

Regina Maria Reicher

A Eutanásia na Visão do Garantismo Penal

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito das Relações Sociais – sub-área Direito Processual Penal, sob a orientação do Professor Doutor Marco Antônio Marques da Silva.

**PUC/SP
SÃO PAULO
2005**

Banca Examinadora

Resumo

Num cotejo entre a eutanásia e o garantismo de Luigi Ferrajoli, quanto à proibição penal, os princípios da lesividade e necessidade, e o direito penal mínimo, este estudo faz uma projeção sobre as principais consequências desse comportamento em matéria penal, notadamente quanto à sua repercussão sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, que é corolário lógico do Estado Democrático de Direito.

Não se justifica, no modelo de direito penal mínimo propugnado pelo garantismo, a penalização, ainda que de forma mitigada, do comportamento humano denominado eutanásia. Deve, pois, ser revista, porque sua configuração como uma conduta penalmente proibida e juridicamente culpável não se coaduna com a visão moderna do garantismo penal, não se deixando esquecer, ainda, que ao direito penal só se deve recorrer como um remédio extremo, como *“ultima ratio”*.

Na vertente penal garantista, que tem por fundamento primordial a tutela dos direitos fundamentais do homem e a limitação do poder punitivo estatal contra o arbítrio e a ilegalidade, chega-se à conclusão de que a dignidade do processo de morrer assume foros de um novo direito do cidadão, agora elevado à categoria de direito fundamental.

Abstract

Comparing euthanasia procedure and guarantee of the Luigi Ferrajoli, as to penal prohibition, the injury and necessity principles, and minimal penal law, this study does a projection regarding main consequences of this conduct in the penal law, notably its consequences to the human dignity principle, which is the logical correspondent of the modern Democratic Law State.

The penalization is not required in the model of the minimal penal law defended for the guarantee, not even in a mitigation form, of the human behavior named euthanasia, which must be revised, due to the fact that its your configuration about a prohibited and juridical guilty behavior doesn't match with a modern vision of the penal guarantee, not to mention that the penal law must only appeal as a extreme medicine, as a "*ultima ratio*".

In the law guarantee vision, which is based on the human essentials rights for fundamental and the limitation of the state punitive power against the arbitrating and the illegality, leads to the conclusion that the dignity of the death process turns into a new right of the citizen, now, raisen up to the fundamental rights category.

Ao meu querido pai, Coracy Ferreira Dias, pelo amor incondicional, pelo incentivo e grande lição de vida, paradigma de minha conduta profissional.

À minha adorada mãe, Olívia Camargo Ferreira Dias, pelo amor e dedicação, sempre presente.

Aos meus queridos irmãos, Márcia Maria Ferreira Dias Lorenzetti e Fábio Luiz Ferreira Dias, pelo carinho e amizade.

Ao meu querido esposo, Marcello Erich Reicher, pelo afeto e dedicação, cujos ensinamentos serviram de inspiração para a realização deste estudo.

Ao Professor Doutor Marco Antônio Marques da Silva, exemplo de professor e orientador, a quem dedico este estudo, em especial, pela amizade e apoio.

*“Não é suficiente ter o espírito bom,
o essencial é bem aplicá-lo”.*

René Descartes

Sumário

Introdução	10
Capítulo I	
A proibição penal e a culpabilidade no garantismo.....	13
Capítulo II	
O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito de morrer numa visão garantista.....	29
Capítulo III	
Definição e critérios de caracterização da morte.....	42
Capítulo IV	
A eutanásia, distanásia, adistanásia, ortotanásia e o suicídio assistido: conceito e distinções.....	46
Capítulo V	
Breve histórico da eutanásia.....	50
Capítulo VI	
A eutanásia no direito comparado.....	59
1. Uruguai.....	59

2. Colômbia.....	60
3. Argentina.....	61
4. Peru	63
5. Estados Unidos da América	63
6. França	69
7. Espanha	74
8. Austrália.....	75
9. Holanda.....	76
10. Bélgica.....	81

Capítulo VII

1. A eutanásia no Brasil e a legislação penal	83
2. Os códigos brasileiros de ética médica e a eutanásia	89
3. O aspecto penal da conduta do médico.....	90
4. Problemática da descriminalização da eutanásia e o garantismo.....	94

Capítulo VIII

Conclusão.....	107
Referências bibliográficas.....	112

Introdução

A evolução da noção jurídica de Estado, implementada com maior força nesses três últimos séculos a partir da Ilustração, refletiu paralelamente para a formação da moderna concepção dos direitos fundamentais do cidadão.

A implantação do valor da dignidade da pessoa humana, fundado na vida, na saúde, na liberdade pessoal, dentre outros, determinaram importantes mudanças estruturais no quadro geral das ordenações de quase todos os países, sobretudo quanto ao novo enfoque social e garantista que se lhes procurou atribuir, tanto no nível constitucional, como infraconstitucional.

E é exatamente dentro das noções de dignidade da pessoa humana e de valorização da vida humana como direito fundamental do cidadão esboçadas pela teoria garantista penal de LUIGI FERRAJOLI que encontramos as bases jurídicas e filosóficas para a formulação deste trabalho, que se debruça sobre a caracterização do comportamento humano denominado eutanásia, notadamente, quanto ao problema que envolve a despenalização da conduta.

Num primeiro momento, traçamos alguns aspectos importantes do garantismo penal, que se vale, para a tutela dos direitos fundamentais, do “*direito penal mínimo*” entendido este no sentido da máxima redução quantitativa da intervenção penal e da mais ampla exclusão de outros métodos de intervenção coercitiva e punitiva, visando afastar,

por outro lado, a aplicação de penas excessivas e despóticas.¹ Nessa visão, LUIGI FERRAJOLI faz um cotejo entre o valor da liberdade pessoal afetada pela pena e o dos bens atacados pelo delito. Um programa de “*direito penal mínimo*” deve apontar uma massiva deflação de bens penais e de proibições legais, como condição de sua legitimidade política e jurídica. Ou seja, deve ter uma função restritiva e minimizadora dos delitos.

Ainda dentro dessa noção jurídica de comportamento delitivo, de aplicação de um direito penal mínimo, abordamos a culpabilidade, traçando o limite e alcance da posição do jurista italiano citado.

Para a compreensão da problemática que envolve a eutanásia, são necessários alguns apontamentos sobre sua relação com determinados temas afins, como a ética, a moral, o princípio da autodeterminação e a tradição judaico-cristã.

Esboçamos, também, os contornos do direito de morrer e da eutanásia, procurando evidenciar, especialmente, o princípio da dignidade da pessoa humana, reconhecido explícita ou implicitamente pelos principais instrumentos internacionais e por todos os códigos políticos dos Estados sociais e democráticos de direito.

Definimos a morte, bem como os critérios médicos existentes para sua caracterização.

Conceituamos a eutanásia, com destaque aos tipos conhecidos, ressaltando as suas principais características, distinções e conseqüências.

¹ FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e Ragione. Teoria Del garantismo penale*. Tradução para o espanhol Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocio Cantarero Bandrés, título em espanhol *Derecho y razón. Teoria del garantismo penal*, 1ª. Edição, Madrid: Editorial Trotta, 1995, p. 343.

Em outro tópico, para a compreensão do pensamento moderno sobre o assunto, apresentamos um resumo histórico da eutanásia.

Assim, conceituada a eutanásia e conhecida sua evolução histórica, trazemos uma breve projeção sobre o direito comparado, enfocando a legislação de alguns países como o Uruguai, Colômbia, Argentina, Peru, Estados Unidos da América, França, Espanha, Austrália, Holanda e Bélgica mostrando qual o tratamento que a lei penal dessas Nações atribui à eutanásia, além dos principais aspectos que envolvem a problemática de sua descriminalização.

Em tópico separado, será focado o tema da eutanásia no Direito Penal Brasileiro, ressaltando a posição do legislador nacional no tocante ao assunto, bem como do código de ética médica.

A seguir, num cotejo entre a conduta objeto deste estudo e os ensinamentos do garantismo quanto à proibição penal, o princípio da lesividade e do direito penal mínimo, fazemos uma projeção sobre as principais conseqüências desse comportamento em matéria penal, notadamente quanto à sua repercussão sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, que é corolário lógico do Estado Democrático de Direito.

Em conclusão, expomos os motivos e fundamentos por que se entende que, dentro de um modelo de direito penal mínimo, amparado pelo princípio da dignidade da pessoa humana próprio do Estado Democrático de Direito, a penalização do comportamento humano denominado eutanásia deve ser revista, visto que não se justifica sua configuração como uma conduta penalmente proibida e juridicamente culpável, ante a visão moderna do garantismo penal.

Capítulo I

A proibição penal e a culpabilidade no garantismo

O garantismo designa uma nova fundamentação filosófica política das razões do direito penal, que se formou no ano de 1989, com a obra intitulada *Teoria do Garantismo Penal*, de autoria de LUIGI FERRAJOLI, professor de filosofia do Direito e de teoria geral do Direito da Universidade de Camerino, Itália.

O modelo penal garantista é fundado nos princípios da estrita legalidade, da materialidade e lesividade dos delitos, da responsabilidade pessoal, do juízo oral e contraditório entre as partes e da presunção de inocência, que em grande parte são fruto do pensamento da ilustração. Portanto, é o que mais se aproxima do modelo ideal de Estado de Direito e de um ordenamento jurídico democrático.

LUIGI FERRAJOLI partiu das perguntas *se, por que, quando e como castigar, proibir e julgar*, para justificar a intervenção do direito penal, seus critérios de legitimação interna e externa; a formulação legal dos delitos, ante o critério da estrita legalidade ou taxatividade dos delitos; a imposição e tipos de penas, seus limites mínimos e máximos; o juízo penal cognoscitivo na busca pela verdade no processo penal.

Para nós, interessa especificamente a noção do “*quando proibir*”, pois o principal enfoque é a verificação da adequação da conduta humana denominada eutanásia, como proibida, ou não, considerando suas principais características, em comparação com um modelo penal garantista.

O delito é todo comportamento proibido pela lei penal. Mas, interessa saber quando um comportamento deve ser considerado proibido pela lei.

Surge, assim, a questão axiológica do “quando proibir” (“cuándo prohibir”)², formuladas por LUIGI FERRAJOLI na exposição de sua teoria filosófica, ao procurar extrair os critérios de valoração da conduta considerada juridicamente reprovável e os fundamentos de sua legitimação enquanto tal, que, em seu entendimento, é predominantemente externa.

Foi JEREMY BENTHAM quem representou a relação direito-moral pela imagem de duas esferas valorativas e autônomas concêntricas, em que o círculo da moral por ser maior e externo delimita o círculo do direito, interno e mais restrito³. THOMAS HOBBES afirmou que “*um crime é um pecado que consiste em cometer um ato que a lei proíbe ou em omitir um ato que ela ordena. Dessa forma, todo crime é um pecado, mas nem todo pecado é um crime*”.⁴ Aliás, o princípio da separação entre direito e moral tem sido um dos grandes pilares de sustentação do direito moderno.

Partindo-se precisamente da separação entre direito e moral devem ser justificadas as proibições penais e também o castigo ou a pena, isto é, a resposta punitiva do Estado a um comportamento havido por delitivo.

Com efeito, tem-se verificado que muitos dos princípios morais que fundamentam ou justificam certos tipos de proibições penais, ou afastam outros tipos de delitos, já foram incorporados ao direito positivo, o que equivale dizer que se tornaram princípios jurídicos de legitimação interna das condutas.

² FERRAJOLI, Luigi. Ob. cit., p. 459.

³ BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. Tradução de Luiz João Baraúna, 2ª edição, São Paulo: Abril Cultural, Coleção Os pensadores, 1979.

Acontece que essa incorporação garantista de princípios morais ou de justiça nos níveis superiores de um ordenamento não significa que o direito penal, assim legitimado, tornou-se absolutamente justo e válido. Não se concebeu, ainda, um sistema jurídico penal perfeito, até porque, muitas vezes, as opções legislativas sobre o que se deve proibir parte dos sentimentos de uma minoria, de uma classe superior dominante. CESARE BONESANA, “*Marquês de Beccaria*”, já havia afirmado, no século XVIII, que a maioria das leis não são mais que privilégios, quer dizer, atendem aos interesses de um pequeno número de senhores.⁵

Além disso, os valores morais a respeito do vício e da virtude tendem a modificar-se com o passar do tempo. Um comportamento pode ser proibido a uma geração, mas permitido às gerações seguintes, ou, ao inverso, um comportamento que então não era proibido num dado momento histórico, pode tornar-se proibido, após uma revolução política, por exemplo.

Essa mutabilidade das valorações morais que é ditada, muitas vezes, por inovações, ou retrocessos, dos processos históricos e políticos dentro de uma sociedade, não permite, igualmente, que se atinja um direito positivo perfeito, ou um grau de garantismo perfeito, entendido este como o modelo de ordenamento jurídico que efetivamente cerque os direitos fundamentais de toda proteção e garantia em nível constitucional, estendendo a proteção aos níveis inferiores.

Explica-se. É que pela teoria do garantismo, os direitos humanos fundamentais são erigidos à condição de normas constitucionais, ou seja, tendem a ser constitucionalizados

⁴ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Tradução Alex Marins. São Paulo: Editora Martin Claret, 2004, p. 215.

⁵ BONESANA, Cesare. “*Marquês de Beccaria*”. *Dos Delitos e das Penas*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus editora, § XLI, p. 92.

como forma de proteger e garantir sua defesa em um ordenamento jurídico positivo, o que equivale dizer que, de dogmas axiológicos, apriorísticos, portanto, valores de justificação externa, tornam-se o próprio direito positivado, de justificação interna.

Esta é a novidade histórica do Estado de Direito moderno com respeito aos ordenamentos jurídicos passados, a incorporação dos direitos fundamentais, transformando-os em normas de legitimação interna, no geral de âmbito constitucional, que antes eram grande parte das fontes de justificação externa das legislações.

As normas infraconstitucionais editadas sob a orientação garantista constitucional são, assim, legitimadas dentro do sistema Kelseniano de hierarquia das normas.

Ressalta LUIGI FERRAJOLI que: *“o moderno estado constitucional de direito incluiu múltiplos princípios ético-políticos ou de justiça, que impõem valorações ético-políticas das normas produzidas e atuam como parâmetros ou critérios de legitimidade e de ilegitimidade tanto externos ou jusnaturalistas, como internos ou juspositivistas”*.⁶

Contudo, sabe-se que a existência de normas e princípios constitucionais penais fundados na proteção dos direitos fundamentais, como têm procurado esboçar as modernas constituições dos Estados, por si só, não garante a efetividade de sua proteção nos níveis inferiores, isto é, no ordenamento infraconstitucional. É necessário colocar à disposição do cidadão todo um aparato garantista de forma a possibilitar a efetividade da defesa dos seus direitos fundamentais.

⁶ FERRAJOLI, Luigi. Ob. Cit., p. 358: *el moderno estado constitucional de derecho ha incluido múltiples principios ético-políticos o de justicia, que imponen valoraciones ético-políticas de las normas producidas y actúan como parámetros o criterios de legitimidad y de ilegitimidad no ya externos o iusnaturalistas, sino internos o iuspositivistas* *el moderno estado constitucional de derecho ha incluido múltiples principios ético-políticos o de justicia, que imponen valoraciones ético-políticas de las normas producidas y actúan como parámetros o criterios de legitimidad y de ilegitimidad no ya externos o iusnaturalistas, sino internos o iuspositivistas*”.

Aliás, NORBERTO BOBBIO já havia sustentado que pouco ou nada valem a justificação racional e a declaração dos direitos fundamentais num ordenamento jurídico, se não há meios necessários para garantir sua concretização.⁷

Ora, ainda que se possa dizer que um ordenamento alcance um alto grau de perfeição normativa e de eficácia operativa, é impossível dizer que há uma realização completa dos princípios incorporados como garantias e critérios de validade.

Isso se explica por duas razões. Os princípios expressam sempre valores e, como tais, sujeitos a um juízo valorativo suscetível de opiniões diversas ou inverificáveis. Uma segunda razão, diz respeito à divergência entre *ser* e *dever ser*, ou entre normatividade e efetividade, que é estruturalmente inerente à formação lógica do direito. Nem sempre o que é normativo é efetivo ou justo.

Excluída, assim, a possibilidade de se atingir critérios positivos e absolutos de justificação externa e de legitimação interna dos conteúdos das proibições penais, pode-se, porém, formular critérios negativos ou limitadores, que não são mais do que as garantias penais ou substanciais referentes aos princípios da necessidade e lesividade, à materialidade da ação e à responsabilidade pessoal ou culpabilidade.

Estas garantias penais tiveram origem na ilustração, notadamente no utilitarismo penal e na doutrina de separação entre o direito e a moral.

O utilitarismo penal é considerado meio idôneo para justificar a limitação da esfera das proibições penais porque por esse modelo deve a lei penal prevenir aquelas condutas consideradas reprováveis por seus efeitos lesivos a terceiros e que importem em alto

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 25.

custo individual e social diante desses efeitos lesivos, possibilitando o mecanismo da aplicação de penas e previsão de proibições.

O princípio da separação entre direito e moral, por sua vez, veda a proibição de comportamentos meramente imorais e impõe a tolerância jurídica de toda atitude ou comportamento não lesivo a terceiros.

Desse duplo enfoque pode ser destacada a existência de uma dupla limitação ao direito de punir do Estado.

A primeira surge do princípio da necessidade ou da economia das proibições penais, ao que CESARE BONESANA, *“Marquês de Beccaria”*, assim acrescenta: *“se são proibidos aos cidadãos muitos atos indiferentes, não tendo esses atos nada de prejudicial, não se previnem os delitos: em vez disso, faz-se com que apareçam novos, pois se mudam de modo arbitrário as idéias comuns de vício e de virtude, que ainda se proclamam eternas e imutáveis”*.⁸

Ora, a proibição de múltiplas e indiferentes ações pode levar à punição de infrações fúteis ou pueris. Assim, como a intervenção punitiva é considerada a técnica de controle social mais gravemente lesiva à liberdade e à dignidade dos cidadãos, é justo exigir que se recorra ao direito penal somente como remédio extremo, como *“ultima ratio”*.

MONTESQUIEU já havia ressaltado como tirânico todo ato de autoridade de homem para homem que não derive de absoluta necessidade.⁹

Aliás, o pensamento liberal clássico tem como pressuposto o enunciado de ARISTÓTELES de que as proibições, não menos que os castigos, são um mal artificial,

⁸ BONESANA, Cesare. *“Marquês de Beccaria”*. Ob.cit., § XLI, p. 92.

⁹ MONTESQUIEU, *Do espírito das leis*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2004.

ou contra natural, e são justificadas somente pela necessidade de se defender os direitos fundamentais dos cidadãos.¹⁰

Evidente a existência de um nexo entre o princípio da necessidade e o da legalidade ou da reserva legal, sempre tendo em mente a função de um direito penal mínimo como um *"direito necessário e da pena como mal menor para quem a sofre e para a generalidade"*.¹¹

É que tendo o direito penal por objetivo a tutela dos cidadãos e a minimização da violência na sociedade, as únicas proibições penais justificáveis pela absoluta necessidade são aquelas mínimas necessárias, isto é, aquelas estabelecidas para impedir os comportamentos lesivos mais gravemente considerados pela sociedade.

Um segundo limite do direito de punir do Estado é o princípio da lesividade, quer dizer, diz respeito à natureza lesiva do resultado, ou os efeitos que determinado comportamento produz.

Denominador comum de toda a cultura penal ilustrada, o princípio da lesividade traça os critérios da medida das proibições e das penas.

Evidentemente que a natureza e quantificação do dano não pode ser obtida com precisão pelos princípios da necessidade e da lesividade. Ou seja, não há como se identificar, por meio desses princípios, o que deve tomar forma de delito e o que deve tomar forma de simples contravenção. Aliás, o aspecto do *"quando proibir"* para o utilitarismo penal, nesse ponto, é ambíguo, pois pode parecer útil a determinada sociedade a máxima restrição da liberdade do cidadão, ou, ao contrário, sua mínima restrição.

¹⁰ ARISTÓTELES, Retórica. Cit. I, 13, 1373b, p. 66.

Contudo, deve-se dizer que é o próprio princípio da lesividade que condiciona o utilitarismo, tornando-o instrumento de mínima restrição necessária da liberdade do indivíduo, pois, ao impor à ciência jurídica o ônus de demonstrar quando um objeto ou interesse deve ser considerado um bem jurídico relevante, e quando sua lesão efetiva é um dano que importa em punição extrema, estabelece juízos valorativos que justificam sua tutela pelo direito penal.

Na identificação dos critérios externos de fundamentação dos juízos valorativos que justificam a proibição penal, historicamente, não se logrou obter grandes resultados, ainda que sejam considerados todos os esforços empreendidos pela ciência penal.

A ilustração buscou resposta num direito subjetivo natural da pessoa. JOHN LOCKE, ao discorrer sobre o estado de liberdade, já ressaltava a existência dos bens fundamentais que merecem a tutela especial penal que são a vida e os meios necessários de sua preservação, a liberdade, a saúde.¹² FRANCESCO CARRARA se fixava na noção de um mal sensível que o delito produz ao violar o direito atacado.¹³

Na segunda metade do século XIX, estes conceitos perderam toda a função axiológica. A referência axiológica passou a ser o próprio interesse e a vontade do Estado.

A conseqüência desse pensamento pôde ser observada na equivocada conceituação de bem e de dano que acabaram por identificar-se com o que aprazia ao soberano, numa verdadeira involução do pensamento penal.

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. Ob. cit. p. 466: "*ius necessitatis y de la pena como mal menor para quien la sufre y para la generalida*".

¹² LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*, São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 24-25.

¹³ CARRARA, Francesco. *Programa do Curso de Direito Criminal. Parte Geral*. Tradução de José Luiz V. de A. Franceschini e J.R. Prestes Barra. São Paulo: Edição Saraiva, Vol. 1, § 103, p. 102, 1956.

Após a Segunda Guerra Mundial, em 1945, com o renascimento de uma cultura penal mais liberal e democrática, o conceito de bem jurídico recuperou seu caráter garantista, graças à retomada da relevância crítica e da função axiológica, ainda que só o fosse como limite interno referido a valores ou bens constitucionais.

LUIGI FERRAJOLI destaca que a justificação externa das proibições penais numa perspectiva garantista é uma questão de política criminal, na medida em que postula uma correspondência entre prevenção de delitos e tutela de bens jurídicos, dentro do modelo de direito penal mínimo por ele buscado.¹⁴

Daí destacar-se no garantismo, como primeiro critério de justificação das proibições, ainda que indeterminado e genérico, a configuração das lesões aos direitos fundamentais, assim entendidos os clássicos direitos individuais e liberais e, atualmente, os coletivos ou sociais, como o meio ambiente ou a saúde, que ganharam grande força no direito penal moderno.

Nenhum bem justifica a proteção penal, em vez da civil ou administrativa, se o seu valor não for maior do que os bens jurídicos afetados. E vai mais longe o autor, a ponto de dizer que nenhum bem justifica a pena de morte para prevenir sua lesão.¹⁵

As proibições não só devem estar dirigidas à tutela de bens jurídicos, mas, também, devem ser idôneas, o que equivale dizer que o princípio da utilidade e o da separação entre direito e moral obrigam a considerar-se injustificada toda proibição que não se dirija à eficácia intimidante buscada pela lei. Pense-se, diz LUIGI FERRAJOLI, *"por exemplo, no aborto, o adultério, o concubinato, a mendicância, a evasão de presos ou a*

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. Ob. cit. p. 472.

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. Ob. cit. p. 472-473.

*tóxico-dependência: sua proibição é inútil na medida em que se demonstre que está destinada a não surtir efeito”.*¹⁶

Prega-se, em verdade, que deve haver uma proporcionalidade entre o valor da liberdade pessoal afetada pela pena e os bens atacados pelo delito, assim como deve ser dimensionada uma escala de valores com reflexos numa escala de penas para cada tipo de delito.

Um direito penal mínimo, assim, deve ser entendido em sua função restritiva e minimizadora, pois que, ao passo que permite a tutela de bens fundamentais, pode servir para tutelar outros bens ainda não protegidos pela lei e que tenham relevância penal, como por exemplo, a tortura, comportamento, como se sabe, ainda não proibido por muitas legislações penais no mundo.

As restrições de um modelo de direito penal mínimo devem ter caráter quantitativo, isto é, devem afastar os delitos que não justificam o processo penal e a pena, como ocorre no caso dos delitos de bagatela.

Também, devem as restrições ter caráter qualitativo quanto ao tipo de delitos, justificando a imposição de pena somente quando houver lesão concreta a uma pessoa de carne e osso.

Ou seja, a gravidade e quantidade das penas devem se ajustar à gravidade e quantidade da violência expressa na sociedade, bem como ao grau de sua intolerância social.

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. Ob. cit., p. 473: *“por ejemplo, en el aborto, el adulterio, el concubinato, la mendicidad, la evasión de presos o la tóxico-dependencia: su prohibición es inútil en la medida en que se demuestre que está abocada a no surtir efecto.”*

Dizia CESARE BONESANA, “*Marquês de Beccaria*”, “*mais fortes e sensíveis devem ser as impressões sobre os ânimos endurecidos de um povo recém saído do estado de barbárie*”.¹⁷

Obviamente os fins não justificam os meios. Um sistema penal está justificado, assim, se, e somente se, minimizar a violência arbitrária na sociedade, alcançando esse fim na medida em que satisfaça as garantias penais e processuais do direito penal mínimo.

Uma terceira restrição tem caráter estrutural, ou seja, a imposição, pela maior parte dos delitos, de uma lesividade concreta, deixando de lado aqueles comportamentos denominados delitos de perigo abstrato ou presumido.

O princípio da lesividade tem, assim, um valor de critério polivalente de minimização das proibições penais. Equivale, ainda, a um princípio de tolerância tendencial do desvio, idôneo para reduzir a intervenção penal ao mínimo necessário, reforçando sua legitimidade e confiabilidade.

Não se pode perder de vista, ainda, que o princípio da lesividade, por estar ligado ao princípio da necessidade das penas e com ele à versão utilitarista da mínima restrição necessária, historicamente, foi essencial para definir, ainda que de forma teórica, o moderno Estado de Direito e a elaboração de um direito penal mínimo na tutela dos direitos e interesses que se consideram necessários ou fundamentais.

Ora, se o direito penal é um remédio extremo, devem ser excluídos de sua tutela os delitos de mera desobediência, os fatos que lesam bens não essenciais, ou que são

¹⁷ BONESANA, Cesare. “*Marquês de Beccaria*”. Ob.cit., XLVII, p.112

somente em abstrato presumidamente perigosos, evitando-se, ainda, a qualificação como administrativa de sanções que têm caráter substancialmente penal.

Temos observado, aliás, que a lesão a alguns bens jurídicos têm justificado a aplicação de penas de prisão de duração curta, ou mesmo penas alternativas, portanto, penas com natureza mais limitadora que a privativa de liberdade. Essa é a tendência de um modelo de direito penal mínimo.

Um segundo requisito de fundamentação do “*quando proibir*”, como já assinalado, é o da materialidade da ação.

Pelo princípio da materialidade da ação, nenhum dano, por mais grave que seja, pode ser penalmente relevante se não decorrer do efeito da exteriorização de uma ação. Ou seja, as leis devem se encarregar de castigar somente as ações exteriores, deixando de lado os atos internos, as intenções.

Esse princípio da materialidade da ação é considerado por LUIGI FERRAJOLI como o coração do garantismo penal e que dá valor político e consistência lógica e jurídica a grande parte das demais garantias.¹⁸

A terceira condição substancial que fundamenta as proibições penais num modelo penal garantista encontra amparo no princípio da culpabilidade, ou mais precisamente, “*nulla actio sine culpa*”, “*nullum crimen sine culpa*”.

Aqui deve ser considerado o elemento subjetivo ou psicológico do delito, pois nenhum fato ou comportamento humano é valorado como ação se não for fruto de uma decisão. Por conseguinte, não pode um comportamento ser castigado ou sequer proibido se não se revelar intencional.

¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. Ob. cit., p. 484.

Este princípio é uma conquista moderna que vem, historicamente, desde o modelo da vingança privada; da possibilidade de se responsabilizar pessoas do grupo familiar do ofensor; e da ausência de distinção entre delitos intencionais e acidentais.

Ora, não é possível que um homem erre de propósito, sem uma intenção escondida por trás de seu comportamento.

Não há como adentrarmos nas inumeráveis opiniões e construções sobre a culpabilidade, pois fugiria ao enfoque principal deste trabalho. Cumpre, tão-só, tecer algumas considerações sobre a culpabilidade no modelo penal garantista.

A culpabilidade garantista é decomposta em três elementos: a) a personalidade da ação, a relação de causalidade que vincula o réu, a ação e o resultado; b) a imputabilidade ou capacidade penal; c) a intencionalidade ou culpabilidade em sentido estrito, que quer dizer a consciência e vontade concreta, que pode assumir a forma de dolo ou de culpa, segundo a intenção vai referida à ação e ao resultado, ou só à ação e não ao resultado, não querido e não previsto, ainda que previsível.

Os fundamentos externos da garantia da culpabilidade são quatro: a reprovabilidade da ação; a função utilitarista de prevenção geral; a possibilidade de prever e de planificar o rumo futuro de nossa vida partindo da estrutura coativa do direito; e o fato de que as ações devem ser culpáveis.

A interioridade da pessoa, seu caráter, moralidade, antecedentes penais ou suas inclinações psicofísicas só devem interessar ao direito penal quando deduzirem o grau de culpabilidade de suas ações criminais. No garantismo, não tem lugar nem a categoria da periculosidade, nem qualquer outra tipologia subjetiva ou do autor elaboradas pela

criminologia antropológica, tais como a capacidade criminal, a reincidência, a tendência a delinquir, a imoralidade ou a deslealdade.

Para o garantismo devem ser consideradas somente as normas regulativas, com exclusão das constitutivas.

As normas regulativas prevêm um comportamento qualificando-o em sua gênese como permitido, proibido ou obrigatório e condicionando a sua comissão ou omissão à produção dos efeitos jurídicos por ela estabelecidos.

As normas constitutivas, por sua natureza, porque estabelecem as proibições diretamente, sem considerar o próprio comportamento cuja omissão ou comissão supõem sua observância ou sua infração, são consideradas desigualitárias e discriminatórias. É o que se verificou na história, por exemplo, com as normas que proibiam a existência das bruxas, dos hereges, dos judeus, dos infiéis e, na época moderna, a classe de sujeitos perigosos, os ociosos, vagabundos, os delinquentes natos, os dedicados ao tráfico ilícito, os inimigos do povo e os subversivos, mafiosos, e outros mais.

Nesse sentido, são quase constitutivas as leis que estabelecem privilégios ou tratamento diferenciado às pessoas por “*status*” racial, social, político, religioso ou jurídico, regulando a pena segundo a condição social do réu, como, por exemplo, as normas que estabelecem imunidades parlamentares no campo penal, que são havidas como resquício do “*ancien regime*”.

Evidentemente, o garantismo pressupõe a proibição de leis penais constitutivas, pois, para a efetiva garantia dos direitos fundamentais da pessoa, devem ser consideradas a conduta do agente e sua intenção em obter o resultado proibido.

Nessa concepção, fala-se na vigência de uma igualdade penal, já que todos os homens são iguais penalmente, visto serem castigados pelo que fazem, e não pelo que são, tendo-se em conta as suas ações enquanto tais, e não suas características pessoais ou físicas.

A teoria do garantismo acrescenta, ainda, a idéia de que a reincidência não deve ser motivo para agravação da pena, pois que uma vez cumprida, se extingue integralmente o delito. O condenado, então, se torna inocente.

Nessa visão garantista, também as normas discriminatórias contra os vagabundos, ociosos, mendigos e às referentes à periculosidade social, esta última, aliás, uma construção do moderno direito penal introduzida na segunda metade do século XIX, devem ser rechaçadas, pois incompatíveis com a idéia de igualdade penal.

A função específica das garantias no direito penal, em verdade, não é tanto permitir ou legitimar, mas sim, deslegitimar o exercício absoluto e arbitrário do poder punitivo do Estado.¹⁹

Um “*direito penal mínimo*” corresponde, assim, não só a um máximo grau de tutela das liberdades dos cidadãos com respeito ao arbítrio punitivo, mas também, a um ideal de racionalidade e de certeza, pois que há um nexó profundo entre garantismo e racionalismo.

O racionalismo jurídico, por sua vez, também terá por limites, proibições e condicionamentos, os próprios direitos fundamentais, o que implica dizer que o garantismo racional visa, em última análise, a proteção e defesa desses mesmos direitos.

¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. Ob. cit., p. 92.

Um direito penal é racional e certo na medida que suas intervenções são previsíveis.

A máxima “*in dubio pro reo*” é colocada como condição necessária para integrar o tipo de certeza racional perseguida pelo garantismo penal. O que significa dizer que, toda vez que houver incerteza ou indeterminação quanto aos pressupostos cognoscitivos da condenação, no direito penal mínimo, exigirá intervenções valorativas de exclusão ou de atenuação da responsabilidade penal.

O fim geral do direito penal, resultante de sua dupla função punitiva, ou seja, a prevenção geral dos delitos e a prevenção geral das penas arbitrárias ou desproporcionadas, se identifica com o impedimento da justiça pelas próprias mãos e pela minimização da violência na sociedade. Assim, o fim do direito penal não é reduzido à mera defesa social dos interesses constituídos contra a ameaça representada pelos delitos. É muito mais. Significa a proteção do mais fraco contra o mais forte. O indivíduo “*versus*” o Estado.

Ora, se o Estado monopolizou a vingança do ofendido com a imposição das penas e proibição das penas arbitrárias, além de haver avocado para si a função de prevenir e proibir o delito, é óbvio que a lei penal encontra justificação nesses mesmos fins de prevenir, proibir e reprimir os delitos, bem como proibir e prevenir as penas arbitrárias.

Nesse aspecto, o direito penal, na visão garantista, ante sua dupla finalidade de prevenir os delitos e as penas arbitrárias, serve de instrumento à tutela dos direitos fundamentais que, por sua vez, enquanto considerados bens jurídicos, definem o âmbito e os limites do direito penal, não se justificando, ainda, qualquer lesão que este último lhes possa impor.

Capítulo II

O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito de morrer numa visão garantista

Dignidade vem da palavra “*dignitas*”, usada por CÍCERO, significa o fato de merecer, o mérito, o prestígio, a estima, a honorabilidade social, a nobreza imponente de um indivíduo ou de um comportamento pessoal.²⁰ A dignidade da pessoa humana tem o significado de prestigiar, honrar e proteger a natureza do “*homo sapiens*”.

Dentre os direitos fundamentais resguardados pelo garantismo está o direito à vida com dignidade, o mais importante de todos, o que dá sustentação a todos os demais direitos do homem.

A vida humana começa com o nascimento e termina com a morte (artigos 2º e 6º ambos do atual Código Civil). Aliás, este é o destino do homem, nada pode escapar a essa regra natural da existência. Vida e morte são complementações de um processo natural que faz parte da experiência humana. Um processo exclui o outro. Já dizia SÓCRATES, sob o olhar de PLATÃO, que o estar morto é o contrário de estar vivo.²¹

Da mesma forma que se diz que é direito de todo homem viver com dignidade, surge a problemática que gira em torno do reconhecimento da existência de um direito à morte digna, e da sua elevação a um direito considerado fundamental.

Esta problemática não pode ser abordada sem ser relacionada com alguns temas afins, como a ética e o princípio da autodeterminação, a moral e o aspecto religioso.

²⁰ Cícero. *Dos deveres. (De Officiis)*, São Paulo: Martin Claret, 2002.

A autodeterminação, autonomia ou liberdade individual na escolha do momento da morte remonta à antiguidade.

A palavra autonomia vem do grego “*autós*”, eu, e “*nomos*”, lei, quer significar que todo indivíduo tem capacidade e direitos próprios e, portanto, não pode ser manipulado ou usado por outros.

Na ética estóica, na Grécia antiga, por analogia, o suicídio era uma afirmação suprema da liberdade individual. O homem era um agente moral e, como tal, devia ser livre para escolher a morte em vez da vida.²²

PLATÃO, quando interpelado por Glauco, quanto ao tratamento, dentre os cidadãos, dos que forem bem constituídos de corpo e de alma, deixando morrer os que fisicamente não estiverem nessas condições, bem como de mandar matar os que forem mal conformados e incuráveis espiritualmente, respondeu “*parece-me que é o melhor, quer para os próprios pacientes quer para a cidade*”.²³

Os romanos consideravam que se podia preparar a própria morte, principalmente quando a vida era indigna, com exclusão dos escravos, que não podiam dela dispor, porque não eram considerados seres humanos, e sim, mercadoria.²⁴

THOMAS MORE, na Inglaterra do Século XVI, portanto, antes do iluminismo, quando trata da questão dos doentes, discorre que “*quanto aos que sofrem de males incuráveis, consolam-nos visitando-os assiduamente, falando-lhes, em suma, proporcionando-lhes todo o auxílio possível. No caso da doença não só ser incurável, mas*

²¹ PLATÃO. *Diálogos*, Tradução direta do grego por Jaime Bruna. São Paulo: Editora Cultrix, 2002, p.154.

²² LUCE J.V. *Curso de filosofia grega: do séc. VI a.C. ao séc. III d.C.*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1994.

²³ PLATÃO. *A República*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2004, p. 103.

*originar também dores incessantes e atrozes, os sacerdotes e magistrados exortam o doente, fazendo-o ver que se encontra incapacitado para a vida, que sobrevive apenas à própria morte, tornando-se um empecilho e um encargo para os outros e fonte de sofrimento para si próprio e que deve decidir não mais alimentar o mal doloroso que o devora. E já que a sua vida é agora um tormento, que não se importe com a morte, antes a considere um alívio, e consinta em libertar-se dela como de uma prisão ou de uma tortura, ou que então permita que os outros o libertem dela. Dizem-lhe também que ao fazê-lo procederá com sabedoria, pois nada perderá com a morte, antes porá termo a um suplício cruel. E porque ao fazê-lo obedece ao conselho dos sacerdotes, que são os intérpretes da vontade divina, mostram-lhe que o seu procedimento será o de um homem religioso e virtuoso. E se, finalmente, o doente se persuade a executar os seus conselhos, pode pôr termo à vida voluntariamente, quer pela fome, quer no meio do sono, sem nada sentir. No entanto, a ninguém obrigam a morrer contra sua vontade e nem por isso o tratam com menos cuidados e carinhos, aceitando a sua morte como um fim honroso”.*²⁵

Ora, a autodeterminação, ou autonomia da vontade do indivíduo na escolha da vida ou da morte, está umbilicalmente ligada à própria dignidade da pessoa.

É claro que não optamos pelo momento de nascer, pois a vida nos é dada, mas a escolha, em determinadas situações, pelo momento de morrer, baseada na autonomia da vontade, e visando a proteção da dignidade da própria pessoa humana, deve ser objeto de ponderação pela ética atual, notadamente quanto à questão que envolve a moderna eutanásia.

²⁴KOVÁCS, Maria Julia. *Bioética nas questões da vida e da morte*. São Paulo. Revista Psicologia USP, vol. 14, nº 2, 2003, p. 149.

²⁵MORE, Thomas. *A Utopia*. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 86-87

Aliás, a idéia que o homem tem direito a morrer com dignidade tem dominado os debates da bioética contemporânea relacionados ao fim da vida.

A bioética é uma disciplina nova no campo da filosofia, um ramo da ética aplicada, e surgiu exatamente da necessidade de se discutir moralmente os efeitos resultantes dos progressos da medicina nas questões que envolvem também a vida humana. Teve como marco inicial de sua existência o Código de Nuremberg de 1947, após a constatação das experiências nazistas que constituíram o horror da Segunda Guerra.

A expressão Bioética foi utilizada pela primeira vez em 1971, pelo oncologista VAN RENSSOLDER POTTER, em sua obra *“Bioética: a ponte para o futuro”*.²⁶

A bioética pode ser definida como *“um estudo interdisciplinar, ligado à Ética, que investiga, na área das ciências da vida e da saúde, a totalidade das condições necessárias a uma administração responsável da vida humana em geral e da pessoa humana em particular”*.²⁷

Em todos os países ocidentais, nasceram associações que pretendem legalizar a interrupção da vida, reconhecer para todo homem o direito de querer a morte se as condições de sua vida são inaceitáveis, e permitir a um terceiro, àquele que ouve o apelo de aflição, ajudar nessa morte, sem que seja punido pela sua conduta.²⁸

²⁶ POTTER, Van Rensselder. *Bioética: a ponte para o futuro*. Englewood Cliffs: Prentice Hall, 1971.

²⁷ SAUWEN, Regina Fiúza; HRYNIEWICZ, Severo. *O Direito “in vitro” – da bioética ao biodireito*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 1997.

²⁸ Eis algumas das organizações mais importantes em defesa da eutanásia: The World Federation of Right to Die Societies (Federação Mundial das Sociedades do Direito de Morrer); VES – The Voluntary Euthanasia Society (Sociedade da Eutanásia Voluntária) (Austrália); DMD – Fundação pelo Direito de Morrer Dignamente, fundada em 1979 (Colômbia); *Landsforeningen mit Livstestamente* (Sociedade do Testamento da Minha Vida), fundada em 1976 (Dinamarca); ADMD - *Association pour le Droit de Mourir avec Dignité*, fundada em 1980 (França); *Association du Mourir Doucement* (Associação pela Morte Doce) (França); APEH - *Association pour la Prevention de L'Enfance Handicapée* (Associação para a Prevenção das Crianças Defeituosas) (França); *Deutsche Gesellschaft für Humanes Sterben* (DGHS – Sociedade Alemã pela Morte Humanitária), fundada em 1980, Alemanha; *The Voluntary Euthanasia Society* (Sociedade da Eutanásia Voluntária) (Grã-Bretanha); *The Society for the Right to*

Autores, como AUGUSTO CESAR RAMOS²⁹, LUIZ FLÁVIO GOMES³⁰, ROXANA CARDOSO BRASILEIRO BORGES³¹, entendem que o direito de dispor de sua própria vida mediante a eutanásia ou o suicídio medicamente assistido, também chamado por morte negociada pelos norte-americanos, que se baseia numa concepção particular de respeito à liberdade individual ou autonomia do paciente, em situações verdadeiramente extremas de sofrimento, representariam atos de compaixão e não de maleficência.

Isso porque a liberdade da pessoa, por assim dizer, provém de sua própria natureza, não é criação da sociedade. O ser é livre para determinar a ética ou moral de sua conduta, ou seja, para ordenar-se de acordo com seus próprios princípios que o orientariam nesse momento em que a doença pode lhe parecer indigna.

Pode-se refletir se a indignidade da morte resulta da utilização de aparelhos de assistência respiratória, cardíaca, renal, ou seja, de toda uma terapêutica mecanizada.

Die (Sociedade pelo Direito de Morrer) e *Indian Society for the Right to Die* (Sociedade Indiana pelo Direito de Morrer) (Índia); *Clube dell'Euthanasia* (CDE – Clube da Eutanásia), fundado em 1986 na Itália; *Japan Society for Dying with Dignity* (Sociedade Japonesa para Morte com Dignidade) e *Japan Euthanasia Society* (Sociedade Japonesa da Eutanásia), em 1976, Japão; *Stichting Vrijwillige Euthanasie* (Fundação Holandesa pela eutanásia Voluntária), fundada em 1973 (Holanda); *Informatie Centrum Vrijwillige Euthanasie* (ICVE – Centro de Informação da Eutanásia Voluntária), fundado em 1973 (Holanda); *Association Derecho a Morir Dignamente* (DMD – Associação do Direito de Morrer Dignamente), fundada em 1984 (Espanha); *Association pour le Droit de Mourir dans la Dignité* (DMD – Associação pelo Direito de Morrer com Dignidade), fundada em 1982 (Suíça); *Exit Deutsche Schweiz Vereinigung Für Humanese Sterben* (Grupo Apoiando a Morte Humanitária), fundado em 1982 (Suíça); *Compassion for Dying* (Preocupação pela Morte), *Americans Against Human Suffering* (AAHS – Americanos Contra o Sofrimento Humano), *Society for the Right to Die* (Sociedade pelo Direito de Morrer), *The Hemlock Society*, *A Human Betterman Foundation*, *Foundation of Thanatology*, fundada em 1968 em Nova York, *The Death Education Research Group – DERG* (Grupo de Pesquisa para a Educação da Morte) fundado em 1973 na Escola de Educação da Universidade de Massachusetts, *Euthanasia Research and Guidance Organization – ERGO* – Organização de Pesquisa e Orientação Sobre a Eutanásia (Estados Unidos da América).

²⁹ RAMOS, Augusto Cesar. *Eutanásia: aspectos éticos e jurídicos da morte*. Florianópolis: Editora OAB/SC, 2003.

³⁰ GOMES, Luiz Flávio. *Eutanásia: dona da vida, o ser humano é também dono da sua própria morte* (1), Revista Jurídica, terça-feira 15 de março de 2005, Disponível em: <www.ultimainstancia.com.br>. Acesso em: 22.3.2005.

³¹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado*. Biodireito. Ciência da vida, os novos desafios. Coordenação de Maria Celeste Cordeiro Leite Santos, São Paulo: Ed. RT, p. 283-346.

Também, cabe a reflexão no sentido de ser a indignidade caracterizada pela perda da consciência, ou ainda, perda das funções sensoriais ou insuficiências esfínterianas.

A dignidade ou indignidade de uma pessoa num leito de hospital que passa por sofrimentos, dor, angústia, desesperança pode não ser quantificável, até porque varia de indivíduo para indivíduo, conforme o grau de tolerabilidade, como também é mutável como todo pensamento humano. Um desejo de vida pode tornar-se, no dia seguinte, uma vontade de morrer. Além disso, deve ser considerada a hipótese em que a consciência do doente está incapacitada para expressar-se.

Portanto, o grau de tolerância à dor também é motivo de reflexão na questão da eutanásia.

O questionamento sobre o atendimento, pelo médico, do pedido de morte de um paciente consciente e autônomo é o núcleo da denominada ética hipocrática tradicional, porque atinge em cheio o próprio juramento hipocrático: *“Nunca darei uma droga mortal a ninguém ainda que me peça, nem aconselharei nesse sentido”*.³²

HIPÓCRATES, considerado o pai da medicina, no século V a.C., formou na Ilha de Kós, na Grécia, uma escola médica que se destinou a mudar os rumos da medicina, pois a separou da religião e da magia, afastou as crenças nas causas sobrenaturais das doenças, e fundou os alicerces da medicina racional e científica.

À guisa de curiosidade, dentre os 72 livros da escola hipocrática conhecida como *“Corpus hippocraticum”*, sete livros tratam exclusivamente da ética médica. São eles: *“Juramento”*, *“Da lei”*, *“Da Arte”*, *“Da Antiga Medicina”*, *“Da conduta honrada”*, *“Dos preceitos”*, *“Do médico”*.

A visão da ética tradicional está baseada no entendimento de que toda vida humana é sagrada, não podendo, pois, ser violada. Nem poderia ser diferente, pois essa idéia é herança de uma época em que no mundo intelectual imperava o sentimento religioso.

Aliás, a proibição de matar da tradição judaico-cristã ainda é fundamento da ética contemporânea, tendo o aspecto religioso, pois, forte influência na questão da eutanásia.

De acordo com a tradição judaico-cristã o direito de morrer com dignidade é parte constitutiva do próprio direito à vida. Assim, a idéia de se recorrer à eutanásia e ao suicídio assistido é rechaçada pela Igreja, pois o conceito de morrer com dignidade adquire um significado radicalmente oposto no sentido religioso. Ou seja, morrer com dignidade significa o direito de morrer a própria morte. O fenômeno da morte traria implícita uma certa liberdade do indivíduo, ante a própria inevitabilidade do processo.

É evidente que o ato de morrer não cabe ao âmbito de nossa liberdade, pois é um ato inevitável nesse sentido. A questão que se coloca é a da abreviação do sofrimento, formulada por quem não tem mais esperanças de retornar à vida.

De outro lado, o *“furor terapêutico, prática desejada por médicos ofuscados pelas novas máquinas de reanimação às quais têm acesso e por famílias e amigos de doentes que recusam a morte”*,³³ não pode servir de motivo a afastar-se a reflexão sobre a dignidade da morte.

Pode-se, ainda, levantar uma reflexão sobre a utilidade mesma da manutenção de um estado de saúde crítico, aflitivo, degenerativo, para aquele que não mais voltará a

³² SINGER, Peter. *Repensar la vida y la muerte, El derrumbe de nuestra ética tradicional*. 1ª edição, Barcelona, Buenos Aires, México: Paidós, 1997, p. 136: *“Nunca daré una droga mortal a nadie aunque me lo pida, ni haré sugerencias en este sentido.”*

viver, só por uma opção técnica, ou, por assim dizer, por força de um imperativo tecnológico³⁴. Não é porque a ciência põe à disposição do médico computadores e maquinários de alta tecnologia, que simulam todas as funções do corpo humano, que se deixaria de pensar no lado humano do ser, da sua personalidade, enfim da sua individualidade, para tratar o corpo como simples aglomerado de matéria.

Já dizia CESARE BONESANA, *“Marquês de Beccaria”*: *“É por uma idéia falsa de utilidade que se procura submeter uma infinidade de seres sensíveis à singularidade simétrica que pode receber matéria bruta e sem vida; que se deixam de considerar as razões presentes, únicas capazes de impressionar o espírito humano de modo forte e durável, para utilizar razões remotas, cuja impressão é fraca e passageira, a não ser que uma grande força de imaginação, que apenas se encontra num pequeno número de homens, supra o afastamento do objeto, conservando-o sob relações que o aumentam e o aproximam”*.³⁵

A questão da moderna eutanásia fez surgir a necessidade de se repensar o sentido da vida e da morte, na busca de uma nova ética, mais compatível com o conjunto de problemas que enfrentamos atualmente, fruto dos avanços médicos implantados, sobretudo, desde a segunda metade do Século XX. Indaga-se, aqui, será que o garantismo também pode ser direcionado a esta questão?

³³ MEYER, Phillippe. *A irresponsabilidade médica. (L'irresponsabilité médicale)*. Tradução de Maria Leonor Loureiro. São Paulo: Editora UNESP, 2000, p. 119.

³⁴ Expressão utilizada por H. Jonas. *Das prinzip verantwortung. Versuch einer ethik für die technologische zivilisation*. Frankfurt A.M: Insel Verlag, 1979.

³⁵ BONESANA, Cesare. *“Marquês de Beccaria”*. Ob.cit., p. 86.

PETER SINGER propõe a formação de uma nova ética, fundamentada em materiais novos e sólidos, mais aptos a suportar a estrutura que há de guiar nossas decisões sobre a vida e a morte.³⁶

E esclarece PETER SINGER:

*“A objeção mais firme à legislação sobre a eutanásia voluntária ou o suicídio assistido por um médico que, uma vez que comecemos a permitir que umas pessoas matem a outras, encontrare-mo-nos deslizando por uma ladeira escorregadia que conduz a um tipo de morte que nada quer. Quiçá comecemos estabelecendo estritos controles concebidos para assegurar que somente se pratique a eutanásia depois de que um paciente em estado insuportável a haja pedido repetidamente, mas assim, diz o argumento, passaremos a eutanásia para pessoas que não podem pedi-la, ou para pessoas que não estão sofrendo de forma insuportável, senão para aqueles que seguem vivendo supor uma carga para suas famílias. Então, quiçá passemos à eutanásia para aqueles que não a hajam pedido, mas cujo tratamento consome recursos sanitários que poderiam ser mais eficazes se se empregassem em outros campos. Ao final, dizem alguns dos que se opõem à sua legalização, acabaremos tendo um Estado que, como a Alemanha nazista, mate a todos aqueles que considere que não merecem viver”.*³⁷

³⁶ SINGER, Peter. Ob. cit., p. 202-203.

³⁷ SINGER, Peter. Ob. cit., p. 152-153: *“La objeción más firme a la legislación sobre la eutanasia voluntaria o el suicidio asistido por un médico es que, una vez que empecemos a permitir que unas personas maten a otras, nos encontraremos deslizándonos por una resbaladiza pendiente que conduce a un tipo de muertes que nadie quiere. Quizás empecemos estableciendo estrictos controles concebidos para asegurar que solamente se practique la eutanasia después de que un paciente en un estado insoportable la haya pedido repetidamente, pero así, dice el argumento, pasaremos a la eutanasia para personas que no puedan pedirla, o para personas que no estén sufriendo de forma insoportable, sino que el que sigan viviendo supone una carga para sus familias. Entonces, quizá pasemos a la eutanasia para aquellos que no la han pedido, pero cuyo tratamiento consume recursos sanitários que podrían ser más eficaces si se emplearan em otros campos. Al final, dicen algunos de los que se oponen a su legalización, acabaremos teniendo un Estado que, como la Alemania nazi, mate a todos aquellos que considere que no merecen vivir.”*

Em verdade, parte da problemática que envolve a questão da eutanásia, atualmente, reside no fato de que não se dá, ainda, valor ao sofrimento. A dor e o sofrimento são coisas que não interessam aos grandes debates catedráticos, embora o homem hoje tenha pouca tolerância à dor. É que com o uso de tratamentos mais avançados, com os analgésicos e os anestésicos, o homem atual está menos familiarizado ao sofrimento, portanto, o teme muito mais do que seus antepassados. Basta lembrar a simples extração de um dente, que há três séculos atrás, era um ato de grande sofrimento, pois, nem o tratamento, nem a analgesia eram conhecidos na ciência.

A ética contemporânea ao refletir sobre a dignidade da pessoa humana não pode deixar de considerar o sofrimento, na questão da vida e da morte, e dentro dos parâmetros modernos.

A dor deve ser destacada do seu sentido religioso de fortificação espiritual para encontrar um significado à vida, para que venha a ter valor por si mesma, quando comparada a outros valores de igual relevância.

Diz-se que a qualidade de vida não pode ter maior valor do que a vida em si e a autonomia do enfermo não pode ser absoluta quanto à sua vida mesma. Tampouco, o sofrimento em si mesmo é razão suficiente ao suicídio assistido ou à eutanásia.

Mas, deve-se refletir se o tratamento impingido a um corpo, já sem vida efetiva, como se fosse um objeto, violaria a dignidade intrínseca da pessoa humana nesse sentido.

Além disso, merece consideração o princípio moral da razão proporcionada. Descobriu-se que frente ao valor da vida humana cercado pela morte, o único valor que pode causar um conflito ético é o de morrer com dignidade.

Porém, ecoam algumas vozes no sentido de que há outros meios de se minimizar o sofrimento utilizando-se da medicina paliativa.

A medicina paliativa é introduzida quando o paciente já não mais responde ao tratamento curativo, e assume importância, neste quadro, quanto ao controle da dor e dos demais sintomas, como também dos problemas psicológicos, sociais e espirituais. Tem por finalidade melhorar a qualidade de vida do paciente durante o processo de morrer.³⁸

A medicina contemporânea está constantemente submetida à tentação de considerar que é eticamente exigível tudo o que for tecnicamente possível. Essa exigência ética a que se tem denominado hodiernamente como imperativo tecnológico ou obstinação terapêutica, “*encarnizamiento terapêutico*”³⁹, pode representar uma violação à moral do paciente, na medida em que o médico, no afã de aplicar toda a técnica disponível, pode estar investindo, em determinados casos extremos, num corpo já “*sem vida*”, e sem regresso.

A expressão “*morrer com dignidade*” tem levantado sérias reflexões por parte da sociedade moderna. Podemos citar cinco princípios éticos ligados à medicina paliativa especialmente relevantes quanto aos pacientes terminais, que são: o princípio da

³⁸ Nos termos do Comitê de expertos da OMS podemos resumir os objetivos dos cuidados paliativos em: reafirmar a importância da vida, considerando a morte um processo normal do ser humano; estabelecer um processo que não acelere a chegada da morte; proporcionar alívio da dor e dos sintomas angustiantes; integrar os aspectos psicológicos e espirituais do tratamento do paciente; oferecer apoio para ajudar os pacientes a levar uma vida mais ativa possível durante o processo; oferecer um sistema de apoio à família para que possa enfrentar a enfermidade do paciente.

Conclusões extraídas de: RODRÍGUEZ, Paulina Taboada; UGARTE, Alejandra Rodríguez; BERTUCCI, Magda Vercellino. *Dimensión ética del morir*. PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DE CHILE – FACULTAD DE MEDICINA . Revista de Estudios Médico Humanísticos Ars Médica nº 2. Disponível em: <www.escuela.med.puc.cl/publ/ArsMedica>. Acesso em: 3.5.2005.

³⁹YUNTA, Eduardo Rodríguez. *La eutanasia y sus argumentos. Reflexión crítica*. Chile. PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DE CHILE – FACULTAD DE MEDICINA. Revista de Estudios Médico Humanísticos ARS Medica nº 2. Disponível em: <www.escuela.med.puc.cl/publ/ArsMedica> Acesso em: 3.5.2005.

veracidade, o princípio da proporcionalidade terapêutica, o princípio do duplo efeito, o princípio de prevenção e o princípio de não abandono.

Pelo princípio da veracidade, deve o médico comunicar ao paciente e à família a verdade sobre a enfermidade, o que lhe possibilitará tomar decisões diante dos fatos.

Já o princípio da proporcionalidade terapêutica obriga o médico a utilizar toda a técnica disponível, mas só nos casos em que oferece uma razoável probabilidade de benefício ao enfermo. As intervenções em que esta relação de proporcionalidade não cumpre seu desiderato seriam consideradas desproporcionadas e moralmente não obrigatórias.

Quanto ao princípio do duplo efeito, quer dizer, a aplicação de drogas destinadas ao manejo da dor, como a morfina, que, por outro lado, trazem conseqüências maléficas, como a queda da pressão arterial, a depressão respiratória, sintomas que podem acelerar a morte do paciente, pode gerar dúvidas nos familiares e nos médicos quanto ao seu uso. Teme-se que esta forma de intervenção médica possa ser considerada uma forma de eutanásia.

O princípio da prevenção, que permite ao médico prevenir as possíveis complicações do quadro apresentado pelo paciente, a evolução de sua condição clínica, visa evitar sofrimentos, como também, por outro lado, evitar intervenções desproporcionadas.

Nos hospitais dos países mais desenvolvidos, por exemplo, há uma consciência mais lúcida sobre a proporcionalidade entre a intervenção terapêutica e a cura inútil, nos casos de pacientes que se encontram no final da vida. Aliás, na cabeceira dos leitos dos

doentes constam indicações como DNR (“*do not resuscitate*”), NTBR (“*not to be resuscitated*”), “*no code*”, “*code 4*”, etc.⁴⁰

Outro princípio de relevância para os paliativistas é o do não abandono, pois consideram ser uma grave ofensa à moral o abandono, pelos familiares, do enfermo, bem como de que não seria ético o abandono do paciente pelo médico. A medicina orientada para o alívio do sofrimento está, assim, mais preocupada com a pessoa do doente do que com a doença da pessoa.

Em verdade, a moderna medicina elege como objetivo somente a busca pela saúde encarando a morte como um resultado acidental. A morte está, portanto, fora do escopo científico. Daí as deformações quanto ao processo de morrer. Aliás, em alguns casos é a saúde dos saudáveis que interessa em primeiro lugar e não a saúde e a vida de cada um e de todos.⁴¹

Aliás, ao examinar o alcance da polêmica, deve-se ter em mente um outro fator, o prolongamento da vida média do ser humano. O homem hoje envelhece mais tarde, situação favorecida pela medicina atual, que é mais eficaz no combate às diversas doenças existentes. Não é que estamos retirando do enfoque aquelas situações que possam envolver jovens, ou mesmo crianças. Mas que, nos dias atuais, a incidência de pessoas envelhecidas enfermas que se vêem diante do processo de morrer, proporcionalmente, é bem maior.

⁴⁰ PESSINI, Léo. *Distanásia: até quando investir sem agredir?* Artigo. Disponível em: <www.revistapsicologia.com.br>. Acesso em 11.5.2005.

⁴¹ SGRECCIA, Elio. *Manual de bioética, II aspectos médico-sociais*. São Paulo: Edições Loyola, 1997, p. 386.

Capítulo III

Definição e critérios de caracterização da morte

Tanto o surgimento da vida, quanto à definição de morte são hoje temas difíceis de se lidar, pois não há um consenso dentre as diversas legislações. Assim, não nos debruçaremos sobre as questões que dizem respeito ao surgimento da vida, mas, sim, pela sua importância ao desenvolvimento deste trabalho, que visa uma reflexão sobre a eutanásia, alicerçaremos nossos objetivos na análise do evento morte, buscando sua definição científica atual, os aspectos que a envolvem e sua relevância na abordagem da problemática estudada.

Experimentamos hoje os resultados do desenvolvimento da moderna medicina, com a implantação de meios mecânicos de suporte da vida, a existência de novos medicamentos e mais eficazes, e o surgimento de uma terapêutica mais adequada para cada tipo de enfermidade, fruto da evolução técnica científica.

Tais avanços no meio científico importaram, como reflexo, numa nova definição do evento morte, concedendo-lhe um perfil totalmente distinto do que até então se acreditava.

A conceituação de morte que, até meados do Século XX, se baseava na idéia de ausência dos batimentos cardíacos e da respiração do indivíduo, ou seja, na morte clínica ou biológica, passou, com os avanços técnicos de manutenção da vida, para o que se

convencionou denominar atualmente morte encefálica. Ou seja, a ausência total das funções cerebrais, coma irreversível, apnéia e reflexos.

A definição de morte encefálica tem sua origem na França, com o conceito de “*coma dépassé*”, em 1959, isto é, um estado além do coma, um estado de irresponsividade, flacidez, dificuldade de regulação térmica, ausência de reflexos e falta de respiração autônoma.⁴²

Assim, hoje se considera que não existe vida humana quando não existe vida neurológica.

A morte encefálica não é um modo de morrer, mas sim um diagnóstico, que importa num sinônimo de óbito.

Essa definição é essencial no tocante ao adiamento e prolongamento do processo de morrer.

Além da morte encefálica, podemos dizer que existem ainda outros tipos de denominação para a morte, como a fisiológica, a patológica, a óbvia, a cerebral, a jurídica, e a psíquica.

É denominada morte fisiológica aquela decorrente de causas naturais e não de enfermidades, por exemplo, a velhice.

A morte patológica é causada por um fator estranho ao normal mecanismo biológico, normalmente resulta de uma enfermidade.

A morte óbvia, como o próprio nome diz, é caracterizada pelo evidente estado de decomposição corpórea, decapitação, esfacelamento ou carbonização craniana, onde os sinais tanatognósticos como o “*rigor mortis*” (rigidez dos músculos) e os livores

⁴²KOVÁCS, Maria Julia. Ob. cit., p. 145.

cadavéricos ou manchas hipostáticas que se formam nas partes em declive do cadáver, devendo-se à ação da gravidade sobre o fluído sanguíneo⁴³ são claros.

A morte cerebral, que não deve ser confundida com a morte encefálica, caracteriza-se, por sua vez, pela existência da respiração, que permanece funcionando de forma automática. Se há morte encefálica o centro respiratório não responde, e a pessoa só é mantida com o emprego de instrumental técnico científico próprio.

A morte jurídica é aquela estabelecida no art. 6º do Código Civil atual: *“a existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva”*.

Já na morte psíquica, o enfermo toma consciência do escoamento progressivo e inexorável de sua vida, geralmente após receber a notícia de que é portador de uma enfermidade incurável, por exemplo, um câncer disseminado. Aqui, a maior dificuldade reside na identidade entre a morte e o próprio processo de morrer.

A Carta aos Profissionais da Saúde, redigida pelo Vaticano em 1995⁴⁴, define o momento da morte: uma pessoa está morta quando sofreu uma perda irreversível de toda capacidade de integrar e de coordenar as funções físicas e mentais do corpo.

De acrescentar, ainda aqui, a título de elucidação, algumas considerações sobre os cinco estágios do processo de morrer.

O primeiro estágio caracteriza-se por uma reação à notícia de que a pessoa padece de uma enfermidade grave, incurável, normalmente acompanhada de uma negação.

⁴³ALMEIDA JR. A, E COSTA JR., J.B. de O. *Lições de medicina legal*. 19ª. edição, São Paulo: Editora Nacional, 1987, p. 244.

Da negação, a pessoa atinge um estágio de raiva, mormente, contra a equipe médica.

Após, vem o terceiro estágio, o da barganha, em que o paciente veladamente firma, normalmente com Deus, um acordo, visando a uma recompensa pelo bom comportamento, como se fosse um pedido de adiamento da morte.

Já em fase terminal, o paciente lança-se num profundo estágio depressivo.

O último estágio do processo de morrer é o da aceitação da morte. É uma espécie de paz que envolve o paciente na espera do momento de repouso final.

⁴⁴ CLOWES, Brian. *Os fatos da vida*. Tradução da Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família, Capítulo V. Disponível em: < providafamilia.org/eutanasia_morte_cerebral.htm>. Acesso em:

Capítulo IV

A eutanásia, distanásia, adistanásia, ortotanásia e o suicídio assistido – conceito e distinções

Convém delimitar, neste trabalho, os conceitos e extensão dos termos eutanásia, distanásia, adistanásia, ortotanásia e o suicídio assistido para a compreensão da matéria.

Etimologicamente eutanásia significa “boa morte”, e provém do grego “*thanatos*”, termo utilizado pelo menos até o século XVII, que apontava a morte sem dor. Segundo LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA:

*“Eutanásia significa ‘boa morte’, mas em sentimento mais próprio e estrito é a que outro proporciona a uma pessoa que padece uma enfermidade incurável ou muito penosa, e a que tende a truncar a agonia excessivamente cruel ou prolongada”.*⁴⁵

Atualmente, adquire o significado de morte suave por ação do médico em benefício aparente do paciente. É uma prática que procura a morte, ou melhor, abreviar a vida para evitar dores e sofrimentos ao paciente a pedido do mesmo, de seus familiares, ou de terceira pessoa que conhece e intervém no caso concreto.

A eutanásia está assim classificada:

1 - Quanto ao tipo de ação:

20.5.2005.

⁴⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Liberdade de amar e direito a morrer, Tomo II, eutanásia e endocrinologia*, Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2003, p. 30.

- eutanásia ativa, que é o ato deliberado de privar a vida de uma pessoa em razão da dor e do sofrimento, por motivos misericordiosos.

- eutanásia passiva ou indireta, a morte do paciente ocorre, dentro de uma situação terminal, ou porque não foi iniciada uma ação médica capaz de interrompê-la ou porque não se utilizou medida extraordinária para minorar o sofrimento.

- eutanásia de duplo efeito, que significa a prática de uma ação que tem efeito imediato bom, mas que possui efeito colateral maléfico, como, por exemplo, o emprego de drogas que aliviam a dor, mas, em contrapartida, podem causar parada respiratória e cardíaca.

2 – Quanto ao consentimento do paciente:

- eutanásia voluntária é aquela em que a morte é resultado de um pedido livre e consciente do enfermo.

- eutanásia involuntária quando a morte é provocada contra a vontade do paciente.

- eutanásia não voluntária que corresponde a uma decisão de outra ou outras pessoas.

Na Espanha, em 1928, RICARDO ROYO-VILLANOVA, classificou a eutanásia em:

Eutanásia súbita – morte repentina;

Eutanásia natural – morte natural ou senil, resultante do processo natural e progressivo do envelhecimento;

Eutanásia teológica – morte em estado de graça;

Eutanásia estóica – morte obtida com a exaltação das virtudes do estoicismo;

Eutanásia terapêutica – faculdade dada aos médicos para propiciar a morte suave aos doentes que padecem de males incuráveis e com dor;

Eutanásia eugênica e econômica – supressão de todos os seres degenerados ou havidos como inúteis pela sociedade;

Eutanásia legal – aqueles procedimentos regulamentados ou consentidos pela lei.⁴⁶

Em 1942, LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, enunciou três tipos de eutanásia:

Eutanásia libertadora – destinada aos casos de doentes portadores de males incuráveis, como os cancerosos, os tísicos extremos, os que sofreram lesão de morte, que, em plena consciência de seu estado, solicitam a prática para por fim aos seus sofrimentos.

Eutanásia eliminadora – nos casos dos idiotas e dementes incuráveis.

Eutanásia econômica – pessoas espiritualmente sãs, que, por um acontecimento qualquer, perderam a consciência e que, poderiam, ao recobrar os sentidos, se é que chegam a esta situação, cair em desespero.⁴⁷

O termo distanásia é pouco conhecido e utilizado na área da saúde. Consiste na prática que tende a prolongar o quanto possível a vida do enfermo que já está desenganado, sem esperanças humanas de recuperação, pelo uso de meios ordinários ou extraordinários, normalmente muito custosos em si mesmos ou em relação à situação econômica do enfermo e de sua família. Na verdade, são as terapias paliativas de reanimação que procuram atrasar o processo de morrer.

A expressão distanásia também pode ser empregada para significar tratamento inútil. No mundo europeu fala-se em obstinação terapêutica (*l'acharnement thérapeutique*), expressão introduzida na linguagem médica francesa por JEAN-ROBERT

⁴⁶ ROYO, Villanova Morales. *Concepto y definición de la eutanásia*. Zaragoza: La Academia, 1928, p. 10.

DEBRAY, no início dos anos 50 e nos Estados Unidos é conhecida como futilidade médica (*“medical futility”*).⁴⁸

Existem, ainda, os termos adistanásia e ortotanásia.

A adistanásia apareceu nos Estados Unidos, como aceitação do suicídio assistido. O suicídio assistido tem sido realizado em alguns estados em casos de pacientes terminais que não desejam mais prolongar sua vida mediante o tratamento, e nestas hipóteses se tem estimulado que os médicos proporcionem alívio à sua dor, pondo fim ao suplício.

Por sua vez, a ortotanásia é uma dimensão mais positiva do direito de morrer e consiste no morrer humanamente, no direito à sua própria agonia, morrer serenamente, morte ideal, etc. Seria uma exigência ética e se refere ao morrer e não à forma de morrer. Como o prefixo grego *“orto”* significa *“correto”*, a ortotanásia tem sido utilizada no sentido de morte no seu tempo, morte no tempo certo.

A ortotanásia, diferentemente da eutanásia, é sensível ao processo de humanização da morte e ao alívio das dores, mas não provoca prolongamentos abusivos com a aplicação dos meios desproporcionados, portanto, desnecessários, que levariam a sofrimentos adicionais ao enfermo.

Daí a distinção existente entre a eutanásia e ortotanásia, este último termo significando a morte no seu tempo certo, sem os tratamentos desproporcionais (distanásia) e sem abreviação do processo de morrer (eutanásia).

⁴⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Ob. cit. p. 45-46.

⁴⁸ PESSINI, Léo. Ob.citada.

Capítulo V

Breve Histórico da eutanásia

O termo eutanásia foi usado pela primeira vez pelo historiador latino SUETÔNIO, no século II d.C., ao descrever a morte suave do imperador Augusto:

*“A morte que o destino lhe concedeu foi suave, tal qual sempre desejara: pois todas as vezes que ouvia dizer que alguém morrera rápido e sem dor, desejava para si e para os seus igual eutanásia”.*⁴⁹

Em Roma, o gesto dos Césares nos circos romanos, abaixando o polegar, por ocasião dos combates entre os gladiadores, tinha por finalidade abreviar o sofrimento dos feridos mortalmente.

Na Índia os doentes incuráveis eram levados até a beira do rio Ganges onde obstruíam sua boca e as narinas com o barro para serem atirados às águas e morrerem.

Na Bíblia há uma passagem semelhante à eutanásia, no Segundo Livro de Samuel (capítulo 1, versículo 9-10), com a morte do rei Saul.

PLATÃO e SÓCRATES defendiam a idéia de que o sofrimento resultante de uma doença dolorosa justificava o suicídio.

No Egito, Cleópatra VII criou uma espécie de academia para estudo das formas de morrer menos dolorosas (69 a.C. – 30 a.C.).

⁴⁹ SUETÔNIO, *A vida dos doze césares*. Tradução de Sady-Garibaldi. 2ª. Edição, São Paulo: Prestígio Editora, 2002.

Entre os celtas a prática da eutanásia era desenvolvida entre algumas tribos antigas e grupos selvagens que impunham como obrigação sagrada ao filho administrar a “*morte branca*” ao pai velho e doente.

Aos feridos em combate, a morte vinha de um golpe de “*misericórdia*”, com um curto punhal afiadíssimo, denominação, aliás, que surgiu na Idade Média.

A eutanásia ainda esteve presente nos textos de THOMAS MORE (“*A Utopia*”)⁵⁰.

FRANCIS BACON, em 1623, em sua obra “*Historia Vitae et Mortis*”, utilizou o termo eutanásia como sendo o tratamento adequado às doenças incuráveis. Afirmou que o médico deve ter o direito de praticar a eutanásia.⁵¹

ENRIQUE FERRI, em 1884, lançou um trabalho tendo por título “*L’Omicidio-suicidio*” (Homicídio-Suicídio) no qual abordou a responsabilidade jurídica de quem dá a morte ao outro, com o seu consentimento.⁵²

Em 1895, na Prússia, o Estado propôs que deveria prover os meios necessários para a realização da eutanásia em pessoas que se tornaram inabilitadas fisicamente para solicitá-la.

Entre os sul-americanos, a morte por piedade, denominada “*aliviar*”, era um costume reconhecido como um dever, que todo bom amigo deveria cumprir,

⁵⁰ MORE, Thomas. Ob. cit. p.86-87: “*Quanto aos doentes, já referi os cuidados afetuosos que por eles têm, nada poupando que possa auxiliar a sua cura, quer quanto a remédios, quer quanto a alimentos. Os que sofrem de males incuráveis, consolam-nos visitando-os assiduamente, falando-lhes, em suma, proporcionando-lhes todo o auxílio possível. No caso de a doença não só ser incurável, mas originar também dores incessantes e atrozes, os sacerdotes e magistrados exortam o doente, fazendo-lhe ver que se encontra incapacitado para a vida, que sobrevive apenas à própria morte, tornando-se um empecilho e um encargo para os outros e fonte de sofrimento para si próprio e que deve decidir não mais alimentar o mal doloroso que o devora. E já que a sua vida é agora um tormento, que não se importe com a morte, antes a considere um alívio, e consinta em libertar-se dela como de uma prisão ou de uma tortura, ou que então permita que os outros o libertem dela*”.

⁵¹ BACON, Francis. Os pensadores. São Paulo: Nova Cultural. Bibliografia disponível em: <www.loghp.hpg.ig.com.br/filobac.htm> Acesso em 28.7.2005.

⁵² FERRI, Enrique. *Homicidio-suicidio*. Traduzido por Concha Peña, Madrid: Editorial Réus S.A., primeira edition, 1934.

normalmente. Negar-se ao seu cumprimento era considerado um ato desonroso e covarde.

Na Alemanha, em 1903, foi apresentada ao Parlamento da Saxônia uma proposta de lei, que, no entanto, foi rejeitada. Em 1912, novamente, foi provocada a discussão e o autor do projeto dizia no primeiro artigo que todo o enfermo incurável tinha direito à eutanásia, que deveria ser declarado por um tribunal, e aquele que auxiliasse o paciente a morrer sem dor, e a seu pedido, seria considerado impune.

Na Rússia, em 1922, as autoridades soviéticas fizeram fuzilar, em um hospital, 117 crianças atacadas de uma doença incurável, por terem ingerido carne de cavalo infectada. A permissão para a conduta foi inspirada em um sentimento de humanidade. Aliás, o Código Penal de 1922, da Rússia, em seu art. 143, dizia “*o homicídio cometido por compaixão, a pedido do que morreu, está isento de pena*”.

Em 1924, surgiu o art. 157, do Código Penal do Peru que permitia o auxílio ao suicídio, desde que o motivo não fosse egoístico.

No ano de 1925, surgiu um Projeto de Lei Tchecoslovaco, com uma disposição sobre o homicídio piedoso, no § 3º, do art. 271.⁵³

A influência da doutrina de LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA⁵⁴, proposta em 1925, resultou na inclusão, em 1934, no texto do Código Penal uruguaio, do art. 37, capítulo III, que prevê a possibilidade do “*homicídio piedoso*”. Esta legislação continua em vigor, pois não expressamente revogada naquele país.

⁵³ §3º, do art. 271: “*Se o delinqüente deu morte a outra pessoa por piedade, a fim de acelerar uma morte inevitável e próxima e livrá-lo assim de cruéis dores causadas por uma doença incurável, ou de outras torturas corporais, contra as quais não há remédio algum, o tribunal pode atenuar excepcionalmente a pena ou eximir do castigo*”.

⁵⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Liberdade de amar e direito a morrer. Tomo II eutanásia e endocrinologia*. Belo Horizonte: Mandamentos Editora. Coleções Mandamentos Ciências Criminais, nº 10, 2003.

Em 1931, na Inglaterra, houve uma tentativa de introdução da eutanásia voluntária, discutida até 1936, quando a Câmara dos Lordes rejeitou sua legalização, proposta esta que serviu de base, posteriormente, ao modelo holandês. Aliás, durante os debates o médico real Lord Dawson disse haver facilitado a morte do Rei George V, utilizando morfina e cocaína.⁵⁵

Na Alemanha, na época do nazismo, foi implantado um programa de eutanásia, sob o código “*Aktion T 4*”. Seu objetivo era a eliminação de pessoas que o sistema julgava não merecedoras de viver. Este programa veio materializar a denominada teoria da “*higienização social*”.

No livro de JOSEPH FLETCHER, publicado em 1954, havia um capítulo reservado à eutanásia.⁵⁶

A Igreja Católica sempre se posicionou contra, mas o Papa Pio XII, em 1957, aceitou a possibilidade de encurtamento da vida como efeito secundário à utilização de drogas que diminuíssem o sofrimento de pacientes com dores insuportáveis. É a aplicação do princípio do duplo efeito.

Em 1973, na Holanda, a médica Geertruida Postma, foi processada por haver praticado a eutanásia em sua mãe, que havia sofrido uma hemorragia cerebral que a deixou parcialmente paralisada, surda e com dificuldades para falar. Assim, a pedido desta, utilizou uma dose letal de morfina que lhe causou a morte. Foi condenada por

⁵⁵ GOLDIM, José Roberto. *Breve histórico da eutanásia*, Disponível em: <www.bioetica.ufrgs.br> Acesso em: 17.5.2005.

⁵⁶ FLETCHER, Joseph. *Morals and medicine. The moral problems of the patients right to know*. Princeton University, 1979.

homicídio piedoso a uma pena de prisão de uma semana e liberdade condicional por um ano.⁵⁷

O Vaticano, em 5 de maio de 1980, divulgou a *Declaração sobre a Eutanásia*, onde permitiu a proposta do duplo efeito e a descontinuidade de tratamentos considerados inúteis. Eis o item IV do texto desta Declaração, que trata da devida proporção dos tratamentos médicos:

“Devida proporção no uso de remédios

“Atualmente é muito importante proteger, no momento da morte, a dignidade da pessoa humana e a concepção Cristã de vida contra uma atitude tecnológica que ameaça se tornar abusiva. De fato, há quem fale de um ‘direito de morrer’, expressão que não significa o direito de provocar a morte pelas próprias mãos em por um terceiro, como um favor, mas o direito de morrer em paz, na dignidade humana e cristã. Sob este ponto de vista, o uso de meios terapêuticos pode, algumas vezes, levantar problemas. Em muitos casos, a complexidade da situação pode ser tal que cause dúvida sobre o modo de aplicar o princípio ético. Em última análise, a decisão pertencerá à consciência do doente, ou daqueles qualificados para falar em nome dele, ou dos médicos, à luz das obrigações morais e dos vários aspectos do caso. É dever de cada um cuidar de sua saúde ou fazer-se curar. Aqueles a quem incumbe a tarefa de cuidar dos doentes devem fazê-lo conscienciosamente e administrar-lhes os remédios necessários ou usuais.

“Mas é necessário, em todas essas circunstâncias, recorrer a todos os meios possíveis?

⁵⁷ SINGER, Peter. Ob. cit. p. 147.

“Até agora, os moralistas respondiam que ninguém é obrigado a usar de meios ‘extraordinários’. Esta resposta, que continua como um princípio, talvez pareça menos clara hoje, em razão da imprecisão do termo e do rápido progresso da terapêutica. Assim, há quem preferira falar de meios ‘proporcionais’ ou ‘desproporcionais’. De qualquer forma, poder-se-á ponderar bem os meios quanto ao tipo de terapêutica a usar, o grau de dificuldades, o custo e as possibilidades de aplicação, em confronto com o resultado que se pode esperar, atendendo ao estado do doente e às suas forças físicas ou morais.

“De modo a facilitar a aplicação destes princípios gerais, podem ser acrescentados os seguintes esclarecimentos:

“- Se não há outros remédios, é permitido, com o consentimento do paciente, recorrer aos meios de que dispõe a medicina mais avançada, mesmo que estes meios estejam ainda em estágio experimental e envolvam um certo risco. Aceitando-os, o paciente poderá eventualmente mostrar generosidade ao serviço de humanidade.

“- É ainda permitido, com o consentimento do paciente, interromper a aplicação destes meios, quando os resultados estiverem aquém das expectativas. Mas para que tal decisão deva ser tomada, tem de se levar em conta o justo desejo do paciente e da sua família, como também o parecer de médicos que são especialmente competentes na matéria; estes, na realidade, que estão em melhores condições do que ninguém para poder julgar se o investimento de instrumentos e de pessoal é desproporcionado aos resultados previsíveis; e se as técnicas aplicadas podem ainda impor ao paciente esforço ou sofrimento sem proporção com os benefícios os quais poderia delas obter.

“- É ainda permitido contentar-se com os meios normais que a medicina oferece. Entretanto, não se pode impor a ninguém a obrigação de recorrer a uma técnica que,

embora ainda em uso, pode acarretar um risco ou é demasiado onerosa. Recusá-la não equivale ao suicídio; pelo contrário, significa a aceitação da condição humana, ou uma preocupação de evitar a aplicação de um procedimento médico desproporcional aos resultados que se pode esperar; enfim, um desejo de não se impor excessivas obrigações à família ou à coletividade.

*“-Na iminência de uma morte inevitável, apesar dos meios usados, é permitido tomar a decisão de recusar formalmente um tratamento que somente asseguraria um precário e penoso prolongamento da vida, sem, contudo, interromper os cuidados normais devidos ao doente em casos semelhantes. Em tais circunstâncias, o médico não tem motivo para se acusar por incorrer em falha por não haver ajudado uma pessoa em perigo”.*⁵⁸

⁵⁸ DUE PROPORTION IN THE USE OF REMEDIES - *Today it is very important to protect, at the moment of death, both the dignity of the human person and the Christian concept of life, against a technological attitude that threatens to become an abuse.*

Thus some people speak of a "right to die," which is an expression that does not mean the right to procure death either by one's own hand or by means of someone else, as one pleases, but rather the right to die peacefully with human and Christian dignity. From this point of view, the use of therapeutic means can sometimes pose problems. In numerous cases, the complexity of the situation can be such as to cause doubts about the way ethical principles should be applied. In the final analysis, it pertains to the conscience either of the sick person, or of those qualified to speak in the sick person's name, or of the doctors, to decide, in the light of moral obligations and of the various aspects of the case. Everyone has the duty to care for his or her own health or to seek such care from others. Those whose task it is to care for the sick must do so conscientiously and administer the remedies that seem necessary or useful.

However, is it necessary in all circumstances to have recourse to all possible remedies?

In the past, moralists replied that one is never obliged to use "extraordinary" means. This reply, which as a principle still holds good, is perhaps less clear today, by reason of the imprecision of the term and the rapid progress made in the treatment of sickness. Thus some people prefer to speak of "proportionate" and "disproportionate" means. In any case, it will be possible to make a correct judgment as to the means by studying the type of treatment to be used, its degree of complexity or risk, its cost and the possibilities of using it, and comparing these elements with the result that can be expected, taking into account the state of the sick person and his or her physical and moral resources.

In order to facilitate the application of these general principles, the following clarifications can be added:

--If there are no other sufficient remedies, it is permitted, with the patient's consent, to have recourse to the means provided by the most advanced medical techniques, even if these means are still at the experimental stage and are not without a certain risk. By accepting them, the patient can even show generosity in the service of humanity.

--It is also permitted, with the patient's consent, to interrupt these means, where the results fall short of expectations. But for such a decision to be made, account will have to be taken of the reasonable wishes of the patient and the patient's family, as also of the advice of the doctors who are specially competent in the matter. The latter may in particular judge that the investment in instruments and personnel is disproportionate to the results foreseen; they may also judge that the techniques applied impose on the patient strain or suffering out of proportion with the benefits which he or she may gain from such techniques.

A Corte de Rotterdam estabeleceu, em 1981, os critérios para o auxílio à morte. A Real Sociedade Médica dos Países Baixos e o Ministério da Justiça criaram uma rotina de notificação médica, para isentar o profissional nos casos de eutanásia, porém sem legalizá-la.

Em 1987, a Associação Mundial de Medicina (*“World Medical Association”*), reunida em Madrid, Espanha, editou uma Declaração sobre a Eutanásia.⁵⁹

O Estado da Califórnia, nos Estados Unidos da América, em 1991, tentou introduzir no Código Civil o procedimento da eutanásia. Neste mesmo ano, a Igreja Católica, por meio da Carta do Papa João Paulo II aos bispos, reiterou a posição contrária da Igreja.

Em julho de 1996, a assembléia legislativa do Território Norte da Austrália legalizou a eutanásia voluntária que recebeu a denominação de *“Lei dos Direitos dos Pacientes Terminais”*. Em 1997, porém, o Parlamento Federal desautorizou o procedimento na Austrália.

Em maio de 1997, a Corte Constitucional da Colômbia estabeleceu que *“ninguém pode ser responsabilizado criminalmente por tirar a vida de um paciente terminal que tenha dado seu claro consentimento”*. Foi instituído, nesse país, um *Movimento de Direito à Morte*, criado em 1979.

--It is also permissible to make do with the normal means that medicine can offer. Therefore one cannot impose on anyone the obligation to have recourse to a technique which is already in use but which carries a risk or is burdensome. Such a refusal is not the equivalent of suicide; on the contrary, it should be considered as an acceptance of the human condition, or a wish to avoid the application of a medical procedure disproportionate to the results that can be expected, or a desire not to impose excessive expense on the family or the community.

--When inevitable death is imminent in spite of the means used, it is permitted in conscience to take the decision to refuse forms of treatment that would only secure a precarious and burdensome prolongation of life, so long as the normal care due to the sick person in similar cases is not interrupted. In such circumstances the doctor has no reason to reproach himself with failing to help the person in danger.” CATHOLIC INFORMATION NETWORK (CIN). *Declaration on euthanasia*. Prepared by the Sacred Congregation for the Doctrine of the Faith. Disponível em: <www.cin.org./vatcong/euthanas> Acesso em: 20.5.2005.

⁵⁹ Adopted by the 39th World Medical Assembly, Madrid, Spain, October 1987 and reaffirmed at the 170th Council Session, Divonne-les-Bains, France, May 2005.

No Estado do Oregon, nos Estados Unidos, em outubro de 1997, foi legalizado o suicídio assistido para admitir aos médicos receitar aos pacientes portadores de enfermidades incuráveis, e que haviam pedido ajuda para morrer, drogas que provocariam sua morte indolor.

Na China, em 1998, o governo autorizou os hospitais a praticarem a eutanásia em pacientes portadores de doenças incuráveis em fase terminal.

A Câmara de Representantes dos Países Baixos e o Senado Holandês aprovaram, em 10 de abril de 2001, entrando em vigor em 1º de abril de 2002, a legislação que veio alterar os arts. 293 e 294 da lei criminal holandesa, permitindo a eutanásia e o suicídio assistido naquele país.

Em 23 de setembro de 2002, entrou em vigor, na Bélgica, uma legislação sobre a eutanásia, porém menos permissiva que a lei holandesa.

Capítulo VI

A eutanásia no direito comparado

1. Uruguai – Código Penal uruguaio de 1934

Em 1º de agosto de 1934, quando entrou em vigor o atual Código Penal Uruguaio (Lei nº 9414, de 29 de junho de 1934), foi implantada a figura penal do “*homicídio piedoso*”, no Livro I, Título II, Capítulo III, que trata das causas de impunidade, art. 37, assim redigido:

“Art. 37 – (Do homicídio piedoso)

*“Os Juízes têm a faculdade de exonerar do castigo o sujeito de antecedentes honrados, autor de um homicídio, efetuado por motivos de piedade, mediante súplicas reiteradas da vítima”.*⁶⁰

De acordo com a legislação, é facultado ao juiz exonerar da pena quem realizou o procedimento, mas desde que preencha as seguintes condições básicas:

- ter antecedentes honráveis;
- ser realizado por motivo piedoso, e
- a vítima ter feito reiteradas súplicas.

⁶⁰ JIMÉNEZ ASÚA, Luis. *Códigos penales iberoamericanos. Estudio de legislación comparada*. Caracas: Editorial Andrés Bello, V. 2, 1946, p. 732: “*art. 37 - (Del homicidio piedoso) Los Jueces tiene 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*”.

A legislação uruguaia de 1934 é muito semelhante à holandesa elaborada a partir de 1993. Não há necessidade de autorização judicial prévia para a realização do procedimento da eutanásia, mas sim, uma possibilidade do indivíduo que for o agente do procedimento ficar impune, desde que sejam cumpridas todas as condições básicas estabelecidas.

Esta legislação não proibitiva foi baseada na doutrina de LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA.

Cumprir destacar que o suicídio assistido, ou seja, o auxílio a quem quer se suicidar caracteriza uma figura delitiva punível, sem a possibilidade de perdão judicial, de acordo com o disposto no art. 315 do Código Penal uruguaio.⁶¹

2. Colômbia

A legislação penal colombiana também prevê a figura típica do homicídio piedoso, mas, ao contrário da legislação do Uruguai, considera causa de atenuação da pena ou de aplicação do perdão judicial.

O art. 364 do Código Penal Colombiano situado no seu Livro II, Título XV, Capítulo I, que trata do crime de homicídio, assim expressa:

⁶¹ Diz o art. 315. *“(Determinación o ayuda al suicidio). - El que determinare al otro al suicidio 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.” – JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Ob. cit. p. 774-775.

*“Art. 364 – Se se tem causado o homicídio por piedade, com o fim de acelerar uma morte iminente ou de por fim a graves padecimentos ou lesões corporais, reputados incuráveis, poderá atenuar-se excepcionalmente a pena, substituir o presídio por prisão ou arresto e ainda aplicar-se o perdão judicial”.*⁶²

A Colômbia é o único país da América Latina a possuir um forte movimento pelo direito de morrer com dignidade que vem auxiliando as pessoas na elaboração de documentos, onde expressam sua vontade antecipada por escrito (*“living will”*), sobre o uso, ou não, de terapias de suporte de vida.⁶³

3. Argentina

O Código Penal Argentino, no seu art. 83, não proíbe o suicídio, mas sim sua instigação ou auxílio.⁶⁴ Tampouco, existe a figura do homicídio piedoso para os casos em que uma pessoa mata outra a seu rogo, ainda que se trate de extremo sofrimento, em uma enfermidade incurável com certa possibilidade de morte.

De outro lado, a sanção penal para o caso daquele que mate com o emprego de veneno, é mais grave (Código Penal, art. 80, § 2º).

⁶² JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Ob. cit. p. 728: *“Art. 364 – Si se há causado el homicidio por piedad, con el fin de acelerar una muerte inminente o de poner fin a graves padecimientos o lesiones corporales, reputados incurables, podrá atenuarse excepcionalmente la pena, cambiarse el presídio por prisión o arresto y aun aplicarse el perdón judicial”.*

⁶³ GOLDIM, José Roberto. *Eutanásia – Colômbia*. Disponível em: <www.bioetica.ufrgs.br/eutacol.htm> Acesso em: 21.5.2005.

⁶⁴ Está assim redigido o art. 83 do Código Penal da Argentina: *“Art. 83.-Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el que instigare a otro al suicidio o le aydare a cometerlo, si el suicidio se hubiese tentado o consumado”*, JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Código Penales Iberoamericanos*, Caracas: Editorial Andrés Bello, vol. 1, p. 433.

Mas, a legislação argentina atual não impede a pessoa capaz de abandonar um tratamento a que esteja submetida. Porém, a Lei nº 17.132/67, em seu art. 19, inciso 3, determina que haja consentimento do paciente para todo tipo de tratamento.

Não há previsão legal para que uma pessoa possa expressar antecipadamente sua vontade em interromper um tratamento, para o caso de estar incapacitada para seus atos em consequência da enfermidade.

Há casos em que se reconheceu o direito de oposição ou de interrupção de um tratamento médico por motivos religiosos ou quando as pessoas comungam dos ensinamentos das Testemunhas de Jeová.

Quanto aos menores há dupla representação para agir, pois que o Estado, por intermédio de seu patronato, também atua. Nessas hipóteses não se tem permitido a interrupção de tratamento médico.

Atualmente, há três projetos de lei, em discussão desde março de 1997, na “*Comisión de Salud de la Cámara de Diputados de la Argentina*”, envolvendo a eutanásia. Os projetos se denominam “*Muerte Digna*”, “*Derechos de los Pacientes Terminales*” e “*Prolongacion artificial de la vida*”. Neste último projeto, apresentado pelo deputado Pólo, há três artigos proibindo qualquer tipo de ação que signifique execução de eutanásia ativa. Nos dois primeiros, é concedido o direito a toda pessoa, e sua família por ela na hipótese de estar incapaz, para solicitar aos médicos que o atendem que não prolonguem sua vida por métodos artificiais, na hipótese de se encontrar em estado grave e clinicamente irreversível. Mas, se requer que o paciente seja maior de idade. Ademais, o pedido deverá ser formulado por escrito, onde deverá constar que a pessoa está lúcida, que haja adotado sua decisão por sua livre e espontânea vontade, após reflexão.

4. Peru

O Código Penal do Peru, de 1924, em seu art. 157, faculta a instigação ou auxílio altruísta e piedoso ao suicídio, de modo que haja impunidade a quem assim participa. Eis sua redação:

“Art. 157. Aquele que por um motivo egoísta instigar a outro ao suicídio ou o ajudar a cometê-lo, será reprimido, se o suicídio se consumou ou intentou, com penitenciária ou com prisão não maior de cinco anos”.

Ou seja, quando o motivo da conduta for outro, que não o egoísta, não haverá punição. Assim, neste país da América do Sul, o auxílio piedoso ao suicídio do enfermo incurável é autorizado.

Esta redação, aliás, transcreve o art. 102 do Projeto de Código Penal Suíço de 1918.⁶⁵

5. Estados Unidos da América

Nos Estados Unidos da América vige o sistema da “*common law*”, onde o direito é baseado nos precedentes da experiência ditada pelos Tribunais, aliás, um ordenamento que é experimentado como sendo socialmente obrigatório.⁶⁶

⁶⁵ Eis a redação do art. 102, do Projeto de Código Penal Suíço de 1918: “*Celui aqui, poussé par un mobile égoïste, aura incite une personne au suicide, ou lui aura prêté assistance en vue du suicide, sera puni de la reclusion jusqu’à cinq ans ou de l’emprisonnement, si lê suicide a été consommé ou tente*”.

⁶⁶ ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. São Paulo: Edipro, 2003, p. 63.

Em 1906, o Parlamento de Ohio foi chamado a discutir o caso Anna Hall, de Cincinnati, que pedia autorização para matar a mãe portadora de doença incurável com o uso de clorofórmio. Mas, o pedido foi rejeitado.

O Parlamento dos Estados Unidos, no ano de 1912, discutiu um projeto sobre o “*homicídio caritativo*”, mas o rejeitou por entender que suas aplicações eram muito incertas e delicadas. E, no mesmo ano, Sarah Harris pediu aos magistrados da Câmara de Representantes a autorização para que um médico colocasse fim à sua vida, pois estando parálitica, estava impossibilitada de se suicidar.

Em 1965, no caso Griswold vs. Connecticut surgiu a idéia de um *direito à privacidade*, quando se permitiu que pessoas casadas pudessem ter acesso à contraceptivos, sem restrições. Essa decisão foi considerada um primeiro passo para a solução das questões relacionadas ao aborto e à eutanásia.

Assim, muitos casos de eutanásia foram permitidos com fundamento no direito à privacidade do indivíduo que desejasse a própria morte, em outras palavras, na eutanásia a pedido.

No caso Karen Ann Quinlan, ocorrido em 1976, uma jovem de 21 anos de idade que parou de respirar sem motivo conhecido e sofreu lesão cerebral irreversível entrando em coma profundo, mas com atividade cerebral mínima, a Corte, a pedido do pai da jovem, ordenou que fosse retirada do respirador, se os médicos e o hospital concordassem, com fundamento no direito à privacidade.

Em outro caso, em 1982, do bebê Doe, com Síndrome de Down e má formação do esôfago que o impedia de engolir, a Corte Suprema de Indiana entendeu com base no direito à privacidade que devia prevalecer a vontade dos pais, pois era mais importante do

que o direito de viver do bebê, para não permitir a realização de ato cirúrgico corretivo. O bebê veio a falecer poucos dias antes do recurso chegar à Corte Suprema dos Estados Unidos da América.

Em 1985, no caso Claire Conroy, uma mulher de 84 anos de idade, que estava consciente, porém mentalmente confusa, foi submetida à retirada de uma sonda intravenosa, único meio capaz de alimentá-la. A Corte Suprema de New Jersey decidiu que o alimento e a água têm a mesma função dos respiradores artificiais e outros tratamentos médicos, e podem ser classificados como medidas extraordinárias, a permitir a sua retirada.

Em outro caso, já em 1986, Paul Brophy, de 45 anos de idade, sofreu uma lesão no cérebro com o rompimento de uma veia, o que levou os médicos a descreverem um quadro de coma permanente. A família, então, pediu ao hospital o desligamento dos aparelhos que o mantinham vivo, mas houve recusa. A Corte Suprema de Massachusetts entendeu que, se o doente estivesse consciente, manifestaria a vontade de que a sonda que o alimentava e os equipamentos que o mantinham vivo fossem desligados. Brophy foi removido do hospital e os equipamentos foram desligados, causando sua morte.

Elizabeth Bouvia, uma jovem quadriplégica de 28 anos, com paralisia cerebral, confinada em uma cama e com fortes dores, sendo alimentada por uma sonda, expressou seu desejo de morrer, o qual recusado pelo hospital e pela Corte que julgou o caso.

Em grau de recurso, a Corte de Apelação da Califórnia, num longo passo em direção à legalização e ao apoio ao suicídio, manteve o direito da doente de recusar os cuidados básicos para permitir a retirada da sonda.

Nancy Ellen Jobes, com 32 anos de idade, sofreu uma lesão cerebral séria que lhe permitia seguir as pessoas com o olhar, responder às ordens e a vários estímulos, era alimentada por uma sonda, mas não se encontrava em estado terminal. A Suprema Corte de New Jersey permitiu a retirada do suporte de vida da paciente e ela morreu de fome em 19 dias.

Essas situações se enquadrariam no que se denomina eutanásia não voluntária.

Em outro caso, ocorrido em 1987, Marcia Gray, em coma desde janeiro de 1986, a Corte Distrital de Rhode Island decidiu que o hospital geral, administrado pelo Estado, onde estava internada tinha de remover o tubo de alimentação ou transferi-la para um outro estabelecimento hospitalar que o fizesse. Houve recusa de quase todos os hospitais da região. O Governador Edward Diprete de Rhode Island resolveu intervir e determinou ao hospital que retirasse a sonda nasogástrica. A paciente foi transferida e a sonda de alimentação foi retirada quando ainda estava na ambulância, vindo a falecer 15 dias após perder 25 quilos.

Nancy Cruzan, uma jovem de 25 anos, sofreu um acidente automobilístico que, em razão dos graves ferimentos a fez perder a consciência, colocando-a num estado de uma pessoa seriamente incapacitada. Sua alimentação era feita por meio de uma sonda diretamente no seu estômago. Os pais solicitaram a retirada do suporte vital a uma corte inferior que a permitiu, mas a Suprema Corte de Missouri afastou a decisão, fundamentada na ausência de consentimento, além de que o interesse do Estado na vida humana não dependeria da qualidade de vida.

Este caso foi o primeiro a ser encaminhado diretamente à Suprema Corte, onde os magistrados decidiram, com base num direito de morrer nem liberal, nem absoluto, que os

Estados poderiam solicitar evidências claras e convincentes de que as pessoas em coma desejaram morrer antes mesmo de ficarem incapacitadas de expressar sua vontade. Além disso, ficou decidido que os Estados não têm de se curvar diante das exigências da família, se não se puder comprovar a vontade do paciente. Contudo, chegou-se à conclusão de que há o direito constitucional de recusar a alimentação por sonda e outras medidas de apoio vital, quando os pacientes manifestarem seus desejos expressamente, quando ainda capacitados.

Nancy morreu de fome em 14 de dezembro de 1990 no Centro de Reabilitação Missouri em Mount Vernon, Missouri.

O primeiro referendo da história dos Estados Unidos, realizado no Estado de Washington, em 5 de novembro de 1991, que legalizaria o suicídio assistido por médico, teve um resultado de 54% de rejeição, contra 46% de aprovação.

O grupo ativista pró-eutanásia, denominado “*Compaixão para Morrer*”, juntamente com quatro médicos e três pessoas doentes em estado terminal, formularam um pedido de eutanásia junto à corte federal, contra a legislação estadual de Washington contrária, que já durava 140 anos. O caso foi decidido pela Juíza Bárbara Rothstein, da Corte Distrital americana, em maio de 1994, que entendeu que os petionários tinham o direito constitucional de auxiliar a um suicídio, tornando-se, assim, o primeiro juiz federal a encontrar esse direito na Constituição norte americana. Houve apelação do Estado, porém a Corte de Apelações do Nono Circuito, em março de 1995, decidiu pelo afastamento da decisão com a votação de dois a um. Mas, houve reconsideração do caso a pedido do grupo requerente.

Assim, o caso *Compaixão para Morrer vs. Estado de Washington* tornou-se o primeiro caso de eutanásia permitido por uma corte federal de apelações nos Estados Unidos.

Em 6 de março de 1996, decidiu a Corte de Apelação do Nono Circuito que a lei do Estado de Washington, que proibia o suicídio assistido, infringia uma cláusula processual da Constituição norte americana, vindo a estabelecer, com base na decisão da Juíza Rothstein, um paralelo entre o aborto e a eutanásia, para dizer que, assim como na decisão de fazer um aborto, ou não, a decisão de morrer é uma das mais íntimas escolhas que alguém pode fazer e parte de sua autonomia, centro da dignidade humana.

Recentemente, reacenderam os debates sobre a questão da eutanásia envolvendo a população norte-americana, que se viu obrigada a opinar no caso Terri Schiavo, uma mulher de 41 anos de idade com danos cerebrais irreversíveis, em coma há uma década e meia.

O próprio presidente George W. Bush está apressado em assinar uma lei que proíbe a eutanásia no país e conseguir sua aprovação pelo Congresso norte-americano, ante a discussão pública instalada com o caso Schiavo.

O marido de Terri, Michael, garante que a mulher não desejava ser mantida viva artificialmente por máquinas, apesar de não haver deixado documento por escrito, e conseguiu uma sentença favorável do juiz que preside o caso na Flórida. Os pais de Terri, Bob e Mary Schindler, no entanto, insistem que a filha pode melhorar com tratamentos e tentam impedir a eutanásia. Os aparelhos já foram desligados por três vezes.

A Igreja Católica reiterou seu repúdio à morte da senhora Schiavo, no seu entender, decretada por meio de uma das formas mais desumanas e cruéis possíveis, como a fome e a sede.⁶⁷

Em 19 de março de 2005, líderes do Congresso norte-americano chegaram a um acordo para forçar o caso de Terri Schiavo na Corte Federal, uma intervenção extraordinária com a finalidade de prolongar a vida de Terri, manifestando-se favoráveis ao projeto de lei que afasta a eutanásia.

Mas, o marido invoca o direito constitucional de negar-se a paciente a receber um tratamento médico que não quer.

A eutanásia ainda é um assunto polêmico nos Estados Unidos, onde tão-somente um dos 50 Estados aprovou o direito de morrer dos doentes terminais.

6. França

O Código Penal francês diferencia a eutanásia ativa da eutanásia passiva. Naquela, há caracterização de um homicídio, mas nesta última há caracterização de omissão de socorro.

O Código Francês de Deontologia Médica afasta a possibilidade do procedimento da eutanásia no seu artigo 20:

*“Artigo 20: O médico deve esforçar-se para apaziguar os sofrimentos de seu doente. Ele não tem o direito de provocar deliberadamente sua morte”.*⁶⁸

⁶⁷ JORNAL NOTÍCIAS IG. Agência Estado, 18.5.2005. Disponível em: <www.ultimosegundo.ig.com.br/materias/mundo>. Acesso em: 25.5.2005.

Assim, na França *“tanto a eutanásia ativa é criminosa, quanto a eutanásia de acompanhamento é um dever para o médico. Ela se inscreve no dever de assistência e de filantropia do médico. É uma etapa terminal, a qual é precedida por um período de tentativa terapêutica, o que evita o erro trágico de prognóstico que todo médico pode cometer. Uma eutanásia de assassinato não protege naturalmente do que seria um atroz deslize”*.⁶⁹

Desde 14 de abril de 1999, porém, está em trâmite no Senado Francês um projeto de lei, o de nº 166, que estabelece a despenalização da eutanásia, embora o governo francês demonstre oposição a toda legalização ou despenalização ao ato eutanásico.⁷⁰ Pelo referido projeto haveria o implemento de avançadas diretrizes, como o reconhecimento do juízo da qualidade e da dignidade da vida pela própria pessoa quanto à oportunidade de por fim a sua existência, além da possibilidade do paciente deixar por escrito sua vontade na condução de um caso terminal. Eis os artigos do Projeto de Lei Francês nº 166 de 14.4.1999 sobre a eutanásia:

“Eutanásia França: Projeto de Lei:

“Artigo 1. Toda pessoa em condições de apreciar as conseqüências de suas escolhas e de seus atos é o único juiz da qualidade e da dignidade de sua vida assim como da oportunidade de colocar-lhe um fim.

“Artigo 2. Quando ele recusar um tratamento terapêutico, o médico deve se conformar, sob a reserva de invocar em caso de consciência as condições previstas no artigo 8.

⁶⁸ MEYER, Philippe. Ob. cit. p. 119.

⁶⁹ MEYER, Philippe. Ob. cit. p. 122.

⁷⁰ JO SÉNAT. *Position du gouvernement à l'égard de l'euthasie*, publiée du 21.6.2001, page 2065. Disponível em: <www.senat.fr> Acesso em: 20.5.2005.

“Artigo 3. Ele pode obter um auxílio ativo para morrer quando estimar que a alteração efetiva ou iminente de sua dignidade ou de sua qualidade de vida dá lugar a uma situação na qual ele não deseja prosseguir para sua existência.

“Artigo 4. Sua vontade, revogável a todo momento, de colocar um fim à sua existência é estabelecida por um testamento de fim de vida assinado por duas pessoas em presença de um oficial de polícia judiciária requisitado por um médico que ateste o desejo consciente do paciente.

“Artigo 5. Ele pode nomear um representante ‘ad hoc’ para tornar conhecido o seu desejo de exercer a faculdade prevista nos artigos 2 e 3 e de requerer a execução no caso dele não estar mais em estado de fazer por si mesmo.

“Artigo 6. Toda pessoa admitida num estabelecimento de fim público ou privado é informada da faculdade prevista nos artigos 2 e 3. Será uma outra situação se ele redigir um testamento de fim de vida e se ele designar um representante ‘ad hoc’. Uma cópia de seu testamento de fim de vida e uma cópia da designação de seu representante ‘ad hoc’ são depositados, contra recibo aos cuidados do estabelecimento responsável.

“Artigo 7. O médico que atender à vontade do paciente nas condições previstas pela presente lei declara no ato que acompanha o Conselho de Ordem dos Médicos, que o mencionará em um registro especial. Ele não incorrerá em nenhuma sanção.

“Artigo 8. Se um médico não entende, em consciência, dar seqüência a um pedido apresentado em aplicação dos artigos 2 ou 3, ele deve avisar a pessoa respectiva. Ele o faz desde a primeira entrevista, se o paciente depositou uma declaração escrita conforme ao artigo 6, e desde que tenha conhecimento de sua vontade, se aquele a expressou posteriormente à hospitalização. Ele então terá, se nenhum médico do estabelecimento

desejar atender ao pedido do paciente, de prover com a menor demora possível a transferência do paciente a um outro estabelecimento.

“Artigo 9. O artigo 221-I do código penal é completado por uma alínea assim redigida: ‘Contudo, o auxílio ativo a morrer praticado nas condições previstas pela lei não será considerado como um assassino’.

“Artigo 10. O artigo 221-5 do código penal é completado por uma alínea assim redigida: ‘ Contudo, o auxílio ativo a morrer praticado nas condições previstas pela lei não será considerado como um envenenamento’.”.⁷¹

Na França, recentemente, o caso Vincent Humbert, um jovem bombeiro voluntário de 20 anos vítima de um acidente de veículo no dia 24 de setembro de 2000, que, após um coma que durou nove meses, ficou tetraplégico, cego e surdo, reacendeu o debate

⁷¹ Eis os artigos originais do Projeto de Lei nº 166 Francês de 14.4.1999: (*Euthanasie*) France: *Proposition de loi: Article 1er. Toute personne em mesure d’apprécier lês conséquences de ses choix et de ses actes est seule juge de la qualité et de la dignité de sa vie ainsi que de l’opportunité d’y mettre fin. Article 2. Lorsqu’elle refuse un acharnement thérapeutique, le médecin doit s’y conformer, sous réserve d’invoquer son cas de conscience dans les conditions prévues par l’article 8. Article 3. Elle peut obtenir une aide active à mourir lorsqu’elle estime que l’altération effective ou imminente de cette dignité ou de cette qualité de la place dans une situation telle qu’elle ne désire pas pour-suivre son existence. Article 4. As volonté, révocable à tout moment, de mettre un terme à son existence est établie par un testament de fin de vie signé de deux personnes em présence d’un officier de police judiciaire requis par un médecin qui atteste du souhait conscient du patient. Article 5. Elle peut charger un représentant ad hoc de faire connaître son souhait d’exercer la faculté prévue aux articles 2 et 3 et d’en requérir l’exécution au cas où elle ne serait plus en état de le faire elle-même. Article 6. Toute personne admise dans un établissement de soins public ou privé est informée des facultés prévues aux articles 2 et 3. Il lui est en outre demandé si elle a rédigé un testament de fin de vie et si elle a designe un représentant ad hoc. Une copie de son testament de fin de vie et une copie de la désignation de son représentant ad hoc sont deposes, contre récépissé, auprès de l’establissement de soins. Article 7. Le médecin qui fait droit à la volonté du patient dans les conditions prévues par la presente loi declare l’acte accompli au Conseil de l’ordre dès médecins, qui le mentionne dans un registre spécial. Il n’encourt aucune sanction. Article 8. Si un médecin n’entend pas, en conscience, donner suit à une demande présentée em application des articles 2 ou 3, il doit en aviser la personne concernée. Il le fait dès lê premier entretien, si celle-ci a depose une declaration écrite conformément à l’article 6, et dès qu’il a connaissance de sa volonté, si celle-ci est exprimée postérieurement à l’hospitalisation. Il est alors tenu, si aucun médecin dans l’établissement ne souhaite accéder à la demande u patient, de pourvoir dans les meilleurs delais au transfert de celui-ci dans un autre établissement. Article 9. L’article 221-I du code penal est complete par un alínea ainsi redige: “Toutefois, l’aide active à mourir pratiquée dans les conditions prévues par la loi n’est pas considérée comme un meurtre”. Article 10. L’article 221-5 du code penal est complete par un alínea ainsi redige: “Toutefois, l’aide active à mourir pratiquée*

popular. O único movimento que lhe permitia comunicar-se com sua mãe era uma leve pressão com o polegar direito quando soletrada uma letra do alfabeto. Dessa forma, conseguiu solicitar que os médicos praticassem a eutanásia, como forma de terminar o sofrimento que vivenciava. Os médicos, porém, recusaram sua prática, pois na França a eutanásia ainda é ilegal.

O jovem fez inúmeras solicitações, inclusive em uma carta ao Presidente Francês, onde argumentava que, se o presidente tem a prerrogativa de indultar prisioneiros, poderia isentar de culpa quem o matasse por compaixão. A frase que encaminhou em dezembro de 2002 ao presidente Jacques Chirac foi a seguinte: *“A lei dá-lhe o direito de indultar, eu peço-lhe o direito de morrer”*.⁷²

A resposta do presidente foi negativa e acompanhada de uma recomendação para que o jovem retomasse o gosto pela vida. Nesta época, foi realizada uma pesquisa de opinião na França com o resultado de 88% de aprovação da população pelo suicídio assistido, mas não da eutanásia. Aliás, tal caso não é de suicídio assistido, mas de eutanásia ativa voluntária.

Vincent Humbert escreveu um livro, de 188 páginas, intitulado *“Peço-vos o direito de morrer”* (*“Je vous demande le droit de mourir”*), lançado em 25.9.2003. Em 24 de setembro de 2003, a mãe de Vincent, uma senhora de 48 anos, administrou-lhe uma alta dose de barbitúricos por sonda gástrica, procedimento que havia sido combinado com o filho que não queria estar vivo quando o livro fosse publicado. O paciente ficou em coma

dans les conditions prévues par la loi n'est pas considérée comme un empoisonnement”. Disponível em: <www.transvie.com/Actualites/ooooo100/Actua0001.htm>. Acesso em: 21.5.2005.

⁷² GOLDIM, José Roberto. *Caso Vincent Humbert. Eutanásia ativa voluntária*. Artigo Disponível em: <www.bioetica.ufrgs.br/humbert>. Acesso em: 21.5.2005.

profundo, vindo a falecer em 27 de setembro de 2003, após serem desligados os equipamentos pelo médico Frederic Chaussoy.

A mãe de Vincent foi presa por tentativa de assassinato e posteriormente libertada pelo Ministério Público. Porém, em 14.1.2004 foi acusada de administração de substâncias tóxicas e o médico que desligou os equipamentos foi acusado de envenenamento com premeditação.

7. Espanha

Na década de 1920, teve início na Espanha a discussão sobre a regulamentação da eutanásia. Aliás, por influência de LUIZ JIMÉNEZ DE ASÚA, foi estudada uma proposta de dar o *status* de “*homicídio piedoso*” ao procedimento da eutanásia, procurando descaracterizar o delito e impedir a punição do agente, desde que tivesse bons antecedentes.

Mas, exigiam outras condições como a de haver motivo piedoso no ato, depois de reiteradas súplicas do paciente para sua realização. Este modelo não chegou a ser implantado na Espanha.

O caso Ramón Sampedro, que solicitou à justiça espanhola, durante cinco anos, o direito de morrer, reacendeu a discussão.

Ramón Sampedro ficou tetraplégico desde os 26 anos, em razão de um acidente onde bateu a cabeça durante um salto no mar. Permaneceu nesse estado por 29 anos, quando resolveu pedir ajuda judicial por não mais suportar viver. Mas, o direito à

eutanásia ativa não lhe foi concedido. Assim, com a ajuda de amigos planejou sua morte de forma a não incriminar as pessoas envolvidas, nem sua família. Após mudar-se de sua cidade, Porto do Son/Galícia, para La Coruña, no dia 15 de janeiro de 1998 foi encontrado morto, de manhã, por uma de suas amigas que o auxiliava. A necropsia demonstrou que a morte foi causada por ingestão de cianureto. Ramón pediu que se gravasse em vídeo os seus últimos minutos de vida, onde ficou claro que os amigos colaboraram, porém, ele quem fez a ação ao colocar o canudo plástico na boca e sugar o conteúdo do copo.

A repercussão do caso foi acompanhada no mundo inteiro e a imprensa noticiou um caso de morte assistida.

A amiga de Ramón, chamada Ramona Maneiro, de 44 anos, confessou haver auxiliado a vítima, foi processada, porém a justiça espanhola arquivou as acusações por considerar os fatos prescritos.

Na Espanha, quase 70% da população é partidária da despenalização da eutanásia ativa, quando o paciente tenha solicitado reiteradamente por sofrer alguma enfermidade irreversível com padecimentos insuportáveis.

8. Austrália

A primeira lei que autorizou expressamente a eutanásia ativa foi votada no Território do Norte da Austrália e esteve em vigor de 1º de julho de 1996 a 24 de março de 1997, denominada "*Lei dos Direitos dos Pacientes Terminais*".

Em 1997, porém, o Parlamento Federal desautorizou o procedimento na Austrália, quando um homem com câncer no intestino formulou um pedido para morrer. A revogação foi por uma pequena diferença de votos (38 a 34), apesar das pesquisas de opinião mostrarem que 74% da população era contra.

9. Holanda

Por 46 votos a favor e 28 contra, o Senado holandês aprovou, em 10.4.2001, com o apoio de 90% da população, a lei que permite aos médicos abreviar a vida de doentes terminais, revogando os arts. 293 e 294 da lei criminal holandesa.

A eutanásia vem sendo objeto de debate na Holanda desde a década de 1970. Os questionamentos surgiram de inúmeras situações ocorridas com pacientes e seus médicos, notadamente quanto aos aspectos morais e legais do procedimento.

Em 1973, com o caso Postma, tomou vulto a discussão na Holanda. Foram, então, delimitados cinco critérios, quando desse julgamento, estabelecidos pela Corte de Rotterdam, em 1981, para permitir a ajuda do médico ao paciente que desejasse morrer, sem, porém, ser penalizado pela conduta:

- a solicitação deve vir de uma decisão voluntária, feita por um paciente informado de suas condições;

- na solicitação deve ser considerada a compreensão da pessoa solicitante, suas condições físicas e mentais, ou seja, a pessoa deve ser capaz de exprimir sua vontade, que deve ser fruto de ponderação;

- o desejo de morrer deve ter alguma duração;

- o sofrimento físico ou mental deve ser inaceitável ou insuportável;

- a consultoria de um colega médico é obrigatória.

Um acordo realizado entre o Ministério da Justiça e a Real Associação Médica da Holanda estabelecia três requisitos para fins de notificação do procedimento às autoridades.

Pelo primeiro requisito, o médico ao realizar a eutanásia ou suicídio assistido não devia dar atestado de óbito do paciente por morte natural, pois tinha de se valer de um extenso questionário perante a autoridade médica local. Depois, a autoridade médica local levava a notícia da morte ao promotor do distrito. Em seguida, o promotor do distrito decidia sobre a acusação, ou não, do médico. Mas, se este, o médico, havia seguido as cinco recomendações da Corte de Rotterdam, não havia acusação contra ele.

Em 1990, na Holanda ocorreram 11.800 mortes por eutanásia, suicídio assistido e overdose de morfina, o que representa uma participação de 9% na mortalidade do país. Aliás, muitos foram os abusos, pois das 9000 solicitações de eutanásia ativa feitas, somente 2300 foram atendidas por preencherem os critérios estabelecidos.

Em 1993, a Lei Funeral ("*Burial Act*") incorporou os cinco critérios para a eutanásia mais os três elementos de notificação do procedimento, condições que eximiam os médicos da acusação de homicídio. Por essa lei, o fiscal se encarregava de decidir, caso por caso, se o procedimento foi seguido.

Com a aprovação da legalização da eutanásia na Holanda, evidentemente, surgiram algumas questões, dentre elas a possibilidade de se realizar esse tipo de procedimento em menores.

Os menores entre 12 e 16 anos de idade, podem solicitar a eutanásia, mas essa solicitação deve ser acompanhada de autorização dos pais. Para os menores entre 16 e 17 anos a solicitação não depende da autorização dos pais, mas estes devem fazer parte do processo de decisão.

O procedimento só poderá ser feito por médico que acompanhe o paciente, de perto, há muito tempo. Isso é de suma importância para a exata assimilação do caso.

Os novos critérios legais ao procedimento da eutanásia são:

- o paciente deve ser portador de doença incurável e estar com dores insuportáveis;
- o pedido do paciente para morrer deve ser voluntário;
- é necessária a opinião de um segundo médico sobre o caso.

Agora, na nova lei, o caso deve ser submetido ao controle de comissões regionais, em torno de cinco no país, encarregadas de julgar se o médico agiu dentro dos limites da lei. Essas comissões são integradas por um médico, um jurista e um especialista em ética. Somente na hipótese de discordarem da conduta, é que o caso é passado à autoridade do distrito.

Verifica-se, assim, que há menor controle judicial na prática da eutanásia com a lei aprovada.

Na teoria, a eutanásia e a ajuda ao suicídio figuram como delito no Código Penal, sendo que o médico pode ser condenado até 12 anos de prisão se não realizar a

eutanásia de acordo com os requisitos legais. Na prática, mesmo antes da nova lei, muito pouco teriam que temer os médicos, pois entre 1991 e 1996 foram processados 13 médicos, sendo que somente 3 foram declarados culpados sem sanção e 3 com condenação suspensa.

Cumpramos ressaltar que a aplicação da eutanásia sem consentimento expresso do enfermo na Holanda tem sido prática constante, o que demonstra a tendência de se tornar letra morta esse requisito.

Acontece que, mesmo antes da modificação legal, a jurisprudência holandesa, ampliando os critérios então exigidos pela experiência, vinha admitindo a eutanásia em outras hipóteses, como a de bebês nascidos com espinha bífida, a pedido de seus pais, como também, nos casos de sofrimento psíquico, ou mesmo quando os enfermos incuráveis não estivessem nos seus estertores, mas padecendo de sofrimento físico ou psíquico insuportáveis.

Uma comparação estatística entre os anos de 1990 e 1995, realizada na Holanda, demonstrou que do total de falecimentos no país:

- as mortes por eutanásia tinham aumentado de 2.300 casos em 1990 para 3.120 casos em 1995;
- o auxílio ao suicídio tinha passado de 400 casos para 540 casos;
- a prática da eutanásia sem consentimento explícito do enfermo se mantinha em torno de 1000 casos;
- os pedidos de eutanásia ou de suicídio assistido pelos enfermos cresceram em 9% desde 1990;

- o procedimento de notificação perdeu o seu papel de controle "*a posteriori*", já que a maioria dos casos reais de eutanásia deixou de ser declarada como tal.

Além disso, tem-se verificado, na prática, o uso constante do procedimento também para aqueles casos em que o prognóstico não é tão ruim, ou mesmo para os casos de reumatismo, diabete crônica, esclerose múltipla, AIDS ou bronquite, em pacientes mais idosos ou, ainda, em vítimas de acidentes.

Aliás, os documentos ou declarações de pacientes sobre o desejo de viver, ou de não receber certos tratamentos, são completamente ignorados na Holanda. Muitos cidadãos holandeses carregam consigo, em autodefesa, um "*testamento para sobreviver*", ou "*cartão de não-me-mate*", onde declaram que não desejam a eutanásia sem o seu consentimento.

De mais a mais, as pessoas maiores de 60 anos que necessitarem de internação em um hospital holandês, serão pressionadas pelos médicos e enfermeiras a cometer a eutanásia, mesmo que não haja solicitação, ainda que a doença não seja grave. E os médicos cardiologistas recusam o tratamento de qualquer pessoa acima de 75 anos de idade.

Há casos, ainda, em que o procedimento foi realizado em adolescentes portadores de câncer, mesmo quando a doença não era terminal.

Os médicos anestesistas holandeses recusavam categoricamente participar de procedimentos cirúrgicos em que o paciente fosse uma criança com Síndrome de Down. Os hospitais matam de fome pelo menos 300 deficientes recém-nascidos a cada ano.

A admissão social e médica da eutanásia na Holanda gerou em consequência o atrofiamento da medicina paliativa naquele país. Somente em 1998 o governo começou a

incentivar o desenvolvimento dos cuidados paliativos para oferecer alternativas à demanda da eutanásia. Há diversas instituições pró-vida que argumentam contra a ideia de que a eutanásia seja um ato de compaixão. Para essa corrente, ao contrário, compaixão significa intensificar os cuidados paliativos.⁷³

Mas, os que defendem a eutanásia, ressaltam a importância do relacionamento entre médico e paciente, para evitar as distorções, como a chamada “*eutanásia de turista*”.

10. Bélgica

A Bélgica se transformou no segundo país europeu, depois da Holanda, a permitir o procedimento da eutanásia pelos médicos, com uma lei aprovada pelo Parlamento Belga, em 16 de maio de 2002, por 86 votos a 51, que entrou em vigor em 23 de setembro de 2002. A aprovação, que se deu após dois anos de debates, demonstrou uma clara divisão entre o governo, favorável ao projeto, e a oposição.

A eutanásia, no texto da nova lei belga, é definida como “*ato praticado por um terceiro, que põe intencionalmente fim à vida de uma pessoa a pedido desta*”, sendo que este terceiro é o médico, o qual não comete infração penal se cumprir às condições estabelecidas, que são a maioria do paciente, a capacidade e consciência no momento do pedido, e o “*sofrimento físico ou psíquico constante e insuportável que não possa ser acalmado, causado por uma alteração acidental ou patológica incurável*”.

⁷³ CLOWES, Brian. *Os fatos da vida*. Tradução da Associação Nacional Pró-vida e Pró-família, Capítulo V. Disponível em: <www.providafamilia.org/eutanasia>. Acesso em: 20.5.2005.

O pedido do paciente deverá ser voluntário, fruto de reflexão e reiterado, sendo apresentado por escrito.

O médico deverá assegurar que não há outra solução para a enfermidade, senão a eutanásia, deve consultar dois colegas e deixar passar pelo menos um mês desde o pedido do paciente, antes de sua realização. Uma vez efetivado o procedimento, será atestado que o paciente morreu de morte natural.

Após quatro dias, o médico deverá apresentar um documento para registro perante a Comissão Federal de Avaliação da aplicação da lei, composta por 16 membros, que se encarregarão de verificar se a ação foi efetuada de acordo com a previsão legal. Se verificado que não houve atendimento aos ditames legais, por 2/3 dos membros da comissão, o órgão enviará o caso ao procurador do tribunal onde tenha sido feito o registro do falecimento, para que tome as medidas judiciais cabíveis.

Capítulo VII

1. A eutanásia no Brasil e a legislação penal

A morte juridicamente falando é um fato em sentido estrito, porque acontecimento natural alheio à vontade humana.

No âmbito penal, a morte provocada é encarada como ilícito penal, sancionado com pena privativa de liberdade pelo *“ius positum”* penal.

O Código Criminal do Império, de 1830, que embora não fizesse referência expressa à eutanásia, infligia pena ao crime de auxílio ao suicídio, nos termos do seu art. 198, assim redigido: *“Ajudar alguém a suicidar-se, fornecer-lhe meios para esse fim com conhecimento de causa: pena de prisão de dois a seis anos”*.

O Código Penal de 1890, por sua vez, no seu art. 299, além da ajuda, mencionava o induzimento ao suicídio: *“induzir ou ajudar alguém a suicidar-se, ou para esse fim fornecer-lhe meios com conhecimento de causa: pena de prisão celular de dois a quatro anos”*.

Já o Código Penal de 1940, Decreto-Lei nº 2848/40, instituiu o homicídio privilegiado ao fazer inserir no § 1º, do seu art. 121, situado no primeiro Capítulo da parte especial, que *“se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral (...) o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço”*. Assim, a pena disposta no *caput* do artigo 121, que é de reclusão de 6 a 20 anos, pode ser reduzida no homicídio privilegiado de um sexto a um terço.

Portanto, no Brasil não há a expressa figura típica da eutanásia.

Na Exposição de Motivos da Parte Especial de FRANCISCO CAMPOS claramente pode ser observado, no item 39, o que se deve entender por motivo de relevante valor social ou moral: *“o motivo que, em si mesmo, é aprovado pela moral prática, como, por exemplo, a compaixão ante o irremediável sofrimento da vítima (caso do homicídio eutanásico), a indignação contra um traidor da pátria, etc.”*.

E esta disposição ainda vigora, mesmo após a reforma de 1984, determinada pela Lei nº 7209, de 11 de julho de 1984.

Dessa forma, pela nossa lei penal, o motivo de relevante valor social ou moral, que pode ser entendido como o levado pelo médico a praticar a eutanásia, pode ser considerado como causa especial de redução da pena, conquanto constitua delito penal, ou seja, figura típica, antijurídica e culpável.

Embora, o § 1º, do art. 121, do Código Penal vigente, nada esclareça sobre a situação da vítima, há entendimento de que, para a prática da legítima eutanásia, deve padecer de enfermidade terminal incurável, ou se encontrar em situação de invalidez irreversível.

Também, o §1º. do art. 121, do Código Penal, não especifica a amplitude do vocábulo agente, podendo ser, pois, qualquer pessoa que realize o ato. Logo, num primeiro momento não se exige que o agente seja médico, ou pessoa tecnicamente entendida no assunto.

Aliás, não pode ser olvidado o consentimento da vítima e o motivo piedoso do sujeito ativo do homicídio eutanásico, para que se possa albergar o crime na sua

modalidade privilegiada do § 1º. Não se prevê, porém, expressamente, o consentimento escrito, documento conhecido como *“living will”*.

ROXANA CARDOSO BRASILEIRO BORGES, ademais, afasta a expressão consentimento, indicando que a *“solicitação do tratamento”* é mais significativa, independente e adquire maior conteúdo e liberdade que o consentimento informado.⁷⁴

Por conseguinte, se ausente o consentimento da vítima, ou se o motivo for egoístico, ou anti-social, ou mesmo escuso, como a procura de uma herança, será afastada a causa legal de redução de pena.

Outra forma de crime eutanásico ocorre quando um terceiro auxilia o doente para que este lhe propicie a própria morte. Trata-se da modalidade criminosa de auxílio ao suicídio, que também é punida pela nossa legislação, no art. 122, do Código Penal, com pena de reclusão de 2 a 6 anos se o suicídio se consuma; ou reclusão, de 1 a 3 anos, se da tentativa de suicídio resultar lesão corporal de natureza grave. Haverá aumento duplicado da pena se o crime for praticado por motivo egoístico, ou se a vítima for menor ou tiver diminuída, por qualquer causa, sua capacidade de resistência.

No anteprojeto de reforma da parte especial do Código Penal brasileiro, apresentado em 25.3.1998, foram inseridos os §§ 3º e 4º ao art. 121, nesses termos:

“Eutanásia

“§ 3º Se o autor do crime é cônjuge, companheiro, ascendente, descendente, irmão ou pessoa ligada por estreitos laços de afeição à vítima, e agiu por compaixão, a pedido

⁷⁴BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado*. Biodireito. Ciência da vida, os novos desafios. Coordenação de Maria Celeste Cordeiro Leite Santos, São Paulo: Ed. RT, p. 283-346.

desta, imputável e maior de dezoito anos, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável, em razão de doença grave e em estado terminal, devidamente diagnosticados:

“Pena – reclusão, de dois a cinco anos.

“Exclusão de ilicitude

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

A exposição de motivos do anteprojeto de reforma da parte especial do Código Penal de 1940 assim esclarece no tocante à questão que envolve a eutanásia:

*“A eutanásia foi considerada em suas duas formas. A eutanásia ativa conserva a ilicitude; em homenagem à motivação de solidariedade humana, a pena é reduzida. Tem-se, aí, sem dúvida, a figura do homicídio. A eutanásia passiva (ortotanásia) está incluída no rol das hipóteses de exclusão de ilicitude. Há evidente distinção entre elas. Na primeira, o agente inicia a cadeia causal que levará à morte; na segunda, não provocada pelo agente, está em curso e a morte se evidencia, atestada por dois médicos, ‘iminente e inevitável, e desde que haja consentimento do paciente, ou em sua impossibilidade, de cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão’”.*⁷⁵

Portanto, nos dispositivos do projeto acima referido, há uma tendência em manter criminalizada a eutanásia, excetuando a hipótese de o agente deixar de manter a vida de alguém por meio artificial, quando dois médicos atestarem a morte iminente e inevitável do paciente, desde que haja seu consentimento, ou de seus parentes.

⁷⁵ Reforma do Código Penal: parte especial. Disponível em: <www.direitocriminal.com.br>. Acesso em: 21.5.2005.

De questionar qual seria o critério para considerar-se uma morte iminente e inevitável e qual seria o critério da irreversibilidade do estado clínico do paciente, até porque uma determinada doença pode ser incurável no momento do ato, mas curável depois com a descoberta do seu remédio. Assim, também se tem de refletir sobre essa possibilidade, que pode não ser ocasional.

Tramita no Congresso Nacional, ainda, o Projeto de Lei nº 125/96, de autoria do Senador Gilvam Borges, que visa autorizar a prática da morte sem dor para os casos que especifica. Eis os três primeiros artigos de sua redação:

“Art. 1º Esta lei disciplina os casos em que poderá ser autorizada a prática da morte sem dor, e os respectivos procedimentos prévios à sua consecução.

“Art. 2º. Será permitido o desligamento dos aparelhos que mantêm alguns dos sinais vitais do paciente, caso seja constatada a sua morte cerebral, desde que haja manifestação de vontade deste”.

“§ 1º. A manifestação de vontade do paciente deve ser expressa e obedecerá às normas aplicáveis às manifestações de última vontade.

“§ 2º. A constatação da morte cerebral deverá ser firmada por junta médica, formada por, no mínimo, 3 (três) profissionais habilitados, sendo que pelo menos um deles deterá o título de especialista em neurologia ou seu equivalente.

“Art. 3º. Será permitido o desligamento dos aparelhos que mantêm alguns dos sinais vitais do paciente, caso seja constatada a sua morte cerebral, desde que haja prévia e expressa autorização de seus familiares.

“§ 1º. Para efeitos desta lei, consideram-se familiares o cônjuge, os descendentes, os ascendentes e os colaterais, consangüíneos ou não, até o terceiro grau.

“§ 2º. Na ausência de familiares, o juiz poderá, a pedido de médico ou de pessoas que, comprovadamente, mantém laços de afetividade com o paciente, suprir a autorização destes”.

Além disso, no seu art. 7º, o projeto em questão amplia a permissão da morte em caso de sofrimentos psíquicos, o que o distingue do § 3º do art. 121, da proposta de reforma da parte especial do Código Penal, que prevê somente os sofrimentos físicos.

No Estado de São Paulo, o Governador Mário Covas sancionou em 17 de março de 1999, a Lei nº 10.241, que dispõe sobre os direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde no Estado e dá outras providências, onde, pelo seu art 2º dispõe:

“Art. 2º São direitos dos usuários dos serviços de saúde no Estado de São Paulo (...)

“XXIII – recusar tratamentos dolorosos ou extraordinários para tentar prolongar a vida;

“XXIV – optar pelo local de morte”.

Em verdade, a lei estadual evita que o paciente seja submetido à distanásia, retificando a tendência moderna de respeitar a livre manifestação de vontade do paciente incurável em fase terminal, em observância aos princípios da dignidade da pessoa humana, da autonomia da vontade, e da qualidade de vida, com o afastamento da obstinação terapêutica, que prolonga inutilmente o sofrimento do enfermo.

Ademais, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 4718/2004 que permite a possibilidade de se fazer um plebiscito para assuntos como o que envolve este estudo. Esse projeto permitirá à população propor leis que serão apreciadas de forma

prioritária pelo Congresso Nacional, além de permitir a aprovação ou reprovação de atos do Poder Executivo ou Legislativo.

2. Os códigos brasileiros de ética médica e a eutanásia

A ética hipocrática também faz parte da tradição ética médica brasileira. Sua ênfase sempre recaiu sobre a necessária luta do médico pela garantia da máxima prolongação da vida do paciente.

A partir da publicação do Código Brasileiro de Deontologia Médica (Resolução CFM nº 1154, de 13.4.1984), revogado pelo atual Código de Ética Médica de 1988 (Resolução CFM nº 1246, de 8 de janeiro de 1988, DOU 26.1.1988, Seção 1, p. 1574-7), com os problemas enfrentados pelo paciente terminal, como o não prolongamento de sua vida, o alívio da dor e a possibilidade de não ser morto pelo médico, em grande parte proporcionados pelos avanços da tecnociência, a abordagem da questão pela ética médica passou a ter outro enfoque, surgindo a preocupação com o respeito à vida humana e o afastamento do medicocentrismo autoritário.

O art. 6º, do Código de Ética de 1988, refletindo essa preocupação, expressa ser antiético para o médico utilizar *“seus conhecimentos para gerar sofrimento físico ou moral”* ao paciente. Também, o art. 60 do Código de Ética de 1988 proíbe o médico de

“complicar a terapêutica”, dispositivo, aliás, que fazia parte do art. 24 do Código de Ética de 1984.

Além disso, no Código de 1988 ficou expressamente ressalvada a obrigação do médico utilizar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento dispostos ao seu alcance, porém a necessidade de seu uso não é a eficácia do tratamento em si mesmo, senão o benefício do paciente.

Estas disposições permitem o questionamento dos problemas que envolvem a dor e o sofrimento, bem como o adiamento do momento de morrer, numa perspectiva mais humana e tendo em conta o próprio ser.

Outro aspecto importante do Código de Ética de 1988, diz respeito à proibição do médico em *“realizar experiências com novos tratamentos clínicos ou cirúrgicos em paciente com afecção incurável ou terminal sem que haja esperança razoável de utilidade para o mesmo, não lhe impondo sofrimentos adicionais”*.

Evidentemente, não se está abordando, neste tema, a rejeição aos procedimentos tecnológicos no campo da medicina, mas sim, a razoabilidade dos tratamentos em pacientes terminais.

3. O aspecto penal da conduta do médico

São direitos do médico, entre outros, indicar o procedimento adequado ao paciente, observadas as práticas reconhecidamente aceitas e respeitando as normas legais vigentes no país, bem como recusar a realização de atos médicos que, embora

permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência (arts. 21 e 28 do Código de Ética Médica, Resolução CFM nº 1246, de 8 de janeiro de 1988).

Não encontramos previsão no ordenamento jurídico pátrio para a eutanásia. Contudo, tal conduta não pode ser considerada lícita, sendo classificada juridicamente como um homicídio privilegiado, que pode ter a pena reduzida de um sexto a um terço, nos termos do § 1º, do art. 121, do Código Penal.

O médico que se encontre diante de um paciente sem possibilidades terapêuticas, ou seja, sem previsão de cura clínica pelos métodos atualmente aceitos e disponíveis pela medicina, depara-se com um grande paradoxo: de um lado, utilizar todos os meios disponíveis para dar suporte vital ao doente, que, em última análise, nada mais seria do que impingir sofrimento desnecessário e fútil ao doente, e, de outro lado, deixar a doença seguir o seu curso natural.

O profissional da saúde que se pautar por essa segunda hipótese poderá ter sua conduta enquadrada na omissão de socorro (art. 135, do Código Penal), respondendo, então, a equipe médica criminalmente pelos seus atos.

Nos hospitais, não é incomum a prática médica ou a adoção de medidas que visem minimizar o sofrimento do paciente em estado terminal de uma doença incurável, mas sem prolongar inutilmente sua vida, permitindo, assim, uma morte digna, desde que se respeite a sua vontade ou, na impossibilidade, a do seu representante legal. Mas, tal decisão, mesmo que fundada na análise realizada por diversos profissionais de saúde, ou comissão ética médica, não exime o médico de sua responsabilidade criminal.

Diante do dilema anteriormente exposto, há necessidade de criação de uma lei que vise regulamentar especificamente tais procedimentos, salvaguardando, assim, a conduta

do médico. Dentre seus dispositivos, seria necessária a previsão de criação de uma comissão ou de comissões médicas, com competência específica na matéria, para análise dos casos fáticos apresentados. As determinações exaradas pelas comissões deverão constar expressamente do prontuário médico, o qual deverá ser anexado o termo de consentimento informado do doente, ou de seus responsáveis legais.

Dentro desta perspectiva, está em tramitação no Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (CREMESP) uma minuta de resolução visando atender aos direitos do paciente em consentir ou recusar, de forma livre, voluntária e esclarecida, com adequada informação, procedimentos diagnósticos ou terapêuticos a serem nele realizados, ou mesmo recusar tratamentos dolorosos ou extraordinários para tentar prolongar a vida e optar pelo local da morte, sem que isso importe em conduta antiética do médico.

Eis a redação em trâmite no CREMESP:

“Art. 1º - É ético o médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos de prolongamento da vida do doente em fase terminal de uma doença grave e incurável, desde que se respeite a sua vontade ou, na impossibilidade, a do seu representante legal.

“Parágrafo primeiro: A decisão mencionada no caput deste artigo deve ser precedida do esclarecimento adequado da condição de saúde do doente e das possibilidades e conseqüências da continuidade ou suspensão dos procedimentos e tratamentos de prolongamento da vida.

“Parágrafo segundo: O doente deve continuar recebendo todos os cuidados necessários para aliviar seu sofrimento, garantindo-lhe assistência que vise conforto físico, psíquico, social e espiritual.

“Parágrafo terceiro: A decisão mencionada no caput deste artigo deve ser registrada no prontuário médico do doente.

“(Obs. Os parágrafos se referem a duas formas de redação do art. 1º).

“Art. 2º - É lícito o médico suspender todos os procedimentos que vinham mantendo o funcionamento dos órgãos vitais quando houver sido diagnosticada a morte encefálica em não doador de órgãos, tecidos e/ou partes do corpo humano para fins de transplante, nos termos do disposto na Resolução CFM nº 1.480/97.

“Parágrafo único: A decisão mencionada no caput deste artigo deve ser precedida de comunicação e esclarecimento sobre a morte encefálica ao correspondente representante legal.

“Art. 3º - Os casos omissos serão resolvidos pelo Plenário do CREMESP.

“Art. 4º - Esta resolução entrará em vigor na data da sua publicação, revogando-se as disposições em contrário”.⁷⁶

É princípio geral de direito que uma resolução de órgão de classe não pode revogar a lei penal, lei ordinária federal. Contudo, indica que a classe médica, notadamente, a de São Paulo, tem se orientado no sentido de julgar ético o comportamento eutanásico, nos casos de pacientes em fase terminal, portadores de uma doença grave e incurável, perante a manifestação livre e consciente de sua vontade, ou na sua impossibilidade, do seu representante legal, de ter uma morte digna, sem a provocação de sofrimentos físicos ou psicológicos, pelo prolongamento inútil da condição a que se encontra exposto.

⁷⁶ Minuta de Resolução do CREMESP. Disponível em: <www.cremesp.com.br> Acesso em: 15.8.2005.

4. Problemática da descriminalização da eutanásia e o garantismo

A teoria do garantismo, lançada por LUIGI FERRAJOLI, na sua função de ressaltar a importância dos direitos fundamentais do homem, notadamente a proteção à vida humana, liberdade e à dignidade da pessoa humana, quando em contraste com a função de limitar o exercício absoluto do poder punitivo do Estado, provoca uma reflexão ética-jurídica também sobre a existência da dignidade da pessoa humana, mas relacionada ao processo de morrer e ao princípio da autonomia da vontade.

Ora, se o direito à vida humana é chamado à tutela estatal no garantismo como direito fundamental do cidadão, deve buscar meios para ser conciliado diante da questão que envolve a eutanásia, que, ademais, invoca um outro direito, o de morrer dignamente. Também, merece reflexão se o Estado pode intervir contra ou a favor do direito de morrer, ou deve ser neutro.

A vida é um bem indisponível e inerente à pessoa humana, conforme enfatiza o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos: *“o direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida”* (art. 6º). Na mesma esteira a Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) dedica o art. 4º para dizer que *“toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em*

geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente".⁷⁷

Contudo, para os que defendem a eutanásia, a dignidade da pessoa humana exige uma certa *qualidade de vida* que quando não mais está presente torna a vida humana um bem disponível.

Mas, a dignidade da pessoa humana não depende principalmente da qualidade de vida, até porque, muitas vezes, vem esta última acompanhada de bens materiais que lhe acrescentariam alguma futilidade.

Em verdade, a dignidade está nos atributos intelectivos, de relação, de autocompreensão, de determinação, respeito, paixão, vontade, próprios do ser humano e que nos fazem diferente dos outros seres vivos.

Já dizia CÍCERO "*que a natureza nos deu dupla personalidade: uma, comum a todos nós, porção de razão e dignidade que nos eleva acima dos animais, princípio de todos os nossos deveres, e de onde derivam o que se chama dignidade e decência: a outra, própria de cada um de nós*".⁷⁸

Portanto, a dignidade da vida humana é um atributo universal da espécie *homo sapiens*, que foi elevada, pela dogmática constitucional moderna à categoria de direito fundamental.

Como todos os direitos fundamentais, a vida representa uma verdadeira força impeditiva do avanço do Poder Legislativo do Estado, limitação substancial ao poder de legislar. O Direito existe para a própria tutela dos direitos fundamentais. Nenhuma lei terá validade num ordenamento jurídico garantista, se vier a infringir quaisquer desses direitos.

⁷⁷PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 5ª. Edição, 2002, p. 350 e 428.

No campo penal, especificamente, o garantismo prega a existência de um direito penal mínimo entendido no sentido da máxima redução quantitativa da intervenção penal e da mais ampla exclusão de outros métodos de intervenção coercitiva e punitiva, visando afastar, por outro lado, a aplicação de penas excessivas e despóticas. Portanto, zela pela mínima intervenção estatal na penalização das condutas, buscando aplicar, em toda a sua extensão, o princípio da “*ultima ratio*” em matéria penal. O Estado é, pois, chamado a intervir para proteger somente os bens jurídicos mais relevantes da sociedade, dentre eles o da vida humana.

Para MARCO ANTONIO MARQUES DA SILVA “*A dignidade da pessoa humana, com seu conteúdo de liberdade e igualdade, e, em especial, com o princípio da legalidade, constitui a base de um sistema de direito penal*”.⁷⁹

Nesse aspecto, a discussão que gira em torno da eutanásia envolve o Estado em todas as suas funções, que não pode, pois, se colocar numa posição de neutralidade quanto ao problema. Numa democracia social formada no Estado de Direito cabe a missão de decidir o que não é lícito e o que é lícito deixar de decidir.⁸⁰ Aliás, a função da pena, na visão garantista, não é somente a de prevenir os delitos injustos, mas também os castigos injustos.⁸¹

Ora, o direito penal é um instrumento de tutela dos direitos fundamentais na perspectiva garantista. E, em seu bojo, os princípios da necessidade, ou da economia, e da lesividade servem de limitadores às proibições penais, ou seja, à intervenção estatal, funcionando como técnica de controle social.

⁷⁸ CÍCERO, Ob. cit. p. 63.

⁷⁹ MARQUES DA SILVA, Marco Antonio. *Acesso à justiça penal e estado democrático de direito*, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001, p.143-144.

⁸⁰ FERRAJOLI, Luigi. Ob. cit. p. 865.

O princípio da lesividade é fundamento do direito de punir, pois traz ínsita a idéia da natureza lesiva do resultado como justificativa da aplicação da pena. E, aqui, surgem algumas indagações que merecem reflexão quanto à eutanásia, notadamente se este comportamento atende aos critérios de lesividade, ou não, quando se deve considerar o respeito à dignidade de morrer.

A justificação da penalização dessa conduta deve ser sopesada pelo princípio da lesividade propugnado por LUIGI FERRAJOLI.

O exame da lesividade do ato, ante o reconhecimento da existência de um direito de morrer e sua possível ascensão a direito fundamental da pessoa, é importante no estudo do tema a justificar a tutela penal da vida.

A culpabilidade do agente, do médico, na visão garantista, merece ainda ser destacada.

No exame dos elementos que compõem a culpabilidade garantista, evidentemente, têm que ser destacadas na realização da eutanásia a personalidade da ação, pois que o ato é praticado por um médico, portanto, não é por qualquer pessoa, além da intencionalidade ou culpabilidade em sentido estrito do agente na prática do ato, que aqui é conduzida por motivos humanitários.

Os fundamentos externos da garantia da culpabilidade, como a reprovabilidade da ação, a função utilitarista de prevenção geral, também, têm relação com o tema, pois se deve verificar a reprovação social da conduta no exame da despenalização da eutanásia.

⁸¹ FERRAJOLI, Luigi. Ob.cit., p. 332.

E o consentimento da vítima, notadamente expressado por meio dos escritos e testamentos permitindo a realização do procedimento, poderia se caracterizar como exclusão da ilicitude ou, em outro sentido, da culpabilidade.

Evidentemente, os critérios de valoração da conduta para considerá-la juridicamente reprovável, ou não, e os fundamentos da legitimação da punição devem ser buscados no próprio meio social.

Pelo que se observa da maioria das legislações dos países em todo o mundo, a questão ainda não é suficientemente enfrentada, sendo que, atualmente, somente a Holanda e a Bélgica despenalizaram a conduta, desde que atendidos certos requisitos legais.

A matéria é complexa, temos de admitir. E o liame entre suicídio assistido e eutanásia é muito estreito, visto que a diferença se situa em quem realiza o ato, o que dificulta ainda mais sua compreensão e extensão.

Além disso, o surgimento de novas doenças, como a AIDS, somado aos progressos técnico-científicos da medicina moderna, influenciou negativamente a opinião pública quanto ao modo de enfrentamento da doença e da morte.

É que os nossos avós encaravam a morte muito mais como um fato natural, do que as pessoas a encaram atualmente. A idéia de que a medicina evoluiu com meios mais eficientes para suavizar e mesmo afastar os sofrimentos humanos colocou a questão da morte num outro universo, mais distante da realidade. Antes, morria-se em casa, no leito, na presença da família, era a morte domada. Hoje, 80% das vezes a morte ocorre nos hospitais, de forma escondida, é a chamada morte invertida.

Acrescentando-se aos dizeres de LUIGI FERRAJOLI, o catálogo de bens fundamentais se ampliou para envolver o meio ambiente, a saúde etc., em particular, neste trabalho, acrescenta-se a situação do prolongamento da vida humana artificialmente pelo meio científico e a modificação do conceito da morte, o que também não pode deixar de mencionar como contribuição para o aumento do número de ameaças às condições naturais de vida.⁸²

Aliás, atualmente, existem os “*hospices*”, movimento surgido em 1967, com a fundação do St. Christopher’s Hospice, em Londres, locais em que o processo de morrer é encarado de maneira natural, com controle da dor e dos sintomas, objetivando melhor qualidade de vida, mas não de prolongamento da vida.

Dizem aqueles que são contra a legalização da eutanásia que sua incidência desviaria os esforços e os avanços que se tem logrado obter no manejo da dor.

De se considerar que, no contexto clínico, dor e sofrimento são sensações diferentes.

A dor tem duas características importantes. A primeira representa um fenômeno que se exterioriza, de um lado, pela percepção da sensação e, de outro, pela resposta emocional do paciente a essa percepção. A segunda característica é que a dor pode ser aguda, portanto passageira, ou crônica, isto é, intensa, persistente. A dor aguda tem um momento de início, com sinais físicos e atividade exagerada do sistema nervoso. Já, a dor crônica se estende além de um período de seis meses, com a adaptação do sistema nervoso e reflexos psicológicos e sociais.

⁸² FERRAJOLI, Luigi. Ob. cit. p. 866.

Há um momento em que a intolerância à dor, na doença crônica, pode levar ao sofrimento. Este último, por sua vez, é definido como a experiência de impotência com relação à dor não aliviada, situação que pode levar a uma interpretação da vida como sem sentido. Logo, o sofrimento é algo muito mais amplo do que a dor, porque envolve ainda a questão da qualidade de vida diminuída.

Mas, o sofrimento é um sentimento ligado aos valores da pessoa considerada em sua individualidade. Portanto, não é igual para todos os seres humanos, principalmente no trato com pacientes terminais. A resposta pode ser diferente de indivíduo para indivíduo.

Além disso, a dor e o sofrimento no processo de morrer têm outras conotações além do aspecto simplesmente físico, como a cultural, subjetiva, social, psíquica, espiritual e ética, que, pela sua importância, não podem deixar de ser consideradas na questão da dignidade de morrer.

A Organização Mundial de Saúde – OMS já se insurgiu contra a negligência da dor, pressionando os Estados-Membros a *“organizar um ensino sistemático dos tratamentos da dor, a velar para que suas legislações controlando o uso dos opiáceos não impeçam os doentes que sofrem de beneficiar-se deles quando precisam ... e a favorecer a divulgação na mídia da informação necessária a fim de que as famílias tomem consciência do fato de que a dor não é inevitável e que ela é quase sempre controlável”*.⁸³

⁸³ MEYER, Philippe. Ob.cit. p. 122-123.

Ora, uma sedação da dor de forma desproporcionada pode causar a interrupção da alimentação e da hidratação do paciente, que morreria de fome ou de sede em estado de inconsciência. Neste caso, a eutanásia recebe o nome de “criptoeutanasia”.⁸⁴

Aliás, PHILLIPPE MEYER ressalta a existência de uma nova responsabilidade médica, a de conhecer as regras da eutanásia medicamentosa.⁸⁵

Também, muitos pacientes em estado de inconsciência não estão necessariamente à beira da morte. E a experiência ensina que a família, muitas vezes suporta tão mal o sofrimento do doente que é tentada a desejar sua morte rápida enquanto que este pode não entender assim. São outros pontos que devem ser sopesados no exame da eutanásia.

Além disso, existem casos de pessoas que, mesmo após ficarem anos em estado de coma, sem resposta alguma aos estímulos externos, apresentam reversão da gravidade do estado clínico e, em raras hipóteses, a cura total da enfermidade.

De acrescentar-se, ainda, como fundamento do invocado direito de morrer, o princípio da autonomia da vontade da pessoa.

A autonomia individual do ser humano pensante, que é livre por sua natureza, é a base da dignidade pessoal. A liberdade faz parte da natureza humana, que adere ao *contrato social*, mas sem renunciar à própria liberdade, pois seria o mesmo que renunciar à sua qualidade de homem, como dizia ROUSSEAU, designação hoje entendida como *pacto constitucional* na visão do garantismo.

⁸⁴ YUNTA, Eduardo Rodríguez. *La euthanasia y sus argumentos. Reflexión crítica*. PONTIFICIA UNIVERSIDADE CATOLICA DE CHILE – FACULTAD DE MEDICINA. Artigo. Revista de Estudios Médico Humanísticos ARS Médica nº 2. Disponível em: www.escuela.med.puc.cl/publ/ArsMedica Acesso em: 3.5.2005.

⁸⁵ MEYER, Philippe. Ob. cit. p. 122.

A dignidade do ser humano, portanto, decorre da responsabilidade de um ser livre por sua própria natureza que tem consciência do que quer, experimentando a obrigatoriedade de agir desta ou daquela maneira.

Aliás, o conceito fundamental da moral Kantiana é a autonomia do sujeito que produz, mediante sua razão prática, a norma que vai nortear sua ação. Para KANT a liberdade é condição da lei moral.⁸⁶

Segundo o grupo de trabalho sobre bioética denominado “*American Thoracic Society*”, o respeito à autonomia do paciente é o fundamento primário para a retirada ou manutenção de um tratamento que mantém sua vida artificialmente. Assim, o paciente competente tem o direito de recusar qualquer medida neste sentido, entre elas a ressuscitação cardiopulmonar.⁸⁷

Ademais, para LUIGI FERRAJOLI, a autonomia da vontade se faz presente no garantismo, pois “*nem sequer por contrato um homem pode ser obrigado a privar-se da vida ou das liberdades fundamentais, reconhecidas a cada cidadão como direitos personalíssimos*”.⁸⁸

THOMAS HOBBS já havia afirmado, no Século XVII, que “*tudo o que for feito a um homem de conformidade com sua própria vontade, manifestada ao autor da ação, não é injúria cometida contra ele. Porque se quem pratica a ação não tiver anteriormente abandonado seu direito original de fazer o que lhe aprouver, mediante um pacto antecedente, não há quebra de pacto, portanto não há injúria. Se o tiver, a manifestação,*

⁸⁶ KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Tradução de Rodolfo Schaefer, São Paulo: Editora Martin Claret, 2004, p. 12.

⁸⁷ LIFSHITZ, Alberto. *Morir con dignidad*. México. Revista Médica del Instituto Mexicano del Seguro social, vol. 33, nº 1, 1995, p.12.

pele outro, da vontade de que o faça libera-o desse pacto, e portanto não há injúria feita ao outro”.⁸⁹

Portanto, o consentimento do paciente, ou da família é outra questão que deve ser analisada caso a caso.

Em tal aspecto, afirma LUIZ FLÁVIO GOMES, invocando o princípio da autonomia da vontade, que o ser humano é dono de sua própria morte.⁹⁰

Contudo, a legalização do procedimento, ainda que venha acompanhada de medidas legais de controle, pode levar a que se cometa exageros ou mesmo desapego às finalidades do instituto.

Verificou-se que, na Holanda, onde há legislação permitindo a eutanásia, houve deturpação do uso do procedimento, para permiti-lo naqueles casos em que o prognóstico não é tão ruim, ou mesmo para os casos de reumatismo, diabete crônica, esclerose múltipla, AIDS ou bronquite, em pacientes mais idosos ou, ainda, em vítimas de acidentes.

Demais disso, os cidadãos holandeses foram obrigados a se “*armar*” contra o Estado, que se tornou um verdadeiro homicida ao permitir a prática da eutanásia sem o atendimento aos requisitos legais, requisitos esses que foram fruto da prática tolerada e reiterada no meio social.

⁸⁸ FERRAJOLI, Luigi. Ob. cit. p. 861: “*ni siquiera por contrato un hombre puede ser obligado a privarse de la vida o de las libertades fundamentales, reconocidas a cada ciudadano como derechos ‘personalísimos’*”.

⁸⁹ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução Alex Marins, São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 115.

⁹⁰ GOMES, Luiz Flávio. *Eutanásia: dona da vida, o ser humano é também dono da sua própria morte* (1), Revista Jurídica, terça-feira 15 de março de 2005. Disponível em: <www.ultimainstancia.com.br> Acesso em: 15.3.2005.

Assim, para se defenderem foram as pessoas obrigadas a portar documentos ou testamentos, ou cartões de “*não-me-mate*”, a fim de impedir que venham a ser vítimas da eutanásia, sem seu expresso consentimento.

Também, as pessoas maiores de 60 anos que necessitem de internação em um hospital holandês, são insistentemente sugestionadas pelos médicos e enfermeiras a deixar que se pratique a eutanásia, mesmo que não haja solicitação expressa nesse sentido, e ainda que a doença não seja tão grave a ponto de comprometer sua existência, ou de causar sofrimento.

Além disso, os médicos e outros profissionais cometem eutanásia involuntária nos asilos, ainda que não se trate de doentes terminais.

Já dizia CÍCERO: “*Quem faz um favor a outro, prejudicando-o, não deve ser visto como homem magnânimo e benfeitor, mas complacente, danoso*”.⁹¹

Ora, isso significa uma verdadeira eugenia com relação aos idosos, a ponto das pessoas idosas se sentirem ameaçadas caso venham a se encontrar com profissionais da área de saúde, em qualquer situação. Nos asilos, as pessoas idosas preferem beber água das torneiras em vez de ingerir líquidos do estabelecimento, porque acreditam que o seu suco de laranja ou leite pode conter um veneno mortal.

De outra parte, há relato de caso de eutanásia em adolescente portador de câncer, ainda que não estivesse o doente em fase terminal.

Evidentemente, está ocorrendo nítida inversão de valores sociais e morais na Holanda, desde a legalização da eutanásia, o que não pode deixar de ser observado neste trabalho.

⁹¹ CÍCERO, Ob. cit. p. 44.

Também, quem não se lembra do médico Jack Kevorkian, de Detroit, nos EUA, que a imprensa apelidou de “*Dr. Morte*”. Este médico construiu várias máquinas para o suicídio medicamente assistido. O Dr. Kevorkian instalou uma das máquinas na parte detrás de sua perua e, para usá-la, os pacientes deveriam apertar um botão para que se injetasse veneno por meio de uma agulha que o próprio médico introduzia na veia de quem desejasse morrer. Ora, ainda que possa parecer jurídica e moralmente reprovável o comportamento do médico, o Estado de Michigan foi obrigado a proibir o suicídio assistido por meio de uma lei, no ano de 1992, para evitar que o médico voltasse a utilizar o maquinário denominado de “*mercitron*” (“*merciful*”), pois era procurado freqüentemente. E ainda depois de aprovada a lei, mas antes do limite de prazo, já que entrou em vigor em março de 1993, uma senhora de 53 anos que sofria de câncer ósseo, usou a máquina de Kevorkian.⁹² Em um estudo realizado entre os anos de 1990 e 1997, entre os pacientes que morreram pelas mãos de Kevorkian, 68% eram mulheres; 31% estavam em estágio terminal; 74% tinham dor sendo que destes, apenas 42,6% tinham uma explicação orgânica para seu quadro clínico; 36% tinham depressão; 66% possuíam deficiências e 90% eram totalmente dependentes de outras pessoas, o que provocava sensações de incômodo e desvalor.

O que mais chama a atenção para este procedimento é que o médico, ao tentar ajudar os pacientes a ter uma morte digna, pode estar sentindo prazer com o ato, ou um sentimento de poder na questão da vida e da morte, o que também demanda reflexão.

Outra questão que também deve ser sopesada é no tocante ao tráfico de órgãos humanos, tema que não pode deixar de ser mencionado neste estudo, ante o risco de que

⁹² DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida, aborto, eutanásia e liberdades individuais*, Tradução de Jefferson Luiz Camargo, São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 262.

a legalização da eutanásia, em última análise, possa tornar qualquer pessoa enferma alvo de especulação. Nesse sentido, LUIZ FLÁVIO BORGES D'URSO se posiciona contra o procedimento da eutanásia.⁹³

⁹³ D'URSO, Luiz Flávio Borges. *A eutanásia no Brasil*. Disponível em: <www.ambitojuridico.com.br>. Acesso em: 20.5.2005.

Capítulo VIII

Conclusão

O debate em torno da eutanásia alcançou projeção constitucional, por envolver os deveres do Estado e os direitos dos cidadãos no mais alto nível do ordenamento jurídico.

O Estado, definido a partir dos anos 60 como “*Welfare State*”, passou a ser o principal responsável por zelar pela saúde dos indivíduos, um de seus deveres fundamentais. De outro lado, os cidadãos avocaram para si todos os direitos, perseguindo o acúmulo de riquezas e a conservação do próprio bem-estar e felicidade. A vida, a saúde e a dignidade da pessoa humana foram erigidas a direitos fundamentais.

O progresso tecnocientífico da medicina moderna, que, por sua vez, prolongou a expectativa da vida humana e afastou os casos de mortalidade para inúmeras doenças, acabou despertando, no Estado de Direito, a necessidade de firmar novos posicionamentos legislativos para a questão da eutanásia.

Do mesmo modo que se diz que o homem tem direito de viver com dignidade, surge, então, a problemática em torno do reconhecimento da existência de um direito à morte digna.

Na vertente penal garantista, que tem por fundamento primordial a tutela dos direitos fundamentais do homem e a limitação do poder punitivo estatal contra o arbítrio e a ilegalidade, a dignidade do processo de morrer assume foros de um novo direito do cidadão, agora elevado à categoria de direito fundamental.

A tutela da vida pelo Estado, projeta, de outro lado, o afastamento do direito de morrer. Mas, não se deve confundir o direito de morrer com o direito de morrer dignamente, porque este decorre da própria dignidade da pessoa, da liberdade, da autonomia, da consciência, do desejo de se ter uma morte humana. Não se pode esquecer que a morte é um processo natural que faz parte da vida.

A autonomia da vontade adquire feição especial quando envolve a pretensão do indivíduo de por fim à sua vida, se portador de doença incurável, ou que se encontre em estado degenerativo de saúde, que lhe inflige sofrimento físico ou emocional desumano e desnecessário, a ponto de ser fútil o tratamento médico ministrado, com o prolongamento inócuo e indigno do processo de morrer.

Em nossa legislação penal, o homicídio, assim considerado privilegiado por motivo de relevante valor moral, já é apenado com mitigação (art. 121, § 1º).

Num enfoque que tem por fundamento a dignidade da pessoa humana nos seus últimos momentos de vida e o afastamento da chamada obstinação terapêutica, a qual normalmente aliada à tecnociência, o indivíduo passa a ser considerado em si mesmo, como pessoa humana que é, sujeito de direitos, e não como um mero objeto de observação e experimento da ciência médica.

A questão da moderna eutanásia traz, assim, a necessidade de se repensar o sentido da vida e da morte, da dor e do sofrimento, da qualidade de vida e da futilidade do tratamento e de seu prolongamento inócuo, da proporcionalidade terapêutica e da moralidade, na busca de uma nova ética, voltada, agora, aos princípios constitucionais de natureza garantista.

Num Estado Democrático de Direito a norma penal deve ser a “*ultima ratio*” e deve se afastar dos dogmas religiosos ou puramente morais.

No direito penal mínimo propugnado pelo garantismo que dá sustentação e fornece instrumentos de previsão e penalização de condutas dentro do Estado Democrático de Direito, as noções de necessidade, reprovação social de conduta e lesividade justificativas da proibição penal e da aplicação das penas, bem como da culpabilidade do agente, devem ser consideradas especialmente na eutanásia, por envolver a dignidade do processo de morrer e o apelo humanitário da conduta.

A personalidade da ação, neste procedimento, também deve ser sopesada, pois não é um comportamento executado por qualquer pessoa, fato que também influencia no exame da culpabilidade, tanto quanto o consentimento informado da vítima ou da família.

Aliás, em nossa legislação penal não há previsão expressa quanto à figura típica do crime de eutanásia. Tampouco, há previsão de se tratar de crime próprio, admitindo, pois, o homicídio privilegiado a conduta de qualquer agente, por exemplo, um familiar que venha a atender o pedido reiterado de um enfermo.

O princípio “*nulla actio sine culpa*”, ou “*nullum crimen sine culpa*”, adquire especial atenção na valoração do comportamento humano. E muito mais na hipótese do procedimento eutanásico, que é realizado por um médico em certas condições excepcionais.

O princípio “*nullum crimen sine culpa*”, elemento psicológico e volitivo do delito, quando aplicado à eutanásia, deve levar à mitigação do castigo, como no caso de nossa legislação, e mesmo ao próprio afastamento da proibição da conduta, pois que dele retira

o elemento intencional de maleficência. O ato é movido por compaixão humana e pela dignidade do doente.

O consentimento informado do enfermo, por sua vez, projeta como dificuldade a possibilidade do paciente mudar de idéia quanto à não continuidade do tratamento médico a que submetido, o que também deve ser verificado. Deve-se considerar, ademais, que o silêncio não pode ser interpretado como manifestação de vontade. Daí a necessidade de que a solicitação seja atendida depois de reiteradas súplicas e ponderação consciente do enfermo.

O paciente, assim, que antes era reduzido a uma posição de objeto no tratamento, alienado do processo de cura, passa a ter participação na decisão de se submeter às exigências médicas, ou não.

Ao lado do consentimento informado, o testamento vital, ou testamento biológico (*“living will”, “testament de vie”*) assume igual importância quando a pessoa que o escreveu se encontrar incapaz de manifestar sua vontade por ocasião da doença incurável a que acometida.

Também, a manifestação da família, em caso de inexistir um documento escrito manifestando a vontade do doente, deve ser objeto de discussão em torno da possibilidade de se realizar o procedimento eutanásico com permissão dessa via.

O princípio da não-futilidade exige o respeito pela dignidade da pessoa humana, pela vida. E o respeito pela vida humana digna exige o reconhecimento de que tratamentos inúteis ou fúteis, que apenas prolonguem uma situação de vida biológica, mas não efetiva, devem ser afastados. Deixar alguém morrer é humano, pois é da natureza humana ser mortal. A medicina paliativa, também conhecida como distanásia,

que é o prolongamento o quanto possível da vida do enfermo, que já está desenganado, sem esperanças de recuperação, deve ser revista, pois apenas procura atrasar o processo de morrer, sem levar em conta, muitas vezes, a dignidade da própria pessoa.

Emerge ainda a responsabilidade do médico. Nas duas vertentes médicas da eutanásia, ou seja, na abstenção de intervir e na intervenção provocada, o ato não pode ser fruto de reflexão única do médico que assiste ao paciente, sendo necessária a opinião de uma junta médica, ou comissão médica especializada.

A legalização do procedimento, de qualquer forma, como já ocorrido na Holanda e Bélgica, deve vir sempre cercada de efetivas medidas legais de controle Estatal, para evitar que se cometam exageros ou, mesmo, possíveis desvirtuamentos das finalidades do instituto, sob pena de adquirir o perigoso enfoque eugênico, o qual já tivemos a infelicidade de presenciar no século passado, durante o regime nazista.

Propugna-se, destarte, a formação de um direito penal racional, umbilicalmente ligado ao garantismo, assim considerado porque deve ter como limites, proibições e condicionamentos os próprios direitos fundamentais, para servir de instrumento à tutela desses mesmos direitos contra o arbítrio estatal.

Referências Bibliográficas:

- ALMEIDA JR. A, E COSTA JR., J.B.DE O. *Lições de medicina legal*, 19ª edição, São Paulo: Editora Nacional, 1987.
- ANDRADE FILHO, Francisco Antônio de. *Eutanásia e distanásia: duas questões de bioética e cidadania*. Artigo. O Recado da Pesquisa. Disponível em: <www.orecado.cjb.net>. Acesso em: 27.5.2005.
- ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- _____. *Ética a Nicomaco*. São Paulo: Editor Victor Civita, Coleção Os Pensadores. Abril Cultural. 1979.
- _____. *Retórica*. Cit. I, 13, 1373b, p. 66.
- BACON, Francis. *Os pensadores*. São Paulo: Nova Cultural. Bibliografia disponível em: <www.loghp.hpg.ig.com.br/filobac.htm> Acesso em 28.7.2005.
- BATISTA, Rodrigo Siqueira; Schramm, Fermin Roland. *Eutanásia pelas veredas da morte e da autonomia*. Artigo. Rio de Janeiro. Revista Ciência Saúde Coletiva, v. 9, nº 1, 2004, p. 31-41.
- BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. Tradução de Luiz João Baraúna, 2ª edição, São Paulo: Abril Cultural, Coleção Os Pensadores, 1979.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONESANA, Cesare (Marquês de Beccaria). *Dos delitos e das penas*, Tradução de Torrieri Guimarães, São Paulo: Hemus editora, 1983.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado*. Biodireito. Ciência da vida, os novos desafios. Coordenação de Maria Celeste Cordeiro Leite Santos, São Paulo: Ed. RT, p. 283-346.
- CATHOLIC INFORMATION NETWORK (CIN). *Declaration on Euthanasia*. Prepared by the Sacred Congregation for the Doctrine of the Faith. Disponível em <www.cin.org/vatcong/euthanas.html> Acesso em 20.5.2005.

- CARRARA, Francesco. *Programa do Curso de Direito Criminal. Parte Geral*. Tradução de José Luiz V. de A. Franceschini e J.R.Prestes Barra, São Paulo: Edição Saraiva, Vol. 1, § 103, p. 102, 1956.
- CÍCERO. *Dos deveres. (De Officiis)*, Tradução Alex Marins, São Paulo: Martin Claret, 2002.
- CLOWES, Brian. *Os fatos da vida*. Tradução da Associação Nacional Pró-vida e Pró-família, Capítulo V. Disponível em: <www.providafamilia.org/eutanasia>. Acesso em: 20.5.2005.
- DAMÁSIO, Celuy Roberto Hundzinski. *Rediscutindo a eutanásia*. Revista Espaço Acadêmico, nº 30, novembro 2003. Disponível em: <www.espacoacademico.com.br>. Acesso em: 27.5.2005.
- DESCARTES, René. *Discurso sobre o método*. São Paulo: Hemus. 1978.
- DINIZ, Débora. *Pró-escolha ou antívida? Um estudo sobre a eutanásia e o suicídio assistido*. Artigo. Londrina. Revista Saúde Debate, nº 51, junho de 1996, p. 16-21.
- DILGUERIAN, Mirian Gonçalves. *A bioética e o transplante de órgãos*. São Paulo. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, Centro de Estudos, nº 59/60, Janeiro/Dezembro de 2004, p. 295-326.
- DOMENECH, Ernesto. Bertomeu, Maria Julia. *Comentario acerca de los proyectos de ley sobre 'muerte digna', 'derechos de los pacientes terminales' y 'prolongación artificial de la vida'*, Artigo. Argentina. Perspectivas Bioeticas en Las Americas, nº 4, 1997.
- D'URSO, Luíz Flávio Borges. *A eutanásia no Brasil*. Artigo. Disponível em: <www.ambitojuridico.com.br>. Acesso em: 20.5.2005.
- _____. *Responsabilidade do médico diante da eutanásia*. Artigo. São Paulo. Revista IMESC nº 1, dezembro de 1998. Disponível em: <www.imesc.sp.gov.br/rev1q>. Acesso em: 20.5.2005.
- DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida, aborto, eutanásia e liberdades individuais*, Tradução de Jefferson Luiz Camargo, São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- FERRI, Enrique. *Homicidio-suicidio*. Traduzido por Concha Peña, primera edition, Madrid: Editorial Réus S.A., 1934.
- FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e Ragione. Teoria Del garantismo penale*. Tradução para o espanhol Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocio Cantarero Bandrés, título em espanhol *Derecho y razón. Teoria del garantismo penal*, 1ª. Edição, Madrid: Editorial Trotta, 1995.

- _____. *El garantismo y la filosofía del derecho*. UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLÔMBIA. Serie de Teoría Jurídica Y Filosofía del Derecho, Primera edición, Colômbia, Nº 15, julio de 2000.
- FLETCHER, Joseph. *Morals and medicine. The moral problems of the patients right to know*, Princeton University, 1979.
- FRANÇA, Genival Veloso de. *Eutanásia: um enfoque ético-político*. Artigo. Disponível em: <www.portalmedico.org.br/revista/bio1v7/eutenfoque.htm>. Acesso em 14.8.2005.
- FRANCISCONI, Carlos Fernando; Goldim, José Roberto. *Tipos de eutanásia*. Artigo. Disponível em: <www.bioetica.ufrgs.br/eutantip>. Acesso em: 12.4.2005.
- FUSTINONI, Osvaldo. *La muerte con dignidad*. Artigo. Buenos Aires. Boletín Académico Nacional Médico, 1996.
- GOLDIM, José Roberto. *Breve histórico da eutanásia*. Artigo. Disponível em: <www.bioetica.ufrgs.br>. Acesso em: 17.5.2005.
- _____. *Eutanásia – Colômbia*. Disponível em: <www.bioetica.ufrgs.br/eutacol.htm>. Acesso em: 21.5.2005.
- _____. *Caso Vincent Humbert – Eutanásia ativa voluntária*. Artigo. Disponível em: <www.bioetica.ufrgs.br/humbert>. Acesso em : 21.5.2005.
- GOMES, Luiz Flávio. *Eutanásia: dona da vida, o ser humano é também dono da sua própria morte (1)*, Revista Jurídica, terça-feira 15 de março de 2005, Disponível em: <www.ultimainstancia.com.br>. Acesso em: 22.3.2005.
- _____. *Eutanásia: dona da vida, o ser humano é também dono da sua própria morte (2)*, Revista Jurídica, terça-feira 22 de março de 2005, Disponível em: <www.ultimainstancia.com.br>. Acesso em: 22.3.2005.
- _____. *Eutanásia: dona da vida, o ser humano é também dono da sua própria morte (3)*, Revista Jurídica, terça-feira 12 de abril de 2005, Disponível em: <www.ultimainstancia.com.br>. Acesso em: 12.4.2005.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma de um estado eclesiástico e civil*. Tradução Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- JAKOBS, Günther. *Suicídio, eutanásia e direito penal*. Coleção Estudos de Direito Penal, Barueri: Manole, vol. 10, 2003.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Códigos penales iberoamericanos. Estudio de legislación comparada*. Caracas: Editorial Andrés Bello, Volumes 1 e 2, 1946.

- _____. *Liberdade de amar e direito a morrer – Tomo II eutanásia e endocrinologia*. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, Coleção Mandamentos Ciências Criminais nº 10, 2003.
- JONAS, H. *Das prinzip verantwortung. Versuch einer ethik für die technologische zivilisation*. Frankfurt A.M: Insel Verlag, 1979.
- JORNAL NOTÍCIAS IG. Agência Estado, 18.5.2005. Disponível em: <www.ultimosegundo.ig.com.br/materias/mundo>. Acesso em: 25.5.2005.
- JO SÉNAT. *Position du gouvernement à l'égard de l'euthasie*, publiée du 21.6.2001, page 2065. França. Disponível em: <www.senat.fr> Acesso em: 20.5.2005.
- KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. Tradução de Rodolfo Schaefer, São Paulo: Editora Martin Claret, 2004.
- KOVÁCS, Maria Julia. *Bioética nas questões da vida e da morte*, Artigo. São Paulo. Revista Psicologia USP, vol. 14, nº 2, 2003.
- LACERDA, Bruno Amaro. *O pensamento de Aristóteles e as reflexões jusfilosóficas atuais*. Artigo. Disponível em: <www.apriori.com.br/artigos/aristoteles>. Acesso em: 27.5.2005
- LEPARGNEUR, Hubert. *A dignidade humana, fundamento da bioética e seu impacto sobre a eutanásia*. Artigo. São Paulo. Revista O Mundo da Saúde, vol. 19, nº 4, maio 1995, p. 149-155.
- LIFSHITZ, Alberto. *Morir com dignidad*. Artigo. México. Revista Médica del Instituto Mexicano del Seguro Social, vol. 33, nº 1, 1995, p. 9-16.
- LLANO Escobar, Alfonso. *El morir humano ha cambiado*. Artigo. Washington, EUA. Bioética: temas y perspectivas. Organizacion Panamericana de la Salud, Organizacion Mundial de la Salud, Publicación Científica nº 517, 1990, p. 87-93.
- LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo*, São Paulo: Martin Claret, 2005.
- LOPES JR., Aury. *El fundamento de la existencia del proceso penal: La instrumentalidad garantista*. Artigo. Disponível em: <www.ambito-juridico.com.br>. Acesso em: 9.3.2005.
- LUCE J.V. *Curso de filosofia grega: do séc. VI a.C. ao séc. III d.C.*, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994.
- MAIA, Alexandre da. *O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli: notas preliminares*. Artigo. Disponível em: <www1.jus.com.br/doutrina>. Acesso em: 4.2.2005.

- MARTÍNEZ, Ângela Vivanco. *Bien morir: Análisis crítico de jurisprudencia constitucional y penal*. PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DE CHILE – FACULTAD DE MEDICINA. Artigo. Revista de Estudios Médico Humanísticos ARS Medica nº 2. Disponível em: <www.escuela.med.puc.cl/publ/ArsMedica> Acesso em: 3.5.2005.
- MARTINEZ DIE, Rafael; Roca, Ana Sese; Vidal, Xavier Sobrevia; Gonzalez, Manuel Sureda; Olive, Isabel Viladomiu. *Consecuencias de la despenalización de la eutanásia*. Artigo. Disponível em: <www.encuentra.com/provida/noalaeutanasia2>. Acesso em: 20.5.2005.
- MEYER, Phillippe. *A irresponsabilidade médica. (L'irresponsabilité médicale)*. Tradução de Maria Leonor Loureiro, São Paulo: Editora UNESP, 2000.
- MITCHELL, José. *Movimento contesta uso do critério da morte cerebral*. Jornal do Brasil, 12.12.2000. Artigo. Disponível em: <www.providafamilia.org/morte_cerebral_critérios>. Acesso em: 20.5.2005.
- MONTESQUIEU, *Do espírito das leis*, São Paulo: Editora Martin Claret, 2004.
- MORE, Thomas. *A Utopia*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2004.
- MORELLI, Oscar H. *El derecho a elegir la muerte*. Artigo. Buenos Aires. Boletín Académico Nacional Médico, 1993, p. 91-105.
- NAVEILLÁN Fernández, Pedro. Artigo. *Algunas orientaciones éticas sobre la distanásia y adistanásia*. Chile. Revista Hospital Clínico Universidad de Chile, vol. 8, nº 1, 1997.
- NOGUEIRA, Ana Carolina Casagrande. *O estado de direito enquanto democracia substancial: por uma perspectiva garantista*. Artigo. Disponível em: <www.ecoambiental.com.br>. Acesso em: 4.2.2005.
- OBIGLIO, Hugo O.M. *Eutanasia y derecho a la vida*. Artigo. Buenos Aires. Boletín Académico Nacional Médico, 1993, p. 117-129.
- PANIKER, Salvador. *Un derecho de libertad*. Artigo. Psychiatry on line Brazil, 10.4.2005, Part of the International Journal of Psychiatry. Disponível em: <www.eutanasia.ws/textos/PanikerEIPais>. Acesso em: 16.5.2005.
- PESSINI, Léo. *Distanásia: até quando investir sem agredir?* Artigo. Disponível em: <www.revistapsicologia.com.br>. Acesso em: 11.5.2005.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5ª. edição, São Paulo: Max Limonad, 2002.

- PLATÃO. *Diálogos*, Tradução direta do grego por Jaime Bruna, São Paulo: Editora Cultrix, 2002.
- _____. *A República*. Tradução Pietro Nassetti. São Paulo: Editora Martin Claret, 2004.
- POTTER, Van Rensselder. *Bioética: a ponte para o futuro*. Englewood Cliffs: Prentice Hall, 1971.
- RADDATZ, Adélio Misseroni. *Consideraciones jurídicas em torno al concepto de eutanasia*. UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE. Revista Actha Bioethica, ano VI, nº 2, 2000.
- RAMOS, Augusto Cesar. *Eutanásia: aspectos éticos e jurídicos da morte*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2003.
- RANGEL, Paulo. *O juiz garantista*. Artigo. Disponível em: <www.humbertodalla.pro.br>. Acesso em: 11.4.2005.
- _____. *O Garantismo penal e o aditamento à denúncia*. Artigo. Disponível em: <www.1jus.com.br/doutrina.texto>. Acesso em: 11.4.2005.
- Reforma do Código Penal: parte especial. Disponível em: <www.direitocriminal.com.br>. Acesso em: 21.5.2005.
- RODRIGUEZ DEL POZO, Pablo. *El derecho a la eutanasia: problemas de un enfoque equivocado*. Artigo. Argentina. Perspectivas Bioéticas en Las Américas, nº 4, 1997.
- RODRÍGUEZ. Paulina Taboada. *El derecho a morir con dignidad*. PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DE CHILE. Artigo. Revista Acta Bioethica, ano 6, nº 1, 2000.
- _____; UGARTE, Alejandra Rodríguez; BERTUCCI, Magda Vercellino. *Dimensión ética del morir*. PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DE CHILE – FACULTAD DE MEDICINA. Artigo. Revista de Estudios Médico Humanísticos ARS Medica nº 2. Disponível em: <www.escuela.med.puc.cl/publ/ArsMedica>. Acesso em: 3.5.2005.
- ROSA, Alexandre. *O Juiz garantista e a execução por uma racionalidade consequencialista (MacCormick)*. Artigo. Disponível em: <www.faroljuridico.com.br>. Acesso em: 7.3.2005.
- ROSS, Alf. *Direito e Justiça*, São Paulo: Edipro, 2003.
- ROSSO, Pedro Rosso. *Morir en forma digna*. PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DE CHILE – FACULTAD DE MEDICINA. Artigo. Revista de Estudios Médico Humanísticos

- ARS Medica nº 2. Disponível em: <www.escola.med.puc.cl/publ/ArsMedica>. Acesso em: 3.5.2005.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social e outros escritos*. Introdução e Tradução de Roland Roque da Silva, São Paulo: Editora Cultrix, 2002.
- ROYO, Villanova Morales. *Concepto y definición de la eutanásia*. Zaragoza: La Academia, 1928.
- SAUWEN, Regina Fiúza; HRYNIEWICZ, Severo. *O Direito 'in vitro' – da bioética ao biodireito*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 1997
- SGRECCIA, Elio. *Manual de bioética, II aspectos médico-sociais*, São Paulo: Edições Loyola, 1997.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24ª. Edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso à justiça penal e estado democrático de direito*, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.
- SINGER, Peter. *Repensar la vida y la muerte, el derrumbe de nuestra ética tradicional*, 1ª edição, Barcelona, Buenos Aires, México, Paidós, 1997.
- STRECK, Lenio Luiz. *Da utilidade de uma análise garantista para o direito brasileiro*. Artigo. Revista nº 1 – FEMARGS. Disponível em: <www.femargs.com.br>. Acesso em: 4.2.2005.
- SUETÔNIO, *A vida dos doze cesares*.. Tradução de Sady-Garibaldi, 2ª. Edição, São Paulo: Prestígio Editora, 2002.
- TEIXEIRA, João Paulo Allain. *Jurisdição e direitos fundamentais: a proposta do garantismo jurídico como superação do formalismo Kelseniano*. Artigo. Pernambuco. Revista ESMape nº 15, Escola Superior da Magistratura de Pernambuco. Disponível em: <www.esmape.com.br>. Acesso em: 6.2.2005.
- TETTAMANZI, Dionigi. *Eutanasia, la muerte dulce*. Cardeal Arcebispo de Gênova, Itália. Artigo. Disponível em: <www.providafamilia.org/muerte_dulce>. Acesso em: 20.5.2005.
- TOSCHI, Aline Seabra. *Dignidade da pessoa humana e garantismo penal*. Jus Navigandi – doutrina. Disponível em: <www.1.jus.com.br/doutrina/texto>. Acesso em: 4.6.2005.
- VÁZQUEZ, Laidés Luna. *Bioética frente al paciente moribundo*. Hospital Clinicoquirúrgico Dr. Ambrosio Grillo, Santiago de Cuba. Artigo. Rev. Cubana Enfermer 2000, 16(2), p. 117-121.

YUNTA, Eduardo Rodríguez. *La eutanasia y sus argumentos. Reflexión crítica*. PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DE CHILE – FACULTAD DE MEDICINA. Artigo. Revista de Estudios Médico Humanísticos ARS Medica nº 2. Disponível em: <www.escuela.med.puc.cl/publ/ArsMedica> Acesso em: 3.5.2005.

Sítios consultados:

www.ambito-juridico.com.br
www.apriori.com.br/artigos/aristoteles
www.bioetica.ufrgs.br
www.cin.org/vatcong/euthanas
www.cremesp.com.br
www.direitocriminal.com.br
www.ecoambiental.com.br
www.encuentra.com/provida/noalaeutanasia2
www.escuela.med.puc.cl
www.esmape.com.br
www.espacoacademico.com.br
www.eutanasia.ws/textos/PanikerElPais
www.faroljuridico.com.br
www.femargs.com.br
www.1folha.uol.com.br/folha/mundo
www.gwu.edu
www.humbertodalla.pro.br
www.imesc.sp.gov.br
www.1jus.com.br/doutrina
www.loghp.hpg.igl.com.br/filobac
www.orecado.cjb.net
www.portalmedico.org.br/revista/bio
www.providafamilia.org/eutanasia
www.providafamilia.org/morte_cerebral_critérios
www.revistapsicologia.com.br
www.senat.fr
www.terapiadador.com.br
www.transvie.com/Actualites/ooooo100/Actua0001.htm
www.ultimainstancia.com.br