estabilizar politicamente o país, tumultuado pelas recentes campanhas em prol das eleições diretas. Para essa finalidade, produziram-se fotos nas quais se buscava passar a imagem de que Tancredo estava convalescendo, embora se achasse, na verdade, desenganado e moribundo. Comenta-se mesmo que a data da morte foi significativamente escolhida para que se desse a ‘permissão’ de morte, mediante a suspensão do suporte artificial de vida, excessivo e infrutífero, em dia alusivo a um herói da pátria, Tiradentes⁴.

Como se vê nesse exemplo citado da morte do presidente Tancredo Neves, a distanásia é a face inversa e cruel da eutanásia, na qual se lança mão de todos os recursos médico-tecnológicos possíveis para adiar o fim inevitável, sem levar em consideração a vontade ou o conforto do paciente.

2.4 Ortotanásia

A ortotanásia se encontra entre a eutanásia e a distanásia. Se eutanásia é a antecipação da morte, e distanásia é o prolongamento da vida, a ortotanásia é a morte em seu tempo natural.

A palavra ortotanásia deriva dos radicais gregos *orthos* (certo) e *thanatos* (morte). Seria, portanto, o não adiamento da morte além do seu tempo natural, ou seja, a morte ao seu tempo certo.

⁴VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial*: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 15.

Nas palavras de Guilherme Nucci⁵, ocorre ortotanásia quando deixa “*o médico de ministrar remédios que prolonguem artificialmente a vida da vítima, portadora de enfermidade incurável, em estado terminal e irremediável, já desenganada pela medicina*”.

Vale salientar que a ortotanásia só pode ser praticada pelo médico. Quando o doente já se encontra em processo natural de morte, o médico deixa que esse processo siga seu curso. O médico não está obrigado a prolongar, por meios artificiais, a existência do paciente que não tem mais nenhuma expectativa de vida. Ao contrário, ele não deve fazê-lo, a menos que seja um desejo expresso do enfermo.

Sobre a ausência dessa obrigação médica de insistir em tratamentos infrutíferos, o Conselho Federal de Medicina elaborou a Resolução CFM nº 1.805/2006, publicada no Diário Oficial da União em 29/11/2006. Resumidamente, essa Resolução orienta que não há violação ética quando o médico limita, suspende, ou não inicia tratamento inútil e doloroso que prolongue a vida de doente em fase terminal, respeitada sua vontade ou da família. Tendo em vista a grande importância dessa Resolução, transcrevemos parte de seu texto:

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.

Nota-se que a Resolução citada tomou todos os cuidados para que a ortotanásia não fosse feita de maneira genérica ou abrangente. Ela permitiu ao médico, e somente a ele, limitar ou suspender os tratamentos infrutíferos. Além do

⁵Op. cit., p. 542.

mais, estabeleceu que o doente deve estar em fase terminal, ou deve ser portador de doença grave e incurável⁶. Por fim, e esse é o ponto de maior importância, essa deve ser a vontade do doente ou, na impossibilidade de este se manifestar, da sua família. O médico não pode tomar essa decisão sozinho ou de maneira arbitrária. O seu dever é o de dar sua opinião profissional, indicar se o tratamento é indicado para o caso ou não, se vai trazer benefícios para o paciente ou não.

Se a decisão tomada for pela ortotanásia, ela terá que ser fundamentada e registrada no prontuário. Esta é mais uma proteção para o paciente contra a arbitrariedade dos médicos.

Ao se decidir por esse caminho, o enfermo continuará recebendo todos os cuidados necessários para lhe trazer conforto. Será providenciado que o doente não sinta nenhum sofrimento, mas não haverá mais nenhuma interferência médica com vistas a tratar sua enfermidade, podendo, inclusive, o paciente receber alta para poder passar seus últimos dias no aconchego do seu lar, rodeado pela sua família.

Maria Elisa Villas-Bôas⁷ explica que, em razão dessa falta de interferência médica, é comum que se confunda ortotanásia com eutanásia passiva, podendo-se encontrar muitas obras em que seus autores apresentam essas expressões como sinônimas. Ela explica que

Esse não é o entendimento mais preciso, uma vez que a eutanásia passiva é a eutanásia (antecipação, portanto) praticada sob a forma de omissão. Nem todo paciente em uso de suporte artificial de vida é terminal ou não tem indicação da medida. A eutanásia passiva consiste na suspensão ou omissão deliberada de medidas que seriam indicadas naquele caso, enquanto na ortotanásia há omissão ou suspensão de medidas que perderam sua indicação, *por resultarem inúteis para aquele indivíduo, no grau de doença em que se encontra.*

Na ortotanásia, não há o encurtamento do período natural da vida, apenas não existe o seu prolongamento. Além disso, ela só tem lugar nos casos em que a cura se demonstra impossível, e os procedimentos médicos trazem mais sofrimento do que alívio para o paciente terminal.

Infelizmente, a Resolução nº 1.805/2006 foi suspensa por decisão liminar dada pelo Juiz Federal Roberto Luis Luchi Demo. Em sua decisão, ele afirma

⁶Não basta que a doença seja grave, ou que seja incurável. Para que possa ocorrer a ortotanásia, essas duas situações devem ser concomitantes, sendo o doente portador de doença grave e incurável.

⁷Op. cit., p. 73-74.

acreditar que a prática da ortotanásia caracteriza crime no Brasil, estando contida no tipo do artigo 121 do Código Penal Brasileiro, ou seja, constituindo prática de homicídio. Ele justifica ainda a decisão ao dizer que

[...] a glosa da ortotanásia do mencionado tipo penal não pode ser feita mediante resolução aprovada pelo Conselho Federal de Medicina. [...] Essa glosa há de ser feita, como foi feita em outros países, mediante lei aprovada pelo Parlamento, havendo inclusive projeto de lei nesse sentido tramitando no Congresso Nacional. Em última análise, para suprir a ausência de lei específica, a glosa pode ser “judicializada” mediante provocação ao Supremo Tribunal Federal [...].

Porém, no decorrer do processo, a discussão sofreu uma virada quando, em suas alegações finais, o próprio Ministério Público Federal - que questionou a citada Resolução por meio de Ação Civil Pública - pediu a improcedência da ação em uma petição ricamente fundamentada, que partiu das seguintes premissas:

1) O CFM tem competência para editar a resolução nº 1805/2006, que não versa sobre direito penal e, sim, sobre ética médica e consequências disciplinares; 2) a ortotanásia não constitui crime de homicídio, interpretado o Código Penal à luz da Constituição Federal; 3) a edição da Resolução nº 1805/2006 não determinou modificação significativa no dia a dia dos médicos que lidam com pacientes terminais, não gerando, portanto, os efeitos danosos propugnados pela inicial; 4) a Resolução nº 1805/2006 deve, ao contrário, incentivar os médicos a descrever exatamente os procedimentos que adotam e os que deixam de adotar, em relação a pacientes terminais, permitindo maior transparência e possibilitando maior controle da atividade médica; 5) os pedidos formulados pelo Ministério Público Federal não devem ser acolhidos, porque não se revelarão úteis para as providências pretendidas, em face da argumentação desenvolvida.

Ao julgar o mérito, o Juiz Roberto Luis Luchi Demo acatou integralmente os argumentos expostos pelo MPF, decidindo pelo indeferimento da ação. Assim, em dezembro de 2010, a Resolução nº 1.805/2006 voltou a ter total aplicação.

Vale salientar que, antes mesmo desta lide chegar ao seu fim, havia entrado em vigor, em abril de 2010, o novo Código de Ética Médica, no qual o Conselho Federal de Medicina mais uma vez se mostrava a favor da ortotanásia e liberava

eticamente os médicos para a sua prática, afirmando, no Capítulo que trata dos Princípios Fundamentais, o seguinte:

XXII - Nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados.

Percebemos, então, que, por alguns meses, a orientação dada pelo Código de Ética Médica ia de encontro a uma decisão judicial, o que deve ter causado grande insegurança entre os médicos, que poderiam ficar sem saber que posição tomar, com receio de estar praticando uma conduta ilegal.

Das alegações finais do MPF, podem ser extraídas partes de depoimentos colhidos na audiência de instrução da Ação Civil Pública que demonstra o prejuízo trazido pela suspensão da Resolução nº 1805/2006 para o cotidiano dos médicos que lidam com pacientes terminais.

Vários médicos afirmaram que, após a suspensão da Resolução, não deixaram de praticar a ortotanásia, mas deixaram de registrá-la no prontuário, por medo das consequências que poderiam enfrentar. Assim, muitas vezes registravam no prontuário procedimentos que não tinham sido realmente realizados, como o de ressuscitação, por exemplo.

Atualmente, entretanto, com a coincidência entre o posicionamento da classe e a sentença proferida, médicos e pacientes podem ficar mais aliviados e optar pela ortotanásia sem nenhum receio ou dúvida.

Com certeza, estamos testemunhando progresso. Mas acredito que ainda devemos ir mais longe. A ortotanásia deve ser formalmente legalizada, porque materialmente não constitui crime.

No entanto, esse é um assunto que aprofundaremos no capítulo quarto deste trabalho.

3 Princípio da dignidade da pessoa humana

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 1º, estabelece que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos básicos do Estado Democrático de Direito.

Mas o que significa dizer que o Brasil é uma República Federativa que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana? Para Fernando Ferreira

Santos⁸, em seu artigo Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana

Importa concluir que o Estado existe em função de todas as pessoas e não estas em função do Estado. Aliás, de maneira pioneira, o legislador constituinte, para reforçar a ideia anterior, colocou, topograficamente, o capítulo dos direitos fundamentais antes da organização do Estado. Assim, toda e qualquer ação do ente estatal deve ser avaliada, sob pena de inconstitucional e de violar a dignidade da pessoa humana [...].

Dessa forma, todos os demais dispositivos constitucionais, assim como os infraconstitucionais, devem ser interpretados de acordo com a dignidade humana.

Essa questão é de particular importância quando tratamos do tema do final da vida, e quais tratamentos devem ser conferidos ao indivíduo neste instante. Isso ocorre porque, nesse momento, o princípio da dignidade da pessoa humana é confrontado com outro princípio estabelecido pela nossa Constituição, no seu artigo 5º, qual seja o direito à vida.

Afinal, o direito à vida é absoluto? Não poderia esse direito ser relativizado pela dignidade humana? Como distinguir, entre princípios constitucionais, qual deles deve preponderar sobre o outro?

A valoração de princípios é diferente da valoração de normas. Ensina-nos Dworkin, citado por Waldo Fazzio Júnior⁹:

Denomino princípio um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade [...]. A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada. Dados os fatos que uma regra

⁸SANTOS, Fernando Ferreira dos. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 3, n. 27, 1998. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/160>>. Acesso em: 8 jun. 2011.

⁹FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Dworkin e o império dos princípios*. Disponível em: <<http://fundamentosjuridicos.com.br/dworkin-o-imperio-dos-principios/>>. Acesso em: 06 jun. 2011.

estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.

Assim, se uma norma entra em conflito com outra, avalia-se qual delas é hierarquicamente superior, e esta será a aplicada ao caso concreto. No entanto, não é assim que se procede quanto aos princípios, já que todos eles possuem igual valor. Não há hierarquia entre princípios. Um princípio não é mais importante ou mais forte que outro. Por isso, quando nos deparamos com um confronto entre eles, a solução não é pesá-los, mas conciliá-los, já que, se duas regras entram em conflito, uma delas será invalidada, mas o mesmo não ocorre com os princípios, pois que estes podem coexistir.

Desta maneira, não nos preocupamos em pensar qual princípio deve prevalecer sobre o outro, se a dignidade da pessoa humana ou o direito à vida, mas juntamos os dois, e entendemos que a nossa Constituição garante o direito a uma vida digna.

O respeito ao ser humano, sua dignidade, deve também abranger o respeito pela sua forma e hora de morrer. No fim da vida, o indivíduo já se encontra privado de exercer em plenitude seus direitos. Seria razoável que lhe fosse garantido, ao menos, o direito à sua dignidade.

Sobre o tema, Maria Elisa Villas-Bôas¹⁰ indaga: “*Acaso o direito à vida importa um dever de viver mesmo contra a vontade do titular do direito?*” Ao que ela mesma responde: “[...] *manter alguém prisioneiro indefinidamente de máquinas que, sem lhe restaurarem a saúde, atrelam-no, impotente, a um sofrimento sem perspectiva, é condenar a uma vida desumana e degradante*”.

Luiz Flávio Gomes¹¹, ao tratar do assunto, ensina que

Não resta dúvida que o art. 5º da CF assegura a inviolabilidade da vida, mas não existe direito absoluto. Feliz, portanto, a redação do art. 4º da Convenção Americana de Direitos Humanos, que diz: “Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

¹⁰ Op. cit., p. 138-139.

¹¹ GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antônio. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 290. 2v. E seg. Material da 1ª aula da disciplina tutela penal dos bens jurídicos individuais, ministrada no Curso de Pós-Graduação *lato sensu* Tele Virtual em Ciências Penais – Universidade Anhanguera – UNIDERP/REDE LFG.

O mesmo autor ainda cita parte de um voto do Ministro Gilmar Mendes (STF, RE 466.343-SP, rel. Min. Cezar Peluso) em consonância com o seu posicionamento: “*O direito à vida é inerente à pessoa humana. Esse direito deve ser protegido por lei, e ninguém pode ser arbitrariamente privado dele*”.

De fato, nenhum direito é absoluto, nem mesmo o direito à vida. No nosso próprio ordenamento, encontramos exceções a essa regra, como no caso da pena de morte nos tempos de guerra, ou no caso do aborto legal. Se permitimos que um feto, que teria uma vida inteira pela frente, morra para que se preserve a vida da mãe, por que obrigamos um enfermo no fim da vida a permanecer preso ao seu sofrimento? Não nos parece justo que um paciente terminal seja obrigado a se submeter a tratamentos infrutíferos, por vezes dolorosos, para que tenha prolongada a sua existência por mais algumas semanas, se não for esta a sua vontade.

A distanásia não foi apelidada de encarniçamento terapêutico à toa. Roxana Cardoso Brasileiro Borges¹², em seu artigo *Eutanásia, ortotanásia e distanásia: breves considerações a partir do biodireito brasileiro*, define a distanásia como

uma prática médica excessiva e abusiva decorrente diretamente das possibilidades oferecidas pela tecnociência e como fruto de uma teimosia de estender os efeitos desmedidamente, em respeito à condição da pessoa doente.

A autora nos lembra ainda que a diferenciação entre o “direito de morrer” e o “direito de morrer dignamente” existe e é perfeitamente aceitável, e que a distanásia fere a dignidade ao tratar o homem como “objeto da ciência”, e não como “sujeito da existência”.

Fica claro, portanto, que a aplicação de recursos disponíveis com o fim único de adiar a morte iminente configura a chamada obstinação terapêutica, o que deve ser evitado por médicos, por ser antiético, e por juristas, por ser inadequado. A aplicação de um tratamento, quando fútil, não deve ser obrigada, e sua suspensão não deve ser encarada como tipo de homicídio ou de omissão de socorro. Até porque, nos casos dos pacientes terminais, tais práticas não podem sequer ser chamadas de tratamentos, pois, por não haver esperanças de

¹²BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Eutanásia, ortotanásia e distanásia: breves considerações a partir do biodireito brasileiro*. apud BAUDOUIN, Jean-Louis; BLONDEAU, Danielle. *Éthique de la mort et droit à la mort*. Paris: Press Universitaires de France, 1993. p.89. Disponível em: < <http://jus.uol.com.br/revista/texto/7571> >. Acesso em: 8 jun. 2011.

cura para o doente, não há em verdade o que tratar. Portanto, o simples fato de existirem recursos médicos não torna obrigatória a sua utilização em todos os casos, mas apenas naqueles em que a terapêutica será útil e proporcionará benefícios para o doente.

Maria Elisa Villas-Bôas¹³, ao abordar o assunto dos pacientes terminais, explica que

Diante de tais pacientes, três são as opções de conduta: prolongar a existência terminal mediante uso maciço de drogas e aparelhos, embora isso signifique também prolongar e intensificar a agonia; apressar o fim, mediante conduta ativa ou passiva de interrupção da vida; ou promover cuidados paliativos, tencionando tornar os momentos finais menos dolorosos, sem, todavia, investimentos técnico-medicamentosos que visem a conservar, além do tempo natural, uma vida que não se pode mais melhorar. Entendemos que somente a última alternativa obedece aos preceitos da preservação da dignidade humana, já de si afetada pela doença, que tira do indivíduo sua autonomia, sua capacidade física e psíquica de zelar por si mesmo.

A opinião da autora encontra total consonância com o nosso entendimento. A concepção de dignidade que possuímos está intimamente ligada a uma noção de autonomia. No fim da vida, deve-se respeitar essa autonomia, dando-se ao doente a opção de escolher o seu desfecho. Quando impossível, nos casos do enfermo estar inconsciente, deve-se dar essa opção à sua família. No entanto, nos casos de doenças graves e sem cura, de pacientes em estado terminal, o médico deve sempre defender a ortotanásia, ou seja, defender que sejam suspensos os tratamentos supérfluos, e que tomem seu lugar os cuidados paliativos, que garantirão conforto ao paciente nos seus últimos dias.

Enfim, não se defende aqui um direito de morrer. Defende-se um direito de morrer com dignidade, no uso da autonomia a ela inerente; um direito de querer morrer no tempo natural, sem intervenção médica para antecipar ou prolar a morte. Afinal, entendemos que o direito à vida não abrange um dever de viver além do tempo natural, mediante recursos que muitas vezes são mais dolorosos e desgastantes que a própria doença enfrentada, pois essas situações ameaçam seriamente a dignidade da pessoa humana.

¹³Op. cit., p. 37.

4 Eutanásia e Ortotanásia no Direito penal brasileiro

Não há previsão legal, no Direito brasileiro atual, para a eutanásia e a ortotanásia. O nosso Código Penal entrou em vigor em 1940, e não era possível ao legislador daquela época antever o grande desenvolvimento que ocorreria na área da medicina. Maria Elisa Villas-Bôas¹⁴ nos conta que, apenas nas décadas de 50 e 60, surgiram as técnicas de reanimação cardiopulmonares e as UTIs (Unidades de Terapia Intensiva), e só a partir desse momento surgem o conceito de morte encefálica e os dilemas quanto aos tratamentos que se devem conferir aos pacientes terminais.

No entanto, com a evolução diária da sociedade, o aplicador do Direito tem que encontrar saídas para as situações que lhe são apresentadas. O juiz não pode se abster de julgar. Por isso, ao ser confrontado com um caso cuja solução não pode ser encontrada na legislação, ele deve procurar encontrá-la por outros meios: através da analogia, dos princípios gerais do direito, dos costumes e do direito comparado.

4.1 A eutanásia como tipo privilegiado do delito de homicídio

Já sabemos que eutanásia é a morte piedosa. Nucci¹⁵, ao citar Hungria, conceitua eutanásia como o homicídio cometido “*para abreviar, sem dor ou sofrimento, a vida de um doente reconhecidamente incurável*”.

A eutanásia é um tema muito complicado, por envolver valores éticos e religiosos. No entanto, não é o intuito desse estudo abordar o lado religioso da questão, pelo que nos prenderemos aos aspectos éticos e legais.

Quanto à questão ética, é difícil manifestar-se sobre o assunto de maneira genérica. É preciso analisar cada caso concretamente, observando a situação real e as partes envolvidas para, ainda assim de maneira difícil, posicionar-se sobre o aspecto ético da prática.

No tocante à questão legal da eutanásia, tem-se aplicado a esta prática

¹⁴Op. cit., p. 177.

¹⁵NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 7. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 542.

o artigo 121, §1º do Código Penal. Nesse parágrafo, encontra-se a figura do homicídio privilegiado, que é aquele em que o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima. Havendo uma dessas condições subjetivas, o juiz poderá diminuir a pena de um sexto a um terço.

A eutanásia foi enquadrada como homicídio privilegiado devido ao relevante valor moral da conduta do agente, que tira a vida do doente por compaixão, visando apenas pôr fim ao seu sofrimento.

Sobre o assunto, Rogério Greco¹⁶ nos diz que

Quando o agente causa a morte do paciente já em estado terminal, que não suporta mais as dores impostas pela doença da qual está acometido, impellido por esse sentimento de compaixão, deve ser considerado um motivo de relevante valor moral, impondo-se a redução obrigatória da pena.

Para a configuração da eutanásia, assim como no delito de homicídio, deve estar presente o *animus necandi*. Nota-se que o ponto chave da diferenciação entre o homicídio simples e o homicídio eutanásico (privilegiado) é a motivação do agente. Ao atuar movido por relevante valor moral, qual seja a piedade pelo estado de sofrimento irremediável do enfermo, o agente faz jus a uma pena menos rigorosa, abrandada pela sua motivação nobre.

Para que a eutanásia seja considerada delito privilegiado, ela não precisa ser praticada por médico. Embora o sujeito passivo desse delito deva ser paciente terminal ou portador de enfermidade grave, o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. Até porque os médicos, pelo próprio dia a dia da profissão, se acostumam com situações extremas e não se comovem com tanta facilidade quanto uma pessoa que não é da área, sendo muito mais fácil para um leigo se compadecer com a situação e praticar tal delito.

A esse respeito, Maria Elisa Villas-Bôas¹⁷ assevera que

¹⁶GRECO, Rogério. *Direito penal: parte especial, introdução à teoria geral da parte especial, crimes contra a pessoa*. Niterói: Impetus, 2005. p.175.

¹⁷Op. cit., p. 181.

É acertado que o sujeito ativo seja comum nesse caso, pois a capacidade de empatia ante o sofrimento do doente acomete, em regra, mais intensamente, os parentes, sujeitos a se condoerem a tal ponto que terminem por acelerar-lhe a morte, apesar do risco pessoal de serem acusados penalmente.

Portanto, no atual sistema penal brasileiro não existe o crime de eutanásia. Dessa forma, aquele que se utilizar dessa prática será processado e julgado pelo crime de homicídio, podendo, no entanto, ter sua pena atenuada devido ao privilégio do relevante valor moral da sua motivação.

4.2 A licitude da ortotanásia

A ortotanásia é o ato médico praticado para evitar a distanásia. É a morte no tempo certo. “*Significa a interrupção, feita pelo médico, da manutenção artificial de uma vida, sem perspectiva de cura ou melhora, ou melhor, significa o não prolongamento artificial do processo de morte*¹⁸”.

No final do ano de 2006, o Conselho Federal de Medicina elaborou a Resolução nº 1.805/06, disciplinando a ortotanásia. De acordo com essa Resolução, seria ético por parte dos médicos suspender ou não iniciar procedimentos supérfluos que prolonguem futilmente o processo de morte além do seu curso natural.

A citada Resolução causou grande polêmica no mundo jurídico e passou mais de três anos suspensa pela decisão em tutela antecipada do Juiz Federal Roberto Luis Luchi Demo, até que, no mérito, o citado Juiz decidiu pela sua validade.

Como demonstrado no item 2.4 desta obra, a Procuradora da República, Luciana Loureiro Oliveira, ao rebater, em suas alegações finais, a referida decisão liminar, afirma que o Conselho Federal de Medicina poderia abordar a ortotanásia por meio de Resolução, por se tratar de ética médica, e não de Direito Penal. No entanto, como já foi asseverado, acreditamos que isso não basta. O Direito Penal tem que falar sobre esse assunto, a ortotanásia tem que ser legalizada, porque não constitui crime materialmente.

Vamos, então, abordar o aspecto material dessa prática.

Um dos grandes argumentos contra a ortotanásia (e a eutanásia) é a

¹⁸SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

indisponibilidade do direito à vida. No entanto, a Constituição Federal garante um *direito* à vida, e não um *dever* de viver a qualquer custo. Além disso, como já dissemos acima, nenhum direito é absoluto, e a indisponibilidade da vida pode ser relativizada. Sobre o assunto, Maria Elisa Villas-Bôas¹⁹ explica:

Veja-se que dispor não é apenas renunciar, mas sim fazer uso do modo como entender conveniente; assim, é de se verificar que, ao protelar arbitrariamente a morte de alguém, sem indicação médica ou humanitária de fazê-lo, deteriorando o final daquela existência, mesmo contra a vontade do titular, está-se também dispondo da vida de outrem e, se ele mesmo não pode dispor dela, questiona-se por que a outros é dado, decidindo por ele, mantê-lo atrelado artificialmente a uma vida que se esgota ao natural, sem lhe oferecer, com isso, qualquer benefício efetivo ou desejado.

De fato, na distanásia, retira-se do paciente a autonomia de decidir sobre seu destino, e se entrega esse poder de decisão ao médico, que irá dispor da vida do paciente como melhor entender.

Abordando o aspecto jurídico-penal da ortotanásia, temos que o Código Penal a ela não se refere.

Não acreditamos que, assim como ocorre com a eutanásia, possa ser aplicado à ortotanásia o artigo 121, que trata do homicídio. Esse tipo penal traz no seu *caput* a conduta “matar alguém”. No caso da ortotanásia, o médico, ao praticá-la, não possui o dolo de causar a morte do paciente, não possui o *animus necandi*, elemento subjetivo do tipo. Sua intenção não é a de matar o doente, mas a de evitar a distanásia. Além do mais, não é a conduta do médico, ao suspender ou não iniciar tratamento fútil, que causará a morte do doente, mas sim a enfermidade que ele já possui.

Para os seguidores da teoria finalista do crime, defendida por Welzel, a conduta tratada não seria típica. Para o finalismo, o fato típico possui duas dimensões: a objetiva e a subjetiva. A parte objetiva tem, como requisitos, conduta, resultado naturalístico (nos crimes materiais), nexos de causalidade e adequação típica. Já a parte subjetiva é composta pelo dolo e pela culpa. Dessa forma, para o finalismo, dolo e culpa fazem parte da tipicidade. Por não haver dolo de matar na conduta do médico, essa conduta seria atípica.

Já para os adeptos do funcionalismo moderado de Roxin, a tipicidade

¹⁹Op. cit., p. 139.

possui três dimensões: a objetiva (conduta, resultado naturalístico, nexos de causalidade e adequação típica); a subjetiva (dolo e intenções especiais) e a normativa ou valorativa (teoria da imputação objetiva). Para essa corrente, a conduta e o resultado são valorados a partir da criação de um risco proibido e relevante. Se a conduta cria um risco permitido, não é típica do ponto de vista valorativo. Nesse sentido, Maria Elisa Villas-Bôas²⁰ afirma que

Pela teoria da imputação objetiva, por sua vez, é possível dizer que ao se adotar uma conduta médica restritiva, não se estará incrementando o risco que a doença já representava, atendo-se aos limites do risco permitido ao exercício profissional de decidir a terapêutica, com bom senso e lastro científico.

Percebe-se pela afirmação supracitada que, pela teoria da imputação objetiva, a prática de ortotanásia também seria atípica.

Temos ainda a teoria da tipicidade conglobante. De acordo com essa teoria, defendida por Zaffaroni, se existe uma norma que permite uma conduta, outra norma não pode proibi-la dentro do mesmo ordenamento. Como o próprio nome indica, essa teoria examina todas as normas de um ordenamento de forma conglobante. Rogério Greco²¹, ao tratar sobre o tema, cita as palavras de Zaffaroni e Pierangeli: “*Não é possível que no ordenamento jurídico, que se entende como perfeito, uma norma proíba aquilo que outra imponha ou fomenta*”.

No caso da legislação pátria, encontramos, no artigo 15 do Código Civil, a figura da recusa terapêutica, ao dizer que “*ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica*”.

A esse respeito, assevera Maria Elisa Villas-Bôas:

O Código Civil de 2002 já esclareceu que não haverá submissão de paciente capaz, sem consentimento, a procedimentos que impliquem risco de vida (ressalvado o perigo iminente de vida, no sentido penal da expressão), ainda que estas visem, por pressuposto, à recuperação do paciente, com boa chance de sucesso.

Desta maneira, pela teoria da tipicidade conglobante, não se poderia tipificar penalmente a ortotanásia, já que, no nosso ordenamento, há norma permissiva

²⁰Op. cit., p. 190.

²¹GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. p.166.

da conduta. Norma esta, inclusive, muito mais abrangente que a ortotanásia, já que a recusa terapêutica, como visto na citação acima, pode se dar ainda que o paciente possua boa chance de sucesso, enquanto que a ortotanásia só é aplicada quando não há mais esperanças para o doente, e tratamento algum poderá trazer benefícios para ele.

Assim, é a opinião desta autora que a ortotanásia não pode configurar delito de homicídio, ainda que na sua modalidade omissiva. Primeiramente, para que o agente tenha responsabilidade pela omissão, é necessário que ele possua o dever jurídico de agir para evitar o resultado. Nas palavras de Rogério Greco, o crime de homicídio pode ser cometido de maneira omissiva quando o autor *“deixa de fazer aquilo a que estava obrigado em virtude da sua qualidade de garantidor”*²².

Maria Elisa Villas-Bôas²³, ao citar Fernando Capez, assevera que esse dever de ação deve estar acompanhado da possibilidade real e física de o agente impedir a ocorrência do resultado. Essa definição tem grande importância no tocante à ortotanásia, já que o médico possui a qualidade de garantidor em relação ao paciente e tem a possibilidade de agir, não tendo, no entanto, o poder de evitar o resultado, qual seja a morte iminente.

Desta forma, não consideramos que a ortotanásia constitua uma prática juridicamente reprovável e pensamos ser uma conduta ética por parte dos médicos que deve ser fomentada pela classe. Por isso, aplaudimos o atual entendimento médico e jurídico sobre a sua realização, pois configura um grande passo a favor da sua legalização.

4.3 Eutanásia e Ortotanásia no anteprojeto do Código penal

Tramita no Congresso Nacional o anteprojeto que alteraria a parte especial do Código Penal Brasileiro. Dentre outras disposições, esse anteprojeto traz como novidade o acréscimo de dois parágrafos ao artigo 121: no §3º, ele apresenta a eutanásia como tipo autônomo e, no §4º, ele nos traz a ortotanásia como uma excludente de ilicitude. Vejamos:

Art. 121 Matar alguém:
Pena – reclusão, de seis a vinte anos.

²²Op. cit., p. 171.

²³Op. cit., p. 183.

§1º [...]

§2º [...]

§3º Se o autor do crime agiu por compaixão, a pedido da vítima imputável e maior, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável, em razão de doença grave.

Pena - reclusão de três a seis anos.

§4º Não constitui crime deixar de manter a vida de alguém por meio artificial, se previamente atestada por dois médicos, a morte como iminente e inevitável, e desde que haja consentimento do paciente, ou na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge ou irmão.

No caso do §3º, é nossa opinião que há uma falha na sua elaboração, que deverá ser corrigida caso venha a entrar em vigor. O aludido parágrafo traz como requisito para a configuração da eutanásia que o paciente seja vítima de enfermidade grave. No entanto, entendemos que a doença deve também ser incurável, e estar o paciente em estado terminal. Uma doença grave, simplesmente, não é motivo para caracterizar a eutanásia, se o doente tem chance de cura. Além da doença ser grave e incurável, o paciente deve estar em fase terminal. Caso contrário, abriria caminho para que portadores do vírus HIV, por exemplo, pudessem ser mortos sob o pretexto da compaixão, quando sabemos que os portadores dessa síndrome, se estiverem fazendo o tratamento, podem viver por vários e vários anos, apesar de se tratar de doença grave e incurável.

Sobre a ortotanásia, acreditamos que faltaria ao legislador estabelecer uma ordem de preferência entre ascendente, descendente, cônjuge e irmão. Na impossibilidade de manifestação da vontade pelo paciente, indaga-nos Maria de Fátima Freire de Sá²⁴: “*Haveria necessidade de concordância conjunta? Em caso contrário, quem teria prioridade na tomada de decisão?*”. Esse seria um ponto que deveria ser especificado pelo legislador no caso de promulgação da lei.

No mais, entendemos válida a iniciativa do legislador ao tratar especificamente da eutanásia e da ortotanásia e ficamos na espera de que a alteração da parte especial do Código Penal realmente venha a ocorrer.

Por fim, gostaríamos de registrar, como ilustração, que o Estado de São Paulo já deu o primeiro passo sobre a matéria, pois, através da Lei nº 10.241, de 17 de março de 1999, autorizou, no seu Artigo 2º, inciso XXIII, a ortotanásia

²⁴SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.130.

no Estado. Inclusive, o Governador Mário Covas, ao sancionar a Lei, declarou que o estava fazendo não como Governador, mas como um paciente.

E, já no fim da sua vida, fez a opção pela ortotanásia, acolhendo o direito a uma morte natural, ao seu tempo certo, e assim, pondo em prática aquilo que defendera.

5 Conclusões

Eutanásia, ortotanásia e distanásia são conceitos que se relacionam, mas que em nada se assemelham. Eutanásia é a morte antecipada, provocada pela compaixão de quem não suporta mais ver o sofrimento do paciente. Ortotanásia é a morte correta, que ocorre no momento natural, sem antecipação ou prolongamento do período de vida do enfermo. Já a distanásia é o adiamento da morte, tanto quanto o possível, através da utilização de todos os recursos de que a medicina dispuser.

Na verdade, são muitos os opositores à eutanásia. E dentre os vários argumentos contrários à referida prática, identificamos alguns como a possibilidade de existir sérios abusos que venham a ser praticados por médicos inescrupulosos ou familiares igualmente desumanos, interferindo, camuflando ou até mesmo manipulando a vontade do paciente sobre o destino de sua vida. Dois outros argumentos que também merecem ser destacados e são levantados por alguns autores dizem respeito: um, à possibilidade real de existir, em determinados casos, uma firme reação orgânica do paciente (os ditos milagres) ao ponto de doente conseguir restabelecer a sua saúde; o outro, porque também é possível que, em algumas situações, se verifique falha em diagnósticos ou surgimento de novos medicamentos viáveis a combater o mal enfrentado.

De fato, as questões atinentes à eutanásia são verdadeiramente complexas, e sua permissão traria muitos dilemas e teria que ser regulamentada de maneira minuciosa para evitar abusos. Por isso mesmo, não foi nossa intenção, nesse estudo, defender sua legalização, mas apenas sua tipificação, como modalidade própria de homicídio – o homicídio eutanásico –, possuindo uma penalização bem mais branda que o homicídio comum, devido à motivação nobre do agente.

No que toca à distanásia, ao nos posicionarmos contra a prática, não estamos querendo dizer que a manutenção artificial da vida é má. Ao contrário, ela é resultado de grandes conquistas científicas. No entanto, ela pode tornar-se má a depender de como for utilizada. Quando ela deixa de ser um benefício e se

torna um sofrimento para o paciente, transforma-se em uma conduta antiética, que retira toda a autonomia do paciente sobre seu corpo, sua saúde e sua vontade.

A ortotanásia, por outro lado, deve ser legalizada. Trata-se de conduta ética por parte dos médicos, irreprovável do ponto de vista jurídico, por não atingir diretamente o bem vida - já que não há o encurtamento do seu período natural – e que respeita a dignidade da pessoa humana. Deve, desta forma, ser incluída no artigo 121 do Código Penal como uma excludente de ilicitude.

Se este trabalho despertar reflexões sobre tema tão complexo e melindroso, entendo ter alcançado os meus objetivos.

Referências

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Eutanásia, ortotanásia e distanásia: breves considerações a partir do biodireito brasileiro*. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7571>>. Acesso em: 8 jun. 2011.

BRASIL. *Código civil, Código de processo civil, Código comercial, Legislação civil, Processual civil e empresarial, Constituição Federal / organização Yussef Said Cahali*. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Constituição Federal, Código penal, Código de processo penal / organizador Luiz Flávio Gomes, obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CARVALHO, Gisele Mendes de. *Ortotanásia é eutanásia, mas não é crime* (Considerações a respeito da Resolução nº 1.805/2006 do CFM e sua compatibilidade com o Código Penal). Disponível em: <www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 07 jun. 2011.

GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antônio. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2v. 2007. e seg. Material da 1ª aula disciplina tutela penal dos bens jurídicos individuais, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Ciências Penais - Universidade Anhanguera - UNIDERP/REDE LFG.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

_____. *Direito penal: parte especial, Introdução à teoria da parte especial, crimes contra a pessoa*. Rio Janeiro: Impetus, 2005.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Dworkin e o império dos princípios*. Disponível em: <<http://fundamentosjuridicos.com.br/dworkin-o-imperio-dos-principios>>. Acesso em: 06 jun. 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 7. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

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

SANTOS, Fernando Ferreira dos. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 3, n. 27, 23 dez. 1998. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/160>>. Acesso em: 8 jun. 2011.

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

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