

A (DES) CRIMINALIZAÇÃO DA EUTANÁSIA: UMA ANÁLISE DOS ASPECTOS LEGAIS, MORAIS E ÉTICOS

THE (DE) CRIMINALIZATION OF EUTHANASIA: A REVIEW OF THE LEGAL, MORAL AND ETHICAL ASPECTS

Marcelo da Silva Frias Rabelo Junior¹

Líbia Kícela Goulart²

RESUMO: O presente estudo busca refletir sobre a (des) criminalização da eutanásia, seus aspectos legais, morais e éticos, tendo como parâmetro de discussão a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Código Penal e o Código de Ética Médica. A eutanásia é o ato de provocar a morte de alguém que está em péssimo estado de saúde, abreviando-lhe a existência por considerar que esta pessoa não mais seria capaz de se recuperar de tais condições, e a busca pela manutenção de sua vida apenas agravaria seu sofrimento. No Brasil, a conduta é normalmente tipificada como homicídio privilegiado (artigo 121, § 1º, do Código Penal). No curso da atividade profissional, o médico pode enfrentar alguns paradoxos, devendo adotar medidas emergenciais e escolher entre bens jurídicos conflitantes. Sendo assim, a compreensão do assunto passa por diferentes elementos legais e éticos que sustentam posicionamentos a seu respeito, como a indisponibilidade da vida e o direito a uma vida digna. Tem-se, como questão problema, o enfrentamento das razões legais, morais e éticas que levam à criminalização da eutanásia em território nacional. Para tanto, busca-se a apresentação do conceito de eutanásia, a análise dos dispositivos legais, como o Código de Ética Médica e o Código Penal, bem como analisar os indícios e possíveis caminhos para a legalização da eutanásia. A metodologia utilizada nesta pesquisa consiste principalmente em análise bibliográfica na forma de doutrinas, periódicos, artigos, leis nacionais e internacionais, bem como o uso de todos os tipos de materiais e instrumentos disponíveis na internet. Conclui-se que a ilicitude da prática em território nacional parece melhor atender aos princípios do ordenamento vigente, dado o alto grau de complexidade dos desafios legais, morais e éticos que envolvem a (des) criminalização da eutanásia.

Palavras-chave: Eutanásia. Responsabilidade penal. Vida digna. Ética médica.

¹Bacharelado em Direito no Centro Universitário UniRedentor/Afya (Itaperuna/RJ).

²Doutoranda em Sociologia Política da Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro (Uenf). Mestre em Ciências das Religiões (Unidas de Vitória/ES). Especialista em Processo Civil (PUC/MG). Graduada em Direito (Universidade Iguazu, campus V) e em Serviço Social (UFF). Atua como advogada e, também, como professora do Centro Universitário UniRedentor/Afya (Itaperuna/RJ).

ABSTRACT: The present study aims to reflect about the (de) criminalization of euthanasia and the legal, moral and ethical aspects of it, with the 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil, the Criminal Code and the Medical Code of Ethics as parameters of discussion. Euthanasia is the act of inducing the death of someone who is in terrible health condition, shortening his life by considering that this person will no longer be able to recover from such conditions, and the search for keeping his life would just worsen his suffering. In Brazil, the conduct is usually typified as privileged homicide (article 121, § 1º, from the Penal Code). During his professional activity, a doctor may face some paradoxes, when he must adopt emergency measures and choose between conflicting legal interests. Accordingly, the understanding of this matter goes through different legal and ethical elements that support positions about the theme, such as life's unavailability and the right of a decent life. As an issue to be solved in this article, there is the facing of legal, moral and ethical reasons that leads to the criminalization of euthanasia on national territory. For that, the concept of euthanasia will be introduced, highlighting the legal, moral and ethical discussions about it, investigating indications of social acceptance, and discoursing on the assumptions that lead to the medical criminal liability and its essential elements. We proceed to literary analysis, mainly by doctrines, scientific papers and jurisprudence. Concludes that the illegality of it on national territory appears to better satisfy the principles of the existing regulations, given the high level of complexity of the legal, moral and ethical challenges that embrace the (de) criminalization of euthanasia.

Keywords: Euthanasia. Criminal liability. Decent life. Medical ethics.

INTRODUÇÃO

A eutanásia, por estar vinculada às noções de morte e suicídio, é tema polêmico que comporta diferentes ideias e interpretações, normalmente atreladas a aspectos éticos, religiosos, culturais e, evidentemente, jurídicos.

Tamanha é a importância do direito à vida no ordenamento jurídico brasileiro que uma de suas principais características é a indisponibilidade. Partindo-se desta premissa, não há como se admitir que um paciente, mesmo em estado terminal, escolha por dar fim à própria vida. Pior ainda seria reconhecer que não há ilicitude no ato do profissional de saúde que opta, ainda que amparado pelas mais louváveis intenções, por abreviar a vida de um ser humano sob seus cuidados.

A prática da eutanásia é, afinal, implicitamente vedada pelo direito à vida, elencado no rol de direitos e garantias fundamentais do artigo 5º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Por este motivo, embora a legislação penal brasileira não indique ação expressa para a configuração da eutanásia, como previsão autônoma e específica, a conduta é normalmente

tipificada como homicídio, que, ao considerar o relevante valor moral que usualmente o motiva, costuma se manifestar em sua modalidade privilegiada, acarretando pena de reclusão, de seis a vinte anos, reduzida de um sexto a um terço, conforme o art. 121, § 1º, do Código Penal.

No âmbito médico, a discussão encontra peculiar debate ético, uma vez que, nos termos do que consta no Juramento de Hipócrates, fundamento moral fundamental da medicina contemporânea: “Aplicarei os regimes para o bem do doente segundo o meu poder e entendimento, nunca para causar dano ou mal a alguém. A ninguém darei por prazer, nem remédio mortal nem um conselho que induza a perda”³.

Ao médico, pois, é vedado abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal, devendo, nos casos de doença incurável e terminal, oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis, sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal⁴.

Em contrapartida, a dignidade da pessoa humana representa direito tão fundamental quanto a própria vida. Amparar toda a solução da questão tão somente na indisponibilidade da vida, por vezes, apenas desprestigia a atenção que a temática merece. A busca pela autonomia e liberdade pessoal deve também ser considerada na reflexão sobre o assunto, tendo em vista que a garantia da dignidade, até o último suspiro de vida, é também uma proteção de extrema importância.

Nessa trilha, como objetivo geral, o presente estudo busca refletir sobre a (des) criminalização da eutanásia e seus aspectos legais, morais e éticos, tendo como parâmetro de discussão a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Código Penal e o Código de Ética Médica.

Tem-se, como questão problema, o enfrentamento das razões legais, morais e éticas que levam à criminalização da eutanásia em território nacional.

A exploração das principais controvérsias e o enfrentamento da questão problema passa por uma análise constitucional dos bens jurídicos envolvidos na (des) criminalização da eutanásia. Assim, é necessário, inicialmente, investigar quais direitos, garantias e

³ Disponível em: <https://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Historia&esc=3>. Acesso em: 11/06/2022.

⁴ Art. 41, *caput* e parágrafo único, do Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 2.217/2018).

fundamentos sobrepõem-se à dignidade existencial do enfermo para justificar a tipificação, e qual a influência da ética médica nesse contexto.

Após, o principal alvo de discussão será a forma ideal de atuação do Direito Penal em face da conduta, apresentando quais seriam as consequências penais imputadas aos profissionais de saúde que, via de regra motivados por atos de misericórdia, decidem pôr fim à vida de um paciente em estado terminal.

Desta forma, para esclarecimento da questão-problema e do objetivo geral deste estudo, pontuam-se os seguintes objetivos específicos: apresentar o conceito de eutanásia; evidenciar as discussões jurídicas, morais e éticas a respeito do tema; investigar indícios de aceitação social da conduta; e discorrer sobre os aspectos penais e elementos essenciais de sua criminalização.

A pesquisa será predominantemente bibliográfica, figurando, entre as principais fontes para a coleta de dados, as legislações, doutrinas e jurisprudências. Para tanto, a seleção literária ocorrerá por meio da leitura seletiva, elegendo as pertinentes informações dentre as principais doutrinas relativas ao tema, em Direito Constitucional, como José Afonso da Silva e Pedro Lenza, em Direito Penal, como Guilherme de Souza Nucci e André Estefam, e em Direito e Ética da Medicina, como Genival Veloso de França; pela leitura crítica ou reflexiva, buscando as fundamentais ideias e noções sobre os entendimentos sustentados; e, claro, a leitura analítica, que será imprescindível para o conhecimento geral do assunto e para a estruturação do conteúdo alcançado.

Na medida em que o ordenamento constitucional brasileiro obsta a prática da eutanásia, a colisão entre direitos tão fundamentais quanto a vida e a existência digna, como a ética médica se apresenta como fator determinante, e as repercussões penais da mencionada conduta, serão os principais pontos a serem debatidos neste trabalho.

1. CONCEITUANDO EUTANÁSIA

A palavra eutanásia, derivada dos vocábulos gregos “eu”, como “boa”, e “thanatos”, como “morte”, possui o belo sentido de uma morte piedosa, benéfica, fácil, doce, sem sofrimento e dor⁵.

Seu conceito, todavia, está vinculado ao ato de provocar a morte de alguém que está em péssimo estado de saúde, abreviando-lhe a vida por considerar que essa pessoa não mais

⁵ FRANÇA, Genival Veloso. *Direito Médico*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. [17^a Ed.] p. 573.

seria capaz de se recuperar de tais condições, e a busca pela manutenção de sua vida apenas agravaria seu sofrimento.

Trata-se de conduta na qual o sujeito ativo concorre para o resultado morte, contrariando preceitos fundamentais do direito à manutenção da vida humana e, na questão em apreço, da moral e ética médica.

A noção de uma morte supostamente “piedosa e benéfica” sempre existiu. Na história da humanidade se fez presente a eliminação de velhos, moribundos, incuráveis e até mesmo de recém nascidos deformados, ante, entre outras, a comum justificativa de que uma vida em determinadas condições representa uma existência inútil ou desprazerosa e, portanto, sem razão para ser vivida.

É com forte influência da filosofia moderna, bem como o ideal sagrado da vida humana representado sobretudo pelo judaísmo e cristianismo, que a morte causada por outrem, mesmo que piedosa ou até benéfica do ponto de vista individual, passou a ser reprovável pela ótica coletiva, ensejando a criminalização da conduta em grande parte dos ordenamentos ao redor do mundo.

1.1. A diferenciação dos institutos da eutanásia, distanásia e ortotanásia

395

Importante salientar, brevemente, algumas diferenças terminológicas, essencialmente no que se diz respeito à eutanásia, distanásia e ortotanásia, estas duas, em tese, admitidas no Brasil.

Por distanásia, entende-se o ato de postergar, por meio de métodos de reanimação, por exemplo, o momento da morte de um indivíduo. A ortotanásia, por sua vez, consiste na prática de fornecer ao paciente uma morte natural, digna, interrompendo um tratamento que, consideradas as condições, seria inútil.

É evidente a admissão legal da distanásia, embora, em certos casos, a exacerbada artificialidade de determinados métodos tragam apenas maiores sofrimentos ao paciente, levando-o ao extremo, prolongando não sua vida propriamente dita, mas o processo de sua morte⁶, por meio de um tratamento por vezes inútil, acabando por atingir, de fato, a dignidade da pessoa humana.

Em atenção à inutilidade desses tipos de tratamento, que apenas levam o paciente a desnecessárias condições de sofrimento e indignidade, o Código de Ética Médica, em seu

⁶ LENZA, Pedro. Direito constitucional. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. [25ª Ed.] p. 571.

item XXII, determina que nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimento diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados.

Quanto à ortotanásia, sua possibilidade encontra fundamento na ementa da Resolução nº 1805/2006 do Conselho Federal de Medicina:

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

Embora a diferenciação possa tornar-se um tanto quanto nebulosa, dada a complexidade de eventual ocorrido, é essencial que não se confunda a ortotanásia, também conhecida como eutanásia passiva, com a eutanásia propriamente dita (ou ativa) praticada por omissão. Nesta, o profissional da saúde, como garantidor, deixa de agir quando deveria para o pleno e adequado exercício de suas funções, já na ortotanásia, há a mera interrupção de um tratamento que já não mais estava surtindo qualquer efeito.

Outro fator fundamental é que, na eutanásia praticada por omissão, há, de fato, encurtamento da vida do paciente, enquanto na ortotanásia, a interrupção do tratamento leva a uma morte natural, não havendo antecipação de nenhuma consequência, pois a vida não mais existiria, senão vegetação mecânica⁷.

1.2. Das perspectivas contrárias à eutanásia

A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, e sua existência termina com a morte⁸. O que nos permite afirmar que um paciente em estado terminal, independentemente do grau de complicação de seu quadro de saúde, mesmo em estado vegetativo, por exemplo, vive, e, por consequência, é pessoa natural dotada de personalidade jurídica, capaz de se sujeitar a direitos e deveres.

O ato de estar e permanecer vivo, por sua complexidade, comporta uma riqueza de diferentes significados, tornando árdua a tarefa da busca por um conceito. Fato é que o direito à vida, obstáculo fundamental à legalização da eutanásia, mesmo que não se reconheça sua supremacia hierárquica em relação aos outros direitos, é inegavelmente a

⁷ SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2018. [41ª Ed.] p. 205.

⁸ Arts. 2º e 6º do Código Civil de 2002.

fonte primária de todos os bens jurídicos e fundamentais tutelados pelo Direito. Ora, sem a vida não há razão para se tutelar propriedade, bem-estar, liberdade, entre todos os outros.

Genericamente, na relação entre indivíduo e direito fundamental, pode ocorrer o não exercício deste, mas nunca sua renunciabilidade⁹. Estamos diante, entretanto, do direito à vida, fonte primária, que logicamente inadmite a possibilidade de “não exercício”, quem dirá renúncia. Sendo indisponível, nem mesmo por livre manifestação de vontade, sem vícios, pode um paciente médico optar pela “morte piedosa”.

Por mais evidente que um resultado trágico possa parecer, diversas são as possibilidades quando se está diante de um paciente em estado terminal. A exemplo do que apresenta Soares (1997, p. 151-152):

Cita-se, por oportuno, caso ocorrido na França, referente à filhinha de 5 anos de um médico que adoeceu gravemente a vários quilômetros de Paris. Atacada por difteria, moléstia de grande gravidade à época, cujo grau de letalidade atingia 99% de óbitos. Tendo utilizado o pai de todos os recursos possíveis e vendo avizinharem-se os sintomas precursores da morte, tais como, dispneia, cianose e os sinais de asfixia, resolve, desolado, pôr fim ao sofrimento da filha, injetando-lhe forte dose de ópio que, em poucos segundos, produziu seu efeito. Realizado o enterro, ao voltar do cemitério, triste, a imensa dor da saudade e a sensação de um cruel dever cumprido, depara-se com um telegrama a ele dirigido, cujo texto dizia: Roux acaba de descobrir o soro antidiftérico, aplicando-o com êxito. Aguarde remessa...

Daí, são extraídos pertinentes argumentos morais contrários à legalização da eutanásia: reações orgânicas, como repentinas melhoras, poderiam acontecer; e, com o avanço constante das ciências tecnológicas, novos medicamentos de comprovada eficácia poderiam surgir. Nota-se que a imprevisibilidade é fator essencial que leva à insegurança no drástico agir eutanásico.

Além do mais, haverá sempre a possibilidade de um erro no diagnóstico por parte da equipe médica, tendo em vista que nem sempre as situações de paciente terminal ou de portador de estado vegetativo irreversível são claras a ponto de se tomar uma decisão tão imediata e tão radical¹⁰.

1.3. Das perspectivas favoráveis à eutanásia

Conforme lista França (2021, p. 576), são três os pilares básicos sustentados por aqueles que defendem a eutanásia: incurabilidade, sofrimento insuportável e inutilidade.

⁹ LENZA, Pedro. Direito constitucional. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. [25ª Ed.] p. 565.

¹⁰ FRANÇA, Genival Veloso. Comentários ao Código de Ética Médica. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2021. [7ª Ed.] p. 160.

Quer dizer, a eutanásia seria compatível aos casos em que a doença enfrentada não possui expectativa de cura, ficando o paciente submetido a complicações e dores insuportáveis, com a utilização de tratamentos que não possibilitam qualquer melhora.

Há quem defenda que a adequada interpretação constitucional do direito à vida, à luz do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana¹¹, seria traduzi-lo em duas acepções: o direito à permanência da vida; e o direito a uma existência digna. Desta derivariam, por exemplo, as proibições de tortura e tratamento desumano ou degradante¹² e a vedação às penas de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento, e cruéis¹³.

Encarar a proteção à vida não apenas como o resguardo à mera existência biológica poderia servir como respaldo à eutanásia, eis que ela proporcionaria o “direito de morrer¹⁴” de forma digna. Ora, uma vida sem a mínima qualidade ou dignidade acaba por perder seu sentido.

Ainda nesta vertente, um argumento mais radical, e, por certo, ainda mais minoritário, seria considerar a disponibilidade de direitos e garantias fundamentais, inclusive da vida, como forma de exercício do próprio direito. Nesta linha, o raciocínio de Novais (2006, p. 235):

[...] a renúncia é também uma forma de exercício do direito fundamental, dado que, por um lado, a realização de um direito fundamental inclui, em alguma medida, a possibilidade de se dispor dele, inclusive no sentido de sua limitação, desde que esta seja uma expressão genuína do direito de autodeterminação e livre desenvolvimento da personalidade individual, e porque, por outro lado, através da renúncia, o indivíduo prossegue a realização de fins e interesses próprios que ele considera, no caso concreto, mais relevantes que os fins realizáveis através de um exercício positivo do direito.

O meio adequado para a disposição legal da própria vida é outro relevante assunto a ser enfrentado pelos defensores dos métodos de eutanásia. Quase que unanimemente, tem-se a assinatura e registro de testamento vital como um dos principais momentos em um procedimento de suicídio assistido, conforme aborda França (2021, p. 160):

¹¹ Art. 1º, III, CRFB/1988.

¹² Art. 5º, III, CRFB/1988.

¹³ Art. 5º, XLVII, CRFB/1988.

¹⁴ Sobre a adequação formalmente jurídica dos termos “direito de morrer” e “direito de matar”, França (2021, p. 573) categoricamente destaca: “Esta última expressão, direito de matar, é difícil configurar-se diante de um sentido ético-jurídico, pois direito é aquilo que está cristalizado na tradição e nos costumes. É uma prerrogativa reconhecida e sancionada conforme o interesse social e compatível com os princípios de consenso entre os homens. Assim, não se pode falar em direito de matar, nem em direito de morrer.”

Os que defendem a ideia do testamento vital dizem que a questão não é institucionalizar a eutanásia nem abreviar a morte de uma pessoa que assinou um documento, de forma livre e consciente, mesmo que o tenha feito em um momento crucial de sua vida. Afirmam tratar-se de um documento assinado por alguém que usou de um direito fundamental de sua autonomia em matéria de cuidados médicos e que deve ser respeitado integralmente conforme sua vontade. Assim, isso iria influir de forma respeitosa no não tratamento em face de uma determinação do paciente que estivesse em momento crítico de não poder manifestar sua vontade.

Até porque, nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade, que prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares¹⁵.

Em síntese, os adeptos de uma concepção contrária à criminalização da eutanásia defendem que a vida em seu sentido biológico se diferenciaria do “viver”, que é pautado na possibilidade do exercício pleno dos bens da existência, de forma que, se o indivíduo já não é mais capaz de desfrutar de prazeres intrínsecos à natureza humana, sua morte assistida não representaria a destruição de sua vida, mas um ponto final em um desnecessário e não assumido sofrimento.

1.4. Da ética médica: a perspectiva determinante

A idoneidade moral e profissional do médico é outro fator de extrema relevância. Afinal, um dos princípios fundamentais da profissão é a atuação sempre em benefício do ser humano, jamais utilizando-se dos conhecimentos médicos para causar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativas contra sua dignidade e integridade¹⁶. Sobre o dilema da abreviação da existência humana, aduz Souza (2022, p. 129):

À medida que a medicina evolui e permite que novas vidas sejam salvas, surgem debates sobre dilemas éticos em se estabelecer a terminalidade da vida. A crítica principal é de que a formação médica é voltada a salvar vidas e não promover mortes. Por mais sofrimento que o paciente tenha, não cabe ao médico induzir a morte para ceifar sofrimento e dor, mesmo que sejam insuportáveis. Para a maioria das pessoas, não faz sentido que a mesma medicina que salva vidas possa fornecer esse tipo de alívio para o sofrimento dos doentes terminais. A morte não é um assunto fácil e aceito de ser discutido com naturalidade. Embora esperada, não é querida e nem desejada por muitos. O espanto que a sua chegada causa nas pessoas reflete a falta de preparo para lidar com o assunto. Assim, se a morte natural causa tormento em muitos, o ato de antecipá-la, mesmo que o objetivo seja para cessar o sofrimento e a dor do enfermo, é encarado como inadmissível.

¹⁵ Art. 2º, *caput* e § 3º da Resolução CFM nº 1.995/2012.

¹⁶ Capítulo I, VI, do Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 2.217/2018).

Afinal, se é dever fundamental da ciência médica a atuação em prol da vida (em sua concepção biológica e existencialmente digna), como fornecer ao médico um poder de escolha, legitimado por mero diagnóstico, que o eleve à condição de autoridade entre a vida e a morte, sem que isso atente contra os valores da ética médica? É evidente que praticar a morte, mesmo que facilitando-a, viola os objetivos da medicina, jamais utilizada para o extermínio do ser humano.

Nem o consentimento prévio, livre e informado do paciente seria capaz de atenuar violações à ética da profissão. Não à toa, o já mencionado art. 2º da Resolução CFM nº 1.995/2012, em seu § 2º, aduz que o médico deixará de levar em consideração as diretivas antecipadas de vontade do paciente ou representante que, em sua análise, estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica.

Por isso, uma das grandes dificuldades de uma regularização adequada da eutanásia é salvaguardar o paciente de arbitrariedades. Hipoteticamente, se legalizada a eutanásia em território nacional, a quem pertenceria a prerrogativa de deliberar sobre a provocação ou não de uma morte assistida? Certamente, o operador da medicina é quem mais teria a capacidade para tanto.

Neste panorama, restaria extremamente prejudicada a relação médico-paciente, já que este, ciente da possibilidade de, desacordado ou em estado vegetativo, tornar-se refém de mera declaração do médico, atestando a dignidade ou não de seu estado de saúde, não teria para com ele a confiança necessária para lhe entregar os cuidados de sua sobrevivência.

A partir daí, muitos pacientes carregariam consigo a desconfiança, nas palavras de França (2021, p. 576), “sem entender se certos cuidados são em benefício de sua saúde ou de outros interesses não confessados”, passando a “temer a presença do médico, sonhando informações indispensáveis”.

Parte-se, assim, para novo impedimento substancial, visto que, mesmo que superados todos os argumentos e ideais morais e legais, a ética médica, ao menos em seu atual contorno, representa novo e quase que insuperável desafio.

2. ASPECTOS PENAIIS

2.1. Da tipicidade

Inicialmente, quanto à tipicidade formal, isto é, a adequação da eutanásia ao crime previsto em lei, é certo que a conduta, na enorme maioria das vezes, será tipificada como homicídio privilegiado (art. 121, § 1º, CP) pelo motivo de relevante valor social ou moral.

Tanto é que, a própria Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal, em seu item 39, assim declara: “Por ‘motivo de relevante valor social ou moral’, o projeto entende significar 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)”.

O reconhecimento da minorante do homicídio privilegiado obsta a aplicação das circunstâncias atenuantes do art. 65, III, alíneas *a* e *c*, do CP, sob pena de caracterização de *bis in idem*.

Parte da doutrina sustenta que a privilegiadora poderá ser cumulada com uma qualificadora, desde que esta seja de natureza objetiva, e que, por óbvio, seja compatível à motivação de relevante valor moral. Por exemplo, é inadmissível conceber que um ato movido por relevante valor moral tenha se consumado mediante tortura ou outro meio insidioso ou cruel, embora esta represente qualificadora de natureza objetiva.

Por sua vez, a prática de determinados métodos eutanásicos poderiam levar à asfixia do paciente. Nesta hipótese, havendo, afinal, compatibilidade lógica, contempla-se a figura híbrida do homicídio privilegiado-qualificado.

Uma vez reconhecido o privilégio, vale dizer, mesmo cumulado à hipótese qualificadora, o crime não será hediondo.

A ortotanásia, majoritariamente entendida como conduta socialmente adequada, representa fato atípico. Entretanto, parte minoritária da doutrina também apresenta o homicídio privilegiado como sua adequação típica. Nucci (2021, p. 546), com maestria, assim rebate tal entendimento:

Entende-se, no entanto, no meio jurídico mais conservador, nutrido pelos valores morais e religiosos que estão em jogo, tratar-se, também, de um homicídio privilegiado, com base no relevante valor moral. Pensamos ser um equívoco, pois a ortotanásia é a morte em tempo certo, sem agonia e sofrimento inúteis. O paciente está desenganado, não merecendo passar por procedimentos artificiais que prolonguem a sua dor. A realidade evidencia, todos os dias, em inúmeros hospitais, a corrente prática da ortotanásia, pois é essa a preferência dos enfermos e de seus parentes, situação acolhida pelo médico.

Não há possibilidade de atipicidade material, entendida pela não violação relevante do bem jurídico tutelado, da eutanásia, uma vez que não preenchidos todos os consagrados requisitos adotados pela jurisprudência. Embora factível que se reconheça a ausência de periculosidade social e reduzido grau de reprovabilidade da conduta, tirar uma vida,

independentemente do entendimento adotado, jamais representará inexpressividade da lesão jurídica ou mínima ofensividade da conduta.

2.2. Da ilicitude

Sendo típico, o fato será presumivelmente ilícito, salvo se presente uma das excludentes de ilicitude. Dentre aquelas previstas no art. 23 do CP, mereceria consideração em eventual tese defensiva a justificante do estado de necessidade¹⁷, desde que entendido pelo triunfo da dignidade da pessoa humana em face da vida, ambos bem jurídicos tutelados, onde este seria sacrificado para salvaguardar aquele.

Mesmo essa causa de justificação, entretanto, seria incabível ao profissional da saúde, garantidor¹⁸, quando sujeito ativo da conduta, por força do § 1º do art. 24, que impede a alegação do estado de necessidade a quem tinha o dever legal de enfrentamento do perigo.

A obrigação legal de cuidado, proteção e vigilância conferida ao médico serve, inclusive, como fundamento aos que defendem a ilicitude da ortotanásia, como expõe Estefam (2022, p. 144):

A eutanásia passiva ou ortotanásia, conforme já se expôs, caracteriza-se por um ato omissivo, consistente em recusar-se a prolongar a vida próxima do fim, por meio da recusa do paciente a um tratamento médico ou cirurgia. A questão tem relevância sob a ótica da omissão imprópria, isto é, muito embora o profissional não dê ensejo a um processo letal (pois este já se encontra em curso em razão da doença), ele deixa de impedir o óbito, descumprindo seu dever jurídico (CP, art. 13, § 2º).

Todas as espécies, seja a eutanásia ativa, direta ou indireta, ou a ortotanásia ou a distanásia, pressupõem consentimento do enfermo. Por esta razão, os poucos que defendem a disponibilidade do direito à vida poderão sustentar que, sendo o consentimento anterior ou concomitante à conduta, havendo capacidade e legitimidade do titular do bem jurídico, e sendo uma manifestação de vontade livre de qualquer vício, seria aplicável a justificante supralegal do consentimento do ofendido para afastar a ilicitude.

2.3. Da culpabilidade

A culpabilidade, como terceiro elemento do crime, traduz-se em um juízo de reprovação da conduta. Possui três elementos, cada qual com suas excludentes: imputabilidade; exigibilidade de conduta diversa; e potencial consciência de ilicitude.

¹⁷ Art. 24, CP.

¹⁸ Art. 13, § 2º, CP.

Embora de difícil configuração, tendo em vista o dever legal de enfrentamento do perigo conferido ao médico, seria possível, em casos extremos, estar-se diante da exculpante supralegal de inexigibilidade de conduta diversa. Quer dizer, tamanha era a complexidade e fatalidade do estado de saúde do enfermo, que qualquer pessoa, mesmo ciente de seus deveres profissionais, teria realizado a eutanásia.

3. Indícios de uma legalização

Do ponto de vista da ética médica, há posicionamentos, sobretudo com a evolução das formas de se encarar e aceitar a morte, de que a medicina possa encontrar um caminho, ou uma “nova ética”, para possibilitar a eutanásia, que passaria a ser vista como uma forma de cura, já que curar-se, aos adeptos desse entendimento, seria ver-se “livre” de sofrimento invencível. É o que apresenta França (2021, p. 573):

Desse modo, disfarçada, enfraquecida e desumanizada pelos rigores da moderna tecnologia médica, a morte vai mudando sua face ao longo do tempo. A cada dia que passa, maior é a cobrança de que é possível uma morte digna, e as famílias já admitem o direito de decidir sobre o destino de seus enfermos insalváveis e torturados pelo sofrimento físico, para os quais os meios terapêuticos disponíveis não conseguem atenuar. O médico vai sendo influenciado a seguir os passos dos moribundos e a agir com mais *sprit de finesse*, orientado por uma nova ética fundada em princípios sentimentais e preocupada em entender as dificuldades do final da vida humana; uma ética necessária para suprir uma tecnologia dispensável. Neste instante, é possível que a medicina venha rever seu ideário e suas possibilidades, tendo a “humildade” de não tentar “vencer o invencível”.

O primeiro país a legalizar a prática da eutanásia foi a Holanda, em 2002, estabelecendo procedimentos que têm como base o consentimento livre e esclarecido do paciente, em um diálogo franco com seus médicos, familiares e/ou responsáveis na busca por alternativas.

Vale destacar que ainda que tenha sido regulamentada por lei no início deste século, a eutanásia já era tolerada pela justiça holandesa se feita a pedido do paciente em estado terminal, atestado por dois médicos, sob diretrizes específicas estabelecidas, desde 1984, pela Comissão Governamental Holandesa para Eutanásia, disciplinada pela Royal Dutch Medical Association (RDMA) e pelo Ministério da Justiça¹⁹.

Na Bélgica, também em 2002, a eutanásia teve sua regulamentação em contornos semelhantes aos da Holanda, conforme destaca Castro *et al* (2016):

¹⁹ DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. São Paulo: Saraiva, 2006. [5ª Ed.] p. 387.

Desde setembro de 2002, a eutanásia voluntária é permitida na Bélgica para pessoas mentalmente competentes, portadoras de condições incuráveis, incluindo doenças mentais, que causem sofrimento físico ou psicológico insuportáveis. O suicídio assistido não é explicitamente regulado pela lei, mas casos reportados à Comissão Federal de Controle e Avaliação de Eutanásia são tratados da mesma forma que a eutanásia.

O único país da América Latina em que se permite por lei a eutanásia é a Colômbia, quando, em 2015, foram definidas diretrizes específicas para a prática que já era descriminalizada há mais de dez anos.

Embora crescente o número de adeptos em um processo de aceitação social da eutanásia, é óbvio constatar que, se um ordenamento jurídico caminha no sentido de possibilitá-la, deve fornecer-lhe um tratamento legal de forma clara e evidente, a exemplo do que ocorreu em quatro países da Europa Ocidental: Holanda, Bélgica, Luxemburgo e Suíça; em dois países norte-americanos: Canadá e Estados Unidos, nos estados de Oregon, Washington, Montana, Vermont e Califórnia; e, na América Latina, na Colômbia²⁰.

Em atenção a esse vácuo legal, o Projeto de Lei nº 236 de 2012 (Novo Código Penal), em seu artigo 122, tipifica a conduta eutanásica como “matar, por piedade ou compaixão, paciente em estado terminal, imputável e maior, a seu pedido, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável em razão de doença grave”, estabelecendo pena de prisão de dois a quatro anos.

404

O parágrafo primeiro do mencionado dispositivo é o maior indício dessa aceitação social, ao dispor que “o juiz deixará de aplicar a pena avaliando as circunstâncias do caso, bem como a relação de parentesco ou estreitos laços de afeição do agente com a vítima”.

O atual Código Penal, entretanto, como reflexo do majoritário entendimento jurisprudencial e doutrinário, não traz dúvidas quanto à criminalização da eutanásia, deixando até mesmo sua tipificação aberta a análises hermenêuticas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise do conceito da eutanásia permite-nos constatar que a solução ao dilema passa pelo conflito entre dois valores essenciais ao ordenamento jurídico pátrio: a vida, em seu sentido biológico, e o direito à uma existência digna.

²⁰ CASTRO, Mariana Parreiras Reis *et al.* Eutanásia e suicídio assistido em países ocidentais: revisão sistemática. Revista Bioética, Brasília: 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422016000200355&lang=pt#B3. Acesso: 06/11/2022.

Deve-se adotar, pois, uma técnica interpretativa que não exclua tais prerrogativas, mas que prestigie aquela que melhor atenda às finalidades do constituinte originário, e, por consequência, à dignidade da pessoa humana.

Por isso, a criminalização da eutanásia parece ser, de fato, a melhor opção. Há, por parte do Estado Democrático de Direito, legítimo interesse de preservação da vida humana, o que, por si só, justifica sua indisponibilidade.

Se a vida humana é indisponível, nem mesmo o consentimento legítimo, livre e esclarecido do paciente em estado terminal é capaz de afastar o sentido delituoso da prática eutanásica. Aliás, importante considerar, haveria sempre a possibilidade de que o doente, em trágicas condições, teria sua manifestação de vontade, embora livre de vícios, impulsionada por dor momentânea.

Assim, de forma gradativa, a eutanásia voluntária daria espaço à eutanásia involuntária, hipóteses nas quais o instituto serviria para atender ao interesse de terceiros, por exemplo, submetendo o paciente a eventuais abusos por parte de médicos e familiares.

Extrai-se, deste panorama, entendimento que rebate até mesmo a comum tese do direito à existência digna como fundamento à eutanásia. É o que ensina Silva (2018, pp. 200-201):

Tentou-se incluir na Constituição o direito a uma existência digna. Esse conceito de existência digna consubstancia aspectos generosos de natureza material e moral; serviria para fundamentar o desligamento de equipamentos médico-hospitalares, nos casos em que o paciente estivesse vivendo artificialmente (mecanicamente), a prática da eutanásia, mas trazia implícito algum risco como, por exemplo, autorizar a eliminação de alguém portador de deficiência de tal monta que se viesse a concluir que não teria uma existência humana digna. Por esses riscos, talvez tenha sido melhor não acolher o conceito.

Além disso, a discussão se depara com a subjetividade e complexidade do que vem a ser qualidade de vida, um critério que tende a variar de acordo com a região, cultura e classe social.

O sofrimento é, pois, orientação subjetiva e insuficiente para determinar o que merece viver ou morrer, não havendo meios para assegurar de forma segura qual o momento ideal para que a preservação da vida sucumba em face do alívio do martírio.

Apesar da ponderação entre premissas constitucionais ser, como majoritariamente se entende, suficiente para retirar do atual ordenamento brasileiro a possibilidade de aceitação da eutanásia, outro fator determinante ampara ainda mais essa impossibilidade: o conflito entre o poder de escolha e a ética médica.

Afinal, ninguém melhor para atestar a incapacidade permanente de melhora ou a inviabilidade de diminuição de dor ou sofrimento do que o médico que acompanha o paciente. Porém, conferir a este profissional tamanho poder de escolha entre a vida e a morte representa total subversão do exercício da medicina, que sempre deverá prestigiar a vida, acabando por se tornar demasiadamente permissivo possibilitar que alguém, sobretudo um médico, venha a decidir sobre a licitude ética do que constitui morrer com dignidade²¹.

Conclui-se, pois, que com base no princípio da proporcionalidade, principal meio de resolução em hipóteses de desarmonia entre direitos e garantias fundamentais, tem-se que uma decisão proporcional é aquela que atende à adequação (melhor cumpre a finalidade da norma), necessidade (não há meio menos gravoso) e proporcionalidade em seu sentido estrito (análise de custo e benefício).

Por isso, ao buscar a gradativa limitação do direito à vida e à existência digna, respeitando-se o núcleo existencial, mínimo e intangível de cada um deles, a manutenção da vida humana ainda prevalece, tornando-se incabível, nos atuais quadros constitucionais, legais e da ética profissional daqueles que zelam pela saúde, permitir que o “direito de morrer” possa ser exercido.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS

ARRUDA, Lara Ferraz; BERTONI, Rosângela Aparecida Vilaça. Responsabilidade civil médica na eutanásia: aspectos ético-legais. *Revista de Iniciação Científica e Extensão da Faculdade de Direito de Franca*, v. 3, n. 1, 2018;

CASTRO, Mariana Parreira Reis *et al.* Eutanásia e suicídio assistido em países ocidentais: revisão sistemática. *Revista Bioética*, Brasília: 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S198380422016000200355&lang=pt#B3. Acesso: 06/11/2022;

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2006. [5ª Ed.];

ESTEFAM, André. *Direito Penal: Parte Especial - Arts. 121 a 234-C - Vol. 2*. São Paulo: SaraivaJur, 2022. [9ª Ed.];

FERREIRA, Guilherme Rosa. *Eutanásia em casos irreversíveis: o direito constitucional fundamental de morrer dignamente*. Monografia (Bacharelado em Direito): Universidade Regional do Noroeste do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ. Ijuí: 2021.

²¹ FRANÇA, Genival Veloso. *Comentários ao Código de Ética Médica*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2021. [7ª Ed.] p. 157.

FRANÇA, Genival Veloso. Comentários ao Código de Ética Médica. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2021. [7^a Ed.]

FRANÇA, Genival Veloso. Direito Médico. Rio de Janeiro: Forense, 2021. [17^a Ed.];

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2021. [19^a Ed.];

LENZA, Pedro. Direito constitucional. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. [25^a Ed.];

MELO, José Mário Delaiti de. Eutanásia e responsabilidade civil do médico. Conteúdo Jurídico, Brasília. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/36850/eutanasia-e-responsabilidade-civil-do-medico>. Acesso: 10/06/2022;

MIRABETE, Julio Fabrini; FABRINI, Renato. N. Manual de direito penal: parte especial: arts. 121 a 234-B do CP - Vol. 2. São Paulo: Atlas, 2021. [36^a Ed.];

NOVAIS, Jorge Reis. Direitos fundamentais: Trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006;

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2021. [17^a Ed.];

PRADO, Luis Regis; CARVALHO, Érica Mendes; CARVALHO, Gisele Mendes. Curso de direito penal brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. [14^a Ed.];

SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2018. [41^a Ed.];

SOARES, Ana Raquel Colares dos Santos. Eutanásia: direito de morrer ou direito de viver? In: GUERRA FILHO, Willis Santiago (Coord.). Dos direitos humanos aos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997;

SOUZA, Alessandra Varrone de Almeida Prado; SOUZA, Renee do Ó. (Coord). Direito médico. Rio de Janeiro: Método, 2022 [2^a Ed.];

STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015 [10^a Ed.];

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 2022 [3^a Ed.].