

**DIREITO PENAL MÉDICO E OS
HARD CASES: EUTANÁSIA,
SUICÍDIO ASSISTIDO,
DISTANÁSIA E ORTOTANÁSIA**

*Márcia Maria Pazinato³² e Sebastião
Augusto de Camargo Pujol³³*

RESUMO: Vida e Morte são dois acontecimentos inevitáveis na finitude da trajetória humana. São fenômenos que atravessam os estudos da ciência médica e das ciências jurídicas. Nesse sentido a primeira encontra a segunda, e, assim, Direito e Medicina se unem, do que resulta o denominado Direito Médico. A proposta do artigo é estabelecer um recorte com foco no estudo do Direito Penal Médico e seus casos difíceis (*Hard Cases*). Delimita-se a reflexão jurídica para as questões jurídico-penais envolvendo a eutanásia, o suicídio assistido, a distanásia e a ortotanásia.

Palavras-chave: Direito Penal Médico; Eutanásia; Suicídio Assistido; Distanásia e Ortotanásia.

ABSTRACT: Life and Death are two inevitable events in the finitude of the human trajectory. These are phenomena that cross the studies of medical science and the legal sciences. In this sense medical science meets legal science. And so law and medicine unite what results in the so-called medical law. The purpose of the article is to establish a focus focusing on the study of medical criminal law and its hard cases. Legal reflection on

criminal-law issues involving euthanasia, assisted suicide, dysthanasia and orthothanasia

KEYWORDS: Medical Criminal Law. Euthanasia. Assisted suicide. Dysthanasia. Orthothanasia

I – O CÓDIGO PENAL DE 1940

A Parte Especial do atual Código Penal Brasileiro foi editada pelo Decreto-Lei n.º 2.848 de 07.12.1940, tendo entrado em vigor em 01.01.1942, época em que a República Federativa do Brasil era regida pela Constituição outorgada de 1937 e o Presidente da República era Getúlio Vargas que havia dissolvido o Parlamento e fechado o Congresso Nacional.

O Decreto-Lei era espécie normativa prevista na Constituição de 1937 que não vedava a hipótese de se legislar através deste. Embora a atual Constituição Federal de 1988 não o admita mais como espécie legislativa, a doutrina e a jurisprudência pacificaram o entendimento de que o atual Código Penal foi recepcionado pela atual Carta Magna como se lei ordinária federal fosse.

Na década de 1940, o cenário interno da sociedade brasileira correspondia a uma vida predominantemente rural com uma população de

³² Aluna do décimo semestre da FADIPA

³³ Professor da FADIPA e Doutorando no DPM pela FADUSP

41,1 milhões. A urbanização caminhava a passos lentos. E, no cenário internacional, a política externa brasileira havia aderido aos Aliados contra o Eixo na II Guerra Mundial.

O Estado brasileiro seguia o ciclo de poder político autoritário e centralista getulista conhecido como Estado Novo a partir da Constituição de 1937 em que o Presidente tinha o poder de governar através de tais decretos-leis. Havia uma contradição entre a ditadura no âmbito interno e o apoio externo do Brasil à luta pela Democracia dos Aliados no conflito bélico internacional.

No contexto desse dilema entre o autoritarismo interno e o apoio externo às democracias, Francisco Campos, novo Ministro da Justiça, designou em 1938 José D'Oliveira de **Alcântara Machado**, que era professor de Medicina Legal da Faculdade de Direito de São Paulo, e uma das expressões da oposição ao governo Vargas, para estudar a mudança da legislação penal e elaborar um anteprojeto de um novo Código Penal Brasileiro.

Após a apresentação do anteprojeto do novo Código Penal por Alcântara Machado, Getúlio Vargas nomeou uma Comissão Revisora composta por Nelson Hungria, Vieira Braga, Narcélio de Queiroz e Roberto Lyra, com a liderança do primeiro, bem assim com as colaborações dos penalistas

Antonio José da **Costa e Silva**, Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, e **Abgar** de Castro Araújo **Renault**.

E assim foi editado o Código Penal de 1940, sendo certo que em 1984 foi promulgada a Lei Federal 7.209/1984, a qual alterou a Parte Geral do Código Penal Brasileiro, de modo que hoje se tem na legislação repressiva brasileira uma parte geral de 1984 e uma parte especial de 1940.

Esse diploma repressivo sofreu alterações pontuais, fazendo com que a sistematicidade, o encadeamento lógico e a operatividade do raciocínio jurídico-penal – características típicas do fenômeno da codificação – tornassem-se mais complexos, de modo a exigir trabalho redobrado para a dogmática jurídico-penal.

II - AS TECNOLOGIAS EMERGENTES

Desde a edição do Código Penal de 1940, as tecnologias emergentes na área médica têm trazido aquilo que é denominado como modernidade ambivalente, pois ao solucionar um problema paradoxalmente exsurtem outros. A partir da década de 1950, entraram em cena os respiradores ou

ventiladores mecânicos, que permitiram a manutenção artificial da respiração de pacientes. E depois disso apareceram as modernas técnicas ou manobras de reanimação cardiorrespiratória, ventilações assistidas, desfibriladores, máquinas de diálise e desenvolvimento de aparelhagem moderna de unidades de terapia intensiva – UTIs, que ampliaram a perspectiva terapêutica com ampliação do suporte avançado de vida para disfunções orgânicas.

Na década de 1970, foi realizada a primeira cirurgia de redesignação de sexo no Brasil. Essa manobra cirúrgica também é denominada transexualismo que consiste na “ablação de órgãos genitais masculinos e abertura, no períneo, mediante incisão, de fenda, à imitação de vulva postiça” (RT 545/355 de março de 1981). Esse procedimento médico complexo foi realizado em 1971 no Hospital Oswaldo Cruz em São Paulo.

O médico cirurgião responsável pela intervenção cirúrgica foi processado criminalmente pela prática do delito de lesão corporal dolosa gravíssima tipificado no artigo 129, §2.º, inciso III, do Código Penal Brasileiro (qualificadora da perda ou inutilização do membro, sentido ou função). O juízo de primeira instância da Comarca de São Paulo prolatou sentença penal condenatória. O

sentenciado interpôs recurso de apelação e a 5.º Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo por votação majoritária deu provimento ao apelo para absolver o réu, ao fundamento da inexistência de dolo na conduta do médico (Recurso de Apelação n.º 201.999, Rel.designado Denser de Sá, data do acórdão : 06.11.1979, com declaração de voto vencido do Des.Octávio Roggiero).

Observe-se que o crime de lesão corporal gravíssima não foi alterado, permanecendo a mesma redação do Código Penal de 1940. O que mudou foi a interpretação da incidência ou não incidência dessa figura penal para o caso da cirurgia de redesignação de sexo. No caso concreto em tela, um juiz de primeira instância e um desembargador de segunda instância entenderam pela configuração típica. No entanto, dois desembargadores com votação vencedora entenderam pela não incidência penal.

E hoje tal cirurgia de transexualismo é regulamentada pelo Conselho Federal de Medicina – que é uma autarquia federal vinculada à Administração Indireta – através da Resolução CFM 1955/2010, que dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo, descrita como uma cirurgia de transformação plástico-reconstrutiva da genitália externa, interna e caracteres

sexuais secundários, esta não constitui crime de mutilação, previsto no artigo 129 do Código Penal Brasileiro, pois tal ato cirúrgico tem escopo terapêutico específico de adequar a genitália ao sexo psíquico.

As novas tecnologias já permitem a edição genômica mediante o acoplamento do *Clustered Regularly Interspaced Short Palindromic Repeats* - CRISPR e do sistema Cas9. O novo Código de Ética Médica aprovado pela Resolução CFM n.º 2.217/2018, veda, no artigo 16, ao médico intervir sobre o genoma humano com vista à sua modificação, exceto na terapia gênica, excluindo-se qualquer ação em células germinativas que resulte na modificação genética da descendência.

A Lei 11.105/2005, conhecida como Lei da Biossegurança, tipifica, no artigo 25 como crime de ação penal pública incondicionada, a conduta de praticar engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano ou embrião humano, com pena de reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa. A referida lei foi regulamentada pelo Decreto n.º 5591/2005 que conceituou, no artigo 3.º, engenharia genética como atividade de produção e manipulação de moléculas de ADN/ARN recombinante (inciso VI); célula germinal humana é a

célula-mãe responsável pela formação de gametas presentes nas glândulas sexuais femininas e masculinas e suas descendentes diretas em qualquer grau de ploidia (inciso X).

As tecnologias emergentes em constante mutação abriram os horizontes para formação de um novo capítulo nos estudos do direito penal denominado direito penal médico, que vai paulatinamente abandonando o modelo paternalista da medicina da intervenção médica, passando a prestigiar cada vez mais a autonomia do paciente na relação médico-paciente.

III – O DIREITO (PENAL) MÉDICO

O estudo mais vigoroso do direito penal médico foi realizado pelo penalista alemão Albin Esser. A sua obra seminal foi traduzida para o espanhol com o título de *Estudios de Derecho penal médico*. Ainda no direito comparado, destaca-se o penalista português Jorge de Figueiredo Dias na produção de artigo científico intitulado *Na era da tecnologia genética que caminhos para o direito penal médico?*

Por essa postulação, o direito penal médico estaria inserido num contexto não setorial, mas sim integrado ao direito da

medicina. Toda evolução tecnológica na medicina constitui polo gerador de mudanças sociais e de novos problemas que mais cedo ou mais tarde terão que ser enquadrados e regulados pelo Direito.

O “admirável mundo novo” criado pela biotecnologia produz novos problemas que devem ser solucionados pelo Direito. A tecnologia na área médica tem viabilizado novos testes, análises e diagnósticos genéticos, condensando-se na medicina preditiva e preventiva, com diagnósticos pré-conceptivos, pré-implantatórios e pré-natais, e o estabelecimento de protocolos e critérios com exames clínicos e complementares para estabelecimento do momento da morte e a definição jurídico-penal do momento do início da vida.

O direito penal médico clássico estava a tutelar os bens jurídicos individuais. Todavia, com o advento da sociedade de risco pós-industrial, o direito penal médico passou a tutelar bens jurídicos supraindividuais, como as “novas medicinas” genéticas, reprodutivas, preditivas e preventivas.

A profissão médica é aquela que apresenta o maior potencial de conflito com o Direito Penal, pois a atividade médica incide sobre os bens jurídicos mais importantes da condição humana que são a vida e a integridade física e

psíquica, embora a finalidade da intervenção médica seja idealmente terapêutica e curativa objetivando, notadamente, a obtenção de melhores condições de bem estar e saúde dos pacientes.

A incriminação da conduta médica mais frequente diz respeito às condutas negligentes configuradoras das infrações penais de homicídio culposo (artigo 121, § 3.º do CPB) e lesão corporal culposa (artigo 129, §6.º do CPB), sendo o primeiro crime de ação penal pública incondicionada e o segundo crime de ação penal pública condicionada à representação da vítima (artigo 88 da Lei 9.099/1995).

E mais ainda, alargando-se o rol de problemas suscitados pela intervenção médica, tem-se que o Direito Penal Médico abrange, também, as seguintes questões de relevância jurídico-penal:

DIREITO PENAL MÉDICO	
PROBLEMA	RELEVÂNCIA JURÍDICO PENAL
Problemas do regime de confidencialidade e segredo	Violação de segredo profissional – artigo 154 do CPB; crime de ação penal pública condicionada à representação da

	vítima (§ único do art. 154 do CPB)
Problemas do início da vida	Aborto (artigos 124-128 do CPB) e Infanticídio (art. 123 do CPB)
Problemas do fim da vida	Homicídio doloso (artigo 121, <i>caput</i>) e Homicídio privilegiado/Eutanásia (art. 121, §1.º do CPB – motivo de relevante valor moral)
Problemas afetos à evolução dos sistemas de apoio artificial à vida	
Problemas afetos ao auxílio clínico à morte ou ao suicídio assistido	Homicídio doloso (art. 121, <i>caput</i> , CPB)
Problemas jurídico-penais dos transplantes	Lei 9.434/1997 (Lei de Transplantes)
Problemas ligados à intervenção clínica na saúde mental	Cárcere privado qualificado (artigo 148, §1.º, inciso II, do CPB)
Problemas vinculados à procriação medicamente assistida	

Problemas afetos às neurociências: livre arbítrio e determinismo	Responsabilidade penal/inimputabilidade (artigo 26 do CPB)
Problemas afetos à genética	Lei 11.105/2005, artigo 25; engenharia genética não autorizada
Problemas afetos à Bioética: paternalismo x autonomia da vontade	
Problemas vinculados à comercialização ilícita e direitos de propriedade industrial de medicamentos	
Problemas ligados ao testamento vital e ao consentimento informado	

O limite textual deste artigo impõe a necessidade de um recorte nesse mapeamento das incriminações de problemas enfrentados pelo Direito Penal Médico. Assim é que serão abordadas as questões penais afetas à eutanásia, ortotanásia e distanásia e suicídio assistido.

IV – O DIREITO PENAL CLÁSSICO E O DIREITO PENAL MODERNO CONTEMPORÂNEO: DOGMÁTICA E ZETÉTICA JURÍDICA

O Direito é a disciplina da convivência humana. Essa é a lição magna do Professor Goffredo Telles Junior. O direito é uma disciplina prescritiva voltada para a solução de problemas jurídicos. O método dogmático é peculiar ao direito. A dogmática jurídica é uma forma de pensar o Direito ancorado nas formas jurídicas, a partir da inegabilidade do ponto de partida das normas jurídicas.

A subsunção é o método privilegiado do pensamento jurídico dogmático, em que o raciocínio silogístico preside a aplicação do direito em que a premissa maior é o texto legal, a premissa menor é representada pelos fatos e a conclusão é materializada pela decisão judicial constitutiva da norma jurídica individual.

Por muito tempo, a partir da obra de Beccaria, o Direito Penal Clássico foi regido pela matriz hermenêutica da dogmática jurídica como ingrediente fundamental para a interpretação e aplicação do Direito Penal, enraizado nos pressupostos da estrita legalidade, da proporcionalidade, da causalidade, da

subsidiariedade, da intervenção mínima, da fragmentariedade e da lesividade.

Frise-se que por dogmática jurídico-penal entende-se “a disciplina que se ocupa de interpretação, sistematização, elaboração e desenvolvimento das disposições legais e da doutrina científica no campo do Direito Penal” (ROXIN, 2006, p.192). A tarefa da dogmática jurídico-penal – inteiramente focada no direito em vigor-- é apreender conceitualmente o conteúdo e a estrutura dos princípios jurídicos do direito penal, reorganizando os conceitos singulares, assim adquiridos, em um sistema científico logicamente irrepreensível (WÜRTENBERGER, 1965, p.1).

Malgrado, com o advento da denominada sociedade de risco, caracterizada pela complexidade, globalidade e dinamismo social, com novas demandas de regulação penal de atividades capazes de produzir perigos, novos horizontes entreabriram-se para o denominado Direito Penal Contemporâneo. As tecnologias emergentes trouxeram para o Direito novos problemas para serem enfrentados pelo Direito da Medicina, como transplante de órgãos, critérios jurídicos para o estabelecimento do momento do início e do fim da vida, novos remédios e prolongamento da vida.

Essa problematização das questões jurídicas abre perspectivas para a denominada zetética jurídica como metodologia complementar para a práxis do Direito em ação que, nas palavras de Roscoe Pound, migraria do denominado *law in the books* para o *law in action*. E nesse contexto de problematização exsurge a **Tópica Jurídica**, fundada pelo jurista alemão Theodor Viehweg, como uma técnica de pensamento problemático em que se encaram os problemas pela perspectiva de diferentes pontos de vista chamados *topoi*.

A dogmática jurídica sempre será a modalidade de investigação triunfante e apegada ao direito positivo, posto que, na discussão das questões jurídicas, a todo momento será colocada a questão da decidibilidade jurídica, cuja solução resulta na aplicação do direito legislado ou norma positivada.

O problema é que nos casos difíceis, *hard cases* – entendidos como aqueles “cuja solução não se encontra pré-pronta no ordenamento jurídico, exigindo uma atuação criativa do intérprete” (BARROSO, 2017, p.33) – tem-se que não se localiza com facilidade a norma-regra ou norma-princípio regente do problema colocado em debate. Daí a emergência da zetética jurídica como modalidade de investigação inicial para a

problematização dos frequentes casos apresentados pela biotecnologia do prolongamento da vida e os consecutórios problemas de eutanásia, suicídio assistido, ortotanásia e distanásia.

Contudo, como já frisado, o enfoque privilegiado do direito sempre será o dogmático, tendo em vista a decidibilidade das questões jurídicas. A adesão da dogmática jurídica ao direito legislado constitui sua função precípua. Contudo, a dogmática jurídica possui outra função aparentemente incoerente com aquela, que consiste em reformular o direito legislado, “propondo exatidão para seus termos vagos, completando suas lacunas, resolvendo suas incoerências e ajustando suas normas a determinados ideais axiológicos” (NINO, 2010, p.384), promovendo, destarte, a reconstrução do direito.

Essa função de reconstrução do direito pela dogmática jurídica não se realiza de forma aberta, mas sim de modo encoberto, “utilizando um aparato conceitual retoricamente eficaz que cumpre a função de fazer surgir as soluções originais por ela propostas, como se derivassem, de alguma maneira, às vezes misteriosa, do direito positivo” (NINO, 2010, p.384).

V – A RENOVAÇÃO DO DIREITO: O HIATO ENTRE A LEGISLAÇÃO PENAL E A REALIDADE

Diante do quadro exposto de tecnologias emergentes e do “avassalador avanço do conhecimento científico-tecnológico em que a natureza deixou de ser um dado para ser um construído da ação humana” (LAFER, 2018), “o jurista está no mundo de hoje como deve ter estado o geógrafo na época das descobertas” (SAN TIAGO DANTAS, 2001).

O que se verifica é um hiato entre a legislação penal e a realidade tecnológica da biomedicina. As propostas de alteração e atualização da legislação penal em temáticas da bioética e do biodireito não avançam no Congresso Nacional, devido ao método aberto ao debate que pode durar meses, com fendas e obstruções que podem paralisar os trabalhos legislativos. E o que se vê é o fenômeno da legiferação governamental de assuntos da bioética pelo Conselho Federal da Medicina, que é uma autarquia federal vinculada à Administração Indireta. (FERREIRA FILHO, 2009, p.261).

Especificamente, discutir o fim da vida e legislar sobre eutanásia, suicídio

assistido, distanásia e ortotanásia é uma das questões mais complexas para o direito, dado que a morte é um tabu, apesar de a finitude da vida ser verdade incontestável e fato inevitável. Afirma Roxin que “os problemas existenciais que surgem em decisões sobre a vida e a morte dificilmente podem ser regulados através de normas abstratas, pois o direito vive de situações cotidianas tipificáveis, nem sempre conseguindo, em sua necessária conceituação generalizante, dar um tratamento adequado ao processo individual e irrepetível da morte”. (ROXIN, 2000, p. 9).

Outrossim, a discussão e o enfrentamento desse tema, o qual não é exclusivo da seara penal, encontra limites em áreas como a medicina, filosofia, teologia e outras, que contribuem para o debate ao mesmo tempo que dificultam o consenso. No entanto, a morte é um processo natural da existência humana e, como tal, deve ser respeitado e debatido.

Há, no Brasil, limitações no que tange às decisões sobre a doença e a morte. A eutanásia e o suicídio assistido são práticas proibidas no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive, com implicações penais. No entanto, a ortotanásia, prática reconhecida pelo Conselho Federal de Medicina, Resolução CFM nº 1.805/2006, admite o seguinte:

[...] 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. (CFM, Resolução nº 1.805/2006).

Para melhor compreensão das implicações jurídicas de cada uma dessas práticas, necessária se faz a diferenciação entre eutanásia, suicídio assistido, distanásia e ortotanásia. Consoante Roxin, “por eutanásia entende-se a ajuda que é prestada a uma pessoa gravemente doente, a seu pedido ou pelo menos em consideração à sua vontade presumida, no intuito de lhe possibilitar uma morte compatível com a sua concepção da dignidade humana”. (ROXIN, 2000, p. 9).

Consiste no suicídio assistido, também conhecido como suicídio eutanásico ou autoeutanásia, a iniciativa de uma pessoa que, gravemente doente, escolhe dar fim à própria vida. Essa prática conta com auxílio moral ou material de um terceiro. Aqui, o terceiro não intervém diretamente no evento morte, apenas presta assistência por motivos humanitários. (SOUZA, 2009, p.68).

Luís Roberto Barroso afirma que “antes temiam-se as doenças e a morte. Hoje, temem-se, também, o prolongamento da vida em agonia, a morte adiada, atrasada, mais sofrida”. Em regra, a prática da distanásia consiste em tratamentos médicos que têm por objetivo prolongar a vida do doente em fase terminal. Também conhecida como obstinação terapêutica, essa prática se tornou padrão em pacientes terminais, excluindo a decisão dos pacientes ou dos familiares. (BARROSO, 2018, p.46).

E a ortotanásia, prática regulamentada pelo Conselho Federal de Medicina na Resolução 1.805/2006, aplica cuidados paliativos que permitem que a morte siga seu curso natural, no tempo adequado, sem aplicação de métodos de prolongamento de vida, como medidas invasivas ou respiração artificial, e sem sofrimentos adicionais para aquele que se encontra em fase terminal.

Deve-se, ainda, observar a distinção entre o direito a uma morte digna e o direito de decidir sobre a morte. “O direito de morrer dignamente está relacionado ao desejo de se ter uma morte natural, humanizada, sem o prolongamento da vida e do sofrimento por meio de tratamento inútil.

O debate dessas práticas no Brasil deve ser posto pelo Direito Penal,

considerando conjuntamente a Constituição Federal de 1988, seus princípios e observância aos direitos fundamentais. À vista disso, a dignidade da pessoa humana, qualificada como um dos fundamentos de um Estado Democrático de Direito e instituída no artigo 1º da Constituição Federal do Brasil, em sua dimensão individual ou dignidade com autonomia, salvaguarda a liberdade de escolha; e, em sua dimensão social ou dignidade como heteronomia, reconhece a atuação do Estado e impõe limitações ao direito individual. Havendo colisão entre essas concepções de dignidade, qual deve prevalecer?

VI – A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO À MORTE DIGNA

O século XX proporcionou consistente desenvolvimento à Medicina no combate e prevenção de doenças e contribuiu também para a evolução do conceito de saúde, que passou a ser entendida como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente a ausência de afecções e enfermidades”, de acordo com a Organização Mundial de Saúde (OMS). (SCLIAR, 2007, p.37).

O desenvolvimento científico, apesar de haver proporcionado descobertas importantes e prolongado a expectativa de vida da população, contribuiu também para o prolongamento do processo de morte em situações terminais. A obstinação terapêutica, ou distanásia, que prevê tratamentos extraordinários, prorroga o sofrimento e se impõe, muitas vezes, porque não há legislação federal que proteja o médico e o permita atender a um desejo do paciente que solicita apenas os cuidados paliativos necessários em sua fase terminal.

Considerando a autonomia e a dignidade do paciente e o desempenho ético do médico, o Conselho Federal de Medicina editou, em 2006, a Resolução nº 1.805/2006, que regulamentou a prática da ortotanásia, com fundamento no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, previsto na Constituição Federal brasileira de 1988, em seu artigo 1º, inciso III.

A Constituição Federal do Brasil de 1988 reconhece que cada ser humano deve ser respeitado por seu valor intrínseco e único. A dignidade pode ser traduzida pelo compromisso que cada pessoa tem com sua própria vida, respondendo por suas escolhas, não devendo ser alvo de metas coletivas definidas pelo Estado. Luís Roberto Barroso afirma que, como regra, “as

decisões cruciais na vida de uma pessoa não devem ser impostas por uma vontade externa a ela”. (BARROSO, 2018, p.63).

A dignidade da pessoa humana constitui um dos principais direitos desenvolvidos após a Segunda Guerra Mundial e está presente em Constituições, legislações diversas e documentos internacionais. Por tratar-se de um conceito com muitos significados e dimensões, não sendo possível reduzi-lo a um conceito fechado. Barroso pontua que:

No plano abstrato, a dignidade traz em si grande força moral e jurídica, capaz de seduzir o espírito e angariar adesão quase unânime. Tal fato, todavia, não minimiza a circunstância de que se trata de uma ideia polissêmica, que funciona, de certa maneira, como um espelho: cada um projeta nela a sua própria imagem de dignidade. E, muito embora não seja possível nem desejável reduzi-la a um conceito fechado e plenamente determinado, não se pode escapar da necessidade de lhe atribuir sentidos mínimos. (BARROSO, 2018, p.61).

“A dignidade humana é o fundamento filosófico e jurídico dos direitos fundamentais e se expressa juridicamente, em grande medida, por meio dos direitos fundamentais” (COSTA, 2008, p.37). Esta, alicerce dos demais direitos e garantias fundamentais, atende a duas dimensões: a dimensão individual ou dignidade como autonomia,

que envolve as escolhas do sujeito; e a dimensão social ou dignidade como heteronomia, que é reproduzida pela atuação do Estado, prevendo a proteção do direito individual, ao mesmo tempo em que protege o direito de todos os indivíduos.

A dignidade humana como autonomia inclui a capacidade de autodeterminação do indivíduo e as condições para o exercício dessa autodeterminação, expressando o direito de decisão sobre a própria vida e personalidade, assumindo responsabilidades pelas escolhas, sendo indispensável o provimento de meios econômicos, educacionais e psicofísicos adequados para que a liberdade não seja apenas retórica, e sim real. Inclui, ainda, a universalidade e a inerência, que exprimem o respeito que deve ser conferido a qualquer pessoa, independentemente de sua origem, nacionalidade, cultura, opção religiosa ou étnica.

Na concepção heterônoma de dignidade, os valores de uma comunidade, como bem comum, interesse público, moralidade, prevalecem sobre as escolhas individuais. De acordo com Barroso, “nessa acepção, a dignidade não é compreendida na perspectiva do indivíduo, mas como uma força externa a

ele, tendo em conta os padrões civilizatórios vigentes e os ideais sociais do que seja uma *vida boa*". (BARROSO, 2018, p.68).

Há decisões judiciais que corroboram a ideia de dignidade como heteronomia. Essas decisões, em diferentes partes do mundo, consideram que há um limite do qual a pessoa possa dispor da sua própria dignidade, considerando o conceito de moral de forma abrangente, impondo certos comportamentos.

No Brasil, em 2007, o Ministério Público ajuizou a ação civil pública 2007.34.00.014809-3, contra a Resolução nº 1.805/2006 do CFM, que trata da ortotanásia. Nessa ação estava subjacente a dignidade como heteronomia, que considerou que tanto pacientes terminais como seus familiares não seriam capazes de decidir sobre tratamentos médicos que deveriam ou não ser realizados, entendendo, dessa forma, que as pessoas são, em regra, destituídas de autonomia, ou seja:

[...] a dignidade como heteronomia traduz uma ou algumas concepções de mundo e do ser humano que não dependem, necessariamente, da liberdade individual. No mais das vezes, ela atua exatamente como freio à liberdade individual em nome de valores e concepções de vidas compartilhados. (BARROSO, 2018, p.73).

A dignidade como heteronomia defende a proteção de valores sociais, limitando a capacidade de autodeterminação, enquanto a dignidade como autonomia defende a capacidade de autodeterminação, desde que respeitados os direitos de terceiros. Consoante Barroso, a respeito do conceito de dignidade como autonomia, prevalecem as escolhas pessoais, e no conceito de dignidade como heteronomia, o paternalismo.

A respeito da discussão sobre o direito de morrer, a dignidade como autonomia aceita as modalidades de morte com intervenção, desde que o indivíduo tenha capacidade e manifeste seu consentimento livre e sem vícios. Por sua vez, a dignidade como heteronomia proíbe qualquer modalidade de intervenção no processo de morrer.

A Constituição Federal brasileira de 1988 adere ao conceito de dignidade como autonomia, com alguns aspectos de dignidade como heteronomia. Essa Constituição rompeu com o modelo intervencionista anterior e foi o marco inicial da democracia do Brasil. Por isso, enfatiza os direitos individuais, não deixando de lado, no entanto, o compromisso com a solidariedade social e com o bem de todos. (BARROSO, 2018, p.75).

Nota-se, em leis e regulações, que há preocupação com o consentimento dos sujeitos ou responsáveis, inclusive quando se trata da morte, havendo resoluções que regulamentam a ortotanásia, os cuidados paliativos, a internação domiciliar e a escolha do local da morte.

Também para a bioética, o respeito à dignidade da pessoa humana constitui seu maior fundamento. Constatase essa preocupação com a dignidade também em outros documentos, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e os tratados de direitos humanos que a sucederam. Assim, há esse ponto comum entre o ordenamento jurídico e a bioética.

Alfim, destaca-se o Mandado de Injunção 6.825/DF, em que o impetrante reclamou como objeto de tal ação constitucional, “viabilizar o exercício do direito fundamental à morte digna”. Em sua reivindicação, sustentou que a morte digna é um direito fundamental positivado implicitamente na Constituição Federal brasileira de 1988, conceituando tal direito como “o direito subjetivo público, assegurado a todo e qualquer ser humano que padece de uma enfermidade grave ou incurável, consistente em decidir o momento e a forma de sua morte, desde que manifestado previamente por seu respectivo titular ou, por alguém legalmente habilitado para tanto”.

O relator, após análise, indeferiu o pleito por não ter reunido as condições para seu cabimento. Em sua decisão, referiu que não há omissão legislativa relativa ao direito à morte digna e que não houve inviabilidade do gozo de direito, uma vez que o impetrante não se encontrava acometido por doença grave, estado terminal ou estado vegetativo irreversível que pudesse significar terminalidade vital.

Inconformado, o impetrante impugnou a decisão monocrática por meio de Agravo Regimental, também indeferido, sendo destaque o voto do ministro Luís Roberto Barroso, que afirmou:

Não há um direito de morrer que se contrapõe ao direito à vida. Ainda que a morte seja uma inevitabilidade, não se pode aceitar que o Estado autorize ou legitime um direito à retirada da própria vida. A morte, portanto, não é uma escolha que deva ser defendida por direitos. No entanto, a vida em agonia também não pode ser uma obrigação ou um dever. A dignidade transforma o direito à vida em algo maior que um simples ônus. Nas belas palavras de Ronald Dworkin, é ela que transforma nossas vidas em um pequeno diamante em meio às areias cósmicas.

No caso da morte com assistência ou com intervenção, há a prevalência da ideia de dignidade como autonomia. Isso por conta tanto do sistema de ampla proteção da autonomia individual traçado na Constituição de 1988, como também pelo fundamento filosófico mais elevado em se tratando de escolhas existenciais do indivíduo. Afinal, não é função do Estado estabelecer

um código moral único em detrimento da liberdade e da independência ética que cada pessoa deve ter. A conclusão é que cada indivíduo deve ter o direito e a responsabilidade de realizar suas escolhas existenciais e não ser obrigado a sofrer por um período prolongado de tempo, privado do domínio normal sobre o seu próprio corpo.

VII – ASPECTOS DA EUTANÁSIA, SUICÍDIO ASSISTIDO, DISTANÁSIA E ORTOTANÁSIA

EUTANÁSIA

A eutanásia consiste na antecipação da morte de um doente terminal, a seu pedido, por um terceiro. Para o doente, nesse caso, não há expectativas de cura frente a uma doença que lhe causa dores e sofrimentos, sendo a morte inevitável. Diniz afirma que o termo “*eutanásia* (*eu*: boa; *thanos*: morte) foi empregado pela primeira vez, em 1623, por Francis Bacon, na sua obra *Historia vitae et mortis*, no sentido de boa morte”.

A motivação da prática da eutanásia é a compaixão pelo doente que sofre sem esperanças de que a medicina poderá lhe ajudar. Assim, a motivação da conduta do agente e a manifestação do doente em decidir pelo fim de sua vida,

são essenciais para a qualificação jurídico-penal da conduta. (DINIZ, 2017, p.520).

No Brasil, o Código Penal não tipifica expressamente a eutanásia, porém a sua prática, de acordo com entendimento doutrinário, enquadra-se no crime de homicídio privilegiado com previsão no artigo 121, parágrafo 1º, do CPB, que dispõe que a pena poderá ser reduzida de um sexto a um terço se “o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral”. O Código de Ética Médica (CEM), também, em seu artigo 41, proíbe que o médico abrevie a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.

A eutanásia pode ser classificada como ativa ou passiva, direta ou indireta. Eutanásia ativa consiste em uma ação, um fazer do agente que coloca fim à vida do doente terminal. Na ativa direta, a vida do paciente é abreviada por meio de condutas que o ajudem a morrer; e, na eutanásia ativa indireta, busca-se o alívio do sofrimento do doente por meio de fármacos que, como efeito secundário, podem contribuir para o evento morte. Nessa modalidade, de acordo com Souza, há um duplo efeito: “aliviar o sofrimento do paciente, abreviando ao mesmo tempo sua vida, sendo este, no entanto, um efeito secundário daquele objetivo principal”. (SOUZA, 2009, p. 77)

A eutanásia passiva consiste em uma conduta omissiva, quando há a interrupção dos cuidados médicos que mantêm o paciente vivo. Nesse caso, tratamentos considerados ordinários e proporcionais, que manteriam o paciente vivo e o beneficiariam, são omitidos ou suspensos, causando o óbito. Veremos adiante que na ortotanásia são suspensos os tratamentos considerados extraordinários e desproporcionais, tendo em vista que a morte é iminente e inevitável. (LOPES et al, 2018, p.71).

A eutanásia tem sido reconhecida em alguns países, como no Uruguai, que legislou sobre o “homicídio piedoso” em seu Código Penal de 1934. O artigo 37 desse código dispõe que o juiz tem a faculdade de excluir a pena “de agentes que cumpram três requisitos: ter antecedentes honráveis, ser realizado por motivo piedoso; e mediante reiteradas súplicas do sujeito passivo da conduta”. (GOLDIM, 1997).

Na Holanda, após mais de trinta anos de debate, a eutanásia e o suicídio assistido foram regulamentados e deixaram de ser crime em 2002. Bélgica (2002) e Luxemburgo (2009) também regulamentaram a prática da eutanásia ativa, com requisitos específicos para sua aplicação pelos médicos. (LOPES et al, 2018, p. 90)

O Código Penal Holandês, em seu artigo 20, "a", 2, definiu que a eutanásia não seria considerada crime se atendidos os requisitos do artigo 2º da *Lei sobre a Cessação da Vida a Pedido*, quais sejam: “o médico deve ter convicção de que o pedido do paciente foi voluntário e bem avaliado e de que seu sofrimento era intolerável e sem perspectiva de alívio”. A decisão pela eutanásia deve ser um consenso entre médico e paciente, após analisar alternativas e não haver solução razoável para o caso. O médico deve, ainda, consultar outro especialista que avaliará o paciente e relatará seu parecer por escrito. (LOPES et al, 2018, p. 90)

Na Holanda, desde sua legalização, em 2002, até 2011, foram registradas 3.695 solicitações às instituições públicas. Com a autorização para que instituições privadas também atendessem a essas demandas, o número de pacientes submetidos à prática foi de 6.091, em 2016. Dentre os pacientes atendidos, 87% das mortes foram de pacientes com esclerose amiotrófica (ELA), câncer, doenças do coração, problemas de circulação e do sistema nervoso e problemas pulmonares. (LOPES et al, 2018, p. 92)

Na América Latina, a Colômbia foi o único país que regulamentou a eutanásia, em 2015. Em 1997 houve a

descriminalização por seu Tribunal Constitucional, sendo reconhecida como “homicídio por piedade”. Em 2014, a Corte Colombiana “reconheceu que o direito de morrer com dignidade possuiria *status* de direito fundamental”. Em 2015, o Ministério da Saúde e Proteção Social, por meio da Resolução 12.116/2015, estabeleceu critérios para sua prática, como garantia de uma morte digna. (CASTRO et al, 2016, p.357)

“Afirmou a Corte colombiana que impor a uma pessoa a prolongação de sua existência por um curto período de tempo, quando não a deseja e sofre aflições profundas, não é apenas um tratamento cruel e desumano, mas a anulação da dignidade e da autonomia individual”. (Ag.Reg. MI 6.825 DF)

No Brasil, a eutanásia é permitida apenas em animais, conforme Resolução nº 1.000, de 11 de maio de 2012, do Conselho Federal de Medicina Veterinária – CFMV. Essa resolução conceituou eutanásia como a “indução da cessação da vida animal, por meio de método tecnicamente aceitável e cientificamente comprovado, observando os princípios éticos aqui definidos e em outros atos do CFMV”. (CFMV, 2012).

A eutanásia animal poderá ser indicada nas situações em que o bem-estar animal estiver comprometido, em casos

que o animal constituir ameaça à saúde pública, quando houver risco à fauna nativa ou ao meio ambiente. Ainda, poderá ser indicada quando “o animal for objeto de atividades científicas, devidamente aprovadas por uma Comissão de Ética para o Uso de Animais – CEUA” e em casos em que “o tratamento representar custos incompatíveis com a atividade produtiva a que o animal se destina ou com os recursos financeiros do proprietário”. (CFMV, 2012).

Em relação à eutanásia em seres humanos, o Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012 (Novo Código Penal), prevê sua prática no artigo 122, que dispõe:

Art. 122. Matar, por piedade ou compaixão, paciente em estado terminal, imputável e maior, a seu pedido, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável em razão de doença grave.

Pena - prisão, de dois a quatro anos.

§ 1º, O juiz deixará de aplicar a pena avaliando as circunstâncias do caso, bem como a relação de parentesco ou estreitos laços de afeição do agente com a vítima.

Exclusão da Ilícitude

§2º Não há crime quando o agente deixa de fazer uso de meios artificiais para manter a vida do paciente em caso de

doença grave irreversível, e desde que essa circunstância esteja previamente atestada por dois médicos e haja consentimento do paciente, ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão.

Nota-se que o Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012 tipifica a eutanásia. A pena de prisão é de dois a quatro anos, com a possibilidade de perdão judicial e exclusão da ilicitude, nos parágrafos 1º e 2º, respectivamente. Esse posicionamento representa um tímido avanço para o debate do tema no Brasil e, como observa Débora Diniz, a “ressignificação da eutanásia como uma expressão da cultura dos direitos humanos, ou seja, como um tema relativo a princípios éticos como a autonomia ou a dignidade é um movimento crescente no Brasil”. (DINIZ, 2006, p.1742).

SUICÍDIO ASSISTIDO

Bitencourt afirma que "embora não se reconheça ao ser humano a *faculdade* de dispor da própria vida, ação de matar-se escapa à consideração do Direito Penal". O suicídio, como define Hungria, “é um fim em si mesmo: o suicida mata-se porque não quer viver”. Assim, o suicídio ou sua tentativa não são considerados

crimes e, por isso, impuníveis. (apud SOUZA, 2009, p.68).

O suicídio diferencia-se da eutanásia porque naquele a própria pessoa atua em sua morte, enquanto nesta pessoa diversa praticará uma conduta comissiva ou omissiva para o falecimento do doente. Essa diferença é fundamental quando analisadas as consequências jurídicas das condutas, tendo em vista que a eutanásia será tipificada como homicídio privilegiado, artigo 121, parágrafo 1º, do Código Penal brasileiro, enquanto o suicídio será classificado como crime presente no artigo 122, do mesmo diploma.

No Brasil, o auxílio ao suicídio pode acontecer de três formas: induzimento, instigação ou auxílio. O induzimento e a instigação se caracterizam por uma contribuição moral, como conselho ou sugestão, enquanto o auxílio se manifesta quando há uma contribuição material, como a entrega de medicamentos ou outros meios que possibilitem a prática do suicídio pelo sujeito passivo. (SOUZA, 2009, p.69).

O suicídio assistido, como conceituado anteriormente, é conhecido como suicídio eutanásico ou autoeutanásia, sendo o próprio doente a praticar a conduta que colocará fim à sua vida, com o auxílio de um terceiro, que

prestará assistência por motivos altruístas. Casabona diferencia o suicídio do suicídio assistido, afirmando que este “*seria unico medio de abreviar el sufrimiento físico y moral derivado de una enfermedad terminal o de una minusvalia irreversible*”, enquanto aquele “*consiste en quitarse uno mismo violenta y voluntariamente la vida que ya no quiere ser vivida por cualquier otro motivo y en circunstancias diferentes*”. (apud LOPES et al, 2018, p. 77).

Em 1992, a Associação Médica Mundial, na 44ª Assembleia Médica Mundial, reconheceu a ortotanásia como prática lícita e ética, posicionando-se contrária à legalização da eutanásia e do suicídio assistido, considerando que “*cuando el médico ayuda intencional y deliberadamente a la persona a poner fin a su vida, entonces el medico actúa contra la ética*”. (LOPES et al, 2018, p.101).

Entretanto, há países que o consideram lícito, como, por exemplo, os Estados Unidos, que admitem o suicídio assistido em cinco de seus estados: Oregon, Washington, Montana, Vermont e Califórnia. A eutanásia é proibida em todos os cinquenta estados do país.

O primeiro estado a legalizar o suicídio assistido foi Oregon, em 27 de outubro de 1997, com a aprovação do “Ato de morte com

dignidade” (Death with Dignity Act), que permite que adultos (maiores de 18 anos) competentes (capazes de expressar conscientemente sua vontade), residentes do Oregon, com doenças terminais e expectativa de vida menor que seis meses, recebam medicações em doses letais, por meio de autoadministração voluntária, expressamente prescrita por um médico para essa finalidade. De acordo com o Ato, a autoadministração desses medicamentos letais não é considerada suicídio, mas morte com dignidade. Vale ressaltar que muitos hospitais católicos optaram por não aderir à prática. (CASTRO et al, 2016, p.358).

Em 2009, Luxemburgo legalizou a eutanásia e o suicídio assistido. As práticas são reguladas pela Comissão Nacional de Controle e Avaliação. O procedimento pode ser solicitado por adultos capazes, pessoas com doenças terminais e incuráveis que padeçam de sofrimento psicológico ou físico insuportável e sem possibilidade de alívio. O paciente, ao solicitar o procedimento, pode registrar as condições e circunstâncias em que gostaria de se submeter ao suicídio assistido realizado por seu médico de confiança. (CASTRO et al, 2016, p.360).

O Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012 (Novo Código Penal), propõe que se aplique ao delito de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio os parágrafos 1º e 2º do artigo 122

(eutanásia), havendo a possibilidade de perdão judicial e exclusão da ilicitude.

do médico. (Exposição de Motivos, Resolução CFM 1.805/06).

DISTANÁSIA

“A distanásia trata-se de um neologismo de origem grega: o prefixo *dys* significa ato defeituoso, afastamento e o sufixo *thanatos* designa morte. Na sua origem semântica, distanásia significa morte lenta, com muita dor ou prolongamento exagerado da agonia, do sofrimento e da morte de um paciente, não respeitando a dignidade do morrente”. (SANTANA et al, 2010, p.402).

É certo que toda vida chega ao seu fim. O Conselho Federal de Medicina, ao expor os motivos da Resolução 1.805/06, que trata da prática da ortotanásia, destacou que a partir da década de 1960, a medicina apresentou impressionante avanço tecnológico, com o desenvolvimento de metodologias e possibilidades de controlar o momento da morte.

Se no início do século XX o tempo estimado para o desenlace após a instalação de enfermidade grave era de cinco dias, ao seu final era dez vezes maior. Tamanho é o arsenal tecnológico hoje disponível que não é descabido dizer que se torna quase impossível morrer sem a anuência

Diniz assinala que é possível que uma pessoa seja mantida indefinidamente viva em aparelhos de sustentação artificial da vida, ainda que muito doente, devido aos avanços tecnológicos na área médica. Esse prolongamento da vida não é capaz de alterar o quadro terminal que se impõe e, muitas vezes, causa mais sofrimento e dor ao doente.

Há pessoas que optam pelo uso de todos os recursos disponíveis no tratamento de uma doença, porém, o grande desafio para os profissionais de saúde, que normalmente associam a morte ao fracasso, é compreender que há pacientes que decidem por estabelecer um limite à medicalização de sua vida. (DINIZ, 2006, p.1742).

Segundo Reinaldo Ayer e Maria Luiza Monteiro da Cruz esclarecem, em fase terminal, muitos pacientes são submetidos à distanásia, adotando tratamentos ineficazes, muitas vezes dolorosos, que prolongarão a vida, limitando sua qualidade. Um dos motivos para a adoção dessa terapêutica é a insegurança jurídica a que está sujeito o médico, uma vez que não existe legislação federal que disponha sobre os direitos do

paciente em decidir sobre sua morte. (CRUZ et al, 2013, p.406).

Débora Diniz, em artigo intitulado “Quando a morte é um ato de cuidado: obstinação terapêutica em crianças”, relata o caso de um bebê de oito meses, com diagnóstico de Amiotrofia Espinhal Progressiva Tipo I, doença incurável e degenerativa. Seus pais, considerando o quadro irreversível do filho, recorreram à Justiça para que o bebê não fosse submetido à respiração artificial, considerada obstinação terapêutica no caso. De acordo com Diniz, “a morte do bebê não era apenas uma certeza da condição humana, mas uma sentença. A passagem de condição para sentença fez com que os pais entendessem que amor e apego são sentimentos diferentes”. (DINIZ, 2006, p.1745).

Recorrer à justiça significava a segurança de garantir ao filho que este não fosse submetido a tratamentos invasivos e o pedido referiu-se ao fato de que, em caso de parada cardiorrespiratória, o bebê não seria submetido à ventilação mecânica e nem seria internado em UTI, medidas que prolongariam a vida da criança com sofrimento, sem, no entanto, interromper o avanço da doença fatal.

O dilema ético que se instaurou era exatamente pela ausência de opção.

Não havia nada o que oferecer ao bebê e sua família. Nesse contexto dilacerante de absoluta impotência da Medicina, comparam-se variáveis que não se prestam à equiparação: de um lado, concepções privadas sobre o sentido da vida para os pais e, de outro, recursos terapêuticos inúteis para o quadro clínico do bebê. (DINIZ, 2006, p.1746).

A decisão da Justiça foi favorável ao pedido dos pais e, uma semana após a sentença, o bebê foi a óbito por parada cardíaca.

ORTOTANÁSIA

O aforismo “curar algumas vezes, aliviar muitas vezes, consolar sempre” faz parte do ensinamento clássico da medicina e, com a evolução da bioética, o desenvolvimento pelo respeito à autonomia do paciente e sua interação com o médico, alterou-se o paradigma: da assistência médica da cura para a adoção de cuidados paliativos em doentes terminais, prática conhecida como ortotanásia.

Apesar dessa evolução, abrir mão da própria vida é, ainda, um dos assuntos mais debatidos na bioética e, como explica Barroso, a ortotanásia, diferentemente da distanásia, não aplica métodos extraordinários e artificiais para a

manutenção da vida do doente; em oposição, aplica cuidados paliativos que permitem que a morte siga seu curso natural.

Cuidados paliativos, de acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS),

[...] consistem em uma abordagem que visa melhorar a qualidade de vida dos doentes e de suas famílias, que enfrentam problemas decorrentes de uma doença incurável com prognóstico limitado e/ou doença grave (que ameaça a vida), através da prevenção e alívio do sofrimento, com recurso à identificação precoce, avaliação adequada e tratamento rigoroso dos problemas não só físico, como a dor, mas também dos psicossociais e espirituais. (BARROSO, 2018, p.83)

A demanda por tais cuidados é crescente no mundo e no Brasil, em virtude do aumento da expectativa de vida e das doenças que se manifestam com o processo de envelhecimento. Esse processo aumenta a incidência de várias doenças, que trazem complexidades e especificidades, inclusive econômicas. Nesse contexto de evolução, a previsão é que, em 2020, o Brasil será o sexto maior país em número de idosos no mundo. (LOPES et al, 2018, p.166).

Ademais, há de se registrar que no Brasil, por não haver lei federal sobre os cuidados paliativos e a ortotanásia, os

profissionais se preocupam com a possibilidade de serem acusados de omissão imprópria ou omissão de socorro na seara penal, e também de negligência na seara civilista, e suas respectivas sanções jurídicas. A respeito da falta de regulamentação da eutanásia e ortotanásia, afirma Barroso:

Assim sendo, tanto a eutanásia quanto a ortotanásia – aí compreendida a limitação do tratamento constituiriam hipóteses de homicídio. [...] A existência de consentimento não produziria o efeito jurídico de salvaguardar o médico de uma persecução penal. Em suma: não haveria distinção entre o ato de não tratar um enfermo terminal segundo a sua própria vontade e o ato de intencionalmente abreviar-lhe a vida, também a seu pedido. [...] Essa postura legislativa e doutrinária pode produzir consequências graves, pois, ao oferecer o mesmo tratamento jurídico para situações distintas, o paradigma legal reforça condutas de obstinação terapêutica e acaba por promover a distanásia. Com isso, endossa um modelo médico paternalista, que se funda na autoridade do profissional da medicina sobre o paciente e descaracteriza a condição de sujeito do enfermo. (BARROSO, 2018, p.53).

Em 1984, quando houve a reforma da Parte Geral do Código Penal brasileiro, havia proposta para alterações na Parte Especial, as quais não ocorreram. Uma das inclusões seria a prática da ortotanásia, como excludente de ilicitude, no artigo 121, parágrafo 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 doente ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge ou irmão”. (JUNGES, 2010, p.278).

Em 1999, Mário Covas, governador do estado de São Paulo à época, promulgou a lei 10.241/99, que versa sobre os direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde no Estado. O artigo 2º, VII, da referida lei, dispõe que o usuário poderá “consentir ou recusar, de forma livre, voluntária e esclarecida, com adequada informação, procedimentos diagnósticos ou terapêuticos a serem nele realizados”.

Em 2006, ante a falta de regulamentação federal sobre a terminalidade da vida e a práxis médica no cuidado a pacientes terminais, o Conselho Federal de Medicina regulamentou a prática da ortotanásia na Resolução CFM 1.805/2006. Também o Código de Ética Médica a prevê, em seu artigo 41, parágrafo único:

É vedado ao médico:
Art. 41. Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.
Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados

paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.

Na Resolução CFM 1.805/06, em seu artigo 1º, resolve-se que ao médico é permitido limitar ou suspender tratamentos, de acordo com alguns requisitos: o doente deve estar em fase terminal, a enfermidade deve ser grave e incurável, e sempre deve ser respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal. No parágrafo 2º, define-se que a decisão deve ser fundamentada e registrada no prontuário do paciente.

O artigo 2º da Resolução prevê, ainda, que o doente deve receber os cuidados necessários, cuidados que aliviarão o sofrimento e proporcionarão conforto físico, psíquico, social e espiritual, assegurando, ainda, o direito de alta hospitalar a pedido do paciente, respeitando sua autonomia e decisão.

Essa Resolução foi motivo de discussão judicial. O Ministério Público, em 2007, considerando que o direito à vida é absoluto e qualquer hipótese de morte com intervenção deve ser proibida, ajuizou a ação civil pública 2007.34.00.014809-3, perante a 14ª Vara Federal do Distrito Federal, alegando que “a ortotanásia não passa de um artifício

homicida; expediente desprovido de razões lógicas e violador da Constituição Federal, mero desejo de dar ao homem, pelo próprio homem, a possibilidade de uma decisão que nunca lhe pertenceu” (BARROSO, 2018, p.72).

Nessa ação, em que pleiteou a nulidade da resolução e a definição de critérios a serem seguidos para a prática da ortotanásia, o magistrado, por meio de decisão cautelar, suspendeu a resolução com a justificativa de que havia “aparente conflito entre a resolução questionada e o Código Penal”.

Essa decisão, conforme assinala Barroso, “marcou o encontro, no Brasil, de dois fenômenos do nosso tempo: a medicalização e a judicialização da vida”. Acrescenta-se a esses fenômenos a espetacularização da sociedade, promovida por meios de comunicação que transmitem dramas de pacientes em tempo real. (BARROSO, 2018, p.55)

No decorrer desse processo, em sede de alegações finais, o Ministério Público se manifestou contrariamente à inicial e, em 2010, o juiz de primeiro grau considerou válida a Resolução nº 1.805/2006, do CFM.

Em 2012, o Conselho Federal de Medicina publicou a Resolução nº 1.995/2012 – Das Diretivas Antecipadas de Vontade, ao considerar “a necessidade,

bem como a inexistência, de regulamentação sobre diretivas antecipadas de vontade do paciente no contexto da ética médica brasileira” e também o fato de “que os novos recursos tecnológicos permitem a adoção de medidas desproporcionais que prolongam o sofrimento do paciente em estado terminal, sem trazer benefícios, e que essas medidas podem ser antecipadamente rejeitadas pelo mesmo”.

Na exposição de motivos para a criação de determinada resolução, uma das justificativas foi a de que há incapacidade de comunicação em 95% dos casos de pacientes em fase terminal, e que, ao desconhecer as vontades desses pacientes, estas podem ser desrespeitadas.

Assim, rege o artigo 1º que as diretivas antecipadas constituem o conjunto de desejos expresso pelo paciente sobre tratamentos e cuidados que quer ou não receber quando não mais conseguir se expressar. O artigo 2º, parágrafo 3º, prevê, ainda, que as diretivas “prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares”. No entanto, é preciso observar que

[...] se por um lado, a resolução traz avanços ao regulamentar no âmbito da ética médica o testamento vital, por outro lado, há necessidade

urgente da regulamentação da matéria no âmbito jurídico, para que as normas sejam precisas, claras e tragam segurança jurídica para a relação médico/paciente. (CFM, Resolução nº 1.995/2012).

Em 2016, o Conselho Federal de Medicina, diante da necessidade de orientar os médicos na relação médico-paciente, publicou a Recomendação CFM nº 1/2016, em que dispôs sobre o processo de obtenção do consentimento livre e esclarecido na assistência médica. Ao propor essa recomendação, o CFM procurou estabelecer consenso com os quatro princípios básicos da Bioética, que são a autonomia, a beneficência, não maleficência e justiça.

Essa recomendação, em consonância com as demais orientações do CFM, tem como objetivo o desenvolvimento de uma comunicação eficiente e eficaz entre o médico e o paciente, cujo intuito constitui horizontalizar a relação, aproximando os sujeitos, para que o paciente possa compreender o diagnóstico e o prognóstico de sua doença e, de maneira livre e sem vícios, aceitar ou recusar a terapêutica indicada.

Estabelece, ainda, que o consentimento livre e esclarecido é fruto da evolução da autonomia do paciente e está em constante desenvolvimento, sendo

um processo contínuo e não apenas um ato isolado. Desse modo, após os esclarecimentos médicos e indicações de tratamento, o paciente, confrontando as informações recebidas com seus valores, crenças e projetos, poderá aceitar ou declinar qualquer terapêutica ou procedimento cirúrgico.

Em 2019, o Conselho Federal de Medicina publicou a Resolução CFM 2.232/2019, que “estabelece normas éticas para a recusa terapêutica por pacientes e objeção de consciência na relação médico-paciente”.

Dispõe o artigo 1º que a recusa terapêutica é um direito do paciente, que deve ser respeitado pelo médico, desde que esclarecidos os riscos e consequências da decisão. Havendo a recusa, o médico pode propor outro tratamento quando disponível, sendo a ele permitido alegar objeção de consciência diante da recusa do paciente.

As Resoluções nº 1.805/06, 1.995/12, 2.232/19 e a Recomendação nº 1/16 se complementam, primando pela autonomia do paciente, tendo em vista que este poderá consentir ou recusar, de maneira livre e sem vícios, lícita e ética, tratamentos propostos.

Destarte, é certo que a relação médico-paciente é comumente tensionada entre a promoção da saúde e da vida pelo

médico e o respeito à vontade do paciente, que pode optar por outros valores ao não se submeter aos tratamentos propostos. Afirma Siqueira que “é possível que, por qualquer razão, o paciente prefira não se submeter ao tratamento e dê preponderância a algum outro valor, em detrimento da própria vida ou saúde”. (SIQUEIRA, 2019, p.42).

Além disso, inferindo que a ortotanásia, como bem pontua Barroso, poderia constituir hipótese de homicídio, Martinelli defende que o legislador regulamente sua prática, incluindo expressa excludente de ilicitude no artigo 121 do Código Penal. Reflete:

Deveria o legislador preocupar-se com a regulamentação da ortotanásia para impedir qualquer tipo de responsabilidade penal do médico pela suposta prática de crime contra a vida, mesmo que seja com pena reduzida. Por causa de uma cultura puramente legalista, que ainda exerce grande influência no direito penal e processual penal, deve haver clara disposição permitindo a ortotanásia em parágrafo a ser adicionado ao art. 121 para evitar, definitivamente, qualquer possibilidade de responsabilização penal quando preenchidos os requisitos legais. (MARTINELLI).

O DIREITO E A TERMINALIDADE DA VIDA

O avanço da ciência possibilitou o desenvolvimento das novas técnicas aplicadas na medicina. Essa evolução e suas implicações na sociedade contribuíram para os estudos de Direito Penal Médico que, paulatinamente, abandonou o modelo paternalista de intervenção médica e prestigiou a autonomia do paciente.

A biotecnologia desenvolveu novas técnicas ao mesmo tempo que criou riscos, antes desconhecidos ou inexistentes, que devem ser enfrentados pelo direito. Assim, o Direito Penal Médico Clássico, que antes tutelava apenas bens jurídicos individuais, passou a se preocupar também com bens jurídicos supraindividuais, as "novas medicinas" genéticas, reprodutivas, preditivas e preventivas.

Nota-se, ainda, um hiato entre a legislação penal e a realidade, o que contribui para a legiferação governamental praticada pelo Conselho Federal de Medicina, que emite recomendações, resoluções, pareceres e notas técnicas, como as Resoluções nº 1.805/06, 1.995/12, 2.232/19 e a Recomendação nº 1/16, abordadas neste artigo, prezando pela autonomia do paciente, considerado um sujeito de direitos.

O Direito Penal Clássico e a dogmática jurídica já não se mostram suficientes para compreender e interpretar a atual sociedade de risco em sua complexidade, sendo necessária, para atender as novas demandas – os chamados *hard cases*, problemas como transplante de órgãos, a definição jurídica do momento do início e do fim da vida, novos procedimentos, entre outros –, uma metodologia complementar, a zetética jurídica, como investigação inicial para os problemas postos pela medicina, como nos casos de eutanásia, suicídio assistido, distanásia e ortotanásia.

Considerando essas questões, há de se argumentar: direito à vida ou dever à vida?

A todo o momento somos instados a decidir sobre algo a respeito de nossas vidas, de nosso dia a dia. Essa decisão é nosso direito. Constitui-se em prática de nossa liberdade individual, estando presente na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, segundo o qual “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se a inviolabilidade do direito à vida e à liberdade [...]”.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, em sua dimensão heterônoma, considera que há limitações às escolhas individuais, reconhecendo

como válidos os valores comuns de uma sociedade, prevalecendo, desta maneira, o paternalismo. Já em sua dimensão autônoma, há a valorização do indivíduo, o respeito à sua liberdade e escolhas pessoais e consideração aos direitos fundamentais.

Na Constituição Federal de 1988, predomina a dignidade da pessoa em sua dimensão autônoma, embora a perspectiva heterônoma também se expresse. Desta maneira, ao considerarmos o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como autonomia, em que se reconhece o direito a uma vida digna, também reconhecerá o direito à morte digna, uma vez que apenas o sujeito doente, frente a um momento de fragilidade, conhecerá seu sofrimento e poderá decidir sobre o desfecho de sua existência. Lopes, Lima e Santoro constataam que

[...] a sociedade e o Estado brasileiro ainda não enfrentaram realmente essas questões. Muitas são situações dramáticas, sem respaldo legal e que paulatinamente vão chegando ao Poder Judiciário para que este a enfrente. O que parece correto e claro, todavia, é que, em toda e qualquer circunstância, o médico tem sempre o dever de cuidar do paciente e ampará-lo. (LOPES et al, 2018, p.103)

Assim, a liberdade de optar por tratamentos médicos que prolonguem o processo de morte ou pela interrupção de

intervenções médicas que abreviem o sofrimento deve ser respeitada e entendida, no intuito de se compreender que, além da dimensão biológica, há os princípios morais e religiosos do doente que devem ser preservados.

E, ao entendermos que vida não deve comportar apenas a dimensão biológica, mas o complexo conjunto de emoções, expectativas, alegrias e desejos, que tornam o ser “humano”, aceitar a autonomia do paciente constitui a aceitação de sua dignidade e liberdade, definindo-o como indivíduo único, autônomo e merecedor de todo o respeito, dado que, “quando um ser humano sofre, não se tem um sofrimento no mundo, mas um mundo em sofrimento”. (Reinhold Aloysio Ullmann).

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Um outro país: transformações no direito, na ética e na agenda do Brasil**. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2018.

CASTRO, Mariana Parreiras Reis de.
ANTUNES, Guilherme Cafure.
MARCON, Lívia Maria Pacelli.
ANDRADE, Lucas Silva. Rückl, Sarah.
ANDRADE, Vera Lúcia Ângelo.
Eutanásia e suicídio assistido em países ocidentais: revisão sistemática. **Rev. Bioética**. (Impr.). 2016; 24 (2): 355-67

BRASIL. **Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940: Código Penal**. Diário Oficial da União. Brasília, 31/12/1940 [acesso 17 dez 2018]. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>.

BRASIL, **Projeto de lei do Senado nº 236/2012**. Anteprojeto de Código Penal. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3515262&ts=1572470009377&disposition=inline>. Acesso 15 out 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.805/2006**. Dispõe sobre limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários. [Internet]. 21 jan 2016. Disponível: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2006/1805>. Acesso 10 dez 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Recomendação CFM nº 1/2016**. Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica [Internet]. 21 jan 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2Pokq4y>>. Acesso 10 dez 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.217/2018**. Aprova o Código de Ética Médica. [Internet]. 27 set 2018. Disponível: <https://www.anamt.org.br/portal/wp-content/uploads/2018/11/resolucao_cfm_n_22172018.pdf>. Acesso em 10 dez 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.995/2012** – Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. [Internet]. Disponível: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2012/1995_2012.pdf. Acesso em 28 out 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 2.232/2019** – Estabelece normas éticas para a recusa terapêutica por pacientes e objeção de consciência na relação médico-paciente. [Internet]. Disponível: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2019/2232>. Acesso em 28 out 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA VETERINÁRIA. **Resolução nº 1.000/2012** – Dispõe sobre procedimentos e métodos de eutanásia em animais e dá outras providências. [Internet]. Disponível: <http://portal.cfmv.gov.br/lei/index/id/326>. Acesso em 31 out 2019.

COSTA, Helena Regina Lobo da. **A dignidade humana: Teorias de prevenção geral positiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008.

CRUZ, Maria Luiza Monteiro da. OLIVEIRA, Reinaldo Ayer de. A licitude civil da prática da ortotanásia por médico em respeito à vontade livre do paciente. **Revista Bioética**. 2013; 21(3). 405-11. Disponível: <http://www.scielo.br/pdf/bioet/v21n3/a04v21n3.pdf>. Acesso em 15 set 2018.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 10 ed. São Paulo. Saraiva. 2017.

DINIZ, Débora. Quando a morte é um ato de cuidado: obstinação terapêutica em crianças. **Cad. Saúde Pública**. Rio de Janeiro. 22(8). 1741-1748, ago. 2006. Disponível: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v22n8/23.pdf>. Acesso em 10 nov. 2018.

GOLDIM, José Roberto. **Eutanásia – Uruguai**. UFRGS. Rio Grande do Sul. 1997. Disponível em <http://www.bioetica.ufrgs.br/eutanuru.htm>.> Acesso em 30 out 2019.

GUIMARÃES, Hélio Penna. BUCHPIGUEL, Carlos Alberto. ROMANO, Edson Renato. ANDRADE, Luiz Carlos Valente de. BERWANGER, Otávio. **Dilemas acerca da vida humana: interfaces entre a bioética e o biodireito**. São Paulo. Editora Atheneu. 2015. (Série Hospital do Coração – Hcor).

JUNGES, José Roque. CREMONESE, Cleber. OLIVEIRA, Edilson Almeida de. SOUZA, Leonardo Lemos de. BACKES, Vanessa. Reflexões legais e éticas sobre o final da vida: uma discussão sobre a ortotanásia. **Revista Bioética**, 2010; 18 (2): 275-88. Disponível: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/564/537. Acesso em 20 out 2019.

LAFER, Celso. **O direito e seus problemas**. Artigo publicado no jornal Estado de São Paulo, p. A2, edição de Domingo, 15.07.2018.

LOPES, Antônio Carlos. LIMA, Carolina Alves de Souza. SANTORO, Luciano de Freitas. **Eutanásia, ortotanásia e distanásia: aspectos médicos e**

jurídicos. 3 ed. Rio de Janeiro: Atheneu, 2018.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **A ortotanásia e o direito penal brasileiro.** Artigo publicado no sítio do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Disponível: <https://www.ibccrim.org.br/artigo/10507-A-ortotanasia-e-o-direito-penal-brasileiro>. Acesso em 25 out 2019.

ROXIN, Claus. A Apreciação jurídico-penal da eutanásia. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** Vol. 32, p. 9, Out/2000.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito.** Madrid: Civitas Ediciones, S.L. 2006.

SAN TIAGO DANTAS. **Palavras de um professor.** Rio de Janeiro: Editora Forense. 2001.

SANTANA, Júlio César Batista. Rigueira, Ana Cláudia de Melo. Dutra, Bianca Santana. Distanásia: reflexões sobre até quando prolongar a vida em uma Unidade de Terapia Intensiva na percepção dos enfermeiros. **Revista Bioethikos.** Centro Universitário São Camilo - 2010;4(4):402-411. Disponível: http://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/80/Bioethikos_402-411_.pdf. Acesso em: 28 out. 2019.

SCLIAR, Moacyr. História do conceito de saúde. **PHYSIS: Revista Saúde Coletiva,** Rio de Janeiro, 17(1):29-41, 2007.

SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal da**

medicina. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019. Coleção Direito Penal e Criminologia.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. **Direito penal médico.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica y filosofía del derecho.** Barcelona: Editorial Gedisa S.A. 1997.

_____. **Tópica e Jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2008.

WÜRTEMBERGER, Thomas. **La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania.** Milano: Giuffrè Editore. 1965.