

A EUTANÁSIA E SEUS ASPECTOS JURÍDICOS

Marcella Simonetti Marinho de Farias¹

Sandresson Menezes²

RESUMO

Analisa-se uma discussão que gira em torno de um assunto polêmico, porém, já muitas vezes praticado na história humana: a eutanásia. Aborda o direito a morte digna sendo entrelaçado ao sistema jurídico brasileiro e de proteção aos direitos humanos, amparado pelo artigo 1º da Constituição Federal, que estabelece o respeito à dignidade da pessoa humana e à cidadania. O assunto compreende desde a Constituição Federal ao Código Penal, alçando também, a bioética.

Palavras-chave: Direito a morte digna. Proteção aos direitos humanos. Constituição Federal. Dignidade da pessoa humana. Código Penal.

THE LEGAL ASPECTS OF EUTHANASIA

ABSTRACT

Analyzing a discussion that revolves around a polemical subject, however, as often practiced in human history: the euthanasia. Addressing the right to dignified death being intertwined with Brazilian legal system and human rights protection, supported by Article 1 of the Federal Constitution that establishes respect for human dignity and citizenship. The subject is approached from the Constitution to the Criminal Cod, also, raising bioethics.

Keywords: dignified death. Human rights protection. Federal Constitution. Human dignity. Penal Code.

1 INTRODUÇÃO

A eutanásia é um dos temas mais polêmicos em discussão na sociedade atual. Tal ato já foi muito praticado na história humana.

A eutanásia é conceituada como morte boa, morte suave e indolor. O significado da palavra vem do grego: eu (boa) e thanatos (morte).

¹ Graduanda no Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (marcellasimonetti@hotmail.com)

² Professor do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (sandresson1@hotmail.com)

Eutanásia é a morte provocada por outrem, em determinada pessoa que tem algum tipo de enfermidade incurável, para abreviar o sofrimento.

Tendo em vista sua complexidade, a eutanásia ainda não apresenta previsão legal no Brasil. Dessa maneira, aparecem os questionamentos sobre quais as posturas que devem ser adotadas nesse caso. No nosso ordenamento jurídico brasileiro, especificamente no Código Penal, a prática da eutanásia não se encontra de forma explícita e objetiva.

O conflito maior se encontra na dúvida de que a eutanásia é uma maneira de morte digna ou um auxílio ao suicídio. No Brasil a eutanásia é tida como homicídio, mas quando se entender que foi “motivo de relevante valor moral” a pena será atenuada. Dependendo das circunstâncias, a conduta do agente pode levar ao crime de participação em suicídio.

Existem dois ângulos completamente diferentes acerca da eutanásia. O primeiro deles é o qual a considera sempre como sinônimo de homicídio e suicídio. Baseia-se na interpretação que concebe o direito à vida como absoluto, dessa maneira, entende-se que qualquer forma de eliminação da vida humana por um terceiro configura ofensa ao bem jurídico vida.

O segundo ângulo da eutanásia é pautado no respeito ao direito à morte digna e que compreende fundamentalmente discussão da ortotanásia, mas também da distanásia, que serão apresentadas no artigo, além da eutanásia em si.

Pretende-se, portanto, analisar o conceito de eutanásia e de sua possível aplicação em nosso sistema normativo, além de uma análise do ordenamento jurídico constitucional brasileiro como um sistema de proteção dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana.

2 EUTANÁSIA

A eutanásia é o ato de ceifar-se a vida de outra pessoa investida por uma doença incurável, que lhe causa insuportáveis dores e sofrimentos, por piedade e em seu interesse. O que motiva o autor da eutanásia é a compaixão para com o próximo, buscando, dessa forma, fazer o bem, sendo este um fator diferenciador de um homicídio simples. Portanto, se não houver o fator compaixão, não é eutanásia, mas sim

homicídio. Artigo 121, 3º, Código Penal, diz: “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”.

Segundo Plácido e Silva (1978, p. 642), a eutanásia é:

Derivado do grego *eu* (bom) e *thanatos* (morte) quer significar, vulgarmente, a boa morte, a morte calma, a morte doce e tranqüila. Juridicamente, entende-se *direito de matar* ou o *direito de morrer*, em virtude de razão que possa justificar semelhante morte, em regra, provocada para término de sofrimentos ou por medida de seleção, ou de eugenia. A eutanásia provocada por outrem, ou a morte realizada por misericórdia ou piedade, constitui *homicídio* ou crime *eutanásico*, considerado como a suprema caridade. Não é, entanto, a eutanásia admitida pelo nosso Direito Penal. Mas admitem-na em outras legislações. Eutanásia, atualmente, não é apenas voltada para os casos de doentes terminais. Ela está, por exemplo, relacionada aos recém-nascidos com malformações congênicas, chamada de eutanásia precoce, além dos pacientes em estado vegetativo irreversível.

A eutanásia pode ser ativa ou passiva, podendo ainda ser direta ou indireta. Será classificada como ativa, quando seu autor der início ao evento morte por uma ação e será passiva se a morte ocorrer por uma omissão, que em regra é consubstanciada na supressão ou interrupção dos cuidados médicos que oferecem o suporte indispensável à manutenção da vida.

Na eutanásia ativa direta, procura-se o encurtamento da vida do paciente por meio de condutas positivas, ajudando este a morrer. Já na indireta, não se busca a morte do paciente, mas sim aliviar a dor ou sofrimento, com a utilização de fármacos que, no entanto, apresentam como efeito secundário certo ou necessário a abreviação da vida do paciente.

Segundo Cabette (2009, p. 23):

A eutanásia ativa direta é a que tem em mira principalmente a diminuição do lapso temporal de vida do enfermo por meio de “atos positivos” que o auxiliam a morrer. Já a eutanásia ativa indireta destina-se a duas finalidades: diminuir o sofrimento do paciente e concomitantemente reduzir seu tempo de vida, sendo tal redução um efeito do fim principal, que é, na verdade, diminuir o sofrimento do doente.

3 MODALIDADES DE EUTANÁSIA

Eutanásia é um termo bastante conhecido nos dias de hoje. Todavia, nas últimas décadas, especialmente a partir da metade do século XX, termos novos surgiram. São eles: ortotanásia, distanásia, suicídio assistido e mistanásia.

3.1 ORTOTANÁSIA

A ortotanásia possibilita ao ser humano a morrer dignamente, o que humaniza o processo de morte. Ortotanásia é o comportamento do médico que, frente a uma morte iminente inevitável, suspende a realização de atos para prolongar a vida do paciente que o levariam a um tratamento inútil e a um sofrimento desnecessário, e passa a emprestar-lhe os cuidados paliativos adequados para que venha a falecer com dignidade. É necessário, para tal ato, o consentimento do paciente ou, se impossibilitado, de seus familiares. Portanto, nas situações que demandam a ortotanásia, a vida não pode mais ser preservada, em razão da inevitável e iminente morte.

Luiz Regis Prado (2008, p. 69) defende o seguinte conceito da ortotanásia: “O termo ortotanásia indica a morte certa, justa, em seu momento oportuno. Destarte, corresponde à supressão de cuidados de reanimação em pacientes em estado de coma profundo e irreversível, em estado terminal ou vegetativo”.

Para Moraes (2005, p. 112):

O ordenamento jurídico-constitucional não autoriza, portanto, nenhuma das espécies de eutanásia, quais sejam, a ativa ou passiva (ortotanásia). Enquanto a primeira configura o direito subjetivo de exigir de terceiros, inclusive do próprio Estado, a provocação de morte, para atenuar sofrimentos (morte doce ou homicídio por piedade), a segunda é o direito de opor-se ao prolongamento artificial da própria vida, por meio de artifícios médicos, seja em caso de doenças incuráveis e terríveis, seja em caso de acidentes gravíssimos (direito à morte digna).

Se a morte for entendida como um processo natural e final da vida e não como um fracasso, esse método será concebido pautado no respeito à morte digna, o que possibilitará a humanização do processo de morte. A finalidade da intervenção médica é justamente para haver a preservação da dignidade humana, dessa maneira, o paciente terá garantido o direito à morte boa, aquela resultante de uma combinação de princípios morais, religiosos e terapêuticos, ao seu tempo e com respeito aos seus valores.

3.2 DISTANÁSIA

Se a ortotanásia possibilita a morte digna, a distanásia, ao contrário desta, leva ao tratamento desumano. Apesar de não existir uma definição absoluta para a distanásia, ela se caracteriza pela adoção de medidas terapêuticas excessivas e que não direcionam para a cura, mas para o sofrimento do paciente.

Distanásia (do grego, dys, mau, anômalo, e thanatus, morte) refere-se ao prolongamento do curso natural da morte – e não da vida – por todos os meios existentes, apesar de aquela ser inevitável, sem ponderar os benefícios ou prejuízos (sofrimento) que podem advir ao paciente. (PRADO, 2008, p. 69).

O médico adota medidas fúteis e desproporcionais que configuram tratamento desumano e degradante, por permitir o prolongamento da vida exclusivamente em termos quantitativos e não qualitativos. É, portanto, um procedimento que ofende a dignidade da pessoa humana. A prática da distanásia deve ser compreendida como conduta vedada pela Constituição.

No entendimento da doutrinadora jurídica Maria Helena Diniz a distanásia: “Trata-se do prolongamento exagerado da morte de um paciente terminal ou tratamento inútil. Não visa prolongar a vida, mas sim o processo de morte [...]” (DINIZ, 2006, p. 399)

3.3 SUICÍDIO ASSISTIDO

O suicídio assistido é também conhecido como autoeutanásia ou suicídio eutanásico, é o comportamento em que o próprio indivíduo dá fim a sua vida sem a intervenção direta de terceiro na conduta que o matará, mesmo se essa outra pessoa, esteja por motivos humanitários, participando, prestando assistência moral ou material para a realização do ato. Tal comportamento é diferente do suicídio genérico, em virtude de sua motivação.

Segundo Maria Helena Diniz (2006, p. 381) é a hipótese em que a morte advém de ato praticado pelo próprio paciente, orientado ou auxiliado por terceiro ou por médico.

Matilde Carone Slaibi Conti (2004, p. 148) aborda esse tema:

Entende-se como suicídio a ação mediante a qual uma pessoa se inflige a morte, por ato ou omissão de alguma coisa que conserve a vida. Tais atos ou missões devem ser intencionais.

[...]

Suicídio assistido é a busca da morte advinda de ato praticado pelo próprio paciente, orientado ou auxiliado por terceiros ou médico.

Dessa maneira, não há como confundir o suicídio assistido com a eutanásia, pois nesta a pessoa diversa quem executará a ação ou omissão que será a causa do evento morte, já naquela, a conduta capaz de gerar a morte é praticada pela própria pessoa que vem a falecer.

Da mesma forma que a eutanásia, se for legalizado o suicídio assistido deverá ter tipo próprio na lei. Seria, portanto, o suicídio assistido uma exceção ao suicídio, assim como a eutanásia uma exceção ao homicídio. Sendo os dois previstos de forma autônoma em artigo de lei.

3.4 MISTANÁSIA OU EUTANÁSIA SOCIAL

A mistanásia ou eutanásia social é a morte do miserável, fora e antes de seu tempo, que nada tem de boa ou indolor. De acordo com Leonard Martin, são três as situações caracterizadoras da mistanásia:

[...] Primeiro, a grande massa de doentes e deficientes que, por motivos políticos, sociais e econômicos, não chega a ser paciente, que não consegue ingressar efetivamente no sistema de atendimento médico; segundo, os doentes que conseguem ser pacientes para, em seguida, se tornar vítimas de erro médico; e, terceiro, os pacientes que acabam sendo vítimas de má prática por motivos econômicos, científicos ou sociopolíticos [...] (MARTIN, 1998, p. 172).

Compreende-se que a mistanásia decorre de falhas do sistema de saúde, por motivos sociais, políticos e econômicos.

4 EUTANÁSIA E SEUS ASPECTOS JURÍDICOS PENAI

A constituição Federal não estabeleceu tratamento jurídico para a eutanásia, pois não é seu papel estabelecer as condutas consideradas criminosas, todavia, protege a vida humana e sua dignidade. A legislação penal, por sua vez, não apresenta específica para eutanásia em seu Código Penal.

Entretanto, na Parte Especial do Código Penal, na exposição de motivos, ao cuidar do homicídio com diminuição de pena, também conhecido como homicídio privilegiado, tem como exemplo o homicídio praticado por motivo de relevante valor

moral, o homicídio eutanásico, que é aquele movido pela compaixão ante o irremediável sofrimento da vítima. Artigo 121 § 1º, Código Penal:

Homicídio simples:

Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

Caso de diminuição de pena

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

Sobre o §1º do artigo 121 Mirabete (2010, p. 34) afirma:

O segundo caso é o homicídio praticado por relevante valor *moral*, que diz respeito aos interesses individuais, particulares, do agente, entre eles os sentimentos de piedade e compaixão. Assim, o autor do homicídio praticado com o intuito de livrar um doente, irremediavelmente perdido, dos sofrimentos que o atormentam (eutanásia) goza do privilégio da atenuação da pena. O Código Penal Brasileiro não reconhece a impunibilidade do homicídio eutanásico, haja ou não o consentimento do ofendido, mas, em consideração ao motivo, de relevante valor moral, permite a minoração da pena. É punível a eutanásia propriamente dita (ação ou omissão do sujeito ativo que, por sua natureza ou intenção, causa a morte, por ação ou omissão, com a finalidade de evitar a dor) e mesmo a ortotanásia (emprego de remédios paliativos, acompanhamento médico sem procedimento de cura etc.), mas discute-se a possibilidade de não se falar em homicídio quando se interrompe uma vida mantida artificialmente por meio de aparelhos. Já no anteprojeto da parte especial do Código, de 1984, no §3º do art. 121, pela primeira vez no país se previa a isenção de pena à conduta eutanásica do ‘médico que, com o consentimento da vítima, ou, na impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge ou irmão, para eliminar-lhe o sofrimento, antecipa morte iminente e inevitável, atestada por outro médico’. O projeto foi abandonado e, em comissões posteriores, formadas para reformar a Parte Especial, não se chegou a um consenso a respeito do assunto. Em muitos países, aliás, discute-se a legalização da eutanásia, tendo ela sido aprovada na Holanda.

O valor moral, no que refere o sofrimento irremediável da vítima é a principal característica desta modalidade de homicídio.

No âmbito jurídico, a eutanásia, ativa e passiva, é tida como conduta criminosa. Todavia, a questão está longe de ser resolvida. Diante do direito à morte digna, no nosso entender garantido constitucionalmente, outras situações não abarcadas pela ortotanásia,

e que configuram eutanásia ativa ou passiva, podem encontrar sustentação na Constituição Federal, como, por exemplo, nos casos de estado vegetativo irreversível.

Resolução nº. 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina (CFM), não trata a ortotanásia como ilícito penal, mas dispõe no art. 41 do Código de Ética Médica (aprovado pela Resolução 1.931/2009, do Conselho Federal de Medicina) a caracterização da ortotanásia como procedimento ético: É vedado ao médico: “Art. 41: Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.”

Nos casos de ortotanásia não há o dever de agir do médico, em virtude do respeito à dignidade da pessoa humana. Apesar de o médico ter o dever de assistir o paciente, não terá o poder de salvá-lo, razão pela qual carecerá de capacidade de agir exigida nos crimes omissivos impróprios. Não há qualquer finalidade em submeter o paciente a um prolongamento da vida diante da iminência e inevitabilidade da morte, fundamentalmente porque o meio utilizado não se mostra adequado, porquanto impõe tratamento desumano e degradante e, conseqüentemente, contrário à dignidade do paciente.

Na ortotanásia, a morte é iminente e inevitável. Ocorreria ainda que o paciente não estivesse acompanhado de um médico. Mas estando este presente e havendo medidas ao seu alcance que possam dar ao paciente mais quantidade de vida, é claro que a morte não ocorreria naquele momento, mas sim em oportunidade futura.

Na ortotanásia, o médico tem a possibilidade física de agir e os meios disponíveis para adotar a conduta que prolongará a vida do seu paciente.

Todavia, faltarão ao médico a capacidade de motivação, já que a dignidade da pessoa humana impede transformar esse doente em mero objeto, submetendo-o a um tratamento fútil para lhe dar mais quantidade de vida, razão pela qual esse meio não poderá ser entendido como adequado para prolongar sua vida.

Não há, portanto, na ortotanásia o crime omissivo impróprio. Dessa forma, é clara a licitude da ortotanásia, posto que embora o médico deva assistir o seu paciente, não tem efetivamente o poder de salvá-lo. Nota-se que é necessária a indispensável capacidade de agir, sendo requisito dos crimes omissivos impróprios, não havendo qualquer finalidade em simplesmente prolongar a sua vida quando a morte for iminente

e inevitável, especialmente porque o meio utilizado não se mostra adequado por atentar contra a dignidade dessa paciente, por meio de tratamento desumano e degradante.

Para que haja efetivamente uma situação ortotanásica, e que esteja ausente o dever do médico de agir, é indispensável a presença de alguns requisitos: a vida do paciente deve estar em perigo, sendo a morte inevitável e iminente; a existência do consentimento do paciente ou de seus familiares, na supressão ou interrupção do tratamento e na sua conversão em cuidados paliativos, propiciando um completo estado de bem-estar; e a atuação do médico e demais profissionais da saúde sempre visando ao bem do paciente, razão pela qual não poderá deixar de ampará-lo, prestando-lhe os cuidados paliativos.

Quanto à eutanásia ativa direta e passiva, grande parte da doutrina penal brasileira entende tratar-se de homicídio com diminuição de pena. O autor da eutanásia deverá ter sua pena diminuída por estar impelido por relevante valor moral em face de sua compaixão ou piedade ante o irremediável sofrimento da vítima.

A prática da eutanásia ativa direta ou passiva encontra-se amparada na causa especial de diminuição de pena, prevista no artigo 121, § 1º, do Código Penal, posto que o autor da ação ou omissão estivesse dando causa à eliminação da vida do paciente impelido por motivo de compaixão, para acabar com suas dores e sofrimentos.

Como consequência na esfera penal, a eutanásia ativa direta e a eutanásia passiva são condutas criminosas, já que sem a ação ou omissão do autor do fato a vida não seria eliminada. Aperfeiçoado está o tipo penal “matar alguém”.

Verifica-se que no crime de homicídio, tipificado no artigo 121 do Código penal, o elemento objetivo do tipo é a conduta de matar alguém, apenada com reclusão, de seis a vinte anos. Portanto, o comportamento incriminado é eliminar a vida da pessoa humana.

Trata-se de crime comissivo, razão pela qual exige para sua consecução uma ação executada pelo agente. Excepcionalmente, poderá ser praticado mediante um comportamento omissivo, desde que presente o dever legal de agir dos crimes omissivos impróprios, também conhecidos como comissivos por omissão, previstos na legislação penal pátria, no artigo 13, §2º, do Código Penal.

Essa discussão se faz importante porque as condutas para colocar termo à vida de um paciente gravemente enfermo ou com uma doença incurável, cujas dores e sofrimentos sejam intensos, podem ser positivas ou negativas. Assim, na eutanásia ativa, seja ela direta ou indireta, há uma ação, enquanto na eutanásia passiva o comportamento é omissivo.

Porém, independentemente disso, a doutrina brasileira entende que o médico sempre responderá como se tivesse atuado de forma positiva, ainda que seu comportamento seja negativo em face de sua posição de garantidor do bem jurídico, vida humana. Tal não ocorre com as demais pessoas que possam por algum motivo estar envolvidas, como familiares, amigo e demais profissionais, cuja conduta omissiva somente será relevante se, na hipótese em concreto, tiverem por algum motivo se colocado na posição de garante de outra pessoa.

Situação diversa é a da eutanásia ativa indireta, cuja consequência jurídica merece outra resposta de nossa legislação penal, razão pela qual sua prática não merece qualquer reprovação. Como já mencionado, na eutanásia ativa indireta a utilização de fármacos necessários para aliviar o sofrimento do paciente acaba por catalisar a sua morte. Porém, não se pode exigir do médico outra atitude, já que, em face do princípio bioético da beneficência, deve-se fazer o bem ao seu paciente. É desumano e degradante permitir que alguém seja submetido a intenso sofrimento quando existem meios que lhe possibilitam ter o mínimo de dignidade.

Com relação à eutanásia ativa indireta, a ação do médico não é culpável, posto que amparada pela excludente da inexigibilidade de conduta diversa. A realização da eutanásia ativa indireta é única conduta, naquelas circunstâncias, capaz de preservar o respeito à dignidade da pessoa humana.

Não há que se falar que a eutanásia ativa indireta mereceria a mesma resposta penal da eutanásia ativa direta e da passiva, pois, nelas, é possível minorar o sofrimento do doente com analgésicos, sem que necessariamente ocorra a antecipação da morte do paciente, exigindo-se ainda que a direção final dos trabalhos seja a promoção da saúde do paciente que, como visto, não é apenas a ausência de doença, mas sim o completo bem-estar físico, psíquico social e espiritual.

Ademais, na eutanásia ativa indireta, o ato principal é o alívio da dor insuportável, enquanto o efeito secundário será a morte do paciente. Na eutanásia ativa direta e na eutanásia passiva é o oposto, já que o efeito principal é negativo, enquanto o secundário é positivo, uma vez que o paciente será morto para que seu sofrimento seja aliviado.

Quanto à distanásia, entendemos que se trata de conduta ilícita, em razão de a Constituição Federal vedar em seu artigo 5º inciso III, qualquer forma de tratamento desumano e degradante. A tutela da vida digna pressupõe a sua garantia em todos os momentos da existência humana, inclusive no processo de morte. Trata-se de conduta que não deve ser praticada pelos médicos, sob pena de infligir tratamento desumano e degradante ao paciente.

Segundo Débora Gozzo e Wilson Ligiera (2012, p. 25):

A obstinação terapêutica e o tratamento fútil estão associados à distanásia. Alguns autores tratam-nos, inclusive, como sinônimos. A primeira consiste no comportamento médico de combater a morte de todas as formas, como se fosse possível curar o paciente, em uma luta desenfreada e irracional, sem que se tenha em conta os padecimentos e os custos humanos gerados. O segundo refere-se ao emprego de técnicas e métodos extraordinários e desproporcionais de tratamento, incapazes de ensejar a melhora ou a cura, mas hábeis a prolongar a vida, ainda que agravando sofrimentos, de forma tal que os benefícios previsíveis são muito inferiores aos danos causados.

Resta verificar, o enquadramento legal da participação no suicídio eutanásico. Inicialmente, para que se possa falar em suicídio assistido, é indispensável a participação de um terceiro, mínima que seja, sob pena de se estar diante de simples homicídio por motivos eutanásicos. No suicídio assistido, o paciente é apenas assistido em sua hora final, executando ele próprio a conduta que o levará a morte.

Toda pessoa que induzir, instigar ou auxiliar outra a praticar o suicídio responderá pelo crime previsto no artigo 122 do Código Penal, cujo preceito secundário prevê pena de dois a seis anos se o suicídio se consumar, ou de uma a três anos se resultar em lesão corporal de natureza grave.

Art. 122 do Código Penal:

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

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

No suicídio assistido, a participação do terceiro, em regra, está ligada ao auxílio prestado pelo terceiro, para que a vítima consiga se manter, fornecendo os meios materiais ou mais. É possível, excepcionalmente, que a conduta se enquadre na indução ou instigação.

Pra que se possa diferenciar corretamente o crime de homicídio eutanásico do crime de suicídio assistido, é importante verificar quem praticou a conduta pertencente à execução desse crime. Embora a motivação para a prática dos crimes seja a mesma, compaixão ao próximo, irá se tratar do crime tipificado no artigo 122 do Código Penal se o ato que der causa à morte for praticado pela própria vítima; porém, irá se tratar de delito do artigo 121 do Código penal, sempre que terceiro praticar a conduta causadora executiva da morte.

Cumpra por fim, esclarecer que, diversamente do homicídio, para crime de suicídio assistido, o legislador não previu qualquer causa especial de diminuição de pena, ainda que praticado o comportamento proibido como um ato de indulgência ou de amor ao próximo ou, nas palavras da lei, por motivo de relevante valor social ou moral. Incidirá na hipótese apenas a atenuante genérica do artigo 65, inciso III, alínea “a”, do Código Penal, que não é capaz de reduzir a pena abaixo do mínimo legal, conforme dispõe a súmula nº 231, do Supremo Tribunal de Justiça.

5 EUTANÁSIA NO DIREITO COMPARADO

Na grande maioria dos países a eutanásia tem sido considerada, com certas nuances, crime contra a vida.

Alguns países preveem penas menores para o homicídio quando há a motivação humanitária do ato e alguns admitem a eutanásia passiva e a eutanásia ativa indireta.

Segundo lições de Miranda (2009, p. 435), todavia, somente três países legalizaram a eutanásia ativa: Holanda, Bélgica e Luxemburgo. Sendo os dois primeiros em 2002 e o terceiro em 2009. Esses países estabelecem requisitos expressos e específicos em suas respectivas legislações para a prática legal da eutanásia pelos médicos.

No dia 1º de abril de 2002, foi legalizada a eutanásia na Holanda, com a promulgação da “Lei sobre a Cessação da Vida a Pedido”. Também foi legalizado o suicídio assistido. De acordo com o artigo 20, “a”, 2, do Código Penal Holandês, a eutanásia praticada pelo médico não será considerada delito se forem atendidos os requisitos de cuidados adequados estabelecidos pelo artigo 2º da mesma lei, e se o médico notificar o patologista municipal sobre esse ato.

6 EUTANÁSIA E A BIOÉTICA

Bioética é o termo derivado da fusão de vocábulos de origem grega. Bio significa vida e ethos significa ética. Sendo assim, o termo significa ética da vida. Ela pode ser compreendida como ramo da filosofia ética que busca encontrar as respostas da ética tradicional para os problemas contemporâneos surgidos em virtude dos novos descobrimentos das ciências médicas e biológicas e da tecnologia a elas aliada e que interferem na vida humana.

Busca encontrar regras éticas que estabeleçam, nessa nova realidade, o respeito incondicional ao ser humano e à sua dignidade. A nova realidade contemporânea, contudo, não demanda um novo tipo de ética. Não se buscam novos princípios para atender a novas demandas sociais. O que realmente se busca é aplicar os princípios éticos às novas situações.

Na atualidade, a bioética visa a regulamentar as relações entre as ciências que cuidam da vida e as implicações éticas decorrentes dessa realidade, com o intuito de proteger o ser humano, estabelecendo parâmetros para o gozo de uma vida digna e com qualidade.

Segundo Maria Helena Diniz (2011, p.11), a bioética é:

Um conjunto de reflexões filosóficas e morais sobre a vida em geral e sobre as práticas médicas em particular. Para tanto abarcaria pesquisas multidisciplinares, envolvendo-se na área antropológica, filosófica, teológica, sociológica, genética, médica, biológica, psicológica, ecológica, jurídica, política, etc., para solucionar problemas individuais e coletivos derivados da biologia molecular, da embriologia, da engenharia genética, da medicina, da biotecnologia etc., decidindo sobre a vida, a morte, a saúde, a identidade ou a integridade física e psíquica, procurando analisar eticamente aqueles problemas, para que a biossegurança e o direito possam estabelecer limites à biotecnociência, impedir quaisquer abusos e proteger os direitos fundamentais das pessoas e das futuras gerações. A bioética consistiria ainda no estudo da moralidade da conduta humana na área

das ciências da vida, procurando averiguar o que seria lícito ou científica e tecnicamente possível.

O principal fundamento da bioética é o respeito ao ser humano e à sua dignidade. A dignidade pertence à condição humana e, deve ser respeitada e protegida. Não é algo concedido à pessoa humana, pois já lhe pertence de forma inata. O ser humano, dada exclusivamente sua condição humana e independentemente de qualquer outra circunstância, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e tutelados pelo Estado, assim como respeitados pela sociedade.

A bioética alicerça-se no respeito à dignidade da pessoa humana e é regida pela aplicação de princípios, são eles: o da beneficência, o da não maleficência, o da autonomia e o da justiça.

Para Maria Helena Diniz (2011, p. 14) princípio da beneficência preceitua o dever ético de o profissional da saúde promover primeiramente o bem do paciente. O princípio determina que a atuação dos profissionais da saúde seja com o objetivo de garantir as máximas vantagens e os mínimos riscos. Visa não causar dano e maximizar os benefícios. Dessa forma, minimizando os possíveis riscos.

O princípio da maleficência é um desdobramento do princípio da beneficência. Ele determina o dever de não causar dano intencional ao paciente e estabelece o dever do médico de abster-se de prejudicar o enfermo.

O princípio da autonomia estabelece o respeito à liberdade de escolha do paciente. Determina o respeito à capacidade de gerir e conduzir a própria vida corporal e mental, por meio de escolhas e opções. Todo ser humano deve ser respeitado no comando e na autoridade sobre a própria vida.

Com esse novo enfoque da relação médico-paciente, o princípio referido determina que os profissionais da saúde respeitem os anseios e as pretensões do paciente e de seus representantes. Respeitando, assim, os valores do paciente. O princípio da autonomia também tutela os interesses daqueles cuja liberdade de vontade é reduzida. Nesse caso, deve-se respeitar a vontade de seu representante legal.

De acordo com Matilde Carone Slaibi Conti (2001, p. 19): “Nas situações em que o paciente tem condições de exercer seu livre-arbítrio – isto é: pensar, escolher,

decidir e agir de modo livre e independente, ele tem o direito de consentir ou não, nas decisões médicas que lhes dizem respeito”.

Ensina Maria Helena Diniz (2011, p. 15), que o princípio da justiça, estabelece a garantia da distribuição justa, equitativa e universal dos benefícios dos serviços da saúde. Deve ser dado tratamento adequado à condição de cada paciente, especificadamente. Para que esse princípio seja respeitado deverá existir uma relação equilibrada entre os benefícios e os encargos proporcionados pelos serviços referentes à área da saúde ao paciente, levando em consideração que não haverá justiça se alguns grupos enfrentarem todos os prejuízos e outros receberem todas as vantagens.

Uma das mais fundamentais discussões relativas à bioética é a legitimidade ética da ortotanásia. A bioética contribui para alcançar soluções éticas e compatíveis com os fundamentos do Estado de Democrático de Direito brasileiro. Isso porque a bioética fundamenta-se no respeito integral ao ser humano e à sua vida, à sua dignidade e à sua liberdade, segundos os postulados dos Direitos Humanos.

7 DIREITO À VIDA

O maior bem jurídico de um ser humano é a vida. Somente a partir dela que o ser humano passa a ser titular de direitos fundamentais. A Constituição Federal tutela a vida como direito fundamental no caput do artigo 5º: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida (...)”(BRASIL, 1988).

A Convenção Americana de Direito Humanos, protege a vida desde a concepção. De acordo com o artigo 4º, inciso I, “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

A proteção constitucional da vida humana, não aborda apenas a vida biológica, e sim a proteção à vida digna no sentido amplo. Nas palavras de Silva (2009, p.66):

[...] integra-se de elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais). A ‘vida é intimidade conosco mesmo, saber-se e dar-se conta de si mesma, um assistir a si mesma e um tomar posição de si mesma’. Por isso é que ela constitui a fonte primária de todos os outros bens jurídicos. De nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais – como igualdade, a intimidade, a

liberdade, o bem-estar -, se não erigisse a vida humana num desses direitos.

A doutrinadora Maria Helena Diniz (2002, p.21) esclarece a respeito dessa proteção constitucional à vida humana:

Se assim é, a vida humana deve ser protegida contra tudo e contra todos, pois é objeto de direito personalíssimo. O respeito a ela e aos demais bens ou direitos correlatos decorrem de um dever absoluto *erga omnes*, por sua própria natureza ao qual ninguém é lícito desobedecer. Ainda que não houvesse tutela constitucional ao direito a vida, que, por ser decorrente de norma de direito material, é deduzida da natureza do ser humano, legitimada aquela imposição *erga omnes*, porque o direito natural é o fundamento do dever-se, ou melhor, do direito positivo, uma vez que se baseia num consenso, cuja expressão máxima é a Declaração Universal dos direitos do homem, fruto concebido pela consciência coletiva da humanidade civilizada.

O direito à vida é inviolável. O Estado tem a obrigação de preservar a vida humana. Dessa forma, o Estado tem o dever de usar todos os métodos possíveis para prolongar a vida do paciente, até mesmo contra a vontade deste.

A eutanásia é vista como um ato ilícito, mesmo que seja praticado para extinguir o sofrimento de alguém, ainda que pedido expressamente por este. Assim, nem o paciente, o médico e os familiares têm a faculdade de requerer a morte.

O médico deve, dessa maneira, respeitar a vida do paciente. Assim, é contrário à Constituição Federal antecipar a vida deste, ainda que a seu pedido ou de seu responsável legal.

Mesmo o ordenamento jurídico constitucional brasileiro protegendo a vida como um direito fundamental, cabe à legislação infraconstitucional regulamentar essa proteção, sempre respeitando a própria Constituição.

A legislação penal, por exemplo, tipifica os crimes contra a vida e, ao mesmo tempo, permite a incidência das causas de exclusão da ilicitude.

Essa regulamentação infraconstitucional comprova que os direitos fundamentais, em situação de colisão, podem ser restringidos, como exemplo, o direito à vida, em determinadas situações como, causas de excludente da ilicitude, como a legítima defesa e o estado de necessidade.

Portanto, o bem jurídico vida, em situações específicas e excepcionais, não prevalece quando há colisão com outros bens constitucionalmente protegidos.

No âmbito criminal, a legislação penal cuida dos crimes contra a vida e de todos aqueles que indiretamente atentam contra ela. A inviolabilidade do direito à vida está prevista em várias figuras penais.

O Código Penal tipifica os crimes dolosos contra a vida, que são: homicídio, induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, infanticídio e aborto. A proteção à vida também está em outras figuras da legislação penal, onde estão protegidos outros bens jurídicos além da vida.

Entende-se, portanto, que ao indivíduo é garantido o direito à vida e não o direito sobre esta. Ao Estado cabe garantir e assegurar o direito à vida, o que se leva, desta forma, a proibição da eutanásia, visto que esta é uma morte provocada e vai de encontro ao direito que nos é ou deveria ser assegurado pelo Estado.

8 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade é qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano, porque pertence à condição humana. É irrenunciável e inalienável. Trata-se de um atributo de todo ser humano. Este, dada exclusivamente sua condição humana, é dotado de dignidade, e independentemente de qualquer outra circunstância, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e tutelados pelo Estado, assim como respeitados pela sociedade.

A presente Constituição Federal Brasileira garante ao homem o direito de preservar sua vida com dignidade; este direito considerado um princípio fundamental para a vida em sociedade. Assim, a noção de dignidade da pessoa humana funde-se com a definição material de Constituição, já que a preocupação com o ser humano consagrou-se como uma das finalidades constitucionais, nossa Carta Magna reza em seu artigo 1º:

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; (BRASIL, 1988)

Com a Constituição da República de 1988 o princípio da dignidade da pessoa humana foi apresentado como categoria de norma fundamental de todos os dispositivos normativos, inclusive no que se refere à efetivação dos direitos e garantias

fundamentais. Não é apenas um princípio constitucional, mas sim norma orientadora de todo o Estado de Direito. Como menciona Moraes (2003, p.60):

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

O direito veio como mecanismo hábil à regulamentação das relações sociais, ditadas por normas de conduta. O direito representa a regulamentação dos atos do homem. Tal modo encontra atrelada a noção de dignidade da pessoa humana ao direito, mesmo diante a inexistência de norma expressa nesse sentido.

De acordo com Rizzato (2009, p. 48): “A dignidade humana é intangível. Respeitá-la, e protegê-la é obrigação de todo o poder público”. Dessa forma, todo humano deve ter por base sua vida como digna. Entretanto, a questão ganha contornos especiais quando se trata da disposição da vida, a fim de defender uma morte com dignidade. A possibilidade de legalização da prática da Eutanásia traz à tona um confronto de grande relevância. Confronto este, que discute temas tão delicados, até mesmo porque solução pacífica até o momento inexistente.

9 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O DIREITO À MORTE DIGNA

A principal discussão relacionada à eutanásia, à ortotanásia e suas modalidades refere-se ao direito à morte digna. A dúvida é se diante da proteção da vida digna pela Constituição, haveria um último direito do ser humano, que seria o direito à morte digna.

Para análise, tanto jurídica, quanto ética dessa questão, são necessárias algumas reflexões.

A princípio, a resposta a essa dúvida não pode ser encontrada exclusivamente na Legislação Penal, mas sim, na Constituição. E esta se dá com a análise dos princípios constitucionais referentes à interpretação e a aplicação dos direitos fundamentais no sistema jurídico brasileiro, em especial, o princípio da proporcionalidade. Ao Código

Penal cabe regulamentar o que já foi estabelecido segundo a hermenêutica constitucional.

De acordo com Barroso (2004, p. 370), em segundo lugar, a inviolabilidade do direito à vida, prevista na constituição, deve ser compreendida como direito a não ter a vida agredida por qualquer conduta humana de terceiro que tenha por base uma ação ou omissão ilegítima.

Em terceiro lugar, a análise da eutanásia, da ortotanásia e da distanásia deve ter como premissa final o fato de o Estado brasileiro ser laico e, por isso, desvinculado dos valores religiosos. Por ser laico, o Estado brasileiro tutela tanto a liberdade de consciência quanto a de crença, de acordo com, o artigo 5º, inciso VI, da CF, isso significa que a Constituição protege todas as formas de crer.

Em quarto lugar, a proteção constitucional da vida humana garante a todos o direito à morte digna. Se há garantia da vida digna, indaga-se se há, dentre todos os direitos fundamentais, um último direito, ou seja, o direito constitucional à morte digna.

Segundo Maria Helena Diniz (2001, p. 309), o paciente não tem o direito de matar-se ou de solicitar que terceiro o faça, pois a vida é um direito amplamente protegido em nosso ordenamento jurídico, Visto isso, o homem não tem o direito de consentir em sua morte. Dessa forma, também não se pode negar ao enfermo o tratamento necessário, ainda que não seja totalmente eficaz, nem deixar de tratar pacientes em estado de coma ou vegetativo se houver possibilidade de cura, mesmo esta sendo pequena.

Entretanto, pelo princípio da dignidade da pessoa humana, todos devem usufruir de uma vida digna, tendo condições de obter uma vida livre e plena de satisfações, devido aos direitos fundamentais. Sendo assim, quando o homem não tem mais condições de usufruir desses direitos que o Estado tem o dever de lhe proporcionar durante sua vida saudável, este deverá, dar-lhes a condição de optar por uma morte digna.

10 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A colisão de direitos fundamentais é de difícil solução já que são direitos expressos por normas constitucionais com hierarquia e força vinculativa igual.

Princípio da proporcionalidade significa o sistema de interpretação das normas, utilizado pelo legislador, que por meio dos subprincípios, da razoabilidade, adequação e ponderação, deverá escolher por um princípio em relação a outro colidente.

Por adequação percebe-se que devem ser adotadas todas as medidas capazes de se alcançar a finalidade do mandamento que se pretende cumprir. A necessidade exige que o Poder Judiciário, na tomada da decisão final, dê preferência à que produza um menor prejuízo, e que seja a escolha menos onerosa aos cidadãos envolvidos ou à coletividade.

A proporcionalidade também é utilizada como uma forma de ponderação entre dois ou mais princípios constitucionais que estejam em conflito, determinando, em cada caso, qual deve prevalecer sobre o outro. É comum utilizá-la, por exemplo, para resolver conflitos entre o interesse público e os direitos individuais.

Segundo Gilmar Ferreira Mendes (1994, p. 301):

(...) no processo de ponderação desenvolvido para solucionar o conflito de direitos individuais não se deve atribuir primazia absoluta a um ou a outro princípio ou direito. Ao revés, esforça-se o Tribunal para assegurar a aplicação das normas conflitantes, ainda que, no caso concreto, uma delas sofra atenuação.

Dessa forma, o princípio da proporcionalidade ordena que a relação entre o fim que se busca e o meio utilizado seja proporcional, não excessivo. Deve haver uma relação adequada entre eles.

Quando há conflito entre direitos fundamentais, é preciso que ele seja apreciado à luz do princípio da ponderação, em razão do bem ou do valor que se pretende tutelar diante do caso concreto.

Entretanto, é difícil saber o que deve prevalecer quando o caso é a busca pela morte com fundamento em sua dignidade, que está atingida. A polêmica do assunto surge com a dúvida sobre qual direito deve prevalecer. O direito à vida ou o princípio da dignidade da pessoa humana.

A resposta para a indagação do conflito, apenas será resolvida diante do caso concreto apresentado, de uma hipótese fática e real. Dessa maneira, poderá se dizer qual prevalecerá.

11 CONCLUSÃO

A discussão sobre o direito de morrer ainda é muito polêmica não só no Brasil como na grande maioria dos países que se propõem a enfrentá-la. A posição ideal e procurada é no sentido da existência do direito à morte digna e consequentemente da sua prevalência quando em situação de colisão com a preservação da vida exclusivamente quantitativa, uma vez que a Constituição Federal de 1988 sinaliza pelo respeito à dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Dessa maneira, se conclui que a ortotanásia é conduta lícita e resguardada pela Constituição de 1988, assim como pela bioética, porquanto embora o médico deva assistir o seu paciente, não tem efetivamente o poder de salvá-lo. Não há qualquer finalidade em prolongar a vida do paciente quando a morte for iminente e inevitável, uma vez que o meio utilizado não se mostra adequado por atentar contra a dignidade desse paciente, mediante um tratamento desumano e degradante.

Conclui-se, também, que a distanásia é conduta que afronta a Constituição e os princípios e o fundamento da bioética, por conduzir ao sofrimento físico e moral, que de nada serve ao paciente.

Compreende-se que, na eutanásia ativa indireta, a conduta está aparada pelo Direito, já que não se busca a morte do paciente, mas sim aliviar a dor ou o sofrimento, se utilizando de fármacos que, todavia, apresentam como efeito secundário certo ou necessário a abreviação da vida do paciente, causando, portanto, o evento morte. A ação do médico não é culpável nesse procedimento, pois é amparada pela excludente da inexigibilidade de conduta diversa, que configura causa de exclusão da culpabilidade. O ato principal do médico é o alívio da dor que se encontra insuportável, enquanto o efeito secundário será a morte.

Sobre a eutanásia ativa direta e a passiva, compreendemos que são condutas ilícitas e que configuram, de acordo com a legislação penal em vigor, homicídio com

causa especial de diminuição de pena, previsto no parágrafo 1º do artigo 121, do Código Penal.

A prática da eutanásia ativa direta ou passiva se encontra amparada nessa causa especial de diminuição de pena, porque o autor da ação ou omissão dá causa à eliminação da vida do paciente impelido pela compaixão, já que visa a acabar com suas dores e seus sofrimentos.

Todavia, há realidades que merecem maior discussão pelo Direito, pela Medicina e pela sociedade, como, por exemplo, os casos de estado vegetativo irreversível.

Apesar de a Constituição Federal sinalizar no sentido do direito à morte digna, a legislação penal ainda não foi alterada.

Portanto, o enfrentamento dessa questão deve pautar-se pelos princípios éticos que regem o Estado Democrático de Direito brasileiro e a Bioética, visando sempre o respeito à dignidade da pessoa humana e aos direitos humanos. Seria fundamental, também, a regulamentação infraconstitucional para que se consolide a segurança jurídica no trato da eutanásia, da ortotanásia e da distanásia.

11 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Penal** . 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição Federal do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

CONTI, Matilde Carone Slaibi. **Biodireito – A norma da vida**. Editora Forense, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FABRIZ, Daury César. **Bioética e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

GRECO, Rogério, **Curso de Direito Penal - Parte Especial**, vol. II, 11ª ed. Niterói: Impetus, 2014.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS, Monica Mayorga. **Aspectos jurídico-penais da eutanásia a luz da legislação brasileira**. 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 31, n. 22, abr./jun. 1994.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. Vol. I – 26ª Ed. 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. **Princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade** em: http://www.lfg.com.br/public_html/admin/story.php?mode=edit&sid=20110113103607441

PESSINI, Leo. **Eutanásia: por que abreviar a vida**. São Paulo: Loyola; 2004.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. Vol. II 6. ed. São Paulo: RT, 2008.

SEGRÉCCIA, Elio, **Manual de Bioética: fundamento e ética biomédica**. São Paulo: Loyola, 2006.