

## Reflexões sobre a eutanásia e a ortotanásia

Renato Flávio Marcão<sup>(\*)</sup>

Promotor de Justiça - SP

**SUMÁRIO:** 1. Definições e conceito. 2. Doutrina a respeito do tema 3. Direito Comutado e evolução legislativa no Direito Pátrio 4. Ligeiras reflexões 5. Crítica 6. Conclusão.

### 1. Definições e conceito

Algumas tribos antigas e selvagens denominavam morte branca a obrigação "sagrada" que o filho tinha para com o pai velho e doente, de fazer-lhe "adormecer suave e definitivamente".

Na Idade Média chamou-se misericórdia matar os feridos e mutilados de guerra.

Entre os camponeses da América do Sul, durante longo período no passado distante, denominava-se aliviar a morte imprimida com emprego de arma branca aos velhos e doentes graves, em situação extrema.

Na mesma trilha, no início do século, na Europa e nos Estados Unidos, passou-se a denominar homicídio caritativo a prática da eliminação da vida em certas situações

Morte liberadora ou libertadora, morte benéfica, *l'uccisione pietosa*, *el homicídio por altruismo* ou *compasion*, homicídio piedoso, homicídio-suicídio, foram e são variantes empregadas para definir o "homicídio eutanásico"

Segundo um conceito generalizado, o homicídio eutanásico deve ser entendido como aquele que é praticado para abreviar piedosamente o irremediável sofrimento da vítima, e a pedido ou com o assentimento desta (Nelson Hungria, "Comentários ao Código Penal", 3ª ed., Forense, 1955, v. V, pág. 125)

### 2. Doutrina a respeito do tema

Platão defendeu o homicídio dos anciãos, dos débeis e dos enfermos ("A República, Terceiro Livro", pág. 89, Livraria Exposição do Livro, tradução de Eduardo Menezes).

(\*) Professor de Direito Processual Penal na INIRP e na UNIP, Especialista em Direito Constitucional, Mestrando em Direito Penal pela Universidade Presbiteriana Mackenzie - SP.

Thomas Mous era partidário da eutanásia, conforme deixou claro em seus escritos ("A utopia", 5ª ed., Atena, pág. 128, tradução de Luís de Andrade)

Binding e Hoche escreveram que deveria ser oficialmente reconhecido o direito de matar os indivíduos desprovidos de valor vital ou mental. Justificavam a eliminação em nome da sociedade, conforme se verifica na obra intitulada "A autorização para exterminar as vidas sem valor vital" (*Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens*, Leipzig, Félix Meiner, 1920).

Giuseppe del Vecchio, que pregava a eutanásia consentida pelo mortalmente adoecido, concluiu seu raciocínio nos seguintes termos: "*Che colui, che su richiesta del morente, abbrevia a questi le sofferenze di un'agonia fisica e psichica atroce, compie un'azione non costituente reato*" ("Morte benefica (*l'eutanásia*) sotto gli aspetti etico, religioso, sociale e giuridico", Turim: Bocca, 1928).

Ferri, Ingenieros e Binet Sanglé também doutrinaavam o homicídio eutanásico isento de pena.

Por outro lado, Enrique Morselli ensinou que uma humanidade verdadeiramente superior pensará em prevenir o delito e a doença, não em reprimi-lo com sangue, nem curar a dor com a morte ("*L'uccisione pietosa (l'eutanásia) in rapporto alla medicina, alla morale ed all'eugenica*", Turim: Bocca, 1923).

Afânio Peixoto, citado por Ribeiro Pontes ("Código Penal brasileiro", 2ª ed., Guaíra, 1ª v., pág. 203), referiu-se à eutanásia com estas palavras: "A ética médica se recusa por tradição de seu sacerdócio, *non nocere*, e pela confiança no progresso científico, a admiti-la, pois doenças incuráveis e mortais, ainda ontem, são hoje vitoriosamente combatidas".

Por fim, é de García Pintos a lição no sentido de que: "*Si algun día em corazón humano llegase a extinguirse totalmente toda llama de amor y solidaridad social, y en la mente del hombre no pudiese ya florecer el más menguado penacho de idealismo, para pensar en tales matanzas, maldigamos desde ya ese día, porque entonces si que la sociedad, no obstante su exuberancia de valores vitales e sociales, no estaría compuesta más que por muertos espirituales. Y esta sociedad así compuesta significaría el triunfo del más crudo materialismo, em que solo habria lugar para la moral científica que, al decir de Saligrú, es la moral de las hienas. Y aquella sentencia de Séneca que afirma que el hombre ha de ser una cosa sagrada para el hombre, 'homo res homini sacra', quedaria suplantada por el selvático apotegma de Hobbes - homo homini lupus, el hombre es un lobo para el hombre"* ("El respecto a la vida", citado por Nelson Hungria em sua obra "Comentários ao Código Penal", 3ª ed., Forense, 1955, v. V, pág. 126).

### 3. Direito Comparado e evolução legislativa no Direito Pátrio

Em 1903 a Alemanha e em 1912 o Parlamento dos Estados Unidos discutiram e rejeitaram projetos que versavam sobre homicídio caritativo.

O art. 143 do Código Penal russo deu ensejo em 1922 ao fuzilamento de 117 (cento e dezessete) crianças acometidas de doença tida como incurável à época, por terem ingerido carne de cavalo infecta.

Copiando o art. 102 do projeto de Código Penal suíço de 1918, em 1924 o Peru legalizou o homicídio piedoso (art. 157), assim como cuidou da matéria o Projeto Tcheco-eslovaco de 1925 (art. 271, § 3<sup>o</sup>).

Entre nós, seguindo a linha do Código Criminal do Império (1830), o Código Penal Republicano, mandado executar pelo Dec. nº 847, de 11.10.1890, não contemplou qualquer disposição relacionada ao homicídio caritativo, e destacou em seu art. 26, c: "Não dirimem nem excluem a intenção criminosa, o consentimento do ofendido, menos nos casos em que a lei só a ele permite a ação criminal". Por sua vez, a Consolidação das Leis Penais, Código Penal brasileiro completado com as leis modificadoras então em vigor, obra de Vicente Piragibe (cf. Saraiva & Cia. Editores, Rio de Janeiro, 1933), aprovada e adaptada pelo Dec. nº 22.213, de 14.12.1932, em nada modificou o tratamento legal anteriormente dispensado ao tema, conforme seu Título X, que tratou "Dos crimes contra a segurança da pessoa e vida" (arts. 294/314). Também não estabeleceu atenuante genérica relacionada ao assunto, conforme se infere da leitura de seu art. 42, ou outro benefício qualquer.

Como escreveu Hungria (*op cit*, pág. 125), o Projeto Sá Pereira, no art. 130, nº IV, incluía entre as atenuantes genéricas a circunstância de haver o delinqüente cedido "à piedade, provocada por situação irremediável de sofrimento em que estivesse a vítima, e às súplicas", e, no art. 189, dispunha que "àquele que matou alguém nas condições precisas do art. 130, nº IV, descontar-se-á por metade a pena de prisão em que incorrer, podendo o juiz convertê-la em detenção". No Projeto da Subcomissão Legislativa (Sá Pereira, Evaristo de Moraes, Bulhões Pedreira), já não se contemplava expressamente o homicídio compassivo como *delictum exceptum*, mantendo-se, entretanto, a atenuante genérica que figurava no inc IV do art. 130 do Projeto anterior. Também o atual Código (Dec.-lei nº 2.848/40) não cuida explicitamente do crime por piedade.

As alterações introduzidas pelas Leis nºs 6.416/77 e 7.209/84 não trataram do assunto em questão.

Por sua vez, o Anteprojeto de Código Penal em estudo pela Comissão encarregada de propor mudanças na Parte Especial do Código em

vigor, ao tratar do homicídio no art. 121, dispõe no § 3<sup>o</sup>: "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 pedida 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". Já no § 4<sup>o</sup> estabelece: "Não constitui crime deixar de manter a vida de alguém por meio artificial, se previamente atestada por dois médicos a morte como iminente e inevitável, e desde que haja consentimento do paciente ou, em sua impossibilidade, de cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão" Regula, assim, a eutanásia e a ortotanásia, respectivamente.

### 4. Ligeiras reflexões

Conforme o Anteprojeto, a eutanásia será crime comissivo, punido de maneira mais branda se comparado às outras modalidades ilícitas precedentes na ordem de disposição do artigo em que figura, e até mesmo em relação ao crime de lesão corporal seguida de morte (art. 128, § 4<sup>o</sup>). A proposta não isenta a eutanásia de pena, como fizeram no passado os Códigos da Rússia, Noruega e Peru, entre outros. Em consideração ao motivo, entretanto, ela será atenuada.

Pelo texto, trata-se de um homicídio por compaixão, praticado por cônjuge, companheiro, ascendente, descendente, irmão ou pessoa ligada por estreitos laços de afeição à vítima, a pedido desta, desde que imputável e maior de dezoito anos, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável, em razão de doença grave e em estado terminal, devidamente diagnosticados. Ausente uma destas circunstâncias, ao invés de eutanásia cuidar-se-á de homicídio, simples, qualificado ou privilegiado, dependendo da particular situação, decorrendo daí várias implicações, notadamente no campo da dosimetria da pena e regime de seu cumprimento.

A eutanásia será punida com pena de reclusão, de dois a cinco anos. Diante de um caso concreto, como a violência à pessoa é implícita na execução do ilícito, não será possível a substituição da pena aplicada por restritivas de direitos (art. 44, I, do CP, com a redação da Lei nº 9.714/98), ainda que fixada no mínimo abstratamente previsto. Entretanto, se primário e de bons antecedentes, de regra o condenado iniciará o cumprimento no regime aberto, podendo beneficiar-se com o *sursts*. Se estabelecida a reprimenda em quantidade superior a dois e não superior a quatro anos, sendo maior de setenta anos de idade, ou se razões de saúde justificarem, poderá beneficiar-se com a suspensão da pena, nos termos do § 2<sup>o</sup> do art. 77 do CP.

Ocorrendo tentativa de eutanásia será possível, desde que presentes os requisitos de ordem subjetiva, a suspensão condicional do processo regulada pelo art. 89 da Lei nº 9.099/95, com todas as vantagens inerentes.

Crime doloso contra a vida será julgado pelo Tribunal do Júri conforme interpretação extensiva que se dará ao art. 74, § 1º, do CPP, que não faz referência ao § 3º do art. 121, inexistente na legislação ainda em vigor.

A ortotanásia, prevista no § 4º do art. 121 do Anteprojeto, a nosso ver apresenta-se inapropriada, distante da realidade cultural pátria.

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

Poder-se-ia cogitar, à primeira vista, de típico caso de crime comissivo por omissão (crime de resultado que só pode ser praticado por certas pessoas, chamadas garantes, que por lei têm o dever de impedir o resultado e a obrigação de proteção e vigilância em relação a alguém), em que os médicos, pelo comportamento anterior (receber o paciente para tratamento), teriam assumido a responsabilidade de impedir o resultado extremo, dentro dos limites da ciência moderna, e acabaram por tomar caminho diverso. De se observar, entretanto, que a proposta não cuida de conduta própria, não exige que a ortotanásia seja praticada por dois médicos. Exige apenas que eles atestem previamente, em conjunto ou separado, a morte como iminente e inevitável. Deixar de manter a vida de alguém por meio artificial não será comportamento exclusivo dos médicos atestadores da situação extrema, podendo qualquer pessoa o fazer.

Aliás, é evidente que se a ortotanásia foi praticada por um médico não poderá ser ele um dos subscriptores do atestado, que é o documento autorizador. Também é óbvio que a iminência e inevitabilidade da morte só podem ser atestadas previamente.

Quadra ressaltar, por oportuno, que não se trata de caso em que tenha ocorrido a morte cerebral do paciente que permanece vivo "por aparelhos", já que o dispositivo fala em "deixar de manter a vida de alguém, se previamente atestada, por dois médicos, a morte como iminente e inevitável". Portanto, não ocorreu morte cerebral. O momento último da vida apenas se aproxima na visão médica. Haverá certa probabilidade da morte que se apresentará como iminente e inevitável.

Ainda que se admita em um determinado caso que a morte é certa, porquanto atestada por dois médicos como iminente e inevitável, consi-

derando que iminente é aquilo que está já no momento de ser realizado, não vejo motivos para a intervenção humana naquilo que nunca lhe coube determinar, por princípios vários, por questão de bom senso e pela impossibilidade de existir um verdadeiro Direito fundamentador.

De se salientar, ainda, que a ortotanásia não seria praticada por compaixão, para abreviar sofrimento físico insuportável, em razão de doença grave e em estado terminal.

A meu ver, aquele que mata nos termos do § 4º do art. 121 do Anteprojeto não é menos homicida que aquele que o faz em conformidade com o § 3º do mesmo dispositivo, e ambos, na essência, não se diferenciam dos que se amoldam ao *caput* do art. 121 do CP. Na verdade, muitas vezes estará praticando homicídio qualificado, pois na impossibilidade de colher-se o consentimento do paciente/vítima é possível a prática extrema com a autorização de cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão, e poderá estar ocorrendo paga ou promessa de recompensa, ou outro motivo torpe; motivo fútil, ou emprego de asfixia ou outro meio insidioso, hipóteses que se nos afiguram de mais fácil verificação.

Se aprovada, a previsão violará regras morais, religiosas e legais, notadamente o art. 5º, *caput*, da CF, que determina que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida.

Saudável ou cometido de doença grave, e nesta hipótese, ainda que em situação extrema, não há como se estabelecer distinção ou fundamento de qualquer natureza que legitime e autorize a terminação voluntária e dolosa da vida de alguém, praticada por outrem, sem esbarrar na regra constitucional.

O certo é que, a exemplo do que redigiu no art. 127, III, do Anteprojeto, mais uma vez a Comissão revelou suas tendências eugênicas relacionadas aquilo que os alemães e americanos denominaram no passado de higienização da raça.

### 5. Crítica

O trabalho de Binding e Hoche conclui que a eutanásia visa cortar a dor humana e melhorar a espécie, mediante a eliminação dos menos aptos.

Quer nos parecer, entretanto, que a vida das pessoas infelizmente acometidas de moléstias graves e que por um determinado instante possam estar mais próximas da morte do que nunca antes, não perdeu a qualidade de bem jurídico constitucionalmente tutelado.

Conforme assinalou Asúa, três interrogações se erguem entre nós, repassadas de inquietações: 1) É tão intolerável a dor que seja preciso fazê-la calar com a morte e tão espantosa a agonia que se imponha o seu

aceleramento?; 2) Pode-se decidir de um modo irrevogável a incurabilidade de um doente?; e, 3) O critério da inutilidade autoriza a eliminação? Respostas: 1) Não podemos confiar à dor a influência decisiva de determinar a eutanásia. A medicina moderna não está demarcada perante as dores mais agudas. O risco em razão da suportabilidade ou não dos pacientes é grande. 2) A incurabilidade é um dos conceitos mais duvidosos. Prolongar a vida é vivê-la. Para estas situações, em que a morte não é imediata, a eutanásia não deve ser praticada, ainda que a enfermidade continue a destruir o organismo e acabe por fim com a existência. 3) Motivar o extermínio pela inutilidade é o extremo da insensibilidade moral. É preciso organizar na vida uma concepção ética da qual o Positivismo e o Idealismo se achem de acordo.

A ortotanásia não passa de um artifício homicida; expediente desprovido de razões lógicas e violador da Constituição Federal, mero desejo de dar ao homem, pelo próprio homem, a possibilidade de uma decisão que nunca lhe pertenceu. Assim, não pode ser considerado lícito o homicídio praticado nas circunstâncias estabelecidas no § 4º do art. 121 do Anteprojeto.

Conforme os ensinamentos de Arturo Santoro: "*Il diritto alla vita è indisponibile da parte del titolare; dimodochè, il consenso alla propria soppressione, prestata ad altri dal l'avente diritto, non elimina l'antigiuridicità del fatto*" ("*Manuale di Diritto Penale*", Torino, 1968, *Unione Topografico-Editrice Torinese* - UEI, v. V, pág. 117).

O consentimento do paciente-vítima não legitima o homicídio

Eventual direito de morrer que possa passar pela mente atormentada do que padece não legitima nenhum direito de matar

#### 6. Conclusão

A eutanásia e a ortotanásia não encontram fundamento nos princípios sociais e morais, tanto que o Anteprojeto cuida do homicídio praticado por motivo de relevante valor social ou moral no § 2º do art. 121, e delas em dispositivos outros (§§ 3º e 4º)

A modernização legislativa pretendida também contrariaria mandamento religioso e o art. 5º, *caput*, da CF, conforme acima mencionado.

Bento de Faria ("*Código Penal brasileiro comentado*", Rio de Janeiro: Récor, 1959, v. IV, pág. 14), apoiando-se nos ensinamentos de Nelson Hungria (*op cit.*, pág. 117), escreveu em sua obra que o sofrimento é o preço da perfeição moral, é o tributo de peagem na peregrinação do homem pelo mundo

A licença para o homicídio eutanásico deve ser repelida, principalmente, em nome do direito

Defendê-la é, sem mais nem menos, fazer apologia de um crime

Não desmoralizemos a civilização contemporânea com o preconício do homicídio. Uma existência humana, embora irremissivelmente empolgada pela dor e socialmente inútil, é sagrada.

A vida de um homem até o seu último momento é uma contribuição para a harmonia suprema do Universo e nenhum artifício humano, por isso mesmo, deve truncá-la.

A abnegação para assistir a enfermos repugnantes, a compaixão pelos nossos próximos doentes, a simpatia por toda a criatura viva, são valores altamente úteis, aos quais não devemos renunciar. Por tudo isto, é forçoso concluir, como exclamou Morselli: "Não nos desmoralizemos!"