

CAPÍTULO II

EUTANÁSIA: QUESTÕES ÉTICAS E JURÍDICO-PENAIIS RELEVANTES

*Luane Rodrigues Bomfim**

Sumário • 1. Introdução – 2. O conceito de eutanásia e suas classificações: 2.1 Outros conceitos relacionados: ortotanásia, distanásia, mistanásia e suicídio assistido – 3. Prolongamento artificial: até quando prolongar a vida? 3.1 O direito à vida e a noção de vida digna; 3.2 A vontade do paciente sob o viés do princípio da autonomia – 4. A posição do direito penal brasileiro – 5. Breve análise acerca da ortotanásia – 6. Referências Bibliográficas.

RESUMO: Este artigo pretende estudar o tratamento jurídico-penal da eutanásia e dos conceitos a ela relacionados, notadamente quanto à possibilidade de interrupção terapêutica do suporte artificial de vida dos pacientes terminais. Será abordado entendimento considerando a conduta eutanásica crime de homicídio privilegiado pelo relevante valor moral, situação distinta da suspensão terapêutica, examinada sob o ponto de vista da ética médica. O prolongamento artificial de vida é uma possibilidade a ser avaliada em cada caso, inexistindo, para o médico, um dever de manter a qualquer preço a vida que já está inserida em um incontornável processo de morte.

PALAVRAS-CHAVES: EUTANÁSIA; PACIENTE TERMINAL; BIO-ÉTICA; DIREITO PENAL.

1. INTRODUÇÃO

A eutanásia não é um fenômeno novo, trata-se de uma prática presente em toda a história da humanidade, sendo, inclusive, bastante comum na antiguidade. Os juízos de valor realizados sobre essa conduta em função do tempo, espaço e do contexto sócio-cultural em questão é que variam muito, fato que torna esse tema sempre atual. Em função da intensa evolução tecnológica da segunda metade do século XX, que culminou com espantosos avanços nas ciências biomédicas, esse tema volta a aparecer no quadro social e passa a ser discutido sob os pontos de vista médico, ético e legal.

*. Bacharela em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

O conceito de morte mudou; antes, a morte se dava quando o coração cessasse suas atividades. Hoje, está presente o conceito de morte encefálica, segundo o qual o indivíduo está clinicamente morto quando a área cortical e o tronco encefálico estão lesionados definitivamente. Ocorre que, neste caso, as demais funções do organismo ainda podem ser mantidas provisoriamente, por meio de suportes artificiais, situação muitas vezes confundida com outros estados de morte aparente, como no coma e no estado vegetativo.

Existe uma dificuldade de diagnóstico que não afeta somente aos profissionais da saúde, mas gera efeitos também no campo do Direito. Isso porque interessa ao Direito definir o momento em que começa a vida de um indivíduo e também o seu término. Com o nascimento com vida o indivíduo adquire personalidade jurídica, tornando-se com isso sujeito de direito, capaz genericamente de tutelar direitos e contrair obrigações. Nesse momento o direito penal tem sua área de atuação máxima como defensor do bem jurídico vida. Com a morte cessa a personalidade, bem como a proteção do direito penal (apesar da existência de certos delitos contra a memória dos mortos). Em razão desse fato a definição do momento da morte apresenta tamanha importância, sobretudo com o afincamento de coibir as condutas que visem à supressão da vida de uma pessoa.

Assim, é imprescindível investigar qual o tratamento que o Direito Penal Brasileiro vem dando à questão das novas formas de morrer, considerando que o Código Penal não faz menção direta e objetiva sobre o tema. Faz-se o seguinte questionamento: diante da problemática atual relacionada à possibilidade de prolongamento artificial da vida humana em função dos avanços da medicina, e o seu oposto, possibilidade de abreviação da vida em situações patológicas irreversíveis, existe uma obrigação jurídica que imponha o dever de manter a qualquer preço a vida que se esvai?

Por meio de uma análise sistemática do ordenamento jurídico, é possível se concluir pela possibilidade de o médico abrir mão de recursos terapêuticos desproporcionais e inúteis, evitando-se o prolongamento desnecessário da vida do paciente, seja porque não há como melhorá-la, seja porque já não há mais perspectiva de cura e a morte é iminente. Chegar a um consenso sobre a matéria é um trabalho difícil, de forma que ainda não há como oferecer respostas absolutas para os dilemas do final de vida, cabendo aos estudiosos do Direito a missão de pensar (ou melhor, repensar) o entendimento sobre a eutanásia e assim ajudar o operador do direito em seu ofício de tomar a decisão mais justa diante de um caso concreto.

2. CONCEITO DE EUTANÁSIA E SUAS CLASSIFICAÇÕES

O conceito de eutanásia passou por diversas transformações ao longo do tempo e, até hoje, não se pode dizer que existe uma unanimidade na determinação de seu significado. Pode-se dizer que a utilização da palavra “eutanásia” nos dias atuais remete ao ato de pôr fim à vida de uma pessoa doente¹. Mas não é só. Possui requisitos que permitem que essa prática, *a priori* ilegal e imoral, seja digna de uma menor reprovabilidade social e adquira defensores no mundo inteiro.

No início do século XX, os principais autores que falavam sobre o tema denominavam a eutanásia de “homicídio piedoso”, primeiro por ser mais jurídico, segundo porque situava a piedade homicida em seu conteúdo geral (PIÑAN, 1927). Luiz Jiménez de Asúa (ASÚA, 1929) assim a define: “Eutanásia significa ‘boa morte’, mas em sentido mais próprio e estrito é a que outro proporciona a uma pessoa que padece uma enfermidade incurável ou muito penosa, e que tende a truncar a agonia excessivamente cruel ou prolongada”. Acrescenta que a este objetivo fundamental pode ainda se juntar o objetivo eugênico ou selecionador, demonstrando as influências do darwinismo naquele período.

Porém, há que se fazer uma formulação consentânea com os dias atuais. Assim, parece claro a necessidade da antecipação da morte, realizada por terceiro, bem como que o paciente seja terminal e incurável². Quanto ao sofrimento, não precisa ser físico, admitindo-se o sofrimento psíquico ou moral³. O elemento subjetivo, caracterizado pelo móvel piedoso, também é requisito essencial para a configuração da conduta eutanásica, razão pelo qual deve ser excluído do conceito a prática com fins eugênicos e selecionadores, ou egoísticos e econômicos. Entende-se que o pedido do enfermo também seja necessário, e na impossibilidade de fazê-lo por incapacidade superveniente, decide seu representante legal, desde que tenha deixado claro a sua vontade antes de tornar-se incapaz.

-
1. É a partir de Thomas Morus e Roger Bacon no séc. XVII que o termo eutanásia adquire o significado que faz referência ao ato de por fim à vida de uma pessoa enferma (PES-SINI; BARCHIFONTAINE, 2005).
 2. Incurabilidade no seu sentido mais amplo, não apenas aquela resultante da impossibilidade da medicina de agir. Deve ser analisada segundo as condições sócio-econômicas do paciente.
 3. Admite-se o sofrimento moral do tetraplégico, o sofrimento por antecipação do portador de Alzheimer ou o sofrimento presumido do indivíduo em estado vegetativo persistente que declara previamente preferir a morte a tal situação (VILLAS-BÔAS, 2005). Cf. MINAHIM, 2005.

No que tange às classificações, a eutanásia pode ser: quanto ao modo de atuação do agente (ativa e passiva), quanto à intenção do sujeito ativo (direta e indireta ou de duplo efeito), quanto à vontade do paciente (voluntária e involuntária) e quanto à motivação do autor (libertadora ou eliminadora e econômica).

A primeira classificação leva em conta o modo de execução do ato eutanásico, que pode se dar através de uma conduta comissiva – eutanásia ativa, ou através de uma omissão – eutanásia passiva.

A questão que pode ser suscitada diz respeito à eutanásia passiva, que muitas vezes é confundida com a ortotanásia. Distingui-las é necessário, eis que o tratamento que se quer dar a cada uma delas é diverso. Na eutanásia passiva tem-se a morte como algo querido e desejado, porém, ela advém de uma conduta omissiva do agente. É o caso da suspensão de um tratamento quando ele ainda se mostra útil ao paciente, porque ainda pode lhe beneficiar de algum modo. Não se confunde com as condutas médicas restritivas⁴, já que nelas a intenção é não prolongar indevidamente a vida do doente, nem lhe impor intervenções desnecessárias que em nada lhe acrescentam, casos típicos de ortotanásia.

A problemática reside no fato de que a eutanásia passiva é ilícita, constitui crime de homicídio (privilegiado pelo valor moral), enquanto que a ortotanásia é lícita. As decisões de não-tratamento, de omissão ou suspensão de suporte vital são embasadas em critérios médico-científicos de indicação ou não da medida, de forma que constituem exercício médico regular. Ademais, elas não visam abreviar a vida do paciente, mas apenas deixar que ela siga seu fluxo naturalmente.

A segunda classificação relaciona-se com a intenção do sujeito ativo. Diz-se eutanásia direta quando o agente, agindo por compaixão, pratica atos no sentido de encurtar a vida do agente, eliminando o seu sofrimento. Na eutanásia indireta, por sua vez, o agente não quer provocar a morte, mas aplica medicamentos com a finalidade de tirar a dor, que possuem como efeitos paralelos o encurtamento da vida (MINAHIM, 2005). Isto é muito freqüente nos pacientes oncológicos em fase terminal.

A eutanásia de duplo efeito é aceita com relativa tranqüilidade e não constitui crime, por faltar-lhe o *animus necandi*. Como está presente um conflito de interesses representado pelo dever de aliviar a dor e o risco de

4. Atos dos médicos que se direcionam à omissão ou à suspensão de uma medida de prolongamento artificial de vida, ao avaliar a não indicação de uma medicação, do uso de um aparelho ou realização de um procedimento para aquele caso (VILLAS-BÔAS, 2005).

morte indesejada, o primeiro prevalece, pois o risco em questão é permitido pelo direito, e a conduta ao menos propicia certo alívio ao doente em seus últimos momentos (VILLAS-BÓAS, 2005).

A eutanásia quanto à vontade do paciente pode ser voluntária, quando solicitada pelo paciente capaz e autônomo; e involuntária, quando realizada por decisão de um terceiro, normalmente porque o interessado não está em condições de decidir⁵.

Por fim, há que se mencionar a classificação de Jiménez de Asúa (ASÚA, 1929), segundo a qual existe a eutanásia propriamente dita, que é a morte dada com fins libertadores do penoso sofrer, a eutanásia eliminadora e a eutanásia econômica. A morte libertadora apoia-se não só na dor, mas na incurabilidade, sendo praticada contra os “perdidos irremediavelmente” em consequência de alguma ferida ou doença. A morte eliminadora baseia-se no conceito de inutilidade, de vidas que carecem de valor, na qual o fim preponderante é a eugenia e a seleção. Visa melhorar a espécie, mediante eliminação dos dementes, idiotas e loucos. A morte econômica é sugerida quando os indivíduos são uma carga pesada para a família e para a sociedade⁶.

2.1 Outros conceitos relacionados: ortotanásia, distanásia, mistanásia e suicídio assistido

A nomenclatura **ortotanásia** deriva da junção dos radicais gregos *orthos* (reto, correto) e *thanatos* (morte). Significa a morte no tempo certo, nem antes, nem depois da hora.

A expressão diz respeito à conduta do médico que omite ou suspende tratamento fútil ou meramente protelatório da morte e cuja manutenção importa em mais prejuízos e agonias para o paciente do que benefícios, advindo o óbito como consequência da própria doença. Defende-se a atipicidade de referido comportamento, haja vista que a morte já se mostra como iminente e a utilização de recursos extraordinários apenas adia este evento, sem que possa evitá-lo⁷.

-
5. Há quem entenda que a eutanásia involuntária é aquela que ocorre contra a vontade do paciente, não-voluntária seria aquela fruto de decisão de terceiro quando o paciente não é capaz para decidir. Nesse sentido, Singer (SINGER, 2002). No entanto, não parece eutanásia ato praticado contra a vontade do paciente, mas sim homicídio.
 6. Outras classificações costumam ser feitas, mas fogem ao verdadeiro sentido de eutanásia. Dentre elas destacam-se a “eutanásia natural”, de Bouquet e Forgue, e a “eutanásia pura”, mencionada por Claus Roxin.
 7. Paulo Daher Rodrigues ensina ser a ortotanásia caso de eutanásia passiva, conduta que “deixa o paciente entregue ao inexorável fim” (RODRIGUES, 1993, p. 56). Maria

A prática da ortotanásia tem por objetivo evitar que ocorra a **distanásia**, ou seja, a morte depois do tempo. Em verdade, a distanásia se dedica a prolongar ao máximo a quantidade de vida humana, combatendo a morte como um inimigo. É a morte lenta, sofrida, decorrente do abuso da utilização dos recursos médicos desproporcionais, à revelia da vontade e do conforto do doente, sem que com isso se possa reverter o seu quadro clínico (VILLAS-BÔAS, 2005).

Em relação à distanásia, costumam estar presentes aspectos financeiros e egoísticos. Isto porque a obstinação terapêutica pode ser utilizada como meio de obtenção de vantagens econômicas por parte da instituição médica, através da aplicação de medidas desnecessárias ou manutenção inútil do paciente em UTI. Ou pode simplesmente ser fruto da vaidade da classe médica, incapaz de admitir que, para aquele caso, nada mais pode ser feito.

Assim, pode-se afirmar que a distanásia não faz parte das condutas médicas obrigatórias, ao contrário, deve ser uma prática evitada porque causa mais prejuízos ao paciente do que benefícios. Sustenta-se, ademais, que submeter paciente a prolongamento indesejado de vida, sem oferecer-lhe qualidade neste interregno, constitui prática de tortura.

Mistanásia, a seu turno, é a eutanásia social, morte miserável antes da hora. A expressão vem do grego *mis* (infeliz) e *thanatos* (morte). Leonard M. Martin (MARTIN *apud* SÁ, 2001) identifica três situações dentro desta categoria: primeiro, a grande massa de doentes e deficientes que nem conseguem ingressar efetivamente no sistema de atendimento médico, por motivos políticos, sociais e econômicos; segundo, os pacientes que são vítimas do erro médico e, terceiro, os pacientes vítimas de má prática por motivos econômicos, científicos ou sóciopolíticos, como ocorreu com as milhares de vítimas do nazismo.

Todavia, o sentido mais marcante da mistanásia é o que se refere à morte cruel daqueles que não possuem sequer condição de morrer no hospital. Morrem nas ruas, nas casas ou, quando muito, nos corredores dos hospitais públicos, sem cuidado nem tratamento algum. E o pior é que esta modalidade passa despercebida por todos, numa omissão de socorro que atinge milhões de doentes durante toda a vida, não apenas em sua fase terminal (VILLAS-BÔAS, 2005; PESSINI, 2004).

de Fátima Freire de Sá também não distingue as duas situações, consideradas a não-realização de ação que teria indicação terapêutica naquela circunstância (SÁ, 2001). Ainda no sentido da equiparação: Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2003).

O **suicídio medicamente assistido** é uma outra hipótese muito comum de término de vida, assemelhado à eutanásia, mas que com ela não se confunde. É a situação em que a morte é provocada pelo próprio doente com a ajuda de um terceiro – normalmente médico – que o auxilia comovido com sua situação. Não é considerada eutanásia justamente porque a prática do ato final cabe ao enfermo, embora haja uma participação de outra pessoa, que o assiste, proporcionando os meios ou os conhecimentos necessários para que a morte aconteça⁸.

A similitude com a “boa morte” advém do fato de que o terceiro age movido pela compaixão, sobretudo porque em muitos casos o doente não tem sequer condições para dar cabo da própria vida sozinho. É essencial que o evento se dê por vontade autônoma do suicida, já que as modalidades “instigação” e “indução” descaracterizariam o móvel piedoso do agente. São dispensáveis os critérios de incurabilidade e terminalidade, podendo se falar em suicídio assistido mesmo quando praticado por um paciente com mau prognóstico⁹, como os tetraplégicos ou portadores de mal de Alzheimer.

-
8. Um caso bastante conhecido de suicídio assistido é o de Ramón Sampedro, que pleiteou judicialmente o direito à morte digna, em razão de seu quadro clínico de paraplegia e tetraplegia traumática, que o imobilizou inteiramente, com exceção da cabeça, por 29 anos. Em 1998, Sampedro foi ajudado a “suicidar-se” com cianeto de potássio, engolindo o veneno através de um canudo. Para diluir a responsabilidade criminal de seus amigos, ele fracionou o processo em tarefas específicas, como comprar o cianeto, calcular a dose, preparar a bebida, levar o canudo até a boca, e, para concluir, preparou um vídeo no qual aparecia sozinho (PESSINI, 2004; SÁ, 2001). A determinação de Sampedro gerou um debate público na Espanha sobre o direito a morrer e foi transformado em um filme intitulado “Mar adentro” (2004). O depoimento de Sampedro ficou exposto em seu testamento, publicado pelo jornal *El País*: “Eu, tal como alguns juízes e a maioria das pessoas que amam a vida e a liberdade, penso que a vida é um direito, não uma obrigação. (...) Para uma cultura que sacraliza a propriedade privada das coisas – entre elas a terra e a água – é uma aberração negar a propriedade mais privada de todas, nossa Pátria e reino pessoal. O nosso corpo, vida e consciência. O Nosso Universo”. Adquiriu notoriedade também a história da professora americana Jane Adkins, que, ao ser diagnosticada com mal de Alzheimer em seus primeiros estágios, solicitou a ajuda para morrer ao Dr. Jack Kevorkian (o Dr. Morte), inventor da chamada “máquina do suicídio”. Jack Kevorkian foi absolvido da acusação de assassinato, já que o estado americano de Michigan, onde a conduta se realizou, legalizou a assistência médica ao suicídio. O juiz entendeu que a vítima agira por suas próprias mãos, embora fazendo uso da máquina criada pelo médico (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2005; VILLAS-BÔAS, 2005).
9. Definido como “aquele que, embora acometido por patologia sem perspectiva de cura e cujo prognóstico é previsivelmente negativo, não se encontra, todavia, em situação de morte iminente” (VILLAS-BÔAS, 2005, p.39).

Para completar o sistema de definição da eutanásia, cabe ainda mencionar a **eutanásia neonatal**, da qual são vítimas crianças que nascem com defeitos congênitos, o que inclui os malformados graves e os prematuros extremos. Os avanços médicos têm permitido a sobrevivência desses bebês, denominados neonatos problemáticos (PESSINI, 2001), mas não garantem a qualidade de vida prospectiva, cabendo aos pais e médicos a tarefa de decidir sobre se e quais tratamentos devem ser empregados para sua manutenção vital.

O que se entende é que as crianças merecem o mesmo tratamento dispensado aos adultos, garantindo sua dignidade, e a elas serão aplicados os mesmos princípios éticos¹⁰. Os tratamentos fúteis ou que lhes causem danos devem ser descontinuados, notadamente quando há um diagnóstico de comprometimento da qualidade de vida. Trata-se do respeito ao princípio ético da não-maleficência (*primum non nocere*), segundo o qual se não há como fazer o bem também não se pode fazer o mal, princípio que serve de base para a rejeição de qualquer terapia agressiva e inútil.

Teme-se, por outra via, a utilização deste argumento em sempre que houver dúvidas sobre a inviabilidade da criança, servindo de fundamento para novas formas de eugenia¹¹. Nesses casos, tem lugar a aplicação do princípio *in dubio pro vita*.

Um exemplo de má formação neonatal é a anencefalia, enfermidade na qual a formação incompleta do tubo neural embrionário deixa de originar a porção superior do sistema nervoso central, ou o faz de forma rudimentar, bem como a calota craniana, que é a estrutura óssea correspondente. Com essas deficiências, a vida autônoma do indivíduo é completamente inviável após o nascimento. O período de sobrevivência varia entre algumas horas a alguns dias, podendo durar um pouco mais quando há intubação e assistência artificial (VILLAS-BÔAS, 2005).

Apesar de não se encontrarem tecnicamente mortos¹², entende-se que esses bebês não devem passar por procedimentos de manutenção artificial

10. Posição sustentada pelo Comitê Nacional de Ética da França (PESSINI, 2001).

11. A exemplo do Baby Doe, nos EUA, um neonato portador de síndrome de Down e má formação intestinal, que precisava de intervenção cirúrgica no esôfago para sobreviver. Os pais e os médicos acharam melhor não operar, tendo o bebê morrido de inanição. Com a interferência da National Right to Life Association, estipulou-se a exigência normativa de obrigatoriedade da obstinação terapêutica para conservar a vida dos bebês nas mesmas condições.

12. O anencéfalo não se equipara ao morto encefálico, porque nele a ausência do encéfalo não é completa, podendo apresentar resquícios de tronco encefálico funcional, que lhe permite respirar sozinho durante algum tempo. Ademais, não há previsão de morte

das funções vitais muito invasivos, simplesmente porque não há qualquer possibilidade de sobrevida. Conforme visto, não se trata de eutanásia, mas de ortotanásia. Os cuidados paliativos, a alimentação e a hidratação devem ser mantidos, sem precisar fazer apelo a recursos tecnológicos fúteis e excessivos, que só retardarão o sofrimento da criança e da família.

3. PROLONGAMENTO ARTIFICIAL: ATÉ QUANDO PROLONGAR A VIDA?

Os avanços enfrentados pela ciência tecnológica possibilitaram a um doente portador de uma enfermidade, antes incurável, prolongar seu período vital por um lastro de tempo considerável, inclusive com acréscimo de qualidade de vida. Entretanto, alguns casos ainda se mostram enigmáticos para a medicina, e este prolongamento nem sempre é eficaz no sentido de proporcionar a essas pessoas bem-estar aliado à longevidade; ao contrário, muitas vezes é uma mera forma de prolongar o sofrido processo de morrer. A dúvida reside em saber quando essas medidas são obrigatórias, indevidas ou facultativas ao paciente.

Para decidir sobre a utilização de tratamento médicos que potencialmente prolongariam a vida do paciente há que se analisar se seus interesses serão preservados com a medida. Assim, vários fatores devem ser considerados, incluindo: a possibilidade de prolongar a vida sob condições humanas e com conforto; os valores de vida do paciente e a maneira como a vida deve ser vivida, e as atitudes do paciente com relação à doença, ao sofrimento, aos procedimentos médicos e à morte (PESSINI, 2001).

Para os doentes sem indicação de tratamento, restam ainda os cuidados paliativos, entendidos como aqueles que visam ao conforto do paciente, não interferindo na evolução ou cura da doença, a exemplo da analgesia, medicações sintomáticas, higiene e apoio ao paciente e a sua família nesses momentos. Estes cuidados são sempre devidos, garantindo uma melhor qualidade de vida ao enfermo, sem que com isso se esteja apressando ou adiando a morte¹³.

encefálica para menores de sete dias de vida, e esses bebês em geral não sobrevivem até o referido prazo, necessário para se ter um diagnóstico, além de apresentarem respostas atípicas aos exames em razão de sua má formação neurológica. Sem os requisitos de morte encefálica, não há que se falar, por exemplo, em doação de órgãos de anencéfalo (VILLAS-BÓAS, 2005). Diante das conseqüências danosas da gestação para a mãe e da impossibilidade de sobrevida desses bebês, há uma discussão judicial sobre a autorização da interrupção terapêutica da gestação de fetos anencéfalos, situação que se entende mais correta sob o ponto de vista da dignidade humana.

13. Questão polêmica envolve a alimentação e hidratação providas por meio artificial, no sentido de considerá-las meio elementar ou opção terapêutica, já que esta situação vai

3.1 O Direito à vida e a noção de vida digna

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, *caput*, consagra a vida como direito fundamental inviolável do indivíduo. Ela é um valor jurídico, tutelada pelo direito penal, a quem cabe punir aqueles que atentarem contra seu exercício. Mas qual é o sentido atribuído à vida que se quer proteger com a norma constitucional?

Há mais de um significado para a vida, que não se define apenas por meio de um conceito estritamente biológico, segundo o qual ela seria qualquer coisa capaz de metabolizar e se reproduzir (MINAHIM, 2000). Neste sentido, José Afonso da Silva (SILVA, 1999) vai considerá-la da seguinte forma:

Vida, no texto constitucional (art. 5º, *caput*), não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante auto-atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder a sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. Tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida.

O direito à vida tem como um de seus aspectos o direito à existência, que é o direito de estar e manter-se vivo, de lutar pela própria vida e de defendê-la de quem quer que seja. No dizer de José Afonso da Silva é “o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável”¹⁴. Fala-se, ademais, em um direito a uma existência digna (SILVA, 1999), acrescentando ao conceito de vida as noções de qualidade e dignidade.

No contexto que envolve biotecnologia e término de vida, o direito à vida deve ser interpretado em face da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, conforme artigo 1º, III da Constituição Federal. Isto porque, em razão da impossibilidade de exercício dos demais direitos, devem os pacientes terminais ter salvaguardada, ao menos, a sua dignidade (VILLAS-BÔAS, 2005). Não se pretende, entre-

repercutir no momento em que se pretende sua omissão ou suspensão. Entende-se que, *a priori*, essas medidas estão inseridas nos cuidados básicos e, portanto, são devidas ao enfermo, em respeito a sua dignidade. No entanto, deve-se avaliar até que ponto essa medida pode ser útil e até que ponto ela é prejudicial, devendo ser descontinuada se os malefícios forem maiores.

14. Este é o caráter de direito negativo da vida: o direito de que não se tirem as vidas das pessoas injustamente.

tanto, relativizar o valor da vida, o que pode ceder lugar a abusos como o de permitir a eliminação de pacientes incuráveis, ainda que não terminais, mas cuja vida lhes “pareça” insuportável. Há que ser feita uma ponderação, a fim de que o bem jurídico vida não tenha valor para o Direito apenas quando preencher muitos requisitos (MINAHIM, 2005)¹⁵.

Dessa forma, percebe-se que as pessoas devem atuar de forma a não comprometer ainda mais a situação destes seres nos seus últimos momentos. Não adianta investir em recursos técnicos que em nada melhoram o quadro clínico do paciente. Por este viés, o prolongamento da vida somente pode ser justificado se oferecer às pessoas algum benefício, respeitada a sua dignidade.

Conclui-se que a inviolabilidade do direito à vida, referida no art. 5º da Carta Magna, não deve ser considerada de forma absoluta¹⁶. Antes, mostra-se necessário fazer uma ponderação entre a sacralidade da vida e a qualidade da vida, para impedir, por exemplo, que um tratamento médico, posto à disposição do paciente para trazer-lhe conforto e bem-estar, seja utilizado como “método de tortura lenta, cruel e inútil, sob os auspícios da proteção constitucional” (VILLAS-BÔAS, 2005, pp. 141-142).

3.2 A vontade do paciente sob o viés do princípio da autonomia

A tradição filosófica kantiana concede muita importância ao princípio moral que impõe o respeito à autonomia da pessoa (FERRER; ÁLVAREZ, 2005). O argumento de Immanuel Kant baseia-se na idéia de que todas as pessoas possuem valor incondicional e que todas elas possuem capacidade para determinar o próprio destino sendo, portanto, fins em si mesmas e jamais meio para algo. Violar a autonomia das pessoas é tratá-las como meio, de acordo com os objetivos de outros, sem considerar os objetivos do próprio indivíduo (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002).

A palavra autonomia deriva do grego *autos* (próprio) e *nomos* (regra, governo, lei), e indica o “governo pessoal do eu”, que é livre tanto das ingerências externas quanto das limitações pessoais do indivíduo que obstam o

15. A desvalorização das pessoas com base na impossibilidade de se atingir um nível considerável de qualidade de vida também foi mencionada por Leo Pessini, que sinalizou a atitude de alguns bioeticistas ao falarem de recém-nascidos deficientes como “resíduos biológicos” a serem “caridosamente eutanasiados” (PESSINI, 2001, p. 145). Esse é um pensamento perigoso que pode ser utilizado na desvalorização de vida das pessoas mais vulneráveis.

16. Mônica Neves Aguiar chama atenção para o “fato de não haver direitos absolutos, no sentido de não existirem direitos, cujo exercício esteja imune à restrições” (CASTRO, 2002, p. 120).

ato de escolha. Respeitar um agente autônomo é reconhecer o direito dessa pessoa de ter suas opiniões, fazer suas escolhas e agir com base em valores e crenças pessoais (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002). É considerando a autonomia dos pacientes na tomada de decisão relativa ao cuidado com a saúde que se busca legitimar uma intervenção médica.

Para o genuíno exercício da autonomia é necessário a existência de um consentimento informado, que deve ser livre e esclarecido. Ele depende da conduta médica de revelar a informação adequadamente e da qualidade do entendimento do paciente ou sujeito de uma pesquisa. Consiste em uma autorização autônoma dada por um indivíduo para se submeter a uma intervenção médica ou a um envolvimento em pesquisa científica, consolidando a idéia de que o paciente tem um papel decisivo no processo de decisão médica (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002)¹⁷.

Mas qual é o limite da vontade do paciente na tomada de decisões médicas? Há que se considerá-la como fato apto a legitimar qualquer ingerência em sua vida, inclusive quanto à determinação do modo e de quando se dará a sua morte? Essas perguntas refletem o conflito moderno que envolve, de um lado a autonomia e a liberdade individual, e de outro, a indisponibilidade do direito à vida.

Sabe-se que o princípio do respeito à autonomia tem uma validade *prima facie*, mas não pode sucumbir diante de outros princípios morais concorrentes e prioritários (como beneficência, a não-maleficência e até mesmo a compaixão pelas pessoas)¹⁸. Dessa forma, a questão é muito mais complexa do que se pensa, sendo interessante perceber que, para cada tipo de decisão, o respeito à autonomia pode ter uma valoração diversa.

No que tange ao pedido para morrer que envolve a eutanásia e o suicídio assistido, algumas legislações já o aceitam como possível, mas para tanto

17. Em alguns estados americanos a autonomia se pode dar, ainda, por meio dos “testamentos vitais” (*living wills*), que são diretrizes de comportamento antecipadas, referente ao tratamento de uma pessoa, caso ela perca a capacidade para decidir; e as ordens para não ressuscitar (*do not resuscitate orders*), nas quais o paciente declara que, diante de uma parada cardiorrespiratória, não deseja ser reanimado. No Brasil, não há nenhum tipo de previsão.

18. A corrente principialista da Bioética, formulada por Tom L. Beauchamp e James F. Childress na obra *Princípios da Ética Biomédica*, apresenta quatro princípios pretensamente universais, norteadores da conduta biomédica na solução dos conflitos éticos. São eles: respeito à autonomia, beneficência, não-maleficência e justiça. A crítica que se faz a essa corrente é que ela trata da bioética norte-americana, não leva em consideração a situação de vulnerabilidade existente nos países do Terceiro Mundo. Ainda assim, seus princípios são amplamente utilizados no contexto da bioética mundial.

se faz necessário alguns requisitos, como o fato de ter sido feito repetidas vezes e estando o paciente em pleno gozo de suas faculdades mentais (VILLAS-BÔAS, 2005). O problema é flexibilizar demasiadamente o permissivo, autorizando a morte solicitada pelas pessoas que estão simplesmente “cansadas de viver”. Deve ser observado que a defesa da vida é, em verdade, de interesse de toda a coletividade.

No Brasil, a vida é direito fundamental das pessoas e, portanto, bem indisponível. Não há que se falar em possibilidade de renúncia, nem por parte da pessoa nem por parte de terceiros¹⁹. Dessa maneira, com relação ao pedido para morrer, “suposta manifestação de vontade do paciente não deve ser levada em consideração em face do estado crítico de saúde, e, ainda que se lhe admitisse validade, a marca da irrenunciabilidade do direito à vida constituiria óbice incontornável à sua interrupção” (SILVA NETO, 2006, p. 476), o que demonstra sua impossibilidade diante do ordenamento pátrio.

No mesmo sentido, Carlos Alberto Bittar (BITTAR *apud* GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2003, p. 158), analisando a vida sob a perspectiva dos direitos da personalidade, afirma que ela é o direito:

Que se reveste, em sua plenitude, de todas as características gerais dos direitos da personalidade, devendo-se enfatizar o aspecto da indisponibilidade, uma vez que se caracteriza, nesse campo, um direito à vida e não um direito sobre a vida. Constitui-se direito de caráter negativo, impondo-se pelo respeito que a todos os componentes da coletividade se exige. Com isso, tem-se presente a ineficácia de qualquer declaração de vontade do titular que importe em cerceamento a esse direito, eis que se não pode ceifar a vida humana, por si, ou por outrem, mesmo sob consentimento, porque se entende, universalmente, que o homem não vive apenas para si, mas para cumprir missão própria da sociedade.

O fato é que a própria doença, notadamente quando presente a terminalidade, altera os ânimos do doente, que pode adotar posturas impensadas solicitando que sua vida seja abreviada. Repete-se as palavras de Cicely Saunders (SAUNDERS *apud* PESSINI, 2001): “todo pedido para morrer é, na verdade, um pedido de socorro”. O paciente terminal, em verdade, é

19. Nesse sentido ver também Villas-Bôas (VILLAS-BÔAS, 2005); Rodrigues (RODRIGUES, 1993); Gagliano e Pamplona Filho (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2003). Nas palavras de Aníbal Bruno: “a vida é um bem jurídico que não importa proteger só do ponto de vista individual; tem importância para a comunidade. O desinteresse do indivíduo pela própria vida não exclui esta da tutela penal. O Estado continua a protegê-la como valor social e este interesse superior torna inválido o consentimento ao particular para que dela o privem” (*apud* SILVA, 1999, p. 205).

um ser frágil, se sente sozinho e acredita ser um peso para sua família e para a sociedade, de forma que o apoio nessas horas poderia ajudá-lo a lidar melhor com sua doença.

Quanto ao dissentimento referente ao prolongamento artificial, a recusa terapêutica é autorizada pelo ordenamento jurídico pátrio, não configurando hipótese de disponibilidade do direito à vida²⁰. O Código Civil Brasileiro atribui às pessoas a prerrogativa de recusar um tratamento que ocasione risco de vida, em função de seu direito à integridade física (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2003). A esse respeito dispõe o art. 15 do CC-02:

Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica.

Esse artigo prioriza a autonomia do paciente e dá extrema importância ao seu consentimento, que somente será mitigado em caso de iminente perigo de vida, conforme art. 146, §3º, I, do Código Penal Brasileiro. Acrescenta-se a isso o quanto determina a Constituição Federal, em seu art. 5º, III, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei”. Como não há lei que impõe ao paciente a obrigação de se submeter a tratamento médico algum, sua recusa é juridicamente possível, sobretudo se demonstrada a ineficácia da terapêutica²¹.

O prolongamento artificial, ainda que inútil, deve ser continuado se for esta a vontade do enfermo, eis que a ele cabe analisar os limites de seu sofrimento e, se deseja prosseguir, é porque as medidas estão lhe fazendo bem. Quando é um terceiro que opta pela continuidade de um tratamento desproporcional e fútil, no exercício da decisão substituta, esse ato pode não ser levado em conta em respeito ao princípio da não-maleficência e tendo em vista os melhores interesses do moribundo.

20. Quando o paciente recusa um tratamento ele não está renunciando ao seu direito à vida, ele não quer se submeter a uma terapêutica que ofenda sua integridade corpórea e intelectual.

21. Questão polêmica diz respeito à recusa à transfusão de sangue por motivos filosóficos e religiosos, em que direitos fundamentais se chocam. Em um conflito aparente entre o direito à vida e outros direitos fundamentais, como a liberdade religiosa, aquele prevalece. Todavia, no caso das hemotransfusões em pacientes “Testemunhas de Jeová”, o que está em jogo não é a sua liberdade religiosa, mas sua dignidade, cujo conceito pode ser alterado com a transfusão de sangue alheio. Entende-se que, nesse caso, se a recusa se der de forma expressa por parte de paciente capaz e consciente, para quem a vida perderia o sentido com o procedimento, deve ser acatada a sua vontade.

4. A POSIÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO VIGENTE

O Código Penal Brasileiro de 1940²² não tratou especificamente da eutanásia em nenhum dispositivo, mas a doutrina costuma classificá-la na figura do homicídio privilegiado por relevante valor moral, prevista no art. 121 § 1º do Código Penal: “Se o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço”. A redução de pena tem como base a pena prevista no *caput* para o homicídio simples, que é de seis a vinte anos.

Esta classificação é fruto da orientação da própria Exposição de Motivos do Código que, ao definir o que seja relevante valor social ou moral, traz como exemplo a eutanásia, nos seguintes termos: “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 de homicídio eutanásico)”.

Integra o tipo objetivo de homicídio eutanásico a conduta de quem provoca a morte de outrem (“matar alguém”), ação dirigida à antecipação temporal do lapso de vida alheia (BITTENCOURT, 2006). O sujeito passivo pode ser qualquer pessoa viva, mas o são em geral os doentes terminais, portadores de enfermidade incurável ou doenças degenerativas, os pacientes em coma e estado vegetativo persistente etc. Os neonatos, ainda que inviáveis – como os anencéfalos – também podem ser sujeito passivo, pois estão vivos conforme o critério atual de morte²³.

A proibição contida no tipo de homicídio visa tutelar a vida humana extrauterina, que tem por início o nascimento e perdura até a morte do indivíduo. Este bem jurídico, em razão de sua importância, é protegido sob qualquer circunstância, independentemente de sua qualidade.

Como a morte encefálica é o atual critério de morte clínica e jurídica, o desligamento de aparelhos que mantêm provisoriamente certas funções

-
22. Os Códigos Penais de 1830 e 1890 também não faziam menção à conduta eutanásica, mas tipificavam a participação em suicídio, que servia como paradigma para a solução dos conflitos envolvendo aquela prática (RODRIGUES, 1993).
 23. Manifesta Bittencourt: “é irrelevante a pouca probabilidade de o neonato sobreviver. Condições físico-orgânicas que demonstrem pouca ou nenhuma probabilidade de sobreviver não afastam seu direito à vida, tampouco o dever de respeito à vida humana, imposto por lei” (BITTENCOURT, 2006, p. 30). No mesmo sentido, Hungria, para quem é indiferente, inclusive, o grau de vitalidade da vítima: “a morte violenta do recém-nascido inviável ou a supressão do minuto de vida que reste ao moribundo é homicídio” (HUNGRIA, 1979, p. 36).

vegetativas do morto encefálico não constitui crime algum. Não há que se falar, pois, em eutanásia de morto encefálico; tratar-se-ia de crime impossível por absoluta impropriedade do objeto.

Uma ressalva há que ser feita no tocante à eutanásia indireta ou de duplo efeito. Segundo Claus Roxin (ROXIN, 2006), ela seria, tecnicamente, um homicídio praticado com dolo eventual: o médico sabe que, com a utilização de certas medicações, a vida do doente pode ser abreviada, entretanto, insiste em utilizá-las; mas o faz em benefício do próprio paciente, cumprindo seu dever médico de aliviar as dores dos enfermos. Assim, sua tipicidade é afastada porque é atividade socialmente legitimada e envolve um risco permitido, inerente ao exercício da medicina.

É de ser notado que se insere na adequação típica do homicídio privilegiado tanto a eutanásia ativa quanto a passiva. A eutanásia passiva parte de uma conduta omissiva do agente diante da possibilidade e do dever de atuar para evitar um resultado lesivo, respondendo, assim, não por omissão de socorro, mas pelo delito de homicídio consumado.

O homicídio praticado por omissão é conduta juridicamente possível, trata-se da aplicação do art. 13, § 2º do Código Penal brasileiro e decorre da posição de garantidor assumida pelo médico que, em razão de sua profissão, tem obrigação legal de cuidado para com seus pacientes²⁴. Na eutanásia passiva, também incide o privilégio legal em razão do motivo da omissão: a compaixão que leva o médico a não mais atuar em prol do paciente diante do sofrimento que sua vida lhe aparenta.

No tocante ao suicídio assistido, conquanto se tornou mais comum a partir da descoberta de drogas capazes de proporcionar uma morte sem dor, também não obteve tratamento específico no Código Penal de 1940. Assim, aplica-se a ele o dispositivo genérico referente à instigação, indução ou auxílio ao suicídio – artigo 122 do Código Penal brasileiro, para punir o médico ou qualquer outra pessoa que auxilia enfermo portador de doença grave ou incurável a por termo em sua vida, ainda que o faça por motivos altruístas ou humanitários. Para o caso, inexistente sequer o privilégio legal do relevante valor moral, podendo ser aplicada a atenuante genérica prevista no art. 65, III, do Código Penal.

Há que se tecer algumas considerações sobre o **consentimento do ofendido** na eutanásia, com a finalidade de determinar se este elemento

24. A doutrina predominante explica que se imputa o resultado ao omitente por meio de um nexo de causalidade jurídico e não naturalístico, no qual ele é punido não por ter dado causa, mas por não ter evitado o resultado.

é ou não eficaz na justificação do comportamento do agente para tornar lícito o homicídio piedoso.

Para alguns autores, o consentimento legitimaria a conduta do agente, tendo valor jurídico desde o direito romano, o que se verifica com a máxima *volenti e consentienti non fit injuria* (ASÚA, 1929). Este brocardo, no entanto, tem hoje aplicação limitada, suprimindo a noção de delito apenas quando envolve direitos renunciáveis. A questão que se põe é a seguinte: é a vida um bem renunciável por parte de seu titular, para que o consentimento torne válida a sua supressão?

Prevalece a opinião de que o consentimento não tem o condão de declarar a licitude da eutanásia, haja vista que não haveria, no caso, a possibilidade de renúncia do bem por parte daquele que consente. O reconhecimento da disponibilidade da vida humana não é viável em razão do interesse público que a cerca²⁵.

Há que se atentar, ainda, para a dificuldade de se obter um consentimento válido, porque o sujeito passivo, em geral, não está em condições de prestá-lo. Por isso, para Asúa (ASÚA, 1929, pp. 231 ss), ainda que se considerasse um efeito justificativo do consentimento, este só seria aplicável a uma pequena parcela dos casos, excluídos aqueles em que a manifestação de vontade não fosse viável em razão de alguma incapacidade do enfermo, sendo difícil evitar a arbitrariedade oriunda de “concupiscências econômicas ou do desejo de se libertar do pesado encargo que supõe um infeliz demente” caso a vontade fosse suprida pelos pais ou representantes legais.

Em verdade, o problema deve ser encarado também sob uma perspectiva local, de realidade sócio-econômico-cultural brasileira. Admitir o consentimento é valorizar a autonomia da vontade. Que autonomia tem a enorme parcela da população pobre que chega nas emergências dos hospitais públicos e nem sabe se, como e quando será tratada? Será que essa massa de marginalizados é consultada quando o médico entende pela necessidade de uma intervenção cirúrgica? Que dizer então da eutanásia, não seriam

25. Nem mesmo o suicídio, a despeito de não ser punido, revela a existência de um direito à morte. O direito brasileiro não pune o suicídio consumado nem tentado por questões de política criminal, permanecendo a ilicitude do ato (BITENCOURT, 2006). No suicídio consumado, duas são as razões para a ausência de sanção: do ponto de vista repressivo, não se pode punir um cadáver, do ponto de vista preventivo, seria inútil a ameaça da pena para quem não teme nem a morte; quanto à tentativa frustrada, a punição apenas aumentaria o desgosto da pessoa pela vida (HUNGRIA, 1979).

eles os primeiros eliminados com base em um suposto consentimento, mas que teria como causa real motivos econômicos e selecionadores?

Por outra via, entende-se que, ainda que o consentimento não se preste a declarar a licitude da eutanásia, ele não é indiferente ao Direito: é um critério que vai auxiliar o juiz a aferir o relevante valor moral da conduta; é dizer, se o ato de dar morte foi consentido pelo sujeito passivo, ou, mais especificamente, se foi por ele solicitado, este pedido *a priori* justifica a redução de pena pelo relevante valor moral.

Excluído o consentimento, é possível, por outro lado, utilizar a inexigibilidade de conduta diversa – estado de necessidade exculpante – para excluir a culpabilidade da conduta eutanásica praticada por quem se mostra inconformado com o sofrimento e a dor irremediável de um ente próximo (MINAHIM, 2005).

Por fim, solução interessante foi apresentada por Jiménez de Asúa (ASÚA, 1929) em sua obra “Liberdade de Amar e Direito a Morrer”, quando ele sugere que, malgrado subsista a ilicitude da conduta eutanásica, se atribua ao juiz a faculdade de conceder o perdão judicial para as formas de homicídio em que o agente atuou movido por “causas verdadeiramente piedosas e compassivas”.

5. BREVE ANÁLISE ACERCA DA ORTOTANÁSIA

Situação distinta e que merece relevo diz respeito à ortotanásia, ou, mais especificamente, às condutas médicas restritivas. São comumente tipificadas no art. 121, § 1º do Código Penal, recebendo o mesmo tratamento da eutanásia passiva, por inexistir disciplina expressa no código. Porém, o “não adiamento da morte” de um doente que já esteja em estado terminal, quando não há qualquer possibilidade de cura ou de melhora em sua qualidade de vida, não há que ser considerado crime. Não se pode obrigar o médico a utilizar todos os recursos de prolongamento de vida simplesmente porque eles existem, deve ser analisado o benefício acrescido ao paciente.

Algumas teorias podem ser invocadas para se afastar a tipicidade das condutas médicas restritivas, como a teoria finalista da ação, a teoria da imputação objetiva, a teoria da tipicidade conglobante e a teoria da adequação social da conduta. Pela a teoria finalista da ação, o comportamento médico é atípico em razão da inexistência do elemento subjetivo, qual seja, o dolo. Ele não age com *animus necandi*, essencial para que fosse configurado o crime de homicídio; pelo contrário, visa o bem estar do paciente.

Não há que se falar em imputação se o agente não criou nem aumentou um risco para o bem jurídico com o seu comportamento, esta é a idéia fundamental da teoria da imputação objetiva. O risco que leva o paciente

à morte não é incrementado pela suspensão terapêutica do suporte vital, mas decorre da própria doença de base que acomete o paciente. Ademais, o médico atua dentro dos limites do risco permitido inerente à medicina, atividade que lida diariamente com a vida e com a morte das pessoas.

Em alguns casos a conduta humana proibida pode perder a sua reprovabilidade diante da existência de outras normas que a fomentam, hipóteses em que o atuar não é penalmente típico, isto é, proibido, porque é incentivado pelo Direito. Assim é que as intervenções médicas com finalidades terapêuticas, claramente fomentadas pela ordem jurídica, também careceriam de tipicidade penal conforme a teoria da tipicidade conglobante.

A suspensão ou omissão de terapêutica fútil é conduta socialmente aceita e moralmente válida, portanto atípica segundo a teoria da adequação social de Welzel. Ela decorre da atuação médica corriqueira, que compreende a avaliação da indicação ou não de um determinado tratamento a um paciente.

No caso *sub examine* há que se considerar, ainda, a existência de duas causas de exclusão de ilicitude: o consentimento do ofendido (causa suprallegal) e o exercício regular de direito. As intervenções médicas e cirúrgicas constituem, via de regra, exercício regular de direito, a lei autoriza a esses profissionais a prática de seu ofício, desde que dentro dos limites e atendendo às regras da medicina. Quando o médico entende que determinada terapêutica não é adequada para um enfermo, e resolve não iniciar ou descontinuar seu uso, ele está exercitando a faculdade de indicação de um tratamento, perfeitamente compatível com a atividade médica.

A conduta humana deve se dar diante de circunstâncias normais para que seja reprovada pelo Direito, de forma que circunstâncias anormais podem constituir causas de exculpação, desobrigando os indivíduos a atuarem conforme a norma ou reduzindo tal exigência. Por meio desta justificativa, entende-se que o médico não pode ser culpável se, entre o dever de garantidor, que o obriga a impedir o resultado que se quer evitar – no caso, a morte do paciente, optou pelo dever ético e moral de buscar atender aos seus melhores interesses, interrompendo um tratamento que lhe é mais maléfico do que benéfico. A escolha do mal menor funciona como uma causa suprallegal de exculpação, sobretudo porque qualquer pessoa poderia agir como o autor, desde que se encontrasse na mesma situação (SANTOS, 2005).

Por fim, sustenta-se que a prática que impõe ao paciente a obrigação de se submeter a procedimentos invasivos e fúteis, acarretando-lhe quantidade considerável de sofrimento físico ou moral, pode ser considerada tortura, prática vedada pela Constituição Federal (art. 5º, III).

A falta de um tratamento penal mais adequado é fruto de um Código ultrapassado, elaborado em uma época em que não existiam recursos de prolongamento artificial de vida, como o uso do desfibrilador, aparelhos de respiração mecânica, injeção de drogas vasoativas para estimular a função cardíaca etc., que possibilitassem a ressuscitação de um organismo após uma parada cardíaca. Assim, é imprescindível que o Código Penal se adapte aos novos tempos, por meio de uma tutela mais específica das situações que acompanharam a evolução biotecnológica, atuando de forma a garantir a tão almejada segurança jurídica.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ASÚA, Luis Jiménez de. **Liberdade de amar e direito a morrer**: ensaios de um criminalista sobre eugenesia, eutanásia e endocrinologia. Trad. Benjamim do Couto. Lisboa: Livraria Clássica, 1929.
- BEAUCHAMP, Tom; CHILDRESS, James. **Princípios de ética biomédica**. Trad. Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2002.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 5ª ed. V. 2. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. **Honra, imagem, vida privada em colisão com outros direitos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- DINIZ, Débora; GUILHEM, Dirce. **O que é bioética**. São Paulo: Brasiliense, 2002.
- DRANE, James. PESSINI, Leo. **Bioética, medicina e tecnologia**: desafios éticos na fronteira do conhecimento humano. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2005.
- DWORKIN, R. M. **El dominio de la vida**: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual. Barcelona: Ariel, 1994.
- FERRER, Jorge José; ÁLVAREZ, Juan Carlos. **Para fundamentar a bioética**. Trad. Orlando Soares Moreira. São Paulo: Loyola, 2005.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 4ª ed. V. 1 São Paulo: Saraiva, 2003.
- HIRECHE, Gamil Föppel El. **Tutela penal da vida humana**: anotações sobre a eutanásia. Disponível em: <<http://www.blogdolfg.com.br>>, acesso em: 11 nov 2008.
- HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito penal e biotecnologia**. São Paulo: RT, 2005.

- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- PESSINI, Leo. **Distanásia: até quando prolongar a vida?** São Paulo: Loyola, 2001 (Coleção bioética em perspectiva).
- _____. **Eutanásia: por que abreviar a vida?** São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2004.
- PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de bioética**. 7ª ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2005.
- PIÑÁN, Eduardo y Malvar. **El homicidio piedoso**. Madrid: Revista de Archivos, 1927.
- RODRIGUES, Paulo Daher. **Eutanásia**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- ROXIN, Claus. **A tutela penal da vida humana**. Trad. Luís Greco. São Paulo: Damásio de Jesus, 2003 (Série perspectivas jurídicas).
- _____. **Estudos de direito penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. 4ª ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.
- SINGER, Peter. **Ética prática**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- TAVARES, Juarez. **As controvérsias em torno dos crimes omissivos**. Rio de Janeiro: Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal, 1996.
- VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. **Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos da disciplina jurídico-penal do final de vida**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.