

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

UMA VISÃO TRANSDISCIPLINAR SOBRE EUTANÁSIA

AMANDA FRANCO MACHADO

RIO DE JANEIRO

2008

AMANDA FRANCO MACHADO

UMA VISÃO TRANSDISCIPLINAR SOBRE EUTANÁSIA

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Mestre Cezar Augusto Rodrigues Costa

RIO DE JANEIRO

2008

Machado, Amanda Franco.

Uma visão transdisciplinar sobre eutanásia / Amanda Franco Machado. – 2008.

98 f.

Orientador: Cezar Augusto Rodrigues Costa.

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 68-75.

1. Eutanásia – Monografias. 2. Direito Penal I. Costa, Cezar Augusto Rodrigues. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. III. Título.

CDD 341.5

AMANDA FRANCO MACHADO

UMA VISÃO TRANSDISCIPLINAR SOBRE EUTANÁSIA

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: ____ / ____ / ____

Banca Examinadora:

Nome completo do 1º Examinador – Presidente da Banca Examinadora
Prof. + titulação (caso tenha) + instituição a que pertence – Orientador(a)

Nome completo do 2º Examinador
Prof. + titulação (caso tenha) + instituição a que pertence _

Nome completo do 3º Examinador
Prof. + titulação (caso tenha) + instituição a que pertence

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus pela imensa conquista de me graduar em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro e pela força inspiradora que me permitiu elaborar este trabalho, tendo em vista todas as inúmeras dificuldades pelas quais passei.

A minha mãe pela compreensão e apoio incondicional devo externar minha eterna gratidão e imenso carinho.

Ao meu orientador, Prof.º Mestre Cezar Augusto Rodrigues Costa, agradeço pela paciência, apoio e conselhos sempre preciosos com que, especialmente, orientou este trabalho.

Por derradeiro, agradeço a todos os amigos da Faculdade Nacional de Direito que de alguma forma contribuíram para este trabalho de conclusão de curso, seja emprestando livros ou compartilhando informações.

RESUMO

MACHADO, A. F. *Uma visão transdisciplinar sobre eutanásia*. 2008. 98 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

Analisam-se os aspectos da possibilidade de se aplicar a eutanásia, levando em consideração uma visão transdisciplinar sobre o tema, assim como o direito de decisão e o consentimento. Com finalidade de propiciar melhor compreensão do tema, o segundo capítulo abordará os princípios constitucionais e infraconstitucionais relevantes, tais como os direitos humanos de existência (o direito a vida, o direito de matar e o direito de morrer), os princípios da dignidade da pessoa humana, autodeterminação, legalidade e culpabilidade. Os citados princípios, em muitos momentos aparecerão de forma entrelaçada para justificar, ou mesmo afastar, a prática da eutanásia. O terceiro capítulo fará uma breve análise de alguns aspectos jurídico-penais destacando o bem jurídico, assim como diversas fontes legislativas. Tendo em vista a ineficiência normativa apresentada, será abordado o Biodireito, cujo objetivo principal é tentar disciplinar temas polêmicos relacionados à biotecnologia. O quarto capítulo traz em seu bojo a eutanásia através de breve esboço histórico, algumas conceituações e classificações consideradas interessantes para o estudo. Logo em seguida serão discutidos os tratamentos paliativos, sob o enfoque do princípio da proporcionalidade, ressaltando a relação entre o fim e o meio e a qualidade temporal de vida. O direito de decisão, que deve ser examinado sob o ponto de vista da autonomia, liberdade e dignidade da pessoa humana, levará em consideração a pluralidade das atuais sociedades democráticas. O ponto de vista de Ronald Dworkin, em sua obra *Domínio da Vida*, questiona a visão essencialmente religiosa sobre conceitos como a vida, a morte e eutanásia. Finalizando, será estudado o consentimento informado diretamente relacionado ao princípio da autonomia, as causas de excludente de tipicidade e de ilicitude e o consentimento do ofendido no âmbito do Direito Penal. Concluindo-se que com os adventos da modernidade urge seja realizada uma revisão da legislação penal, considerando que não há mais possibilidade de frear os avanços da biotecnologia.

Palavras-Chave: Eutanásia; Princípios constitucionais e infraconstitucionais; Aspectos jurídico-penais; Biodireito; Tratamentos paliativos ou eutanásia; Direito de decisão; Visão de Dworkin; Consentimento (causa de exclusão de tipicidade ou ilicitude).

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	6
2	ALGUMAS CONSIDERAÇÕES: OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E INFRA-CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS A ANÁLISE DA EUTANÁSIA	9
2.1	Direitos Humanos de existência	10
2.1.1	Direito à vida	10
2.1.2	Direito de matar	12
2.1.3	Direito de morrer	14
2.2	Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	15
2.3	Princípio da Autodeterminação	18
2.4	Princípios penais	20
2.4.1	Legalidade	20
2.4.2	Culpabilidade	22
3	BREVE ANÁLISE DE ALGUNS ASPECTOS JURÍDICO-PENAIIS E DO BIODIREITO	24
3.1	Bem jurídico	24
3.2	Análise da Exposição de Motivos da Parte Especial, dos Anteprojetos da Parte Especial do Código Penal (homicídio eutanásico) e de outras fontes	26
3.3	Biodireito: a relação entre Bioética e Direito (visão transdisciplinar)	30
4	EUTANASIA E O CONSENTIMENTO	36
4.1	Breve histórico, conceito e classificação de Eutanásia	37
4.2	Tratamentos paliativos ou eutanásia? Prolongar o sofrimento ou morrer com dignidade?	43
4.3	Direito de decisão: direito público ou privado?	47
4.4	A visão de Ronald Dworkin	52
4.5	O consentimento informado e as funções do consentimento do ofendido no Direito Penal (causa de exclusão típica e causa de exclusão da ilicitude)	57
5	CONCLUSÃO	65
...		
	REFERÊNCIAS	68
	ANEXO A	76
	ANEXO B	80
	ANEXO C	82

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como escopo analisar aspectos da possibilidade de se aplicar a eutanásia, levando em consideração uma visão transdisciplinar sobre o tema. No segundo capítulo serão destacados alguns princípios constitucionais e infraconstitucionais considerados relevantes, tais como os direitos humanos de existência, os princípios da dignidade da pessoa humana, autodeterminação, legalidade e culpabilidade. Os citados princípios, em muitos momentos aparecerão de forma entrelaçada para justificar, ou mesmo afastar, a prática da eutanásia.

Interessante ressaltar que os direitos humanos de existência serão analisados sob o enfoque de três valores considerados extremamente importantes. São eles: o direito a vida, o direito de matar e o direito de morrer. Tais valores serão examinados sob um ponto de vista crítico, já que o conceito vida é atualmente questionado sobre a sua inviolabilidade, principalmente por aqueles que defendem a eutanásia. Outro aspecto relevante é apontado quando se analisa o direito de matar como instituto vedado pelo ordenamento brasileiro, salvo quando se observa a legislação no tocante as suas excepcionalidades (exemplos: pena de morte e excludentes de ilicitude). Relacionado aos conceitos anteriormente citados está o direito de morrer, que será apontado ao longo deste trabalho, tanto em relação à mutabilidade do conceito quanto ao questionamento de quando deve ser considerado o ponto final da vida.

O princípio da dignidade da pessoa humana terá a pretensão de evitar possíveis agressões e desconsideração do indivíduo, buscando de forma constante e incessante demonstrar que o homem é titular de direitos passíveis de serem respeitados e reconhecidos, tanto pela sociedade quanto pelo Estado, já que a dignidade é qualidade inerente ao ser humano. Neste contexto, analisa-se o princípio da autodeterminação (liberdade) que visa o respeito às decisões de cada indivíduo, destacando a responsabilidade individual de cada um por si, já que o conceito de liberdade está intrinsecamente relacionado à autonomia da vontade. Após essa breve análise, o objetivo é ressaltar o princípio da legalidade, cujo desiderato é a garantia da segurança jurídica constituindo limitação ao poder estatal, visando o direito de liberdade, por fim, fazer breve estudo sobre o princípio da culpabilidade, demonstrando de forma simplificada a estrutura analítica do crime (fato típico, ilícito e culpável), tendo em vista que não se pretende aprofundar no tema.

No terceiro capítulo será feita uma breve análise de alguns aspectos jurídico-penais, destacando o bem jurídico, assim como diversas fontes legislativas, principalmente alguns Anteprojetos da Parte Especial do Código Penal. O bem jurídico será salientado devido ao critério valorativo utilizado pelo Direito Penal para classificá-lo como bem passível de proteção, levando em consideração a política criminal vigente e a mutabilidade dos conceitos jurídicos. No campo legislativo se conclui que foram inúmeras as tentativas de se normatizar a eutanásia, todavia foram infrutíferas, já que foram insuficientes para trazer ao contexto hodierno uma discussão sobre tema tão polêmico e contraditório.

Tendo em vista a ineficiência normativa apresentada surge o Biodireito, cujo objetivo principal é tentar disciplinar temas polêmicos como a eutanásia. É clarividente que o direito não tem conseguido acompanhar os avanços advindos das ameaças e lesões provocadas pelo progresso da biotecnologia, trazendo à baila discussões sobre quais são de fato os bens jurídicos que devem ser tutelados pelo Direito. O que se configura no âmbito jurídico é a ausência de uma legislação coesa, o que impulsiona a utilização freqüente de princípios para tratar de questões concretas. No campo de estudo do Biodireito se destacam alguns princípios éticos que são na atualidade bastante importantes, tais como beneficência, não-maleficência, justiça, respeito da autonomia, sacralidade da vida e qualidade de vida. Cada princípio surge com seu enfoque próprio, todavia são algumas vezes contraditórios, levando a discussão sobre como devem ser aplicados e se há primazia hierárquica entre eles.

O quarto capítulo traz em seu bojo a temática principal, ou seja, a eutanásia. Inicialmente, serão feitos um breve esboço histórico, algumas conceituações e classificações consideradas interessantes para o estudo. A partir disso se torna perceptível a dificuldade de se conceituar, assim como classificar a eutanásia no contexto histórico, por isso foram apresentadas às opiniões de alguns estudiosos. Quanto à classificação serão estudados vários tipos de eutanásia, tais como: distanásia, ortotanásia, mistanásia, eutanásia eugênica, econômica, legal e terapêutica, não se podendo afirmar ausência de tipos, já que nem existe um acordo sobre os que foram apresentados. Cada estudioso classificará eutanásia com o seu entendimento espaço-temporal, havendo, portanto, inúmeras discrepâncias. Por outro lado, também serão discutidos os tratamentos paliativos, sob o enfoque do princípio da proporcionalidade, ressaltando a relação entre o fim e o meio e a qualidade temporal de vida.

O debate sobre a vida e morte será guindado a ponto irremediavelmente importante, já que tais conceitos apresentam grandes dificuldades de serem delineados. Tais valores são analisados sobre o enfoque da mutabilidade tanto da sociedade quanto das normas morais que fazem parte de nossa existência. O tema será discutido no âmbito de pareceres médicos, do

Código de Ética Médica, de resoluções e leis, numa tentativa de buscar soluções para casos concretos. A partir disso, surge em cena o direito de decisão, que deve ser ressaltado sob o ponto de vista da autonomia, liberdade e dignidade da pessoa humana, considerando-se a pluralidade das atuais sociedades democráticas. O direito comparado é apresentado como expositor de casos reais que clamam ser resolvidos, tais como os de Nancy Cruzan, Ramon Sampedro, Irene Willianson, entre outros. Cada qual enfatizando um motivo para o cometimento da eutanásia, a maioria movido pelo móvel piedoso e altruísta.

Buscando fundamentação teórica ao que se deseja expor neste estudo, é apresentado o ponto de vista de Ronald Dworkin, em sua obra o *Domínio da Vida*, que questiona a visão essencialmente religiosa sobre conceitos como a vida, a morte e eutanásia. A autonomia, os interesses fundamentais e a santidade da vida serão abordados para se discutir a tomada de decisão sobre a eutanásia. Ao mesmo tempo em que os direitos à autonomia, à beneficência e à dignidade também serão apontados. Na verdade, o autor faz uma análise questionadora e bastante interessante, demonstrando a interconexão de todos os temas que até o momento foram abordados. O contexto da decisão será por ele examinado sob três prismas, levando em consideração a capacidade de discernimento do indivíduo e pontuando casos concretos para elucidar e exemplificar. Outro aspecto relevante apontado é a concepção de santidade da vida relacionada às convicções próprias de cada ser humano, demonstrando que há de fato uma interligação entre tudo o que foi exposto.

Finalizando, será examinado o consentimento informado diretamente relacionado ao princípio da autonomia, sob a perspectiva de vários documentos, tais como convenções, códigos de ética, diretrizes internacionais, entre outros. Posteriormente, é importante ressaltar a estrutura analítica do crime ao abordar as causas de exclusão típica (quando não há previsão do tipo, não há nexos de causalidade e não há dolo ou culpa) e de ilicitude (estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal, o exercício regular do direito e o consentimento do ofendido), já que não se pretende analisar a eutanásia sob o prisma da culpabilidade. Sendo assim, dentre as causas de excludente de ilicitude ganhará destaque o consentimento do ofendido a partir de um breve esboço histórico da legislação penal brasileira. Outrossim, a validade do consentimento será suscitada, sob o ponto de vista de não ter qualquer valor jurídico, assim como será refutado tal posicionamento. Neste sentido, a apreciação de alguns autores será apresentada para demonstrar como a doutrina vem encarando a funcionalidade do consentimento, visando fazer refletir sobre a temática abordada. Não se trata aqui de esgotar o tema, mesmo porque seria impossível fazê-lo, se nem ao menos há consenso sobre o que seja eutanásia, mas apenas buscar entendê-lo de uma forma

mais contextualizada com os adventos da modernidade e clamar por uma revisão da legislação penal, considerando que não há mais possibilidade de frear os avanços da biotecnologia.

2 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS A ANÁLISE DA EUTANÁSIA

Alguns princípios devem ser pontuados para que haja uma melhor compreensão sobre a eutanásia. Os princípios da dignidade da pessoa humana e da autodeterminação do indivíduo serão analisados de forma bastante simplificada, mas buscando a interligação de valores, tais como o direito à vida, o direito de matar e o direito de morrer. Nesse caminho, Direitos Humanos de existência é uma proposta de classificar esses três valores aparentemente mais importantes para adentrarmos no tema. Dessa forma se torna importante delimitar a vida e a morte, mesmo que não se alcance um consenso sobre o que seja cada um desses termos.

Posteriormente, analisar os princípios de dignidade da pessoa humana em sua contextualidade histórica, assim como, o princípio da autodeterminação (liberdade) do indivíduo. Neste contexto, algumas críticas serão apresentadas, tais como o seguinte trecho da obra de Evandro Côrrea de Menezes que “Não ha, pois, um *verdadero e proprio* direito da sociedade e da família sobre a *existencia* do individuo, a menos que não se renovem os vinculos da escravidão.” (grifo do autor)¹

Norberto Bobbio preleciona “[...] O que prova que não existem direitos fundamentais por natureza. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas.” E tratando do relativismo nos remete ao seguinte entendimento “Não se concebe como seja possível atribuir um fundamento absoluto a direitos historicamente relativos.”² A base de pensamento do autor é a mutabilidade dos direitos do homem tomando como base todas as modificações históricas.

Finalizando, alguns aspectos dos princípios da legalidade e da culpabilidade serão abordados. O primeiro enfatizando a necessidade se assegurar à segurança jurídica das relações sociais, e o segundo para demonstrar a estrutura do conceito de crime, assim como esclarecer que não se pretende analisar a eutanásia à luz deste princípio. O mais importante será entender que a legislação penal precisa se adequar ao contexto social da atualidade, abrindo caminho para discutir temas como a eutanásia. Assim sendo, iniciemos o estudo de algumas considerações.

2.1 Direitos Humanos de existência

¹ ARAUJO, João Vieira de. *O Código Penal interpretado*. Brasília: Ed. fac-similar - Senado Federal – Superior Tribunal de Justiça, 2004. v. 2. p. 18.

² BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Regina Lyra. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2004. p. 38.

2.1.1 Direito à vida

O direito à vida está na esfera dos mais importantes princípios fundamentais, pois a partir dele se reconhece à existência da pessoa e da personalidade. A Constituição brasileira em seu artigo 5º assegura alguns direitos, tais como, o direito à vida, à liberdade e à segurança. Não que se entenda aqui um dever de viver sob qualquer condição.³ Alguns instrumentos internacionais também reconhecem a proteção à vida. Neste sentido, a Convenção Européia dos Direitos do Homem em seu artigo 2º prevê “os direitos de toda pessoa à vida”. Seguindo o mesmo entendimento, a Convenção Americana dos Direitos do Homem em seu artigo 4º, alínea 1ª, prevê que “toda pessoa tem direito ao respeito à vida”, além disso, faz a previsão de proteção desse direito a partir da concepção do ser humano.⁴

Outrora alguns filósofos, cada qual em seu tempo, apresentavam conceitos daquilo que se entendia por vida. Rita Maria Paulina dos Santos apresenta algumas definições de vida na visão de Platão, Aristóteles e Santo Tomás de Aquino. Platão definia a vida como a alma, pois considerava que a alma era a capacidade humana de “mover-se por si”. Segundo Aristóteles, em sua obra *De Anima*, a vida seria a “nutrição, o crescimento e a destruição que se originam por si mesmo” enquanto “possuem em si mesmos uma potência ou um princípio tal pelo qual estão sujeitos ao crescimento ou diminuição nas direções opostas”. Santo Tomás de Aquino, em sua obra *Summa Teológica*, afirmava que a vida era “a substância à qual convém por sua natureza mover a si mesma ou conduzir a si mesma, de qualquer modo, à operação”, concluindo que a alma é o princípio da vida. Na obra desta mesma autora é apresentado o conceito proposto por René Descartes e Thomas Hobbes como sendo um conceito de vida mecânica, não havendo qualquer ligação entre vida e alma, contrariando, desta forma, os conceitos dos filósofos citados anteriormente. No mesmo caminho, ela cita duas outras correntes, denominadas de mecanicismo (organização físico-química) e vitalismo (além da

³ Nesse sentido Dworkin assinala “Devemos ter o cuidado de não nos deixar enganar pelo forte conteúdo emocional das descrições da vida humana, das pessoas e do assassinato, que revelam emoções intensas mas não constituem um guia claro para as crenças que mexem com a emoção das pessoas”. (DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 28)

⁴ [ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS](http://www.cidh.org/Relatoria/docListCat.asp?catID=15&IID=4). Convenção Européia de Direitos Humanos de 4 de novembro de 1950. Disponível em: <<http://www.cidh.org/Relatoria/docListCat.asp?catID=15&IID=4>>. Acesso dia 17 de junho de 2008; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Aspectos jurídico-penais da eutanásia*. São Paulo: IBCCRIM, 2001. p. 97.

organização físico-química, existe também uma natureza espiritual). Na concepção de José Afonso da Silva “a vida humana, que é objeto do direito assegurado no art. 5º, *caput*, integra-se de elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais).” (grifo do autor)⁵

Hodiernamente, o que interessa é a relativização do conceito vida como bem jurídico passível de tutela pelo Direito Penal, tendo em vista estarmos sob a influência de valores, tais como, o princípio da dignidade da pessoa humana e da liberdade (autodeterminação). O que se questiona hoje é o posicionamento de que o indivíduo teria direito à vida e não sobre a vida, tal afirmativa afasta qualquer possibilidade de se considerar a vida como bem jurídico disponível.⁶

Nesse sentido, o conceito vida não deve ser tratado de forma absoluta, tanto na concepção moral quanto na jurídica, já que a morte provocada é juridicamente aceita e permitida em determinados casos, citando apenas como exemplo as excludentes de ilicitude, no Direito Penal, e a pena de morte, prevista no artigo 5º, XLVII, alínea *a* da Constituição brasileira e na legislação alienígena, situações em que a vida se torna um bem disponível. Por outro prisma, salienta-se a política criminal que permite ataques à vida, não lhes imputando crime, exemplos, o suicídio, o descarte de embriões e o aborto do anencefálico (perfazendo-se através de alvarás fundamentados na inexistência de vida).⁷ Buscando maior consistência para relativização do conceito, pode ser encontrada na Convenção Européia dos Direitos do Homem em seu artigo 2º a previsão do direito à vida, mas ao mesmo tempo, a enumeração das exceções para que cada ordenamento político seja respeitado.

Como bem atesta Ferri sobre o direito à vida:

Se o direito à vida é tangível e anulável em certos casos, quer por parte do Estado (pena de morte), quer por parte de um particular (legítima defesa, estado de necessidade), tal direito também pode ser abdicado ou renunciado por parte do seu titular. Nem a família, nem a sociedade têm um *verdadeiro e próprio direito* à vida de cada um de seus membros. Que a sociedade e a família tenham, em regra, *interesse* na existência de cada um de seus membros, é inegável; mas *interesse* não é direito, pois que um deriva da simples *utilidade*, outro da imprescindível *necessidade*: faltando esta inexistente o direito. (grifo do autor)⁸

⁵ SANTOS, Maria Paulina dos. *Dos transplantes de órgãos à clonagem: nova forma de experimentação humana rumo à imortalidade?* Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000, p. 12-13; SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed. rev. e atual. nos termos da Reforma Constitucional (até Emenda Constitucional n. 42, de 19.12.2003, publicada em 31.12.2003), São Paulo: Malheiros Editora, 2004. p. 197. Na visão de Santo Tomas de Aquino, “tirar uma vida é um pecado contra Deus”. Tal argumento ressalta o princípio da sacralidade da vida. Entretanto, ele ressalta de forma comparativa que “do mesmo modo que matar um escravo seria um pecado contra o proprietário de escravo”. (SINGER, Peter. *Ética Prática*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002 – Coleção biblioteca universal. p. 99).

⁶ MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito Penal e Biotecnologia*. Luiz Regis Prado (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 70.

⁷ Ibid. p. 70-71.

⁸ V. HUNGRIA, Nelson. *Direito Penal: Parte Especial*. Rio de Janeiro: Ed. Livraria Jacinto, 1937. p. 243 *apud* MENEZES, Evandro Correa de. *Direito de Matar: eutanásia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977. p. 31.

Na verdade, o Estado protege o direito à vida de forma precária abrangendo o mínimo de recursos para uma condição de vida digna. O mesmo Estado que deveria resguardar a vida, demonstra uma faceta cruel. Simplesmente mantém a massa assalariada, desempregada, com mínimos recursos para a educação e subalimentada. A dignidade desce pelo “ralo”, de uma democracia, que não é democrática, num Estado liberal, onde seus cidadãos não são de fato livres. No contexto contemporâneo, a Bioética surge e vem propor novo paradigma que possibilite um novo discurso sobre a vida e a morte, o que será analisado ao longo do trabalho.

2.1.2 Direito de matar

Historicamente, a Igreja já teve uma relação profunda com o ato de matar. Em nome da religião já se praticaram vários abusos contra a humanidade, com o simples fundamento de que era permitido matar em nome da fé, mascarando as reais intenções que respaldavam as inúmeras aniquilações e horrores proporcionados pela ambição da Igreja. Hoje é possível apenas imaginar quão dolorosa foi a “Santa” Inquisição, a noite de São Bartolomeu, as “Santas” Cruzadas, entre outros momentos cruciais da história da religião. Neste sentido, Dworkin assevera:

Muitas pessoas acham que as práticas (ou as não-práticas) religiosas dos outros desprezam profundamente verdades cósmicas da máxima importância possível. Acreditam, por exemplo, que os ateus ignoram de maneira gritante a origem e natureza do valor objetivo da vida humana. Há alguns séculos, as pessoas matavam umas às outras porque acreditavam que certas formas de heresia ou de descrença eram demasiado iníquas, demasiado ofensivas às bases fundamentais da ordem moral para que pudessem ser toleradas. Hoje, porém, a maioria dos norte-americanos e dos povos de outras democracias ocidentais adota o ponto de vista oposto. Acreditamos que o fato de uma comunidade impor princípios de fé espiritual ou de convicção aos indivíduos é uma forma terrível de tirania, uma destruição de responsabilidade moral.⁹

Pouco a pouco, a evolução foi vedando o direito de matar até restringi-lo a determinadas situações. Atualmente é vedado matar no ordenamento brasileiro, salvo nos casos das excludentes de ilicitude, tais como, legítima defesa, o estado de necessidade e estrito cumprimento do dever legal. Em alguns países admite-se a pena de morte, até mesmo no Brasil em estado de guerra declarada (artigo 5º, inciso XLVII, alínea *a*, Constituição). A lei reconhece claramente o direito de matar, mesmo que em casos excepcionais. A

⁹ DWORKIN, Ronald. Op. cit. p. 18.

constituição é no mínimo contraditória, já que garante a inviolabilidade do direito a vida no mesmo artigo que permite a pena de morte, mesmo que em caráter de excepcionalidade. A vida tem de fato valor absoluto?

A proposta é analisar os casos de ajuda ao ato de morrer, mesmo que isso signifique matar outrem, partindo do posicionamento que não há diferença entre matar e morrer¹⁰ quando existe o desejo da vítima, ou mesmo seu consentimento. Considerar o direito de matar fundamentado no móvel piedoso e altruísta, afastando qualquer outro motivo torpe, doloso ou egoísta. A partir disso é passível de análise o direito de matar a si mesmo, ou seja, o suicídio que é impunível. A crítica se perfaz sobre essa possibilidade, porque o homem pode dispor de sua própria vida sem punibilidade. Mesmo porque soaria estranho ouvir falar em punir um morto, a não ser que a punição recaísse sobre a família ou sobre bens do *de cuius*, prejudicando dessa forma aqueles que remanescem. Na verdade, a saída encontrada pelo Direito foi punir apenas aquele que instiga, induz ou auxilia o suicida, conforme o disposto no artigo 122 do Código Penal.

Tratando da temática sobre a disposição da vida, Evandro Correa de Menezes aduz:

Ainda que possa ser reprovável, do ponto de vista moral, o suicídio, interpretado não raro como ato de covardia humana ante dificuldades que a vida apresenta, não julgamos possa ser negado ao indivíduo o direito de dispor do mais sagrado e inviolável, em face dos outros indivíduos, de seus direitos: a vida. E note-se, também, que, mesmo sob o aspecto moral, há os que interpretam esse trágico gesto como de suprema coragem, pois que é um afronta à dor e ao desconhecido, os quais, pelo sofrimento e pelo mistério, tanto atemorizam a mente humana.¹¹

Na mesma linha de entendimento, João Vieira de Araújo traz a baila o posicionamento de Ferri, em sua obra *L'Omicídio-suicídio*, afirmando que “desde que se demonstra que eu tenho o direito de matar-me, nenhuma diferença real e jurídica ha na minha acção, quer eu me procure a morte com uma arma ou com um veneno, quer a procure pela mão de um *amigo*,” (grifo do autor), enfatizando que seja atendida a súplica daquele que deseja a morte ou por piedade ou amizade, mas nunca por motivos imorais.¹² Defendendo o direito de matar daquele que deseja morrer, apenas quando houver a móvel piedoso e altruísta.

¹⁰ Reforçando a tese, Singer expõe a seguinte reflexão: “Uma ética que consiste em preceitos específicos descritos por regras morais às quais todos são passíveis de obediência deve estabelecer uma nítida distinção moral entre atos e omissões.” Propõe que “O que precisamos fazer é imaginar duas situações análogas que só diferem pelo fato de, numa delas, uma pessoa praticar um ato que resulte na morte de outro ser humano, enquanto, na outra, ela chega ao mesmo resultado por ter deixado de fazer alguma coisa.” Por fim, analisa que “... não existe diferença moral *intrínseca* entre matar e permitir a morte. Ou seja, não existe diferença que dependa exclusivamente da distinção entre um ato e uma omissão.” (grifo do autor) (SINGER, Peter. Op. cit. p. 216-219).

¹¹ MENEZES, Evandro Correa de. Op. cit. p. 34.

¹² ARAUJO, João Vieira de. Op. cit., p. 30.

2.1.3 Direito de morrer

O Código Civil de 2002, em seu artigo 6º, prevê que “a existência da pessoa natural termina com a morte”.

Inicialmente é necessário conceituar o momento da morte. Tal conceito está explícito em nossa legislação de transplantes no artigo 3º (Lei nº 9.434/97, alterada pelas Leis 10.211/2001, 10.633/07 e 11.521/07), quando considera a morte encefálica como ponto de partida para a retirada de órgãos. Comparativamente a legislação portuguesa na Lei 141/1999 em seu artigo 2º prevê que a morte ocorre na “cessação irreversível das funções do tronco cerebral”.¹³

Importante notar que a conceituação jurídica de morte encefálica, como termo final da vida, transforma a pessoa em nada e, por isso, destituída de qualquer direito, seja do direito de personalidade, seja do direito à vida. O que se questiona é a permanência da vida biológica. Como tratar esta questão? O primordial interesse em declarar a morte encefálica é o de permitir a retirada de órgãos passíveis de serem transplantados. Não seria a coisificação do ser em prol de um bem maior, ou seja, salvar outras vidas? Por outro lado, existem vários pacientes internados em hospitais que estão ligados a aparelhos, vivendo uma vida artificial, graças à tecnologia. Podem ser considerados com vida? Que tipo de vida? Ou são apenas seres vivos biologicamente destituídos de qualquer direito? Não teriam o direito de querer morrer?

Outrora o fim da vida era diagnosticado quando não mais existiam as funções cardíacas e pulmonares, o que só se modificou com o avanço da tecnologia, proporcionando recursos para manter os batimentos cardíacos. Daqui alguns anos quando a biotecnologia avançar o que será diagnosticado como fim da vida? Serão os mesmos conceitos? Atendendo a que interesses? Mesmo que não se obtenha a resposta a tantas indagações estaremos certos apenas, que a morte é a única certeza que o ser humano tem na vida. Na verdade, a morte significa o ponto final da vida humana, seja ela trágica ou tranqüila.

¹³ PRESIDÊNCIA DA REPUBLICA FEDERATIVA DO BRASIL Lei nº 9.434 de 04 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgão, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/L9434.htm>. Acesso dia 18 de junho de 2008; PORTUGAL. Lei 141/1999, estabelece os princípios em que se baseia a verificação de morte. DR I série A nº 201, 1999.08.28. 2ª Sessão Legislativa. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleDiplomaAprovado.aspx?ID=2805>>. Acesso dia 17 de junho de 2008.

Em última análise, o que se pretende é discutir o direito de morrer com dignidade e toda sua implicação no mundo jurídico, que traz à baila várias interconexões entre os princípios de dignidade humana e autonomia (liberdade). Outrossim, a proposta fundamental será analisar o direito de morrer sob o prisma do consentimento, e suas conseqüências nas legislações penais, tanto nacional quanto alienígena, que serão fonte de análise para a busca da resposta a seguinte indagação: até quando prolongar a vida?

No caminho pela busca de um direito de decisão livre e pelo direito de morrer, Díaz Aranda leciona o seguinte entendimento:

es cruel y bárbaro que una persona sea mantenida viva contra su voluntad, rehusándole la liberación que desea, cuando la vida ha perdido toda dignidad, belleza, significado y perspectiva de porvenir. El sufrimiento inútil es un mal que debería evitarse em las sociedades civilizadas (grifo do autor).¹⁴

2.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Constituição brasileira, artigo 1º - A República Federativa do Brasil, (...), constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III – a dignidade da pessoa humana

[...] (grifo nosso)

IngoWolfgang Sarlet de forma magistral conceitua dignidade da pessoa humana como:

qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.¹⁵

É importante ressaltar a dificuldade de se precisar um conceito sobre dignidade, tendo em vista suas diversas concepções ao longo da história. Hipócrates, Cícero (*decorum*), Santo Tomas de Aquino (*honesto, decorum*), João Pico della Mirandola (*dignitas*), até Immanuel

¹⁴ ARANDA, Henrique Díaz. *Eutanásia: derecho a morir*[sic] con dignidad? Revista de La Facultad de Derecho do México, t. XLIV, n. 193-194, jan.-abr./94, UNAM *apud* FABRIZ, César Daury. *Bioética e direitos fundamentais: a bioconstituição como paradigma do direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 330.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 62.

Kant, são alguns filósofos que dentro de uma visão moral ou ética delinearão concepções a respeito do termo dignidade.¹⁶ O que pese hodiernamente alcançar o termo uma conotação universal, que poucos termos conseguiram em face de tamanho pluralismo de valores, adquirindo força principalmente nas constituições de cunho democrático. Incontestável que ainda hoje os pensamentos de Kant inspirem a doutrina jurídica na busca de uma fundamentação para o conceito de dignidade da pessoa humana, considerando-a um fim em si mesmo e não um meio, portanto rejeitando qualquer tentativa de coisificação e instrumentalização do ser humano.¹⁷

Uma ordem constitucional que consagre em seu texto o princípio da dignidade da pessoa humana deve constatar que o homem é titular de direitos, que devem ser, portanto, reconhecidos e respeitados por todos, principalmente, pelo Estado. O que se pretende com tal constatação é evitar possíveis violações, permitindo o reconhecimento de quando a dignidade será de alguma forma atingida, ou seja, o momento de desconsideração do indivíduo como sujeito de direitos, transformando-o em simples objeto. No direito comparado podemos citar alguns exemplos de países que consagraram em seus textos constitucionais o princípio da dignidade, tais como, Alemanha, Espanha, Grécia, Irlanda, Portugal, Itália, Bélgica, Paraguai, Chile, Bolívia, entre outros países. Na mesma linha de entendimento é possível de forma clara concluir que onde não forem reconhecidos e assegurados os preceitos como a liberdade, igualdade, autonomia pessoal e os direitos fundamentais, não há que se falar em dignidade da pessoa humana, já que tais preceitos configuram o cerne para uma efetiva concretização da dignidade.¹⁸

A tarefa do Estado fica clarificada quando se reconhece o valor intrínseco da pessoa humana, ou seja, a dignidade como a qualidade inerente a qualquer ser humano. No âmbito sócio-político, econômico e cultural devem ser garantidas condições mínimas para uma existência com dignidade. O Estado tem a função positiva (protetiva) e negativa (abstenção) contra agressões oriundas tanto do poder público quanto do privado, apesar de não estar cumprindo de forma satisfatória seu papel.

A qualidade de princípio atribuído à dignidade da pessoa humana nos remete ao entendimento de não poder considerá-la um direito. Não há que se falar em direito à dignidade, mas talvez seja mais correto afirmar um direito a proteção, promoção e, principalmente, seu reconhecimento. Guindando o princípio da dignidade da pessoa humana (norma positivada) a um valor, num contexto axiológico, de hierarquia máxima dentro do

¹⁶ CLOTET, Joaquim. *Bioética: uma aproximação*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006. p. 212.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 35 e 41.

¹⁸ Ibid. pp. 37 e 61.

ordenamento jurídico, transformando-o em princípio fundamental orientador dos direitos fundamentais, assim como, da ordem jurídica constitucional e infraconstitucional.¹⁹ José Afonso da Silva assinala:

[...] a dignidade humana não é uma criação constitucional, pois ela é uma desses conceitos a priori, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana. A Constituição, reconhecendo a sua existência e a sua eminência, transforma-a num valor supremo da ordem jurídica, quando a declara como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito.²⁰

É indubitável nesse contexto de análise do princípio da dignidade da pessoa humana observar sua vinculação com os direitos fundamentais. Principalmente, com o direito à vida, numa busca insaciável por uma vida digna, considerando todas as possíveis variáveis que se originem desta valoração, tais como cada sociedade e cada tempo em que se aplica tal vinculação.²¹ Isto acarreta que cada violação a um direito fundamental transfigura-se numa agressão ao citado princípio. O problema levantado pelo valor aparentemente absoluto adquirido pelo princípio da dignidade deve ser tratado com certa cautela. Aos que sustentam a primazia do direito à vida (valor de maior hierarquia), ao mesmo tempo, nos remetem ao entendimento de uma relativização do princípio da dignidade da pessoa humana no contexto de hierarquia axiológica, ou seja, não o considerando absoluto nem mesmo superior. Para esta corrente doutrinária, o que deve ser realmente reconhecido é uma posição privilegiada do princípio da dignidade da pessoa humana em relação aos demais princípios e direitos fundamentais, sob o argumento de que deva existir uma ponderação valorativa.²²

Por último, é interessante trazer à baila a definição proposta por Alexandre de Moraes:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos;²³

2.3 Princípio da Autodeterminação

¹⁹ Ibid. p. 74.

²⁰ SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 146.

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 96.

²² Sarlet considera que “..., no âmbito da indispensável ponderação (e, por conseguinte, também hierarquização) de valores, inerente à tarefa de estabelecer a concordância prática (na acepção de Hesse) na hipótese de conflitos entre princípios (e direitos) constitucionalmente assegurados, o princípio da dignidade da pessoa humana acaba por justificar (e até mesmo exigir) a imposição de restrições a outros bens constitucionalmente protegidos, ainda que se cuide de normas de cunho jusfundamental. Ibid. pp. 115 e 131.

²³ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 17. ed., São Paulo: Atlas, 2005, p. 16.

Norberto Bobbio conceitua liberdade de autodeterminação da seguinte forma:

A liberdade negativa é uma qualificação da ação; a liberdade positiva é uma qualificação da vontade. Quando digo que sou livre no primeiro sentido, quero dizer que uma determinada ação minha não é obstaculizada e, portanto, posso realizá-la; quando digo que sou livre no segundo sentido, quero dizer que o meu querer é livre, ou seja, não é determinado pelo querer de outro, ou, de modo mais geral, por forças estranhas ao meu próprio querer. Mais do que de liberdade negativa e positiva, seria talvez mais apropriado falar de liberdade de agir e liberdade de querer, entendendo-se, pela primeira, ação não impedida ou não forçada, e, pela segunda, vontade não heterodeterminada e sim autodeterminada. Num certo sentido, precisamente a referência à ausência de [...] em ambas as definições serve para explicar, melhor do que a qualificação de negativa e positiva, por que tanto a linguagem comum como a linguagem técnica empregam o mesmo termo para as duas diferentes acepções.”²⁴

Ao propor uma definição de liberdade, Kant expõe que o conceito de liberdade está intrinsecamente relacionado ao conceito de autonomia da vontade, ressaltando o princípio da moralidade. Assim sendo, esclarece:

A vontade é uma espécie de causalidade dos seres vivos, enquanto racionais, e liberdade seria a propriedade desta causalidade, pela qual ela pode ser eficiente, independentemente de causas estranhas que a determinem; [...] Como ser racional e, portanto, pertencente ao mundo inteligível, o homem não pode pensar nunca a causalidade da sua própria vontade senão sob a idéia da liberdade, pois que a independência das causas determinantes do mundo sensível (independência que a razão tem sempre de atribuir-se) é liberdade. Ora a idéia da liberdade está inseparavelmente ligado ao conceito de *autonomia*, e a este o princípio universal da moralidade, [...] (grifo do autor)²⁵

Aspecto importante deste princípio é o respeito às decisões de cada indivíduo, incluindo no âmbito de discussão a responsabilidade que cada um tem por si mesmo, enfatizando neste aspecto o consentimento informado. O que se deve analisar é a correlação do princípio da autonomia com a o princípio da dignidade da pessoa humana no campo de estudo da Bioética:

aceitando que o ser humano é um fim em si mesmo, não somente um meio de satisfação de terceiros, comerciais, industriais, ou dos próprios profissionais e serviços de saúde. Respeitar a pessoa autônoma pressupõe a aceitação do pluralismo ético-social, característico do nosso tempo.²⁶

²⁴ BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. 3. ed. Rio de Janeiro. Ediouro, 1997 *apud* FREIRE DE SA, Maria de Fátima. *Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005. p. 59.

²⁵ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Traduzida do alemão por Paulo Quintela. Editora: Edições 70, 1988. p. 93 e 102. “Há uma corrente de pensamento ético, ligada a Kant mas incluindo muitos escritores modernos que não são Kantianos, segundo a qual o respeito pela autonomia é um princípio moral básico. Por “autonomia” entende-se a capacidade de escolher, tomar decisões e agir de acordo com elas.” (SINGER, Peter. *Ética Prática*. Op. cit. p. 109).

²⁶ FORTES, Paulo Antonio Carvalho; MUNOZ, Daniel Romero. *O princípio da autonomia e o consentimento livre e esclarecido*. In: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira et al. (orgs.) *Iniciação à bioética*. Brasília. Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 53-70, *apud* PITHAN, Livia Haygert. *A dignidade humana como fundamento das “ordens de não-ressuscitação”*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004. p. 28.

Olinto Pegoraro preceitua sobre a autodeterminação na visão daqueles que defendem a eutanásia ativa e passiva:

[...] Sendo o homem dotado de liberdade, tem pleno direito à autodeterminação. [...] Então o homem comanda a sua vida e sua morte pelo exercício de seu maior dom: a liberdade. Por ela, os heróis e os mártires sacrificaram a vida, entendendo que o exercício da liberdade de escolha é um bem superior pelo qual é virtuoso sacrificar a existência biológica. É isso que fizeram milhões de soldados e milhares de mártires cristãos. Pela liberdade política, os primeiros, e pela liberdade da fé, os segundos.²⁷

Tendo em vista a perspectiva no contexto mundial, em 1990 foi aprovada pelo Congresso norte-americano uma lei federal denominada de Ato de Auto-Determinação do Paciente tratando do princípio da autonomia, que apresenta três diretrizes básicas tomadas pelo paciente de forma antecipada: o testamento em vida; o mandato com poder de decisão sobre a saúde e um terceiro documento que abrange os anteriores, podendo incluir outras decisões. O testamento em vida é o mais limitado documento legal, pois está estritamente relacionado ao que está expresso e trata apenas de decisões sobre o fim da vida, todas já determinadas antecipadamente, em caso de estado de inconsciência ou estado terminal do paciente. O segundo documento, ou seja, a procuração, não sofre limitação como o anterior. O curador ou responsável legal pode analisar o estado clínico do paciente e interpretar seu desejo, não apenas em relação ao fim da vida, mas também as decisões sobre a saúde. O terceiro é o mais amplo, já que pode incluir tudo que foi relacionado anteriormente em apenas um único documento. Além disso, podem ser incluídos outros termos, tal como, doação de órgãos. Tem a característica de ser o mais abrangente se comparado aos demais, por isso é o preferido. Não é encontrado no direito brasileiro nada similar, mas também não importa aqui discutir a aplicabilidade desta lei. Ela tem apenas a função de ser meramente exemplificativa da evolução que a autonomia vem adquirindo no contexto mundial (tradução livre).²⁸ A proposta de lei é resguardar a conduta médica e o desejo daquele que está na iminência da morte, prevalecendo o direito de autogovernar-se e autodeterminar-se.

Na Declaração Universal dos Direitos do Homem está previsto em seu artigo 1º, que “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. Nesse sentido, expressa Norberto Bobbio que “Na realidade os homens não nascem nem livres nem iguais. Que os

²⁷ PEGORARO, Olinto. *Introdução à ética contemporânea*. Rio de Janeiro: Uapê, 2005, p. 87. Reforçando o exposto, Singer ao analisar a teoria dos direitos expõe que “... o princípio do respeito pela autonomia diz que devemos permitir que os agentes racionais vivam as suas vidas de acordo com as suas próprias decisões autônomas, livres de coerção ou interferência; mas, se os agentes racionais optarem autonomamente por morrer, o respeito pela autonomia deve levar-nos a ajudá-los a pôr em prática a sua opção.” (SINGER, Peter. Op. cit. p. 205).

²⁸ CONGRESSO NORTE-AMERICANO. Patient of Self-Determination Act. Lei federal, 1990. Disponível em < http://www.abanet.org/publiced/practical/directive_livingwill.html>. Acesso em 20 de janeiro de 2008.

homens nasçam livres e iguais é uma exigência da razão, não uma constatação de fato ou um dado histórico.”²⁹ Entretanto, o que mais tem significância é analisar a liberdade e seus limites, afastando tudo aquilo que a compreensão humana de cada indivíduo entende como sendo bom. Esta noção individual pode levar a uma limitação da igualdade de dignidade e direitos, que foi consagrada pela Carta de Direitos Humanos de 1948, como universal para toda pessoa, e que nossa Constituição positivou em 1988.

2.4 Princípios penais

2.4.1 Legalidade

Historicamente, o princípio da legalidade remonta o período do Iluminismo. Em 1764, Beccaria formulou esse princípio, influenciado pela teoria do contrato social de Rousseau e pela divisão de poderes proposta por Montesquieu, em sua obra *Dos delitos e das penas*, enunciando:

A PRIMEIRA conseqüência destes princípios é que só as leis podem determinar as penas fixadas para os crimes, e esta autoridade somente pode residir no legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social. Nenhum magistrado (que é parte da sociedade) pode, com justiça, aplicar pena a outro membro dessa mesma sociedade, pena essa superior ao limite fixado pelas leis, que é a pena justa acrescida de outra pena. Portanto, o magistrado não pode, sob qualquer pretexto de zelo ou bem comum, aumentar a pena estabelecida para um delinqüente cidadão.³⁰

Prenunciando a evolução do tema, em 1801, Feuerbach idealiza em seu trabalho intitulado *Tratado de direito penal* o princípio da reserva legal pela máxima latina *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*. Embora tenha sido citado como origem o período das Luzes, faz-se mister mencionar a existência de relatos precedentes sobre o princípio da legalidade, atribuindo-se sua origem à Carta inglesa outorgada pelo rei João Sem Terra, em 1215. Tal marco histórico sofre crítica, que exsurge da própria letra da lei, ao garantir apenas ao “homem livre” a aplicação do princípio, conferindo aspecto aristocrático e excludente. Mesmo havendo dissenso quanto a gênese do princípio, destaca-se sua previsão legal em toda

²⁹ BOBBIO, Norberto. Op. cit. p. 128.

³⁰ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e da penas*. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella l. 2. ed. rev. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 30.

nossa legislação penal desde o Código Criminal do Império de 1830 até a reforma, em 1984, da parte geral do Código Penal de 1940.³¹

Hodiernamente, o princípio da legalidade está previsto no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, que tem importância primordial no Direito Penal. O artigo 1º do Código Penal traz em seu bojo o mesmo princípio quando trata da inexistência de crime nos casos onde a letra da lei não faz previsão da conduta como ilícito penal. O que se almeja é garantir a segurança jurídica do cidadão, pois se não há o tipo penal não há que se falar em conduta criminosa. No mesmo sentido, é possível enunciar a Declaração do Homem e do Cidadão de 1789 que afirma em seu artigo 7º: “Ninguém pode ser acusado, preso ou detido, senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas.”. No mesmo sentido, a mesma declaração enuncia em seu artigo 8º a anterioridade da lei penal ao delito.³²

Sabe-se que a lei é fonte imediata no Direito Penal, com isso afastando da aplicação da pena o direito consuetudinário. Assim como, não permite a aplicação da analogia *in malam partem* (em malefício), afastando a apreciação de fatos pela sua similitude que possam causar prejuízo ao agente. O princípio da legalidade abrange o princípio da irretroatividade, permitindo a retroatividade apenas quando beneficie o agente e não permite incriminações imprecisas quanto aos elementos do tipo. O que realmente importa é que a conduta do agente seja anterior à existência da lei, o que limita a atuação do poder estatal quando se trata das liberdades individuais.

Sendo assim, colacionamos de Alexandre Couto Joppert o seguinte trecho que elucida o que foi aqui exposto:

É certo que o princípio da legalidade constitui uma efetiva limitação ao poder punitivo do Estado, voltada a garantia do direito de liberdade. Embora hoje amplamente utilizado pela maioria das sociedades civilizadas, seu reconhecimento constituiu um longo processo, com avanços e recuos, não passando muitas vezes de simples fachada formal em determinados países.³³

2.4.2 Culpabilidade

³¹ JOPPERT, Alexandre Couto. *Fundamentos de Direito Penal: aplicação da lei penal, teoria geral do crime e concurso de agentes*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006. p. 38; GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 106; CEREZO MIR, José. *Derecho penal: parte geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Lima, PE: ARA Editores, 2007 - Coleção Obras Completas. p. 241-243. JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte geral*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 1. p. 52.

³² O artigo 8º da Declaração do Homem e do Cidadão de 1789 enuncia que “A lei apenas deve estabelecer penas estrita e devidamente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.” SABATOVSKI, Emilio; FONTOURA, Iara. (Orgs.) *Constituição Federal 1988 e Convenções Internacionais*. 17. ed. Curitiba: Juruá, 2005. p. 171-172.

³³ JOPPERT, Alexandre Couto. Op. cit. p. 37.

Na versão clássica da teoria do delito a culpabilidade agregava a imputabilidade, o dolo e a culpa. A imputabilidade consagrada pela falta de discernimento da ilicitude, o dolo pela consciência voluntária e a culpa pela negligência, imprudência ou imperícia do agente. A evolução da teoria do delito resultou na alteração de alguns conceitos, tal como, no conceito de culpabilidade. Atualmente, a responsabilidade penal está relacionada a uma ação (ou omissão) típica, ilícita e culpável. De acordo com a teoria finalista, os elementos que caracterizam a culpabilidade do agente são a imputabilidade, a potencial consciência sobre a ilicitude do fato e a exigibilidade de conduta diversa, já que a atual conceituação de culpabilidade afasta o elemento culpa do seu cerne. Entrementes, essas elementares não são objetos de estudo para este trabalho, por isso não serão pormenorizadas.

Na esteira das lições de Rogério Greco o princípio da culpabilidade possui três sentidos, abrangendo a culpabilidade como elemento integrante do conceito analítico de crime, como princípio medidor da pena e como princípio impedidor da responsabilidade penal objetiva. O conceito analítico de crime possui três elementos integrantes: o fato típico, a ilicitude e a culpabilidade. A culpabilidade terá a função de caracterizar a infração penal, pois mesmo que o ato praticado seja típico e ilícito, não significa que ele será punível. No segundo sentido, depois de verificada a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade da conduta, poderá ser aferida a infração penal. Uma vez condenado o agente, a culpabilidade terá o papel de dosimetria da pena a ser aplicada. Por último, a responsabilidade penal objetiva será afastada de nosso ordenamento, tendo em vista que o agente só responde pelo dolo ou culpa, não havendo tais elementos não há que se falar em conduta nem mesmo em fato típico, portanto não haverá crime. O Direito Penal, através do princípio da culpabilidade, pauta-se na responsabilidade penal subjetiva.³⁴

José Henrique Pierangeli sobre a culpabilidade assevera:

Seria, ainda, de se mencionar como critério aferidor do grau de culpabilidade, os vínculos que se estabeleceram entre sujeitos ativo e passivo; as razões de gratidão e de confiança, que também possam reclamar, em graus maior ou menor, a conduta devida. Como lembra Engisch, não é possível determinar-se uma pena sem recorrer-se a critérios morais. Também, deverão ser considerados na individualização da pena, a persistência do agente no campo da criminalidade, a criminalidade habitual, a premeditação que revela um cuidadosa preparação do delito, a brutalidade na produção de lesões pessoais, a desnecessária violência que o agente faz incidir sobre a coisa que se antepõe à subtração.³⁵

³⁴ GRECO, Rogério. Op. cit. p. 98-101.

³⁵ PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido*: na teoria do delito. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 70.

Por fim, como bem atesta este mesmo autor “[...] quando o direito se dirige a uma pessoa para fazer incidir sobre sua conduta um juízo de reprovação, é porque lhe reconhece esse caráter de ente responsável”, e persevera afirmando que “a livre determinação da vontade humana é pressuposto lógico e necessário do princípio de culpabilidade”.³⁶

³⁶ Ibid. p. 63.

3 BREVE ANÁLISE DE ALGUNS ASPECTOS JURÍDICO-PENAIIS E DO BIODIREITO

Neste capítulo serão descritos alguns aspectos jurídico-penais relevantes para o estudo da eutanásia, tais como o bem jurídico e algumas ponderações sobre a tentativa de sistematização deste tema no Direito Penal brasileiro. Por fim, será abordada uma nova disciplina denominada Biodireito, que busca criar normas para tratar de temas polêmicos que invadem a seara da Bioética, a partir de uma visão transdisciplinar, já que o direito não tem conseguido acompanhar os inúmeros avanços biotecnológicos no campo da normatização. Como consequência, os princípios jurídicos são utilizados na tentativa de assegurar ao ser humano o respeito aos seus princípios fundamentais.

3.1 Bem jurídico

O conceito de bem jurídico, nas lições de Francisco de Assis Toledo, traz à baila a seguinte ponderação: “*bens jurídicos são valores éticos-sociais, que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas*” (grifo do autor).³⁷ Cabendo aqui considerar que não se tratam de quaisquer bens, mas sim daqueles que através de uma política criminal são selecionados pelo Direito Penal,³⁸ cujo objetivo é proteger os bens jurídicos de maior relevância para o indivíduo e a sociedade, sendo assim utiliza-se da pena como instrumento de coerção.

É mister salientar que o critério valorativo do Direito Penal tradicional para classificar a essencialidade do bem é meramente político, tendo por fundamento a insuficiência dos

³⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5. ed. 6 tir. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 16. Colaciona-se de Pierangeli o seguinte entendimento de que “a proteção do bem jurídico sequer constitui a finalidade principal da norma penal”. Acrescenta ainda que “... aquilo que ao direito interessa proteger são determinadas relações sociais, e, por conseguinte, as posições que em frente a elas assumem os indivíduos e sua interação com entes e objetos, com as interações consequenciais que surgem ente eles.” (PIERANGELI, José Henrique. Op. cit. pp. 113 e 122).

³⁸ Nos ensinamentos de Mezger sobre bem jurídico: [...], procurou-se esse conteúdo material na lesão ou exposição a perigo de *direitos subjetivos* (época das luzes, especialmente Feuerbach); depois, na lesão ou exposição a perigo de *interesses vitais* (fins do século XIX); por fim, chegou-se à conclusão de que o conteúdo material do injusto só poderia ser a lesão ou a exposição a perigo de um *bem jurídico*. (grifo do autor) TOLEDO, Francisco de Assis. Op. cit. p. 16-17.

demais ramos do Direito. Por outro lado, é inevitável constatar a mutabilidade da citada relevância do bem, pois aqueles que outrora eram tutelados pelo Direito Penal contemporaneamente não mais merecem proteção. Como demonstração de que a tutela jurídica está pautada em interesse político, basta examinar a mutabilidade do que se entende por “moral”, o que leva a opinião pública, a doutrina e a jurisprudência, seja nacional ou internacional, a se adaptarem aos novos conceitos, tornando permissivo o aborto, métodos de esterilização, mudança de sexo, entre outros procedimentos que anteriormente eram considerados inconcebíveis.

A evolução da sociedade foi a responsável pela alteração de conceitos, além de ter provocado mudança de comportamento, e, por conseguinte, criou a necessidade de que o Direito Penal fosse amplamente revisto tendo como base a nova realidade social. Ulrich Beck denomina brilhantemente a sociedade que vivemos como “sociedade de risco”, já que as ameaças provocadas por novas tecnologias têm reflexo em caráter de massa.³⁹

Atualmente o que se considera importante são as lesões e ameaças provocadas pela biotecnologia (revolução tecnológica), que podem ter uma reflexão global, pois até então o Direito Penal se ocupava de bens como a vida, a saúde, o patrimônio, a honra, todos passíveis de se identificar a extensão dos danos causados ao indivíduo.⁴⁰ Na verdade, a questão da segurança adquire papel de importância, já que existe a possibilidade de lesão ou perigo de lesão a bens coletivos e supra-individuais. O impacto causado pela biotecnologia leva a reflexões sobre o que se deve entender como bem jurídico essencial e a possível flexibilização da intensidade garantística do Direito Penal e tal discussão nos remete ao que hoje a doutrina classifica de Biodireito, que será abordado mais adiante.

É impossível evitar o medo diante das incertezas causadas pela tecnociência, pois o inimigo do homem agora pode ser invisível e atacar um grupo de indivíduos não passível de identificação. Figueiredo Dias classifica nossa sociedade como:

exasperadamente tecnológica, massificada e global, onde a acção humana, as mais das vezes anônima, se revela susceptível de produzir riscos também globais ou tendendo para tal, susceptíveis de serem produzidos em tempo e lugar largamente

³⁹ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998. Versión al castellano de Jorge Navarro, Daniel Jiménez y María Rosa. Ed. Borrás, *apud* MINAHIM, Maria Auxiliadora. Op. cit. p. 50.

⁴⁰ A linha de pensamento “defendida por Jorge Figueiredo Dias e Alberto Silva Franco, dentre outros, implica a relativização de alguns princípios, a superação do caráter individual da responsabilidade penal, a flexibilização dos critérios de imputação, a antecipação da tutela e, portanto, a admissão de um processo criminalizador centrado nos crimes de perigo concreto ou abstrato.” DIAS, Jorge Figueiredo. *O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade de risco”*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. p. 54, *apud* Ibid. p. 53.

distanciados da acção que os originou ou para eles contribuiu e de poderem ter como consequência, pura e simplesmente a extinção da vida.⁴¹

Logo, como os avanços tecnológicos e com as possibilidades criadas pela ciência, ganham relevo a Bioética e o Biodireito, elementos importantes não só na formação de um novo conceito de bem jurídico, mas também para delimitação do raio de atuação do Direito Penal sobre estes bens.

3.2 Análise da Exposição de Motivos da Parte Especial, dos Anteprojetos da Parte Especial do Código Penal (homicídio eutanásico) e de outras fontes

Em alguns momentos da história legislativa brasileira foram apresentadas propostas de normatização sobre a eutanásia. Sendo assim, é interessante tecer algumas considerações a respeito do assunto.

No item 39 da Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal de 1940 é possível observar que o legislador apesar de não ter tratado o tema de forma específica, o fez indiretamente. A prática de eutanásia vem insculpida no tipo homicídio, nos casos de diminuição de pena, ou seja, aquele praticado “por motivo de relevante valor social, ou moral” (artigo 121, parágrafo 1º). O legislador apoiado na moral prática⁴² justifica a atenuação da pena pelo cometimento de homicídio eutanásico influenciado, por exemplo, pela “compaixão ante o irremediável sofrimento da vítima”. Cabe aqui a exposição de como devem ser entendidos os elementos subjetivos, valor social e valor moral. O primeiro deve coadunar como os interesses coletivos, e o segundo deve considerar os princípios éticos preponderantes na sociedade em que o fato ocorreu. “Ou seja, são os motivos nobres e altruístas, havidos como merecedores de indulgência.” Assim devem ser observados os “critérios de natureza objetiva, de acordo com aquilo que a moral média reputa digno de condescendência.”⁴³

O Código Penal de 1969 tratava a eutanásia, em seu artigo 121, parágrafo 1º, como homicídio piedoso, fazendo jus aos mesmos elementos subjetivos do tipo penal mencionado

⁴¹ DIAS, Jorge Figueiredo. *O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade de risco”*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. p. 39-65, *apud* Op. cit. p. 51.

⁴² Reforçando a tese, Nelson Hungria salienta que o Direito Penal não tem como fundamento a moral ideal, mas sim a moral prática que “forma e condiciona o Direito como regra de disciplina social”. (MINAHIM, Maria Auxiliadora. Op. cit. p. 203).

⁴³ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro: Parte Especial – arts. 121 a 183*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. v. 2. p. 57.

no item 39 da Exposição de Motivos, ou seja, aquele praticado “por motivo de relevante valor social ou moral”, exceto por considerar não uma atenuação da pena, mas a “minoração facultativa” da mesma. Deixou-se a pena ao discricionário critério do julgador ao analisar o caso concreto, aplicando-se ou não a atenuante, sendo considerado como homicídio doloso ou homicídio privilegiado.⁴⁴

Alguns Anteprojeto surgiram como propostas legais de tratamento da eutanásia. Em 1984, foi elaborado, juntamente com a reformulação da parte geral, um Anteprojeto de Reforma da Parte Especial do Código Penal, que não foi aprovado, e apresentava a seguinte redação para o artigo 121, parágrafo 3º:

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 doente ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge ou irmão.⁴⁵

O texto, elaborado pela 1ª subcomissão, para o artigo 121, parágrafo 6º referente à Reforma da Parte Especial do Código Penal de 1993 tratava da descriminalização da conduta médica da seguinte forma:

Não constitui crime a conduta de médico que omite ou interrompe terapia que mantém artificialmente a vida de pessoa, vítima de enfermidade grave e que, de acordo como o conhecimento médico atual, perdeu irremediavelmente a consciência ou nunca chegará a adquiri-la. A omissão ou interrupção da terapia devem ser precedidas de atestação, por dois outros médicos, da iminência e inevitabilidade da morte, do consentimento expresso do cônjuge, do companheiro em união estável, ou na falta, sucessivamente do ascendente, do descendente ou do irmão e de autorização judicial. Presume-se, concedida a autorização, se feita imediata conclusão dos autos ao juiz, com as condições exigidas, o pedido não for por ele despachado no prazo de três dias.⁴⁶

Posteriormente, em 1998, foi elaborado um novo anteprojeto da parte especial, sob influência das propostas anteriores. A nova redação agora adquiria a rubrica eutanásia, e reformulava o artigo 121, parágrafo 3º, prevendo “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”, tal atitude do legislador demonstra o tratamento privilegiado conferido ao autor de crime eutanásico. Não obstante, em seu parágrafo 4º previa a ortotanásia e, conseqüente, a exclusão de ilicitude:

⁴⁴ BRASIL. Código Penal. Decreto-lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969. Os Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, usando das atribuições que lhes confere o art. 3º do Ato Institucional nº 16, de 14 de outubro de 1969, combinado com o § 1º do art. 2º do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaBasica.action>>. Acesso dia 18 de junho de 2008.

⁴⁵ LEITE SANTOS, Maria Celeste Cordeiro. *O Equilíbrio de um pêndulo: bioética e a lei: implicações médico-legais*. São Paulo: Ícone Editora, 1998. p. 106.

⁴⁶ Ibid. p. 108.

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. (grifo nosso)⁴⁷

Em 1999 foi proposto um novo Anteprojeto de Reforma da Parte Especial do Código Penal, trazendo algumas modificações às propostas anteriores, tais como a alteração da ordem de consentimento nos casos de exclusão de ilicitude, colocando o *companheiro* em situação privilegiada em relação aos ascendentes, descendentes e irmãos (artigo 121, parágrafo 4º), o abrandamento da pena e o consentimento da vítima imputável e maior de dezoito, conforme a redação do artigo 121, parágrafo 3º:

Se o autor do crime é cônjuge, *companheiro*, ascendente, descendente, irmão ou pessoa ligada por estreitos laços de afeição à vítima, e agiu por compaixão, a pedido desta, imputável e maior de dezoito anos, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável, em razão de doença grave e em estado terminal, devidamente diagnosticados: Pena - reclusão, de dois a cinco anos.⁴⁸

A respeito da legalização da eutanásia apenas um audacioso Projeto de Lei de 1996 chegou a tramitar no Congresso Nacional, elaborado pelo ministro Gilvam Borges. Entretanto, tal projeto que recebeu o número 125, nunca foi colocado em votação. É interessante reproduzir parte do conteúdo do discurso apresentado ao Congresso em 10 de julho de 1997:

Sr. Presidente, um ano se passou! Tenho conversado insistentemente com quase todos os membros da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania e as dificuldades são as mesmas, pois procuro um relator. Por isso, novamente assomo à tribuna para falar a respeito desse projeto, que vem desde a Câmara dos Deputados.

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

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

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

§ 2º A constatação da morte cerebral deverá ser firmada por Junta Médica, formada por, no mínimo, três profissionais habilitados, sendo que pelo menos um deles deterá o título de especialista em Neurologia ou seu equivalente.⁴⁹

O projeto prevê em qual momento será decretada a morte, e qual o critério para formação de Junta Médica, determinando como e quando ela será formada:

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

⁴⁷ Ibid. p. 109.

⁴⁸ CARVALHO, Gisele Mendes de. Op. cit. p. 155-156.

⁴⁹ SENADO FEDERAL – Discurso ao Senado Federal sobre o Projeto de Lei 125/96 que trata da legalização da eutanásia – Autor: Gilvam Borges – PMDB/AP, 10.07.1997. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaBasica.action>>. Acesso em 22 de março de 2008.

§ 1º Para efeito dessa lei, consideram-se familiares os cônjuges, os descendentes, os ascendentes, os colaterais consanguíneos ou não até o terceiro grau.

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

Art. 4º Ao receber petição de médico ou de pessoa que mantém laços de afetividade com paciente com morte cerebral constatada, nos termos do art. 3º, § 2º, o juiz determinará a oitiva do Ministério Público e, na mesma ocasião, mandará citar por edital os familiares e as pessoas que se encontrem na mesma condição do autor.

Parágrafo único. A petição deverá, obrigatoriamente, vir acompanhada das conclusões da Junta Médica que avaliou o quadro clínico do paciente (art. 2º, § 2º).

Art. 5º Decorridos 30 (trinta) dias da publicação do edital, o juiz ordenará formação de Junta Médica, constituída de no mínimo três profissionais, sendo que um deles será necessariamente especialista em neurologia ou detenha título equivalente.

§ 1º A Junta Médica deverá fornecer laudos circunstanciados do quadro clínico do paciente, concluindo pelo desligamento ou não dos aparelhos que mantêm alguns dos seus sinais vitais.

§ 2º Não poderão integrar a Junta Médica constituída por determinação judicial os profissionais que assinam o laudo que acompanha a petição inicial.

Art. 6º Havendo ou não manifestação do Ministério Público, de posse do laudo da Junta constituída nos termos do art. 5º, o juiz apreciará, no mais breve tempo possível, o caso, decidindo pela autorização ou não do desligamento dos aparelhos.⁵⁰

Outra característica importante do projeto é a quem se destinará sua aplicabilidade:

Art. 7º Será permitida a morte sem dor do paciente em circunstâncias que acarretem sofrimentos físicos ou psíquicos, que, por sua natureza, intensidade e precariedade de prognóstico da evolução da doença não justifiquem a continuidade da assistência médica destinada à conservação de sua existência. (grifo nosso)

§ 1º Na hipótese disciplinada por este artigo, a morte sem dor somente poderá ser autorizada por Junta formada por, no mínimo, 5 (cinco) médicos, sendo que pelo menos 2 (dois) deles deterão os títulos de especialista ou seu equivalente, na moléstia que acomete o paciente, desde que haja o consentimento prévio e expresso deste.

§ 2º O consentimento prévio e expresso do paciente obedecerá à forma prevista no § 1º do art. 2º.

§ 3º - Caso o paciente esteja impossibilitado de expressar-se, ou não tenha expressado seu consentimento prévio, seus familiares ou pessoas que comprovadamente mantenham laços de afetividade com este, poderão requerer ao Poder Judiciário autorização para consecução da morte sem dor.

Art. 8º Seja no caso de paciente com morte cerebral constatada, seja na hipótese do § 3º do art. 7º, em não havendo a concordância de todos os familiares, qualquer um deles poderá instaurar processo judicial que autorizará ou não a morte sem dor.

Art. 9º Recebida a inicial, o juiz mandará citar, pessoalmente, todos os familiares do paciente, para que se pronuncie sobre o pedido de autorização no prazo de 30 (trinta) dias.

Parágrafo único. A inicial deverá, obrigatoriamente, vir acompanhada das conclusões da Junta Médica que avaliou o quadro clínico do paciente (art. 7º, § 1º).⁵¹

Além de tudo que foi exposto o Projeto prevê a manifestação do Ministério Público :

Art. 10 Após as considerações dos familiares, o juiz determinará a oitiva do Ministério Público e na mesma oportunidade, ordenará a formação de Junta Médica, constituída de, no mínimo, 05 (cinco) profissionais. Sendo que entre eles, necessariamente, estará o especialista em Neurologia, ou detentor de título equivalente e dois especialistas na moléstia que acomete o paciente ou detentores de títulos e equivalentes.

⁵⁰ Loc. cit.

⁵¹ Loc. cit.

§ 1º A Junta Médica deverá fornecer laudo circunstanciado do quadro clínico do paciente, concluindo pela manutenção de sua vida ou pela concepção da morte sem dor. Na dúvida, a Junta opinará pela manutenção da vida do paciente.

§ 2º Não poderá integrar a Junta Médica constituída por determinação judicial os profissionais que assinam o laudo que acompanha a petição inicial.

Art. 11 Havendo ou não, manifestação do Ministério Público, de posse do laudo da Junta constituída nos termos do art. 10, o juiz decidirá pela manutenção da vida do paciente ou pela consecução da morte, sem dor.”

Peço a atenção dos nobres colegas Senadores, já que a nossa idade está um tanto avançada, e que, sem sombra de dúvida, com certeza, a morte virá e não sabemos em que circunstância, e de que mal seremos acometidos. Diante da dor profunda, nobres companheiros, diante do fato de a Medicina não ter recursos, diante da impotência e de um quadro caótico, diante da desmoralização que podemos sofrer, diante da impotência e da dor profunda é preciso que todos nós tenhamos a condição de ter o livre arbítrio em optar, em decidir, por uma morte digna e justa.

“Art. 12 Em qualquer hipótese da sentença caberá apelação, sendo que da que se julgar pela consecução da morte sem dor, caberá recurso "ex-officio" para o Tribunal de Justiça.”⁵²

O posicionamento do legislador com relação à eutanásia, apesar de várias tentativas de normatizar o tema no ordenamento jurídico brasileiro demonstra que toda a discussão ética, moral e religiosa se quedaram inerte diante da dificuldade e transdisciplinariedade da matéria. Entende-se que o legislador preferiu se omitir, e evitou discutir o tema, já que ele não formulou o tipo penal especificamente, apenas subsumiu a prática de eutanásia ao tipo homicídio privilegiado, sem qualquer discussão a respeito da relevância da questão Bioética que abrange a temática. Tal atitude nos compele a fazer um pequeno estudo sobre a influência da Bioética no Direito.

3.3 Biodireito: a relação entre Bioética e Direito (visão transdisciplinar)

O termo Bioética teve sua gênese num artigo publicado pelo médico oncologista Van Rensselaer Potter, em 1970, nos EUA. O propósito era alinhar o avanço biotecnológico com valores morais, buscando resguardar os direitos humanos e focando a harmonia da humanidade. Inicialmente, Potter utilizou o termo com conotação nas ciências biológicas:

A Bioética, como reflexão de caráter transdisciplinar, focalizada prioritariamente no fenômeno vida humana ligada aos grandes avanços da tecnologia, das ciências biomédicas e do cuidado à saúde de todas as pessoas que dela precisam, independentemente de sua condição social é, hoje, objeto de atenção e diálogo nos mais diversos âmbitos. O pluralismo ético ou a diversidade de valores morais dominantes, inclusive nas pessoas de um mesmo país, e o Brasil é exemplo típico de diversidade axiológica, torna difícil a busca de soluções harmônicas e generalizadas

⁵² Loc. cit.

no que se refere aos problemas sobre doação de órgãos, transplantes, laqueadura de trompas, aborto, decisões sobre o momento oportuno da morte e tantos outros.⁵³

Atualmente, a Bioética⁵⁴ adquire nova roupagem, qual seja a de se ocupar dos estudos das ciências da vida no âmbito dos princípios e valores morais. Em virtude disso, surge a necessidade de criar-se normas para garantir a segurança jurídica em face das questões sobre a saúde, a vida e a morte. O Biodireito nasceu na tentativa de cuidar dos temas polêmicos como a engenharia genética, a eutanásia, o aborto, os transplantes de órgãos, a fertilização *in vitro*, os procedimentos de clonagem, a mudança de sexo em caso de transexualidade, a eugenia, a alteração genética para curar doenças congênitas, a locação de útero, o descarte de embriões, entre tantos outros avanços da biomédica que invadem o campo da Bioética. Na verdade, o direito não tem acompanhado tais avanços no campo da normatização, por isso os princípios jurídicos, principalmente o da dignidade da pessoa humana e autodeterminação que já foram abordados neste trabalho, têm sido frequentemente utilizados acerca dos limites éticos.⁵⁵

O que se delineia claramente é a ausência de um corpo de leis coeso sobre a temática da biotecnologia. Neste sentido, a nova disciplina denominada Biodireito ainda se encontra em fase de estruturação de seus pressupostos epistemológicos. O escopo maior do Biodireito e da Bioética é tentar garantir ao ser humano que seus direitos fundamentais sejam amplamente respeitados. O aparato jurídico-normativo servirá como mecanismo adequado para apaziguar qualquer dissenso proveniente entre Ética e moral, o qual não tenha solução exclusivamente no campo da Ética.⁵⁶ Todavia tal aparato deve pautar-se pelos supracitados princípios éticos.⁵⁷

O direito brasileiro tratando do tema Bioética, na Lei de Biossegurança, nº 8.974/95 (alterada pela Lei 11.105/2005), previa em seu artigo 8º, os princípios bioéticos da beneficência, autonomia, responsabilidade e prudência. A nova Lei de Biossegurança não fez referência aos princípios mencionados. Esta pode ser considerada a função primordial da Bioética, ou seja, instigar o Biodireito para que normas positivadas ocupem a lacuna legislativa existente, tendo em vista a mutabilidade dos conceitos éticos no tempo e no espaço.

⁵³ KIPPER, Délio José e CLOTET, Joaquim. *Princípios da Beneficência e Não-maleficência*. In: *Iniciação à Bioética*. Brasília. Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 41, *apud* CONTI, Matilde Carone Slaibi, *Biodireito: a norma da vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 7.

⁵⁴ Maria Celeste Cordeiro reproduz a definição de Bioética extraída da Enciclopédia de Bioética, em uma de suas obras como sendo: “o estudo sistemático da conduta humana na área das ciências da vida e dos cuidados da saúde, na medida em que esta conduta é examinada à luz dos valores e princípios morais.” (LEITE SANTOS, Maria Celeste Cordeiro. Op. cit. p. 38.)

⁵⁵ CONTI, Matilde Carone Slaibi. Op. cit. p. 13.

⁵⁶ Olinto Pegoraro preleciona que “a ética é a orientação da liberdade” e “A norma e a lei têm uma debilidade intrínseca, uma vez definidas, proclamadas e escritas; o tempo histórico das pessoas e das sociedades avança e elas ficam para trás, estáticas”. PEGORARO, Olinto. Op. cit. p. 26-27.

⁵⁷ FABRIZ, César Daury. Op. cit. p. 102.

No direito comparado encontram-se os princípios da Bioética relatados no *Belmont Report*, são eles: o princípio do respeito às pessoas, o da beneficência e o da justiça, podendo ser denominados de trindade da Bioética laica e estão em sintonia com o princípio da dignidade da pessoa humana. Idealizadores da corrente principialista, Tom Beauchamp e James Childress, propuseram em sua obra clássica “*Principles of biomedical ethics*” quatro princípios orientadores da Bioética: beneficência, não-maleficência, justiça e do respeito da autonomia. Não é interessante aqui esgotar este tema, por isso os princípios serão abordados de forma bastante sucinta (grifo nosso).⁵⁸

Na concepção do *Belmont Report*, o princípio do respeito às pessoas está relacionado diretamente ao consentimento informado,⁵⁹ pautando-se na sua capacidade de autogoverno e na proteção daqueles que sofrem de redução de autonomia (por doença, problemas mentais ou qualquer outra restrição de liberdade). O princípio da beneficência está alicerçado em duas bases: não causar danos e maximizar possíveis benefícios, assim como minimizar possíveis danos (dupla obrigação). Por último, e não menos importante, o princípio da justiça relacionado à idéia de justiça distributiva, que ocorre da seguinte forma: a cada pessoa uma parte igual, a cada pessoa conforme sua necessidade individual e seus esforços, a cada pessoa conforme sua contribuição à sociedade e conforme seu mérito. Na visão de Beauchamp e Childress, o princípio da beneficência se desdobraria em duas vertentes divergindo do principialismo contido no Relatório, tais como, o princípio da beneficência e o princípio da não-maleficência. O primeiro relacionado ao conceito de promover o bem e prevenir danos e, o segundo princípio estaria embasado na obrigação de não causar danos (grifo nosso).⁶⁰

Maria Celeste Cordeiro Leite Santos demonstra de forma que aqui vale reproduzir os princípios ora apontados. Informando que o princípio da beneficência tem sua gênese no juramento hipocrático:

[...] Aplicarei os regimes para o bem dos doentes, segundo o meu saber e a minha razão, e nunca para prejudicar ou fazer o mal a quem quer que seja. A ninguém darei, ainda que seja pedido, remédio mortal nem conselho que o induza à destruição. Também não fornecerei a uma senhora pessário abortivo. [...] Qualquer que seja a casa em que penetre, entrarei nela para beneficiar o doente. Evitarei qualquer ato voluntário de maldade ou corrupção, especialmente a sedução de mulheres e homens livres ou escravizados. Quaisquer que sejam as coisas que veja

⁵⁸ BEAUCHAMP, T. L.; CHILDRESS, J. E.. *Principles of biomedical ethics*. 4. ed. New York: Oxford University Press, 1994 *apud* PITHAN, Livia Haygert. Op. cit. p. 26 *et seq.*

⁵⁹ Segundo Elida Séguin “o consentimento informado é a decisão voluntária e revogável de pessoa capaz”, acrescenta que pode ser expressa ou verbal, “após um processo de esclarecimento”, que deixem claros “o diagnóstico, o prognóstico, as opções de tratamento” considerando os riscos e benefícios, “para a aceitação de um tratamento específico ou experimentação.” (SEGUIN, Elida. *Biodireito*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2005. p. 52.)

⁶⁰ BELMONT REPORT. Ethical Principles and Guidelines for the protection of human subjects of research. U.S.A., 1978. Disponível em: <http://www.abanet.org/publiced/practical/directive_livingwill.html>. Acesso em 20 de janeiro de 2008.

ou ouça dentro ou fora dela, que não devem ser divulgadas, considerarei como segredo. [...] ⁶¹

Outrossim, se refere ao princípio da autonomia aduzindo que este protege a liberdade de realizar qualquer conduta que não cause dano a terceiros, liberdade esta consagrada nos artigos 4º e 5º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Enfatizando que este princípio é bidimensional naquilo que se refere a moral, dividindo-se em moral pessoal (ações e proibições, cujos efeitos repercutem no próprio indivíduo) e moral social (ações e proibições, cujos efeitos interferem na esfera alheia ao indivíduo, ou seja, em terceiros). Sobre o princípio da justiça se posiciona como aquele que deve “garantir a distribuição justa, eqüitativa e universal dos benefícios de saúde”, dando enfoque ao tratamento igual independentemente de suas desigualdades. ⁶²

A grande questão que se põe em relação aos princípios apontados é o conflito que norteia a problemática em torno da Bioética. Os princípios da autonomia e da beneficência entram frequentemente em conflito. Qual princípio terá primazia sobre o outro? O princípio da autonomia voltado para o respeito à decisão do indivíduo, considerando suas crenças e valores? Ou o princípio da beneficência que está estritamente ligado ao caráter assecuratório de bem-estar do indivíduo, ao mesmo tempo em que busca o respeito às decisões tomadas e a proteção em caso de eventual dano? Nenhum dos dois princípios tem primazia sobre o outro em todos os casos. A realidade demonstra de forma clarividente que a resposta dependerá de vários fatores, por exemplo, a doutrina ética defendida por cada indivíduo, as decisões judiciais quando a questão é levada a um Tribunal, o parecer de um Comitê de Ética (como alguns exemplos utilizados neste trabalho), entre outras. Tudo dependerá de fato do caso concreto. Numa visão utilitarista sopesaria a questão em conflito sob a argumentação de se verificar a maximização do bem e a minimização do mal, dando ao indivíduo moral o poder de decisão para viabilizar a solução. ⁶³

Além de tudo que já foi abordado surge no campo de discussão da Bioética o princípio da qualidade de vida, contrapondo-se ao princípio da sacralidade, preceituando que “a vida humana é um valor relativo, existente e digno de proteção enquanto mantenha um determinado nível de qualidade, representado pela capacidade do indivíduo de relacionar-se

⁶¹ LEITE SANTOS, Maria Celeste Cordeiro. Op. cit. p. 42-43.

⁶² Ibid. p. 44-45. Olinto Pegoraro ressalta que o princípio da justiça é o “princípio da sociedade política pelo qual ela se obriga a criar condições públicas para o tratamento da saúde de todos os cidadãos: criação de hospitais, ambulatórios, programas de saúde preventiva e de saneamento básico.” (PEGORARO, Olinto. Op. cit. p. 70).

⁶³ CLOTET, Joaquim. Op. cit. p. 166.

com os demais seres humanos e de assumir seus próprios atos.”⁶⁴ A questão principal é equilibrar a discussão em torno dos dois princípios, já que a sacralidade conduz ao entendimento de uma intangibilidade da vida de forma extremamente rigorosa que muitas vezes se torna inútil para trazer soluções aos problemas da atualidade, enquanto o princípio da qualidade de vida analisa o mesmo bem jurídico sob o prisma da relatividade. Entretanto, o que realmente se busca é conciliar tais princípios com os princípios da autonomia e da dignidade da pessoa humana, buscando soluções mais adequadas ao caso concreto, e quiçá trazendo respostas por meio do âmbito legislativo.

Vários documentos demonstram a internacionalização da Bioética, a partir de seus princípios, já que o contexto mundial necessita de respostas a tantas indagações e proteção para todos os indivíduos. O Código de Nuremberg (1947), a Declaração das Organizações Não-Governamentais, a Declaração de Helsink (1964), a qual sofreu várias alterações posteriores, entre outros. Todos contêm normas éticas em seu contexto, visando garantir por fim a dignidade da pessoa humana. Afinal, os Estados Democráticos de Direito tem o dever de resguardar a vida e a dignidade de todos os indivíduos que estão sobre sua égide, recepcionando em seu ordenamento interno alguns tipos de preceitos protetivos.⁶⁵

Maria Auxiliadora Minahim, diante da enorme dificuldade de delimitação entre até que ponto deve-se manter a vida, afirma que a biotecnologia invade a seara do Direito Penal “[...] pelas possibilidades de emprego de recursos, tais como o uso de drogas vasoativas, aparelhos de ventilação mecânica e emprego de técnicas de reanimação cardiopulmonar, que mantém certas funções íntegras, ainda que, por vezes, momentaneamente [...]”. Chegando a conclusão que existe uma linha tênue entre a terminologia vida e morte, podendo levar a confusão do estado real em que se encontra determinada pessoa quando “a morte encefálica, na qual o indivíduo, ligado a equipamentos, parece respirar, mantém batimentos cardíacos, função renal [...]”, ou “com o processo de diálise, que efetua filtragem dos rins; com aparelhos e drogas, [...]” ou “[...] realizam e preservam a função cardíaca etc.”⁶⁶ O maior ponto de discussão da atualidade ocorre quando a vida real se confunde com a vida artificial, pois dificulta o entendimento do leigo sobre se há vida ou se já se consumou a morte.

Considerando tudo que foi exposto, chega-se a conclusão que a eutanásia e o Biodireito convergem para o grande debate sobre o direito de morrer com dignidade, a fim de rechaçar qualquer continuidade de vida sob o prisma de um sofrimento inútil. Não caberá ao

⁶⁴ “Nesse sentido, deve-se levar em conta que a qualidade de vida de uma pessoa não é sinônimo de vida plena, fisiológica, psicológica ou emocional.” (CARVALHO, Gisele Mendes de. Op.cit. p. 79-112).

⁶⁵ FABRIZ, César Daury. Op. cit. p. 254.

⁶⁶ MINAHIM, Maria Auxiliadora. Op. cit. p. 181-182.

Biodireito analisar a intenção do agente, pois esta discussão deve ocorrer no campo da Bioética (que estuda o comportamento), caberá simplesmente ao Biodireito interpretar os direitos do indivíduo diante de um fato concreto, buscando a normatização. Por outro lado, existe o debate sobre a vida e sua proteção que cada vez mais estreita suas relações com o Biodireito e o Direito, tanto no nível jurisprudencial quanto no nível constitucional. O embate exsurge exatamente no momento em que os abusos possam acontecer contra a vida.

4 EUTANÁSIA E O CONSENTIMENTO

Inicialmente, a proposta é relatar alguns aspectos sobre a historicidade, conceituação e classificação do termo eutanásia. A visão de alguns estudiosos, seja ela mais conservadora ou mais liberal, será utilizada para tentar elucidar dúvidas sobre o assunto. Posteriormente, será aventada a possibilidade de tratamentos paliativos e, em contrapartida, será questionada a prática de eutanásia, conjugando e ponderando interesses sobre o tema. Alguns institutos jurídicos e o próprio Conselho Regional de Medicina, enfatizando o Código de Ética Médica, serão analisados a fim de buscar compreender a máxima preocupação com a aplicabilidade de meios paliativos de prolongar a vida ou permitir a eutanásia para evitar prolongar o sofrimento.

Outro ponto relevante a ser discutido, mesmo que de forma indireta, será o poder decisório, que será apresentado por meio de casos concretos. A intenção é fazer refletir e demonstrar que a tomada de decisão não é algo tão fácil. Simplesmente, é possível perceber que cada caso concreto é um caso singular e especial, devendo ser examinado de forma bastante consciente e, considerando sempre o móvel que direcionou uma pessoa a optar pela continuação ou fim da sua vida.

A visão de Ronald Dworkin será analisada a partir de seu livro *Domínio da vida*, respaldada por um pensamento consistente e crítico sobre a eutanásia. Tendo em vista que de forma incontestável e inteligente este autor debate sobre a visão de opositores e defensores, enfatizando os princípios que fundamentam o ponto de vista de cada uma das partes. A vida e a morte compreendidas sobre o prisma das convicções pessoais de cada indivíduo, e a decisão considerando toda sua importância e a liberdade de tomá-la, em conformidade com a forma como as coisas são vistas por cada pessoa.

Por fim, o consentimento será abordado para demonstrar que é possível se respeitar à autonomia do indivíduo. Independentemente se haverá ou não legalização da eutanásia, o fato marcante é que o consentimento existe e está sendo utilizado no cotidiano. Aqui caberá a análise do consentimento informado, das excludentes de tipicidade e de ilicitude e as funções do consentimento do ofendido no Direito Penal.

4.1 Breve esboço histórico, conceito e classificação da eutanásia

Eutanásia é palavra de origem grega, podendo ser traduzida como “boa morte”. Na verdade, o tema é bastante polêmico e trata da busca por uma morte digna. O termo foi proposto por Francis Bacon, em 1623, em seu livro “*Historia vitae et mortis*”, cujo enfoque era o tratamento adequado às doenças incuráveis com o escopo de evitar um sofrimento por um período prolongado, já que fora constatada a incurabilidade (grifo nosso).⁶⁷ Por outro lado, Olinto Pegoraro leciona que o termo foi utilizado pela primeira vez no século II, por Suetônio, no livro *A vida dos 12 Césares*, o qual descrevia a morte “sem sofrimento” do imperador Augusto. (grifo do autor)⁶⁸ O que significa apreciar a dificuldade de se estabelecer precisamente o momento da origem do termo, apenas se pode constatar sua existência.

Jimenez de Asúa relata alguns defensores da eutanásia. Dentre eles, os primeiros filósofos eutanatistas de que se tem notícia são Platão, Epicuro e Plínio. O primeiro expôs suas idéias em sua obra, a República. Epicuro julgava que a vida não poderia nos causar ódio, caso assim fosse terminá-la seria a melhor solução. Bacon, idealizador do termo eutanásia, em *Novum Organum*, se posiciona sobre o tema afirmando que a função dos médicos é promover a saúde e mitigar a dor, não com a finalidade apenas de cura, mas também para conduzir a uma morte tranqüila. Por outro lado, Hipócrates contrariamente elabora seu posicionamento de não matar, em seu famoso juramento hipocrático, utilizado até nossos dias.⁶⁹

Através de alguns exemplos é possível perceber que a prática da eutanásia tem sua origem em tempos remotos. No direito romano, já se tem notícia que o *patria potestas* (antigo pátrio poder) era exercido exclusivamente pelo *pater familias* (representado pela figura masculina era o chefe de família), que podia punir os *filius familias* (englobava filhos e outros agregados que viviam às expensas do *pater*) já que tinha o poder sobre a vida e a morte de seus *filius*. Por meio de Jimenez de Asua, Morselli relata que Cleópatra e Marco Antônio fundaram, no Egito, uma espécie de Academia, em busca de experimentos para encontrar formas menos dolorosas de morrer. Na Bíblia encontra-se numa passagem, no Livro dos Reis, a morte do rei Saul, em que ele pede que o matem após ferir-se, para evitar que caia nas mãos inimigas. Na antiguidade, César utilizava-se de um sinal para que a morte fosse desfechada

⁶⁷ GOLDIM, José Roberto. Eutanásia. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/eutanasi.htm>> Acesso dia 8 de abril de 2008; ASUA, Luis Jiménez de. *Libertad de amar y derecho a morir: ensayos de un criminalista sobre eugenesia y euthanasia*. 6. ed., considerablemente aumentada y puesta al día, Buenos Aires: Editorial Losada S. A., 1946. p. 416.

⁶⁸ PEGORARO, Olinto. Op. cit. p. 84.

⁶⁹ ASUA, Luis Jiménez de. Op. cit. p. 468-469.

contra o gladiador perdedor, tão logo virava o polegar para baixo era cometida à eutanásia, livrando o gladiador das dores de uma desonra e da morte agonizante. Na Índia era costume asfixiar os parentes, que sofriam de doença incurável, colocando barro na boca e narinas para causar a morte, abandonando-os às margens do Rio Ganges. Na Alemanha de Hitler sob o pretexto de uma purificação da raça, a eutanásia eugênica (praticada com fins de eliminação dos socialmente indesejáveis) foi amplamente praticada. Na Colômbia em 1979 foi criado um movimento que defendia o direito de morrer e, em 1997, a Corte Constitucional colombiana determinou pela sentença C-239/97 que não seria considerado crime o homicídio piedoso contra doentes terminais quando houvesse o consentimento livre da vítima. O Código Penal soviético de 1922 prescrevia que o homicídio por compaixão com o consentimento da vítima era isento de pena. São exemplos clássicos de que a morte sempre foi tema controvertido e adquiriu relevância diferenciada nos diferentes países e na evolução da história humana.⁷⁰

Utilizando-se do direito comparado é possível observar de forma bastante simplificada o histórico hodierno da aplicabilidade ou não da eutanásia. O Japão não possui leis sobre o tema, mas criou jurisprudência sobre a eutanásia passiva em Nagóia, 1962, e sobre a eutanásia ativa em Tokai, 1995. A Albânia legalizou a prática desde 1999, conquanto que a decisão seja voluntária. No entanto, a eutanásia passiva nesse país só pode ser realizada com o consentimento de três ou mais parentes. A Bélgica legalizou a eutanásia em 2002. Na Suíça as drogas letais podem ser administradas com a consciência e participação ativa da vítima, já que o Código Penal só criminaliza o suicídio por motivo egoístico. A Austrália sofreu um recrudescimento, pois a prática foi legalizada em 1995 na região norte do país, posteriormente, foi vetada pelo governo federal. Já a Holanda legalizou a prática de eutanásia em 2002, incluindo a eutanásia assistida por médicos. Nos Estados Unidos a eutanásia ativa é proibida na maior parte de seu território. Por outro lado, a eutanásia passiva ou recusa a tratamentos é permitida (exemplo: testamentos vitais conforme visto ao tratarmos do princípio da autonomia). O Estado do Oregon, desde 1994, permite o suicídio assistido por médicos. O histórico mais recente sobre legalização de eutanásia está sendo discutido em Luxemburgo, pois o Parlamento legalizou a prática em 20 de fevereiro de 2008, no entanto a lei ainda precisa de segunda aprovação para que possa entrar em vigor nesse país. A França é o país que mais se demonstra avesso à aplicabilidade de eutanásia. Jimenez de Asúa, através do

⁷⁰ BORGES, Gustavo Silveira. *Uma breve reflexão interdisciplinar acerca da eutanásia passiva*. Edição Oficial do ITEC – Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais. Porto Alegre: Editora Fonte do Direito LTDA. n. 21. ano VI. jan./mar.2006. p. 161-162; ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 2. ed. rev. e acres. Rio de Janeiro: Forense, 1972. v. 2; CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA – Julgamento C-239-97 de 15 de maio de 1997. Disponível em: <<http://www.constitucional.gov.co/corte/>>. Acesso dia 10 de fevereiro de 2008; ASUA, Luis Jiménez de. Op. cit. p. 446.

relato de Mohamed Adbel-Aziz Badr, de 1929, traz a baila o posicionamento francês, dizendo que a legislação francesa proíbe atentar contra a vida, sob o fundamento de ser considerada sagrada, rechaçando qualquer motivo para a prática do homicídio pela sociedade, mesmo nos piores casos de sofrimento tanto morais quanto físicos.⁷¹

Hodiernamente, o conceito de eutanásia deve ser analisado num contexto transdisciplinar, assim como a Bioética e o Biodireito. Os que defendem a eutanásia ampliaram seu conceito para alcançar os casos de invalidez permanente e todos aqueles que se encontram atormentados por sofrimentos insuportáveis, que por fim buscam o alívio de suas dores na morte com dignidade. Por esta razão, tem-se uma conceituação contraditória a respeito do tema, já que nem todos os eutanatistas concordam a respeito dos casos aos quais pode ser aplicada a eutanásia, nem mesmo sob sua classificação. A proposta seria de adequar o conceito ao que se entende morrer dignamente na atualidade, e ao mesmo tempo, ao conceito de respeito ao ser humano na tomada de decisão.

Royo-Villanova y Morales, médico legista, conceitua eutanásia da seguinte forma:

“É a morte doce e tranqüila, sem dores físicas nem torturas morais, que pode sobrevir de um modo natural nas idades mais avançadas da vida, acontecer de um modo sobrenatural como graça divina, ser sugerida por uma exaltação das virtudes estóicas ou ser provocada artificialmente, já por motivos eugênicos já com fins terapêuticos, para suprimir ou abreviar uma inevitável, longa e dolorosa agonia, porém sendo prévio o consentimento do paciente ou prévia uma regulamentação legal.”⁷²

A Declaração sobre a Eutanásia esclarece o entendimento hodierno da Igreja acerca dessa questão tão controvertida e polêmica. Demonstra o quão ciente está da importância dos valores da pessoa humana na sociedade contemporânea e conceitua eutanásia da seguinte forma: “uma ação ou omissão que, por sua natureza ou nas intenções, provoca a morte a fim de eliminar toda a dor.”⁷³

Eugenio Cuello Calón se posiciona afirmando que a verdadeira eutanásia é aquela inspirada na piedade e compaixão ao enfermo que busca sua transição sem angústia nem dor, diferentemente daquela que se propõe a causar a morte.⁷⁴ Posiciona-se em relação à eutanásia conforme trecho que se segue:

⁷¹ BERLINK, Débora. França discute eutanásia. *Jornal O Globo*. Rio de Janeiro, 21 de março de 2008. O Mundo, p. 25; ASUA, Luis Jiménez de. Op. cit. p. 481.

⁷² ROYO-VILLANOVA Y MORALES, Ricardo. *El derecho a morir sin dolor* (el problema de la eutanasia), ed. Aguillar, Madri, 1929, págs. 20, 21 e 28 *apud* MENEZES, Evando Corrêa de. Op. cit. p. 40.

⁷³ SAGRADA CONGREGAÇÃO PARA A DOCTRINA DA FÉ. Declaração sobre Eutanasia. Roma, 05 de maio de 1980. Disponível em <http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19800505_euthanasia_po.html>. Acesso dia 10 de fevereiro de 2008.

⁷⁴ CALON, Cuello Eugenio. *Tres Temas Penales*: el aborto criminal, el problema penal de la eutanasia, el aspecto penal de la fecundacion artificial. Barcelona: Bosch – Casa Editorial – Urgel, 51 bis, 1955. p. 129.

En el homicidio por piedad practicado por los más allegados familiares, en particular padres, hijos o cónyuges, las crónicas eutanásicas revelan que en gran número de casos el homicida perpetra el hecho en un estado emotivo o passional hodamente perturbador y hasta anulador de la conciencia y de la voluntad, originado por el choque psíquico causado por el espectáculo de los intolerables sufrimientos y la agonía dolorosa e inteminable del enfermo.⁷⁵

Maria Celeste Cordeiro Leite Santos toma emprestado a conceituação de eutanásia elaborada por Francis Bacon, em sua obra *Novum Organum*, “O médico deve acalmar os sofrimentos e as dores não apenas quando este alívio possa trazer a cura, mas, também, quando puder servir para procurar *uma morte doce e tranqüila*.” (grifo do autor)⁷⁶

Na visão de Claus Roxin entende-se por eutanásia “a ajuda que é prestada a uma pessoa gravemente doente, a seu pedido ou pelo menos em consideração à sua vontade presumida”, cujo escopo seria “possibilitar uma morte compatível com sua concepção da dignidade da pessoa humana.”⁷⁷ Após essa breve análise conceitual sobre eutanásia, interessante será enumerar alguns de seus tipos.

Inicialmente, algumas classificações sobre eutanásia serão propostas conforme a visão e entendimento de alguns estudiosos. Posteriormente, será traçado um pequeno esboço da classificação apresentada de forma expositiva e resumida, a fim de clarificar as modalidades atualmente reconhecidas pela doutrina. Evidenciando que não existe ainda uma coesão na classificação aqui exposta e que não há qualquer pretensão de se esgotar o tema, tendo em vista sua complexidade e contrariedade.

Na visão de Ariosto Licurzi a eutanásia se classifica em três modalidades, tais como, a morte libertadora, a piedosa e a econômica ou eugênica. A morte libertadora seria aquela desejada quando as agonias são terríveis e se tem a certeza da morte. A morte piedosa será aquela em que “deverá servir de guia decisivo o sentimento de piedade mais pura e de solidariedade humana mais dignificada”. Enquanto que a morte eugênica “responde por uma dupla finalidade generosa: de utilidade social e piedade individual”.⁷⁸

Maria Helena Diniz traça definições sobre eutanásia passiva (ortotanásia), mistanásia e distanásia. A eutanásia passiva é caracterizada pela suspensão de medicamentos ou qualquer medida minimizadora da dor, a pedido do doente ou seus familiares, assim como a não utilização de meios artificiais para prolongar o estado vegetativo de um paciente em coma irreversível. A mistanásia é a morte provocada em determinadas situações, tais como, sistema

⁷⁵ Ibid. p. 154.

⁷⁶ LEITE SANTOS, Maria Celeste Cordeiro. Op. cit. p. 104.

⁷⁷ ROXIN, Claus. *A apreciação jurídico-penal da eutanásia*. Tradução Luis Greco. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, Revista dos Tribunais. n. 32. ano 8. p. 10. out/dez.2000.

⁷⁸ LICURZI, Ariosto. *El derecho de matar* (de la eutanásia a la pena de muerte). 2. ed. Córdoba: Ed. Pereyra, 1934. p. 56, 88- 92, *apud* MENEZES, Evandro Corrêa de. Op. cit. p. 54-56.

de saúde precário ou ausente (mistanásia passiva), erro médico, maus tratos e o extermínio de pessoas indesejáveis ou defeituosas (mistanásia ativa). É interessante destacar que a autora classifica como mistanásia ativa aquilo que grande parte da doutrina denomina de eutanásia eugênica. A distanásia é a continuidade do tratamento inútil ou prolongamento da morte, que ocorrerá lenta e sôfrega aos pacientes em estado terminal.⁷⁹

No entendimento de Ricardo Royo-Villanova y Morales a eutanásia se classifica em quatro modalidades: natural, eugênica, terapêutica e legal. A eutanásia natural é aquela que decorre da velhice. A eugênica consiste na morte provocada artificialmente e sem sofrimentos por meio de uma terapia anestésica “a todo ser humano que, por causa do nascimento, deformidade adquirida, acidente infeliz ou enfermidade incurável, possa ser fator de degeneração racial, perturbando de um modo biológico o agregado social”. A eutanásia terapêutica é aquela que permitiria ao médico por fim a vida de um enfermo que tem o diagnóstico de incurabilidade. Enquanto que a eutanásia legal será aquela prevista na lei.⁸⁰

Na linha de entendimento de Eugenio Cuello Calón a eutanásia eugênica e a eutanásia econômica não devem ser consideradas verdadeiras eutanásias, pois esta é a eliminação daqueles seres considerados como peso morto para a sociedade; aquela é numa seleção de seres e, conseqüentemente, eliminação daqueles que sejam nocivos à sociedade. Ambas constituem a supressão de vidas consideradas sem nenhum valor.⁸¹

Maria Celeste Cordeiro Leite Santos enumera várias formas de eutanásia. Classificando-as como se segue: distanásia (técnicas para mitigar a dor), eutanásia eugênica (exterminar os inúteis para a sociedade, de forma indolor, tais como velhos, inválidos, doentes incuráveis), eutanásia criminal (ocisão indolor dos socialmente perigosos), eutanásia experimental (fins de experimentação), eutanásia solidarística (salvar vidas), eutanásia terapêutica (emprego ou omissão de terapias para obtenção da morte – pode ser comissiva ou omissiva), ortotanásia ou eutanásia por omissão (omissão voluntária das terapias, com finalidade eutanásica), eutanásia teológica ou morte em estado de graça, eutanásia legal, eutanásia-suicídio assistido e eutanásia-homicídio.⁸²

Jimenez de Asúa delimita sua classificação sobre eutanásia em libertadora (dos males físicos ou por motivos morais), eliminadora (por motivos de seleção ou sociais) e econômica. Por sua vez informa que Bacon, criador do termo eutanásia, a distinguiu em interna ou natural e, em externa ou provocada pelo médico mediante aplicações de ópio.⁸³

⁷⁹ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 310-316.

⁸⁰ MENEZES, Evandro de Correa. Op. cit. p. 51.

⁸¹ CALON, Cuello Eugenio. Op. cit. p. 164.

⁸² LEITE SANTOS, Maria Celeste Cordeiro. Op. cit. p. 104-105.

⁸³ ASUA, Luis Jiménez de. Op. cit. pp. 418 e 441.

Interessante destacar a opinião de Claus Roxin ao classificar a eutanásia, distinguindo-a em eutanásia em sentido estrito, que se observa quando a ajuda é dada posteriormente ao início do processo de morrer, e em sentido amplo quando há a antecipação do processo da morte mesmo havendo vida, seja ela precária e temporária, por causa de sofrimentos provenientes da doença. Outros aspectos relevantes ao apreciar a eutanásia são: a constatação de uma legislação inexistente sobre o tema, a questão da dificuldade de se tratar dos problemas existenciais advindos das decisões sobre a vida e a morte, no âmbito do direito, e por último, a problemática do que seria permissivo e proibido sobre a eutanásia, já que o tema tem uma característica transdisciplinar. A classificação apontada por Claus Roxin será aqui tratada de forma bastante simplificada. A eutanásia pura é “a hipótese em que se ministram ao moribundo meios lenitivos que não possuam efeitos de diminuir-lhe o tempo de vida”. A eutanásia indireta é aquela “quando são praticadas medidas lenitivas sobre o moribundo, apesar de poderem elas antecipar a ocorrência da morte”. A eutanásia passiva é aquela renúncia a um tratamento capaz de prolongar a vida, baseada na fidedignidade, quando o médico, seus ajudantes, ou mesmo, os parentes se omitem em prolongar a vida, já que a morte é iminente. A eutanásia ativa é aquela “entendida como a morte dada a alguém que está a morrer ou gravemente doente”. A eutanásia precoce seria o “deixar morrer recém-nascidos gravemente deformados”. Por fim, o autor não considera a eutanásia eugênica como sendo um tipo de eutanásia.⁸⁴

De forma bastante simplificada serão apontadas algumas classificações a partir das anteriormente apresentadas: *eutanásia* é a morte que ocorre pelo móvel piedoso; *distanásia* é aquela prática que tem como escopo o prolongamento da vida, priorizando-a pelo critério quantitativo, aplicando a tecnologia sem considerar o ser humano; *ortotanásia* seria aquela que privilegia os acontecimentos naturais que levam a morte, é o deixar morrer; *mistanásia* se refere à morte desproporcionada daqueles, ou que sofrem por erro médico ou que nem chegam a se tornar pacientes pela impossibilidade de conseguir atendimento médico, abrangendo problemas sócio-econômicos e políticos; *eutanásia eugênica ou econômica* é a que desprivilegia o ser humano, afirma-se na inutilidade do ser para a sociedade, englobando os inválidos, velhos, doentes incuráveis, dentre outros considerados indesejáveis; *eutanásia legal* está prevista na legislação; *eutanásia terapêutica* é a realizada pelo profissional de medicina nos doentes em estado de incurabilidade (grifo nosso).

⁸⁴ ROXIN, Claus. Op. cit. p. 10-38.

4.2 Tratamentos paliativos ou eutanásia? Prolongar o sofrimento ou morrer com dignidade?

Os tratamentos paliativos têm como escopo a qualidade temporal de vida que resta a ser vivida, e não, o prolongamento da vida. Busca amenizar a dor enquanto ainda se vive. Aqui é o momento oportuno para ressaltar a importância da relação entre o fim e o meio, cujo desiderato seria evitar o excesso, ou seja, a transposição de um limite, sendo urgente considerar o princípio da proporcionalidade. Aplicando este princípio pode-se analisar a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito da medida que deva enfim ser adotada. A partir daí é possível extrair os seguintes questionamentos: qual a eficácia de determinado tratamento (adequação), o tratamento escolhido pressupõe o mínimo de dano ao paciente e aos seus familiares (necessidade), e por último, mas não menos importante, os benefícios advindos de tal tratamento superam os riscos de sua aplicação (proporcionalidade em sentido estrito)?⁸⁵

Na Declaração sobre a Eutanásia, a Igreja se posiciona a respeito dos tratamentos paliativos dizendo ser lícito a utilização dos tratamentos avançados da medicina, com o consentimento do doente, mesmo que não se tenha certeza dos resultados apresentados por estes tratamentos, ou seja, levando em consideração quaisquer riscos. A anuência do doente representaria sua generosidade perante a humanidade. O que de fato demonstra a declaração é sua total contrariedade à prática de eutanásia ativa. Por outro lado, afirma que “é lícito em consciência tomar a decisão de renunciar a tratamentos que dariam somente um prolongamento precário e penoso a vida”. Isto significa a anuência da Igreja para a prática da ortotanásia, pois é permitido deixar morrer, mas não antecipar a morte (tradução livre).⁸⁶

Maria Helena Diniz se posiciona afirmando:

O homem não tem direito de consentir em sua morte; não tem direito de matar-se, nem de exigir que outrem o mate, por não ser dono de sua própria vida. Não se pode negar a paciente portador de mal incurável a prestação de médicos vitais, sem os quais ele morreria, nem renunciar a cuidados ordinários disponíveis, ainda que sejam parcialmente eficazes, nem deixar de tratar doente comatoso se houver alguma possibilidade de recuperação.⁸⁷

⁸⁵ Sarlet em consonância ao exposto afirma a necessidade de ponderação e, conseqüentemente, hierarquização “dos bens em causa, com vistas à proteção eficiente da dignidade da pessoa, aplicando-se também o princípio da proporcionalidade, que, por sua vez, igualmente – já nesta perspectiva – encontra-se conectado ao princípio da dignidade.” (SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 118)

⁸⁶ SAGRADA CONGREGAÇÃO PARA A DOCTRINA DA FÉ. Declaração sobre Eutanásia. Roma, 05 de maio de 1980. Disponível em <http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19800505_euthanasia_po.html>. Acesso dia 10 de fevereiro de 2008.

⁸⁷ DINIZ, Maria Helena. Op. cit. p. 309.

Colaciona-se das ponderações de Ingo Wolfgang Sarlet que

pressuposta a existência de um direito à vida com dignidade e se tomando o caso de um doente em fase terminal, vítima de sofrimentos atrozes e sem qualquer esperança de recuperação, sempre se poderá indagar a respeito da legitimidade da prática da eutanásia ou do suicídio assistido, justificando-se com base no argumento de que mais vale morrer com dignidade, ou então fazer prevalecer (mesmo contrariamente à vontade expressa do doente ou mesmo em flagrante violação de sua dignidade) o direito (e, nesta quadra, também dever) à vida, ou mesmo, na esteira do exemplo já referido, considerar que a dignidade engloba a necessidade de preservar e respeitar a vida humana, por mais sofrimento que se esteja a causar com tal medida.⁸⁸

É inegável que tanto a sociedade como as normas morais sofrem constantes mutações, por isso a relevância de se apreciar os princípios da autonomia moral, no que tange ser todo homem igual em dignidade e de que nenhuma autoridade pode decidir a respeito de sua vida e saúde. Outros aspectos relevantes são o respeito às convicções religiosas e a qualidade de vida, conferindo o direito de viver ou morrer com a menor proporção de sofrimento.

Alguns argumentos são levantados para se afastar à legalização da eutanásia. Primeiramente, os aparelhos de suporte vital devem permanecer conectados (prolongar o sofrimento?), pois existe a crença que algo miraculoso possa acontecer. Outro argumento é que idosos possam ser pressionados por razões sócio-econômicas a decidir pela morte. Assim como tal processo de legalização possa conduzir a uma eutanásia eugênica. Dworkin demonstra a fragilidade de tais argumentos sob o fundamento de que a não legalização pode também ser danosa a muitas pessoas, levando em consideração que existem riscos tanto para a legalização quanto para a sua recusa, e por isso não devem ser ignorados.⁸⁹

O debate sobre a vida e a morte não é atual no âmbito da medicina, em face dessa questão vários casos são levados aos Conselhos Regionais de Medicina. Exemplificando, o caso de uma paciente em fase terminal, que se encontra com insuficiência respiratória em razão da falência dos músculos intercostais, sob cuidados médicos utilizando-se de suporte vital. Até quando mantê-la no respirador? Ao Conselho Regional de Medicina do Paraná foi

⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p.130. “Uma vida mais longa não é um bem tão supremo que supere todas as outras considerações. (Se fosse, haveria meios muito mais eficientes de salvar vidas – a proibição do cigarro, a redução dos limites de velocidade a 40 km por hora – do que a proibição da eutanásia voluntária.)”. Na verdade, “Legalizar a eutanásia e permitir que os pacientes decidam se a sua situação é ou não suportável estaria muito mais de acordo com o respeito pela liberdade individual e pela autonomia.” (SINGER, Peter. *Ética Prática*. Op. cit. pp. 207 e 209).

⁸⁹ DWORKIN, Ronald. Op. cit. p. 278-279. “Os governos inescrupulosos já têm em mãos meios mais eficazes de livrar-se de seus adversários do que a eutanásia praticada por médicos, por motivos médicos. ‘Acidentes’ podem acontecer. Se necessário, assassinos podem ser contratados. Nossa melhor defesa contra tais possibilidades está em fazer todo o possível para manter o nosso governo democrático, aberto e na mãos de pessoas que nunca desejariam, seriamente, eliminar os seus adversários. Sempre que esse desejo for sério o suficiente, os governos encontrarão meios de concretizá-lo, esteja a eutanásia legalizada ou não.” (SINGER, Peter. Op. cit. p. 225).

formulada a consulta 027/2001, tendo como assuntos a morte terminal, a eutanásia e a distanásia. Tal parecer ao tratar dos temas referidos propõe a conceituação da eutanásia e da distanásia, além disso, questiona até quando deve ser prolongada a vida de uma pessoa em estado de doença avançada, sem dar qualquer solução. Todavia, pretende apenas motivar a reflexão. Segue abaixo, na íntegra, o parecer nº 1382-2002:

A presente consulta, motiva alguma reflexão sobre o compromisso com a defesa da dignidade da vida. O sofrimento no fim da vida é um dos grandes desafios da profissão médica, que se depara com a “medicalização” da morte e com tecnologias que podem abreviar ou prolongar o processo de morrer. O atual Código de Ética Médica (1988), em seu artigo 6º, afirma que o médico deve guardar absoluto respeito a vida humana, atuando sempre em benefício do paciente, que não deve usar a medicina para gerar sofrimento, nem para ofender a dignidade das pessoas e, menos ainda, para o extermínio do ser humano. No artigo 66, se vê o complemento do artigo 6º, visto que o mesmo diz ser vedado ao médico “utilizar, em qualquer caso, meios destinados a abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu responsável legal”. Desta forma, a eutanásia pode ser entendida como uma ação ou omissão que provoca a morte, ainda que seja para aliviar qualquer tipo de dor, ou seja, apressar o óbito de um doente terminal, é eutanásia.

Por outro lado, a distanásia é a obstinação terapêutica, ou seja, investir todos os recursos possíveis para prolongar a vida ao máximo, sem levar em conta a qualidade desta vida.

Assim, está criado um dilema que envolve a questão técnica de prolongar a vida de uma pessoa, em fase avançada de sua doença e a questão bioética, até quando se deve investir neste empreendimento? Que sentido tem este investimento? (grifo nosso)

Nos dias atuais não se discute mais a morte encefálica, pois ela está estabelecida. Neste entendimento, qualquer procedimento pós morte encefálica não pode ser caracterizado como eutanásia.⁹⁰

Já outra consulta, formulada ao Conselho Regional de Medicina de São Paulo, cujo assunto era qual “atitude que deve tomar como médica acerca de paciente de 78 anos com neoplasia maligna metastática sem resposta ao tratamento habitual, após autorização verbal dos familiares para não intubar, em franca evolução para insuficiência respiratória”. Segue parte do parecer:

[...] Já se vai consagrando, entre nós, o princípio da autonomia. Já não tem a mesma força, nos dias atuais, a suposta imposição hipocrática, de se preservar SEMPRE a vida, a qualquer custo. (grifo do autor)

Do próprio Vaticano emanaram considerações no sentido de se permitir, aos pacientes terminais, uma morte digna, com o mínimo de sofrimento para eles ou para os seus familiares.

Assim sendo, a situação descrita pela consulente se enquadra claramente nos casos em que o médico, intervindo sobre o paciente, no mais das vezes à revelia ou até mesmo contra a vontade dele e de seus familiares, passa a assumir mais a postura de torturador do que a de médico.⁹¹

⁹⁰ CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO PARANÁ. Parecer de nº 1382-2002. Relator: Conselheiro Niazzy Ramos Filho. Paraná, 2002. Disponível em <http://www.portalmédico.org.br/pareceres/CRMPR/pareceres/2002/1382_2002.htm>. Acesso dia 16 de março de 2008.

⁹¹ CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Parecer de nº 37.267/99. Relator: Conselheiro Marco Segre. São Paulo, 1999. Disponível em <http://www.portalmédico.org.br/pareceres/CRMSP/pareceres/1999/37267_1999.htm>. Acesso em 16 de

A Lei nº 10.241/99 (ANEXO A) prevê em seu artigo 2º mais um argumento para a recusa de tratamentos dolorosos ou extraordinários cuja finalidade seja o prolongamento da vida. Tal amparo legal se remete aos usuários dos serviços de saúde do Estado de São Paulo, mas já demonstra certa flexibilização da aceção extremamente contrária a morte, já que a proposta se coaduna ao conceito de ortotanásia. Outro texto legal que faz previsão da ortotanásia é a Resolução 41/95 (ANEXO B) da CONANDA (Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente), cujo texto exara no item 20 o “direito a ter uma morte digna, junto a seus familiares, quando esgotados todos os recursos terapêuticos disponíveis”.

O Código de Ética Médica (CEM) traz em seu bojo uma série de artigos, os quais serão salientados. Inicialmente, cabe destacar que a saúde tem grande relevância para a medicina. Sendo assim, o verdadeiro compromisso do atendimento médico é proporcionar o bem-estar de seu paciente (artigo 2º, CEM). Os princípios da beneficência e não-maleficência encontram destaque no momento de escolha entre um tratamento paliativo ou a prolongação do sofrimento através de medidas terapêuticas, muitas vezes inadequadas (artigos 5º, 6º, 21 e 57, CEM). Outro princípio que pode ser notado no código é a liberdade de escolha entre a aceitação ou a recusa de um tratamento (artigos 46, 48 e 56, CEM), ressaltando a exceção de iminente perigo de vida, que autorizaria a prática de determinada medida terapêutica sem anuência do paciente. A problemática nessa situação também se observa quando da incapacidade do paciente (inconsciência, menoridade) no tocante a decisão, tal situação será decidida pelos responsáveis legais naquilo que não contrarie os interesses do incapaz, podendo até mesmo ser decidido por via judicial. Outro aspecto relevante a ser apontado é a informação, que deve ser clara para se evitar o uso de tecnologia inútil e postergação de sofrimento (artigo 42, CEM).⁹²

março de 2008.

⁹² Vale a pena apresentar aqui o conteúdo, dos artigos do Código de Ética Médica citados: Art. 2º - O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional; Art. 5º - O médico deve aprimorar continuamente seus conhecimentos e usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente; Art. 6º - O médico deve guardar absoluto respeito pela vida humana, atuando sempre em benefício do paciente. Jamais utilizará seus conhecimentos para gerar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano, ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade; É direito do médico: Art. 21 - Indicar o procedimento adequado ao paciente, observadas as práticas reconhecidamente aceitas e respeitando as normas legais vigentes no País; É vedado ao médico: Art. 42 - Praticar ou indicar atos médicos desnecessários ou proibidos pela legislação do País; É vedado ao médico: Art. 46 - Efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e consentimento prévios do paciente ou de seu responsável legal, salvo iminente perigo de vida, e Art. 48 - Exercer sua autoridade de maneira a limitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a sua pessoa ou seu bem-estar; É vedado ao médico: Art. 56 - Desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente perigo de vida, e Art. 57 - Deixar de utilizar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento a seu alcance em favor do paciente. (CODIGO DE ETICA MEDICA, Resolução CFM nº 1.246/88, de 08 de janeiro de 1988.

Da lição de um dos árdios defensores da eutanásia, Ariosto Licurzi, citado por Evandro Corrêa de Menezes, tratando da eutanásia e da religião como possíveis solucionadoras morais da morte, pode-se extrair o seguinte trecho:

“A última vitória da medicina – frente à sua impotência científica – quando é impossível triunfar sobre o mal incurável, será o adormecer o agonizante na tranqüila sonolência medicamentosa que leva ao letargo e à morte total, suavemente. Será uma bem triste vitória, em verdade, porém, por seu conteúdo de altruísmo, sua profunda generosidade humana, chega a adquirir o valor das vitórias espirituais de uma religião.

E, como efeito, juntas, a eutanásia e a religião podem dar solução moral ao mais sério, mais complexo e mais terrível dos problemas biológicos e filosóficos herdados pela humanidade desde sua aparição sobre a terra.

O problema da ‘morte’.”⁹³

4.3 Direito de decisão: direito público ou privado?

O direito de decisão deve ser analisado sob o foco da autonomia privada, considerando que a escolha deva ocorrer a partir de opções moralmente válidas. Autonomia vinculada à liberdade, vislumbrando a dignidade da pessoa humana num contexto pluralista das atuais sociedades democráticas. Nessa esteira de ensinamento, Kant afirma em sua máxima que “[...] O homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade.”⁹⁴

Thomas Morus, em sua famosa obra *A Utopia*, demonstra seu posicionamento a respeito da eutanásia quando relata sobre a vida dos utopianos e o direito de morrer nos casos de incurabilidade, conforme o seguinte trecho:

Os infelizes afetados de males incuráveis recebem todos os consolos [...]. Mas quando a esses males incuráveis se juntam sofrimentos atrozes, que ninguém pode suprimir ou suavizar, os padres e magistrados se apresentam ao paciente e lhe levam a exortação suprema.

Mostram-lhe que ele está despojado dos bens e da [sic] funções da vida; que não se faz senão sobreviver à própria morte, [...].

[...] quebrai as cadeias que vos amarram, e desprendeis-vos, por vossas próprias mãos, da masmorra da vida; ou pelo menos consenti que outros dela vos libertem. Vossa morte não é uma ímpia repulsa aos bens da existência, mas o termo de um cruel suplício.

Obedecer, neste caso, à voz dos padres, intérpretes da divina vontade, é fazer obra religiosa e santa.

Os que se deixam persuadir põem fim a seus dias pela abstinência voluntária ou são adormecidos por meio de um narcótico mortal, e morrem sem se aperceber. Os que

Disponível em <<http://www.portalmedico.org.br/novoportal/index5.asp>>. Acesso dia 21 de março de 2008).

⁹³ MENEZES, Evandro de Correa. Op. cit. p. 75.

⁹⁴ KANT, Immanuel. Op. cit. p. 68.

não querem a morte, nem por isso passam a receber menos atenções e cuidados; quando cessam de viver a opinião pública honra sua memória.⁹⁵

O direito comparado se demonstra uma fonte riquíssima de informações sobre julgamentos de pessoas que cometeram eutanásia pelo móvel piedoso. Tais pessoas foram julgadas e muitas vezes absolvidas. O que se pode extrair de máxima importância desses julgados são as fundamentações dos Tribunais que levaram ou a absolvição ou a condenação. Tudo isso para distinguir claramente quando se considerou a eutanásia crime de homicídio e quando foi apenas um ato libertador de sofrimentos, movido por piedade e compaixão. Alguns casos serão agora apresentados, sem qualquer intenção de convencer qual o melhor caminho a ser adotado, objetivando apenas fazer refletir o que a eutanásia de fato representa, e os motivos pelos quais as pessoas compelidas pelo sofrimento da vítima acabam entendendo, que a elas é outorgado o direito de matar.

Inicialmente, será citado o caso de Nancy Cruzan, que sofreu acidente automobilístico em 1983 e, foi mantida por vários anos num Centro de Reabilitação de Missouri. Ela estava em estado de coma e conectada a aparelhos que a mantiveram viva até 1990. Neste ano, após intensa batalha judicial, seus pais conseguiram o direito de desconectá-la. Outras decisões judiciais, no sentido de recusa a tratamento para casos em que não mais existe possibilidade de recuperação, têm sido fundamentadas pelos juízes norte-americanos como a primazia do direito individual (privado) sobre o direito público. Ressalta-se que o tratamento foi subsidiado pelo Estado de Missouri, porquanto não há que aventar a possibilidade de interesses obscuros tanto da família quanto do local onde ela foi tratada até o fim de seus dias. Outro caso que gerou polêmica foi o que ocorreu na Espanha. Ramon Sampedro, que depois de um acidente ficou tetraplégico, ingressou na Justiça para obter a autorização para praticar a eutanásia (primeiro caso espanhol), o que polemizou e provocou o debate acerca da temática sobre a liberdade do indivíduo de tomar a decisão de morrer. Este acontecimento foi tão marcante que culminou na produção cinematográfica de “Mar Adentro”. A Justiça espanhola denegou o pedido de Sampedro, que o levou a tomar uma atitude extrema, qual seja, a de atentar contra a própria vida, auxiliado por *mãos amigas* (grifo nosso).⁹⁶

Da obra de Cuello Calón serão retirados alguns exemplos de julgados. Carol Ann Paight foi absolvida pelo jurado de Bridgeton (Connecticut), em 08 de fevereiro de 1950, após ter matado seu pai doente acometido de câncer sem esperança de recuperação. Outro caso

⁹⁵ MORUS, Thomas. *A Utopia*. Trad. Luís de Andrade. São Paulo: Editora Escala - Coleção Mestres Pensadores. p. 109.

⁹⁶ DWORKIN, Ronald. Op. cit. p. 264-265 ; CHAVES, Antônio. *Direito a vida e ao próprio corpo: intersexualidade, transexualidade e transplantes*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 73.

interessante foi o Doutor Sander que movido por piedade casou a morte de uma paciente cancerosa incurável, que sofria de dores terríveis, aplicando-lhe uma injeção letal, foi julgado pelo jurado de Manchester (New Hampshire) e absolvido em 20 de fevereiro de 1950. Na mesma época, Irene Willianson de dezenove anos deu fim à vida de sua mãe acometida de câncer, agiu movida pela piedade, e também foi absolvida. Por outro lado, o caso de Edmundo Vatalegna, que em 1951, em Roma, atendendo as súplicas de sua esposa cancerosa incurável, que sofria de dores terríveis, causou-lhe a morte. Este foi o primeiro caso de homicídio eutanásico ocorrido na Itália. Edmundo foi julgado e condenado a seis anos de prisão, houve reação popular devido que a condenação foi considerada excessiva. Nesta mesma obra são relatados casos extraídos de uma das obras de Royo-Villanova. Primeiramente, o caso que ocorreu na Itália do maquinista vítima de um acidente ferroviário, teve pernas e braços destroçados em baixo de uma caldeira e foi queimando-se vivo, gritava desesperadamente e suplicava que acabassem com seu sofrimento. Uma das testemunhas o libertou do sofrimento suprimindo-lhe a vida e todos que estavam presentes concordaram com o ato, pois a vítima sofria de uma agonia sem esperança. Outro episódio ocorreu na Argentina, um funcionário da rede ferroviária sofreu um acidente e ficou sob os escombros, após o choque entre dois vagões, o fogo se aproximara e ele sentia as dores das chamas em sua pele. Pediu desesperadamente a morte e, por piedade, um amigo o libertou disparando um tiro. O que se pode aventar aqui é a ausência de culpabilidade, cabendo diferenciar entre o homicídio e a eutanásia. A diferença básica encontra-se na falta de perversidade e no dolo repugnante que se dá entre o momento da concepção e preparação do delito homicídio. Neste existe uma grande desconsideração do respeito que a vida humana é merecedora.⁹⁷

No contexto de decisão é interessante destacar os argumentos de alguns penalistas sobre a licitude ou ilicitude da prática de eutanásia. Segundo Mezger considera a eutanásia ilícita e punível, mesmo quando houver o consentimento da vítima. Beling reconhece nesta prática um homicídio, mesmo quando submetida ao crivo moral. Manzini considera que não deve haver impunidade, será um homicídio por motivo de compaixão, quando houver consentimento, no qual será levada em consideração a atenuante de motivo de relevante valor moral ou social. Por outro lado, quando não houver o consentimento deve ser tratado como homicídio doloso comum. Na linha dos defensores destacam-se Binding sustentando que é apenas um “acto de curación”, uma obra curativa, não proibida, que resulta em benefício aos enfermos em estado grave, mesmo que a lei não reconheça. Liszt admite a licitude dentro de certas limitações. Giuseppe Del Vecchio propõe a impunidade da morte eutanásica quando for

⁹⁷ CALON, Cuello Eugenio. Op. cit. p. 125-155; ASUA, Luis Jiménez de. Op. cit. p. 434.

realizada por pedido da vítima, para abreviar seu sofrimento de uma agonia atroz tanto física quanto psíquica.⁹⁸

Norberto Bobbio referindo-se aos ensinamentos de Kant sobre a relação entre liberdade e autonomia afirma:

[...], uma vez entendido o direito como faculdade moral de obrigar os outros, o homem tem direitos inatos e adquiridos; e o único direito inato, ou seja, transmitido ao homem pela natureza e não por uma autoridade constituída, é a liberdade, isto é, a independência em face de qualquer constrangimento imposto pela vontade do outro, ou, mais uma vez, a liberdade como autonomia.⁹⁹

Evandro Corrêa de Menezes salienta quão repugnante seria admitir a submissão do homem à sociedade de tal forma que ele não pudesse dispor do bem que mais lhe pertence, sua vida, assim como a liberdade e outros direitos fundamentais, os quais deveriam ser reconhecidos pela sociedade.¹⁰⁰ Os opositores ao direito de decisão fundamentam sua linha de entendimento sobre o conceito de inviolabilidade da vida humana e, mais ainda, sobre a valoração da vida como propriedade divina.¹⁰¹

A realidade alemã dentro do contexto de decisão do paciente nas palavras de Claus Roxin:

Se um canceroso se recusa a deixar-se operar [...] a operação não poderá ser feita. É freqüente que a pessoa idosa, doente ou próxima da morte recuse o tratamento em uma unidade intensiva, que só iria adiar um pouco a morte. Isso deve ser respeitado. A vontade do paciente é decisiva, mesmo nos casos em que um juízo objetivo a considere errônea, ou que seja irresponsável aos olhos de muitos observadores.¹⁰²

De forma magistral Ronald Dworkin enfatiza o direito de decisão no contexto da liberdade e dignidade afirmando:

Insistimos na liberdade porque prezamos a dignidade e colocamos em seu centro o direito à consciência, de modo que um governo que nega esse direito é totalitário, por mais livres que nos deixe para fazer escolhas menos importantes. E por honrarmos a dignidade que exigimos a democracia, e, nos termos em que definimos esta última, uma Constituição que permita que a maioria negue a liberdade de consciência será inimiga da democracia, jamais sua criadora. Qualquer que seja nosso ponto de vista sobre o aborto e a eutanásia, queremos ter o direito de decidir por nós mesmos, razão pela qual deveríamos estar sempre dispostos a insistir em que qualquer Constituição honorável, qualquer Constituição verdadeiramente centrada em princípios, possa garantir esse direito a todos.¹⁰³

⁹⁸ CALON, Cuello Eugenio. Op. cit. p.146-149.

⁹⁹ BOBBIO, Norberto. Op. cit. p. 69.

¹⁰⁰ MENEZES, Evandro de Correa. Op. cit. p. 34.

¹⁰¹ Nesse sentido Renato Lima Sertã aprecia os ensinamentos de “Locke, que no século XVII professava que a vida humana não pertence ao homem, mas sim a Deus, sendo aquele mero locatário Deste.” (SERTÃ, Renato Lima Charnaux. *A distanásia e a Dignidade do paciente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 27).

¹⁰² ROXIN, Claus. Op. cit. p. 18-19.

¹⁰³ DWORKIN, Ronald. Op. cit. p. 342-343.

Em contraposição ao direito de decisão, manifesta-se a Igreja Católica, destacando a inviolabilidade da vida, que é demonstrada pelo fragmento extraído da carta encíclica *Evangelium Vitae*:

[...] recusando ou esquecendo o seu relacionamento fundamental com Deus, o homem pensa que é critério e norma de si mesmo e julga que tem inclusive o direito de pedir à sociedade que lhe garanta possibilidades e modos de decidir da própria vida com plena e total autonomia. Em particular, é o homem que vive nos países desenvolvidos que assim se comporta: [...] Num tal contexto, torna-se cada vez mais forte a tentação da eutanásia, isto é, apoderar-se da morte, provocando-a antes do tempo e, deste modo, pondo fim “docemente” à vida própria ou alheia. Na realidade, aquilo que poderia parecer lógico e humano, quando visto em profundidade, apresenta-se absurdo e desumano. (grifo do autor)¹⁰⁴

Apesar de posicionamentos contrários, é inegável destacar que a eutanásia vem sendo praticada em alguns países, até mesmo quando a legislação é proibitiva. Na Bélgica em 2008, o escritor Hugo Claus, que sofria de mal de Alzheimer, teve a possibilidade de divulgar publicamente que havia agendado o dia de sua morte, já que a legislação belga permite a prática de eutanásia. Na França que proíbe a eutanásia, Chantal Sébire, 52 anos, que possuía na cavidade nasal um tumor grave e raro, o qual desfigurou seu rosto afastando seus olhos e rebaixando seu nariz causando-lhe dores e grande sofrimento, foi encontrada morta, logo após ter seu pedido de morrer negado pela Justiça. Outro caso francês, Vincent Humbert após acidente automobilístico ficou tetraplégico, cego e surdo, em 2000, sua mãe lutou durante anos na justiça pelo direito do filho morrer, por fim buscou a ajuda do presidente Jacques Chirac, em 2002, que foi negada. Em 2003, ajudou o filho a morrer aplicando uma enorme dose de barbitúricos, a mãe foi presa por assassinato, mas depois libertada. Tal atitude está promovendo um debate político, o primeiro-ministro François Fillon solicitou a análise da lei francesa e os socialistas no Parlamento informaram a criação de um grupo de estudos para promover uma reforma legislativa e permissiva da eutanásia em casos extremos.¹⁰⁵

Após a apresentação dos casos é possível se chegar à conclusão que está longe de se pacificar a aceitação da aplicabilidade da eutanásia. Alguns países já se posicionaram no contexto pluralista mundial, mas ainda existe uma enorme lacuna legislativa em inúmeros países. A grande questão é se a decisão tem o caráter público ou privado. Quem pode decidir sobre o direito de morrer de forma digna? O consentimento deve ser valorado? Estes questionamentos continuarão sem resposta ao longo de muito tempo. Afinal, a temática é permeada de conceitos éticos que estão em constante mutação. O que se pode propor é a ponderação axiológica dos princípios apontados neste trabalho, afastando cuidadosamente o

¹⁰⁴ EVANGELIUM VITAE. João Paulo II – Carta Encíclica sobre o valor e a inviolabilidade da vida humana. São Paulo: Editora Paulus, 1995. p. 85-86.

¹⁰⁵ BERLINK, Débora. Op. cit. p. 25

caráter absoluto de qualquer valoração conceitual. A análise de cada caso concreto deve ser outro ponto a ser considerado no contexto da decisão, assim como primordial seria considerar a liberdade, ou seja, a autonomia do indivíduo.

4.4 A visão de Ronald Dworkin

Não foi ao acaso a escolha dos ensinamentos deste autor para abrilhantar a parte final do trabalho. Da mesma forma que não foi desprovida de razão a escolha de seu livro *Domínio da Vida*, a fim de que fosse possível expor os fundamentos que levam a nossa alma a acreditar que nossas íntimas convicções possam ser verdades irrefutáveis. Além disso, o mais importante é fazer com que todos aqueles que se opõem a liberdade de escolha reflitam. Outro aspecto relevante é demonstrar que as convicções individuais sobre a vida, a morte e a eutanásia são questões permeadas de uma visão essencialmente religiosa. Não se busca aqui esgotar o tema, mas apenas debater visões antagônicas, pautadas algumas vezes sob a mesma fonte de argumentação.

A autonomia do paciente, interesses fundamentais e o valor intrínseco ou a santidade da vida são as três principais questões morais e políticas apresentadas quando se pretende discutir a tomada de decisão para aplicabilidade da eutanásia. Contudo, a dificuldade de entendimento destes temas ocorre se não levarmos em consideração o porquê de determinadas pessoas, diante de uma determinada situação fática aterrorizante, desejam intensamente a morte, enquanto outras na mesma circunstância desejam a vida. Compreendermos tais preceitos dependerá de nossas convicções individuais sobre a vida e a morte.¹⁰⁶

Antes de analisar a morte, sob o prisma de como as pessoas a interpretam, é necessário entender a vida. É plausível notar que determinadas pessoas compreendem a continuidade da vida como “uma espécie de *conquista*” (grifo do autor). Por outro lado, é possível vislumbrar que estar vivo sob quaisquer circunstâncias não é admissível, ou por considerarem a indignidade, ou por não desejarem ser lembrados em determinada condição, querendo afastar qualquer possibilidade de dependência e até mesmo angústia.¹⁰⁷ Nesse sentido, Ronald Dworkin estabelece dois paradigmas de interpretação: os interesses experienciais e os interesses críticos. Os primeiros se firmam nos prazeres que as experiências em nossas vidas

¹⁰⁶ DWORKIN, Ronald. Op. cit. p. 36.

¹⁰⁷ Ibid. p. 296.

nos proporcionam, tais como, assistir nossos programas favoritos, viajar pelo mundo, brincar com os filhos, ir a bons restaurantes, entre outros. Por outro lado, os interesses críticos estão relacionados a um juízo de valor, ou seja, um sopesar daquilo que ajudaria a tornar uma vida melhor.¹⁰⁸

É interessante neste momento delinear de forma simplificada três questões sobre a morte. O princípio da *autonomia* é invocado toda vez que se deseja fundamentar o direito das pessoas decidirem sobre o desejo de morrer. Todavia, aqueles que se opõem a prática da eutanásia invocam o mesmo princípio. A preocupação primordial é que a legalização possa pressionar ou mesmo permitir que pessoas que prefeririam permanecer vivas sejam mortas. Outro aspecto que assusta os contrários a eutanásia são os casos de inconsciência do paciente. Quando entramos no âmbito dos *interesses fundamentais* a discussão recai sob uma visão “paternalista”, já que os opositores acreditam que aqueles que decidem morrer desconhecem seus verdadeiros interesses e tal opção é equivocada, mesmo que isso signifique violar a autonomia destes indivíduos. A razão maior é que os opositores sabem o que é melhor para aquele indivíduo. Por fim será explicitada a *santidade* que sob o ponto de vista dos opositores é encarada como motivo para a condenação da prática da eutanásia, pois independente das circunstâncias, seja tolerando a dor ou a inconsciência irreversível, o indivíduo deve aguardar uma morte natural (quase como um desígnio de Deus). A convicção de que a vida humana é sagrada parece ser o maior fundamento para os opositores da eutanásia, já que sua base é essencialmente emocional (grifo do autor).¹⁰⁹

Deste contexto é possível extrair duas concepções sobre a morte. Primeiramente, a visão conservadora refutará qualquer convicção que defenda a abreviação da vida, independentemente das conseqüências que advenham desta escolha. Por outro lado, o ponto de vista da corrente liberal defenderá que em alguns casos a morte seria uma opção para amenizar qualquer frustração da vida, o que não significa diminuir a importância da santidade da vida, pelo contrário, tal atitude seria indicativa de extremo respeito a tal princípio.¹¹⁰

Os direitos à autonomia, beneficência e dignidade são, também, abordados pelo autor. Inicialmente, questiona que “o objetivo da autonomia deve ser, pelo menos até certo ponto, independente da alegação de que uma pessoa geralmente sabe, melhor que qualquer outra,

¹⁰⁸ Várias foram às especulações sobre o que seria uma vida boa: “Sócrates afirmou que uma vida boa consiste no conhecimento de si mesmo; Aristóteles, que consiste na perfeição dos talentos e aptidões; para os filósofos católicos, consiste na devoção e no amor a Deus; para Hume, está na satisfação daquilo que verdadeira e naturalmente se deseja; e Bentham a encontra na obtenção do máximo prazer possível. [...] Os cétricos dizem que a própria idéia de que uma vida possa ser realmente melhor do que outra é um absurdo típico de beatos e carolas.” (Ibid. p. 281-282.)

¹⁰⁹ Ibid. p. 268-276.

¹¹⁰ Ibid. p. 125.

quais são seus interesses fundamentais.” Exemplifica considerando o ato de fumar. Defende a tese de que se for permissível à pessoa praticar tal atitude, não se poderia afirmar que a autonomia consistiria “em proteger o bem-estar de uma pessoa”. Afinal, fumar não promove o bem-estar. Sob esse prisma, analisa alternativa para explicar o objetivo da autonomia:

A concepção de autonomia centrada na integridade não pressupõe que as pessoas competentes tenham valores coerentes, ou que sempre façam as melhores escolhas, ou que sempre levem vidas estruturadas e reflexivas. Reconhece que as pessoas frequentemente fazem escolhas que refletem fraqueza, indecisão, capricho ou simples irracionalidade – por exemplo, que algumas delas, em outros aspectos obcecadas por sua saúde, continuem a fumar. Qualquer teoria plausível da autonomia centrada na integridade deve fazer uma distinção entre o objetivo geral ou o valor da autonomia, por um lado, e suas conseqüências para uma determinada pessoa em uma situação específica, por outro. A autonomia estimula e protege a capacidade geral das pessoas de conduzir suas vidas de acordo com uma percepção individual de seu próprio caráter, uma percepção do que é importante para elas. Talvez o principal valor dessa capacidade só se concretize quando uma vida realmente manifestar uma integridade e uma autenticidade absolutas. Mas o direito à autonomia protege e estimula essa capacidade em qualquer circunstância, permitindo que as pessoas que a têm decidam em que medida, e de que maneira, procurarão concretizar esse objetivo.¹¹¹

O direito à beneficência é tratado como o instituto que concede a terceiro o cuidado à outra pessoa, tomando as decisões que estejam em consonância com os interesses fundamentais desta pessoa. Deve ser entendido como o direito “a que todos os recursos disponíveis sejam utilizados em favor do paciente”. No que tange o direito à dignidade, será classificado como “a importância intrínseca da vida humana”. Sugerindo que este mesmo direito “é o direito a que outros reconheçam seus verdadeiros interesses críticos: que reconheçam que ela é o tipo de criatura cuja posição moral torna intrínseca e objetivamente importante o modo como sua vida transcorre.”¹¹²

Enfatizando o conceito de sagrado ou inviolável que se atribui a alguma coisa, o autor distingue dois processos: um fundado na associação ou designação, e outro na história. Este enfatizando a sua gênese, ou seja, “o modo como veio a existir”; aquele se perfaz, por exemplo, quando o sagrado está relacionado à simbologia nacional para a qual lhe associam um valor. Assim sendo, enuncia:

Portanto, a exemplo de nossa preocupação com a sobrevivência de nossa espécie como um todo, a idéia de que cada vida humana é inviolável tem raízes em duas bases do sagrado que se combinam e se confluem: a criação natural e a criação humana. Qualquer criatura humana, inclusive o embrião mais imaturo, é um triunfo da criação divina ou evolutiva que produz, como se fosse do nada, um ser complexo e racional, e igualmente um triunfo daquilo que comumente chamamos de “milagre”

¹¹¹ Ibid. p. 319-320. Assevera Dworkin afirmando “Portanto, nosso argumento em favor da concepção centrada na integridade tem por base uma verdadeira doutrina da autonomia precedente. O direito de uma pessoa competente à autonomia exige que suas decisões passadas sobre como devem tratá-la em caso de demência sejam respeitadas mesmo quando contrariem os desejos que venha a manifestar em uma fase posterior de sua vida.” (Ibid. p. 325).

¹¹² Ibid. p. 334-337.

da reprodução humana, que faz com que cada ser humano seja, ao mesmo tempo, diferente dos seres humanos que o criaram e uma constituição deles.¹¹³

O contexto da decisão é analisado sob três prismas na obra *Domínio da Vida*, tais como a *consciência e competência*, a *inconsciência* e a *consciência mas incompetência* (grifo do autor). Exemplificando a primeira situação, o caso de Nancy B. paralisada do pescoço para baixo por sofrer de doença neurológica (síndrome de Guillain-Barre), solicitou e conseguiu autorização judicial para desligar o suporte vital que lhe permitia respirar, mantendo-a viva. Nos casos de inconsciência, exemplifica Anthony Bland que sofrera um acidente deixando-o em estado vegetativo, devido à compressão de seus pulmões e a ausência de oxigênio no cérebro, após ter sido atropelado por uma multidão. Seus pais conseguiram na justiça que o suporte vital fosse desligado, em razão de atender os interesses de Bland. Outro caso, que culminou no mesmo sentido foi o de Nancy Cruzan, já citado neste trabalho. Ainda tratando dos casos de inconsciência, mas sobre outra ótica pode-se citar Helga Wanglie, em estado vegetativo, após ter sofrido quebra do quadril e várias paradas cardiopulmonares. O Hospital (não havia interesse financeiro, pois Helga era assistida por seu plano de saúde) que a tratava, atentando para a inutilidade de seu tratamento, sugeriu a retirada de seu suporte vital, que foi frontalmente rechaçada por seu marido. Por fim, resta exemplificar os casos de consciência, mas incompetência. Janet Adkins que sofrendo de mal de Alzheimer decidiu findar sua vida, com o auxílio do doutor Kevorkian (o doutor morte). Ela era detentora de plena consciência quando decidiu a sua morte.¹¹⁴

Ao fim de sua obra o autor elabora suas argumentações a partir dos diferentes pontos de vista abordados, apontando razões para discutir a forma equivocada com que várias pessoas compreendem suas próprias convicções. Delineia a santidade da vida sob pontos de vista contrários:

Os que desejam uma morte prematura e serena para si mesmos ou para seus parentes não estão rejeitando ou denegrindo a santidade da vida; ao contrário, acreditam que uma morte mais rápida demonstra mais respeito para com a vida do que uma morte protelada. Uma vez mais, os dois lados de debate sobre a eutanásia compartilham uma preocupação com a santidade da vida; estão unidos por esse valor e só divergem sobre a melhor maneira de interpretá-lo e respeitá-lo.¹¹⁵

No âmbito da dignidade, sob o prisma da contrariedade de posicionamentos, o mesmo autor ressalta:

A dignidade – no sentido de se respeitar o valor inerente de nossas próprias vidas – encontra-se no cerne de ambos os argumentos. Preocupamo-nos muito com o que as outras pessoas fazem com o aborto e a eutanásia e temos bons motivos para isso,

¹¹³ Ibid. p. 115.

¹¹⁴ Ibid. p. 257-268.

¹¹⁵ Ibid. p. 341.

pois essas decisões expressam um ponto de vista sobre o valor intrínseco de toda e qualquer vida, razão pela qual também dizem respeito à nossa própria dignidade.¹¹⁶

Para finalizar trazemos à baila a questão da decisão sobre a vida e a morte enfatizando a liberdade:

Dentre todas as decisões tomadas por alguém, as que dizem respeito à vida e à morte são as mais importantes e cruciais para a formação e expressão da personalidade; achamos crucial que sejam tomadas com acerto, mas também achamos crucial que nós mesmos as tomemos, que sejam em consonância com nosso modo de ver as coisas. Mesmo as pessoas que querem impor suas convicções a todos por meio do direito criminal, quando elas e seus colegas, que pensam do mesmo modo, são politicamente poderosos, ficariam horrorizadas, talvez a ponto de deflagrar uma revolução, se ocorresse uma inversão de sua sorte política e se viessem diante da perda da liberdade que agora pretendem negar aos demais.¹¹⁷

4.5 O consentimento informado e as funções do consentimento do ofendido no Direito Penal (causa de exclusão típica e causa de exclusão da ilicitude)

Inicialmente tem-se notícia que o termo consentimento informado foi aplicado legalmente em uma sentença, nos Estados Unidos, no ano de 1957, o despacho foi dado pelo juiz Bray no caso *Saldo versus Leland Stanford* com a seguinte redação:

Um médico viola seu dever para com o paciente e é sujeito de responsabilidades se não proporciona qualquer dado que seja necessário para fundamentar um consentimento inteligente ao tratamento proposto. ... Na discussão dos riscos deve-se empregar uma certa dose de discrição consistente na completa revelação dos fatos que é necessária para um Consentimento Informado.¹¹⁸

Segundo Elida Séguin “o consentimento informado é a decisão voluntária e revogável de pessoa capaz”, acrescenta que pode ser expressa ou verbal, “após um processo de esclarecimento”, que deixem claros “o diagnóstico, o prognóstico, as opções de tratamento” considerando os riscos e benefícios, “para a aceitação de um tratamento específico ou experimentação.”¹¹⁹

¹¹⁶ Ibid. p. 341-342.

¹¹⁷ Ibid. p.342.

¹¹⁸ GONZALEZ, Miguel A. Sanchez. *El consentimiento informado: un Derecho del enfermo y una forma distinta de tomar las decisiones*, p. 82 *apud* LEITE SANTOS, Maria Celeste Cordeiro. Op. cit. p. 97; SEGUIN, Elida. *Biodireito*. Op. cit. p. 54.

¹¹⁹ SEGUIN, Elida. Op. cit. p. 52.

O consentimento informado encontra-se diretamente relacionado ao princípio da autonomia. É fácil perceber tal ligação através de uma série de documentos nacionais e internacionais que serão aqui enumerados, assim como o Ato de Auto-Determinação do Paciente, legislação federal norte-americana que já foi apreciada quando se tratou do princípio da autodeterminação. A Convenção dos Direitos do Homem e da Biomédica, em seu artigo 5º prevê que “qualquer intervenção no domínio da saúde apenas pode ser efetuada depois da pessoa em causa der o seu consentimento, de forma livre e esclarecida”. O Código de Ética Médica que veda ao médico em seu artigo 46, “Efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e consentimento prévio do paciente ou de seu responsável legal, salvo em caso de iminente perigo de vida”. O *Belmont Report* de 1978 (teoria principialista), o Código de Nüremberg, as Diretrizes Internacionais Propostas para a Pesquisa Biomédica em Seres Humanos de 2002, entre outros documentos de diferentes nações. No mesmo sentido, apresenta-se a Carta dos Direitos dos Enfermos (*The Patient's Bill Of Rights*) aprovada pelos hospitais dos EUA na década de 70, e revisada em 1992, que trouxe no seu bojo a idéia do consentimento informado, implicando ao mesmo tempo uma nova visão da relação entre médico e paciente, já que o antigamente denominado modelo paternalista foi substituído pelo modelo autonomista no que diz respeito à relação médico-paciente.¹²⁰

Diante da ausência de legislação específica sobre o consentimento informado, prevendo todas as suas possibilidades, em algumas situações são necessárias determinadas consultas aos Conselhos Regionais de Medicina, a fim de que o médico se resguarde. Tal procedimento tem sido muito utilizado. Pareceres são emitidos buscando avaliar determinadas situações, direcionadas para uma conduta ética dos envolvidos. Recentemente foi emitido o parecer 1831/2007, pelo Conselho Regional de Medicina do Paraná, sobre o consentimento informado nos casos de inconsciência posterior a manifestação de vontade, para que seja adotada ou não determinada medida, e neste momento a família se opõe ao desejo anteriormente manifestado pelo paciente. O parecer foi fundamentado na Convenção

¹²⁰ CONVENTION FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND DIGNITY OF THE HUMAN BEING WITH REGARD TO THE APPLICATION OF BIOLOGY AND MEDICINE: Convention on Human Rights and Biomedicine. Oviedo, 4.IV.1997. Disponível em: <<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/164.htm>>. Acesso dia 18 de junho de 2008. THE NUREMBERG CODE [from Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10. Nuremberg, October 1946–April 1949. Washington, D.C.: U.S. G.P.O, 1949–1953.]. Disponível em: <http://www.usmmm.org/research/doctors/Nuremberg_Code.htm>. Acesso dia 17 de junho de 2008. COUNCIL FOR INTERNATIONAL ORGANIZATIONS OF MEDICAL SCIENCES (CIOMS). International Ethical Guidelines for Biomedical Research Involving Human Subjects 2002. Disponível em: <http://www.cioms.ch/frame_guidelines_nov_2002.htm>. Acesso dia 17 de junho de 2008. THE PATIENT'S BILL OF RIGHTS, 1973, revisada em 1992. EUA. Disponível em: <http://www.patienttalk.info/AHA-Patient_Bill_of_Rights.htm>. Acesso dia 17 de junho de 2008.

Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, na Resolução 196/96 (ANEXO C) do Conselho Nacional de Saúde (normatizando o consentimento informado) e no Código de Ética Médica (CEM), assim como, no Código de Defesa do Consumidor (artigo 8º, artigo 14, parágrafo 4º e artigo 63, parágrafo 1º, visando às garantias dos médicos), e apresenta do seguinte teor conclusivo:

[...] Quando um paciente opina sobre um determinado procedimento, após ser amplamente esclarecido pelo profissional médico e estando ele em plenas condições de decidir por si mesmo, deve a sua opinião ser respeitada pelo médico e pelos familiares do doente. O médico pode orientar o paciente sobre as questões relacionadas ao envolvimento familiar, buscando sempre o apoio de todos, de tal forma que, nos momentos das decisões mais difíceis, estejam plenamente cientes do desejo desse paciente.

Não podemos permitir atitudes de coação ou de domínio sobre o paciente, em detrimento da vontade própria do mesmo.

.....
Ainda, não pode imperar a “atitude paternalista” do médico, nem tampouco a atitude de transferir as decisões exclusivamente ao paciente; deve prevalecer sim o diálogo, o bom senso e a dedicação do médico, a fim de garantir a autonomia consciente do paciente.

Lembrar que o consentimento é dinâmico e o paciente pode mudar a sua opinião, conforme o seu entendimento e a evolução dos fatos, estando sempre e acima de tudo a dignidade do ser humano e o seu bem-estar.

.....
O médico deve esgotar todos os esforços no sentido de esclarecer, orientar e buscar o apoio do paciente e seus familiares, diante da conduta que entende ser a melhor para recuperar a saúde desse paciente. Pode, ainda, solicitar ao paciente que busque a opinião de outro médico, caso entenda que a escolha feita pelo doente não lhe pareça ser a solução ideal, naquele momento.

Estando o paciente sem condições de reafirmar a sua decisão, como ocorre nos estados de alteração da consciência (estado de coma, sob o efeito de drogas, sedativos ou anestésicos, distúrbios mentais, entre outros), o médico deve dialogar com o responsável legal do paciente, no sentido de reavaliar a decisão anteriormente tomada pelo paciente. Considerar sempre que a atitude tomada não deve implicar em risco ou perigo de vida, conforme a avaliação do médico, devendo nesse caso intervir, buscando o bem do doente.

Diante de atritos e divergências entre as opiniões dos familiares do paciente, estando ele sem condições de se expressar naquele momento, deve o médico reuni-los, esclarecer e orientar sobre todas as dúvidas existentes e procurar manter a melhor decisão em benefício do paciente, salvo se, como exposto acima, houver risco iminente de vida. Tudo deve ser anotado no prontuário médico do paciente.

Não podemos considerar que o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido seja um documento visando exclusivamente a proteção do médico e da Instituição, em situações de processos éticos e judiciais, mas sim, uma possibilidade de o enfermo poder manifestar a sua liberdade e autonomia na escolha de decisões, após ser devidamente esclarecido.¹²¹

¹²¹ Nesse sentido destacam-se os artigos 3 (itens a e b), 5, 6 (item a) e 7(item a) da Convenção Universal sobre Bioética e Direitos Humanos mencionados e extraídos do parecer 1831-2007: “Artigo 3 – Dignidade Humana e Direitos Humanos: a) A dignidade humana, os direitos humanos e as liberdades fundamentais devem ser respeitados em sua totalidade; b) Os interesses e o bem-estar do indivíduo devem ter prioridade sobre o interesse exclusivo da ciência ou da sociedade; Artigo 5 – Autonomia e Responsabilidade Individual: Deve ser respeitada a autonomia dos indivíduos para tomar decisões, quando possam ser responsáveis por essas decisões e respeitem a autonomia dos demais. Devem ser tomadas medidas especiais para proteger direitos e interesses dos indivíduos não capazes de exercer autonomia; Artigo 6 – Consentimento: a) Qualquer intervenção médica preventiva, diagnóstica e terapêutica só deve ser realizada com o consentimento prévio, livre e esclarecido do indivíduo envolvido, baseado em informação adequada. O consentimento deve, quando apropriado, ser manifesto e poder ser retirado pelo indivíduo envolvido a qualquer momento e por qualquer

Os opositores da eutanásia afirmam que o consentimento do enfermo não possui força, pois é carecedor de valoração jurídica, já que a vida é um bem inalienável. Em razão deste posicionamento, não pode ser utilizado como argumento de excusa ou justificativa para a morte. Outro aspecto levado em consideração é a santidade que eleva a vida ao contexto de propriedade divina. No âmbito da medicina, os opositores buscam alicerce nos avanços da tecnologia, que hodiernamente traz a cura para inúmeras enfermidades outrora consideradas incuráveis.¹²² Até que ponto se prolongaria o sofrimento no aguardo de uma cura que pode nunca chegar a se tornar realidade? Em contraposição ao exposto é possível trazer à baila os casos em que a legislação é permissiva quando existe o risco de morte iminente, dando força e valorando o consentimento da vítima, em situações, tais como, o respeito às manifestações de última vontade viabilizando a feitura de testamento, os casamentos nuncupativos realizados quando em iminente risco de morte, e até mesmo, o testamentos nuncupativos concedidos aos militares em combate, que correm perigo de morte.¹²³ Demonstrando que o consentimento do enfermo tem valor jurídico, talvez não absoluto, mas é levado em consideração em determinadas circunstâncias. Afastando a idéia de que aquele que se encontra em iminente risco de morte não tem discernimento, ou não esteja amparado por sua plena capacidade mental. Seria um contra-senso fazer tal tipo de afirmação.

Diante do exposto torna-se claro que o consentimento informado vem sendo amplamente utilizado como base de fundamentação para proteger as condutas daqueles envolvidos num caso concreto em que se necessita decidir entre a vida e morte, mesmo que a vida se perpetue sem qualquer qualidade, mediante tratamentos paliativos que muitas vezes prolongam desnecessariamente o sofrimento, não só daquele que padece da enfermidade, psíquica ou física, mas de todos os que estão envolvidos no processo. Tendo em vista o que foi analisado sobre consentimento informado será interessante agora examinar o consentimento do ofendido, no entanto antes serão brevemente comentadas as causas de exclusão típica e de exclusão de ilicitude (causas de justificação) de uma determinada

razão, sem acarretar desvantagem ou preconceito; Artigo 7 – Indivíduos sem a Capacidade para Consentir: Em conformidade com a legislação, proteção especial deve ser dada a indivíduos sem a capacidade para fornecer consentimento: a) a autorização para pesquisa e prática médica deve ser obtida no melhor interesse do indivíduo envolvido e de acordo com a legislação nacional. Não obstante, o indivíduo afetado deve ser envolvido, na medida do possível, tanto no processo de decisão sobre consentimento assim como sua retirada.” (CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO PARANÁ. Parecer nº 1831-2007. Relatora: Conselheira Roseni Teresinha Florêncio. Paraná, 2007. Disponível na internet: <http://www.portalmedico.org.br/pareceres/CRM/PR/pareceres/2007/1831_2007.htm>. Acesso dia 16 de março de 2008).

¹²² CALON, Cuello Eugenio. Op. cit. p. 136-138.

¹²³ ASUA, Luis Jiménez de. Op. cit. p. 528.

conduta. O objetivo está em delimitar algumas formas de comportamento que expressamente afastam a ilicitude. É sabido que os elementos que perfazem uma infração penal são: o fato típico, a antijuridicidade (ilicitude) e a culpabilidade. De fato para que haja crime, a conduta deve ser típica, ilícita e culpável. A proposta é analisar os dois primeiros elementos, nem sequer cogitando alcançar as características da culpabilidade.

O elemento fato típico é composto pela conduta (dolosa ou culposa, omissiva ou comissiva), o resultado e o nexo de causalidade. A excludente típica ocorrerá quando não há o tipo previsto na lei, não há nexo causal entre a conduta e o resultado, ou não há dolo ou culpa. O tipo penal é o paradigma de conduta que deve ser evitado ou observado pela sociedade. Não há que se falar em crime quando não exista previsão legal (princípio da legalidade). Nesse sentido, o Estado enumera por meio da lei condutas omissivas ou comissivas vislumbrando proteger os bens jurídicos de maior relevância. Haverá adequação típica quando a conduta do agente se subsumir ao tipo penal previsto na lei. O artigo 13 do Código Penal traz em seu bojo as características da relação de causalidade, pois “o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.”. Outro momento de afastar a ilicitude da conduta é a inexistência do dolo (quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo) e da culpa (quando o agente deu causa ao resultado por negligência, imprudência e imperícia).

Quando se trata das excludentes de ilicitude podem ser enumeradas quatro causas, que estão previstas no artigo 23 do Código Penal. Assim sendo, prevê o citado artigo que excluem a conduta ilícita do agente o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito. Passemos a definir cada situação, sem qualquer intenção de aprofundar o tema. Ao tratar do estado de necessidade deve-se analisar a tutela jurídica dos bens que estejam em conflito, ou seja, os bens que clamam a proteção pelo Direito Penal e devem ser protegidos pelo ordenamento. O artigo 24 do Código Penal fornece a exata dimensão da definição do termo com a seguinte redação: “Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, quem não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.”. Por outro lado, a legítima defesa é definida como a proteção de bens juridicamente tutelados pela lei e que estejam sob ameaça de lesão, não podendo ser prontamente protegidos pelo Estado, conforme a letra da lei age em “legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”. É importante ressaltar que os princípios da proporcionalidade e razoabilidade serão utilizados para qualificar o que se entenda por “meios

necessários”. Diferentemente dos anteriores, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular do direito não foram conceituados pelo legislador, ficando a cargo da jurisprudência e doutrinadores suas definições. Acredita-se que se amolda perfeitamente à conceituação dos termos tudo aquilo que não extrapole os limites da proporcionalidade da conduta, isto é, tudo aquilo que não tenha características abusivas e cause prejuízo concreto, ou que caracterize conduta ilícita.

Nas lições de Heleno Cláudio Fragoso são atribuídas três classificações para as excludentes de ilicitude: as causas que provém de situação de necessidade, sendo caracterizadas pela legítima defesa e pelo estado de necessidade; as causas que provém do direito, compreendendo o exercício regular do direito e o estrito cumprimento do dever legal; e, por fim, a causa que provém da falta de interesse, ou seja, o consentimento do ofendido.¹²⁴ Apesar do ordenamento brasileiro não fazer previsão expressa desta última excludente torna-se extremamente relevante abordá-la para este estudo, considerando todas as suas variáveis.

Tratando do consentimento do ofendido no Direito Penal, o Código Penal de 1830 previa em ser artigo 26, alínea c, “Não dirime, nem exclue a intenção criminosa: c) O consentimento do ofendido, menos nos casos em que a lei só a elle permite a acção criminal.”. Confrontado com o artigo 407, parágrafo 2º, números 1 e 2, pode-se subsumir que o consentimento do ofendido exclui a intenção criminosa do agente. Assim está previsto no artigo 407 “Haverá logar a acção penal:” e em seu parágrafo segundo “Por denuncia do ministerio publico, em *todos* os crimes e contravenções” (grifo do autor). Continuando a letra da lei no número 2, “Os crimes de violência carnal, rapto, adultério, parto supposto, calúnia e injúria, em que somente caberá proceder por queixa da parte, [...]”¹²⁵

Na linha de entendimento de Ferri, citado na obra de João Vieira de Araújo, é possível analisar o consentimento sob o prisma da responsabilidade penal:

Assim, quem mata um outro, mediante seu consentimento, não é juridicamente responsável, si se determinou a acção, além do consentimento da victima, por um motivo jurídico e social, como a amizade, o amor, a piedade; e ao contrario, é juridicamente responsável, si este motivo da terrivel acção, é antijurídico e antisocial, como a cúbica, o ódio, a vingança, etc.¹²⁶

¹²⁴ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*: parte geral. 10. ed. rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 190. Nas lições de Dotti “...o *consentimento do ofendido* também desempenha importante papel com causa de justificação da conduta imprudente. Ele se caracteriza particularmente no campo da intervenção médica.” Entretanto, “O CP brasileiro não indica o *consentimento do ofendido* entre as causas expressas de justificação (art. 23). Mas tal fenômeno é reconhecido pelo sistema quando decorre da vontade juridicamente válida do titular do direito. O consentimento eficaz pode excluir a tipicidade do fato, como nas hipóteses dos arts. 150 (invasão de domicílio), 164 (introdução de animais em propriedade alheia), 168 (apropriação indébita) e 220 (rapto consensual).” (grifo do autor) (DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 403 e 405).

¹²⁵ ARAUJO, João Vieira de. Op. cit. p. 23-24.

¹²⁶ Ibid. p. 29.

Anteriormente, em 1827 foi apresentado a Câmara dos Deputados um projeto, que foi reimpresso, e previa em seu artigo 12: “Não ha delicto *quando ha consentimento* do que tem de soffrer o mal resultante do mesmo delicto, *salvo quando* o consentimento for vicioso.” (grifo do autor). Na verdade, o consentimento seria desqualificado como justificante do crime, caso houvesse vício, pois o ato se tornaria ilegítimo. Procurando fundamentar a regra de ser o consentimento dirimente do crime, duas proposições são apontadas por João Vieira de Araújo, uma que o homem sabe o que melhor lhe convém e, a outra, que ele não consentiria naquilo que ele tivesse convicção que lhe fizesse mal.¹²⁷ Mesmo que aparentemente seja passível de critica, é importante salientar que a legislação penal permite em alguns momentos a disposição da liberdade e, até mesmo, da vida, quando autorizam a prisão, a pena de morte, ou a legítima defesa, tornando relativos tais conceitos.

Interessante ressaltar o projeto de 1893, que em seu artigo 29, II dispõe sobre o consentimento do ofendido não ser dirimente de responsabilidade. No entanto, os projetos de 1896 e 1899 mantiveram a letra da lei expressa no artigo 26, alínea *c*, previsto no Código Penal de 1830¹²⁸, ou seja, abrangendo a exceção nos casos em que somente o ofendido seria o titular da ação criminal. Neste caso, o consentimento seria considerado como excludente.

O Brasil privilegia o relevante valor moral da conduta, e não o consentimento, considerando a eutanásia homicídio privilegiado apenas minorando a pena do agente. Postura que deve ser repensada e sopesada mediante tantos avanços da biotecnologia, observando também o contexto mundial em relação ao tema. Sendo assim, a eutanásia deve ser analisada no campo das excludentes de tipicidade ou ilicitude. O entendimento planaria entre optar em não considerar a eutanásia um crime quando estiver fundamentado no móvel piedoso, altruísta e no consentimento, já que não há um tipo previsto, mas apenas uma subsunção da conduta ao tipo homicídio privilegiado, ou examiná-lo como fato típico que, quando respaldado pela excludente de ilicitude denominada consentimento, seria considerado lícito saindo da esfera de apreciação do Direito Penal, pois estaria amparado por uma causa de justificação. A partir disso é interessante refletir sobre a postura de alguns estudiosos, considerando para todos os efeitos seus pontos de vista sobre o assunto.

Jimenez de Asúa entende que o consentimento não pode ter valor de afastar a criminalidade do homicídio solicitado pela vítima em qualquer situação, excluindo toda a pena. Acredita também que não devem ser outorgadas as causas de justificação, pois não se pode reconhecer a ausência de elementos antijurídicos. Seu posicionamento é a aplicabilidade

¹²⁷ Ibid. pp. 27 e 32.

¹²⁸ Ibid. p. 35.

do perdão judicial apenas para a eutanásia praticada sob o fundamento da existência do vínculo familiar, da amizade ou do amor, ou seja, pela piedade e compaixão. Nos ensinamentos deste autor, é citado Enrique Ferri e sua obra *L'Omicidio-suicidio*, que trata da responsabilidade daquele que mata com o consentimento da vítima, buscando diferenciar quando se trata de homicídio e quando não, considerando os móveis altruístas e piedosos como o limite entre uma situação e outra. Ferri defende a impunidade do homicídio-suicídio em certos casos, mas no entendimento de Jimenez de Asúa o único critério realmente aceitável para configurar a impunidade é o móvel não egoísta.¹²⁹

Segundo Claus Roxin a eutanásia pura, definida como o ato de ministrar ao moribundo, meios lenitivos que não tem o condão de diminuir o tempo de vida, quando praticada com o desejo ou consentimento será impunível. Quando se entra na esfera de discussão se para eutanásia indireta cabe a exclusão do tipo ou estado de necessidade justificante no direito alemão, observa-se uma controvérsia. Para uns a eutanásia indireta permitida exclui o tipo, ou seja, qualquer caso de homicídio. Para outros, opinião hoje dominante haverá homicídio impunível fundamentado no consentimento ou consentimento presumido.¹³⁰

Num caminho extremamente interessante Maria Auxiliadora Minahim relaciona consentimento à eutanásia, assim como demonstra a interconexão de outros elementos que são apontados neste trabalho, enfocando dentre eles, a autonomia, o bem jurídico, a indisponibilidade da vida, a decisão, asseverando:

O consentimento passou a ter preponderância na configuração da eutanásia desde que os avanços médicos introduziram dúvidas sobre a oportunidade ou não de utilização de todos os recursos que a medicina disponibiliza para o prolongamento da vida. A inserção deste requisito, porém, abala o princípio da proteção absoluta que, [...], já é afetado por interesses do Estado na legítima defesa e outras excludentes. Por isso mesmo, é possível pensar na relativização do princípio, quando se tratar de interesse do próprio paciente, afetado por grave sofrimento. A questão, entretanto, não é simples, fazendo ressurgir indagação sobre os limites da autonomia do indivíduo e a possibilidade do seu exercício diante de qualquer bem jurídico; se a vida é um bem indisponível e o estado tem o dever de protegê-la, pode-se permitir que o indivíduo tenha autonomia para decidir sobre sua morte?¹³¹

Como bem atesta José Henrique Pierangeli sobre consentimento, é possível ponderar acerca da seguinte consideração:

A valoração é também contingente, na medida em que o juiz deverá, em cada oportunidade em que isso se fizer necessário, estabelecer se o consentimento é, ou não, contrário aos princípios que norteiam a moralidade social, que uma comunidade expressa naquele momento em que o fato ocorreu. Por tal razão, os critérios não são – e nem poderiam ser – rígidos e fixos, até porque, na atualidade, os

¹²⁹ ASUA, Luis Jiménez de. Op. cit. pp. 473, 525, 533 e 536.

¹³⁰ ROXIN, Claus. Op. cit. pp. 12 e 14.

¹³¹ MINAHIM, Maria Auxiliadora. Op. cit. p. 187.

condicionamentos sociais ficam submetidos, cada vez mais, a uma constante gama de informações particularmente difusas dos meios de comunicação.¹³²

Finalmente, o desiderato é fazer refletir sobre o consentimento e até onde ele pode ser aplicado, levando em conta todas as suas variáveis relacionadas à capacidade do indivíduo. Afinal, se a eutanásia será ou não legalizada foge a proposta deste singelo trabalho. Cabe apenas a proposta de reflexão sobre o consentimento nas situações em que o indivíduo almeja praticar a eutanásia, respeitando assim sua autonomia e evitando o prolongamento de um sofrimento inútil. Assim sendo, será reproduzido um pequeno trecho da obra de Peter Singer, permitindo que cada leitor pondere sobre o tema deste trabalho:

Permitir que alguém morra – o que às vezes se chama de “eutanásia passiva” – já é aceito como um procedimento humanitário e apropriado em certos casos. Se não existe nenhuma diferença moral intrínseca entre matar alguém e permitir que alguém morra, a eutanásia ativa também deveria ser aceita como humanitária e apropriada, em determinadas circunstâncias.¹³³

¹³² PIERANGELI, José Henrique. Op. cit. p. 126.

¹³³ SINGER, Peter. Op. cit. p. 219.

5 CONCLUSÃO

Cabe agora ressaltar alguns aspectos abordados neste trabalho, que foram, de certa forma, importantes para que seja tomada uma atitude de repensar a posição atual de nosso Código Penal. Outro ponto interessante consiste em quais são nossas reais convicções morais a respeito dos temas apresentados, considerando os princípios da dignidade da pessoa humana, a autodeterminação (liberdade), o princípio da legalidade, da culpabilidade, assim como, outros princípios éticos que surgiram no decorrer da exposição do tema. Princípios éticos de bastante relevância, tais como, a sacralidade da vida, a dignidade, a autonomia, a beneficência e não-maleficência, sem esquecer do princípio da qualidade de vida.

É necessário destacar a importância da necessidade dos princípios da proporcionalidade e da ponderação de valores. Este no sentido de questionar o caráter absoluto de determinados conceitos, tal como a vida. Aquele na análise das excludentes de ilicitude, assim como na opção pelos tratamentos paliativos. Até que ponto é viável prolongar um sofrer inútil? A discussão apresenta-se na escolha e como ela deve ser tomada. Na verdade, quais seriam os critérios aferidores de uma escolha juridicamente válida? Isso nos remete a quem terá o poder de decisão, será uma escolha voltada para uma percepção de respeito à autonomia ou uma decisão coletiva? São pontos que não serão respondidos, mas devem ser base de reflexão.

Tudo que foi exposto demonstra o quão importante devem ser considerados e ponderados os princípios da dignidade da pessoa humana e da autonomia. Trazendo à baila juntamente com estes princípios a questão penal sobre o tema, especialmente considerando que o bem jurídico é escolhido a partir de um critério estritamente político e, por isso, é tão mutável quanto qualquer conceito apontado como de valor absoluto. Aspecto relevante é a lacuna legislativa existente em razão da falta de dinamismo do Direito brasileiro, essencialmente o Direito Penal, em acompanhar os inúmeros avanços na área da biotecnologia. Neste sentido, as soluções dos problemas apresentados são analisadas pelo caso concreto em si.

Neste contexto complexo surge o Biodireito, numa tentativa de balizar o caso concreto através da criação de normas jurídicas, evitando deixar ao doce sabor das marés a decisão sobre qual o caminho mais adequado. O Biodireito será focado de forma transdisciplinar exatamente por envolver questões de vários campos de estudo. A ética e o direito buscando solução para as controvérsias que nascem de questões difíceis de serem

analisadas apenas pela letra da lei, já que várias situações demonstram o caráter subjetivo envolvido. Sendo assim, é importante considerar que a vida, a morte e a eutanásia são valores que devem ser observados nos campos da Ética e do Direito, pois é na interligação destes campos que surgem os direitos humanos e os direitos fundamentais.

O interessante aqui é dar prevalência ao consentimento do indivíduo, que de forma mascarada se encontra na legislação infra-constitucional, como é o caso do testamento e do casamento nuncupativo. Outras formas estão implícitas no próprio Código Penal, tais como o rapto consensual e a violação de domicílio, cujo consentimento exclui a tipicidade da conduta. Importante também ressaltar o consentimento como excludente de ilicitude (causa de justificação) ao lado do estado de necessidade, da legítima defesa, do estrito cumprimento do dever legal e do exercício regular de direito. Por tudo isso, é mister perceber que o consentimento tem grande importância no mundo jurídico.

A eutanásia pode ser melhor conceituada pelas palavras de Eugênio Cuelo Callon, ao afirmar que é aquela inspirada na piedade e compaixão ao enfermo que busca a transição sem sofrimento, e na classificação de Maria Helena Diniz ao tipificá-la em eutanásia passiva (suspensão de medicamentos), mistanásia (ativa - morte provocada pelo sistema de saúde precário, passiva - erro médico, maus tratos e o extermínio dos indesejáveis) e, por último, distanásia (utilização de tratamentos inúteis). O que pode levar ao questionamento de qual método seria realmente eficaz, prolongar a vida a qualquer preço ou pôr termo ao sofrimento através da eutanásia? Não seria melhor consentir e decidir?

Necessário destacar a expressão da liberdade enfocada por Dworkin, que vale ser aqui lembrada como fundamento para alcançar o tão almejado respeito pela autonomia do indivíduo:

Dentre todas as **decisões tomadas** por alguém, as que **dizem respeito à vida e à morte são as mais importantes** e cruciais para a formação e expressão da personalidade; achamos crucial que sejam tomadas com acerto, mas também **achamos crucial que nós mesmos as tomemos, que sejam em consonância com nosso modo de ver as coisas**. Mesmo **as pessoas que querem impor suas convicções** a todos por meio do direito criminal, quando elas e seus colegas, que pensam do mesmo modo, são politicamente poderosos, **ficariam horrorizadas, talvez a ponto de deflagrar uma revolução, se ocorresse uma inversão de sua sorte política e se viessem diante da perda da liberdade que agora pretendem negar aos demais**. (grifo nosso)¹³⁴

A idéia central não é mudar a forma de pensar de qualquer pessoa, apenas se busca demonstrar que cada ser possui suas convicções pessoais, que devem ser respeitadas independentemente das convicções dos demais integrantes da sociedade. O ser humano apesar

¹³⁴ DWORKIN, Ronald. Op. cit. p. 342.

de viver numa coletividade deve também ter direito a decidir sobre seu destino. A vida não deve ser galgada a uma intangibilidade tal que não permita ao seu titular dispor dela. Tudo deve ser realmente ponderado, já que existem situações em que se torna digno abreviar a vida, ao invés de prolongar o sofrimento inútil. Esta questão ainda será amplamente discutida e, quiçá, um dia permitida no Brasil, como vem ocorrendo em alguns países do mundo. Deve-se perceber que as concepções morais são mutáveis e a influência religiosa não deve interferir de forma avassaladora num Estado que se acredita ser laico, democrático e livre.

A principal crítica a ser abordada é que a simples alegação que a legalização da eutanásia seria um critério inibidor de sua prática, devido ao medo de como seria manipulada pelo Estado, foi apontada neste trabalho como medo inconsistente. Tudo isso, aliás, pode ser resumido nas singelas palavras de Peter Singer ao enunciar:

Os governos inescrupulosos já têm em mãos meios mais eficazes de livrar-se de seus adversários do que a eutanásia praticada por médicos, por motivos médicos. “Acidentes” podem acontecer. Se necessário, assassinos podem ser contratados. Nossa melhor defesa contra tais possibilidades está em fazer todo o possível para manter o nosso governo democrático, aberto e nas mãos de pessoas que nunca desejariam, seriamente, eliminar os seus adversários. Sempre que esse desejo for sério o suficiente, os governos encontrarão meios de concretizá-lo, esteja a eutanásia legalizada ou não.¹³⁵

¹³⁵ SINGER, Peter. Op. cit. p. 225.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 2. ed. rev. e acres. Rio de Janeiro: Forense, 1972. v. 2.

ARAUJO, João Vieira de. *O Código Penal interpretado*. Brasília: Ed. fac-similar - Senado Federal – Superior Tribunal de Justiça, 2004. v. 2.

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SAO PAULO - Lei 10.241/1999 - Dispõe sobre os direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde e dá outras providências. (Projeto de lei nº 546/97, do deputado Roberto Gouveia - PT). Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/StaticFile/integra_ddilei/lei/1999/lei%20n.10.241,%20de%2017.03.1999.htm>

ASUA, Luis Jiménez de. *Libertad de amar y derecho a morir: ensayos de un criminalista sobre eugenesia y euthanasia*. 6. ed., considerablemente aumentada y puesta al día, Buenos Aires: Editorial Losada S. A., 1946.

BATISTA, Nilo. *Matrizes Ibéricas do sistema penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, Instituto Carioca de Criminologia, 2000. v. 1.

BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETO, Vicente de Paulo (Orgs.). *Temas de Biodireito e Bioética*. Bruno Lewicki [et al] (colab.). Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e da penas*. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella l. 2. ed. rev. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BELMONT REPORT. Ethical Principles and Guidelines for the protection of human subjects of research. EUA, 1978. Disponível em <http://www.abanet.org/publiced/practical/directive_livingwill.html>. Acesso em 20 de janeiro de 2008.

BERLINK, Débora. França discute eutanásia. Jornal O Globo. Rio de Janeiro, 21 de março de 2008. O Mundo, p. 25.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Regina Lyra. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2004.

BORGES, Gustavo Silveira. *Uma breve reflexão interdisciplinar acerca da eutanásia passiva*. Edição Oficial do ITEC – Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais. Porto Alegre: Editora Fonte do Direito LTDA, n. 21. ano VI. p. 161-162. jan./mar.2006.

BRASIL. Constituição Federal, Código Civil, Código de Processo Civil/organizador Yussef Said Cahali; obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais – 8. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BRASIL. Constituição Federal, Código Penal, Código de Processo Penal/organizador Luiz Flávio Gomes; obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais – 8. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BRASIL. Código Penal. Decreto-lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969. Os Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, usando das atribuições que lhes confere o art. 3º do Ato Institucional nº 16, de 14 de outubro de 1969, combinado com o § 1º do art. 2º do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaBasica.action>>. Acesso dia 18 de junho de 2008.

CALON, Eugenio Cuello. *Tres Temas Penales: el aborto criminal, el problema penal de la eutanasia, el aspecto penal de la fecundacion artificial*. Barcelona: Bosch – Casa Editorial – Urgel, 51 bis, 1955.

CARVALHO, Gisele Mendes de. *Aspectos jurídico-penais da eutanásia*. São Paulo: IBCCRIM, 2001.

CEREZO MIR, José. *Derecho penal: parte geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Lima, PE: ARA Editores, 2007 - Coleção Obras Completas.

CHAVES, Antônio. *Direito a vida e ao próprio corpo: intersexualidade, transexualidade e transplantes*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

CLAUS, Roxin. *A apreciação jurídico-penal da eutanásia*. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 32, ano 8. p. 9-38. out./dez. 2000.

CLOTET, Joaquim. *Bioética: uma aproximação*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006.

CODIGO DE ETICA MEDICA, Resolução CFM nº 1.246/88, de 08 de janeiro de 1988. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/novoportal/index5.asp>>. Acesso dia 21 de março de 2008.

CONGRESSO NORTE-AMERICANO. Patient of Self-Determination Act. Lei federal, 1990. Disponível em < http://www.abanet.org/publiced/practical/directive_livingwill.html>. Acesso em 20 de janeiro de 2008.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. Resolução nº 196 de 10 de outubro de 1996. Diretrizes e Normas Regulamentadoras de Pesquisas envolvendo Seres Humanos, ficando revogada a Resolução 01/88. Disponível em: <<http://www.conselho.saude.gov.br/comissao/conep/resolucao.html>>. Acesso dia 20 de fevereiro de 2008.

CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. Resolução nº 41 de Outubro de 1995 (DOU 17/19/95). Aprova na íntegra o texto da Sociedade Brasileira de Pediatria, relativo aos direitos da criança e do adolescente hospitalizados. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/estrutura_presidencia/sedh/conselho/conanda/resol/>.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO PARANÁ. Parecer nº 1831-2007. Relatora: Conselheira Roseni Teresinha Florêncio. Paraná, 2007. Disponível na internet: <http://www.portalmedico.org.br/pareceres/CRMPPR/pareceres/2007/1831_2007.htm>. Acesso dia 16 de março de 2008.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Parecer de nº 37.267/99. Relator: Conselheiro Marco Segre. São Paulo, 1999. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/pareceres/CRMSP/pareceres/1999/37267_1999.htm>. Acesso dia 16 de março de 2008.

CONTI, Matilde Carone Slaibi. *Biodireito: a norma da vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

COUNCIL FOR INTERNATIONAL ORGANIZATIONS OF MEDICAL SCIENCES (CIOMS). International Ethical Guidelines for Biomedical Research Involving Human Subjects 2002. Disponível em: <http://www.cioms.ch/frame_guidelines_nov_2002.htm>. Acesso dia 17 de junho de 2008.

CONVENTION FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND DIGNITY OF THE HUMAN BEING WITH REGARD TO THE APPLICATION OF BIOLOGY AND MEDICINE: Convention on Human Rights and Biomedicine. Oviedo, 4.IV.1997. Disponível em: <<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/164.htm>>. Acesso dia 18 de junho de 2008.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA – Julgamento C-239-97 de 15 de maio de 1997. Disponível em: <<http://www.constitucional.gov.co/corte/>>. Acesso dia 10 de fevereiro de 2008.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do Biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ESTEVES, Luciana Batista. *(In)disponibilidade da vida?* Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery (Coords.). São Paulo: Editora RT, ano 6, out./dez. 2005.

EVANGELIUM VITAE. João Paulo II – Carta Encíclica sobre o valor e a inviolabilidade da vida humana. São Paulo: Editora Paulus, 1995.

FABRIZ, Daury César. *Bioética e direitos fundamentais: a bioconstituição como paradigma do direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FERRAZ, Sergio. *Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 10. ed. e rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

FREIRE DE SA, Maria de Fátima. *Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido*. 2. ed.. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005.

_____ e NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coords.). *Bioética, biodireito e do Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GARCIA, Maria. *Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana: a ética da responsabilidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

GOLDIM, José Roberto. Eutanásia. Rio Grande do Sul/ Porto Alegre. Disponível em <<http://www.ufrgs.br/bioetica/eutanasi.htm>>. Acesso dia 8 de abril de 2008.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte geral*. 19. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 1995. v. 1.

JOPPERT, Alexandre Couto. *Fundamentos de Direito Penal: aplicação da lei penal, teoria geral do crime e concurso de agentes*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Traduzida do alemão por Paulo Quintela. Editora: Edições 70, 1988.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Ausência de Processualidade Jurídica como Morte pelo Direito*. Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil. Porto Alegre: Síntese. n.1, jul. 1999. Publicação periódica bimestral. n. 35, ano 6, maio/jun. 2005.

LEITE SANTOS, Maria Celeste Cordeiro (Org.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *O Equilíbrio de um pêndulo: bioética e a lei: implicações médico-legais*. São Paulo: Ícone Editora, 1998.

_____. *Transplantes de órgãos e eutanásia: liberdade e responsabilidade: abordagem filosóficas, religiosa e penal: limites éticos e jurídicos da experimentação humana: responsabilidade penal dos médicos: eutanásia, ortotanásia e distanásia: aborto eugênico e ética médica*. São Paulo: Editora Saraiva, 1992.

MENEZES, Evandro de Correa. *Direito de Matar: eutanásia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito Penal e Biotecnologia*. Luiz Regis Prado (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORUS, Thomas. *A Utopia*. Tradução Luís de Andrade. São Paulo: Editora Escala - Coleção Mestres Pensadores.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Européia de Direitos Humanos de 4 de novembro de 1950. Disponível em: <<http://www.cidh.org/Relatoria/docListCat.asp?catID=15&IID=4>>. Acesso dia 17 de junho de 2008.

PALAZZO, Francesco. *Valores Constitucionais e Direito Penal*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1989.

PEGORARO, Olinto. *Introdução à ética contemporânea*. Rio de Janeiro: Uapê, 2005.

PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido: na teoria do delito*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

PITHAN, Livia Haygert. *A dignidade humana como fundamento das “ordens de não-ressuscitação”*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

PORTUGAL. Lei 141/1999, estabelece os princípios em que se baseia a verificação de morte. DR I série A nº 201, 1999.08.28. 2ª Sessão Legislativa. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleDiplomaAprovado.aspx?ID=2805>>. Acesso dia 17 de junho de 2008.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro: Parte Especial – arts. 121 a 183*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. v. 2.

PRESIDÊNCIA DA REPUBLICA FEDERATIVA DO BRASIL Lei nº 9.434 de 04 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgão, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/L9434.htm>. Acesso dia 18 de junho de 2008.

PRESIDÊNCIA DA REPUBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências.

Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20042006/2005/Lei/L11105.htm>. Acesso dia 18 de junho de 2008.

ROXIN, Claus. *A apreciação jurídico-penal da eutanásia*. Tradução Luis Greco. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, Revista dos Tribunais. n. 32. ano 8. out/dez. 2000.

SA, Elida. *Biodireito: inter-relação do Direito e das Ciências Biomédicas*. Rio de Janeiro: CEJUR – DP, 1998.

SABATOVSKI, Emilio; FONTOURA, Iara. (Orgs.) *Constituição Federal 1988 e Convenções Internacionais*. 17. ed. Curitiba: Juruá, 2005.

SAGRADA CONGREGAÇÃO PARA A DOCTRINA DA FÉ. Declaração sobre Eutanásia. Roma, 05 de maio de 1980. Disponível em <http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19800505_euthanasia_po.html> . Acesso dia 10 de fevereiro de 2008.

SANTOS, Maria Paulina dos. *Dos transplantes de órgãos à clonagem: nova forma de experimentação humana rumo à imortalidade?* Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SEGUIN, Elida. *Biodireito*. 4. ed. rev. e atual.. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2005.

SENADO FEDERAL – Discurso ao Senado Federal sobre o Projeto de Lei 125/96 que trata da legalização da eutanásia – Autor: Gilvam Borges – PMDB/AP, 10.07.1997. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaBasica.action>>. Acesso em 22 de março de 2008.

SERTA, Renato Lima Chaurnaux. *A distanásia e a dignidade do paciente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

SINGER, Peter. *Ética Prática*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002 – Coleção biblioteca universal.

THE NUREMBERG CODE [from Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10. Nuremberg, October 1946–April 1949. Washington, D.C.: U.S. G.P.O, 1949–1953.] . Disponível em: <http://www.ushmm.org/research/doctors/Nuremberg_Code.htm>. Acesso dia 17 de junho de 2008.

THE PATIENT'S BILL OF RIGHTS, 1973, revisada em 1992. EUA. Disponível em: <http://www.patienttalk.info/AHA-Patient_Bill_of_Rights.htm>. Acesso dia 17 de junho de 2008.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5. ed. 6. tir. São Paulo: Saraiva, 1999

ANEXO A - Lei nº 10.241, de 17 de março de 1999. Dispõe sobre os direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde e dá outras providências. (Projeto de lei nº 546/97, do deputado Roberto Gouveia - PT).

O GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO:

Faço saber que a Assembléia Legislativa decreta e eu promulgo a seguinte lei:

Artigo 1º - A prestação dos serviços e ações de saúde aos usuários, de qualquer natureza ou condição, no âmbito do Estado de São Paulo, será universal e igualitária, nos termos do artigo 2º da Lei Complementar nº 791, de 9 de março de 1995.

Artigo 2º - São direitos dos usuários dos serviços de saúde no Estado de São Paulo:

I - ter um atendimento digno, atencioso e respeitoso;

II - ser identificado e tratado pelo seu nome ou sobrenome;

III - não ser identificado ou tratado por:

a) números;

b) códigos; ou

c) de modo genérico, desrespeitoso, ou preconceituoso;

IV - ter resguardado o segredo sobre seus dados pessoais, através da manutenção do sigilo profissional, desde que não acarrete riscos a terceiros ou à saúde pública;

V - poder identificar as pessoas responsáveis direta e indiretamente por sua assistência, através de crachás visíveis, legíveis e que contenham:

a) nome completo;

b) função;

c) cargo; e

d) nome da instituição;

VI - receber informações claras, objetivas e compreensíveis sobre:

a) hipóteses diagnósticas;

b) diagnósticos realizados;

c) exames solicitados;

d) ações terapêuticas;

e) riscos, benefícios e inconvenientes das medidas diagnósticas e terapêuticas propostas;

f) duração prevista do tratamento proposto;

g) no caso de procedimentos de diagnósticos e terapêuticos invasivos, a necessidade ou não de anestesia, o tipo de anestesia a ser aplicada, o instrumental a ser utilizado, as partes do corpo afetadas, os efeitos colaterais, os riscos e conseqüências indesejáveis e a duração

esperada do procedimento;

h) exames e condutas a que será submetido;

i) a finalidade dos materiais coletados para exame;

j) alternativas de diagnósticos e terapêuticas existentes, no serviço de atendimento ou em outros serviços; e

l) o que julgar necessário;

VII - consentir ou recusar, de forma livre, voluntária e esclarecida, com adequada informação, procedimentos diagnósticos ou terapêuticos a serem nele realizados;

VIII - acessar, a qualquer momento, o seu prontuário médico, nos termos do artigo 3º da Lei Complementar nº 791, de 9 de março de 1995;

IX - receber por escrito o diagnóstico e o tratamento indicado, com a identificação do nome do profissional e o seu número de registro no órgão de regulamentação e controle da profissão;

X - vetado:

a) vetado;

b) vetado;

c) vetado;

d) vetado;

e) vetado; e

f) vetado;

XI - receber as receitas:

a) com o nome genérico das substâncias prescritas;

b) datilografadas ou em caligrafia legível;

c) sem a utilização de códigos ou abreviaturas;

d) com o nome do profissional e seu número de registro no órgão de controle e regulamentação da profissão; e

e) com assinatura do profissional;

XII - conhecer a procedência do sangue e dos hemoderivados e poder verificar, antes de recebê-los, os carimbos que atestaram a origem, sorologias efetuadas e prazo de validade;

XIII - ter anotado em seu prontuário, principalmente se inconsciente durante o atendimento:

a) todas as medicações, com suas dosagens, utilizadas; e

b) registro da quantidade de sangue recebida e dos dados que permitam identificar a sua origem, sorologias efetuadas e prazo de validade;

XIV - ter assegurado, durante as consultas, internações, procedimentos diagnósticos e

terapêuticos e na satisfação de suas necessidades fisiológicas:

- a) a sua integridade física;
- b) a privacidade;
- c) a individualidade;
- d) o respeito aos seus valores éticos e culturais;
- e) a confidencialidade de toda e qualquer informação pessoal; e
- f) a segurança do procedimento;

XV - ser acompanhado, se assim o desejar, nas consultas e internações por pessoa por ele indicada;

XVI - ter a presença do pai nos exames pré-natais e no momento do parto;

XVII - vetado;

XVIII - receber do profissional adequado, presente no local, auxílio imediato e oportuno para a melhoria do conforto e bem estar;

XIX - ter um local digno e adequado para o atendimento;

XX - receber ou recusar assistência moral, psicológica, social ou religiosa;

XXI - ser prévia e expressamente informado quando o tratamento proposto for experimental ou fizer parte de pesquisa;

XXII - receber anestesia em todas as situações indicadas;

XXIII - recusar tratamentos dolorosos ou extraordinários para tentar prolongar a vida; e

XXIV - optar pelo local de morte.

§ 1º - A criança, ao ser internada, terá em seu prontuário a relação das pessoas que poderão acompanhá-la integralmente durante o período de internação.

§ 2º - A internação psiquiátrica observará o disposto na Seção III do Capítulo IV do Título I da Segunda Parte da Lei Complementar nº 791, de 9 de março de 1995.

Artigo 3º - Vetado:

I - vetado;

II - vetado; e

III - vetado.

Parágrafo único - Vetado.

Artigo 4º - Vetado:

I - vetado; e

II - vetado.

Parágrafo único - Vetado.

Artigo 5º - Vetado.

Parágrafo único - Vetado.

Artigo 6º - Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação.

Palácio dos Bandeirantes, 17 de março de 1999.

MÁRIO COVAS

José da Silva Guedes

Secretário da Saúde

Celino Cardoso

Secretário-Chefe da Casa Civil

Antonio Angarita

Secretário do Governo e Gestão Estratégica

Publicada na Assessoria Técnico - Legislativa, aos 17 de março de 1999.

ANEXO B - Resolução nº 41, de 13 de outubro de 1995. Aprova na íntegra o texto da Sociedade Brasileira de Pediatria, relativo aos direitos da criança e do adolescente hospitalizados.

O CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – CONANDA, reunido em sua Vigésima Sétima Assembléia Ordinária e considerando o disposto no Art. 3º da Lei 8.242, de 12 de outubro de 1991, resolve:

I – Aprovar em sua íntegra o texto oriundo da Sociedade Brasileira de Pediatria, relativo aos Direitos da Criança e do Adolescente Hospitalizados, cujo teor anexa-se ao presente ato.

II – Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

NELSON DE AZEVEDO JOBIM

Presidente do Conselho

DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

1. Direito à proteção à vida e à saúde, com absoluta prioridade e sem qualquer forma de discriminação.
2. Direito a ser hospitalizado quando for necessário ao seu tratamento, sem distinção de classe social, condição econômica, raça ou crença religiosa.
3. Direito a não ser ou permanecer hospitalizado desnecessariamente por qualquer razão alheia ao melhor tratamento de sua enfermidade.
4. Direito a ser acompanhado por sua mãe, pai ou responsável, durante todo o período de sua hospitalização, bem como receber visitas.
5. Direito a não ser separado de sua mãe ao nascer.
6. Direito a receber aleitamento materno sem restrições.
7. Direito a não sentir dor, quando existam meios para evitá-la.
8. Direito a ter conhecimento adequado de sua enfermidade, dos cuidados terapêuticos e diagnósticos a serem utilizados, do prognóstico, respeitando sua fase cognitiva, além de receber amparo psicológico, quando se fizer necessário.
9. Direito a desfrutar de alguma forma de recreação, programas de educação para a saúde, acompanhamento do curriculum escolar, durante sua permanência hospitalar.

10. Direito a que seus pais ou responsáveis participem ativamente do seu diagnóstico, tratamento e prognóstico, recebendo informações sobre os procedimentos a que será submetido.
11. Direito a receber apoio espiritual e religioso conforme prática de sua família.
12. Direito a não ser objeto de ensaio clínico, provas diagnósticas e terapêuticas, sem o consentimento informado de seus pais ou responsáveis e o seu próprio, quando tiver discernimento para tal.
13. Direito a receber todos os recursos terapêuticos disponíveis para a sua cura, reabilitação e ou prevenção secundária e terciária.
14. Direito à proteção contra qualquer forma de discriminação, negligência ou maus tratos.
15. Direito ao respeito a sua integridade física, psíquica e moral.
16. Direito a preservação de sua imagem, identidade, autonomia de valores, dos espaços e objetos pessoais.
17. Direito a não ser utilizado pelos meios de comunicação, sem a expressa vontade de seus pais ou responsáveis, ou a sua própria vontade, resguardando-se a ética.
18. Direito a confidência dos seus dados clínicos, bem como Direito a tomar conhecimento dos mesmos, arquivados na Instituição, pelo prazo estipulado em lei.
19. Direito a ter seus direitos constitucionais e os contidos no Estatuto da Criança e do Adolescente, respeitados pelos hospitais integralmente.
20. Direito a ter uma morte digna, junto com seus familiares, quando esgotados todos os recursos terapêuticos disponíveis.

(Of. nº141/95)

ANEXO C - Resolução nº 196 de 10 de outubro de 1996 do Conselho Nacional de Saúde. Diretrizes e Normas Regulamentadoras de Pesquisas envolvendo Seres Humanos, ficando revogada a Resolução 01/88.

O Plenário do Conselho Nacional de Saúde em sua Quinquagésima Nona Reunião Ordinária, realizada nos dias 09 e 10 de outubro de 1996, no uso de suas competências regimentais e atribuições conferidas pela Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, e pela Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990, RESOLVE:

Aprovar as seguintes diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos:

I – PREÂMBULO

A presente Resolução fundamenta-se nos principais documentos internacionais que emanaram declarações e diretrizes sobre pesquisas que envolvem seres humanos: o Código de Nuremberg (1947), a Declaração dos Direitos do Homem (1948), a Declaração de Helsinque (1964 e suas versões posteriores de 1975, 1983 e 1989), o Acordo Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (ONU, 1966, aprovado pelo Congresso Nacional Brasileiro em 1992), as Propostas de Diretrizes Éticas Internacionais para Pesquisas Biomédicas Envolvendo Seres Humanos (CIOMS/OMS 1982 e 1993) e as Diretrizes Internacionais para Revisão Ética de Estudos Epidemiológicos (CIOMS, 1991). Cumpre as disposições da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e da legislação brasileira correlata: Código de Direitos do Consumidor, Código Civil e Código Penal, Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei Orgânica da Saúde 8.080, de 19/09/90 (dispõe sobre as condições de atenção à saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes), Lei 8.142, de 28/12/90 (participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde), Decreto 99.438, de 07/08/90 (organização e atribuições do Conselho Nacional de Saúde), Decreto 98.830, de 15/01/90 (coleta por estrangeiros de dados e materiais científicos no Brasil), Lei 8.489, de 18/11/92, e Decreto 879, de 22/07/93 (dispõem sobre retirada de tecidos, órgãos e outras partes do corpo humano com fins humanitários e científicos), Lei 8.501, de 30/11/92 (utilização de cadáver), Lei 8.974, de 05/01/95 (uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados), Lei 9.279, de 14/05/96 (regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial), e outras.

Esta Resolução incorpora, sob a ótica do indivíduo e das coletividades, os quatro referenciais básicos da bioética: autonomia, não maleficência, beneficência e justiça, entre outros, e visa assegurar os direitos e deveres que dizem respeito à comunidade científica, aos sujeitos da pesquisa e ao Estado.

O caráter contextual das considerações aqui desenvolvidas implica em revisões periódicas desta Resolução, conforme necessidades nas áreas tecnocientífica e ética.

Ressalta-se, ainda, que cada área temática de investigação e cada modalidade de pesquisa, além de respeitar os princípios emanados deste texto, devem cumprir com as exigências setoriais e regulamentações específicas.

II - TERMOS E DEFINIÇÕES

A presente Resolução adota no seu âmbito as seguintes definições:

II.1 - Pesquisa - classe de atividades cujo objetivo é desenvolver ou contribuir para o conhecimento generalizável. O conhecimento generalizável consiste em teorias, relações ou princípios ou no acúmulo de informações sobre as quais estão baseados, que possam ser corroborados por métodos científicos aceitos de observação e inferência.

II.2 - Pesquisa envolvendo seres humanos - pesquisa que, individual ou coletivamente, envolva o ser humano, de forma direta ou indireta, em sua totalidade ou partes dele, incluindo o manejo de informações ou materiais.

II.3 - Protocolo de Pesquisa - Documento contemplando a descrição da pesquisa em seus aspectos fundamentais, informações relativas ao sujeito da pesquisa, à qualificação dos pesquisadores e à todas as instâncias responsáveis.

II.4 - Pesquisador responsável - pessoa responsável pela coordenação e realização da pesquisa e pela integridade e bem-estar dos sujeitos da pesquisa.

II.5 - Instituição de pesquisa - organização, pública ou privada, legitimamente constituída e habilitada na qual são realizadas investigações científicas.

II.6 - Promotor - indivíduo ou instituição, responsável pela promoção da pesquisa.

II.7 - Patrocinador - pessoa física ou jurídica que apóia financeiramente a pesquisa.

II.8 - Risco da pesquisa - possibilidade de danos à dimensão física, psíquica, moral, intelectual, social, cultural ou espiritual do ser humano, em qualquer fase de uma pesquisa e dela decorrente.

II.9 - Dano associado ou decorrente da pesquisa - agravo imediato ou tardio, ao indivíduo ou à coletividade, com nexos causal comprovado, direto ou indireto, decorrente do estudo científico.

II.10 - Sujeito da pesquisa - é o(a) participante pesquisado(a), individual ou coletivamente, de caráter voluntário, vedada qualquer forma de remuneração.

II.11 - Consentimento livre e esclarecido - anuência do sujeito da pesquisa e/ou de seu representante legal, livre de vícios (simulação, fraude ou erro), dependência, subordinação ou intimidação, após explicação completa e pormenorizada sobre a natureza da pesquisa, seus objetivos, métodos, benefícios previstos, potenciais riscos e o incômodo que esta possa acarretar, formulada em um termo de consentimento, autorizando sua participação voluntária na pesquisa.

II.12 - Indenização - cobertura material, em reparação a dano imediato ou tardio, causado pela pesquisa ao ser humano a ela submetida.

II.13 - Ressarcimento - cobertura, em compensação, exclusiva de despesas decorrentes da participação do sujeito na pesquisa.

II.14 - Comitês de Ética em Pesquisa-CEP - colegiados interdisciplinares e independentes, com "munus público", de caráter consultivo, deliberativo e educativo, criados para defender os interesses dos sujeitos da pesquisa em sua integridade e dignidade e para contribuir no desenvolvimento da pesquisa dentro de padrões éticos.

II.15 - Vulnerabilidade - refere-se a estado de pessoas ou grupos que, por quaisquer razões ou motivos, tenham a sua capacidade de autodeterminação reduzida, sobretudo no que se refere ao consentimento livre e esclarecido.

II.16 - Incapacidade - Refere-se ao possível sujeito da pesquisa que não tenha capacidade civil para dar o seu consentimento livre e esclarecido, devendo ser assistido ou representado, de acordo com a legislação brasileira vigente.

III - ASPECTOS ÉTICOS DA PESQUISA ENVOLVENDO SERES HUMANOS

As pesquisas envolvendo seres humanos devem atender às exigências éticas e científicas fundamentais.

III.1 - A eticidade da pesquisa implica em:

a) consentimento livre e esclarecido dos indivíduos-alvo e a proteção a grupos vulneráveis e aos legalmente incapazes (*autonomia*). Neste sentido, a pesquisa envolvendo seres humanos

deverá sempre tratá-los em sua dignidade, respeitá-los em sua autonomia e defendê-los em sua vulnerabilidade;

b) ponderação entre riscos e benefícios, tanto atuais como potenciais, individuais ou coletivos (*beneficência*), comprometendo-se com o máximo de benefícios e o mínimo de danos e riscos;

c) garantia de que danos previsíveis serão evitados (*não maleficência*);

d) relevância social da pesquisa com vantagens significativas para os sujeitos da pesquisa e minimização do ônus para os sujeitos vulneráveis, o que garante a igual consideração dos interesses envolvidos, não perdendo o sentido de sua destinação sócio-humanitária (*justiça e equidade*).

III.2 - Todo procedimento de qualquer natureza envolvendo o ser humano, cuja aceitação não esteja ainda consagrada na literatura científica, será considerado como pesquisa e, portanto, deverá obedecer às diretrizes da presente Resolução. Os procedimentos referidos incluem entre outros, os de natureza instrumental, ambiental, nutricional, educacional, sociológica, econômica, física, psíquica ou biológica, sejam eles farmacológicos, clínicos ou cirúrgicos e de finalidade preventiva, diagnóstica ou terapêutica.

III.3 - A pesquisa em qualquer área do conhecimento, envolvendo seres humanos deverá observar as seguintes exigências:

a) ser adequada aos princípios científicos que a justifiquem e com possibilidades concretas de responder a incertezas;

b) estar fundamentada na experimentação prévia realizada em laboratórios, animais ou em outros fatos científicos;

c) ser realizada somente quando o conhecimento que se pretende obter não possa ser obtido por outro meio;

d) prevalecer sempre às probabilidades dos benefícios esperados sobre os riscos previsíveis;

e) obedecer à metodologia adequada. Se houver necessidade de distribuição aleatória dos sujeitos da pesquisa em grupos experimentais e de controle, assegurar que, *a priori*, não seja possível estabelecer as vantagens de um procedimento sobre outro através de revisão de literatura, métodos observacionais ou métodos que não envolvam seres humanos;

f) ter plenamente justificada, quando for o caso, a utilização de placebo, em termos de não maleficência e de necessidade metodológica;

g) contar com o consentimento livre e esclarecido do sujeito da pesquisa e/ou seu representante legal;

- h) contar com os recursos humanos e materiais necessários que garantam o bem-estar do sujeito da pesquisa, devendo ainda haver adequação entre a competência do pesquisador e o projeto proposto;
- i) prever procedimentos que assegurem a confidencialidade e a privacidade, a proteção da imagem e a não estigmatização, garantindo a não utilização das informações em prejuízo das pessoas e/ou das comunidades, inclusive em termos de auto-estima, de prestígio e/ou econômico - financeiro;
- j) ser desenvolvida preferencialmente em indivíduos com autonomia plena. Indivíduos ou grupos vulneráveis não devem ser sujeitos de pesquisa quando a informação desejada possa ser obtida através de sujeitos com plena autonomia, a menos que a investigação possa trazer benefícios diretos aos vulneráveis. Nestes casos, o direito dos indivíduos ou grupos que queiram participar da pesquisa deve ser assegurado, desde que seja garantida a proteção à sua vulnerabilidade e incapacidade legalmente definida;
- l) respeitar sempre os valores culturais, sociais, morais, religiosos e éticos, bem como os hábitos e costumes quando as pesquisas envolverem comunidades;
- m) garantir que as pesquisas em comunidades, sempre que possível, traduzir-se-ão em benefícios cujos efeitos continuem a se fazer sentir após sua conclusão. O projeto deve analisar as necessidades de cada um dos membros da comunidade e analisar as diferenças presentes entre eles, explicitando como será assegurado o respeito às mesmas;
- n) garantir o retorno dos benefícios obtidos através das pesquisas para as pessoas e as comunidades onde as mesmas forem realizadas. Quando, no interesse da comunidade, houver benefício real em incentivar ou estimular mudanças de costumes ou comportamentos, o protocolo de pesquisa deve incluir, sempre que possível, disposições para comunicar tal benefício às pessoas e/ou comunidades;
- o) comunicar às autoridades sanitárias os resultados da pesquisa, sempre que os mesmos puderem contribuir para a melhoria das condições de saúde da coletividade, preservando, porém, a imagem e assegurando que os sujeitos da pesquisa não sejam estigmatizados ou percam a auto-estima;
- p) assegurar aos sujeitos da pesquisa os benefícios resultantes do projeto, seja em termos de retorno social, acesso aos procedimentos, produtos ou agentes da pesquisa;
- q) assegurar aos sujeitos da pesquisa as condições de acompanhamento, tratamento ou de orientação, conforme o caso, nas pesquisas de rastreamento; demonstrar a preponderância de benefícios sobre riscos e custos;

- r) assegurar a inexistência de conflito de interesses entre o pesquisador e os sujeitos da pesquisa ou patrocinador do projeto;
- s) comprovar, nas pesquisas conduzidas do exterior ou com cooperação estrangeira, os compromissos e as vantagens, para os sujeitos das pesquisas e para o Brasil, decorrentes de sua realização. Nestes casos deve ser identificado o pesquisador e a instituição nacionais co-responsáveis pela pesquisa. O protocolo deverá observar as exigências da Declaração de Helsinque e incluir documento de aprovação, no país de origem, entre os apresentados para avaliação do Comitê de Ética em Pesquisa da instituição brasileira, que exigirá o cumprimento de seus próprios referenciais éticos. Os estudos patrocinados do exterior também devem responder às necessidades de treinamento de pessoal no Brasil, para que o país possa desenvolver projetos similares de forma independente;
- t) utilizar o material biológico e os dados obtidos na pesquisa exclusivamente para a finalidade prevista no seu protocolo;
- u) levar em conta, nas pesquisas realizadas em mulheres em idade fértil ou em mulheres grávidas, a avaliação de riscos e benefícios e as eventuais interferências sobre a fertilidade, a gravidez, o embrião ou o feto, o trabalho de parto, o puerpério, a lactação e o recém-nascido;
- v) considerar que as pesquisas em mulheres grávidas devem ser precedidas de pesquisas em mulheres fora do período gestacional, exceto quando a gravidez for o objetivo fundamental da pesquisa;
- x) propiciar, nos estudos multicêntricos, a participação dos pesquisadores que desenvolverão a pesquisa na elaboração do delineamento geral do projeto; e
- z) descontinuar o estudo somente após análise das razões da descontinuidade pelo CEP que a aprovou.

IV - CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO

O respeito devido à dignidade humana exige que toda pesquisa se processe após consentimento livre e esclarecido dos sujeitos, indivíduos ou grupos que por si e/ou por seus representantes legais manifestem a sua anuência à participação na pesquisa.

IV.1 - Exige-se que o esclarecimento dos sujeitos se faça em linguagem acessível e que inclua necessariamente os seguintes aspectos:

- a) a justificativa, os objetivos e os procedimentos que serão utilizados na pesquisa;
- b) os desconfortos e riscos possíveis e os benefícios esperados;
- c) os métodos alternativos existentes;

- d) a forma de acompanhamento e assistência, assim como seus responsáveis;
- e) a garantia de esclarecimentos, antes e durante o curso da pesquisa, sobre a metodologia, informando a possibilidade de inclusão em grupo controle ou placebo;
- f) a liberdade do sujeito se recusar a participar ou retirar seu consentimento, em qualquer fase da pesquisa, sem penalização alguma e sem prejuízo ao seu cuidado;
- g) a garantia do sigilo que assegure a privacidade dos sujeitos quanto aos dados confidenciais envolvidos na pesquisa;
- h) as formas de ressarcimento das despesas decorrentes da participação na pesquisa; e
- i) as formas de indenização diante de eventuais danos decorrentes da pesquisa.

IV.2 - O termo de consentimento livre e esclarecido obedecerá aos seguintes requisitos:

- a) ser elaborado pelo pesquisador responsável, expressando o cumprimento de cada uma das exigências acima;
- b) ser aprovado pelo Comitê de Ética em Pesquisa que referenda a investigação;
- c) ser assinado ou identificado por impressão dactiloscópica, por todos e cada um dos sujeitos da pesquisa ou por seus representantes legais; e
- d) ser elaborado em duas vias, sendo uma retida pelo sujeito da pesquisa ou por seu representante legal e uma arquivada pelo pesquisador.

IV.3 - Nos casos em que haja qualquer restrição à liberdade ou ao esclarecimento necessários para o adequado consentimento, deve-se ainda observar:

- a) em pesquisas envolvendo crianças e adolescentes, portadores de perturbação ou doença mental e sujeitos em situação de substancial diminuição em suas capacidades de consentimento, deverá haver justificação clara da escolha dos sujeitos da pesquisa, especificada no protocolo, aprovada pelo Comitê de Ética em Pesquisa, e cumprir as exigências do consentimento livre e esclarecido, através dos representantes legais dos referidos sujeitos, sem suspensão do direito de informação do indivíduo, no limite de sua capacidade;
- b) a liberdade do consentimento deverá ser particularmente garantida para aqueles sujeitos que, embora adultos e capazes, estejam expostos a condicionamentos específicos ou à influência de autoridade, especialmente estudantes, militares, empregados, presidiários, internos em centros de readaptação, casas-abrigo, asilos, associações religiosas e semelhantes, assegurando-lhes a inteira liberdade de participar ou não da pesquisa, sem quaisquer represálias;

- c) nos casos em que seja impossível registrar o consentimento livre e esclarecido, tal fato deve ser devidamente documentado, com explicação das causas da impossibilidade, e parecer do Comitê de Ética em Pesquisa;
- d) as pesquisas em pessoas com o diagnóstico de morte encefálica só podem ser realizadas desde que estejam preenchidas as seguintes condições:
- documento comprobatório da morte encefálica (atestado de óbito);
 - consentimento explícito dos familiares e/ou do responsável legal, ou manifestação prévia da vontade da pessoa;
 - respeito total à dignidade do ser humano sem mutilação ou violação do corpo;
 - sem ônus econômico financeiro adicional à família;
 - sem prejuízo para outros pacientes aguardando internação ou tratamento;
 - possibilidade de obter conhecimento científico relevante, novo e que não possa ser obtido de outra maneira;
- e) em comunidades culturalmente diferenciadas, inclusive indígenas, deve-se contar com a anuência antecipada da comunidade através dos seus próprios líderes, não se dispensando, porém, esforços no sentido de obtenção do consentimento individual;
- f) quando o mérito da pesquisa depender de alguma restrição de informações aos sujeitos, tal fato deve ser devidamente explicitado e justificado pelo pesquisador e submetido ao Comitê de Ética em Pesquisa. Os dados obtidos a partir dos sujeitos da pesquisa não poderão ser usados para outros fins que os não previstos no protocolo e/ou no consentimento.

V - RISCOS E BENEFÍCIOS

Considera-se que toda pesquisa envolvendo seres humanos envolve risco. O dano eventual poderá ser imediato ou tardio, comprometendo o indivíduo ou a coletividade.

V.1 - Não obstante os riscos potenciais, as pesquisas envolvendo seres humanos serão admissíveis quando:

- a) oferecerem elevada possibilidade de gerar conhecimento para entender, prevenir ou aliviar um problema que afete o bem-estar dos sujeitos da pesquisa e de outros indivíduos;
- b) o risco se justifique pela importância do benefício esperado;
- c) o benefício seja maior, ou no mínimo igual, a outras alternativas já estabelecidas para a prevenção, o diagnóstico e o tratamento.

V.2 - As pesquisas sem benefício direto ao indivíduo, devem prever condições de serem bem suportadas pelos sujeitos da pesquisa, considerando sua situação física, psicológica, social e educacional.

V.3 - O pesquisador responsável é obrigado a suspender a pesquisa imediatamente ao perceber algum risco ou dano à saúde do sujeito participante da pesquisa, conseqüente à mesma, não previsto no termo de consentimento. Do mesmo modo, tão logo constatada a superioridade de um método em estudo sobre outro, o projeto deverá ser suspenso, oferecendo-se a todos os sujeitos os benefícios do melhor regime.

V.4 - O Comitê de Ética em Pesquisa da instituição deverá ser informado de todos os efeitos adversos ou fatos relevantes que alterem o curso normal do estudo.

V.5 - O pesquisador, o patrocinador e a instituição devem assumir a responsabilidade de dar assistência integral às complicações e danos decorrentes dos riscos previstos.

V.6 - Os sujeitos da pesquisa que vierem a sofrer qualquer tipo de dano previsto ou não no termo de consentimento e resultante de sua participação, além do direito à assistência integral, têm direito à indenização.

V.7 - Jamais poderá ser exigido do sujeito da pesquisa, sob qualquer argumento, renúncia ao direito à indenização por dano. O formulário do consentimento livre e esclarecido não deve conter nenhuma ressalva que afaste essa responsabilidade ou que implique ao sujeito da pesquisa abrir mão de seus direitos legais, incluindo o direito de procurar obter indenização por danos eventuais.

VI - PROTOCOLO DE PESQUISA

O protocolo a ser submetido à revisão ética somente poderá ser apreciado se estiver instruído com os seguintes documentos, em português:

VI.1 - folha de rosto: título do projeto, nome, número da carteira de identidade, CPF, telefone e endereço para correspondência do pesquisador responsável e do patrocinador, nome e assinaturas dos dirigentes da instituição e/ou organização;

VI.2 - descrição da pesquisa, compreendendo os seguintes itens:

- a) descrição dos propósitos e das hipóteses a serem testadas;
- b) antecedentes científicos e dados que justifiquem a pesquisa. Se o propósito for testar um novo produto ou dispositivo para a saúde, de procedência estrangeira ou não, deverá ser indicada a situação atual de registro junto a agências regulatórias do país de origem;

- c) descrição detalhada e ordenada do projeto de pesquisa (material e métodos, casuística, resultados esperados e bibliografia);
- d) análise crítica de riscos e benefícios;
- e) duração total da pesquisa, a partir da aprovação;
- f) explicitação das responsabilidades do pesquisador, da instituição, do promotor e do patrocinador;
- g) explicitação de critérios para suspender ou encerrar a pesquisa;
- h) local da pesquisa: detalhar as instalações dos serviços, centros, comunidades e instituições nas quais se processarão as várias etapas da pesquisa;
- i) demonstrativo da existência de infra-estrutura necessária ao desenvolvimento da pesquisa e para atender eventuais problemas dela resultantes, com a concordância documentada da instituição;
- j) orçamento financeiro detalhado da pesquisa: recursos, fontes e destinação, bem como a forma e o valor da remuneração do pesquisador;
- l) explicitação de acordo preexistente quanto à propriedade das informações geradas, demonstrando a inexistência de qualquer cláusula restritiva quanto à divulgação pública dos resultados, a menos que se trate de caso de obtenção de patenteamento; neste caso, os resultados devem se tornar públicos, tão logo se encerre a etapa de patenteamento;
- m) declaração de que os resultados da pesquisa serão tornados públicos, sejam eles favoráveis ou não; e
- n) declaração sobre o uso e destinação do material e/ou dados coletados.

VI.3 - informações relativas ao sujeito da pesquisa:

- a) descrever as características da população a estudar: tamanho, faixa etária, sexo, cor (classificação do IBGE), estado geral de saúde, classes e grupos sociais, etc. Expor as razões para a utilização de grupos vulneráveis;
- b) descrever os métodos que afetem diretamente os sujeitos da pesquisa;
- c) identificar as fontes de material de pesquisa, tais como espécimens, registros e dados a serem obtidos de seres humanos. Indicar se esse material será obtido especificamente para os propósitos da pesquisa ou se será usado para outros fins;
- d) descrever os planos para o recrutamento de indivíduos e os procedimentos a serem seguidos. Fornecer critérios de inclusão e exclusão;
- e) apresentar o formulário ou termo de consentimento, específico para a pesquisa, para a apreciação do Comitê de Ética em Pesquisa, incluindo informações sobre as circunstâncias

sob as quais o consentimento será obtido, quem irá tratar de obtê-lo e a natureza da informação a ser fornecida aos sujeitos da pesquisa;

f) descrever qualquer risco, avaliando sua possibilidade e gravidade;

g) descrever as medidas para proteção ou minimização de qualquer risco eventual. Quando apropriado, descrever as medidas para assegurar os necessários cuidados à saúde, no caso de danos aos indivíduos. Descrever também os procedimentos para monitoramento da coleta de dados para prover a segurança dos indivíduos, incluindo as medidas de proteção à confidencialidade; e

h) apresentar previsão de ressarcimento de gastos aos sujeitos da pesquisa. A importância referente não poderá ser de tal monta que possa interferir na autonomia da decisão do indivíduo ou responsável de participar ou não da pesquisa.

VI.4 - qualificação dos pesquisadores: "Curriculum vitae" do pesquisador responsável e dos demais participantes.

VI.5 - termo de compromisso do pesquisador responsável e da instituição de cumprir os termos desta Resolução.

VII - COMITÊ DE ÉTICA EM PESQUISA-CEP

Toda pesquisa envolvendo seres humanos deverá ser submetida à apreciação de um Comitê de Ética em Pesquisa.

VII.1 - As instituições nas quais se realizem pesquisas envolvendo seres humanos deverão constituir um ou mais de um Comitê de Ética em Pesquisa- CEP, conforme suas necessidades.

VII.2 - Na impossibilidade de se constituir CEP, a instituição ou o pesquisador responsável deverá submeter o projeto à apreciação do CEP de outra instituição, preferencialmente dentre os indicados pela Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (CONEP/MS).

VII.3 - Organização - A organização e criação do CEP será da competência da instituição, respeitadas as normas desta Resolução, assim como o provimento de condições adequadas para o seu funcionamento.

VII.4 - Composição - O CEP deverá ser constituído por colegiado com número não inferior a 7 (sete) membros. Sua constituição deverá incluir a participação de profissionais da área de saúde, das ciências exatas, sociais e humanas, incluindo, por exemplo, juristas, teólogos, sociólogos, filósofos, bioeticistas e, pelo menos, um membro da sociedade representando os usuários da instituição. Poderá variar na sua composição, dependendo das especificidades da instituição e das linhas de pesquisa a serem analisadas.

VII.5 - Terá sempre caráter multi e transdisciplinar, não devendo haver mais que metade de seus membros pertencentes à mesma categoria profissional, participando pessoas dos dois sexos. Poderá ainda contar com consultores "ad hoc", pessoas pertencentes ou não à instituição, com a finalidade de fornecer subsídios técnicos.

VII.6 - No caso de pesquisas em grupos vulneráveis, comunidades e coletividades, deverá ser convidado um representante, como membro "ad hoc" do CEP, para participar da análise do projeto específico.

VII.7 - Nas pesquisas em população indígena deverá participar um consultor familiarizado com os costumes e tradições da comunidade.

VII.8 - Os membros do CEP deverão se isentar de tomada de decisão, quando diretamente envolvidos na pesquisa em análise.

VII.9 - Mandato e escolha dos membros - A composição de cada CEP deverá ser definida a critério da instituição, sendo pelo menos metade dos membros com experiência em pesquisa, eleitos pelos seus pares. A escolha da coordenação de cada Comitê deverá ser feita pelos membros que compõem o colegiado, durante a primeira reunião de trabalho. Será de três anos a duração do mandato, sendo permitida recondução.

VII.10 - Remuneração - Os membros do CEP não poderão ser remunerados no desempenho desta tarefa, sendo recomendável, porém, que sejam dispensados nos horários de trabalho do Comitê das outras obrigações nas instituições às quais prestam serviço, podendo receber ressarcimento de despesas efetuadas com transporte, hospedagem e alimentação.

VII.11 - Arquivo - O CEP deverá manter em arquivo o projeto, o protocolo e os relatórios correspondentes, por 5 (cinco) anos após o encerramento do estudo.

VII.12 - Liberdade de trabalho - Os membros dos CEPs deverão ter total independência na tomada das decisões no exercício das suas funções, mantendo sob caráter confidencial as informações recebidas. Deste modo, não podem sofrer qualquer tipo de pressão por parte de superiores hierárquicos ou pelos interessados em determinada pesquisa, devem isentar-se de envolvimento financeiro e não devem estar submetidos a conflito de interesse.

VII.13 - Atribuições do CEP:

a) revisar todos os protocolos de pesquisa envolvendo seres humanos, inclusive os multicêntricos, cabendo-lhe a responsabilidade primária pelas decisões sobre a ética da pesquisa a ser desenvolvida na instituição, de modo a garantir e resguardar a integridade e os direitos dos voluntários participantes nas referidas pesquisas;

b) emitir parecer consubstanciado por escrito, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, identificando com clareza o ensaio, documentos estudados e data de revisão. A revisão de cada protocolo culminará com seu enquadramento em uma das seguintes categorias:

- aprovado;

- com pendência: quando o Comitê considera o protocolo como aceitável, porém identifica determinados problemas no protocolo, no formulário do consentimento ou em ambos, e recomenda uma revisão específica ou solicita uma modificação ou informação relevante, que deverá ser atendida em 60 (sessenta) dias pelos pesquisadores;

- retirado: quando, transcorrido o prazo, o protocolo permanece pendente;

- não aprovado; e

- aprovado e encaminhado, com o devido parecer, para apreciação pela Comissão Nacional de Ética em Pesquisa-CONEP/MS, nos casos previstos no capítulo VIII, item 4.c.

c) manter a guarda confidencial de todos os dados obtidos na execução de sua tarefa e arquivamento do protocolo completo, que ficará à disposição das autoridades sanitárias;

d) acompanhar o desenvolvimento dos projetos através de relatórios anuais dos pesquisadores;

e) desempenhar papel consultivo e educativo, fomentando a reflexão em torno da ética na ciência;

f) receber dos sujeitos da pesquisa ou de qualquer outra parte denúncias de abusos ou notificação sobre fatos adversos que possam alterar o curso normal do estudo, decidindo pela continuidade, modificação ou suspensão da pesquisa, devendo, se necessário, adequar o termo de consentimento. Considera-se como anti-ética a pesquisa descontinuada sem justificativa aceita pelo CEP que a aprovou;

g) requerer instauração de sindicância à direção da instituição em caso de denúncias de irregularidades de natureza ética nas pesquisas e, em havendo comprovação, comunicar à Comissão Nacional de Ética em Pesquisa-CONEP/MS e, no que couber, a outras instâncias; e

h) manter comunicação regular e permanente com a CONEP/MS.

VII.14 - Atuação do CEP:

a) A revisão ética de toda e qualquer proposta de pesquisa envolvendo seres humanos não poderá ser dissociada da sua análise científica. Pesquisa que não se faça acompanhar do respectivo protocolo não deve ser analisada pelo Comitê.

b) Cada CEP deverá elaborar suas normas de funcionamento, contendo metodologia de trabalho, a exemplo de: elaboração das atas; planejamento anual de suas atividades; periodicidade de reuniões; número mínimo de presentes para início das reuniões; prazos para

emissão de pareceres; critérios para solicitação de consultas de *experts* na área em que se desejam informações técnicas; modelo de tomada de decisão, etc.

VIII - COMISSÃO NACIONAL DE ÉTICA EM PESQUISA (CONEP/MS)

A Comissão Nacional de Ética em Pesquisa - CONEP/MS é uma instância colegiada, de natureza consultiva, deliberativa, normativa, educativa, independente, vinculada ao Conselho Nacional de Saúde.

O Ministério da Saúde adotará as medidas necessárias para o funcionamento pleno da Comissão e de sua Secretaria Executiva.

VIII.1 - Composição: A CONEP terá composição multi e transdisciplinar, com pessoas de ambos os sexos e deverá ser composta por 13 (treze) membros titulares e seus respectivos suplentes, sendo 05 (cinco) deles personalidades destacadas no campo da ética na pesquisa e na saúde e 08 (oito) personalidades com destacada atuação nos campos teológico, jurídico e outros, assegurando-se que pelo menos um seja da área de gestão da saúde. Os membros serão selecionados, a partir de listas indicativas elaboradas pelas instituições que possuem CEP registrados na CONEP, sendo que 07 (sete) serão escolhidos pelo Conselho Nacional de Saúde e 06 (seis) serão definidos por sorteio. Poderá contar também com consultores e membros "ad hoc", assegurada a representação dos usuários.

VIII.2 - Cada CEP poderá indicar duas personalidades.

VIII.3 - O mandato dos membros da CONEP será de quatro anos com renovação alternada a cada dois anos, de sete ou seis de seus membros.

VIII.4 - Atribuições da CONEP - Compete à CONEP o exame dos aspectos éticos da pesquisa envolvendo seres humanos, bem como a adequação e atualização das normas atinentes. A CONEP consultará a sociedade sempre que julgar necessário, cabendo-lhe, entre outras, as seguintes atribuições:

- a) estimular a criação de CEPs institucionais e de outras instâncias;
- b) registrar os CEPs institucionais e de outras instâncias;
- c) aprovar, no prazo de 60 dias, e acompanhar os protocolos de pesquisa em áreas temáticas especiais tais como:
 - 1- genética humana;
 - 2- reprodução humana;
 - 3- fármacos, medicamentos, vacinas e testes diagnósticos novos (fases I, II e III) ou não registrados no país (ainda que fase IV), ou quando a pesquisa for referente a seu uso com

modalidades, indicações, doses ou vias de administração diferentes daquelas estabelecidas, incluindo seu emprego em combinações;

4- equipamentos, insumos e dispositivos para a saúde novos, ou não registrados no país;

5- novos procedimentos ainda não consagrados na literatura;

6- populações indígenas;

7- projetos que envolvam aspectos de biossegurança;

8- pesquisas coordenadas do exterior ou com participação estrangeira e pesquisas que envolvam remessa de material biológico para o exterior; e

9- projetos que, a critério do CEP, devidamente justificado, sejam julgados merecedores de análise pela CONEP;

d) prover normas específicas no campo da ética em pesquisa, inclusive nas áreas temáticas especiais, bem como recomendações para aplicação das mesmas;

e) funcionar como instância final de recursos, a partir de informações fornecidas sistematicamente, em caráter *ex-officio* ou a partir de denúncias ou de solicitação de partes interessadas, devendo manifestar-se em um prazo não superior a 60 (sessenta) dias;

f) rever responsabilidades, proibir ou interromper pesquisas, definitiva ou temporariamente, podendo requisitar protocolos para revisão ética inclusive, os já aprovados pelo CEP;

g) constituir um sistema de informação e acompanhamento dos aspectos éticos das pesquisas envolvendo seres humanos em todo o território nacional, mantendo atualizados os bancos de dados;

h) informar e assessorar o MS, o CNS e outras instâncias do SUS, bem como do governo e da sociedade, sobre questões éticas relativas à pesquisa em seres humanos;

i) divulgar esta e outras normas relativas à ética em pesquisa envolvendo seres humanos;

j) a CONEP juntamente com outros setores do Ministério da Saúde, estabelecerá normas e critérios para o credenciamento de Centros de Pesquisa. Este credenciamento deverá ser proposto pelos setores do Ministério da Saúde, de acordo com suas necessidades, e aprovado pelo Conselho Nacional de Saúde; e

l) estabelecer suas próprias normas de funcionamento.

VIII.5 - A CONEP submeterá ao CNS para sua deliberação:

a) propostas de normas gerais a serem aplicadas às pesquisas envolvendo seres humanos, inclusive modificações desta norma;

b) plano de trabalho anual;

c) relatório anual de suas atividades, incluindo sumário dos CEP estabelecidos e dos projetos analisados.

IX – OPERACIONALIZAÇÃO

IX.1 - Todo e qualquer projeto de pesquisa envolvendo seres humanos deverá obedecer às recomendações desta Resolução e dos documentos endossados em seu preâmbulo. A responsabilidade do pesquisador é indelegável, indeclinável e compreende os aspectos éticos e legais.

IX.2 - Ao pesquisador cabe:

- a) apresentar o protocolo, devidamente instruído ao CEP, aguardando o pronunciamento deste, antes de iniciar a pesquisa;
- b) desenvolver o projeto conforme delineado;
- c) elaborar e apresentar os relatórios parciais e final;
- d) apresentar dados solicitados pelo CEP, a qualquer momento;
- e) manter em arquivo, sob sua guarda, por 5 anos, os dados da pesquisa, contendo fichas individuais e todos os demais documentos recomendados pelo CEP;
- f) encaminhar os resultados para publicação, com os devidos créditos aos pesquisadores associados e ao pessoal técnico participante do projeto;
- g) justificar, perante o CEP, interrupção do projeto ou a não publicação dos resultados.

IX.3 - O Comitê de Ética em Pesquisa institucional deverá estar registrado junto à CONEP/MS.

IX.4 - Uma vez aprovado o projeto, o CEP passa a ser co-responsável no que se refere aos aspectos éticos da pesquisa.

IX.5 - Consideram-se autorizados para execução, os projetos aprovados pelo CEP, exceto os que se enquadrarem nas áreas temáticas especiais, os quais, após aprovação pelo CEP institucional deverão ser enviados à CONEP/MS, que dará o devido encaminhamento.

IX.6 - Pesquisas com novos medicamentos, vacinas, testes diagnósticos, equipamentos e dispositivos para a saúde deverão ser encaminhados do CEP à CONEP/MS e desta, após parecer, à Secretaria de Vigilância Sanitária.

IX.7 - As agências de fomento à pesquisa e o corpo editorial das revistas científicas deverão exigir documentação comprobatória de aprovação do projeto pelo CEP e/ou CONEP, quando for o caso.

IX.8 - Os CEP institucionais deverão encaminhar trimestralmente à CONEP/MS a relação dos projetos de pesquisa analisados, aprovados e concluídos, bem como dos projetos em andamento e, imediatamente, aqueles suspensos.

X. DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS

X.1 - O Grupo Executivo de Trabalho-GET, constituído através da Resolução CNS 170/95, assumirá as atribuições da CONEP até a sua constituição, responsabilizando-se por:

- a) tomar as medidas necessárias ao processo de criação da CONEP/MS;
- b) estabelecer normas para registro dos CEP institucionais;

X.2 - O GET terá 180 dias para finalizar as suas tarefas.

X.3 - Os CEP das instituições devem proceder, no prazo de 90 (noventa) dias, ao levantamento e análise, se for o caso, dos projetos de pesquisa em seres humanos já em andamento, devendo encaminhar à CONEP/MS, a relação dos mesmos.

X.4 - Fica revogada a Resolução 01/88.

ADIB D. JATENE

Presidente do Conselho Nacional de Saúde

Homologo a Resolução CNS nº 196, de 10 de outubro de 1996, nos termos do Decreto de Delegação de Competência de 12 de novembro de 1991.