

A EUTANÁSIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Nélida Reis Caseca Machado

Docente do curso de Direito do UNIFOR-MG
Pós-graduada em Direito Público pela PUC/Minas

Vinícius Batista Gonçalves

Discente do curso de Direito do UNIFOR-MG

RESUMO

Propõe um estudo da eutanásia no ordenamento jurídico brasileiro e, para tanto, conceitua, primeiramente, a eutanásia expondo suas modalidades, as visões religiosas e o modo como é vista no direito alienígena. Em seguida estuda os direitos fundamentais apresentando os conceitos e terminologias, a origem, a natureza jurídica, bem como as características, sendo analisados especificamente os direitos à igualdade e à liberdade. Analisa o princípio da dignidade da pessoa humana e sua importância dentro do ordenamento e, em seguida, aborda a eutanásia no direito brasileiro com a exposição do anteprojeto do Código Penal, a Resolução CMF n. 1.805/2006, fazendo menção ao perdão judicial, e, ainda, o consentimento do ofendido como causa suprallegal de exclusão da antijuridicidade, interpretando o direito à vida perante os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Eutanásia. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

ABSTRACT

It proposes a study of euthanasia in the Brazilian legal system and, therefore, considers, first, exposing its methods of euthanasia, religious views and how the right is seen alien. After studying the fundamental rights by presenting the concepts and terminology, origin, legal nature and characteristics, and analyzed specifically the rights to equality and freedom. It analyzes the principle of human dignity and its importance within the planning and then discusses euthanasia in Brazilian law with the exhibition of the draft Penal Code, Resolution No CMF 1.805/2006, referring to the judicial forgiveness, and also the consent of the victim as a cause of exclusion of the supra-legal antilegal, interpreting the right to life against the fundamental rights and the principle of human dignity.

Keywords: Fundamental Rights. Euthanasia. Principle of Dignity of the Human Person.

1 INTRODUÇÃO

Na lição de Maria Helena Diniz (2009), a palavra eutanásia vem do grego *eu*, "boa" e *thanos*, "morte", significando morte boa, sem angústias. O primeiro a empregá-la foi Francis

Bacon, em 1623, na sua obra *História vitae et mortis*.

Mas só no século XVII o termo adquiriu o significado de pôr fim à vida de uma pessoa enferma, para a qual não existiriam esperanças de vida em condições humanas. Assim, de acordo com o conceito clássico, a eutanásia consiste em "tirar a vida do ser humano por considerações '*humanitárias*' para a pessoa ou para a sociedade" (PESSINE; BARCHIFONTAINE, 2005, 379 p.)

A eutanásia é uma prática milenar praticada por diversos povos, por motivos e razões singulares em cada um deles, estando ligada a fatores culturais e norteadas por diversas crenças e mitos que foram se transformando no decorrer da história do homem.

Nos ensinamentos de Maria Helena Diniz (2009), em Esparta, os idosos e recém nascidos, vistos como deformados, eram arremessados do Monte Taijeto. Em Atenas era ministrado veneno aos anciões doentes por ordem do Senado. No rio Gange, eram jogadas as pessoas consideradas incuráveis pelo povo indiano. Os doentes graves e idosos eram enterrados vivos na Birmânia. Na Roma antiga, Cícero afirmava que o pai tinha o dever de matar o filho disforme. Na América do Sul, alguns povos eliminavam os anciões para que não fossem mortos por animais selvagens. E, no Japão, os pais idosos e doentes eram abandonados pelo primogênito na Colina da Morte.

Hodiernamente, a eutanásia consiste em uma ação ou omissão que conduza o paciente à morte, a pedido seu ou de familiares, que se encontra em um estágio terminal e irreversível de doença, diante de um sofrimento insuportável e com tratamento inútil.

José Afonso da Silva (2010, p. 202) define a eutanásia como: "morte que alguém provoca em outra pessoa já em estado agônico ou pré-agônico, com o fim de liberá-la de gravíssimo sofrimento, em consequência de doença tida como incurável, ou muito penosa, ou tormentosa".

Maria de Fátima Freire de Sá (2005), por sua vez, classifica a eutanásia em duas espécies: a ativa e a passiva (ortotanásia). A primeira ocorre por um ato que provoca a morte sem sofrimento. Discrepantemente, na segunda espécie, também conhecida como paraeutanásia, a morte do indivíduo em estado terminal acontece em razão de uma omissão do médico, que não inicia ou interrompe o tratamento, deixando de usar meios artificiais para prolongar a vida.

As religiões sempre buscaram preparar o indivíduo para a morte, definindo-a como uma passagem para outra vida transcendente, de paz espiritual e eterna, razão porque a

eutanásia é um tema que não escapou do seu olhar.

Devido aos dogmas e aos modos de encarar a vida e a morte, cada religião expõe um entendimento sobre o assunto. Nas quatro religiões predominantes no mundo (budismo, islamismo, judaísmo e cristianismo) a vida é um bem considerado sagrado.

Ensina Pessine (1999) que no budismo "grande ênfase é dada ao estado de consciência e paz no momento da morte. Não existe uma oposição ferrenha à eutanásia ativa e passiva, que podem ser aplicadas em determinadas circunstâncias".

O Código Islâmico de Ética e Medicina, prescreve que o médico deve preservar a vida em quaisquer circunstâncias. Entretanto, ele deve estabelecer os limites do procedimento terapêutico e não ultrapassá-lo, uma vez comprovado cientificamente que a vida não pode ser restaurada. Assim, o islamismo adota uma postura rigorosa quanto à eutanásia ativa e liberal quanto à passiva. (SÁ, 2002).

A tradição hebraica ensina que o médico não tem o poder de decisão entre a vida e a morte do paciente, pois aquela é um dom divino. Entretanto, a tradição legal hebraica (halakhah) diferencia o prolongamento da vida do prolongamento da agonia, sendo apenas o primeiro obrigatório. Desta maneira, percebe-se o repúdio à eutanásia ativa, mas certa tolerância à passiva (PESSINE, 1999).

A igreja católica emitiu a Declaração sobre a Eutanásia (05/05/1980) com o seguinte conceito: "Ação ou omissão que, por sua natureza ou nas intenções, provoca a morte a fim de eliminar toda a dor. A eutanásia situa-se, portanto, no nível das intenções e no nível dos métodos."

Conforme Sá (2002) a declaração manteve a posição já adotada pelo Papa Pio XII, modificando apenas as terminologias "meios ordinários e extraordinários" para "meios proporcionais e não proporcionais", autorizando a renúncia do tratamento que consistiria em um prolongamento precário e penoso da vida.

A Carta Encíclica *Evangelium Vitae*, emitida em 1995, pelo Papa João Paulo II, retomou a discussão sobre a eutanásia, entretanto manteve a mesma postura da declaração de 1980.

Em que pese o entendimento religioso, a eutanásia vem conseguindo um espaço jurídico em alguns países. Com relação ao direito estrangeiro, Diniz (2009) ensina que a legislação penal uruguaia prevê a possibilidade de impunidade no homicídio, nos casos em que o crime for praticado por compaixão após súplicas da vítima, sendo que na Colômbia, em

caso de autorização expressa do paciente, pode-se praticar a eutanásia ativa sob o manto do perdão judicial.

A eutanásia é tratada como um homicídio privilegiado pelos Códigos Penais da Alemanha (art. 216), da Suíça (art. 114) e da Itália (art. 579), e não admitem a absolvição, nem o perdão judicial (DINIZ, 2009, p. 380). Conforme Sá (2005), na Bélgica e na Holanda é permitida a prática da eutanásia, tendo sido autorizado neste último, em 2002, através da alteração do artigo 293 do Código penal holandês.

A legislação holandesa autoriza, ainda, a prática da eutanásia em menores, sendo que aqueles com idade entre 16 e 18 anos, poderão requererê-la desde que a decisão tenha sido tomada com a participação dos pais ou tutor. Os indivíduos com idade entre 12 e 16 anos poderão ter seu pedido atendido desde que seus pais ou tutores concordem (SÁ, 2005, p. 113-114).

No direito pátrio, em virtude da inexistência de norma específica, faz-se necessário um estudo dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro deve ser interpretado conforme a Constituição da República.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais surgiram após a revolução burguesa, fruto do descontentamento do povo com os poderes ditatoriais das monarquias absolutas que reinavam na Europa no fim do século XVIII.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, constitui um marco na história do homem, no que se refere à conquista dos direitos fundamentais e constituiu "um daqueles momentos decisivos, pelo menos simbolicamente, que assinalam o fim de uma época e o início de outra, e, portanto, indicam uma virada na história do gênero humano" (BOBBIO, 2004, p. 79).

Com a transformação da sociedade, os direitos criados sofreram adequações que as novas realidades sociais exigiam. Novos direitos foram surgindo, como os econômicos e sociais, baseados nas idéias comunistas que buscavam a liberdade e igualdade material, na doutrina social da igreja baseada em uma ordem mais justa dentro do capitalismo, e no intervencionismo estatal, em que o Estado atua na economia através de prestações positivas com intuito de proteger as classes menos favorecidas (SILVA, 2010, p. 157).

Sylvio Clemente da Motta Filho e Gustavo Barchet (2007) conceituam os direitos fundamentais como o conjunto de direitos considerados essenciais aos membros de certa sociedade em determinado período histórico, tratados pela Constituição, podendo ser exigidos e exercitados, singular ou coletivamente.

São direitos inerentes ao ser humano, previstos na Constituição, capazes de propiciar uma vida digna, decente, com respeito à integridade física, psicológica e moral do indivíduo perante a sociedade e ao próprio Estado. Alexandre de Moraes (2010) sustenta serem direitos constitucionais, pois inseridos no texto constitucional. Com relação à eficácia e à aplicabilidade, em regra é imediata.

Afonso da Silva (2010) apresenta quatro características aos direitos fundamentais: historicidade; inalienabilidade, imprescritibilidade, e irrenunciabilidade.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão previu, no artigo 1º, que os homens permanecem livres e iguais em dignidade e direito, iniciando uma nova época da história com a finalidade assegurar direitos, sendo o principal deles a liberdade, seguido pela igualdade diante da lei. (BOBBIO, 2004, p. 81).

Quanto à liberdade, torna-se mister analisar o imperativo kantiano pelo qual o homem deve ser considerado sempre como um fim em si mesmo. Tal assertiva afasta qualquer idéia que busca converter o ser humano em objeto-coisa, devido à qualidade humana que sustenta, sendo que para Kant, a dignidade humana tem como fundamento a autonomia da pessoa através da noção de liberdade (SOUZA, 2004, p. 251).¹

A liberdade, conforme Ronald Dworkin (2003), consiste no respeito das decisões que cada indivíduo toma por si próprio, mesmo que imprudentes, pois cada pessoa sabe o que melhor fazer com seus interesses fundamentais.

Entender o princípio da liberdade, pressupõe reconhecer ao indivíduo a escolha de guiar sua vida perante seus próprios valores, sem interferência externa, uma vez que ele é o responsável pela vida que possui.

O princípio da igualdade, por sua vez e como ensina Sá (2005), constitui base para os direitos individuais e fundamenta todos os direitos humanos, estando previsto no artigo 3º, IV, art. 5º, I, XLII, art. 7º XXX, XXXI e XXXII e art. 14 da Constituição da República.

Sylvio Clemente da Motta Filho e Gustavo Barchet prelecionam:

¹ SOUSA, R. V. A. Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Ed., 1995, p. 256 ss.

Respeitar o princípio da igualdade não significa somente tratar igualmente os que se encontrem em situações equivalentes, mas também tratar de maneira desigual àqueles que se encontram em situações desiguais, na medida de suas desigualdades. (MOTTA FILHO; BARCHET, 2007, p. 165).

A Constituição da República buscou atribuir a todo indivíduo uma igualdade material, pois não há como dar o mesmo tratamento às pessoas que se encontram em situações diversas, sob pena de se atingir uma desigualdade.

3 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Na antiguidade, a dignidade era definida de acordo com a condição social que a pessoa ocupava na sociedade. Já no fim da Idade Média o humanista-renacentista Pico della Mirandola definiu a dignidade como a racionalidade inerente ao ser humano, através da qual o homem toma consciência da sua liberdade, do poder de se autodeterminar e decidir os rumos da sua existência e do seu próprio destino. (SARLET *apud* SOUZA, 2004, p. 244).²

No Iluminismo, Kant, em sua obra "A fundamentação jurídica dos costumes", elabora a teoria de que o homem existe como um fim em si mesmo, e deve ser considerado como autor de seus princípios, devido a sua condição de ser racional, possuindo vontade própria sob a idéia de liberdade. (KANT *apud* SOUZA, 2004, p. 244-245).³

A Constituição República de 1988 declarou, no art. 1º, inc. III, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, o princípio da dignidade da pessoa humana, o que, para Novelino (2010), é de suma importância vez que deixa de ser valor moral para adquirir um valor jurídico, passando a se revestir de normatividade.

Ao prever a dignidade como fundamento o ordenamento jurídico brasileiro buscou atribuir direitos ao indivíduo para que este possa desenvolver uma vida pautada no bem estar, respeitada perante as demais pessoas e, inclusive, perante o próprio Estado.

Para Motta Filho e Barchet (2007, p. 137) "a dignidade da pessoa humana é preceito basilar que impõe o reconhecimento de que o valor do indivíduo, enquanto ser humano prevalece sobre os demais".

Não obstante, utilizando-se do imperativo de Kant no intuito de esclarecer o conceito

² SARLET, I. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p.

³ KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. P. Quintela. Lisboa: Edições 70, 1995.

de dignidade, pelo qual o homem é um fim em si mesmo, extrai-se que a definição afasta a possibilidade de conversão do ser humano em objeto, sendo que merece respeito simplesmente pelo fato de possuir a qualidade humana. Kant posiciona a liberdade como fundamento da dignidade. Portanto, a autonomia da pessoa constitui um pressuposto para a concretização e respeito da dignidade da pessoa humana (SOUZA, 2004, p. 251).

Souza (2004) ensina que a dignidade da pessoa humana é vista por muitos autores como supremo valor jurídico, prevalecente sobre os demais princípios, utilizado como parâmetro valorativo para interpretação dos direitos fundamentais, sendo estes porções autônomas dela derivados, e de todo o ordenamento jurídico uma vez que o homem é o fundamento e fim do Estado e do direito.

O princípio da dignidade humana busca atribuir direitos e garantias fundamentais ao indivíduo, para que possa decidir os rumos do seu próprio destino e tenha condições mínimas indispensáveis a uma vida pautada no bem estar com respeito por parte do poder público e de terceiros.

4 O DIREITO PÁTRIO

Apesar de ser um Estado laico, no Brasil predomina a religião cristã, sendo a população diretamente influenciada pelas opiniões da igreja, o que reflete incisivamente no ordenamento jurídico, seja no momento de elaboração das leis, seja durante a construção hermenêutica da norma.

Lado outro, o ordenamento jurídico brasileiro traz um arcabouço de direitos fundamentais que devem ser assegurados e protegidos sem distinção de qualquer natureza conforme a Constituição da República e a eutanásia é um assunto que vem ganhando um espaço de debate considerável, seja nas vozes dos doutrinadores, seja na tentativa de legislar sobre o tema.

Ensina Naves e Sá (2009) que o anteprojeto, publicado em 24 de março de 1998, no Diário Oficial da União acrescentaria os §§ 3º e 4º ao art. 121 do atual Código Penal:

§ 3º Se o autor do crime agiu por compaixão, a pedido da vítima imputável e maior, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável, em razão de doença grave: Pena - Reclusão de três a seis anos.

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

Algumas críticas lhe são feitas tendo em vista que o § 3º menciona apenas o sofrimento físico, não incluindo o psíquico, além de não definir o sofrimento insuportável. Quanto ao parágrafo § 4º não há ordem de preleção em relação às vontades dos parentes (NAVES; SÁ, 2009).

Em 2006 o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução 1.805/2006 que prevê o seguinte:

Art. 1º É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal.

§ 1º O médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação.

§ 2º A decisão referida no caput deve ser fundamentada e registrada no prontuário.

§ 3º É assegurado ao doente ou a seu representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica.

Art. 2º O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar.

A resolução, ainda que não haja permissivo no Código Penal, busca dar subsídios para a prática da eutanásia passiva, limitando ou suspendendo o prolongamento da vida do doente terminal, desde que respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante. Percebe-se que o doente continuará recebendo os cuidados paliativos para aliviar a dor, na busca de um digno término da vida.

O Ministério Público propôs uma ação civil pública nº 2007.34.00.014809-3 em face da resolução. O órgão público obteve uma vitória com a antecipação de tutela que suspendeu os efeitos da resolução, proferida pelo juiz da 14ª Vara de Justiça do Distrito Federal, mas em 1º de dezembro de 2010, o mesmo juiz julgou improcedente o pedido de decretação de nulidade interposto pelo Ministério Público naquela ação civil pública.⁴

Na sentença o juiz entendeu que o Conselho Federal de Medicina tem competência para tratar sobre o assunto, que não versa sobre direito penal, e sim sobre ética médica, sendo que a ortotanásia não constitui crime de homicídio, uma vez interpretada conforme a Constituição da República.

O novo Código de Ética Médica, em vigência desde o dia 13 de abril de 2010, prevê em seu art. 41 que é vedado ao médico abreviar a vida do paciente, mesmo a pedido deste ou

⁴ Sentença disponível em: http://www.jfdf.jus.br/destaques/14%20VARA_01%2012%202010.pdf

de seu representante legal. Entretanto, o parágrafo único do mesmo artigo prescreve que o médico, apesar de oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis, não deve empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas nos casos de doença incurável e terminal, desde que haja vontade expressa do paciente ou de seu representante legal.

Quanto à eutanásia ativa, grande parte da doutrina apresenta um entendimento conservador. Moraes alega:

A eutanásia é resumida como morte provocada em paciente vítima de forte sofrimento e doença incurável, motivada por compaixão ou piedade em relação ao doente em estado terminal, subsumida ao tipo legal do crime de homicídio privilegiado. (MORAES, 2008, p. 505).

Numa análise do ordenamento jurídico pátrio conclui-se que a eutanásia ativa, aquela em que há o ato de matar, configura homicídio na forma privilegiada devido a motivo de relevante valor social ou moral (artigo 121, § 1º do CPB).

Asúa *apud* Sá (2005, p. 131) busca justificar juridicamente a eutanásia ativa dentro do campo do direito penal. Propõe uma avaliação concernente ao móbil (motivação) da conduta. Caso móbil tenha caráter altruísta, não egoísta, caberia ao juiz declarar a impunidade do agente.⁵

O doutrinador espanhol ainda diferencia a eutanásia médica do homicídio por piedade, praticado, por exemplo, por familiares ou amigos. Desta maneira, afirma que o médico não tem o objetivo de matar o paciente, mas apenas aliviar-lhe as dores, sendo que cuidar não significa apenas proporcionar saúde. Já o homicídio piedoso, caso a motivação seja a piedade como consequência de um sofrimento insuportável caberia a faculdade ao juiz de aplicar o perdão judicial, que no seu entender é mais amplo que o perdão legal.

Damásio de Jesus (2008, p. 683) assevera que "o perdão judicial é o instituto pelo qual o juiz, não obstante comprovada a prática da infração penal pelo sujeito culpado, deixa de aplicar a pena em face de justificadas circunstâncias". Entretanto, no ordenamento jurídico pátrio, somente pode ser aplicado nas infrações indicadas pelo legislador, conforme prevê artigo 107, inc. IX, do Código Penal.

Destarte, a tentativa de aplicação do perdão judicial nos casos de eutanásia encontra resistência no direito brasileiro por ser admitido o perdão apenas nos casos expressamente previstos em lei e não há previsão legal para o perdão em face da eutanásia.

⁵ ASÚA, L. Jiménez. **Liberdade de amar e direito de morrer**. Lisboa: Clássica, 1929. p. 240 ss.

5 CAUSA SUPRALEGAL EXCLUDENTE DA ANTIJURIDICIDADE

Como se sabe, no Estado Democrático de Direito vigora a aplicação da hermenêutica constitucional, havendo de se ter uma moderna concepção constitucionalista da legislação criminal.

Para a configuração do crime no direito penal é necessário que o fato seja típico, antijurídico e culpável. Será típico quando estiver previsto na lei como crime. A antijuridicidade corresponde a uma conduta contrária ao ordenamento jurídico e a culpabilidade encontra-se no juízo de reprovação social.

Entretanto, o artigo 23 do código penal brasileiro estabelece que não haverá crime se o fato for praticado em estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito. Trata-se das causas de exclusão da antijuridicidade.

Além das normas permissivas da Parte Geral, existem, também, algumas na Parte Especial, como a do artigo 128, inc. I e II, que prevê a possibilidade da prática de aborto pelo médico quando não há outro meio para salvar a vida da gestante ou em casos de estupro (MIRABETE; FABBRINI, 2010).

A criação de uma lei que permitisse a prática da eutanásia, através da alteração do Código Penal, inserindo uma hipótese de exclusão da antijuridicidade, como ocorre nas hipóteses de aborto legal, seria a solução mais plausível para os que buscam defender a eutanásia vinculada à dignidade da pessoa humana em face daqueles que tratam a vida como um bem indisponível. É o que ocorre em países que a permitem, como a Holanda.

Entretanto, como bem preceitua Jesus (2008, p. 362), "existem condutas consideradas justas pela consciência social que não se encontram acobertadas pelas causas de exclusão de antijuridicidade."

Para dirimir tais questões a doutrina e a jurisprudência vêm entendendo haver causas supralegais, ou seja, não previstas expressamente no ordenamento jurídico, que excluem a antijuridicidade da conduta. Neste sentido,

Bitencourt escreve sobre o consentimento do ofendido como causa supralegal de exclusão da antijuridicidade:

O consentimento do titular do bem jurídico disponível afasta a contrariedade à norma jurídica, ainda que eventualmente a conduta consentida venha a se adequar a

um modelo abstrato de proibição. Nesse caso, o consentimento opera como causa justificante supralegal, afastando a proibição da conduta, isto é, da antijuridicidade. (BITENCOURT, 2010, p. 363).

A vontade deve ser expressa por quem atingiu a capacidade penal, ou seja, quem possui 18 anos de idade, não eivada por causa que lhe retire a validade, como o erro ou a violência (JESUS, 2008). Em cada caso concreto, caberá ao juiz averiguar a idoneidade do consentimento.

Mirabete e Fabbrini (2010) ensinam que se deve fazer uma distinção entre os bens indisponíveis e os bens disponíveis, sendo que, apenas com relação a estes há que se aplicar a causa supralegal do consentimento do ofendido.

Todavia, sustenta Pierangeli (1995, p. 110-111) que não há como fixar um critério seguro para aferir sobre a disponibilidade ou não de um bem jurídico sendo que o aplicador do direito não deve analisar apenas um ramo do Direito, mas todos os princípios gerais que constituem o ordenamento jurídico.

Diante disto indaga-se: O consentimento do ofendido, baseado nos direitos fundamentais à igualdade, à liberdade e à vida digna, não poderia configurar uma causa supralegal de exclusão da antijuridicidade do crime de homicídio, quando praticada a eutanásia ativa em casos de males irreversíveis e de sofrimentos extremamente penosos?

De acordo com Sá (2005), o direito à vida deve prevalecer oponível *erga omnes* apenas enquanto for possível viver bem, caso contrário o tal direito passaria a ser dever para alguns e direito para outros, consistindo, destarte, na quebra do princípio da igualdade. A concretude do princípio da igualdade, entre pessoas sãs e as que possuem males irreversíveis, encontra resposta no direito à liberdade ou autonomia da vontade, cabendo ao indivíduo decidir o que lhe aprouver com relação ao destino de sua vida.

Esta tese é minoritária, pois a maior parte da doutrina entende ser o direito à vida um bem indisponível, não cabendo ao indivíduo a possibilidade de consentir com a prática da eutanásia.

Contudo, a Constituição da República de 1988, conforme Silva (2010), considera o direito à vida não apenas no sentido biológico de incessante auto-atividade funcional, mas também em sua acepção biográfica.

Sarmiento e Piovesan argumentam que:

A proteção à vida, que constitui o primeiro e mais fundamental dos direitos tutelados no caput do artigo 5º da Constituição da República, cuja inviolabilidade é garantida a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país, refere-se não

apenas e objetivamente ao estado de ser vivo, mas a um modo qualificado de exercer os predicados da existência, o que vale dizer - de acordo com os padrões de dignidade existenciais ao direito de viver. Nesse sentido o direito à vida retrata o direito de viver uma vida digna segundo a valoração jurídico-social do que deva ser a existência com dignidade. (SARMENTO; PIOVESAN, 2007, p. 283).

O direito à vida é caracterizado pela concessão de todos os direitos e garantias fundamentais ao indivíduo, tanto os relacionados à integridade física quanto os diretamente ligados aos anseios subjetivos que devem ser alcançados através de sua autonomia privada. Desta maneira, quando tal situação não se concretizar verificar-se-á uma vida tendente à indignidade.

Ressalte-se que inexistente jurisprudência neste sentido. O entendimento jurídico ora proposto busca apenas apresentar argumentos jurídicos no plano teórico e fomentar futuras discussões sobre um tema tão complexo, que envolve diversas áreas além do direito.

6 ÚLTIMAS CONSIDERAÇÕES

A eutanásia consiste na ação ou omissão que acarreta a morte do paciente, a pedido seu ou de seus familiares, em estágio terminal, irreversível e diante de um sofrimento insuportável em que o tratamento médico se configura inútil.

Com relação às grandes religiões, estas apresentam um entendimento contrário à eutanásia ativa e certa tolerância quanto à ortotanásia, com exceção do Budismo que não apresenta oposição ferrenha a qualquer das modalidades.

Existem países que permitem a prática da eutanásia seja através do perdão judicial, ou até mesmo através de expressa disposição legal, como ocorre na Holanda, que determina que o ato não será punível quando cumpridos determinados requisitos.

A eutanásia deve ser entendida, dentro do ordenamento jurídico, através de uma leitura dos direitos fundamentais, que são aqueles essenciais ao indivíduo e previstos na Constituição, frutos de ideais surgidos no fim do século XVIII em oposição às monarquias absolutistas e caracterizam-se como históricos, inalienáveis, imprescritíveis e irrenunciáveis.

Os direitos fundamentais à igualdade e à liberdade são um compromisso do Estado para com o cidadão, pelos quais emanam todos os outros direitos. Através do primeiro o Estado não pode fazer distinções entre seus súditos, devendo buscar uma igualdade material, sendo que o segundo atribui ao indivíduo a possibilidade de guiar sua vida, sem interferência externa, de acordo com seus próprios valores.

O princípio da dignidade da pessoa humana, alicerce do ordenamento jurídico brasileiro, deve ser lido através do imperativo kantiano pelo qual o homem existe como um fim em si mesmo, devendo-se conceder ao indivíduo a possibilidade de traçar os rumos do seu próprio destino, através da utilização coordenada de todos os direitos fundamentais, para o alcance de uma vida pautada no bem estar, devendo ser respeitada pelo Estado e por terceiros.

A ortotanásia foi regulamentada pela Resolução do CFM 1805/2.006 e pelo novo Código de Ética Médica, em vigor desde 2010, através da suspensão do tratamento do doente em fase terminal, uma vez respeitada sua autonomia ou a pedido de seu representante.

Quanto à eutanásia ativa, a doutrina majoritária entende tratar-se da figura do homicídio na forma privilegiada devido a motivo de relevante valor social ou moral, conforme artigo 121 § 1º do Código Penal, inexistindo a hipótese de perdão judicial.

A criação de uma lei, que alterasse Código Penal inserindo uma norma permissiva com determinados requisitos para a prática da eutanásia, seria um modo de garantir a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana para aqueles que se encontram em fase extremamente tormentosa e irreversível de doença.

Entretanto, o consentimento do ofendido poderia funcionar como causa excludente de antijuridicidade, vez que inexistem parâmetros infalíveis para determinar a disponibilidade ou não de um bem, devendo ser aplicados os princípios gerais do direito. Portanto, propõe-se uma avaliação do direito à vida de acordo o princípio da dignidade da pessoa humana, juntamente com os direitos à igualdade e à liberdade.

Destarte, o direito à vida, protegido pela Constituição da República, será indisponível apenas enquanto for possível viver bem, ou seja, com a utilização de todos os direitos fundamentais, na busca pela realização enquanto ser humano.

REFERÊNCIAS

BARCHET, G.; MOTTA FILHO, S. C. **Curso de direito constitucional**. Ed. atual. até a EC nº 53/06. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal**. Parte Geral. 15. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de

Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CARVALHO, K. G. **Direito constitucional**: teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo. 15. ed. rev. atual e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

DINIZ, M. H. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. 25. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a reforma do CPC e com o Projeto de Lei nº 276/2007. São Paulo: Saraiva, 2008.

DINIZ, M. H. **O estado atual do biodireito**. 6. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

DWORKIN, R. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. **Direito civil**: teoria geral. 7. ed. atual. pela Lei nº 11.382/06 (que alterou o Código de Processo Civil e o regime de impenhorabilidade). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. **Novo curso de direito civil**: Parte Geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1.

JESUS, D. E. **Direito penal**: parte geral. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.

MIRABETE, J. F.; FABBRINI, R. N. **Manual de direito penal**. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2010. v. 1.

MORAES, A. **Direito constitucional**. 26. ed. rev. e atual. até a EC. Nº 64/10 e Súmula Vinculante 31. São Paulo: Atlas, 2010.

MORAES, G. P. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2008.

MOREIRA, A. M. F. **A ortotanásia e a Resolução CFM Nº 1.805 /2006**. Disponível em: < <http://www.lfg.com.br> > Acesso em: 24 nov. 2008.

NAVES, B. T. O.; SÁ, M. F. F. **Bioética e o novo Código Civil de 2002**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

NAVES, B. T. O.; SÁ, M. F. F. **Manual de biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

NOVELINO, M. **Direito constitucional**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PEREIRA, C. M. S. **Instituições de direito civil**: introdução ao direito civil. Teoria geral de direito civil. 21. ed. rev. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 1.

PESSINI, L.; BARCHIFONTAINE, C. P. **Problemas atuais de bioética**. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

PESSINI, L. A eutanásia na visão das grandes religiões mundiais: (Budismo, Islamismo, Judaísmo e Cristianismo). **O Mundo da Saúde**, São Paulo, v. 23, n. 5, p. 317-331, out./set. 1999. Disponível em: <<http://boards4.melodysoft.com/vetuycorresponsales/a-eutanasia-na-viso-das-grandes-religies-2.html>>. Acesso em: 24 abr. 2011.

PESSINI, L. **Eutanásia**: por que abreviar a vida? São Paulo: Edições Loyola, 2004.

PIERANGELI, J. H. **O consentimento do ofendido (na teoria do delito)**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

RODRIGUES, S. **Direito civil**: parte geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1.

SÁ, M. F. F. **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SÁ, M. F. F. **Direito de morrer**: eutanásia, suicídio assistido. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SÁ, M. F. F. **Direito de morrer**. 2000. Tese (Doutorado)-Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2000.

SARMENTO, D.; PIOVESAN, F. (Coord.). **Nos limites da vida**: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

SOUZA, P. V. S. **Bem jurídico-penal e engenharia genética humana**: contributo para compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional Positivo**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

VADE MECUM. 4. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.