



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UniCEUB
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS –
FAJS

LAÍS DE FREITAS CAETANO

O PATERNALISMO PENAL, A EUTANÁSIA E O SUICÍDIO ASSISTIDO

BRASÍLIA
2018

LAÍS DE FREITAS CAETANO

O PATERNALISMO PENAL, A EUTANÁSIA E O SUICÍDIO ASSISTIDO

Monografia apresentada como requisito para a conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro de Ensino Unificado de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Dr. George Lopes Leite.

BRASÍLIA
2018

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar o paternalismo penal, isto é, a intervenção do Estado na vida do cidadão, nos casos relacionados à eutanásia e ao suicídio assistido. Por todo o mundo, pacientes em estado terminal, vegetativo ou padecendo de doenças crônico-degenerativas, demandam que lhes seja assegurado o direito de morrer, seja por já estarem morrendo, suportando grande sofrimento físico ou mental, ou não desejarem permanecer vivos da única maneira incapacitante que lhes resta. Também pleiteiam este direito parentes de pacientes terminais, que buscam permissão para pôr fim a vida do familiar em estado vegetativo irreversível. Na complexidade da matéria, diversas modalidades de eutanásia se apresentam com diferentes repercussões. A legislação brasileira, no entanto, falha em tipificar e tratar o assunto com a sensibilidade que necessita. Sem legislação específica para os institutos, os crimes que se enquadram nas condutas eutanásicas recaem sobre o tipo do “homicídio privilegiado” por relevante valor moral, enquanto o suicídio assistido recai sobre o crime de “auxílio ao suicídio”. Neste trabalho, é feita uma análise jurídica, filosófica e social, buscando-se adentrar os aspectos decorrentes do direito de morrer e viver em face da interferência penal estatal e da lacuna na legislação brasileira atual.

Palavras-chave: Paternalismo. Eutanásia. Suicídio assistido.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO..... | 4 |
| 1 A INTERVENÇÃO ESTATAL NA VIDA DO CIDADÃO..... | 5 |
| 1.1 Paternalismo..... | 5 |
| 1.2 Paternalismo penal..... | 8 |
| 1.2.1 <i>Teoria de John Stuart Mill.....</i> | 11 |
| 1.2.2 <i>Teoria de Joel Feinberg.....</i> | 13 |
| 1.2.3 <i>Teoria de Gerald Dworkin.....</i> | 14 |
| 1.3 Autonomia privada e o Estado paternalista-penal..... | 15 |
| 2 A QUESTÃO DO DOMÍNIO DA VIDA E DA MORTE: EUTANÁSIA E SUICÍDIO ASSISTIDO..... | 18 |
| 2.1 Situações sujeitas à manifestação sobre o domínio da vida..... | 21 |
| 2.2 Eutanásia..... | 24 |
| 2.3 Distanásia..... | 27 |
| 2.4 Ortotanásia..... | 29 |
| 2.5 Suicídio assistido..... | 31 |
| 3 A EUTANÁSIA E O SUICÍDIO ASSISTIDO À LUZ DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA..... | 34 |
| 3.1 Constituição Federal Brasileira..... | 34 |
| 3.1.1 <i>Princípio da inviolabilidade da vida.....</i> | 35 |
| 3.1.2 <i>Princípio da dignidade da pessoa humana.....</i> | 36 |
| 3.2 Tratamento legal dos institutos..... | 39 |
| 3.2.1 <i>Projeto de Lei 125/1996 – Legalização da Eutanásia.....</i> | 44 |
| 3.2.2 <i>Projeto de Lei 5.058/2005 – Eutanásia vista como crime hediondo.....</i> | 44 |
| 3.2.3 <i>Projeto de Lei 236/2012 – Anteprojeto do Novo Código Penal Brasileiro.....</i> | 45 |
| CONCLUSÃO..... | 48 |
| REFERÊNCIA..... | 50 |

INTRODUÇÃO

Na presente monografia, será analisado o paternalismo penal, isto é, a intervenção estatal que exige comportamento contrário à vontade de determinado indivíduo julgado incapaz de reger seus próprios interesses, em face aos casos que tratam sobre o domínio da vida, mais precisamente sobre a eutanásia e sobre o suicídio assistido. A análise será conduzida frente aos princípios constitucionais que alimentam o debate sobre o assunto, quais sejam o da inviolabilidade da vida, da dignidade da pessoa humana, da autonomia e da autodeterminação.

A eutanásia e o suicídio assistido são institutos que têm reflexos em diversas áreas do conhecimento e da vivência humana, sejam eles filosóficos, religiosos, históricos, culturais, e principalmente jurídicos. No Código Penal brasileiro, a prática da eutanásia, como exemplo, é ilegal, recaindo no tipo de homicídio do art. 121, §1º, com o *status* de “homicídio privilegiado”, devido à ação do agente, na maior parte dos casos, ser propulsionada por relevante valor moral, qual seja a incapacidade de permanecer inerte diante do sofrimento crônico ou estado terminal de um determinado indivíduo.

Dessa forma, o Estado, em sua vertente paternalista, acredita que a vontade dos indivíduos que querem dar fim a suas próprias vidas ou à vida de terceiros em estado vegetativo, deve ser desconsiderada em face de sua inadequação de pensamento, não importando a condição em que o indivíduo se encontre ou a qual esteja fadado a se encontrar, uma vez que a vida é bem jurídico inviolável e indisponível, e que qualquer atitude para findá-la se enquadra na conduta de “homicídio”.

Outros princípios constitucionais, no entanto, devem ser ponderados. Nesse diapasão, o cerne da questão jurídica sobre o tema reside no conflito entre o princípio da inviolabilidade da vida e outros princípios também ditos fundamentais, como o da dignidade da pessoa humana, e dentro dele, o da autodeterminação e da autonomia. Há grande discussão doutrinária em relação a qual deve prevalecer, sendo este tema combustível de longos debates entre juristas. Desta forma, a presente monografia tem por objetivo realizar uma análise jurídica, social e filosófica do paternalismo penal nos casos de eutanásia e suicídio assistido, apresentando as diversas facetas desse tema tão complexo à luz da legislação brasileira.

1 A INTERVENÇÃO ESTATAL NA VIDA DO CIDADÃO

1.1 Paternalismo

A intervenção do Estado na vida do cidadão é comumente conhecida por paternalismo estatal. A origem do termo paternalismo está na palavra em latim *pater*, em português traduzida como pai, e representa o tipo de comportamento de um superior a um inferior, no caso, de um pai para um filho. O filho, em situação de inferioridade, necessita de uma pessoa mais forte – o pai – para ensinar-lhe o que é bom para si mesmo. A analogia é aplicável a um Estado, a uma organização, ou mesmo a um indivíduo, quando ele age sobre outro como se fosse um pai agindo sobre um filho.

Pode-se atribuir ao paternalismo, em seu sentido geral, as seguintes características: (a) comportamento, positivo ou negativo, visando obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer algo; (b) falta de confiança de quem age em relação à capacidade de alguém; (c) segurança suficiente sobre aquilo que se entende ser melhor para alguém; (d) contrariedade à vontade de alguém; (e) objetivo, final ou não, de promover um bem ou evitar um mal.¹

No paternalismo, o comportamento exigido contra a vontade de outrem se manifesta em três principais modalidades: uma informação ou um conselho; uma restrição na escolha; ou uma imposição de conduta positiva ou negativa. Parte da doutrina não concorda que a primeira modalidade configure hipótese de paternalismo, visto não restringir efetivamente a liberdade de escolha via coerção; contudo, argumenta-se que o conselho insistente, com a intenção de mudar o rumo do comportamento de uma pessoa contra a sua vontade, se enquadre em hipótese de paternalismo.²

A primeira modalidade de comportamento exigido contra vontade de alguém se dá através de uma informação ou de um conselho insistente. É a forma mais branda de se interferir na vontade de um sujeito por não haver imposição ou coerção, mas apenas a oportunidade de refletir sobre uma autolesão eventual que

¹ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*. 2010. 297f. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p.100.

² *Ibidem*, p.101.

uma ação possa propiciar. Nesse caso, o paternalismo não se apresenta na disposição de informação suficiente para que o indivíduo tenha contexto analítico para a tomada de sua decisão, mas sim em um insistente aconselhamento com finalidade de mudar sua ideia a respeito de um comportamento autolesivo, isto uma vez que a pessoa já esteja provida das informações necessárias para conhecer sobre as prováveis consequências de tal comportamento. Desta forma, a partir do momento em que o indivíduo se sinta importunado pela insistência de terceiro que quer lhe evitar uma lesão ou promover um bem, está configurado o paternalismo.³

A segunda modalidade diz respeito à restrição de escolha que ocorre quando um sujeito paternalista, sabendo da possível autolesão que um indivíduo possa sofrer com um devido comportamento, reduz sua possibilidade de escolha a fim de impedir que tal fato venha a se concretizar, deixando à pessoa protegida um campo menor de atuação. Assim, o sujeito em posição de vantagem, por meio de uma ação, provoca a omissão do indivíduo protegido que não vê outros meios de praticar a autolesão, tendo seu comportamento, dessa forma, sido restringido pela ação paternalista.⁴

Como última modalidade de comportamento exercido sobre a vontade de alguém está a imposição ou coerção. É o meio mais gravoso de restrição de liberdade, uma vez que há a cominação de uma ameaça ou de uma sanção caso certa conduta seja praticada. Duas hipóteses tomam forma nesta modalidade: a de imposição de um comportamento positivo e a de imposição de um comportamento negativo.⁵

No comportamento positivo, a pessoa é impelida, para o seu próprio bem e conforme entendimento de outrem, a agir segundo entendimento deste. Paralelamente, quando uma pessoa impede outra de agir de forma a lesar a si mesmo, houve aí uma imposição de um comportamento negativo, isto é, apesar do indivíduo consentir numa autolesão, sua ação é paternalisticamente restringida por

³ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*. 2010. 297f. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p.103.

⁴ *Ibidem*, p.104.

⁵ *Ibidem*, p.104.

outrem, contra sua vontade, uma vez que o sujeito paternalista entenda que, na situação, a omissão se configure como a melhor alternativa.⁶

Um ponto de intersecção se faz notório entre o conselho insistente, a redução de opções e a imposição: nos três está presente a contrariedade à vontade de quem é julgado incapaz de reger seus próprios interesses. Assim, o que ocorre é que o indivíduo receptor do tratamento paternalista possui uma ideia que pode, inicialmente, ser prejudicial a si mesmo, enquanto quem quer promover-lhe um benefício acredita que sua vontade deva ser desconsiderada por alguma razão, seja inconsciência momentânea, incapacidade, imaturidade, ou diversas outras. Uma lei paternalista segue o mesmo critério: a liberdade individual fica em segundo plano frente à própria liberdade de ação, não sendo possível ao cidadão recusar medida protetiva. Em outras palavras, quando o Estado edita uma lei, desconsidera a aceitação do indivíduo concreto, presumindo, dessa forma, a universalidade dos beneficiados.⁷

Um dos alicerces das relações de cunho paternalista é o pré-julgamento da capacidade de discernimento e autodeterminação de um indivíduo dito inferior, o qual, sozinho, não seria capaz de concretizar suas ações. Isto pode ser observado em diversas instâncias na história, como, por exemplo, nos jesuítas em relação aos índios no período de colonização do Brasil, e nos governos populistas da América Latina, que adotaram, em princípio, formas de Estado paternalista, por não acreditarem que a população teria condições intelectuais e sociais de tomar decisões políticas por si só.⁸

Devido à aferição da capacidade de discernimento e autodeterminação de um indivíduo ser intrinsecamente abstrata, julgamentos neste sentido se mostram perigosos. No passado, a tutela de mulheres, e mesmo de povos menos desenvolvidos, encontrava validação na presunção de sua racionalidade limitada. Atualmente, grupos de pessoas com autismo já buscam o direito de expressar seus

⁶ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*. 2010. 297f. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p.106.

⁷ *Ibidem*, p.106.

⁸ *Ibidem*, p.109.

próprios interesses, não admitindo a ideia de que seus pais ou responsáveis sejam mais capazes de defendê-los.⁹

O pensamento paternalista também está alicerçado sobre a segurança que o sujeito paternalista tem em si mesmo de que conhece o que seja melhor para o outro. Para o paternalismo, não há espaço para dúvidas: deve haver uma certeza, uma segurança, de que aquilo que se deseja ao sujeito é o mais benéfico para ele. Dessa assertiva, decorre o entendimento de que quem age de forma paternalista, sempre deseja o bem do beneficiado – como um pai sempre deseja o bem de seu filho. O bem, no entanto, não é sempre a finalidade, podendo ser o meio para outro fim. Em última instância, pouco importa se o bem é fim ou meio, basta querer melhorar a condição da pessoa protegida.¹⁰

Desta forma, a intervenção paternalista depende da existência de uma autoconstatação de superioridade por parte do sujeito paternalista frente ao indivíduo beneficiado, utilizada para legitimar a interferência daquele na liberdade deste. Além de querer o bem da pessoa que tem sua liberdade restrita, o sujeito deve também acreditar que a alternativa escolhida é o melhor caminho a ser tomado.¹¹

1.2 Paternalismo Penal

Apesar da raiz latina da expressão “*pater*”, o termo surgiu no liberalismo do século XIX, a partir da obra “*On Liberty*” (1859) de John Stuart Mill, ganhando força posteriormente nos anos 1980, com as doutrinas antipaternalistas de Joel Feinberg e Gerald Dworkin.¹²

Dentro de um conceito mais delimitado de paternalismo penal, destacam-se algumas diferenciações entre diversas definições doutrinárias sobre o assunto, que dizem respeito à capacidade de discernimento do sujeito e o grupo sobre o qual recai à intervenção da norma penal.

⁹ MIGUEL, Luís Felipe. Autonomia, paternalismo e dominação na formação de preferências. *Opinião Pública*, Campinas, v. 21, n.3, dez. 2015, p.610.

¹⁰ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*. 2010. 297f. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p.110.

¹¹ *Ibidem*, p. 113.

¹² ESPECIATO, Ian Matozo. *Homicídio a pedido: uma questão de imputação objetiva?* 2014. 22f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p.9.

Para começar, a diferenciação de acordo com a qualidade da pessoa atingida pela restrição de liberdade se dá entre os destinatários da norma paternalista responsáveis, os que possuem capacidade de discernimento sobre seus atos e possíveis consequências decorrentes, e os irresponsáveis, que não possuem tal capacidade.¹³

O paternalismo chamado moderado (*soft*) defende a determinação da voluntariedade e consciência de um indivíduo para a justificação do comportamento paternalista. O paternalismo estaria justificado, portanto, caso não fosse possível determinar a capacidade do sujeito ou caso ela não restasse comprovada. Seria o caso de crianças, doentes mentais ou adultos em situação de incapacidade mental temporária.¹⁴

O paternalismo rígido (*hard*) é aquele exercido em intervenções nas quais o sujeito está consciente de sua conduta e mesmo assim deseja praticar uma autolesão. Neste caso, não importa a capacidade de seu titular – se o sujeito é responsável ou irresponsável –, tendo o Estado legitimidade para agir em ambos os casos.¹⁵

Quando o paternalismo age diretamente sobre os indivíduos que se comportam de modo lesivo, denomina-se paternalismo puro ou direto. Há coincidência entre o sujeito beneficiado e o que sofre a restrição. Do outro lado, quando o Estado legitima a interferência no comportamento de um grupo de pessoas para beneficiar outras que não fazem parte deste grupo, aí existe o paternalismo impuro ou indireto. É o caso de uma lei que proíbe que os fabricantes de cigarro continuem sua atividade para a proteção da saúde dos fumantes.¹⁶

Ian Matoso Especiato elabora:

O Direito Penal geralmente utiliza manifestações paternalistas indiretas ou impuras, vez que criminaliza com maior intensidade comportamentos que cooperam na autolesão intencional. Um delito correlato ao tema proposto que é expressão dessa espécie de paternalismo no ordenamento penal brasileiro é [...] o suicídio assistido (art. 122, CP). Também em âmbito penal é comum o

¹³ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*. 2010. 297f. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p.115.

¹⁴ Ibidem, p.115.

¹⁵ Ibidem, p.116.

¹⁶ Ibidem, p.116.

paternalismo rígido, considerado uma espécie de intervenção ilegítima no modelo de Estado atual, porquanto quer prevenir resultados danosos obras de autônoma e livre decisão pessoal, tendo, assim, caráter autoritário.¹⁷

Nessa linha, Bernd Schünemann, filósofo e jurista alemão, acrescenta que o consentimento genuíno de um adulto só deveria ser suspeito e funcionar como argumento para a criminalização de determinada ação quando for causado por uma desvantagem social, sendo a suspeita, então, legitimada pelo dever do Estado de impedir que seus cidadãos sejam explorados. Neste caso, no entanto, paira sempre a possibilidade de que o Direito Penal se torne a última *ratio* de uma política social falida.¹⁸

É relevante ainda mencionar o paternalismo de bem-estar, que objetiva a proteção individualizada da pessoa em sua dignidade no que se refere ao seu bem-estar físico e mental, e o chamado paternalismo moral, que defende a intervenção na liberdade de terceiro com o objetivo de evitar violações a preceitos morais, sem considerar a probabilidade de lesões a bens jurídicos. A primeira modalidade pode ser representada pela interferência na liberdade da prostituta, a fim de protegê-la da exploração forçada pelo cafetão, enquanto a segunda pode ser enxergada na proibição de atividade de arremesso de anões, onde estes são remunerados para serem arremessados em competições, a fim de proteger a sociedade desta particular afronta moral.¹⁹

Assim, numa análise ampla do paternalismo, percebe-se que ele sempre intenta propiciar um bem ou evitar um dano. No direito penal, não cabe a primeira hipótese, visto a este caber defender os bens jurídicos contra o perigo de lesão mesmo contra a vontade de seus titulares, restando apenas a hipótese de “evitação de um dano”.²⁰

Diversas teorias a respeito da intervenção estatal na vida privada do cidadão para a “evitação de dano” foram formuladas por pensadores, filósofos, juristas e

¹⁷ ESPECIATO, Ian Matozo. *Homicídio a pedido: uma questão de imputação objetiva?* 2014. 22f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p.11.

¹⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito Liberal. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 53, mar./abr. 2005, p.35.

¹⁹ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*. 2010. 297f. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p.117.

²⁰ *Ibidem*, p.239.

doutrinadores a partir do século XIX. As mais proeminentes são as de John Stuart Mill, Joel Feinberg e Gerald Dworkin, que serão analisadas a seguir.

1.2.1 Teoria de John Stuart Mill

John Stuart Mill, filósofo e economista do século XIX, foi o pensador que trouxe à tona o termo “paternalismo” em sua obra “*On Liberty*” (1859). Nessa obra, propõe que as pessoas tenham o direito de determinar seu próprio comportamento, mesmo quando, na concepção de outros, elas estejam causando um mal a si mesmos. O autor escreve que:

Há um único fim motivador para que seres humanos possam, individualmente ou coletivamente, interferir na liberdade de ação de outro: a autoproteção. A única razão legítima para a permissão de que a força seja exercida sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra sua vontade, é prevenir uma lesão a terceiros. O seu próprio bem, seja físico ou moral, não é motivação suficiente. O indivíduo não pode ser levado a agir ou deixar de agir porque isto será melhor para ele, porque o fará mais feliz, ou, porque na opinião dos outros, fazê-lo seria sábio ou até certo. [...] A única porção da conduta do indivíduo pela qual ele responde perante a sociedade é a que envolve terceiros. Na porção que diz respeito apenas a si, a sua independência, é, de direito, absoluta. Sobre si mesmo, sobre seu próprio corpo e mente, o indivíduo é soberano”.²¹

Dessa forma, Mill afirma categoricamente sua oposição ao paternalismo rígido, o inibidor da autolesão. Nem Estado nem sociedade podem legitimamente interferir em escolha plenamente voluntária de um agente racional no que diz respeito a questões que afetem apenas ou primariamente os seus próprios interesses. Sustenta sua linha de raciocínio com argumentos baseados na incerteza sobre a verdade, no caráter educativo do erro e no privilégio epistêmico do indivíduo, o único capaz de aferir de forma segura o seu próprio bem-estar. Para o filósofo, inclusive, a proibição à intervenção do Estado na vida do cidadão autônomo impede o recurso daquele à coerção física, à mentira e à manipulação no sentido de modificar comportamentos e/ou preferências dos agentes. Em versões ainda mais exigentes, mesmo a tentativa de persuasão com base na apresentação de

²¹ MILL, John Stuart. *On Liberty*. Boston: Ticknor and Fields, 1863, p. 23. Tradução nossa.

informações verídicas e argumentos racionais pode ser objetada, se ela inclui ausência ou diminuição do respeito à autonomia pessoal de quem é seu alvo.²²

Há algumas instâncias, entretanto, em que Mill acredita na justificação da intervenção paternalística do Estado, a depender da capacidade do agente. Exclui da aplicação de sua fórmula antipaternalista as crianças e os bárbaros, os quais devem ser conduzidos em prol de seus próprios interesses, já que são incapazes de se melhorar pela livre discussão entre indivíduos iguais.²³

Elabora o cenário da ponte instável²⁴, no qual afirma que um indivíduo deve ser informado sobre o perigo de atravessar uma ponte instável, mas não deve ser forçosamente impedido de atravessá-la, uma vez que entenda os riscos. Outra famosa situação hipotética elaborada pelo filósofo é a do indivíduo que se vende como escravo. De acordo com Mills, tal situação não se mostra legítima, não podendo através de apenas um ato, dispor-se da capacidade de todos os atos de liberdade futuros, visto que:

A razão para não interferir, excetuando-se os casos relativos a terceiros, nos atos de vontade do indivíduo, é a consideração por sua liberdade. [...] Ao se vender como escravo, ele abdica de sua liberdade; perde o direito de seu uso futuro a partir daquele ponto. [...] O princípio da liberdade não pode sustentar que o indivíduo seja livre para não ser livre. Não se permite a liberdade para alienar sua própria liberdade.²⁵

A crítica feita a Mill é que sua justificação sobre a interferência para a prevenção de futuras restrições de liberdade pode igualmente ser aplicada a um arsenal muito mais extenso de casos, uma vez que não é apenas a escravidão que remove a liberdade, a morte, por exemplo, também o faz. A própria argumentação utilizada por Mills em sua obra poderia ser utilizada para prevenir que uma pessoa tome a livre escolha de morrer para que se resguardem suas liberdades futuras,

²² MIGUEL, Luís Felipe. Autonomia, paternalismo e dominação na formação de preferências. *Opinião Pública*, Campinas, v. 21, n.3, dez. 2015, p. 609.

²³ SIMÕES, Mauro Cardoso. *Liberdade e paternalismo segundo John Stuart Mill: uma análise das teses de On Liberty*. 2007. 161f. Tese (Doutorado) - Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Campinas, SP. Disponível em:

<<http://libdigi.unicamp.br/document/?code=vtls000433113>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

²⁴ MILL, John Stuart. *On Liberty*. Boston: Ticknor and Fields, 1863, p. 92.

²⁵ *Ibidem*, p. 73. Tradução nossa.

legitimando-se a intervenção estatal nos casos de eutanásia e suicídio assistido, por exemplo.²⁶

1.2.2 Teoria de Joel Feinberg

Joel Feinberg, expoente jurista antipaternalista inglês, analisou extensivamente os limites morais do direito penal em uma obra com quatro volumes. Ao diferenciar autolesões e heterolesões consentidas, Feinberg traz, em sua doutrina, as quatro classificações mais conhecidas de intervenção estatal: moderada (*soft*), rígida (*hard*), direta e indireta.

Utilizando-se do conceito e das distinções por si elaboradas, o autor estabelece a seguinte distinção:

1. Paternalismo presumivelmente censurável, que consiste em tratar adultos como se fossem crianças, ou crianças mais velhas como se fossem mais novas, forçando-os a agir ou deixar de agir de certas maneiras, seja
 - a. (paternalismo benevolente) “para seu próprio bem, não importando seus próprios desejos na matéria (isto pode ou não ser censurável na última análise, que é a questão em jogo), ou
 - b. (paternalismo não benevolente) para o bem de outras partes. (p. ex. professores ou gerentes de indústria), não importando seus próprios desejos na matéria (geralmente entendido como censurável).
1. Paternalismo presumivelmente não censurável, que consiste em defender pessoas reativamente impotentes ou desamparadas ou vulneráveis de perigos externos, incluindo danos provenientes de outras pessoas quando as partes protegidas não consentiram voluntariamente com o risco, e fazendo-o de maneira análoga, em motivação e vigilância, àquilo que os pais fazem para proteger os filhos.²⁷

No entendimento de Feinberg, a censurabilidade da forma de tutela estatal está na colisão do paternalismo legal propriamente dito (segundo ele, o tipo definido no tópico 1a da citação) com a autodeterminação e a autonomia de vontades de seres competentes – ideias que formam a base de um sistema liberal. Para ele, os únicos casos em que não se presume reprovável o paternalismo são os que

²⁶ VANCE, Chad. *Paternalism*. Boulder: University of Colorado, 2016, p. 5.

²⁷ FEINBERG, Joel. *Harm to self: the moral limits of the criminal law*. Oxford: Oxford University Press, 1986. v.3, p. 4.

demonstrem o objetivo do Estado de resguardar indivíduos relativamente vulneráveis de perigos externos, como um pai protegendo a um filho, devendo, porém, ser feita uma análise do caso concreto.²⁸

1.2.3 Teoria de Gerald Dworkin

Gerald Dworkin, jurista e doutrinador americano do século XX, em sua obra “Paternalismo”, afirma compreender o termo como “[...] a interferência sobre a liberdade de ação de alguém justificada por razões referentes exclusivamente ao bem-estar, ao benefício, à felicidade, às necessidades, aos interesses ou aos valores da pessoa coagida”²⁹, acrescentando que essa interferência da liberdade nem sempre recai na classe de pessoas cujos bens estão em jogo, abarcando assim as chamadas heterolesões consentidas.

Dworkin atribui ao conceito de paternalismo estatal duas possíveis classificações: puro e impuro, análogos aos conceitos de paternalismo direto e indireto de Feinberg. De acordo com o jurista:

No paternalismo puro, a classe de pessoas que sofrem a restrição é idêntica à classe de pessoas cujos benefícios se pretende alcançar com tal restrição. Exemplos: considerar o suicídio um crime, exigir dos passageiros de automóveis o uso do cinto de segurança, requerer que um seguidor da “*Christian Science*” receba a transfusão de sangue.

No caso do paternalismo impuro, na tentativa de proteger o bem-estar de uma classe de pessoas, entendemos que o único meio de se atingir tal objetivo envolve a restrição da liberdade de outras pessoas diferentes das beneficiadas.³⁰

Segundo o autor, o paternalismo pode ser justificado em alguns casos, bem como, em outros, mais do que justificável, mostra-se como uma obrigação. Utiliza-se do padrão da racionalidade imparcial, dizendo que não é reprovável o paternalismo nos casos em que preserva e aumenta a habilidade do indivíduo de racionalmente

²⁸ ESTELLITA, Heloísa. Paternalismo, moralismo e direito penal: alguns crimes suspeitos em nosso direito penal. *Revista Brasileira de Filosofia*, Rio de Janeiro, v. 56, n. 227, jul./ago. de 2007, p. 334.

²⁹ DWORKIN, Gerald. Paternalismo. Trad. João Paulo Orsini Martinelli. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, Curitiba, v.4, n.6, p. 7-25, 2012, p. 9.

³⁰ *Ibidem*, p. 12.

considerar e tomar suas próprias decisões. Assim, somente se justifica a fim de preservar um rol de liberdades mais extenso para o indivíduo em questão.³¹

Sobre a obra de Dworkin, Especiato sintetiza:

Três situações podem ser consideradas para delinear uma teoria paternalista limitada:

a) irracionalidade humana na tomada de decisões, atribuição de peso incorreto a seus valores, ex. ilusões cognitivas (percepções erradas da realidade);

b) tomada de decisões sobre pressão extrema psicológica ou sociológica, ex. estabelecimento de um conselho que atenderia suicidas no intento paternalista de dissuadi-los;

c) perigos insuficientemente compreendidos ou notados pelos envolvidos, ex. diminuição da expectativa de vida de quem fuma determinada quantidade de maços por dia.

Porém, [...] se existirem meios alternativos que não levem ao paternalismo, mas impliquem em altos custos, estes devem ser preferíveis à limitação da liberdade.³²

Assim, a teoria de Dworkin busca maximizar o custo-benefício da intervenção estatal na vida do particular frente a sua autodeterminação. É, então, permissível a restrição da autonomia individual de um sujeito tanto quanto o custo de tal interferência para este seja bastante inferior ao benefício alcançado.

1.3 Autonomia privada e o Estado paternalista-penal

O grande embate do paternalismo se dá quando confrontado com o direito à autonomia do cidadão. O paternalismo penal se sustenta na maior parte dos Estados modernos sob a alegação de ter como real intenção a proteção da autonomia e a autodeterminação do indivíduo, exercendo a tutela dos bens jurídicos mais importantes a fim de se evitar autolesões ou heterolesões. Observa-se a autonomia em duas dimensões: a pessoal, que trata de um fenômeno global, uma característica pessoal que abrange a vontade e as escolhas de um indivíduo; e a

³¹ GRACYK, Theodore. *Outline of Dworkin on Paternalism*. Moorhead: Minnesota State University, 2005.

³² ESPECIATO, Ian Matozo. *Homicídio a pedido: uma questão de imputação objetiva?* 2014. 22f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p.10.

autonomia local, que considera os desejos individualmente e se refere a situações particulares.³³

O princípio da autonomia apregoa o direito do sujeito autônomo fazer o que bem entender com o bem jurídico que lhe pertence, desde que não atinja a autonomia e os bens jurídicos de terceiros. O paternalismo penal, nesse sentido, se apresenta no momento em que o ente estatal paternal acredita que o indivíduo não possui tal autonomia ou que esta se encontra ameaçada – situação de indivíduo vulnerável ou que apreende a realidade de forma viciada (compulsão, distúrbios psicológicos, coerção, fraude, ignorância, erro nas expectativas).³⁴ Apesar da aparente contradição, o tratamento paternalista exercido é entendido pelo Estado como imprescindível à garantia da autonomia de quem não a possui no momento da intervenção.³⁵

Uma vez que a lei penal é fruto do Estado, sendo impossível a individualização do que exatamente pode ser considerado melhor para cada um de seus cidadãos, deve haver critérios restritivos do poder de punir estatal para que não haja interferência indevida. Isso se justifica no fato de que um dano a um bem jurídico compreendido por uma pessoa pode não configurar dano para outra.

No Estado liberal e democrático de Direito, onde se preserva o direito de fazer aquilo que for de interesse da pessoa, o fundamento da intervenção paternalista é preservar a vontade real do particular quando esta for diferente da vontade manifestada durante o ato lesivo. O consentimento hipotético é a suposta autorização que o indivíduo beneficiado pela restrição da liberdade daria se estivesse em condições adequadas de discernir sobre o resultado lesivo a sua autonomia. Por essa razão, faz-se necessário que o Estado discuta a questão do consentimento hipotético e especifique os bens indisponíveis e os disponíveis que, abandonados, não configurem em perda da condição de autonomia do titular,

³³ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*. 2010. 297f. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 235.

³⁴ ESPECIATO, Ian Matozo. *Homicídio a pedido: uma questão de imputação objetiva?* 2014. 22f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p.12.

³⁵ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Op cit*, p. 238.

buscando-se a devida regulamentação da interferência do Estado como atuação mínima na autodeterminação individual.³⁶

Por fim, combinando duas classificações básicas propostas por Feinberg e Dworkin, fundada a primeira na capacidade da pessoa que sofre a interferência em suas escolhas, e a segunda na coincidência entre os beneficiados e os coagidos, ficam claras as possibilidades para os níveis de autonomia frente a um Estado interventor:

1ª combinação: paternalismo puro e rígido: é a interferência na liberdade de escolha de uma pessoa, buscando seu próprio benefício, pouco se importando sua capacidade de discernimento.

2ª combinação: paternalismo puro e moderado: é a redução da possibilidade de escolha de alguém para seu próprio bem, levando em consideração a real capacidade de discernimento.

3ª combinação: paternalismo impuro e rígido: é a interferência no comportamento de alguém para beneficiar terceira pessoa, sem considerar sua real capacidade de discernimento.

4ª combinação: paternalismo impuro e moderado: é a interferência no comportamento de alguém para beneficiar terceira pessoa, considerando a capacidade desta última.³⁷

Sobre a questão da autonomia privada e do Estado paternalista-penal, é importante, sobretudo, especificar ao máximo os limites de invasão da individualidade por meio de proibições, sob pena de violar os princípios do Direito Penal e do Estado liberal e democrático de direito. Tal violação toma proporções ainda maiores ao se tratar do direito à autonomia e autodeterminação no que se relaciona ao domínio da vida, como no caso da eutanásia e suicídio assistido, que serão elucidados a seguir.

³⁶ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*. 2010. 297f. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 240.

³⁷ *Ibidem*, pp. 244-245.

2 A QUESTÃO DO DOMÍNIO DA VIDA E DA MORTE: EUTANÁSIA E SUICÍDIO ASSISTIDO

Ao se tratar da questão do viver e do morrer, ao lado diametralmente oposto ao problema do aborto e suas repercussões sobre o início da vida, encontra-se a questão da morte depois que a vida já efetivamente, em seu sentido amplo, terminou. Tal questão se mostra no centro de diversos debates sobre a intervenção estatal na autonomia, dignidade e real significado de vida para o indivíduo.

Todos os dias, em uma escala global, diversas pessoas racionais pedem que lhes seja assegurado o direito de morrer. Algumas destas pessoas o fazem por já estarem morrendo, padecendo de grande sofrimento físico ou mental; outras por não desejarem permanecer vivas da única maneira que lhes resta, como poderia vir a ser o caso de um portador do mal de Alzheimer. Há ainda o grupo daquelas que são parentes do paciente terminal, e pedem permissão para pôr fim a vida de um familiar em estado vegetativo irreversível.

A medicina contemporânea providencia toda sorte de aparatos tecnológicos capazes de manter vivos por longos períodos de tempo pacientes que já se encontram à beira da morte ou totalmente incapacitados, com enormes dores ou no limiar da consciência devida a uma alta dose de sedativos, ou ligados a dezenas de aparelhos e máquinas sem as quais rapidamente pereceriam. Esta realidade se faz tão presente na atualidade, e a possibilidade de se encontrar nessa situação amedronta um número tão expressivo de pessoas, que já se fez praxe nos Estados Unidos os chamados “testamentos de vida” ou “procurações para tomada de decisões médicas”, admitidos pela maior parte dos estados americanos. Trata-se de diretivas individuais antecipadas concernentes a situações em que o paciente possa vir a se encontrar em estado vegetativo, e a sua prévia escolha pela opção de ser ou não ressuscitado, ou de passar por procedimentos extremos para manutenção vital.³⁸

Desde a entrada em vigor da Resolução nº 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina, estão igualmente disponíveis no Brasil as “diretivas antecipadas de

³⁸ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 252.

vontade” dos pacientes, conhecidas também como “testamentos vitais”. Estes documentos podem ser elaborados em qualquer momento da vida, por indivíduos saudáveis ou enfermos, contanto que estejam plenamente capazes e aptos a externar suas vontades. Busca-se a definição prévia do conjunto de desejos do paciente sobre cuidados e tratamentos aos quais quer se submeter na hipótese em que se encontre incapacitado de expressar de forma livre e autônoma a sua vontade.³⁹

Um dos motivos que fundamentaram e impeliram a criação desta resolução, expresso no próprio corpo do documento, foi justamente a existência e o surgimento de novos recursos tecnológicos que permitem a adoção de medidas desproporcionais com o potencial de prolongar o sofrimento do paciente em estado terminal, sem trazer benefícios, mesmo que estas medidas tenham sido antecipadamente rejeitadas pelo mesmo.⁴⁰

Assim, com as diretivas antecipadas de vontade, a escolha do paciente (com doenças crônico-degenerativas e em casos terminais) de morrer, deve ser respeitada pelos médicos, independentemente da vontade até mesmo da própria família. Contudo, vale ressaltar que resoluções do Conselho Federal de Medicina não têm força de lei, podendo os familiares acusarem os hospitais de omissão, revertendo ou não a aplicação das diretivas a depender do entendimento do órgão julgador.⁴¹

Hoje em dia, a eutanásia e o suicídio assistido estão regulamentados na Bélgica (2002), Holanda (2002), Luxemburgo (2008), Colômbia (2015, por uma resolução do Tribunal Constitucional) e nos Estados norte-americanos do Oregon (1997), Washington (2008), Montana (2008), Vermont (2013) e Califórnia (2015). No caso da Suíça, a eutanásia não foi descriminalizada, mas o Código Penal despenalizou a conduta na hipótese daqueles que auxiliam o outro a morrer por razões humanitárias e solidárias. O mais recente caso de regulamentação da eutanásia foi o Canadá, que aprovou sua legislação sobre o assunto em março de

³⁹ COSTA, Lorena Santos. *Análise da eutanásia e ortotanásia à luz da resolução n. 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina e do ordenamento jurídico brasileiro*. 2014. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=13998>. Acesso em: 19 mar. 2018.

⁴⁰ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução CFM Nº 1.995/2012*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2018.

⁴¹ COSTA, Lorena Santos. *Op cit*, 2014.

2017, obrigado por sentença do Supremo Tribunal, que, em 2015, declarou inconstitucional penalizar a morte medicamente assistida.⁴²

Em todas as legislações, existem diretrizes básicas às quais o paciente deve se submeter: padecer de doença terminal ou condição irreparável que cause sofrimento exacerbado sem perspectivas de melhora, a manifestação livre e reiterada de sua vontade de morrer, e o acompanhamento do caso por dois ou mais médicos.⁴³

Tanto a Holanda quanto a Bélgica permitem a eutanásia em menores. Na Holanda, crianças a partir de 12 anos podem requisitá-la. Na Bélgica, não há uma imposição de idade mínima, bastando a comprovação de um “sofrimento físico insuportável” e de que “a morte a curto prazo seja algo inevitável”.⁴⁴

Por meio de comitês de acompanhamento que analisam os casos *a posteriori* e emitem relatórios anuais, faz-se possível observar um panorama geral do impacto social da eutanásia nos países com sua regulamentação. Em um primeiro momento, observa-se a não concretização do debatido receio do *slippery slope* (ladeira escorregadia) que sobreviria a institucionalização de tais práticas, em que se temia a crescente banalização da morte e a vulnerabilização do estado dos doentes. O jornalista Milagros Pérez Oliva traz luz ao assunto ao afirmar que:

Os temores sobre uma possível ladeira escorregadia não se confirmaram. As comissões encarregadas de revisar os casos garantem transparência e controle. Em 2007 foi publicada na revista *Journal of Medical Ethics* uma revisão dos estudos disponíveis, que analisam vários anos de aplicação da legislação na Holanda e no Oregon. Seus resultados mostram que não aconteceu um aumento da porcentagem de pedidos de eutanásia por parte de pessoas que poderiam ser consideradas em situação de vulnerabilidade.⁴⁵

⁴² OLIVA, Milagros Pérez. Quem decide como devemos morrer? *El País*, abr. 2017. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/03/31/ciencia/1490960180_147265.html>. Acesso em: 03 nov. 2017.

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵ Ibidem.

2.2 Situações sujeitas à manifestação sobre o domínio da vida

Para que se tenha uma visão mais panorâmica do direito de morrer ou de viver, é necessário que se separem três tipos principais de situações em que pessoas poderiam decidir sobre a própria morte, ou sobre a morte de terceiros.

A primeira situação é a do paciente enquanto consciente e competente. Nela, constatam-se duas hipóteses: a do suicídio, em que a pessoa toma a própria vida – tal comportamento deixou de ser considerado crime na maior parte dos países ocidentais; e a do suicídio assistido, uma vez que muitas pessoas gravemente doentes ou incapacitadas, apesar de plenamente conscientes, são incapazes de se suicidar sem ajuda.

No direito americano, as pessoas com plenas faculdades mentais podem recusar tratamento mesmo que esta recusa sabidamente as levem a morte. No entanto, tal autodeterminação não se aplica uma vez que o paciente já se encontre ligado a máquinas para manutenção de seus sinais vitais, pois caso o paciente peça que se desliguem as máquinas, tal procedimento implicaria assistência de terceiros em sua morte, configurando, assim, o chamado suicídio assistido (tipo penal criminoso). Pessoas conscientes e competentes nesta situação, apesar do poder potencial de se suicidar, não teriam, todavia, a oportunidade de fazê-lo. Ainda sim, muitos médicos, apesar da ilegalidade do procedimento, têm se demonstrado dispostos a desligar os aparelhos que mantêm vivos pacientes terminais sempre que estes lhe imploram para fazê-lo.⁴⁶

Ainda sobre o assunto do suicídio assistido, é feita a crítica de que, ao lidar com o tema, o direito produz resultado aparentemente irracional: enquanto proíbe que os cidadãos optem por uma morte rápida e indolor (que seus médicos facilmente poderiam providenciar), eles são “obrigados” a optar por morrer lentamente, recusando-se a comer, ou recusando-se a receber tratamento capaz de mantê-los vivos.⁴⁷

As pessoas que defendem que pacientes competentes possam planejar sua própria morte se baseiam no princípio da autonomia. Defendem que é crucial o

⁴⁶ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 258.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 259.

direito da pessoa de pôr fim a sua vida quando desejar fazê-lo, assegurado que seja fruto de uma decisão racional.⁴⁸

Os indivíduos que são contra a eutanásia de pessoas competentes também se valem do princípio da autonomia, ao dizer que, se legalizada, levaria pessoas que prefeririam estar vivas a serem mortas. Seria o caso de pacientes assolados de culpa por seu tratamento ser dispendioso tanto na área financeira quanto na área emocional de sua família. Tais pessoas seriam especialmente vulneráveis às pressões que tal decisão traria.⁴⁹

A segunda situação a se considerar é a do paciente enquanto inconsciente. O cerne da questão do paciente em estado vegetativo, e sua conseqüente inconsciência, recai sobre o fato de que nem todos os pacientes neste estado estão à beira da morte, mas todos, ainda assim, dependem da determinação de terceiros, uma vez que não conseguem se expressar.⁵⁰

Bem certo que existem casos em que os familiares insistem pela manutenção vital, o debate está sobre aqueles parentes que acreditam conhecer a vontade do paciente no sentido deste preferir morrer a “viver” em um estado de completa inconsciência. Os julgados ao redor do mundo são bastante heterogêneos nesse assunto, debatendo-se sobre a legitimidade de se fazer uma escolha tão importante por alguém que não tem como se manifestar, tendo tribunais decidido a favor do desligamento de aparelhos por petição de familiares, e tribunais indeferindo tais pedidos.

Em relação aos pacientes inconscientes, cabe também a discussão sobre autonomia. Afirma-se possível respeitar a autonomia de alguém inconsciente apenas se perguntando como seria a decisão da pessoa em situação apropriada, quando competente. Contudo, esta assertiva é rebatida com a crítica de que tal exercício de suposição de resposta de um indivíduo inconsciente baseada em sua personalidade

⁴⁸ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 268.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 269.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 263.

carece do contexto em que a pessoa estaria para refletidamente responder a uma pergunta com caráter de vida ou morte.⁵¹

A terceira e última situação possível é a do paciente enquanto consciente, mas incompetente. Estudos sugerem que um quarto da população com mais de 85 anos – segmento crescente na população – encontra-se seriamente afetada pela demência, grande parte padecendo de mal de Alzheimer. Trata-se de uma doença progressiva em que, em seu estado avançado, os pacientes perdem todas suas memórias e senso de “eu”, sendo incapazes de atender as próprias necessidades ou funções.⁵²

A questão é: tendo em vista que essas pessoas fatalmente chegarão ao estado de incompetência, enquanto competentes, deveriam ter o direito de especificar o tipo de tratamento a receber? Poderiam tomar providências antecipadas de quererem ser mortas no momento em que se manifeste a demência, mesmo quando em seu estado de incompetência deem sinais inequívocos de que queiram continuar vivas?⁵³

Caso a resposta à última pergunta seja negativa, argumenta-se que o único recurso do paciente de Alzheimer que não queira passar pelo sofrimento da doença seja tomar a decisão a respeito do seu direito à morte no momento em que ainda esteja consciente e competente: através do suicídio.

Está aí o dilema sobre a autonomia no caso do paciente consciente, mas incompetente: põe-se em conflito a autonomia do paciente demente (incapaz) e a autonomia da pessoa que se tornou demente (capaz), sendo as questões levantadas a partir daí de extrema complexidade.

Ante ao exposto, evidencia-se a seriedade e a sensibilidade da questão a respeito do domínio da vida e da morte. É adicionado ao assunto ainda mais uma camada de complexidade ao se vislumbrar as diversas modalidades em que a eutanásia e o suicídio assistido podem ser executados. Assim, para um melhor

⁵¹ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 271.

⁵² Ibidem, p. 267.

⁵³ Ibidem, p. 268.

entendimento sobre o tema, serão conceituadas e diferenciadas a eutanásia, a distanásia, a ortotanásia e o suicídio assistido.

2.3 Eutanásia

A palavra eutanásia, ao longo dos anos, vem assumindo diversos significados e interpretações. Classicamente, é definida como o ato de adiantar a morte de um paciente para abreviar seu sofrimento, especialmente quando não há mais esperança de recuperação. O chamado “homicídio piedoso” tem boas intenções: não busca causar um mal, ou vingar-se do indivíduo enfermo, mas apenas tirá-lo da dor e miséria de sua condição.

Desde a antiguidade, trata-se de questão extremamente debatida, tendo em vista suas conotações filosóficas, legais, religiosas e políticas. Em meio ao desenrolar histórico e social da humanidade, observa-se a evolução da eutanásia e suas acepções, tendo sido algumas práticas da conduta aceitas pelas sociedades, enquanto outras não, surgindo, assim, as diversas derivações conhecidas do instituto atualmente.

Como elucida Maria Elisa Villas-Boas:

A conduta, quando obedecido certos critérios, acaba perdendo muito de sua reprovação social. Nem por isso se deve generalizar a aceitação, o que poderia dar margem a abusos, a pressões sociais sobre o moribundo, a interesses outros, camuflados sob a capa da piedade. Daí a importância de se distinguirem as espécies de conduta tangentes, paralelas à eutanásia, a fim de se esclarecerem quais dessas condutas devem ser acolhidas pelo Direito e quais devem continuar sendo reprimidas. Além disso, é mister definir, ainda, os critérios a serem obedecidos para se alcançar a consonância legal.⁵⁴

Por seu caráter abstrato, o termo eutanásia comporta diversas classificações, com destaque para aquelas que a consideram levando em conta o “ato em si” e “o consentimento do paciente”.⁵⁵

⁵⁴ VILLAS-BOAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final da vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 77.

⁵⁵ MABTUM, Matheus Massaro; MARCHETTO, Patrícia Borba. *Concepções teóricas sobre a terminalidade da vida*. São Paulo: Unesp, 2015, p. 64.

No que tange ao ato em si, observam-se três classificações: eutanásia ativa, passiva e de duplo efeito. A eutanásia ativa ocorre através de um ato proposital do autor, que imbuído de sentimentos humanitários e solidários, provoca a morte sem sofrimento do paciente enfermo. É o caso da administração de injeção letal, por exemplo.⁵⁶

Diferentemente da eutanásia ativa, na eutanásia passiva há uma omissão deliberada por parte da equipe médica em executar procedimentos que poderiam resultar em uma sobrevida ao paciente. Há a supressão de intervenção médica para o prolongamento da vida, deixa-se “morrer sem cura o doente cuja vida está prestes a findar”⁵⁷. É o caso, por exemplo, de não acoplar ventilador artificial em paciente com parada respiratória.⁵⁸

Há ainda a chamada eutanásia de duplo efeito, aquela em que a morte é acelerada como efeito secundário à administração de procedimentos que visam o alívio do sofrimento do paciente. Na eutanásia de duplo efeito, não se tem como objetivo levar o enfermo a óbito. É a hipótese de aplicação reiterada de injeção de morfina para diminuição de dor, a qual leva, indiretamente, à depressão respiratória e morte.⁵⁹

Outra maneira de classificar as modalidades de eutanásia leva em conta o consentimento do paciente. A eutanásia pode se dar de forma voluntária, nas situações em que o paciente encontra-se capaz e consciente. Assim, o paciente expressa o seu desejo de dar fim a sua própria vida. Diferencia-se do suicídio assistido por ser o próprio médico que executa a ação que toma a vida, não o enfermo.⁶⁰

Na modalidade da eutanásia involuntária, o paciente é alguém que poderia ter consentido ou recusado a própria morte, mas não o fez. Pode ocorrer tanto nos

⁵⁶ SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo; SCHRAMM, Fermin Roland. *Eutanásia: pelas veredas da morte e da autonomia*. 2003, p.34. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232004000100004>. Acesso em: 02 nov. 2017.

⁵⁷ DAMASCENO, Sabine Pereira da Veiga. *A eutanásia e a tutela penal à luz da Constituição Federal: aspectos jurídicos e bioéticos da terminalidade da vida*. 2011. 62f. Dissertação (Graduação) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, UniCEUB, Brasília, 2011, p.21.

⁵⁸ SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo; SCHRAMM, Fermin Roland. *Op cit*, p.34.

⁵⁹ MABTUM, Matheus Massaro; MARCHETTO, Patrícia Borba. *Concepções teóricas sobre a terminalidade da vida*. São Paulo: Unesp, 2015, p. 64.

⁶⁰ SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo; SCHRAMM, Fermin Roland. *Op cit*, p.34.

casos em que não lhe foi perguntado a respeito do assunto, quanto nos que lhe perguntaram, e escolhendo viver, a eutanásia é executada contra sua vontade, configurando homicídio. Apesar de não frequentes os casos dessa modalidade, há quem defenda o enquadramento da prática médica de aumentar gradativamente as doses dos medicamentos contra dor, a qual eventualmente levará o paciente a óbito (eutanásia de duplo efeito), na modalidade de eutanásia involuntária equiparada ao homicídio.⁶¹

Por fim, existe ainda a eutanásia não-voluntária, em que a pessoa a quem se retira a vida não pode fazer tal escolha para si de forma consciente. Seja porque é, por exemplo, um recém-nascido, incapaz de postular sua própria vontade, seja porque é caso de paciente, capaz anteriormente a doença ou acidente, que se encontra em situação de incapacidade e inconsciência, nas hipóteses em que não tenha indicado previamente sua vontade acerca das circunstâncias em que desejaria ou não à prática da eutanásia.⁶²

O principal argumento de defesa à prática da eutanásia é a autonomia do paciente enfermo, que tendo direito à liberdade de escolha, deve poder escolher a opção de pôr fim a seus dias. Tem-se aqui a denominada “morte boa”, da própria etimologia da palavra – do grego, *eu* (bom) + *thanatos* (morte) –, cunhada pelo filósofo Francis Bacon em 1623. Argumenta-se que a eutanásia, desse modo, se reveste de um sentimento humanitário e altruístico, permitindo ao indivíduo escapar de um sofrimento insuportável, encurtando sua própria vida, a qual considerada pelo mesmo sem qualidade, não tinha mais sentido de ser levada a cabo.⁶³

Ainda sim, a prática da eutanásia se posiciona como alvo de diversas indagações, como as que envolvem o princípio da santidade da vida, uma das mais contundentes bases de oposição à eutanásia. A santidade da vida é concebida tanto na ideia da vida como bem concedido pela divindade, quanto no finalismo intrínseco da natureza, o qual não deve ser frustrado. Neste caso, afere-se à vida um nível de

⁶¹ DAMASCENO, Sabine Pereira da Veiga. *A eutanásia e a tutela penal à luz da Constituição Federal: aspectos jurídicos e bioéticos da terminalidade da vida*. 2011. 62f. Dissertação (Graduação) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, UniCEUB, Brasília, 2011, p. 22.

⁶² Ibidem, p. 22.

⁶³ SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo; SCHRAMM, Fermin Roland. *Eutanásia: pelas veredas da morte e da autonomia*. 2003, p. 35. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232004000100004>. Acesso em: 02 nov. 2017.

sacralidade, em que não se faz possível comensurar o valor da mesma, não podendo ser interrompida, nem mesmo pela vontade expressa de seu detentor.⁶⁴

Como ensinam Siqueira-Batista e Schramm, outras ponderações contrárias à eutanásia incluem:

- 1) a potencial desconfiança – e subsequente desgaste – na relação médico-paciente;
- 2) a possibilidade de atos não inspirados em fins altruístas, mas motivados por outras razões (por exemplo, questões de heranças, pensões, seguros de vida, e outras);
- 3) a ocorrência de pressão psíquica – por exemplo, o pensamento, pelo enfermo, de que sua condição é um verdadeiro “estorvo” para os familiares –, a qual poderia deixar os pacientes, cuja morte se aproxima, sem perspectiva outra que não a “eutanásia”, de fato não desejada e, portanto, de alguma forma imposta por motivos circunstanciais.⁶⁵

2.4 Distanásia

Uma das diferentes formas da prática da eutanásia denomina-se distanásia. O termo “distanásia” significa “morte lenta”, e é o prolongamento artificial do processo de morte de paciente incurável, sem que lhe seja promovido nenhum benefício. Trata-se de persistência terapêutica obstinada e fútil, infligindo ao paciente terminal “mais sofrimento apenas para lhe proporcionar alguns dias a mais de vida e, em alguns casos, algumas horas”.⁶⁶

De acordo com Maria Helena Diniz:

Pela distanásia, também designada obstinação terapêutica (*l'acharnement thérapeutique*) ou futilidade médica (*medical futility*), tudo deve ser feito mesmo que cause sofrimento atroz ao paciente. Isso porque a distanásia é morte lenta e com muito sofrimento. Trata-se do prolongamento exagerado da morte de um paciente terminal

⁶⁴ SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo; SCHRAMM, Fermin Roland. *Eutanásia: pelas veredas da morte e da autonomia*. 2003, p.35. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232004000100004>. Acesso em: 02 nov. 2017.

⁶⁵ Ibidem, p. 35.

⁶⁶ DAMASCENO, Sabine Pereira da Veiga. *A eutanásia e a tutela penal à luz da Constituição Federal: aspectos jurídicos e bioéticos da terminalidade da vida*. 2011. 62f. Dissertação (Graduação) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, UniCEUB, Brasília, 2011, p. 28.

ou tratamento inútil. Não visa prolongar a vida, mas sim o processo de morte [...].⁶⁷

Acrescentam Mabtum e Marchetto:

Na distanásia, sacrifica-se a qualidade de vida em favor do prolongamento do tempo de vida. Quando não existe mais possibilidade de cura, como no caso de pacientes terminais, o objetivo de buscá-la perde o sentido. Constitui uma violação à liberdade individual expor uma pessoa a um processo lento e doloroso de morte, fazendo-a sobreviver de modo artificial, apenas pelo fato de se dispor de recursos técnicos, sem nenhuma preocupação com o ser humano, suas aflições e seus desejos. Mais do que isso, trata-se de conduta incivilizada, que afronta a dignidade da pessoa humana, pois demonstra falta de compaixão com relação ao paciente e sua família, que também tem seu sofrimento prorrogado e ampliado.⁶⁸

Pacientes em coma ou em estado vegetativo persistente são exemplos da aplicação da distanásia. Sem capacidade de permanecerem vivos por si mesmos, acoplados a aparelhos, e em estado de completa incapacidade de desfrutarem das atividades normais da vida humana, indaga-se sobre a justiça de prolongar artificialmente a morte destes, uma vez que a manutenção dessas circunstâncias apenas acarreta em sofrimento para os familiares, que tomam a posição de espectadores da “vida sem vida” de seus entes queridos.⁶⁹

Vários motivos levam os profissionais da área da saúde a disporem de todos os esforços para a manutenção vital, mesmo quando se trata de vida sem qualidade. Dentre esses motivos, ressalta-se (a) a ideia de que a vida é bem supremo; (b) o medo de serem responsabilizados por atuação médica equivocada, ou (c) a vaidade, pois percebem a morte do paciente como um fracasso pessoal. O Código de Ética Médica, todavia, determina:

[...] que a distanásia seja evitada, que os doentes terminais, que padecem de moléstia incurável, recebam todos os cuidados

⁶⁷ DINIZ, Maria Helena apud BOMTEMPO, Tiago Vieira. Análise constitucional da ortotanásia: O direito de morrer com dignidade. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 93, out 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10386>. Acesso em: 03 nov. 2017.

⁶⁸ MABTUM, Matheus Massaro; MARCHETTO, Patrícia Borba. *Concepções teóricas sobre a terminalidade da vida*. São Paulo: Unesp, 2015, p. 68.

⁶⁹ DAMASCENO, Sabine Pereira da Veiga. *A eutanásia e a tutela penal à luz da Constituição Federal: aspectos jurídicos e bioéticos da terminalidade da vida*. 2011. 62f. Dissertação (Graduação) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, UniCEUB, Brasília, 2011, p. 29.

paliativos disponíveis, que não sejam empreendidas ações diagnósticas ou terapêuticas obstinadas ou inúteis, que seja respeitada a autodeterminação do paciente. Contudo, é imperioso ressaltar que todo procedimento deve ser discutido com o paciente ou com seus familiares, pois são diferentes as suas maneiras de ver a vida e o uso de procedimentos terapêuticos. Por meio do diálogo, a autodeterminação do paciente será respeitada, assim como será preservada a relação entre médico e paciente nessa situação limite.⁷⁰

2.5 Ortotanásia

O termo “ortotanásia” significa morte correta (*ortho* = certo + *thanatos* = morte). Suspende-se o tratamento fútil de paciente que tem sua morte iminente e inevitável, não prolongando o processo natural do fim. Assim, a também denominada “eutanasia por omissão” procura preservar a dignidade e autonomia do paciente, sem qualquer interferência para manter artificialmente uma vida que não poderia ser levada fora do escopo da tecnologia hospitalar. Defende-se o ciclo natural da vida, buscando “evitar procedimentos considerados desproporcionais, extraordinários ou fúteis, que não proporcionarão nenhuma melhora ao paciente, a menos que este manifeste o desejo de que assim seja”⁷¹.

A ortotanásia ocorrerá seja por omissão, suspendendo suportes vitais, em um comportamento comisso, seja pela ação de retirada ou desligamento de equipamentos que funcionam como substitutos de órgãos ou que controlam suas funções, causando o colapso do organismo e desencadeando a morte.⁷²

Existe certa confusão entre a ortotanásia e a eutanásia passiva, uma vez que as duas possuem modalidades que se dão através de uma omissão. Luciano de Freitas Santoro, ressaltando a diferença entre as duas, explica que:

Os dois comportamentos convergem no sentido de um agir do médico por compaixão ao próximo, propiciando uma morte sem dor ou sofrimento através da omissão na prestação ou na continuidade do tratamento. Entretanto, as condutas divergem na questão fundamental, que é o início do processo mortal. Enquanto na ortotanásia a causa do evento morte já se iniciou, na eutanásia passiva esta omissão é que será a causa do resultado, ou seja, é a

⁷⁰ MABTUM, Matheus Massaro; MARCHETTO, Patrícia Borba. *Concepções teóricas sobre a terminalidade da vida*. São Paulo: Unesp, 2015, p. 69.

⁷¹ *Ibidem*, p. 69.

⁷² *Ibidem*, p. 70.

conduta omissiva do médico, ou de terceiro, que será a causa do evento morte.⁷³

Com a Resolução nº 1.805 de 2006 do Conselho Federal de Medicina, o conceito de ortotanásia também passou a abranger uma esfera mais ampla do que o de eutanásia passiva. Não se trata mais apenas de omissão, mas também da administração de procedimentos paliativos a fim de diminuir a agonia e sofrimento do paciente no fim de sua vida.⁷⁴ Seus artigos trazem que:

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. [...]⁷⁵

Essa resolução, aplicada aos doentes em fase terminal de enfermidade grave e incurável, concede-lhes o direito de, uma vez esclarecidos sobre os procedimentos e tratamentos possíveis para a sua situação, escolher entre ter sua terminalidade prolongada ou abreviada. São também assegurados cuidados paliativos, que não se limitam ao sofrimento físico, mas abrangem o bem-estar psíquico, social e espiritual do paciente.

Dessa forma, a ortotanásia se subordina aos princípios bioéticos da prática da medicina. O profissional médico devolve a autonomia e dignidade ao paciente,

⁷³ SANTORO, Luciano de Freitas apud DAMASCENO, Sabine Pereira da Veiga. *A eutanásia e a tutela penal à luz da Constituição Federal: aspectos jurídicos e bioéticos da terminalidade da vida*. 2011. 62f. Dissertação (Graduação) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, UniCEUB, Brasília, 2011, p. 24.

⁷⁴ BOMTEMPO, Tiago Vieira. Análise constitucional da ortotanásia: O direito de morrer com dignidade. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 93, out 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10386>. Acesso em: 03 nov. 2017.

⁷⁵ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução CFM Nº 1.805/2006*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm>. Acesso em: 06 nov. 2017.

tratando-o como pessoa, não somente como doente, excluindo, assim, do indivíduo a característica de mero objeto de manipulação terapêutica invasiva.⁷⁶

A ortotanásia é, em suma, a morte natural. O ciclo da vida que chega ao seu fim. Uma vez que o paciente não tem chances de recuperação, deixa-se a doença evoluir sem intervenção de medicamentos para atrasar seu fim. Busca-se apenas o maior nível de conforto físico, social, psíquico e espiritual. É o exemplo de um médico que não reage a uma parada cardíaca de paciente terminal, deixando-o morrer.⁷⁷

Seguindo as lições da deliberação moral, Matbum e Marchetto expõem acerca do tema:

[...] a eutanásia, ou suicídio assistido, seria considerada uma prática extrema, pois anteciparia a morte do paciente por meio de conduta médica, ainda que a decisão esteja permeada por um espírito humanitário. No extremo diametralmente oposto estaria a distanásia, que, refutando o processo de morte, busca combatê-la, mesmo que o custo dessa conduta seja a ampliação desnecessária do sofrimento do doente terminal. Nesse contexto, a ortotanásia se apresenta como solução mais ponderada, pois não antecipa a morte, nem a prolonga obstinadamente. Opta-se por tratar o paciente, quando a cura já não é mais possível, permitindo que a vida siga seu fluxo normal e buscando aliviar seu sofrimento.⁷⁸

2.6 Suicídio Assistido

O termo suicídio assistido vem do latim “*su*” (auto) e “*cidium*” (matar). Caracteriza-se pela assistência de terceiro, que tendo sido solicitado por paciente terminal ou em estado irreversível, facilita o acesso aos meios necessários, ou mesmo diretamente os fornece, para que o doente coloque fim a sua vida. Assim, a

⁷⁶ BOMTEMPO, Tiago Vieira. A ortotanásia e o direito de morrer com dignidade: uma análise constitucional. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n.89, jun. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9645&revista_caderno=9>. Acesso em: 05 nov. 2017.

⁷⁷ DAMASCENO, Sabine Pereira da Veiga. *A eutanásia e a tutela penal à luz da Constituição Federal: aspectos jurídicos e bioéticos da terminalidade da vida*. 2011. 62f. Dissertação (Graduação) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, UniCEUB, Brasília, 2011, p. 23.

⁷⁸ MABTUM, Matheus Massaro; MARCHETTO, Patrícia Borba. *Concepções teóricas sobre a terminalidade da vida*. São Paulo: Unesp, 2015, p. 72.

execução do suicídio é feita pelo próprio paciente, sendo necessário, portanto, que este esteja completamente consciente.⁷⁹

Apesar de sua semelhança com a eutanásia, o suicídio assistido se difere desta, pois é realizado pela própria pessoa. Dessa forma, no suicídio assistido, como o próprio nome diz, “o paciente é apenas assistido em sua hora final, executando ele mesmo a conduta que o levará a morte, diversamente da eutanásia voluntária, quando apenas aguarda inerte que o médico coloque termo à sua vida”.⁸⁰

O suicídio próprio, em que a pessoa tira sua vida, não configura crime na maior parte dos Estados modernos. O suicídio assistido é, assim, o equivalente para aqueles indivíduos gravemente doentes ou incapacitados, que, apesar de plenamente conscientes, são incapazes de se suicidar sem ajuda.

Prática institucionalizada em alguns países, mas expressamente criminalizada no ordenamento jurídico nacional, normalmente se concretiza pela prescrição de altas doses de medicamento ou indicação de seu uso para suicídio. O caso mais emblemático de suicídio assistido é o do médico norte-americano Jack Kevorkian, conhecido internacionalmente como “Dr. Morte”. Foi ele quem inventou a Thanatron:

[...] uma máquina de suicídio composta por um aparelho de eletrocardiograma munido de um mecanismo que, ao ser acionado pelo próprio paciente, injeta em sua veia uma substância salina neutra que contém o anestésico Tiopental, acarretando inconsciência. Em seguida, uma dose letal de cloreto de potássio paralisa o coração. O médico disponibilizou o aparelho a 130 clientes, que o utilizaram, cometendo suicídio.⁸¹

O estado do Michigan, onde o médico exercia sua profissão, não possuía legislação específica que proibisse o suicídio assistido. Ainda assim, o médico foi denunciado e condenado por homicídio, apesar de restar comprovado que as mortes de seus pacientes não foram mediante coerção, mas que estavam seguros de sua

⁷⁹ SOARES, Ana Lis. *Suicídio Assistido*. nov. 2014. Disponível em: <<https://www.terra.com.br/noticias/entenda-a-diferenca-entre-suicidio-assistido-e-eutanasia,c77f4783c1779410VgnVCM10000098cceb0aRCRD.html>>. Acesso em: 05 nov. 2017.

⁸⁰ PATROCÍNIO, André Herrera. *Suicídio Assistido no Direito Brasileiro*. 2014. Disponível em: <<https://herreraalemao.jusbrasil.com.br/artigos/185634010/suicidio-assistido-no-direito-brasileiro>>. Acesso em: 05 nov. 2017.

⁸¹ MABTUM, Matheus Massaro; MARCHETTO, Patrícia Borba. *Concepções teóricas sobre a terminalidade da vida*. São Paulo: Unesp, 2015, p. 65.

decisão e aliviados de encontrarem uma saída indolor para a escolha de darem fim a suas situações de terminalidade, agonia e sofrimento.⁸²

Existem muitos opositores à prática do suicídio assistido: enxergam uma situação de contradição entre o dever dos profissionais da saúde de salvaguardar o paciente da morte e o papel de assistência na abreviação de uma vida, temendo a banalização e dessensibilização dos médicos diante do sofrimento humano. Os que são a favor, todavia, acreditam estarem respeitados os princípios bioéticos da autonomia e não-maleficência do paciente em estado terminal ou irreversível, permitindo que este se veja livre da agonia e sofrimento de sua vida, se assim o desejar.⁸³

⁸² MABTUM, Matheus Massaro; MARCHETTO, Patrícia Borba. *Concepções teóricas sobre a terminalidade da vida*. São Paulo: Unesp, 2015, p. 66.

⁸³ PATROCÍNIO, André Herrera. *Suicídio Assistido no Direito Brasileiro*. 2014. Disponível em: <<https://herreraalemao.jusbrasil.com.br/artigos/185634010/suicidio-assistido-no-direito-brasileiro>>. Acesso em: 05 nov. 2017.

3 A EUTANÁSIA E O SUICÍDIO ASSISTIDO À LUZ DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A eutanásia e o suicídio assistido são temas que, por sua extrema complexidade ao adentrar a questão do domínio da vida e da morte, trazem divisões de posicionamento nas esferas da sociedade. A própria legislação brasileira é omissa no que diz respeito à tipificação da eutanásia. No decorrer dos anos, alguns projetos de lei tramitaram no país, não obtendo êxito. Diante do vazio deixado pela falta de previsão legal específica, atribuem-se à prática das condutas que enquadram os diferentes tipos de eutanásia e suicídio assistido os tipos penais já vigentes no ordenamento jurídico pátrio.

A grande questão do debate pela legalização da eutanásia reside na dicotomia entre os princípios constitucionais da inviolabilidade da vida e da dignidade da pessoa humana – e dentro deste último, o respeito à autonomia e autodeterminação do sujeito –, havendo dissensões sobre qual dos dois deve prevalecer nas hipóteses dos indivíduos que poderiam decidir sobre a própria morte nos termos do explicitado no capítulo anterior.

Nas questões do viver e do morrer, o Estado brasileiro assume uma posição paternalista rígida, porquanto procura prevenir lesões danosas à vida mesmo que sejam resultado de ações autônomas e de livre decisão pessoal, criminalizando as ações que buscam findar a vida do enfermo ou de terceiro. Tende-se, então, a sobrepor o princípio da inviolabilidade da vida ao da dignidade da pessoa humana.

3.1 Constituição Federal Brasileira

A Constituição Federal Brasileira, logo em seu art. 1º, inciso III, institui a dignidade da pessoa humana como uma das colunas do Estado Democrático de Direito. Em seguida, no *caput* do rol dos direitos fundamentais do art. 5º, estabelece a inviolabilidade da vida, ao asseverar que “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”.

O texto constitucional logo elege o princípio da isonomia como política jurídico-normativa, construindo, assim, a base da orientação para o ordenamento jurídico brasileiro: respeitada sempre a igualdade, a República encontra alicerce em duas principais balizas: a garantia à vida e a dignidade da pessoa humana. Assim, busca-se encontrar a aplicação destas diretrizes no contexto do domínio da vida e da morte no direito brasileiro.⁸⁴

3.1.1 Princípio da inviolabilidade da vida

O direito à vida é enxergado como o mais fundamental de todos os direitos, porquanto é requisito para a existência e o exercício de todos os demais. Da Constituição, extrai-se um duplo sentido: tanto o de permanecer vivo quanto o de ter uma existência digna.⁸⁵

Neste entendimento, Paulo Gustavo Gonet Branco, em seu livro *Direito Constitucional*, explica que:

A existência humana é o pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades disposto na Constituição. Esses direitos têm nos marcos da vida de cada indivíduo os limites máximos de sua extensão concreta. O direito a vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte; não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito de estar vivo para usufruí-lo. O seu peso abstrato, inerente a sua capital relevância, é superior a todo outro interesse.⁸⁶

Nos termos da Carta Magna brasileira, a vida assume o *status* de bem superior, não cabendo a ninguém a prerrogativa de privar outrem do seu direito fundamental de permanecer vivo, sob pena de responsabilização criminal.⁸⁷ Todavia, mais do que reputar a vida fator puramente biológico, a Constituição atribui a ela uma consideração ainda maior: protege a vida como existência digna. Um rol

⁸⁴ IBAIXE JÚNIOR, João. *Inviolabilidade da vida e dignidade da pessoa humana: reflexões para um conceito no Direito Constitucional*. 2008. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

⁸⁵ COSTA, Lorena Santos. *Análise da eutanásia e ortotanásia à luz da resolução n. 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina e do ordenamento jurídico brasileiro*. 2014. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=13998>. Acesso em: 19 mar. 2018.

⁸⁶ BRANCO apud DORIGATTI, Paula Gabriella Ribeiro. O direito à vida. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIX, n. 151, ago. 2016. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17585&revista_caderno=9>. Acesso em: 19 mar. 2018.

⁸⁷ COSTA, Lorena Santos. *Op cit.*

comprobatório extenso se apresenta para estruturar o pensamento constitucional sobre a verdadeira implicação do viver:

[...] II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;
 III – ninguém será submetido à tortura nem a tratamento degradante;
 IV – é livre a manifestação de pensamento [...];
 VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença [...];
 VIII – ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;
 X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;
 XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.⁸⁸

Assim, como direito fundamental para o exercício de todos os demais, a vida humana realmente se mostra como o bem mais importante a ser defendido em nossa Constituição, tornando-se um direito imprescindível ao cidadão. Entretanto, não devem existir valores constitucionais absolutos, mas uma ponderação de princípios nos casos concretos. Desta forma, o princípio da inviolabilidade da vida, ainda que valoroso, deve ser permeado pela dignidade da pessoa humana, nos casos em concreto que o demandarem, como poderia vir a ser os de pacientes padecendo de grave enfermidade incurável.

3.1.2 Princípio da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana, prevista no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, constitui uma das bases do Estado Democrático de Direito, inerente à República Federativa do Brasil. Tem como objetivo assegurar ao homem um leque mínimo de direitos a fim de preservar o respeito às condições básicas de valorização do ser humano, as quais devem se fazer valer pela aplicação do poder público e da própria sociedade.⁸⁹

⁸⁸ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 19 mar. 2018.

⁸⁹ SANTANA, Raquel Santos de. *A dignidade da pessoa humana como princípio absoluto*. 2010. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5787/A-dignidade-da-pessoa-humana-como-principio-absoluto>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
[...] III - a dignidade da pessoa humana;⁹⁰

Ingo Wolfgang Sarlet bem define a dignidade da pessoa humana, ao dizer:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.⁹¹

Nesse diapasão, o direito à dignidade da pessoa humana engloba o próprio viver com dignidade, ou seja, com o respaldo mínimo de cidadania, qualidade de vida, liberdade, prazer, integridade física e moral, e privacidade.⁹²

A partir do direito fundamental de viver dignamente, chega-se ao direito de morrer dignamente. No que tange à eutanásia e ao suicídio assistido, tal direito está ligado ao desejo de se ter uma morte natural, humanizada, sem o prolongamento da agonia ou do sofrimento por parte de um tratamento inútil, mantendo-se, assim, a dignidade do paciente em seus momentos finais.⁹³ A negação paternalista do exercício da autonomia e autodeterminação de um indivíduo capaz e competente de externar sua própria vontade através de uma autointervenção ou intervenção de terceiro consentida para colocar fim a sua situação de terminalidade, doença crônico-degenerativa, ou outra causa afim, não é sustentável em um Estado

⁹⁰ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 19 mar. 2018.

⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang apud SANTANA, Raquel Santos de. *A dignidade da pessoa humana como princípio absoluto*. 2010. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5787/A-dignidade-da-pessoa-humana-como-principio-absoluto>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

⁹² DORIGATTI, Paula Gabriella Ribeiro. O direito à vida. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIX, n. 151, ago. 2016. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17585&revista_caderno=9>. Acesso em: 19 mar. 2018.

⁹³ COSTA, Lorena Santos. *Análise da eutanásia e ortotanásia à luz da resolução n. 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina e do ordenamento jurídico brasileiro*. 2014. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=13998>. Acesso em: 19 mar. 2018.

Democrático de Direito que tem como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana.

Sobre a eutanásia, diz-se que a Constituição Brasileira:

Contempla a possibilidade da eutanásia em suas diversas modalidades ao apontar a dignidade humana como valor basilar do ordenamento jurídico e ao garantir a liberdade de autodeterminação como direito fundamental do cidadão, pois não está em consonância com uma vida digna e o direito de liberdade (autodeterminação) uma pessoa viver anos em estado vegetativo, por exemplo. Deve caber a quem vive nessa situação e/ou seu representante legal decidir [...] interromper o sofrimento inútil por meio da abreviação da vida. Mesmo que para isso, ocorra segundo alguns a violação a vida, bem indisponível.

Porém, [...] os direitos fundamentais podem ser relativizados, desde que dentro de limites de outros valores previstos na Constituição Federal de 1988. Tendo como requisito essencial para que isso ocorra: que esteja em conflito outro direito fundamental, e se preserve a dignidade da pessoa humana. O que a depender do caso em concreto pode ocorrer. Segundo a técnica de preponderação de interesses, prepondera-se um princípio, porém o outro não será anulado.⁹⁴

Nesta visão de mundo, os enfermos que padecem de situação sujeita a eutanásia ou terceiros que por piedade e compaixão os ajudam, não infringem os princípios constitucionais em voga, uma vez que, no direito constitucional, não há a existência de um princípio absoluto, devendo, em situações de conflito, ponderá-los para a chegada em um resultado que contemple ambos para o maior benefício da tutela constitucional aplicada ao caso concreto. Contudo, não é suficiente a existência de princípios constitucionais abstratos para garantir aos que padecem de sofrimento e dores insuportáveis a licitude do ato de findar suas angústias. É necessária a elaboração de legislação infraconstitucional que discipline estas práticas.⁹⁵

⁹⁴ COSTA, Lorena Santos. *Análise da eutanásia e ortotanásia à luz da resolução n. 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina e do ordenamento jurídico brasileiro*. 2014. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=13998>. Acesso em: 19 mar. 2018.

⁹⁵ *Ibidem*.

3.2 Tratamento legal dos institutos

No ordenamento jurídico brasileiro, existe uma lacuna legal para a conduta específica da eutanásia. Em direção contrária à tendência mundial de legislar sobre o assunto, o maior leque de práticas que acarretam a morte eutanásica no país, por falta de tipo penal que se encaixe melhor, recai sobre o crime de homicídio privilegiado do art. 121, §1º, do Código Penal Brasileiro, com a causa de diminuição de pena trazida pelo relevante valor moral do ato. Embora alguns países tenham removido a eutanásia e o suicídio assistido de seus róis de práticas criminosas, a preponderância dos países apenas despenalizou a prática ou criou tipos com penas mais brandas do que a do homicídio propriamente dito. Observam-se como exemplo os casos do Uruguai e Portugal.

O Uruguai traz em seu Código Penal de 1934, ainda em vigor, a possibilidade da eutanásia ativa, no chamado “homicídio piedoso”. Vejamos:

Art. 37. Del homicidio piadoso:

Los Jueces tienen la facultad de exonerar de castigo al sujeto de antecedentes honorables, autor de un homicidio, efectuado por móviles de piedad, mediante súplicas reiteradas de la víctima.⁹⁶

Em um exemplo de ordenamento jurídico que optou pela despenalização da prática da eutanásia, o que acontece no Uruguai não é a descriminalização, mas apenas a faculdade aos juízes de oferecimento de perdão judicial para quem tenha cometido o ato movido por piedade, desde que o tenha feito após reiteradas súplicas da vítima e que o sujeito agente possua antecedentes honráveis. Há assim o “homicídio piedoso”.

Quanto ao suicídio assistido, o país sul-americano o considera como prática criminosa, tipificada no art. 315 do código penal pátrio, punindo-o com seis meses a seis anos de prisão.⁹⁷

⁹⁶ URUGUAI. *Código Penal Uruguayo*. Disponível em: <<https://www.impo.com.uy/bases/codigo-penal/9155-1933>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

⁹⁷ SIMÕES, Marcela Paula. *A eutanásia e sua hermenêutica constitucional no estado democrático de direito brasileiro*. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2007. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2008/Discente/Marcela%20Paula%20Simoes.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2018.

315. (Determinación o ayuda al suicídio)

El que determinare al otro al suicídio o le ayudare a cometerlo, si ocurriere la muerte, será castigado con seis meses de prisión a seis años de penitenciaría. Este máximo puede ser sobrepujado hasta el límite de doce años, cuando el delito se cometiere respecto de un menor de dieciocho años, o de un sujeto de inteligencia o de voluntad deprimidas por enfermedad mental o por el abuso del alcohol o de uso de estupefacientes.⁹⁸

Em Portugal, existe a figura do “homicídio a pedido da vítima”. É hipótese de abrandamento de pena – segundo o código português, as penas nos casos de homicídio qualificado são de oito a dezesseis anos de prisão, e na do privilegiado, de um a cinco. Traz o dispositivo legal:

Artigo 134º - Homicídio a pedido da vítima

1 - Quem matar outra pessoa determinado por pedido sério, instante e expresso que ela lhe tenha feito é punido com pena de prisão até 3 anos.

2 - A tentativa é punível.⁹⁹

Para que haja o chamado “homicídio a pedido da vítima” são necessárias apenas três qualificações: que o pedido seja sério, instante e expresso, existindo doutrinadores que defendem a não necessidade de motivação piedosa do agente, podendo se enquadrar neste tipo penal até mesmo um que aja por motivações egoístas, desde que, ainda sim, cometa o delito devidamente impelido pela vítima.

No que tange ao suicídio assistido, o país europeu possui pena bastante branda para quem pratique o delito. Quem ajuda outrem a se suicidar, é punido com pena de até três anos de prisão. Dispõe o código português:

Artigo 135º Incitamento ou ajuda ao suicídio

1- Quem incitar outra pessoa a suicidar-se, ou lhe prestar ajuda para esse fim, é punido com pena de prisão até 3 anos, se o suicídio vier efectivamente a ser tentado ou a consumir-se.

2 - Se a pessoa incitada ou a quem se presta ajuda for menor de 16 anos ou tiver, por qualquer motivo, a sua capacidade de valoração ou

⁹⁸ URUGUAI. *Código Penal Uruguayo*. Disponível em: <<https://www.impo.com.uy/bases/codigo-penal/9155-1933>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

⁹⁹ PORTUGAL. *Código Penal Português*. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis&so_miolo=>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

de determinação sensivelmente diminuída, o agente é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.¹⁰⁰

Em relação ao Brasil, não há no país uma cultura de aceitação ou de debates acerca das questões do viver e do morrer. Contra a prática da eutanásia e do suicídio assistido, as penas são elevadas e os tipos penais atribuídos aos fatos carecem da sensibilidade requerida aos casos em concreto.

No Brasil, a eutanásia ativa, ou seja, a ação proposital do autor, que imbuído de sentimentos humanitários e solidários, provoca a morte sem sofrimento do paciente enfermo, é comparada ao homicídio privilegiado tipificado pelo art. 121, §1º do Código Penal. O privilégio advém de ser um ato impelido por relevante valor moral, qual seja a compaixão e piedade diante do estado de sofrimento agudo de outrem.

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.¹⁰¹

Na eutanásia passiva, em que há a morte do paciente – em estado terminal e padecendo de insuportáveis dores – devido à omissão deliberada da equipe médica em realizar procedimentos que lhe trariam uma sobrevida, tendo o médico o *animus* de que o paciente faleça para que se encerrem os seus sofrimentos, aplica-se o mesmo dispositivo legal da eutanásia ativa, isto é, o §1º do art. 121 do Código Penal (homicídio privilegiado).

Na chamada eutanásia de duplo efeito, que incorre na prática médica de aumentar gradativamente as doses dos medicamentos contra dor, levando o paciente eventualmente a óbito, não existe um posicionamento claro sobre o enquadramento da conduta no ordenamento jurídico.

¹⁰⁰ PORTUGAL. *Código Penal Português*. Disponível em:

<http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis&so_miolo=>. Acesso em: 18 mar. 2018.

¹⁰¹ BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, 1940*. Código Penal Brasileiro. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 18 mar. 2018.

O primeiro ponto de vista apregoa que se o médico desconhece o potencial letal das doses medicamentosas, deve aplicar-se ao caso o tipo penal de homicídio culposo com a causa de aumento de pena devido à inobservância de regra técnica de profissão do §4º do art. 121 do Código Penal.

Art. 121 [...] § 3º - Se o homicídio é culposo:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

§ 4º - No homicídio culposo, a pena é aumentada de 1/3 (um terço), se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as consequências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante. Sendo doloso o homicídio, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (quatorze) ou maior de 60 (sessenta) anos.¹⁰²

No entanto, na hipótese em que o médico conheça sobre o potencial letal das doses medicamentosas, e escolha administrá-las ao paciente sem informá-lo sobre as possíveis consequências, não se importando com o advento do resultado morte, defende-se o enquadramento da conduta como modalidade de eutanásia involuntária, na categoria do dolo eventual, comparada a homicídio doloso (art. 121, *caput*, do Código Penal).

A ortotanásia, por sua vez, é conduta permitida no Brasil. Consiste na suspensão de tratamento fútil quando a causa do evento morte já se iniciou. Antigamente enquadrada como omissão de socorro nos termos do art. 135 do Código Penal, a fundamentação para a sua regulamentação é que, na realidade, não se trata de uma omissão de socorro no sentido penal, uma vez que uma assistência exagerada seria ineficaz para impedir a morte que se acerca independentemente de qualquer esforço empreendido pela equipe médica.¹⁰³

Desde a edição da Resolução nº 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina, a ortotanásia é autorizada no país. Houve, entretanto, uma descontinuação de três anos do seu vigor devido a uma liminar concedida ao Ministério Público do Distrito Federal, que requereu a suspensão da regulamentação

¹⁰² BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, 1940*. Código Penal Brasileiro. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 18 mar. 2018.

¹⁰³ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *Contornos Atuais da Eutanásia e da Ortotanásia: Bioética e Biodireito. A Necessidade do Controle Social das Técnicas Médicas*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1999, p.272. Disponível em:

<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/contornos_atuais_da_eutanasia_e_da_ortotanasia.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2018.

do instituto no país. Contudo, em 2010, a Justiça Federal revogou a liminar e permitiu a prática ortotanásica.

A Resolução n. 1.805/2006 permite que o médico, autorizado pelo paciente ou seu responsável legal, possa limitar ou suspender tratamentos exagerados e desnecessários que prolonguem a vida do doente em fase terminal de enfermidades graves e incuráveis, bem como administre procedimentos paliativos a fim de diminuir a agonia e sofrimento do paciente no fim de sua vida.¹⁰⁴

No que tange à distanásia, o prolongamento da morte do paciente terminal, não estamos diante de tipo penal; contudo, considera-se inadequado a sua utilização segundo os preceitos do Código de Ética Médica e, em regra, da própria Constituição Federal, que preconiza em seu art. 5º, inciso III, que ninguém deve ser submetido a tratamentos desumanos ou degradantes.¹⁰⁵

O suicídio assistido é o único que possui tipificação expressa no ordenamento jurídico brasileiro. Aquele que induz, instiga ou auxilia terceiro a cometer suicídio, se enquadra no crime previsto no art. 122 do Código Penal. Existem ainda as causas de aumento de pena, caso o crime seja praticado por motivo egoístico ou a vítima seja menor ou tenha sua capacidade de resistência diminuída.

Art. 122. Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça:
Pena - reclusão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave.
Parágrafo único - A pena é duplicada:
Aumento de pena
I - se o crime é praticado por motivo egoístico;
II - se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência.¹⁰⁶

Embora não exista uma legislação específica para a eutanásia, muitos foram os projetos criados em uma luta legislativa travada entre defensores e indivíduos contrários a sua legalização.

¹⁰⁴ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução CFM Nº 1.805/2006*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm>. Acesso em: 19 mar. 2018.

¹⁰⁵ COSTA, Lorena Santos. *Análise da eutanásia e ortotanásia à luz da resolução n. 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina e do ordenamento jurídico brasileiro*. 2014. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=13998>. Acesso em: 19 mar. 2018.

¹⁰⁶ BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, 1940*. Código Penal Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 18 mar. 2018.

3.2.1 Projeto de Lei 125/1996 – Legalização da Eutanásia

Em 1996, encabeçado pelo senador do estado do Amapá Gilvam Borges, tramitou no Congresso Nacional o projeto de Lei 125/1996. Referindo-se à eutanásia como “morte sem dor”, propunha que esta fosse permitida desde que uma junta de cinco médicos atestasse a inutilidade do sofrimento físico ou psíquico do paciente doente, devendo dois destes médicos serem especialistas na enfermidade do indivíduo querelante.¹⁰⁷

O projeto ainda tratava da eutanásia no caso de morte cerebral, permitia a eutanásia por omissão e dava a opção de que um familiar ou pessoa com relação de afetividade com o paciente pudesse solicitar à Justiça a eutanásia do doente caso este estivesse impossibilitado de expressar sua vontade.¹⁰⁸

3.2.2 Projeto de Lei 5.058/2005 – Eutanásia vista como crime hediondo

Indo contra a corrente de legalização da eutanásia ou abrandamento de sua punição, no projeto de lei cunhado em 2005 pelo deputado Osmânio Pereira, propôs-se a adição da eutanásia ao rol dos crimes hediondos. Criaria-se o tipo penal específico da eutanásia, que juntamente com o aborto, deveria ser punido com mais gravidade, uma vez que:

O aborto e a eutanásia são violações ao direito natural à vida, principalmente porque exercidos contra insuficientes. É indispensável, portanto, que se explicita a natureza hedionda de tais crimes, bem como se vedem legalmente quaisquer ações nesse sentido.¹⁰⁹

Em sua defesa, continuou a explicar:

¹⁰⁷ LIMA NETO, Luiz Inácio de. *A legalização da eutanásia no Brasil*. E-governo. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/legaliza%C3%A7%C3%A3o-da-utan%C3%A1sia-no-brasil>>. Acesso em: 19 mar. 2018.

¹⁰⁸ DAMASCENO, Sabine Pereira da Veiga. *A eutanásia e a tutela penal à luz da Constituição Federal: aspectos jurídicos e bioéticos da terminalidade da vida*. 2011. 62f. Dissertação (Graduação) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, UniCEUB, Brasília, 2011, p. 39.

¹⁰⁹ CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei 5058/2005*. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=295399>. Acesso em: 18 mar. 2018.

Do mesmo modo que os nascituros não possuem meios de defesa contra as agressões externas, os doentes e os idosos também são merecedores de proteção especial, dada a sua condição de fragilidade. No entanto há quem defenda a prática da eutanásia com relação a estas pessoas desprotegidas. Além de não possuírem condições de defesa, encontram-se psicologicamente fragilizados pela debilidade física ou pela doença. Assim, é possível, que neste estado de debilidade física e mental, acabem concordando com antecipação de sua morte, pela adoção da eutanásia, até mesmo para se verem livres do sofrimento que tanto lhes angustia. Essas pessoas, levadas pelo sofrimento, perdem o instinto inato de preservação e sobrevivência, ficando vulneráveis física e psicologicamente.

Finalizando sua fundamentação, o deputado acrescentou:

O objetivo deste Projeto é a defesa da vida bem como da Constituição e da soberania do nosso País, contra a “cultura da morte”, que vêm tentando nos impor os países estrangeiros onde isso já impera e contra pessoas e entidades que, conscientemente ou não trabalham a serviço desse propósito assassino.

Devido à falta de apoio, o projeto de lei não logrou êxito, sendo arquivado no mesmo ano em que foi proposto.

3.2.3 Projeto de Lei 236/2012 – Anteprojeto do Novo Código Penal Brasileiro

Em junho de 2012, começou a tramitar no Congresso Nacional o anteprojeto do novo Código Penal Brasileiro, através do Projeto de Lei do Senado 236/2012. Caso seja aprovado, diversas novidades adentrarão o ordenamento jurídico. Ressaltamos as concernentes à eutanásia, sobre as quais, em relatório sobre o anteprojeto, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios elucidou:

A Comissão, sensível às circunstâncias, como recomendam os princípios do Direito Penal da Culpa, a fim de a individualização da pena considerar pormenores relevantes, sugere explicitar a – eutanásia – tornando-a causa de diminuição de pena, dado o agente agir por compaixão, a pedido da vítima, imputável e maior, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável, em razão de doença grave. De outro lado, exclui a ilicitude da conduta de quem, em circunstâncias especificadas, “deixa de manter a vida de alguém por

meio artificial, quando a morte for iminente e inevitável”. Essa figura corresponde à ortotanásia.¹¹⁰

O anteprojeto traz a criação do tipo penal da eutanásia, e tipifica de maneira expressa a prática da ortotanásia:

Eutanásia

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 de ilicitude

§ 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.¹¹¹

Desta forma, a proposta procura criar um tipo penal específico para a eutanásia, afastando-a do enquadramento em homicídio privilegiado praticado em razão de relevante valor moral, conforme se apresenta no código atual. A conduta não será descriminalizada, contudo a pena será notoriamente abrandada: da pena prevista para homicídio privilegiado de quatro a dezesseis anos de prisão, se passará para uma pena de dois a quatro anos.

Admite, ainda, em virtude da análise das circunstâncias do caso, bem como da relação de parentesco ou estreitos laços de afeição do agente com a vítima, a concessão do perdão judicial, deixando de aplicar a pena com vistas ao caso concreto.

No que diz respeito à ortotanásia, como se extrai do §2º do art. 122, a prática, já considerada lícita no país desde a Resolução nº 1805/2006 do Conselho Federal de Medicina, passará a figurar de forma expressa no ordenamento jurídico, bem como será considerada causa de exclusão de ilicitude, uma vez sejam preenchidas

¹¹⁰ DISTRITO FEDERAL. *Anteprojeto do Código Penal*. Disponível em: <http://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/unidades/procuradoria_geral/nicceap/legis_armas/Legislacao_completa/Anteprojeto_Codigo_Penal.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2018.

¹¹¹ SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei do Senado n. 236/2012*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

as seguintes condições: doença grave irreversível atestada por dois médicos e consentimento do enfermo ou de seus representantes legais.

O anteprojeto encontra-se em tramitação no Congresso Nacional.

CONCLUSÃO

A questão da intervenção do Estado na vida do cidadão é relevante e de difícil análise, uma vez que esbarra em diversos tipos de questionamentos sobre a autonomia e autodeterminação do sujeito. Em todos os Estados Democráticos de Direito, há ao menos algum grau de paternalismo estatal. O impasse, entretanto, se encontra no nível da interferência aplicada, no que diz respeito à capacidade do sujeito e a permissão dada à prática de uma autolesão ou heterolesão consentida.

Em face da tendência mundial de abandono do paternalismo rígido, entende-se como ilegítima a aplicação de tal modelo no mundo contemporâneo, ainda mais no que concerne à complexidade das questões do morrer e do viver. Indaga-se: se a intenção com a declaração de ilegitimidade da posição paternalista do Estado é aumentar a liberdade do cidadão, faz sentido serem estes livres para uma futura restrição total de sua liberdade, a qual advém da morte?

O debate gira em torno da busca de um ponto de equilíbrio entre o princípio da inviolabilidade da vida e da dignidade da pessoa humana: a proteção de um bem dito intrinsecamente superior, qual seja, a vida, e o direito de um enfermo optar por dar fim a sua vida em estado de terminalidade, desesperança e sofrimento.

Na medicina contemporânea, tratamentos fúteis, dolorosos, invasivos, e sem um real retorno de perspectiva de vida são prolongados no tempo. O sofrimento de pacientes conscientes e competentes, mas incapazes de sobreviver longe de um maquinário hospitalar, ou de pacientes em estado vegetativo, ou mesmo de pacientes com doenças crônico-degenerativas, não sustenta a sobreposição da legalidade sobre a moralidade. O tratamento de questões tão sensíveis requer a atribuição de dignidade ao paciente: deve ser tratado como mais do que mero objeto de manipulação terapêutica, mas como ser humano.

Assim, a eutanásia e o suicídio assistido não buscam a banalização da vida, mas o respeito ao próprio conceito global de vida, isto é, o que abarca todos os seus aspectos de qualidade, liberdade, prazer e perspectiva de futuro. Não permitindo a escolha de seus cidadãos, o Estado quebra sua pretensão de funcionalismo paternalista para “evitação de um dano”, e produz um efeito notoriamente contraditório para uma instituição que apregoa o direito a dignidade humana como

fundamento da própria República Federativa: condena-os a uma morte lenta e dolorosa por inanição, por exemplo, ao invés de providenciar-lhes os meios necessários para uma morte indolor e tranquila.

É inadmissível a manutenção forçosa da vida de paciente em estado terminal, em intensa dor e sem perspectiva de melhora. Uma legislação regulamentadora dos institutos da eutanásia e do suicídio assistido, que realmente trate com a sensibilidade merecida e atribua relevância aos casos concretos, se faz necessária para que a opção de viver e de morrer dignamente esteja disponível a todos os que, em grande agonia, necessitam desta escolha. Seja através da descriminalização, da atribuição de perdão judicial, ou da consideração da conduta como causa excludente de ilicitude, uma reforma penal que aborde esta questão é imperativa.

REFERÊNCIAS

BOMTEMPO, Tiago Vieira. Análise constitucional da ortotanásia: O direito de morrer com dignidade. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 93, out 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10386>. Acesso em: 03 nov. 2017.

BOMTEMPO, Tiago Vieira. A ortotanásia e o direito de morrer com dignidade: uma análise constitucional. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n.89, jun. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9645&revista_caderno=9>. Acesso em: 05 nov. 2017.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução CFM Nº 1.805/2006*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm>. Acesso em: 06 nov. 2017.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução CFM Nº 1.995/2012*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 19 mar. 2018.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, 1940*. Código Penal Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 18 mar. 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei 5058/2005*. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=295399>. Acesso em: 18 mar. 2018.

COSTA, Lorena Santos. *Análise da eutanásia e ortotanásia à luz da resolução n. 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina e do ordenamento jurídico brasileiro*. 2014. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=13998>. Acesso em: 19 mar. 2018.

DAMASCENO, Sabine Pereira da Veiga. *A eutanásia e a tutela penal à luz da Constituição Federal: aspectos jurídicos e bioéticos da terminalidade da vida*. 2011. 62f. Dissertação (Graduação) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, UniCEUB, Brasília, 2011.

DISTRITO FEDERAL. *Anteprojeto do Código Penal*. Disponível em: <http://www.mpdf.mp.br/portal/pdf/unidades/procuradoria_geral/nicceap/legis_armas/Legislacao_completa/Anteprojeto_Codigo_Penal.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2018.

- DORIGATTI, Paula Gabriella Ribeiro. O direito à vida. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIX, n. 151, ago. 2016. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17585&revista_caderno=9>. Acesso em: 19 mar. 2018.
- DWORKIN, Gerald. Paternalismo. Trad. João Paulo Orsini Martinelli. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, Curitiba, v.4, n.6, p. 7-25, 2012.
- DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- ESPECIATO, Ian Matozo. *Homicídio a pedido: uma questão de imputação objetiva?* 2014. 22f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.
- ESTELLITA, Heloísa. Paternalismo, moralismo e direito penal: alguns crimes suspeitos em nosso direito penal. *Revista Brasileira de Filosofia*, Rio de Janeiro, v. 56, n. 227, jul./ago. de 2007.
- FEINBERG, Joel. *Harm to self: the moral limits of the criminal law*. Oxford: Oxford University Press, 1986. v. 3.
- GRACYK, Theodore. *Outline of Dworkin on Paternalism*. Moorhead: Minnesota State University, 2005.
- IBAIXE JÚNIOR, João. *Inviolabilidade da vida e dignidade da pessoa humana: reflexões para um conceito no Direito Constitucional*. 2008. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 18 mar. 2018.
- LIMA NETO, Luiz Inácio de. *A legalização da eutanásia no Brasil*. E-governo. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/legaliza%C3%A7%C3%A3o-da-eutan%C3%A1sia-no-brasil>>. Acesso em: 19 mar. 2018.
- MABTUM, Matheus Massaro; MARCHETTO, Patrícia Borba. *Concepções teóricas sobre a terminalidade da vida*. São Paulo: Unesp, 2015.
- MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*. 2010. 297f. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.
- MELO, Ana Carolina Pereira. *A polêmica da legalização da eutanásia no Brasil: o dever ético de respeito às vontades antecipadas dos pacientes terminais*. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/42873/a-polemica-da-legalizacao-da-eutanasia-no-brasil-o-dever-etico-de-respeito-as-vontades-antecipadas-dos-pacientes-terminais>>. Acesso em: 23 mar. 2018.
- MIGUEL, Luís Felipe. Autonomia, paternalismo e dominação na formação de preferências. *Opinião Pública*, Campinas, v. 21, n.3, dez. 2015.
- MILL, John Stuart. *On Liberty*. Boston: Ticknor and Fields, 1863.

OLIVA, Milagros Pérez. Quem decide como devemos morrer? *El País*, abr. 2017. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/03/31/ciencia/1490960180_147265.html>. Acesso em: 03 nov. 2017.

OLIVEIRA JUNIOR, Eudes Quintino; OLIVEIRA, Pedro Bellentani Quintino. A eutanásia e a ortotanásia no anteprojeto do Código Penal brasileiro. *Revista Bioethkos*, Centro Universitário de São Camilo, 2012. Disponível em: <<https://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethkos/98/03.pdf> >. Acesso em: 18 mar. 2018.

PATROCÍNIO, André Herrera. *Suicídio Assistido no Direito Brasileiro*. 2014. Disponível em: <<https://herreraalemao.jusbrasil.com.br/artigos/185634010/suicidio-assistido-no-direito-brasileiro>>. Acesso em: 05 nov. 2017.

PORTUGAL. *Código Penal Português*. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis&so_milo=>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

SANTANA, Raquel Santos de. *A dignidade da pessoa humana como princípio absoluto*. 2010. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5787/A-dignidade-da-pessoa-humana-como-principio-absoluto>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. Contornos Atuais da Eutanásia e da Ortotanásia: Bioética e Biodireito. *A Necessidade do Controle Social das Técnicas Médicas*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1999.

SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei do Senado n. 236/2012*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

SIMÕES, Marcela Paula. *A eutanásia e sua hermenêutica constitucional no estado democrático de direito brasileiro*. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2007. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2008/Discente/Marcela%20Paula%20Simoes.pdf >. Acesso em: 19 mar. 2018.

SIMÕES, Mauro Cardoso. *Liberdade e paternalismo segundo John Stuart Mill: uma análise das teses de On Liberty*. 2007. 161f. Tese (Doutorado) - Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Campinas, SP. Disponível em: <<http://libdigi.unicamp.br/document/?code=vtls000433113>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo; SCHRAMM, Fermin Roland. *Eutanásia: pelas veredas da morte e da autonomia*. 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232004000100004>. Acesso em: 02 nov. 2017.

SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito Liberal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 53, mar./abr. 2005.

SOARES, Ana Lis. *Suicídio Assistido*. nov. 2014. Disponível em: <<https://www.terra.com.br/noticias/entenda-a-diferenca-entre-suicidio-assistido-e-eutanasia,c77f4783c1779410VgnVCM10000098cceb0aRCRD.html>>. Acesso em: 05 nov. 2017.

URUGUAI. *Código Penal Uruguayo*. Disponível em: <<https://www.impo.com.uy/bases/codigo-penal/9155-1933>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

VANCE, Chad. *Paternalism*. Boulder: University of Colorado, 2016.

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