

MARGARIDA MARIA FEITOZA ALVES DE CARVALHO

EUTANÁSIA:
Possibilidade Jurídica na Doutrina Pátria

CURSO DE DIREITO – UniEVANGÉLICA

2018

MARGARIDA MARIA FEITOZA ALVES DE CARVALHO

EUTANÁSIA:
Possibilidade Jurídica na Doutrina Pátria

Monografia apresentada ao Núcleo de Trabalho de Curso da UniEvangélica, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Priscilla Santana Silva.

ANÁPOLIS – 2018

MARGARIDA MARIA FEITOZA ALVES DE CARVALHO

EUTANÁSIA:
Possibilidade Jurídica na Doutrina Pátria

Anápolis, _____ de _____ de 2018.

BANCA EXAMINADORA

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, meu marido, meus filhos, meus netos, meus amigos, meus mestres e a todas as pessoas que contribuíram para que este trabalho fosse concluído com sucesso. Agradeço meus pais, não apenas com palavras, mas tentando diariamente ser a melhor pessoa que vocês se esforçaram para que eu fosse. Seus ensinamentos e todo o amor que em vida me deram, vivem dentro do meu coração e fizeram de mim a pessoa que hoje sou. Com muito amor e saudades, agradeço à memória de vocês por tudo o que fizeram por mim, e mesmo ausentes, continuam me ajudando e fazendo parte de minha vida. Em especial, agradeço à professora Mestre Priscilla Santana Silva, por sua disposição e paciência em me orientar no decorrer desta pesquisa, principalmente nos momentos de maior dificuldade. Após estes quase cinco anos, na busca do conhecimento, acabamos descobrindo que nossos melhores mestres não foram os que nos ensinaram as respostas, mas aqueles que nos ensinaram as perguntas. Talvez as respostas que aprendemos se percam ao longo do tempo, talvez não nos lembraremos da mais básica teoria, porém, jamais esqueceremos de quem nos ensinou a questionar, a duvidar, a pensar e a sonhar.

RESUMO

O presente trabalho acadêmico tem por tema a Eutanásia: possibilidade jurídica na doutrina pátria, ato este que visa acelerar a morte de um enfermo em estado terminal. Justifica-se haja vista o fato de ocasionar polêmica no âmbito do direito, devido sua complexidade e controvérsia. O objetivo no qual se embasa a pesquisa é o de averiguar a possibilidade jurídica, segundo a normatização vigente da Eutanásia no Brasil, tendo, para tanto, alguns conceitos e o posicionamento doutrinário em relação ao tema. Com o progresso da tecnologia, inúmeras pessoas foram salvas de suas enfermidades, por outro lado, esta mesma tecnologia, por vezes, escraviza milhares de vidas, ao expô-las a aparelhos que lhe condicionam uma vida sem qualquer expectativa de cura ou reversibilidade. Nesse contexto, propõe-se apresentar a hermenêutica aplicável ao direito à vida, enquanto um direito contraposto ao princípio da dignidade humana e autonomia privada, no instante em que a morte passa a ser algo mais importante e justo do que viver sem dignidade. No Brasil, o tema retrata variadas percepções, o que se permite apresentar várias correntes de pensamentos contrários e favoráveis a ele. O tema foi desenvolvido no sentido de se demonstrar a necessidade de garantia da autonomia do paciente terminal com relação ao fim de sua vida, defendendo-lhe o direito de optar por uma morte digna de acordo com seus valores, crenças ou convicções pessoais. Para logra êxito, o trabalho se utilizou da pesquisa bibliográfica, baseando-se em autores de renome sobre o tema.

Palavras chave: Eutanásia. Possibilidade jurídica.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
CAPÍTULO I – EUTANÁSIA	04
1.1 Conceito	04
1.1.1 Outros procedimentos: interrupção da vida	07
1.1.2 Ortotanásia	07
1.1.3 Distanásia	10
1.1.4 Mistanásia	11
1.2 Motivação	12
CAPÍTULO II – POSSIBILIDADE JURÍDICA	18
2.1 Previsão Constitucional	18
2.1.1 Previsão no Código Penal	21
2.2 A concepção da vida segundo o STF	23
2.2.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI n.3510)	23
2.2.2 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF n. 54)	26
CAPÍTULO III – POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO EM RELAÇÃO A EUTANÁSIA	28
3.1 Posicionamento Desfavorável	28
3.2. Posicionamento Favorável	32
CONCLUSÃO	37
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	39
ANEXOS	

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tem por tema a Eutanásia, que é um procedimento que visa antecipar a morte de um doente incurável, em estado terminal, sem que esse sinta dor ou sofrimento; deve ser praticada por um médico com o consentimento do enfermo ou da sua família, levando-se em conta o caráter benevolente de tal ato; logo, não deve ser realizada arbitrariamente, mas tão somente para cessar um sofrimento insuportável.

Justifica-se a presente pesquisa diante da polêmica que envolve a temática, o que desperta discussões de caráter filosófico, religioso, ético, moral e clínico, sem, contudo, conceber uma linha de pensamento uniforme que elucide a questão da prática de eutanásia, como afronta, ou não, ao direito à vida, ou se, representa um direito a uma morte digna.

O objetivo no qual se embasa a pesquisa é o de averiguar a possibilidade jurídica, segundo a doutrina Pátria, da Eutanásia no Brasil, tendo, para tanto, indagações levantadas e respondidas quanto à problematização do tema, o que se deu em razão das pesquisas realizadas por meio de compilação bibliográfica, bem como jurisprudências e normatização do sistema jurídico brasileiro.

Embora a prática da Eutanásia não esteja elencada de forma objetiva pelo código Penal, aplica-se, atualmente, em tal caso, a tipificação prevista no artigo 21, como uma modalidade de homicídio privilegiado por relevante valor moral, desde que preenchidos os requisitos constitutivos, dentre eles, sentimentos de piedade e compaixão pelo paciente.

Ante o exposto, por uma questão didática, o trabalho estrutura-se em três capítulos. O primeiro capítulo conceitua a Eutanásia e o motivo pelo qual leva as pessoas à tal prática. Num segundo momento, serão apresentados outros procedimentos de interrupção de vida com suas definições e motivação. Por fim, explana-se acerca da Resolução CFM nº 1.805/2006 e a ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público envolvendo o tema.

O segundo capítulo discorre sobre a possibilidade jurídica, partindo da premissa que a Constituição Federal, em seu artigo 5º, faz referência à inviolabilidade do direito à vida, não admitindo forma alguma de agredi-la, por qualquer ação ou omissão considerada ilegítima.

Para a melhor compreensão dos aspectos teóricos que envolvem a normatização do tema, cita-se a compreensão dada acerca do que seria vida, viável, em dois julgamentos, que cuidaram desse tema. O primeiro deles, trata da Concepção de vida segundo o STF, abordando a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI n.3510), conhecida como Lei de Biossegurança, que tem como objetivo curar patologias degenerativas e traumatismos, que podem modificar a qualidade de vida de brasileiros, garantindo o direito à vida com mais dignidade.

O segundo cuida da Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 54, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, que afasta a hipótese de aborto prevista no artigo 124 do Código Penal, quando é feita a interrupção da gravidez de feto anencéfalo - patologia terminal e congênita que impede o desenvolvimento de estruturas cerebrais basilares, impossibilitando totalmente a vida desse feto, seja extrauterina ou intrauterinamente, sendo uma sentença de morte iminente. Todos os dois julgados citados tratam do tema vida e sua proteção constitucional, ao ser compreendida como sendo viável, o que coaduna com a problemática do tema, que envolve a manutenção de uma vida, sem nenhuma perspectiva, o que justifica, em contrapartida, o direito, igualmente a ser assegurado, de uma morte digna.

O terceiro capítulo demonstra com maior amplitude o posicionamento doutrinário desfavorável e o favorável em relação à prática da Eutanásia e apresenta o testamento vital, documento que preserva a autonomia da vontade do paciente.

A pesquisa desenvolvida demonstra a subjetividade do tema que, somente através de muito estudo, discussão, evolução de conceitos e costumes sociais é que se poderá chegar a um ponto em que se permita um tratamento jurídico e amparo legal acerca dessa matéria, motivo pelo qual, adotou-se, como metodologia, a pesquisa bibliográfica, com fundamento em doutrinadores renomados que tratam da temática.

CAPÍTULO I – EUTANÁSIA

Para um estudo da Eutanásia no âmbito do direito, deve-se compreender alguns conceitos e a relação do tema com a evolução das ciências médicas, o avanço da tecnologia e o domínio de práticas paliativas. Nesse contexto analisar-se-á as condutas médicas empregadas em portadores de doenças degenerativas, para que seja oportunizado um posicionamento quanto à ilicitude ou não de tais intervenções e alguns argumentos desfavoráveis e favoráveis relacionados a prática da Eutanásia.

1.1 Conceito

A palavra Eutanásia advém do grego “eu”, que significa bem, mais “thánatos”, que quer dizer morte, traduzida como boa morte, utilizada como uma das formas de acelerar a morte de um doente incurável, sem que esse sinta dor ou sofrimento, tornando-se uma das questões mais complexas da atualidade, sobretudo diante do progresso científico. (ALMEIDA, 2000)

O termo Eutanásia foi criado pelo filósofo Francis Bacon, no século XVII, que defendia métodos desta natureza como tratamento mais adequado para as doenças incuráveis, visando uma morte tranquila, amenizando os sofrimentos causados pela doença, traduzindo-se em uma maneira de abreviar a vida de um indivíduo em estágio terminal, sem possibilidades de cura, quando este desejasse encerrar seu insuportável sofrimento. (CABETTE, 2009)

A Eutanásia consiste em uma intervenção médica em que o profissional interfere e antecipa a morte do paciente que sofre de doença incurável, sendo que a

morte é inevitável ou iminente, porém deve ser levado em consideração o caráter benevolente de tal ato, haja vista que não deve ser realizado arbitrariamente, mas tão somente para cessar um sofrimento insuportável. (MARINELLI, 2017)

O tema Eutanásia traz em seu contexto diversas discussões de cunho filosófico, religioso, ético e médico, assim como a abrangência e a relevância jurídica sem, contudo, conceber uma linha de pensamento uniforme que elucide a questão polêmica se esta prática afronta o direito à vida, garantido pela Constituição da República do Brasil ou, em contraposição ao direito de uma morte digna.

A Eutanásia é um dos temas mais polêmicos enfrentados pela sociedade na atualidade, principalmente diante dos avanços técnico-científicos da área biológica, diante da possibilidade de cura de tantas doenças e alívio de dores que antes eram consideradas intoleráveis, o que leva a se questionar a eficácia e aplicabilidade da Eutanásia.

Entretanto, em países em que o progresso científico vem alterando com significância o agir da medicina tradicionalmente aplicada há, ainda, inúmeros casos registrados em que pessoas acometidas de doenças graves, ou vítimas de acidentes, diante da ausência de perspectiva de cura, despertam para o debate acerca da Eutanásia: reflexão que indica uma indesejável realidade consistente no fato de que nem os profissionais médicos, tampouco os pacientes, encontram-se preparados para lidar com o natural fenômeno da morte.

A Eutanásia não é considerada uma morte natural e se fundamenta em ocasionar a morte por piedade, compaixão. Tal ato gera discussão acerca da legalidade de o indivíduo pretender por fim a sua própria vida recorrendo-se a outra pessoa para tal conduta. Indaga-se a existência de um direito juridicamente tutelado, ou apenas o desejo, a faculdade, que possa ser exigido de maneira coercitiva. Existem dois elementos básicos na caracterização da Eutanásia: a intenção e o efeito da ação. (CARVALHO, 2012)

A evolução da medicina potencializou alternativas para afastar o tormento da morte, pois através dos métodos aprimorados é possível cultivar uma esperança de cura em determinados casos e até mesmo bem-estar através de tratamentos

otimizadores da qualidade de vida.

Os médicos possuem, hoje em dia, todo um aparato tecnológico, capaz de manter com vida, ou sobrevida, por anos a fio, de pessoas que não teriam, em condições normais, quaisquer chances de sobrevivência, suscitando a preocupação de que estas novas tecnologias não sejam utilizadas para o bem-estar do homem, mas sim, apenas para garantir-lhe uma vida mais prolongada, ainda que com grande sofrimento físico e psíquico.

Com o objetivo de se traçar limites a este desenvolvimento tecnológico é que nasce a Bioética, que se ocupa da área das ciências da saúde, ponderando o uso correto destas novas técnicas, buscando soluções às controvérsias atualmente existentes entre a vida e a morte. (ARAUJO, 2010)

O sentido original do vocábulo euthanatos, sugere medidas eutanásicas, quais sejam: o acompanhamento psicológico e afetivo do paciente, cuidados paliativos do sofrimento, controle da dor, podendo-se chegar à interrupção de tratamentos inúteis que só prolongariam a agonia. A intenção da Eutanásia não seria causar a morte e, sim, a maneira de torná-la o menos dolorosa possível. (CABETTE, 2009)

Seja qual for a definição dada à palavra Eutanásia é válido ressaltar que muitos a definem de acordo com suas concepções, ou seja, conforme a sua formação cultural, ética, religiosa, filosófica e jurídica.

Atualmente, a Eutanásia é vetada no Brasil e caso realizada é considerada como crime. As formas de tipificação variam conforme as circunstâncias, sendo que se for praticada por terceiro, seja médico ou familiar, é considerada homicídio privilegiado, atenuando-se a pena de um sexto a um terço diante do relevante valor moral que levou o agente àquela conduta. Vale ressaltar que não é considerado o consentimento da vítima para descaracterizar o crime, até mesmo pela redução da consciência diante do sofrimento. (D'URSO, 2014)

Embora a Eutanásia seja um tema de incidência em todo o mundo, ainda há muito que se debater sobre sua viabilidade e aceitação social. Isso porque

grande parte dos países não aceitam tal prática, pois valorizam como princípio fundamental a vida.

O ponto conflitante está no que diz respeito ao avanço tecnológico da medicina, que criou meios de sobrevivência até então sequer pensados. O grande problema está quanto à qualidade desta vida, que nem sempre é de maneira digna ou consciente.

1.1.1 Outros procedimentos: interrupção da vida

1.1.2 Ortotanásia

A Ortotanásia é definida como uma palavra de origem grega que possui o prefixo orto (correto) e que propõe, portanto, uma morte digna, em seu tempo certo, sem abreviações desnecessárias e sem sofrimentos adicionais, a uma abordagem mais sensível do processo de humanização de alívio das dores. Uma abordagem que não incorre em prolongamentos abusivos da vida, com a aplicação de meios desproporcionados que imporiam nada mais do que sofrimento adicionais ao paciente terminal. (PESSINI, 2008)

O Conselho Federal de Medicina brasileiro editou a Resolução n. 1.805/2006, a qual dispõe sobre o conceito de Ortotanásia, regulamentando sua prática e estabelecendo todos os procedimentos para que seja executada nos casos concretos da relação médico-paciente.

Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal (Res. 1.805/2006 CFM).

Na Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 1.805/2006, o paciente em estado terminal, que não apresenta mais perspectiva de vida, tem seu tratamento limitado pelos médicos, porém os cuidados necessários que amenizassem a dor e o sofrimento são garantidos.

Após sua publicação, essa resolução foi causa de intensos debates no

meio jurídico. Esses debates culminaram com uma ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal contra o Conselho Federal de Medicina, pleiteando a nulidade dessa Resolução ou, alternativamente, a sua alteração a fim de que se definam critérios mais rígidos a serem seguidos pela equipe de saúde para a prática da Ortotanásia.

O Conselho Federal de Medicina se defende informando que a Resolução questionada não trata de Eutanásia, mas de Ortotanásia; que é uma situação em que a morte é evento iminente e inevitável, está ligada a um movimento corrente na comunidade médica mundial denominado Medicina Paliativa, que representa uma possibilidade de dar conforto ao paciente terminal; que a Ortotanásia não é considerada crime no Brasil; e que o direito à boa morte, à morte digna, é decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, consubstanciando um direito fundamental de aplicação imediata.

O poder judiciário, representado na 14ª Vara/DF, em 01/12/2010, proferiu a sentença em que julga improcedente a solicitação do Ministério Público Federal. Decidiu-se que, a propósito do tema veiculado nessa ação civil pública, a qual regulamenta a possibilidade de o médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, não há desacordo com o ordenamento jurídico vigente.

Trata-se, pois, de uma avaliação científica, balizada por critérios técnicos amplamente aceitos, que é conduta ínsita à atividade médica, sendo completo despautério imaginar-se que daí venha a decorrer um verdadeiro 'tribunal de vida ou morte', como parece pretender a inicial. Por tudo isto é que os pedidos deduzidos na presente demanda não devem ser acolhidos. (Fls. 853-867, negritos no original)

Nessa ordem de considerações, pelas quais não entrevejo ilegitimidade alguma na Resolução CFM n. 1.805/2006, é de se rejeitar assim o pedido principal de se reconhecer sua nulidade, bem como o pedido alternativo de sua alteração. Do exposto, revogo a antecipação de tutela anteriormente concedida e JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO. Sem condenação em honorários advocatícios nem custas processuais (art. 18, da Lei, 7.347/85). P.R.I. Brasília, 1º de dezembro de 2010.
ROBERTO LUIS LUCHI DEMO
Juiz Federal Substituto da 14ª Vara/DF

Fica claro, então, que obstinação terapêutica e tratamento fútil, bem como desobstinação terapêutica e ortotanásia, passaram a ser tema mais debatido na

sociedade. Equipe de saúde, comunidade científica e população leiga passam assim a ter maior poder de argumentação e de decisão, além de maior respaldo legal, diante de um assunto tão importante para a saúde como a ortotanásia.

A Resolução 1.931/09 do Conselho Federal de Medicina aprovou o novo Código de Ética Médica vigente até os dias atuais. A esse último código foram incorporadas novas sugestões à classe médica e à sociedade civil que contemplam o diálogo sobre assuntos que antes recebiam pouca atenção.

A disposição XXII do capítulo I, que trata dos princípios fundamentais, sugere que, nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção os cuidados paliativos apropriados.

No artigo 41 do capítulo V, que trata da relação com pacientes e familiares, o Código de Ética Médica declara que está vedado ao médico abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal. No parágrafo único desse artigo, há a ressalva de que, nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou a de seu representante legal.

Ainda no capítulo V, consta no o artigo 22 que é vedado ao médico deixar de obter o consentimento expresso do paciente ou de seu representante legal após esclarecimento sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte. Dessa forma, segundo o Conselho Federal de Medicina, nos casos de emergência médica, em que o paciente tem sua integridade física gravemente atingida causando-lhe o risco de morte iminente, a equipe de saúde pode, na ausência de diretrizes antecipadas expressas ou de representantes legais presentes, agir sem o consentimento do paciente.

Temas como ortotanásia, obstinação terapêutica, cuidados paliativos e consentimento informado passaram à pauta de discussão dos profissionais de saúde com o devido embasamento sobre um código de ética. Equipe de saúde e sociedade tornam-se, assim, mais instruídas sobre seus deveres e seus direitos; mais capazes de tomar uma decisão esclarecida e autônoma sobre os cuidados de fim de vida.

Verifica-se assim que na prática, a aplicação da Ortotanásia deve considerar alguns princípios: a autonomia do paciente terminal em escolher viver ou morrer dignamente; a perversidade de exagerar em tratamento desnecessário que acarrete mais dores e sofrimentos; e na justiça, para aqueles que não são doentes terminais e que possam ter acesso ao tratamento adequado. O prolongamento ou não da vida do paciente em estágio terminal é um direito dele juntamente com seus familiares.

A classificação de Ortotanásia nada mais é do que a morte natural do ser humano, sem dor, sem sofrimento, tendo o paciente autonomia e livre escolha para ser tratado e cuidado por especialistas, portanto, a Ortotanásia pode ser chamada de morte digna, afinal, morte esta que nem os médicos, nem a medicina podem evitar, pois nenhum ser humano está livre dela.

1.1.3 Distanásia

Distanásia, também é conhecida como “obstinação terapêutica”, que consiste em prolongar artificialmente a vida de um paciente com doença incurável, promovendo uma morte lenta e conseqüentemente produzindo dor e sofrimento ao doente, valendo-se de tratamentos considerados fúteis, quando já não há mais nenhuma perspectiva viável de reversão do gravíssimo quadro do paciente, tendo como consequência uma morte prolongada e acompanhada de sofrimento, além do desrespeito à dignidade da pessoa humana.(PESSINI, 2005)

O termo Distanásia foi proposto por Morcahe em 1904, no livro Nascimento e Morte, e que pode ser entendido como uma agonia prolongada que origina uma morte com sofrimento físico ou psicológico do indivíduo lúcido. Hoje, o conceito pode ser alargado para pacientes que estejam sedados sobre um leito de UTI e que não se sabe até que ponto podem padecer dos males do corpo causados por essa obstinação terapêutica. (PESSINI, 2008)

Distanásia consiste em retardar o inevitável, que é a morte, submetendo ao enfermo todo tipo de tratamentos extraordinários para prolongar a vida, acreditando assim que o quadro clínico possa mudar e que o paciente possa atingir

a cura. Conforme Maria Helena Diniz, "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, 2001)

O progresso técnico-científico passou a interferir, de forma decisiva, nas fases finais da vida humana. A presença da ciência e da tecnologia começam a intervir decisivamente no ciclo natural da vida, fazendo-se necessário uma reflexão ética, onde é necessário compreender que há casos em que a morte é inevitável, e que prolongar o processo de morrer apenas promove uma vida sem qualidade, aumentando as chances de sofrimento, dor e agonia para o paciente e para a família que acompanha este processo.

A Eutanásia visa uma morte digna e sem sofrimento, a Distanásia utiliza-se de todos os meios de tratamentos existentes para prolongar a vida de pacientes terminais, embora ninguém esteja obrigado a submeter-se a uma vida vegetativa sem a garantia de perspectivas concretas de recuperação.

1.1.4 Mistanásia

O termo pode ter sido originado do grego *mis*, que significa "infeliz", ou *mys*, radical utilizado para a palavra "rato". Em ambos os casos, a expressão remete à morte pela situação precária de nutrição ou ausência de cuidados médicos e de higiene básicos. Transcende o âmbito puramente médico-hospitalar, incidindo sobre aqueles indivíduos que sequer têm acesso a este atendimento por motivo de carência social, encontrando-se numa situação de ausência de possibilidades econômicas e políticas. (VILLAS-BÔAS, 2005)

A Mistanásia se traduz na morte precoce nos corredores, nas longas filas por procedimentos vitais, na espera por medicamentos básicos, etc. Esses não optam por morrer, ao contrário, querem viver. Esse fenômeno denuncia o nível de prioridade a vida das sociedades. A perplexidade nasce quando nos defrontamos com a realidade onde uma mesma sociedade oferece a mais alta tecnologia para o "bem morrer" e nega o indispensável para o "bem viver" (PAOLO; RIBAS; PEREIRA, 2006)

Justamente por não ocorrer uma “boa morte”, origem etimológica da palavra eutanásia, é considerado equivocada a expressão eutanásia social como sinônimo de Mistanásia. As condições em que se dá a morte, nos casos a que se referem os termos Mistanásia e Eutanásia social, nada têm de bom, piedoso ou indolor. (PESSINI, 2004)

Dessa forma, a Mistanásia revela o descaso social, econômico, higiênico, sanitário, educacional, de segurança e saúde a que estão sujeitos enormes contingentes populacionais no mundo, abandonados à morte, ensejando uma total violação dos mais básicos direitos humanos. (CARVALHO, 2011)

Resumindo, podemos dizer que as situações de Mistanásia provocada por erro são graves mas, de modo geral, são fruto da fraqueza e fragilidade da condição humana. Não devem ser julgadas com a mesma severidade com que se julgam situações mistanásicas onde as pessoas se tornam vítimas de má prática por motivos econômicos, científicos ou sociopolíticos, ou de outra forma de má prática qualquer fruto da maldade humana.

Estas distinções todas que acabamos de ver são importantes porque nos permitem distinguir entre situações de impotência devido às macroestruturas sociais e às situações de responsabilidade individual ou comunitária marcadas pela fraqueza e a maldade humana.

1.1 Motivação

A Eutanásia continuará a suscitar grande polêmica na sociedade, em que nos surgem argumentos supostamente a favor de quem defende a legalização da Eutanásia e outros contra sua legalização, porém é primordial observar o ordenamento jurídico brasileiro que tem como norma suprema a Constituição Federal de 1988, que aduz em seu artigo 5º, caput, a vida como um direito fundamental.

Os argumentos pertinentes a eutanásia, percebe-se um conflito de princípios, como também de interpretação da norma quando se trata de morte digna

e o direito à vida. Convém ressaltar que a Constituição Federal não prevê de forma expressa o direito a morte digna, porém, sendo a carta magna, tem como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana e tal dispositivo faz menção tanto à vida biológica quanto à vida digna.

Existem variados fundamentos em desfavor da prática da Eutanásia, os quais podem ser assim resumidos: Em primeiro, surge a questão da indisponibilidade da vida. Entende-se que o dever do Estado em resguardar a vida é superior ao direito de liberdade da pessoa, pois aquela (vida), mais que um princípio fundamental previsto na Constituição Federal ou na Declaração dos Direitos Humanos, é o fator de desenvolvimento pessoal, familiar e da própria sociedade. Nesse norte, ensina Cezar Roberto Bitencourt que (2004, p. 28-29):

Dentre os bens jurídicos de que o indivíduo é titular e para cuja proteção a ordem jurídica vai ao extremo de utilizar a própria repressão penal, a vida destaca-se como o mais valioso. A conservação da pessoa humana, que é a base de tudo, tem como condição primeira a vida, que, mais que um direito, é condição básica de todo direito individual, porque sem ela não há personalidade, e sem esta não há que se cogitar de direito individual. O respeito à vida humana é, nesse contexto, um imperativo constitucional que, para ser preservado com eficácia, recebe ainda a proteção penal. A sua extraordinária importância, como base de todos os direitos fundamentais da pessoa humana, vai ao ponto de impedir que o próprio Estado possa suprimi-la, dispondo a Constituição Federal que não haverá pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX' (art. 5º, inciso XLVII, letra a). Com efeito, embora seja um direito público subjetivo, que o próprio Estado deve respeitar, também é direito privado, inserindo-se entre os direitos constitutivos da personalidade. Contudo isso não significa que o indivíduo possa dispor livremente da vida. Não há um direito sobre a vida, ou seja, um direito de dispor, validamente, da própria vida. Em outros termos a vida é um bem indisponível, porque constitui elemento necessário de todos os demais direitos.

Assim, não haveria um direito de disponibilidade sobre a própria vida, até mesmo porque tal direito encontra sua significação no correlativo dever que se encontram os demais de não desrespeitá-la. Essa posição encontra guarida também do ponto de vista religioso. Com efeito, sob tal ótica a Eutanásia é tida como uma usurpação do direito à vida humana, diante de seu caráter sagrado. O ser humano não possuiria nenhum direito sobre a vida própria e alheia, por se tratar de um valor absoluto, apenas pertencente a Deus.

Acerca dessas questões, observe-se a lição de Brito e Rijo (2000, p. 129-130, *apud* FELIX, 2006, p. 70):

Os que se manifestam contra a legalização da Eutanásia defendem que o direito de determinação individual do indivíduo não é absoluto: ele tem que ser contraposto aos direitos das outras pessoas e aos valores da sociedade. [...]. Hoje, entende-se de forma unânime que a vida é um direito indisponível, pelo que a autodeterminação do paciente que quer que ponham termo ao seu sofrimento inútil, entra em conflito com o interesse público e os valores da sociedade que proíbem a morte direta, mesmo de doentes em estado terminal. O nascer e o morrer, com ou sem interferência do médico ocorrem no momento certo, pelo que a Eutanásia é uma violência contra a natureza. A vida do paciente não pertence ao médico, pelo que não lhe cabe a ele, ou a quem quer que seja abreviá-la. O homem não pode tirar a própria vida que é um bem supremo. Se a Eutanásia fosse legalizada haveria grandes discussões, ou mesmo revolta/confusões desencadeadas pelos diversos grupos/associações, bem como por parte das autoridades religiosas, que se mantêm irredutivelmente contra tal prática.

A vida humana constitui um bem de expressividade tão pronunciada que a pessoa não pode dispor livremente de si, pois essa atitude confronta o interesse público. Exemplo desse entendimento reside na punição do auxílio ao suicídio, demonstrando a rejeição jurídica de ato contrário à vida. Desta forma, trata-se de um bem que não interessa apenas ao indivíduo, mas sim à coletividade, convertendo-se em patrimônio público. (SA, 2002)

Para muitos a Eutanásia não pode ser legalizada ou ter um tratamento jurídico distinto do conferido ao homicídio, pois a ocorrência de intenso sofrimento físico e psíquico não justifica a extinção do processo vital de modo não natural, esbarrando tal prática na norma constitucional que firma a inviolabilidade da vida, que é contemplada como o principal direito fundamental por ser absolutamente imprescindível, condicionando a efetividade dos demais direitos previstos constitucionalmente à sua existência. Devido a esta importância, o direito à vida é inviolável e, portanto, ninguém poderá atingi-lo de maneira arbitrária, sob pena de responder na esfera criminal. (BORGES, 2006)

Aceitar a Eutanásia de pacientes terminais implicaria aceitar igualmente a Eutanásia de doentes idosos; que por sua vez implicaria aceitar a Eutanásia de inválidos e deficientes; esta, por sua vez, implicaria aceitar a Eutanásia de pessoas

indesejadas, o que levaria a admitir a morte pura e simples de pessoas indesejadas e, sucessivamente, a morte de qualquer outro por motivos irrelevantes. (AZEVEDO, 2002, *apud* FELIX, 2006, p. 75)

Os opositores da prática da eutanásia, entendem que não se pode transformar "in articulo mortis" uma agonia, seja ela dolorosa ou não e mesmo com consentimento do paciente, não se pode antecipar a morte, tendo o médico o dever de lutar contra a morte, logo não seria justo pedir que se faça o contrário. Não se admite assim, que haja conciliação entre a Medicina que cura e a que mata. (BORGES, 2005)

Alguns direitos do paciente muitas das vezes estão subordinados aos interesses do Estado, que impõe adoção de todas as medidas visando o prolongamento da vida do doente, até mesmo contra a sua vontade. Os opositores da eutanásia, também alegam que uma doença hoje considerada irreversível, amanhã pode não ser, devido a evolução das ciências médicas, portanto, qualquer ato de Eutanásia, pode ser fatal. (CHAVES, 2001)

Os defensores da eutanásia, alegam a existência de dois grupos como divisão daqueles que defendem a prática da Eutanásia, quais sejam: grupos dos radicais – supressão da vida nas circunstâncias em que o quadro de doença seja irreversível, não fazendo sentido lutar contra o que as próprias forças da ciência revelam-se impotentes, defensores da ideia de que viver sob o confronto de padecimento físico ou moral, não tem valor moral, podendo representar inclusive gravame injusto para a família e para a sociedade no momento em que ocupa leitos hospitalares. E os grupos dos moderados, os quais defendem que há necessidade do consentimento do paciente ou de membro da família. Ademais, é necessário que exista certeza da proximidade e inevitabilidade da morte atestada por profissional habilitado entre outras exigências. Desta forma, para os moderados a situação enfrentada pelo doente é irremediável e penosa, logo, mantê-lo vivo seria, assim, permitir uma agonia prolongada e cruel. Nesta hipótese, o médico não tem apenas a função de curar, mas diminuir o sofrimento do doente. Para os moderados, todos têm de viver de forma digna, logo não tendo sentido negar ao paciente que ele mesmo decida sobre sua morte também com dignidade. (COELHO, 2001)

Entende-se que o direito à vida deve ser considerado como uma obrigação do Estado, mas não uma imposição, sendo a questão da dignidade fator obrigatório para a manutenção da vida humana, até porque não existiria dignidade sem respeito à autonomia. A recusa em se submeter a manobras tecnológicas que apenas prolongam a agonia também respeita a liberdade do enfermo, solidarizando-se com o seu sofrimento, no sentido de garantir um direito de viver uma morte de feição humana. Além disso, torna-se necessário assegurar o máximo de qualidade de vida que, para alguns pacientes, não pode ser transmutada em um demorado processo de morrer. Nessa seara, devem ser registradas as observações de Junges (1999, p. 183, *apud* FELIX, 2006, p. 78):

Diante das situações distanásicas, deve-se afirmar que não é necessário fazer, sempre e todas as circunstâncias, o máximo para conservar a vida de alguém, pois a existência meramente biológica não significa necessariamente vida humana, não é preciso usar meios desproporcionais para prolongar a vida de quem já não tem esperança de recuperação; existem situações em que a melhor atitude ética é deixar o paciente morrer, sem intervir para prolongar a vida. Portanto, é eticamente permitido ao profissional desligar, com o consentimento dos familiares, os aparelhos que conservam a vida biológica de quem já tem morte cerebral comprovada ou ao paciente negar-se a ser submetido a procedimentos médicos desproporcionados aos resultados esperados em situações de doença terminal. A obstinação terapêutica é um desvirtuamento da atitude médica, pois reduz a vida à sua dimensão biológica e tem dificuldade de aceitar a inevitabilidade da morte... A distanásia é um desrespeito à dignidade da pessoa humana, porque instrumentaliza o ser humano a serviço de uma ideologia médica.

Assevera-se que o direito à vida deva ser entendido da forma mais ampla possível, envolvendo sempre a dignidade da pessoa humana. Em razão desta dignidade é que muitas vezes, orienta-se para acatar a morte como única opção. Logo, retirar do ser humano sua dignidade, em nome de um direito absoluto, não é muito diferente do que sentenciá-lo à própria morte, em vida. (DWORKIN, 2003)

O prolongamento imposto da dor e do sofrimento do enfermo, sem que haja qualquer previsão de melhora, deve ser equiparada à prática de tortura, vedada pelas normas constitucionais e legais, já que o sofrimento é desmoralizante, degradando a posição humana.

O respeito à dignidade da pessoa humana, assim, deveria ser alçado à

condição de núcleo essencial dos direitos fundamentais, inclusive com superioridade em relação ao direito à vida. Por outro lado, a legalização da Eutanásia evitaria uma prática corrente nos diversos centros hospitalares, sem que exista qualquer risco de extensão a pacientes que não se enquadrarem nas hipóteses permissivas dessa prática.

Já, sob o enfoque fundamentalista religioso, a alegação de que a vida seria considerada propriedade de Deus, apenas administrada pelo homem, portanto, inviolável, seria uma contradição em seus próprios termos, vez que, ao longo dos séculos, o homem sempre interferiu na vida humana, prolongando-a, o que levou a sua dessacralização.

CAPÍTULO II – POSSIBILIDADE JURÍDICA

2.1 Previsão Constitucional

A Constituição Federal é a Lei Soberana do Estado Brasileiro, que tem como princípio o respeito à dignidade humana ligado diretamente com o direito fundamental que é a vida, sendo inviolável e indisponível, protegida, desde a concepção até a morte. Sendo assim, toda norma inferior deve respeitar as normas como também os princípios estabelecidos na carta magna. Dessa forma, é preciso ressaltar que em seu artigo 5º, caput, a Constituição traz a vida como um direito fundamental.

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

Partindo-se da premissa que a Constituição Federal, em seu artigo 5º, elenca os direitos e garantias fundamentais que devem ser acessíveis a todo cidadão brasileiro. Todavia, é majoritário o entendimento da doutrina que os direitos contidos na Constituição não se enquadram como rol taxativo do tipo constitucional supracitado. O rol taxativo se torna exemplificativo ao lembrarmos que a Constituição Federal de 1988 possui princípios implícitos em sua própria formação.

Os direitos individuais são aqueles conferidos ao indivíduo para protegê-lo contra o arbítrio do Estado ou de outros particulares (direitos de defesa ou direitos de resistência). As garantias individuais, por sua vez, são os instrumentos para assegurar o exercício desses direitos. Os direitos e garantias individuais, apesar

de consagrado de forma sistemática no art. 5.º da Constituição brasileira de 1988, não se restringem a esse dispositivo, encontrando-se espalhados por toda a Constituição (NOVELINO, 2014)

Desse modo, qualquer interpretação do ordenamento jurídico deve ser realizada a partir da Lei Maior. Além disso, por meio do princípio da unidade da Constituição, o Direito Constitucional deve ser interpretado evitando-se contradições entre suas normas. Como afirma Luís Roberto Barroso:

A Constituição não é um conjunto de normas justapostas, mas um sistema normativo fundado em determinadas ideias que configuram um núcleo irreduzível, condicionante da inteligência de qualquer de suas partes. O princípio da unidade é uma especificação da interpretação sistemática, e impõe ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e contradições entre normas. Deverá fazê-lo guiado pela grande bússola da interpretação constitucional: os princípios fundamentais, gerais e setoriais inscritos ou decorrentes da Lei Maior.

Direitos fundamentais são direitos que têm a função de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: Constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; Implicam num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos membros (liberdade negativa). Indo além, é um direito fundamental de primeira geração, ou seja, incluído no rol dos direitos e garantias individuais, compreendendo as liberdades clássicas. (CANOTILHO, 2001)

O mais precioso valor da ordem jurídica a destacar é o da dignidade da pessoa humana, que impõe a elevação do ser humano ao ápice de todo o sistema jurídico, sendo-lhe atribuído o valor supremo de alicerce da ordem jurídica. A dignidade da pessoa humana, pois, serve como mola de propulsão da intangibilidade da vida do homem, dela defluindo o respeito à integridade física e psíquica das pessoas, a admissão da existência de pressupostos materiais (patrimoniais, inclusive) mínimos para que se possa viver e o respeito pelas condições fundamentais de liberdade e igualdade (BARROSO, 2005)

Eutanásia visa abreviar a vida de quem está irremediavelmente condenado por uma doença que lhe causa um sofrimento insuportável. Com isso, no

Brasil, em virtude da vida ser um bem jurídico indisponível, a Eutanásia configura crime, punido como homicídio privilegiado, em virtude da presença de relevante valor moral na conduta do agente (CP, art.121, §1º).

Apesar de se tratar um crime material, isto é, que só se consuma com o resultado final morte ou lesão corporal do sujeito passivo, o capitulado no artigo 122 não admite tentativa, já que se trata de hipótese em que o legislador condiciona a imposição de pena à produção do resultado (morte ou lesão corporal de natureza grave). A simples conduta de induzir, instigar ou prestar auxílio para que alguém se suicide, não vindo a ocorrer o resultado morte ou lesão corporal de natureza grave, não constitui crime. Cuida-se de delito material, de conduta e resultado, em que o legislador condiciona a imposição de pena à sua produção. Se não há ocorrência de morte ou lesão corporal de natureza grave, o fato é atípico. Também, sendo um crime doloso típico (ou eventual), não admite a forma culposa. (JESUS, 2010)

Em diversas legislaturas, tentou-se a exclusão da ilicitude da prática de Eutanásia do Código Penal. Todavia, não lograram êxito os anteprojeto apresentados neste sentido, pois não obtiveram a aprovação legislativa. Portanto, o legislador ateve-se ao princípio da sacralidade da vida, embora acolhesse a redução da pena prevista de seis a vinte anos no caput do artigo 121 do Código Penal, no § 1º do mesmo artigo, que contempla o homicídio privilegiado, em que se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida à injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço. (JESUS, 2010)

Por outro lado, como foi relatado, o diploma legal vigente define, com base na sua Exposição de Motivos, o que considera ser motivo de relevante valor social ou moral, uma vez que, o motivo que, em si mesmo, é aprovado pela moral prática como, por exemplo, a compaixão ante irremediável sofrimento da vítima (caso do homicídio eutanásico). (GOMES, 2009)

A lei penal brasileira atual não acolhe, portanto, o chamado "homicídio piedoso", haja vista ser a vida um direito indisponível conforme assegura a Magna Carta (artigo 5º), ao qual não se pode renunciar. Portanto, o ordenamento jurídico

atua não confere às pessoas o direito de morrer, sendo inclusive lícito o uso de violência para impedir o suicídio (CP, artigo 146, §3º, II). Todavia, não existindo crime no ato do suicídio propriamente dito, ao contrário, de acordo com a teoria monista adotada pelo Código vigente, conforme dispõe o artigo 30 do CP, não deveria existir também comunicabilidade em relação ao agente que auxilia, induz ou instiga ao suicídio.

Assim sendo, é recomendável que qualquer decisão que venha a ser tomada em relação à Eutanásia, seja ela jurídica ou legislativa, esteja harmonizada com os direitos e garantias fundamentais resguardados por nosso ordenamento jurídico, em especial, os princípios da dignidade da pessoa humana e da inviolabilidade do direito à vida.

2.1.1 Previsão no Código Penal

No Brasil, que, em tese, adota a laicidade do Estado, mas condena grande parte das convenções opostas às cristãs, a Eutanásia ainda é condenada e tratada como homicídio puro e simples – o ordenamento jurídico pátrio ainda não possui legislação ou qualquer tipificação especial que a regularize ou a regulamente.

A Eutanásia foi vetada no atual sistema jurídico brasileiro, porém em 1984, há registros que surgiu um Anteprojeto de Lei propondo a reforma na Parte Geral e Especial do Código Penal, no entanto não sucedeu nenhuma emenda na Parte Especial do referido Código. (BORGES,2005). O referido anteprojeto tutelava de forma expressa sobre a Eutanásia:

Art. 121 [...]

§ 1º ...

§ 2º ...

Eutanásia

§ 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.

Exclusão de ilicitude

§ 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, companheiro ou irmão.

Conforme o anteprojeto em comento, pelo texto trata-se de um homicídio movido por compaixão, praticado por cônjuge, companheiro, ascendente, descendente, irmão ou pessoa ligada por estreitos laços de afeição à vítima, a pedido desta, desde que imputável e maior de dezoito anos, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável, em razão de uma enfermidade grave e em estado terminal, devidamente diagnosticado. Ausente uma destas circunstâncias, ao invés de eutanásia cuidar-se-á de homicídio, simples, qualificado ou privilegiado, dependendo da particular situação, decorrendo daí várias implicações, notadamente no campo da dosimetria da pena e regime de seu cumprimento.

Contudo, alguns autores acreditam que o texto do artigo 121 deixa em evidência uma interpretação de ortotanásia e não de eutanásia. Assim, o parágrafo terceiro denotaria o tempo em que o andamento da morte já se iniciou, e mesmo sustentando-se a vida artificialmente, não há probabilidade de recuperação do paciente. No caso da Eutanásia, não aconteceu ainda o início do processo de morte, embora o paciente esteja passando por grande sofrimento devido a uma doença incurável (BORGES, 2005).

Todavia, é recomendado recordar que doutrinariamente se tem supracitado a ortotanásia como eutanásia passiva. Talvez seja por isso que alguns doutrinadores compreendam que a redação dos parágrafos do artigo 121 evidencie distintas interpretações, ocorrendo um equívoco qualificar a situação prevista no parágrafo quarto como ortotanásia. (GOLDIM, 2004)

Mesmo não tendo previsão legal no atual Código Penal Brasileiro, a prática da Eutanásia constitui homicídio, caracterizado como conduta típica, ilícita e culpável. É irrelevante se o paciente tenha dado seu consentimento, ou mesmo implorado pela medida, pois no ordenamento jurídico brasileiro a presença ou não do consentimento não tem a capacidade de descaracterizar a prática de Eutanásia como crime. (DODGE, 2006).

É de entendimento geral na doutrina que quem pratica a Eutanásia deve ter a pena submetida ao art. 121 do Código Penal Brasileiro. Tal percepção leva a prática a ser compreendida como homicídio. Contudo, deve-se levar em

consideração o §1º do citado dispositivo legal, que diz respeito ao que se conveniu chamar de homicídio privilegiado.

É preciso que o aplicador da lei considere palpável o sentimento de compaixão – ou seja, o relevante valor moral descrito no Código Penal – que, teoricamente, deve existir na prática da Eutanásia. Merece transcrever o que dispõe o Código Penal sobre o tema:

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.

A redação atual do artigo 121 do atual Código Penal brasileiro apresenta um consenso doutrinário de que a Eutanásia estaria inserida neste preceito, se praticada por motivo piedoso, embora o consentimento do paciente ao médico continue sem relevância na descaracterização do crime (DODGE, 2006).

Em contrapartida, a justificativa de maior relevância de valor social ou moral, considerado pelo médico ao praticar a conduta, poderá ser considerado como causa especial de redução de pena (DODGE, 2006). Ainda assim, não há exclusão da ilicitude da conduta.

Em conformidade às determinações do Código Penal brasileiro, os tribunais brasileiros têm qualificado a eutanásia como hipótese de homicídio privilegiado. Todavia, em determinadas ocorrências percebe-se que a eutanásia caracteriza, concomitantemente, “homicídio privilegiado e homicídio qualificado, cuja pena é substancialmente superior à do homicídio simples”, necessitando que a “circunstância que qualifica o crime seja objetiva” como no caso em que emprega-se veneno, “mediante eutanásia” para causar a morte de outrem (DODGE, 2006). Portanto, a eutanásia no Código Penal vigente é homicídio, embora o criminoso possa gozar de algum tratamento privilegiado.

2.2 A Concepção de vida segundo o STF

2.2.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI n. 3510)

A lei 11.105/05, conhecida como Lei de Biossegurança, foi aprovada em março de 2005, que a princípio desenvolveria procedimentos incluindo organismos geneticamente modificados e seus derivados. Não obstante, ao longo da tramitação do projeto na Câmara, este recebeu artigos concernentes à clonagem humana e à obtenção de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapêuticos. A introdução destes artigos provocou muitos debates em alguns setores da sociedade, tendo como consequência a desaprovação da clonagem humana, mas autorizando as pesquisas com células-tronco. (OLIVEIRA, 2007)

A lei prevê que somente embriões, que sejam considerados inviáveis, ou que já estejam congelados há três anos, poderão ser produzidos por fertilização in vitro, e, em qualquer situação, será necessário o consentimento dos pais e aprovação técnica por parte dos cientistas que realizarem as pesquisas.

Em 30 de maio de 2005, o então Procurador-Geral da República, Cláudio Fonteneles, ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, alegando que o artigo 5º da Lei aprovada seria inconstitucional, por violação ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e da inviolabilidade do direito à vida, já que, segundo ele, a vida começa no momento da fecundação. Estabelece o artigo 5º:

É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados nos respectivos procedimentos, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data de publicação desta Lei, ou que, já congelados na data de publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisas ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética e pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no artigo 15 da Lei n.º 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

As células-tronco embrionárias pesquisadas têm por objetivo tentar descobrir a cura de doenças como “as atrofias espinhais progressivas, as distrofias

musculares, as ataxias, a esclerose lateral amiotrófica, a esclerose múltipla, as neuropatias e as doenças de neurônio motor, a diabetes, o mal de Parkinson”, entre outras. (BARROSO, 2008)

O primeiro ponto a ser analisado, em oposição as alegações apresentadas na ação, é sobre quando se inicia a vida. O direito brasileiro estabelece que o termino da vida dá-se com a morte cerebral, por conseguinte, adotando-se a mesma linha de pensamento, o início da vida se daria com pelo menos algum rudimento de atividade cerebral, que acontece após 14º dia depois da fecundação. Os embriões, contudo, são congelados “no estágio do zigoto unicelular, (ii) clivados (2 a 8 células) ou (iii) em blastócitos (a partir do 5º dia do desenvolvimento in vitro) e nunca depois do 14º dia, portanto sem qualquer atividade cerebral” (BARROSO, 2008).

Vale lembrar que aqui não se fala de embriões com expectativa de vida, mas de embriões inviáveis que serão descartados pelas clínicas de fertilização, nem tão pouco, que embriões não devam ser protegidos pelo Estado, o que se defende é que esta proteção não deve ser a mesma dada ao ser humano (VIEIRA, 2007).

Portanto, o art. 5º da Lei de Biossegurança, ao invés de ferir o direito à vida e a dignidade da pessoa humana, na verdade contribui para que estes direitos sejam garantidos a um maior número de pessoas, na medida em que, o resultado das pesquisas por ele permitidas, pode modificar completamente a qualidade de vida de uma parcela de brasileiros que hoje sofrem com diversas síndromes ou com doenças degenerativas.

O mencionado julgado é utilizado como norte para a constatação de que, juridicamente, o conceito vida toma novos rumos. Segundo o referido julgado, com fundamento no texto constitucional, a vida a que a Lei Maior protege é aquela que é viável. Nessa perspectiva, apesar de posições fundamentadas contrárias, para o STF, a vida, a ser protegida, é aquela que é viável, ou seja, autônoma, motivo pelo qual autoriza o uso, com a consequência morte, do embrião humano.

E assim, não mais coaduna a interpretação dada no Código Penal quanto ao tema desta monografia no que se refere ao entendimento acerca do aborto, haja

vista que os paradigmas mudaram quanto à constatação do que vem a ser a própria vida.

Confirmando tal posicionamento, é notório discorrer da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF n. 54) para reportar-se ao tema.

2.2.2 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF n. 54)

A Confederação Nacional dos trabalhadores na área da saúde ajuizou uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no Supremo Tribunal Federal no dia 17 de junho de 2004, propondo a interrupção prematura da gravidez de feto com anencefalia, tendo em vista a sua inviabilidade de vida extrauterina.

Anencefalia é um defeito no tubo neural (uma desordem envolvendo um desenvolvimento incompleto do cérebro, medula, e/ou suas coberturas protetivas). O tubo neural é uma estreita camada protetora que se forma e fecha entre a 3ª e 4ª semanas de gravidez para formar o cérebro e a medula do embrião. A anencefalia ocorre quando a parte de trás da cabeça (onde se localiza o tubo neural) falha ao se formar, resultando na ausência da maior porção do cérebro, crânio e couro cabeludo. Fetos com esta disfunção nascem sem testa (a parte da frente do cérebro) e sem um cerebрум (a área do cérebro responsável pelo pensamento e pela coordenação). A parte remanescente do cérebro é sempre exposta, ou seja, não protegida ou coberta por ossos ou pele. A criança é comumente cega, surda, inconsciente, e incapaz de sentir dor. Embora alguns indivíduos com anencefalia talvez venham a nascer com um tronco rudimentar de cérebro, a falta de um cerebрум em funcionamento permanente deixa fora de alcance qualquer ganho de consciência. Ações de reflexo tais como a respiração, audição ou tato podem talvez se manifestar. A causa da anencefalia é desconhecida. Embora se acredite que a dieta da gestante e a ingestão de vitaminas possam caracterizar uma resposta, cientistas acreditam que há muitos fatores envolvidos. (SARMENTO, PIOVESAN, 2007, p.114)

A tese utilizada foi a de que inexistente crime de aborto, tendo em vista que o feto anencefálico não é um ser com vida, pois, o nosso ordenamento não especifica o início da vida, porém, especifica o momento da morte, qual seria o fim da atividade cerebral. Como o feto anencefálico sequer chega a ter funcionalidade encefálica, então se está diante de um ser sem potencialidade de vida extrauterina.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) é uma

forma de controle concentrado de constitucionalidade. Trazida no art. 102, §1º, da Carta Magna, é utilizada no ordenamento jurídico brasileiro com o objetivo de evitar ou reparar lesão a preceito fundamental que tenha sido causada por ato do Poder Público. A competência para seu julgamento é do Supremo Tribunal Federal, caso em que, com a sua propositura, ter-se-á um rito diferenciado, tendo em vista seu objeto. Vejamos as hipóteses de arguição, elencadas na Lei 9.882/1999, em seu artigo 1º:

Art. 1º A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:

I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;

A interpretação que tem sido feita a respeito do termo preceito fundamental é que a palavra “princípio” teria sido substituída por “preceito” visando a não limitação ao Título I da CF. Assim, o objeto da ADPF pode ser até mesmo ato já revogado. Sobre isso:

(...) a arguição de descumprimento poderá ser utilizada para solver controvérsias constitucionais sobre a constitucionalidade do direito federal, do direito estadual e também do direito municipal. Diferentemente do que ocorre com o controle abstrato de normas, a ADPF poderá ter por objeto direito revogado, desde que subsista interesse jurídico no pronunciamento judicial. (MENDES, 2008)

Vale ressaltar que não se trata de uma liberação a tal prática, mas a existência de uma legislação que autoriza que a mãe possa decidir sobre a sua vida e a do feto que carrega em seu ventre, possibilitando a interrupção da gravidez nos casos de anencefalia, afastando a criminalização do aborto, já que o feto apresenta um grave comprometimento cerebral.

Diante do exposto, o capítulo pretendeu discorrer acerca da hermenêutica que tem sido aplicada pelo Direito pátrio, atualmente, ao tema vida, essa, juridicamente, tutelada, no direito de vir a ser pessoa, quando compreendida como sendo viável. É esse o paradigma que motivará o capítulo seguinte.

CAPÍTULO III – POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO EM RELAÇÃO A EUTANÁSIA

3.1. Posicionamento Desfavorável

Atualmente o Código Penal em vigência prevê punição de acordo com o artigo 122, para aquele que induzir, instigar ou auxiliar no suicídio. A Constituição Federal, tutela a vida como sendo um direito fundamental do ser humano do qual não poderá dispor (art. 5º, caput). A aplicação da Eutanásia se encontra censurada precisamente nesse preceito, transformando-se em pressuposto preponderante em contraposição à prática, nos termos da Lei Maior: Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. (C.F. art. 5º, caput). No mesmo sentido, expõe Maria Helena Diniz:

O direito à vida, por ser essencial ao ser humano, condiciona os demais direitos da personalidade. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, caput, assegura a inviolabilidade do direito à vida, ou seja, a integralidade existencial, conseqüentemente, à vida é um bem jurídico tutelado como direito fundamental básico desde a concepção, momento específico, comprovado cientificamente, da formação da pessoa. Se assim é, a vida humana deve ser protegida contra tudo e contra todos, pois é objeto de direito personalíssimo. (DINIZ, 2006)

No entanto, as fundamentações favoráveis da morte provocada divergem quanto à proteção dada à vida, o que inclui o direito a uma vida digna. Um indivíduo sem perspectiva de vida geralmente tem seu psicológico comprometido pela situação, apresentando um conflito emocional motivado por uma experiência de angústia e medo. Viver à custa de tratamentos ininterruptos é desagradável para

algumas pessoas que vivem a agonia de um óbito iminente.

Vale ressaltar que a Lei Maior estabelece o direito a dignidade, por meio do inciso III, do artigo 1º, e que todos possuem o direito à vida, e, em consequência devemos interpretar que o indivíduo também tem o direito de não ser morto, de não ser alvo de homicídio. A redação apresentada na Lei constitucional brasileira resguarda a vida de modo geral, abrangente, até mesmo a vida uterina.

As indagações a respeito das limitações de vida intolerável acometida por uma enfermidade e uma morte digna ocorrem devido as conquistas médicas. Atualmente, a medicina disponibiliza de exames com precisão, o aperfeiçoamento de fármacos, assim por diante, oportunizando aos doentes de moléstias insanáveis, a viabilidade de viverem em média dez anos mais, que nas décadas anteriores.

Por sua vez, Nelson Hungria, ao emitir sua opinião sobre o assunto adverte que uma doença que hoje é incurável, pode ser curável amanhã e, assim, a eutanásia faz o doente correr o risco de não viver bastante para que um novo remédio possa curá-lo ou assegurar-lhe um período de suportável sobrevivência. Basta uma probabilidade ainda que remotíssima em tal sentido, como basta a possibilidade de uma só recuperação que seja, em mil casos considerados incuráveis, para que se condene a supressão da eutanásia. (HUNGRIA, 1953, p. 515)

Como se verifica, os opositores da aplicação da Eutanásia argumentam, em tese, a probabilidade de descoberta de tratamentos para esta ou aquela enfermidade, que atualmente é considerada incurável, sendo que a angústia e o padecimento do enfermo podem ser amenizados pelas inúmeras drogas existentes no mercado, até porque a tecnologia científica evolui e novas descobertas são realizadas a cada dia.

A morte ocasionada a pacientes terminais, sendo ela direta ou propositadamente, é considerada moralmente ilícita, nem que seja com o intuito de acabar com a angústia e sofrimento. “Nenhum enfermo, nenhum médico, nenhum técnico de enfermagem, nem ao menos os parentes têm o direito de optar ou

causar o falecimento de um ser humano”. (ALVES, 1999, p. 15)

É considerado ilícito também recusar tratamentos de saúde, mesmo sendo doentes em estágio terminal, que indubitavelmente morreriam, assim como é ilícito recusar cuidados ou intervenções regulares e disponíveis, como também não é permitido sonegar medicamentos à enfermos se tiver probabilidade de cura (ALVES, 1999, P.15)

Outra argumentação que reforça a polêmica do tema, no tocante a perspectiva da ética médica, diz respeito ao juramento que o médico faz prometendo cuidar e usar os diversos procedimentos disponíveis com a finalidade de sanar uma enfermidade. Desta forma entende-se que os doutores não podem decidir se o doente deve ou não permanecer com vida ou não. Para os opositores a realização da Eutanásia dispensa-se o princípio da autonomia da vontade, porque o próprio titular deste direito deve respeitá-lo. Maria Helena Diniz, assim assevera:

A disponibilidade da própria vida não pode ser tolerada como um direito subjetivo, por ser a vida um bem indisponível. Se ninguém é dono de sua própria vida, como pode sê-lo da de outrem, praticando eutanásia? Mesmo com anuência prévia e expressa do doente em estado terminal, ou de seu responsável, para remover aparelho de sustentação de sua vida, o médico não teria obrigação de conservá-la, com o mínimo de sofrimento possível, diante do dever jurídico de socorro? Não se pode aceitar que o profissional da saúde tenha o poder de controlar a vida de pacientes. Deverá o médico esforçar-se para prolongar o quanto possível a vida do doente, mas sem alterar, de forma inaceitável, a qualidade da vida que lhe resta. Deve humanizar a vida do paciente terminal, devolvendo-lhe a dignidade perdida. (DINIZ, 2010, p. 340 e 341)

A vida humana, consagrada como bem jurídico primordial, deve ser preservada a qualquer custo pelo Estado. Os opositores à execução da Eutanásia salientam que, os enfermos em estágio final de vida, na verdade pedem melhor assistência, sedativos mais eficazes, tratamento mais pessoal ou meramente mais solidariedade humana. Um enfermo sem perspectiva de cura pode suplicar a Eutanásia porque se sente um fardo pesado demais e não quer impor aos outros a tarefa de se ocuparem dele dia e noite. Nesse sentido, encontra-se o seguinte posicionamento doutrinário:

“Os custos da saúde têm crescido de forma exponencial; a ciência e a tecnologia oferecem meios de manutenção da vida, mesmo que de

forma vegetativa. A combinação desses dois fatores é perigosa e cria dilemas sérios cuja solução tende a ser iníqua. Muitas terapêuticas resultantes dos progressos tecnocientíficos são onerosas e nem sempre cobertas por planos de saúde ou pela previdência social. Seria isto razão para se considerar o encurtamento da vida de qualquer ser humano? Tomar como fundamento decisório considerações financeiras significa reconhecer que a vida tem preço e que quem pode pagá-lo merece viver, enquanto aos menos afortunados só resta o consolo de serem afastados do reino dos vivos com pouco sofrimento.” (SZTAJN: 2002, p. 137)

O direito à vida, considerado o primeiro direito do homem na sua realidade profunda, desde o nascimento até à morte e cujo desenvolvimento e identidade há que respeitar, então o aceleramento da morte de um doente com enfermidade insanável ou terminal não pode ser pretendida, através da Eutanásia, seja ela ativa ou passiva, contribuindo para a eliminação de seres humanos, quer se trate de adultos com mente sã e portadores de doença incurável, crianças ou doentes mentais. Torna-se evidente a desumanização e anti-socialização pela eutanásia, porque ataca o próprio fundamento da comunidade que é a vida dos seus membros.

Qualquer classificação dada a Eutanásia, é denotada como ilegal, uma transgressão aos princípios da ética médica, um desrespeito ao fundamento hipocrático, visto que desvirtua o emprego da aplicação da medicina, do qual o escopo é o bem-estar do homem e da humanidade, na prevenção de doenças, com tratamento das enfermidades e amenização do padecimento, sem prejuízo ou preconceito, seja qual for a natureza. (PAGANELLI, 1998)

Na perspectiva religiosa, condena-se à aplicação da Eutanásia, sob o argumento de considerarem tal prática abalizada como uma usurpação do direito à vida humana, vida essa que foi criado por Deus e é esse Deus o único que pode tirar a vida a alguém. A dor e o sofrimento muitas vezes, são o caminho que aproximam o homem do seu criador. Já perto de deixar esse “tabernáculo de miséria”, é o momento oportuno quando o sofredor redime-se, salva-se para a vida eterna. (ALVES, 1999)

Alguns opositores também alegam a chance de erros de diagnóstico, do mesmo modo que há discrepância no conceito de incurabilidade de uma enfermidade, principalmente diante dos avanços na área biomédica. Noutro plano,

aduzem que o motivo que leva ao ato da Eutanásia não é a piedade ou compaixão, mas a finalidade egoísta de esquivar-se ao sofrimento alheio, bem como os encargos econômicos e pessoais que representa, o que ampliaria o controle de qualidade em relação aos enfermos, posto que não trazem mais benefícios à sociedade, possibilitando doações de órgãos retirados de pessoas que poderiam continuar vivendo e, por vezes, instigando o ilícito comércio de órgãos, além de poder servir como instrumento para apressar o recebimento de heranças.

Assim, a aprovação da Eutanásia contrariaria frontalmente a dignidade humana, pois implicaria em reconhecer que o enfermo tem necessidade de valor intrínseco, ou seja, não teria valor apenas pelo fato de ser pessoa, mas enquanto possuir determinadas qualidades que a sociedade considera necessárias para continuar vivendo.

3.2 Posicionamento Favorável

Quando a matéria abordada diz respeito a sofrimento, enfermidade insanável e dignidade humana, alguns estudiosos se posicionam favorável a execução da Eutanásia, considerando improvável do aspecto jurídico e médico delimitar até que momento o indivíduo consegue suportar tamanha dor e martírio. Para legitimar tal concepção, empregam como fundamento o princípio da autonomia da vontade, no qual aclaram que o doente em estágio terminal deve ter o direito e liberdade de escolha para ponderar se tal sofrimento é suportável ou não.

O princípio da autonomia é aquele segundo o qual o médico deve respeitar a vontade do paciente ou de seu representante legal, bem como os valores morais e crenças. Por conseguinte, esse princípio, que emerge da relação médico-paciente, é denominada princípio do respeito às pessoas, exigindo que aceitemos que elas se auto governem, de modo autônomo, quer de sua escolha, quer de seus atos. Ademais, o princípio da autonomia reconhece, até certo limite, o domínio do paciente sobre a própria vida e o respeito à sua intimidade. (FABBRO, 1999, p.11 e 12)

Os partidários à aplicação da Eutanásia apresentam alguns argumentos, atribuindo a tal prática como um modo de fugir do sofrimento e da falta de qualidade de vida. Contudo, acreditam que ao morrer de uma forma pouco dolorosa é significado de morte digna. Cada pessoa tem autonomia para decidir por si próprio,

estando na base da escolha pela prática ou não da Eutanásia. A Eutanásia não apoia nem defende a morte em si, apenas faz uma reflexão de uma morte mais suave e menos dolorosa que algumas pessoas optam por ter, em vez de viverem uma morte lenta e sofrida. Os adeptos a execução da Eutanásia, defendem que:

(...) na medicina existem quadros irreversíveis em que o sofrimento, ocasionados por dores e sofrimentos, faz com que o paciente almeje a antecipação da morte, como forma de livrar-se do padecimento que se torna o viver. E essa antecipação da morte, só atenderia aos interesses do paciente de morrer com dignidade, como daria efetividade ao princípio da autodeterminação da pessoa em decidir sobre sua própria morte. (GOLDIM, 1997)

A Eutanásia com certeza pode acabar com o padecimento do corpo e da alma do indivíduo tanto quanto de seus parentes. Uma vez fazendo parte dos direitos da personalidade à vida, não seria possível negar a alguém o direito a antecipação de sua morte, quando este não quer continuar vivendo. Quando o indivíduo é acometido por uma moléstia fatal e o mesmo não possui condições de relacionar-se e nem desempenhar tarefas simples do dia a dia, a lei, o Estado não pode interferir.

A dignidade humana pode e deve consentir o óbito como uma alternativa do indivíduo, e ampliar assim o direito à vida, entendendo-se que a dignidade humana é essencial e indiscutível. Inclusive algumas evoluções tecnológicas recentes acabam ferindo a noção básica do real sentido da subsistência humana, ao se manipular processos de criação de novas vidas, reprodução assistida e a tecnologização da morte. (CARLIN, 1998)

Choca qualquer indivíduo os fantásticos aparelhamentos desenvolvidos e utilizados para a continuidade da vida, permitindo que as Unidades de Terapias Intensivas mostrem-se como sede de inexorável sofrimento “onde os recursos aplicados pela medicina tem a finalidade não proposital de superar-se”. Os tratamentos médicos são necessários até o momento final, e quando este processo é considerado irreversível, é relevante que seja amenizado.

O ser humano é mortal, e deve aceitar de forma natural, que a decadência e a morte é uma dimensão da existência humana; não há forma de evitar a morte de maneira indefinida, isso é um fato. Chega o momento em que é

necessário apenas zelar e não curar, procurar o alívio do sofrimento. Pode ser curada uma enfermidade letal, mas não mortalidade do homem. (CARLIN, 1998)

Os adeptos a aplicação da Eutanásia, defendem que uma vida, mantida por aparelhos, sem dignidade humana, com contínuos distúrbios físicos e psicológicos diariamente, não tem sentido continuar convivendo com tanto sofrimento, portanto, mesmo a vida classificada como um bem indisponível, não pode ser um bem imposto ao ser humano. A Carta Magna protege a Dignidade da Pessoa Humana, que é legitimada no sentido que o Homem a tenha por toda a vida, até mesmo em seu estado terminal. A vida não é uma obrigação e sim um direito.

O paradigma benéfico para toda tecnologia, é que esteja sempre em prol do bem estar do homem, preservando a sua dignidade. Considerar ao desejo do indivíduo no final da vida, é no mínimo comportar-se com humanidade em face de um padecimento que apenas a ele compete ser delimitado e em que ocasião de sua subsistência a finalização é algo certo e irremediável. É de extrema complexidade determinar se está acelerando a morte ou somente asseverando quão inevitável fim sobrevenha de maneira menos intensa e sofrida ao paciente.

Os partidários a Eutanásia defendem a decisão de um enfermo disponibilizar-se de sua vida, ou pelo menos lograr uma morte digna, “perante um quadro clínico irremediável e desconsolador, e que propende a um sofrimento duradouro e desumano”. Nesse caso o médico teria a autorização de propiciar um falecimento sem dor ao enfermo desenganado, se o sofrimento fosse longo e penoso:

O problema da morte piedosa ou por compaixão, ao enfermo incurável e dolorido, consiste em seu estado e em sua doença que, desejando abreviar seus sofrimentos, seria visto como um ato de humanidade e justiça. Sendo ainda que, o Homem não goza, dentre seus direitos, do privilégio de dispor de sua própria vida, quando por sua livre e espontânea vontade, desistir de viver. (KÜBLER-ROSS, 1991)

Assim denegar a execução da Eutanásia a um doente terminal, que não apresenta mais perspectiva de vida é o equivalente que surrupiar-lhe sua autonomia, conseqüentemente não poderá ser visto como uma violação a ser penalizada, senão um alívio no desespero e na aflição.

Constatado estado clínico repleto de grande sofrimento e dor, e a improvável chance de cura, para os partidários da Eutanásia, a manifestação da autonomia da vontade do paciente merece ser ponderada com a finalidade de decidir se mantém a vida ou antecipa o falecimento do enfermo, resguardando-lhe assim, a proteção de sua dignidade. Deste modo Rachel Sztajn expõe:

É requisito de validade do consentimento informado, ser a pessoa capaz e ter manifestado sua vontade livremente de morrer; partir do consentimento do paciente demonstra respeitar-se a autonomia das pessoas exercida após terem sido esclarecidas quanto aos efeitos, seja da moléstia, seja da terapêutica, respeito à liberdade individual, ao direito de renunciar à vida quando o peso de mantê-la mediante tratamento; a combinação do respeito à autonomia fundada em base racional, em opção ou não de viver em condições adversas de dor e sofrimento, é direito de que cada ser humano deve gozar.” (SZTAJN: 2002 p. 137)

Hoje em dia, estão redigindo um documento, intitulado Testamento Vital (living will), que pode ser considerado uma declaração antecipada de vontade, tendo em vista que serve de instrumento para estabelecer as vontades apresentadas por uma pessoa que se encontra doente, em estado incurável ou terminal, especificando qual tratamento deseja receber no caso de padecer de uma moléstia para a qual a medicina atual não dispõe de cura ou tratamento que possibilite ao paciente uma vida saudável física e mental. Vale ressaltar que, o testamento vital é feito pelo próprio indivíduo enquanto se encontra capaz e pode ser usado para guiar o tratamento de um enfermo. O principal objetivo do testamento vital é permitir a uma pessoa uma "morte digna", e evitar tratamentos desnecessários para o prolongamento artificial da vida.

Entende-se que o tema Eutanásia gera muito debate no Brasil, por consequência, um ponto fundamental deve ser ponderado para à prática de tal procedimento, que somente pela manifestação de vontade do paciente do qual se encontra acamado em estado final, sofrendo de extrema dor, será aplicada a Eutanásia. Sobre o tema, Rachel Sztajn explica que:

“Avaliar a compreensão do paciente a fim de certificar-se de que entende a gravidade da situação e as consequências de seus atos é imperativo para que o exercício da autodeterminação seja reconhecido como autônomo e informado... a manifestação de

vontade de deixar de receber cuidados médicos deve ser pessoal, anterior ou atual, declarada pela pessoa interessada. Manifestação prévia deve ser ratificada, pelo declarante; tendo em vista a aceitação da recusa a receber tratamento, será possível que, havendo manifestação sistemática contra procedimentos terapêuticos, se depreenda a vontade de morrer manifestada de forma implícita.” (SZTAJN: 2002 p. 132 e 133)

Diante do exposto, merece apontar a concepção de alguns termos que elucidam a temática desse texto.

Qualidade de vida, no entendimento esposado neste trabalho, representa a capacidade do indivíduo em responder às demandas da vida cotidiana de forma autônoma e independente e na sua motivação e capacidade para continuar na busca e realização de objetivos, conquistas pessoais e capacidade funcional. Autonomia é um paradigma de saúde. Qualidade de vida é a percepção do indivíduo sobre sua posição na vida, no contexto da cultura, nos sistemas de valores que adota e em relação aos seus objetivos, expectativas, padrões e preocupações.

Nessa perspectiva, compete a cada um avaliar se suas próprias capacidades e condições de vida se continuam conformes a representação que ele faz de uma existência verdadeiramente humana. A pessoa é o próprio juiz da qualidade de sua vida e da sua dignidade, julgamento este que jamais poderá ser exercido por outro. Portanto, a dignidade é uma questão de estimativa subjetiva, evocando o julgamento que alguém faz de si mesmo e daquilo que espera para sua trajetória biográfica. E o conceito de dignidade que exige respeito incondicional serve também para justificar que nos inclinemos diante do desejo subjetivo e individual do paciente que pede um gesto de morte.

Não se coaduna neste trabalho com tal burocratização e desumanização da morte, sendo imperioso salientar que a defesa da morte voluntária neste espaço não se fundamenta numa postura utilitarista, mas na invocação da dignidade humana.

CONCLUSÃO

O presente trabalho analisou bases teóricas que pudessem respaldar o direito daquele que é portador de doença grave, sem perspectiva de cura, ou que se encontra em estado irreversível, a ter uma morte digna de acordo com seus valores, crenças e convicções.

Nos dias atuais, a prática da Eutanásia não preconiza exclusivamente em causar a morte de um enfermo; ela vai além de um gesto de compaixão; ela assegura uma morte digna respeitando a vontade do enfermo acometido por moléstia incurável. Neste sentido, é preciso que o indivíduo possa discernir sobre qual o momento em que já não é possível viver dignamente e se a abreviação da morte é o caminho mais digno a seguir.

Percebe-se claramente que ocorre um conflito de princípios, em que a dignidade da pessoa humana, aliada à autonomia privada, sobrepõe-se à vida sem qualidade, fundamentada em tratamentos desumanos e degradantes, os quais são vedados pelo texto constitucional.

Conforme se abordou neste estudo, tanto a dignidade como o direito à vida são obrigações do Estado, porém sua interpretação não deve ser estendida como uma imposição legal a todo e qualquer cidadão, cabendo ao Estado o dever de proporcionar dignidade ao ser humano e viabilizar todos os mecanismos que impeçam qualquer ato que afronte a vida.

É imperativo que a pessoa disponha de uma qualidade de vida, tanto na saúde, como no leito de um hospital, podendo recusar-se à tratamentos que só

faz prolongar seu sofrimento e sua agonia, levando-o a existir indignamente; a opção não pode ser a de matar, mas também não se pode causar sofrimento a outrem; deve-se chegar ao meio termo, o que se traduz muitas vezes na autorização para a prática da Eutanásia.

Talvez este seja o momento de implementar ações públicas que visem à proteção do Estado Democrático de Direito, o que será possível protegendo a vida com dignidade, e não obrigando a quem não pode, de vivê-la, impondo o suportar de dor e sofrimento a qualquer tipo de tratamento inerente à doença terminal, logo, necessário se faz observar a autonomia dos pacientes, sempre com foco na dignidade da pessoa humana.

Assim sendo, como não há consenso sobre o tema, solicita-se dos juristas, diante do caso concreto, que realize uma ponderação de valores para garantir auxílio clínico que possibilite ao paciente terminal escolher o modo de terminar seu tratamento e sua vida. Não é instigar imprudentemente ou negligentemente alguém a se matar, mas oportunizar o seu fim em que morrer bem se torna melhor do que viver mal do ponto de vista do paciente que vivencia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Aline Mignon de. **Bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000.

ALVES, Leo da Silva. Eutanásia. **Revista Consulex**. São Paulo, n. 29, maio 1999, p. 15.

ARAUJO, Ana Laura Vallarelli Gutierrez. Biodireito constitucional: uma introdução. In: GARCIA, Maria; GAMBA, Juliane Caravieri; MONTAL, Zélia Cardoso (coord.). **Biodireito constitucional**: questões atuais. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 291-329.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 182.

BATISTA, Américo Donizete. A Eutanásia, o direito à vida e sua tutela penal. <http://www.conjur.com.br/2009-dez-21>. Acesso em: 16 fev 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Especial. São Paulo: Saraiva, 2004, v. II.

BORGES, Gustavo Silveira. Uma breve reflexão interdisciplinar acerca da eutanásia passiva. **Revista de estudos criminais**. Porto Alegre, v. 6, nº 21, jan/mar 2006. p.167.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Eutanásia e distanásia**: breves considerações a partir do biodireito brasileiro. Jus Navigandi, teresina, ano 10, n. 871, 21 de nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7571>>. Acesso em: 10 fev 2018.

_____. Roxana Cardoso Brasileiro. Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos (org.). **Biodireito**: ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: RT, 2001.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988).

BRASIL. Código Penal. **VADE MECUM**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRITO, António José dos Santos Lopes de; RIJO, José Manuel Subtil Lopes. **Estudo jurídico da eutanásia em Portugal**: direito sobre a vida ou direito de viver? Coimbra: Almedina, 2000.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Eutanásia e ortotanásia**: comentários à resolução n. 1.805/06, CFM: aspectos éticos e jurídicos. Curitiba: Juruá, 2009, p. 19.

CANOTILHO, J.J.Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador –** Contributos para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas. 3ª edição, Coimbra. Editora Coimbra, 2001

CARLIN, Volnei Ivo. (Org.), **Ética e bioética**: novo direito e ciências médicas. Florianópolis: Terceiro Milênio, 1998, p. 176.

CARVALHO, Gisele Mendes de. *Apud* CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Eutanásia e ortotanásia** – comentários à Resolução 1.805/06 CFM: aspectos éticos e jurídicos. Curitiba: Juruá, 2011. p. 31

CARVALHO, Gisele Mendes de. **Eutanásia e ortotanásia na reforma do Código Penal**. In: Seminário Reforma do Código Penal: temas controversos, novos paradigmas. 31 out. 2010. Rio de Janeiro, 24 de out. a 7 nov. 2012.

CHAVES, Maria Claudia. **Os embriões como destinatários de direitos fundamentais**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 537, 26 dez. 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6098>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 7 ed. rev., aum. E atual. São Paulo: SARAIVA, 2010.

_____. Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 3º ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 23 e 24.

_____, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2001, p. 340 e 341.

DODGE, Raquel Elias. **Eutanásia: aspectos jurídicos**. Disponível em: <<http://www.crmgo.cfm.org.br?revista/bio1veutaspectos.htm>>. Acesso em: 10 jan 2018. Não há referência quanto ao ano de publicação. Não paginado

DWORKIN, Ronald - **Domínio da vida**. Aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

D'URSO, Luiz Flavio Borges. **A eutanásia no Brasil**. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5440. Acesso em: 20 nov. 2017.

FABBRO, Leonardo. **Limitações jurídicas à autonomia do paciente**. Revista de Bioética do Conselho Federal de Medicina, Brasília, v. 7, n.1, 1999. p. 11 e 12.

GOLDIM, José Roberto. **Eutanásia no Brasil**. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/bioetica/eutanbra.htm>. Acesso em 10 jan 2018). Texto atualizado em 13/03/2004. Não paginado.

GOMES, Luiz Flávio. **Constituição Federal, Código Penal, Código de Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

HUNGRIA, N. **Ortotanásia ou eutanásia por omissão**, in Revista Forense nº 605/606, p. 517, 1953.

JESUS, Damásio E. de. **Código Penal Anotado**. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

KÜBLER-ROSS, Elisabeth. **Sobre a Morte e o Morrer**. São Paulo: Martins Fontes, 2005

MARINELE, Marcelo Romão. **A Declaração de Vontade do Paciente terminal**. As diretivas antecipadas de vontade à luz da Resolução 1.995/2012 do Conselho Federal de MEDICINA. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3774, 31 out.2013. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos>. Acesso em: 20 nov. 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: comentários à Lei n. 9.882, de 3. 12. 1999, 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

NOVELINO, M. **Manual de direito constitucional**. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

OLIVEIRA, Lilian Carla de. JAPAULO, Maria Paula. **Eutanásia e o direito à vida: limites e possibilidades**. Revista Consultor Jurídico, 24 de setembro de 2005. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2005-set-24/eutanasia_direito_vida_limites_possibilidades. Acesso em 10 jan 2018. Não paginado.

PAGANELLI, Wilson. **A eutanásia**. Jus Navigandi, Teresina, ano 2, n. 21, nov. 1997. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1861> Acesso 30 mar 2018.

PAOLO, Edvige Di; RIBAS, Luciane Aparecida; PEREIRA, Maria Regina Rodrigues. **Eutanásia Social: Um Estudo de Caso da População de Rua de Juiz de Fora.** CES Revista. Juiz de Fora, 2006.

PESSINI, Leocir. **Bioética; um grito por dignidade de viver.** 4º ed. São Paulo: Paulinas. 2008.

SA, Luiza Helena Lellis Andrade de. **Eutanásia, ortotanásia e legislação penal.** Direito e Paz. São Paulo, v. 4, nº 6, janeiro 2002. p. 232-233.

SARNENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coord.) **Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. P.114).

SZTAJN, Rachel. **Autonomia privada e direito de morrer: eutanásia e suicídio assistido.** São Paulo: Cultural Paulista – Universidade da Cidade de São Paulo, 2002, p.137.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Células-tronco embrionárias: que vida, biológica ou moral?** Revista Jurídica Consulex. Ano XI n. 253, p. 24, 2007.

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

ANEXO 01

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

RESOLUÇÃO CFM Nº 1.805/2006

(Publicada no D.O.U., 28 nov. 2006, Seção I, pg. 169)

Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal.

O Conselho Federal de Medicina, no uso das atribuições conferidas pela Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, alterada pela Lei nº 11.000, de 15 de dezembro de 2004, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, e

CONSIDERANDO que os Conselhos de Medicina são ao mesmo tempo julgadores e disciplinadores da classe médica, cabendo-lhes zelar e trabalhar, por todos os meios ao seu alcance, pelo perfeito desempenho ético da Medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exerçam legalmente;

CONSIDERANDO o art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, que elegeu o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil;

CONSIDERANDO o art. 5º, inciso III, da Constituição Federal, que estabelece que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”;

CONSIDERANDO que cabe ao médico zelar pelo bem-estar dos pacientes;

CONSIDERANDO que o art. 1º da Resolução CFM nº 1.493, de 20.5.98, determina ao diretor clínico adotar as providências cabíveis para que todo paciente hospitalizado tenha o seu médico assistente responsável, desde a internação até a alta;

CONSIDERANDO que incumbe ao médico diagnosticar o doente como portador de enfermidade em fase terminal;

CONSIDERANDO, finalmente, o decidido em reunião plenária de 9/11/2006,

RESOLVE:

Art. 1º É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal.

§ 1º O médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação.

§ 2º A decisão referida no *caput* deve ser fundamentada e registrada no prontuário.

§ 3º É assegurado ao doente ou a seu representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica.

Art. 2º O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se as disposições em contrário.

Brasília, 9 de novembro de 2006

EDSON DE OLIVEIRA ANDRADE
Presidente

LÍVIA BARROS GARÇÃO
Secretária-Geral



PODER JUDICIÁRIO
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

SENTENÇA Nº: _____/2010 - TIPO "A"
PROCESSO Nº: 2007.34.00.014809-3
AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
RÉU: CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

SENTENÇA

Trata-se de ação civil pública com pedido de antecipação de tutela ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra o CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA pleiteando o reconhecimento da nulidade da Resolução CFM n. 1.805/2006 e alternativamente sua alteração a fim de que se definam critérios a serem seguidos para a prática da ortotanásia.

Aduz que: [i] o Conselho Federal de Medicina não tem poder regulamentar para estabelecer como conduta ética uma conduta que é tipificada como crime; [ii] o direito à vida é indisponível, de modo que só pode ser restringido por lei em sentido estrito; [iii] considerado o contexto socioeconômico brasileiro, a ortotanásia pode ser utilizada indevidamente por familiares de doentes e pelos médicos do sistema único de saúde e da iniciativa privada.

Intimado, o Conselho Federal de Medicina apresentou informações preliminares, asseverando a legitimidade da resolução questionada e a inexistência dos requisitos necessários à concessão da antecipação de tutela.

A antecipação de tutela foi deferida para suspender os efeitos da Resolução CFM n. 1.805/2006. O Conselho Federal de Medicina agravou de instrumento.

Devidamente citado, o Conselho Federal de Medicina contestou asseverando que: [i] a resolução questionada não trata de eutanásia, tampouco de distanásia, mas sim de ortotanásia; [ii] a ortotanásia, situação em que a morte é evento certo, iminente e inevitável, está ligada a um movimento corrente na comunidade médica mundial denominado Medicina Paliativa, que representa uma possibilidade de dar conforto ao paciente terminal que, diante do inevitável, terá uma morte menos dolorosa e

mais digna; [iii] a ortotanásia não é considerada crime; e [iv] o direito à boa morte é decorrência do princípio da dignidade humana, consubstanciando um direito fundamental de aplicação imediata.

A prova testemunhal requerida pelo Conselho Federal de Medicina foi deferida e produzida em audiência.

Em alegações finais, tanto o Ministério Público Federal como o Conselho Federal de Medicina pugnaram pela improcedência do pedido.

É o relatório. Decido.

Sobre muito refletir a propósito do tema veiculado nesta ação civil pública, chego à convicção de que a Resolução CFM n. 1.805/2006, que regulamenta a possibilidade de o médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis, realmente não ofende o ordenamento jurídico posto. Alinho-me pois à tese defendida pelo Conselho Federal de Medicina em todo o processo e pelo Ministério Público Federal nas suas alegações finais, haja vista que traduz, na perspectiva da resolução questionada, a interpretação mais adequada do Direito em face do atual estado de arte da medicina. E o faço com base nas razões da bem lançada manifestação da ilustre Procuradora da República Luciana Loureiro Oliveira que, com sua habitual percuciência, esgotou o objeto da lide, verbis:

"A matéria posta em questão é certamente polêmica e encerra dilemas não apenas de ordem jurídica, como de cunho religioso, social e cultural. Possivelmente, a diretriz a ser adotada por todos quantos a analisem será influenciada fortemente pela maior importância que se confira a cada uma daquelas condicionantes. Realmente, a edição de uma tal norma pelo Conselho Federal de Medicina é, para os padrões culturais do Brasil, extremamente impactante, vindo a gerar, como gerou, grande celeuma. O Ministério Público Federal entendeu que a norma ultrapassou as competências do CFM, por pretender regramento que não comportava tal regramento, seja pelos limites jurídicos, seja pelos limites culturais que o Ilustre subscritor da inicial julga vigentes no Brasil. Nesse sentido, é sem dúvida pertinente a discussão ampla do tema, já que a Resolução impugnada, pelo seu caráter normativo, poderia, na visão do DD. signatário da inicial, produzir efeitos incompatíveis com valores culturais e sociais caros à sociedade brasileira, importando, inclusive, em contrariedade às leis penais vigentes. Entretanto, conforme passaremos a explicar, ousamos discordar do posicionamento externado na inicial, sem embargo da profundidade dos argumentos que

sustentam a tese. Nossa posição se resume, brevemente, em três 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 as providências pretendidas, em face da argumentação desenvolvida.

À guisa de introdução, teceremos comentários sobre conceitos que influenciam diretamente a opinião ministerial ora externada e o desfecho desta ação.

Considera-se **eutanásia** a provocação da morte de paciente terminal ou portador de doença incurável, através de ato de terceiro, praticado por sentimento de piedade. Na hipótese, existe doença, porém sem estado de degeneração que possa resultar em morte iminente, servindo a eutanásia, para, justamente, abreviar a morte, por sentimento de compaixão.

A eutanásia não conta com autorização legal em nosso país, configurando a prática o crime de homicídio doloso, podendo ser tratado como modalidade privilegiada, em razão do vetor moral deflagrador da ação.

Já a **distanásia** é o prolongamento artificial do estado de degenerescência. Ocorre quando o médico, frente a uma doença incurável e ou mesmo à morte iminente e inevitável do paciente, prossegue valendo-se de meios extraordinários para prolongar o estado de "mortificação" ou o caminho natural da morte. A distanásia é, frequentemente, resultado da aplicação de meios não ortodoxos ou usuais no protocolo médico, que apenas retardarão o momento do desenlace do paciente, sem trazer-lhe chances de cura ou sobrevida plena, e, às vezes, provocando-lhe maior sofrimento.

No meio das duas espécies, figura a **ortotanásia**, que significa a morte "no tempo certo", conceito derivado do grego "orthos" (regular, ordinário). Em termos práticos, considera-se ortotanásia a conduta omissiva do médico, frente a paciente com doença incurável, com prognóstico de morte iminente e inevitável ou em estado clínico irreversível.

Neste caso, em vez de utilizar-se de meios extraordinários para prolongar o estado de morte já instalado no paciente (que seria a distanásia), o médico deixa de intervir no desenvolvimento natural e inevitável da morte. Tal conduta é considerada ética, sempre que a decisão do médico for precedida do consentimento informado do próprio paciente ou de sua família, quando impossível for a manifestação do doente. Tal decisão deve levar em conta não apenas a segurança no prognóstico de morte iminente e inevitável, mas também o custo-benefício da adoção de procedimentos extraordinários que redundem em intenso sofrimento, em face da impossibilidade de cura ou vida plena.

A ortotanásia não se confunde com a chamada eutanásia passiva. É que, nesta, é a conduta omissiva do médico que determina o processo de morte, uma vez que a sua inevitabilidade ainda não está estabelecida. Assim, os recursos médicos disponíveis ainda são úteis e passíveis de manter a vida, sendo a omissão do profissional, neste caso, realmente criminosa.

A eutanásia, assim, na forma ativa ou passiva, é prática que provoca a morte do paciente, pois ainda não há processo de morte instalado, apesar do sofrimento físico e/ou psicológico que possa atingir o paciente. No entanto, a omissão em adotar procedimentos terapêuticos extraordinários quando a morte já é certa (ortotanásia), não produz a morte do paciente, uma vez que nenhum ato do médico sobre ele poderá evitar o evento do desenlace.

Por sua vez, a **mistanásia**, também chamada de "eutanásia social", é a morte provocada por problemas de infraestrutura da saúde pública, que atinge direta e conscientemente a parcela mais pobre da população, que menos tem acesso a adequados recursos. Nem de longe tem relação com a ortotanásia, que é prática adotada pelo médico, com a anuência de quem de direito, não por imperativos de falta de mecanismos (aqui, sequer de anuência se cogita), mas por imperativo -

ético e de consciência - de que, sendo inútil a adoção de recursos terapêuticos extraordinários, é desnecessário impor maior sofrimento ao paciente terminal.

Diante de tais conceitos, passemos a contrariar a tese central desta demanda, segundo a qual a ortotanásia constituiria crime de homicídio.

E, aqui, recorreremos, de início, à doutrina do penalista Luiz Flávio Gomes:

"Na nossa opinião, mesmo de lege lata (tendo em vista o ordenamento jurídico vigente hoje), desde que esgotados todos os recursos terapêuticos possíveis e desde que cercada a morte de certas condições razoáveis (anuência do paciente, que está em estado terminal, sendo vítima de grande sofrimento, inviabilidade de vida futura atestada por médicos etc.), a eutanásia (morte ativa), a morte assistida (suicídio auxiliado por terceiro) e a ortotanásia (cessação do tratamento) não podem ser enfocadas como um fato materialmente típico porque não constitui um ato desvalioso, ou seja, contra a dignidade humana, senão, ao contrário, em favor dela (no sentido de que a ortotanásia é juridicamente irreprovável cf. Luís Roberto Barroso, Folha de São Paulo de 04.12.06, p. C4) (...) A essa conclusão se chega quando se tem presente a verdadeira e atual extensão do conceito de tipo penal (dado pela teoria constitucionalista do delito, que sustentamos com base em Roxin, Frisch e Zaffaroni), que abrange (a) a dimensão formal-objetiva (conduta, resultado naturalístico, nexos de causalidade e adequação típica formal à letra da lei); (b) a dimensão material-normativa (desvalor da conduta + desvalor do resultado jurídico + imputação objetiva desse resultado) e (c) a dimensão subjetiva (nos crimes dolosos). A "morte digna", que respeita a razoabilidade (quando atendida uma série enorme de condições), elimina a dimensão material-normativa do tipo (ou seja: a tipicidade material), porque a morte, nesse caso, não é arbitrária, não é desarrazoada. Não há que se falar em resultado jurídico desvalioso nessa situação" (Artigo "Eutanásia, morte assistida e ortotanásia: dono da vida, o ser humano é também dono da sua própria morte?" Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1305, 27 jan. 2007, fls. 539/541).

Em seguida, o pensamento do sempre luminar Luís Roberto Barroso, sobre a resolução impugnada:

"(...) uma tese melhor é que o Código Penal deve ser interpretado à luz da Constituição, sob princípios como o da dignidade da pessoa humana e o da liberdade. A liberdade envolve direito à autodeterminação, desde que o exercício dessa liberdade seja lúcido e não interfira no direito de uma outra pessoa. O segundo princípio que legitima a resolução é o da dignidade da pessoa humana, que compreende, além do direito a uma vida, o direito a uma morte digna. Não há nenhuma dúvida, nem ética, nem jurídica, à luz dos valores sociais e dos princípios constitucionais, de que a ortotanásia é legítima. A resolução é uma interpretação adequada da Constituição" (fls. 528/535).

Vê-se, pois, que se chega à conclusão da atipicidade material do suposto crime de homicídio, ainda que privilegiado, decorrente da prática de ortotanásia, levando-se em consideração que a falta de adoção de terapêuticas extraordinárias, pelo médico, para prolongar um estado de morte já instalado em paciente terminal (desde que autorizado por quem de direito) não conduz a um resultado desvalioso no campo penal, considerando a necessária interação que os princípios constitucionais - todos derivados da diretriz primordial da preservação da dignidade da pessoa humana - têm de estabelecer com a moderna teoria do fato típico, balizando a interpretação do direito penal vigente.

De outro lado, a própria configuração da omissão de socorro, que se poderia pensar decorrente da prática da ortotanásia, é igualmente descartada por Mário Roberto Hirschheimer e Clóvis Francisco Constantino, em artigo publicado pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM (fls.735/739):

"O art. 135 do CP conceitua o crime de omissão de socorro como: "Deixar de prestar assistência...à criança abandonada ou extraviada, ou a pessoa inválida ou ferida, ao desamparo, ou em grave e iminente perigo; ..."Muitos entendem que suspender ou não indicar medidas de suporte de vida caracteriza, em qualquer circunstância, omissão de socorro. Estimula tal atitude o que diz o art. 13 do CP: "O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido". Partindo da premissa de que pacientes terminais estão em processo inexorável de morte e não há como salvar suas vidas, é permitido entender que o art. 135 do CP não se aplica a estes casos. Prestar assistência na

forma de atenções para o bem-estar físico, social, mental e espiritual do paciente, com apoio, informações e esclarecimentos apropriados a ele e a seus familiares não significa "deixar de prestar assistência".

O que os autores acima estabelecem é, na verdade, a quebra do nexo causal entre a ação do médico e o resultado (morte inevitável), circunstância que retira, assim, a tipicidade penal da conduta. O mesmo raciocínio aplica-se à interpretação do tipo homicídio à prática da ortotanásia, uma vez que, também nesta hipótese típica, não haverá crime se a conduta do indigitado autor não contribuir, em última análise, para a causação do resultado morte.

Outras considerações, desta feita no âmbito da bioética ou do biodireito podem ser úteis à compreensão do tema. Por exemplo, a opinião de Tereza Rodrigues Vieira:

"Ortotanásia significa morte correta, ou seja, a morte pelo seu processo natural. Neste caso o doente já está em processo natural da morte e recebe uma contribuição do médico para que este estado **siga seu curso natural**. Assim, ao invés de se **prolongar artificialmente o processo de morte** (distanásia), deixa-se que este se desenvolva naturalmente (ortotanásia). Somente o médico pode realizar a ortotanásia, e ainda não está obrigado a prolongar a vida do paciente contra a vontade deste e muito menos aprazar sua dor. A Ortotanásia é conduta atípica frente ao Código Penal, pois não é causa de morte da pessoa, uma vez que o processo de morte já está instalado. Desta forma, diante de dores intensas sofridas pelo paciente terminal, consideradas por este como intoleráveis e inúteis, o médico deve agir para amenizá-las, mesmo que a consequência venha a ser, indiretamente, a morte do paciente" (Bioética e direito. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999, p. 90.).

E a visão do Ilustre Promotor de Justiça Diáulas Costa Ribeiro, sobre o assunto:

"Mas a suspensão do esforço terapêutico tem suporte, entre nós, na Constituição Federal (art. 1º, III, e art. 5º, III), que reconhece a dignidade da pessoa humana como fundamento do estado democrático brasileiro e diz expressamente: ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante; no Código Civil (art. 15), que autoriza o paciente a recusar determinados procedimentos médicos; na Lei nº

8080/90 (art. 7º, III), que reconhece o direito à autonomia do paciente; e no Código de Ética Médica, que repete esses mesmos princípios legais e ainda proíbe ao médico realizar procedimentos terapêuticos contra a vontade do paciente, fora de um quadro de emergência médica de salvação, o que não é o caso de um quadro irreversível, sem nenhuma resposta a qualquer tipo de tratamento" (fls. 112/120).

Releva notar que o Ministério da Saúde, na Portaria nº 675/GM, de 30 de março de 2006, aprovou a Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde, entre eles o de consentimento ou a recusa de forma livre, voluntária e esclarecida, depois de adequada informação, a quaisquer procedimentos diagnósticos, preventivos ou terapêuticos, salvo se isso acarretar risco à saúde pública. Foi lhe também assegurado, como afirma novamente Diaulas Ribeiro, "o direito de opção pelo local de morte, que contempla o direito de opção pelo tempo da morte. Esse direito atende à reivindicação de desospitalização do paciente, recusada por médicos sob o temor de estarem, com a alta a pedido, concorrendo para a sua morte, o que também é inerente ao paternalismo e já não tem razão de ser neste novo contexto" (fl. 119).

Do ponto de vista constitucional, portanto, é plenamente possível e razoável sustentar-se a atipicidade (homicídio privilegiado ou omissão de socorro) da conduta médica de deixar de adotar procedimentos terapêuticos excepcionais para prolongar artificialmente o processo de morte do paciente terminal.

Assim, a pecha de que a Resolução nº 1805/2006, do CFM, viola a ordem jurídica, porque descriminaliza conduta penal, já não tem lugar na presente discussão.

De outra parte, mesmo que nos dispuséssemos a não fazer uma interpretação constitucional da lei penal e, assim, considerássemos criminosa a ortotanásia, ainda assim parecer-nos que a citada norma não mereceria a reprovação que a inicial lhe imprimiu.

É que a Resolução não trata de direito penal. Não descrimina qualquer coisa, mas apenas põe o médico a salvo de contestação ético-disciplinar, caso decida adotar procedimentos que configurem a ortotanásia. Desse modo, cai por terra o argumento, alinhavado na inicial, de que o Conselho Federal de Medicina não teria competência para normatizar o tema.

Se considerarmos que a Resolução visa a conferir maior segurança e tranquilidade ao médico, em face de possíveis posteriores ameaças de ser enquadrado no Código Penal pátrio como homicida ou autor de omissão de socorro, não se poderá objetar o seu poder regulamentar, já que se trata de regramento do ato médico, dos limites do proceder médico em face dos princípios regentes da profissão (autonomia, beneficência, não-maleficência, entre outros), em prol do bem comum, da função social da Medicina e da higidez ética no trato da vida e da morte.

Em resumo, na hipótese de que cuida a Resolução nº 1805/2006, o médico até poderá vir a ser responsabilizado por eventual crime cometido (que, em tese, pode ser descartado, como afirmamos, mas, em algum caso concreto, poderá ser apurado e constatado), mas é certo que estará a salvo do questionamento ético-disciplinar, porque este é o limite da "autorização" prevista na resolução impugnada.

Portanto, o Conselho Federal de Medicina não exorbitou de seu poder regulamentar, certo que tem atribuição legal para expedir normas disciplinares da profissão e da conduta médica.

Tal é ponto de vista de Maria Elisa Villas Boas:

"Recentemente publicada, a Resolução, a rigor, não era necessária. **Ela não permite nada. Só ratifica o que já é permitido.** Vem, todavia, afinal dirimir algumas dúvidas, mais comuns no lidar com pacientes em final de vida. Foi preciso muita discussão e maturamento para se chegar à conclusão - algo óbvia, é de se dizer - de que ninguém é obrigado a morrer intubado, usando drogas vasoativas (para o coração se manter, a duras penas, batendo) e em procedimentos dialíticos numa UTI. O Direito não pode obrigar isso. O Direito não tem por que obrigar isso. **Não, não é crime morrer em casa, ou sob cuidados que mais se aproximem dos domiciliares**" (...) A ortotanásia pregada na Resolução 1805/2006 não é a morte antecipada, deliberadamente provocada, como na ideia atual de

eutanásia. **É a morte mais natural e humana, quando já não se a pode evitar ou adiar a contento** (...) Dizer que é ilegal a ortotanásia assim empreendida - quando, esgotados os recursos úteis, restam a mera futilidade e a obstinação terapêutica - significa dizer que é obrigatória a distanásia: a morte adiada a todo custo, às expensas de agonia, abuso terapêutico e desnecessário sofrimento, como numa tortura final, que condena o paciente à morte solitária, isolado dos seus entes queridos, nega-lhes a participação no processo de morrer, submete o paciente a mais e mais desconfortos, ainda que se os saiba incapazes de reverter o quadro mórbido e o processo de morte instaurados" (fl. 688).

A nosso ver, aliás, e em conformidade com a ideia acima exposta, 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.

A Resolução em foco busca apenas dar mais transparência a uma prática que já é comum, mas que é frequentemente escamoteada pelos médicos, por medo de que venham a sofrer represálias éticas ou jurídicas, dada a incompreensão que muitas vezes cerca o assunto.

No particular, é preciso entender que a ortotanásia se insere num contexto científico mais amplo denominado "medicina paliativa", que representa, em verdade, uma correção de rumos e certa quebra de paradigmas da medicina tradicional.

É cediço que devem reger a atividade do médico, dentre outros, os princípios da autonomia, da beneficência e da não maleficência.

O **princípio da autonomia** reclama o envolvimento consciente do paciente no processo terapêutico e propugna o respeito às suas decisões. É direito do usuário do serviço de saúde, inclusive previsto na legislação brasileira, devendo, pois, ser sempre respeitado. Nesse prisma, para resguardar o princípio da autonomia no tratamento oferecido aos pacientes terminais, que, em geral, não apresentam estados mentais que permitam decidir conscientemente sobre as terapias possíveis, é sempre necessário recorrer à decisão da família ou do responsável legal, que passam a "falar" pelo paciente.

Saliente-se que a Resolução impugnada obedece a esse princípio, estabelecendo que o próprio paciente terminal ou sua família devem estar conscientemente envolvidos na decisão de suspender cuidados extraordinários que já não se mostrem úteis, uma vez considerado irreversível o processo de morte. E sempre terão direito a recorrer a outras opiniões médicas, caso não se sintam suficientemente esclarecidos para tomar esta ou aquela diretriz.

Quanto ao **princípio da beneficência**, é intuitivo concluir que compete ao médico fazer tudo quanto estiver ao seu alcance para melhorar as condições de vida do paciente. Mesmo que determinado tratamento possa lhe causar sofrimento, se houver chance de cura e possibilidade de êxito, deverá o médico procurar beneficiar o paciente.

Já o **princípio da não-maleficência** propugna que as atividades médicas, tanto quanto possível, não devem causar mal ao paciente ou devem causar-lhes apenas o mal necessário para que se restabeleça a sua saúde.

Normalmente, deve o médico por em destaque, numa escala de prioridades, o princípio da beneficência. Se há chances de salvar a vida do paciente, o remédio, por mais amargo que lhe pareça, deve-lhe ser aplicado, apesar dos incômodos que venha a causar. Ninguém discorda de que um tratamento quimioterápico provoca certos males ao paciente, que, no entanto, são suportados em prol do benefício que poderá gerar - a cura do câncer.

Pois bem. Quando se lida com pacientes terminais, de acordo com os conceitos da moderna medicina paliativa, invertem-se as perspectivas e, poderíamos dizer, o peso que os princípios da beneficência e da não-maleficência possuem.

É que, diagnosticada a terminalidade da vida, qualquer terapia extra se afigurará ineficaz. Assim, já não se pode aceitar que o médico deva fazer tudo para salvar a vida do paciente (beneficência), se esta vida não pode ser salva. Desse modo, sendo o quadro irreversível, é melhor - caso assim o paciente e sua família o desejem - não lançar mão de cuidados terapêuticos excessivos (pois ineficazes), que apenas terão o condão de causar agressão ao paciente. Daí é que se pode concluir que, nessa fase, o princípio da não-maleficência assume uma posição privilegiada em relação ao princípio da

beneficência - visto que nenhuma medida terapêutica poderá realmente fazer bem ao paciente.

Então, o que propugna a medicina paliativa, em cujo contexto está a ortotanásia, é que, na impossibilidade de salvar a vida, deve-se deixar correr o processo natural - e irreversível - da morte, conferindo-se ao paciente o maior conforto que possa ter nos seus últimos dias (o que pode se limitar ao alívio da dor ou chegar até a desospitalização, se esta for a vontade do próprio paciente e de sua família).

Como se disse alhures, se é exato que os médicos que lidam com pacientes terminais, em sua maioria, já antepunham ao princípio da beneficência o da não-maleficência, há de se concluir que, do ponto de vista prático, nada mudou com a resolução do CFM. A conclusão deriva, além da análise dos numerosos estudos e artigos constantes destes autos, também dos preciosos depoimentos prestados em audiência de instrução, a saber:

À fl.824, o médico José Eduardo de Siqueira esclarece que "a partir do diagnóstico da terminalidade, que é relativamente fácil e seguro, a postura médica tem sido a de ouvir uma equipe multidisciplinar, que inclui psicólogo, enfermagem, assistente social na busca de uma decisão sobre o tratamento mais adequado para aquela situação; que pode mencionar o caso de profissionais que, após conversar com a família e equipe multidisciplinar, decidem não aplicar o procedimento de ressuscitação, **mas para se resguardar, registram no prontuário que aplicou esse procedimento, mas não obteve sucesso**; que é correto dizer que a **resolução não alterou a prática médica, mas tão somente ensejou uma tranquilidade para os médicos** registrarem, especialmente no prontuário, o procedimento adotado conforme a realidade, sendo que, com suspensão da vigência da resolução, os médicos em nada alteraram a sua prática, mas omitem o registro efetivamente foi feito, existindo aí um pacto de silêncio".

À fl. 823, o padre Leocir Pessini afirma "que vários códigos de ética médica que foram revisados recentemente passaram a incluir, ao lado da vedação da eutanásia ativa, a vedação da obstinação terapêutica ou distanásia, a exemplo de Portugal, Canadá, Estados Unidos, Espanha e Itália".

À fl. 822, a médica Cláudia Burlá sugere "que na vigência da resolução a depoente observou que a publicação dessa norma deu uma maior tranquilidade para os médicos, que passaram então a procurar conhecer mais sobre o tratamento paliativo"

À fl. 825, a médica Maria Goretti Sales Maciel assevera "que durante a vigência da resolução, ou seja, do final de 2006 até o final de 2007, **não observou alteração alguma na prática médica, enfatizando somente que pode ter ocorrido mudança no registro prontuário**, pois às vezes ocorria de o médico de plantão que vinha constatar o óbito do paciente registrar que aplicou procedimento que não foram aplicados na realidade, como procedimento de ressuscitação".

E à fl. 826, o médico Roberto Luiz D'Ávila diz "que a resolução não é impositiva nem proibitiva de uma conduta (...), sendo que o objetivo real da resolução foi permitir que os médicos interrompessem ou não iniciassem tratamentos desproporcionais à doença e que de nada adiantariam, com tranquilidade no sentido de não serem punidos eticamente".

Pode-se dizer então que 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 em sua atuação e possibilitando inclusive maior controle de sua atividade.

Além disso, o receio de que os médicos viriam a encerrar indiscriminadamente os procedimentos terapêuticos de quaisquer pacientes ou de que poderiam errar no prognóstico também cede à constatação de que, na prática médica, o "expert", em virtude de sua experiência, tem quase absoluto grau de segurança para identificar a terminalidade da vida. Ainda segundo Roberto Luiz D'Ávila, no depoimento prestado nestes autos (fl. 826), "existem diversas doenças que implicam o estado terminal, e todo médico está habilitado para reconhecer esses estados em cada doença específica, de maneira que se fosse regulamentar todos esses casos, a resolução seria muito longa e fatalmente incorreria em omissão, além disso a ortotanásia ocorre, como já salientado, em um ambiente de confiança entre o paciente, sua família e o médico". Adiante, acrescenta que "a maioria dos casos se refere à oncologia e **os médicos têm conhecimento sobre o prognóstico de cada tipo de câncer, e no que se refere às outras doenças degenerativas,**

pela falência progressiva dos órgãos, é possível fazer esse prognóstico de morte próxima e iminente".

Tanto maior será essa segurança quanto mais profissionais estiverem envolvidos no processo de discussão, daí a possibilidade de se buscar uma segunda opinião - como prevê a resolução - e a conveniência de se tomar tal tipo de decisão sempre em equipe, como se busca fazer nos melhores centros terapêuticos.

Frise-se que nem mesmo o receio de "o médico estar errado" ou a possibilidade - ainda que remotíssima - de "um milagre reverter o quadro" de um doente terminal impediu o Vaticano de realizar a vontade do Papa João Paulo II, de não mais se submeter a tratamento com sofrimento e que não lhe traria a cura para uma doença já terminal, em estado avançado. E, atente-se, estamos falando da Igreja Católica, que aceita a ortotanásia, não obstante reconheça a sacralidade do valor da vida.

Com efeito, a posição manifestada pela CNBB - Conferência Nacional dos Bispos no Brasil se baseia na Encíclica *Evangelium vitae* (O Evangelho da Vida, 1995), que permite ao doente renunciar ao "excesso terapêutico", quando este não lhe possa trazer mais benefícios (fls. 357/358).

Vale salientar que a dificuldade em estabelecer a terminalidade não é menor ou maior que outras dificuldades enfrentadas pelos profissionais da medicina, ao diagnosticar uma doença rara ou ao optar por um tratamento em lugar de outros, sabendo-se que uma posição não exata poderá trazer consequências distintas para o paciente. Isso porque não existe 100% de certeza na medicina. Assim, desejar que os médicos atuem frente a um doente terminal com absoluta certeza da inevitabilidade da morte não é um argumento válido para recusar a legitimidade da ortotanásia, porque a exigência é incompatível com o próprio exercício da Medicina, que não pode se obrigar a curar o paciente, mas pode comprometer-se a conferir-lhe a maior qualidade de vida possível, diante do seu estado e dos recursos técnicos existentes.

A Resolução guerreada é, pois, uma manifestação dessa nova geração da ética nas ciências médicas, que quebra antigos tabus e decide enfrentar outros problemas realisticamente, com foco na dignidade humana.

Na medicina atual, há um avanço no trato do doente terminal ou de patologias graves, no intuito de dar ao paciente não necessariamente mais anos de vida, mas, principalmente, sobrevida com qualidade.

A medicina deixa, por conseguinte, uma era paternalista, super-protetora, que canalizava sua atenção apenas para a doença e não para o doente, numa verdadeira obsessão pela cura a qualquer custo, e passa a uma fase de preocupação maior com o bem-estar do ser humano.

E, repise-se, não se trata de conferir ao médico, daqui pra frente, uma decisão sobre a vida ou a morte do paciente, porque ao médico (ou a equipe médica, tanto melhor) apenas caberá identificar a ocorrência de um estado de degeneração tal que indique, em verdade, o início do processo de morte do paciente. Trata-se, pois, de uma avaliação científica, balizada por critérios técnicos amplamente aceitos, que é conduta insita à atividade médica, sendo completo despautério imaginar-se que daí venha a decorrer um verdadeiro "tribunal de vida ou morte", como parece pretender a inicial.

Por tudo isto é que os pedidos deduzidos na presente demanda não devem ser acolhidos." (Fls. 853-867, negritos no original)

Nessa ordem de considerações, pelas quais não entrevejo ilegitimidade alguma na Resolução CFM n. 1.805/2006, é de se rejeitar assim o pedido principal de se reconhecer sua nulidade, bem como o pedido alternativo de sua alteração.

Do exposto, revogo a antecipação de tutela anteriormente concedida e **JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO**. Sem condenação em honorários advocatícios nem custas processuais (art. 18, da Lei 7.347/85).

P. R. I. Brasília, 1º de dezembro de 2010.

ROBERTO LUIS LUCHI DEMO
Juiz Federal Substituto da 14ª Vara/DF