

DOCTRINA

O PROBLEMA DO CONSENTIMENTO DO OFENDIDO E A EUTANASIA — A ILICITUDE DO SUICÍDIO — A IMPORTANCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES E O CRIME DE HOMICÍDIO

ADRIANO MARREY

Des. do Trib. de Justiça de São Paulo

Em estudo acêrca do "Problema Penal da Eutanasia", assinalou o ilustre mestre espanhol Cuello Callon, que uma série de retumbantes processos criminais, os mais das vêzes encerrados com a espetacular absolvição dos inculpados, apaixonara a opinião pública, em numerosos países. E a imprensa, que freqüentemente nêles vira matéria para noticiário sensacionalista, havia narrado, com não oculta simpatia, como disse, "o gesto homicida dos que, por presumidos motivos de piedade e compaixão, puzeram têrmo, com a morte, a terríveis padecimentos de pacientes acometidos de moléstias incuráveis e dolorosas".

A referênciã a "clamorosas absolvições" de criaturas que mataram ao próprio pai, ou a sua progenitora, doentes desenganados, de câncer; ou a um reputado médico americano, que de sua própria iniciativa e por piedade, injetou nas veias de uma cliente cancerosa, que se extinguia entre dores atrozes, certa quantidade de ar, ocasionando-lhe a morte, sendo depois absolvido entre gritos entusiásticos, de solidariedade; e o caso de certo músico, que eliminou com um tiro na nuca a sua própria filha, paralítica, — ilustra como se manifestaram, em especial nos Estados Unidos, onde todos êsses acontecimentos se desenrolaram, os órgãos judiciários e o sentimento público.

Na Itália, em 1951, segundo disse Callon, pela primeira vez enfrentaram os tribunais um caso de homicídio eutanásico, vindo seu autor, que matara, sob pedido, a espôsa, enferma e tomada de sofrimentos indizíveis, a ser condenado a uma pena de 6 anos de reclusão, como autor de homicídio doloso. A opinião pública, porém, considerando excessiva a punição, mostrara-se particularmente irritada com êsse veredito. Êsse caso, segundo parece, teve seu desfêcho em 1953, segundo o noticiário da imprensa, de que conservo recorte da época, salientando que o Tribunal de Roma, chamado a pronunciarse a respeito, dera tratamento especial ao réu, sufragando a côrte

de justiça a noção de que o homicídio consentido (e não doloso, de que acusado aquêlé) devia conferir ao mesmo uma situação privilegiada.

Na América do Sul, ao que conta o Professor de Medicina Legal chileno Mac Yver, já se verificou homicídio piedoso, para libertar a vítima de dores por queimaduras. Foi o caso de um cadete da Escola Militar do Chile, que, de volta, com os colegas, de uma visita a Buenos Aires, ficara prêso, em virtude de desastre ocorrido com o trem que os transportava, entre os destroços da composição. Não podendo dali ser retirado, nem ser salvo das chamas do incêndio que sobreveio, pediu instantemente que o matassem. E quando o fogo já o alcançava, foi efetivamente morto com um tiro, por um dos seus chefes. Observou a propósito o Prof. Mac Yver que, não obstante o Código Penal de seu país não condescendesse com a idéia da eutanásia, ou morte piedosa, punindo-a como qualquer homicídio, nenhuma sanção se aplicara no caso descrito (apud Almeida Júnior, "Lições de Medicina Legal").

Tudo isso, então, fêz com que o mestre espanhol de início referido, observasse que as absolvições por êle mencionadas, e ainda numerosas outras, verificadas especialmente a partir do comêço dêste século, pareciam demonstrar que se reconhece, ou aparenta-se admitir que a eutanásia, praticada por motivos nobres, por compaixão ou sincera convicção profissional, "constitui um fato de acôrdo com a moral e, juridicamente, uma causa de justificação do homicídio ou, quando menos, uma causa de exclusão da culpabilidade".

Entretanto, é apenas aparentemente, e tão-só por sentimentalismo hàbilmente explorado, que os vereditos absolutórios proclamados dão a impressão de consagrar a aceitação da tese da possibilidade de dar-se morte a enfermos que se suponha incuráveis. Nem a moral nem a lei legitimam semelhante procedimento.

* * *

Os casos em aprêço são todos do chamado **homicídio eutanásico, compassivo ou piedoso**, pela circunstância do motivo por que cometido, visando o agente extinguir o sofrimento do ofendido. A eutanásia, ou seja, a "boa morte" ou "morte tranqüila" segundo o étimo grego, de que provem o vocábulo através do qual se exprime — define-se como a que dá alguém, a outrem, que sofre de moléstia tida por incurável ou muito penosa, para suprimir a agonia demasiadamente demorada ou dolorosa (Morselli). É ela conhecida também por **morte misericordiosa**; e o homicídio que com êsse propósito se cometa, igualmente se indica como **homicídio piedoso**. Quando o preceda o consentimento da vítima, ou tenha o homicida agido a instâncias desta, chama-se de **homicídio consensual**.

Corresponde êle, em verdade, a um antigo costume, que se assinalava nos povos primitivos e, em particular, nas tribus nômade, de eliminar os velhos e doentes, que as não pudessem acompanhar em suas caminhadas em busca de alimento. Entre os militares, então, escreveu Ingenieros, tinha justificativas legítimas, pois, a extensão territorial a percorrer, a ausência de povoados e a falta de meios de transporte, mostravam a inutilidade de trasladar a grandes distâncias os enfermos e feridos, que, por seu estado, se consideravam moribundos. Abandoná-los no deserto, à sanha das feras ou aves de rapina, ou aumentar seus sofrimentos inútilmente, não era compreensível. Daí pedirem os soldados aos companheiros que os "despenassem", dizendo aquêlé sociólogo e jurista que "os parentes do morto nessas condições costumavam receber a notícia através do próprio executor, agradecendo-lhes profundamente a piedade de não o abandonar, moribundo, no deserto". Êsse costume, na América, seria, ao que asseverou ainda o mesmo escritor, comum na antiga população rural argentina, embora sempre aplicado a feridos ou vítimas de acidentes graves, raras vêzes incidindo em caso de moléstia crônica.

A evolução, porém, e os séculos de civilização cristã, não mais se conformam com tais soluções, que ferem profundamente os sentimentos comuns, formados no respeito da lei de Deus, cujo mandamento dispõe — "não matarás". Ora, a eutanásia infringe a êsse preceito e não se dá conta da santidade da vida. Por isso mesmo, em alocação feita em 1945, a um grupo de médicos, lembrou Sua Santidade o Papa Pio XII que todo médico "digno de sua profissão... deverá repelir qualquer sugestão no sentido de destruir a vida, mesmo quando pareça frágil ou humanamente inútil. Êle sabe que um homem, a menos que seja réu de crime pelo qual se haja feito merecedor da pena de morte, tem uma vida de que somente Deus pode dispor e ninguém mais com poder terreno". Nenhum ordenamento jurídico, que não seja inspirado em cru materialismo, accita o homicídio por alegado motivo piedoso como justificado. E Cuello Callon observa ter "a doutrina eutanásica um íntimo sentido anti-cristão, só tendo logrado prosperar no tempo e naqueles países em que o cristianismo deixou de ser o mentor e guia". Em certa época de dominação de um sistema totalitário, pretendeu-se na Alemanha, com fundamento em preocupações de higienização racial, erigir em necessidade social a eliminação de sêres inúteis, inclusive aquêles a que se chamou de "mortos espirituais", ou seja, aos idiotas sem remissão. Noutros países, admite-se o consentimento do paciente constituir causa de impunidade de quem se preste a apressar-lhe a morte. Assim, nos Códigos penais do Uruguai e da Colômbia, em que se faculta aos juizes eximir de pena aos que pratiquem homicídio por piedade, mediante súplica reiterada da vítima (Uruguai), com o fim de ace-

lerar a morte iminente ou pôr fim a graves padecimentos ou lesões corporais reputadas incuráveis (Colômbia).

O Código Penal brasileiro não reconhece a impunibilidade do homicídio eutanásico, precedido, ou não, do consentimento do ofendido. Apenas a consideração do **motivo**, de relevante valor moral ou social, permite se invoque em favor do homicida, em circunstâncias como as já mencionadas, o critério previsto pelo legislador no art. 121, § 1.º, para o efeito do crime ser tido como um **homicidium privilegiatum**, ou **delictum exceptum**, recebendo benigno tratamento o delinqüente. A essa hipótese se refere especialmente a Exposição de Motivos”, do Código Penal, mostrando que — “por motivo de relevante valor social ou moral” entendeu-se “significar o motivo que, em si mesmo, é aprovado pela moral prática, como, por exemplo, a compaixão ante o irremediável sofrimento da vítima (caso do homicídio eutanásico)” — item 3.

Não eximindo de culpa, embora permita a aplicação de pena minorada, está portanto o Código Penal brasileiro proibindo o homicídio eutanásico. Se bem não deixe de atribuir ao criminoso uma causa de especial atenuação da pena, não quis o legislador transigir com o princípio segundo o qual o homem é coisa sagrada, para o homem. **Homo res homini sacra**. Escreveu a propósito Nelson Hungria que — “A supressão dos momentos da vida que restam ao moribundo é crime de homicídio, pois a vida não deixa de ser respeitável mesmo quando convertida num drama pungente e esteja próxima de seu fim. O ser humano, ainda que irremediavelmente apuado pela dor ou minado por incurável mal físico, não pode ser equiparado à rês pestilenta ou estropiada que o campeiro abate” (V. “Ortotanasia ou eutanasia por omissão”).

Quando, porém, o homicídio praticado por sentimento dessa natureza, de misericórdia ante o penar do doente, seja precedido do consentimento ou até mesmo da imploração do ofendido, insere-se no problema a questão de saber-se como, e de que forma influiria aquela anuência na responsabilidade do homicida.

O Código Penal brasileiro é, a respeito, de todo omisso, ao contrário do que sucede com a codificação italiana, em cujo art. 50 se dispõe — “não é punível quem lesa ou põe em risco o direito de alguém, quando o faz com o consentimento de pessoa que dêle possa válidamente dispor”. No projeto Alcântara Machado previa-se igualmente um dispositivo semelhante, no sentido de que — “também não será passível de pena quem praticar uma ação ou omissão com o consentimento do ofendido, quando o objeto do crime fôr um bem ou um interêsse jurídico de que o respectivo titular possa válidamente dispor” (art. 15, n.º I, do aludido projeto). Não logrou, porém, êsse dispositivo ser acolhido no texto definitivo, pois, desde logo eminentes juristas o reputaram **inútil**, dizendo mesmo Costa e Silva que

serviria êle “tão-só como ornamento vistoso, mas falta de tôda valia para o código”. Por seu turno, mostrou Hungria que seria o mesmo “supérfluo”. Realmente, se o não consentimento do ofendido, em determinados crimes, é **elemento constitutivo** dêles (v. g., no crime de violação de domicílio, art. 150 do Código Penal), torna-se claro que se houver consentimento de quem de direito, para a ação que do contrário seria incriminada, — o que exclui a injuridicidade e torna a mesma ação não punível criminalmente, não é propriamente o consentimento senão o fato dela **não se enquadrar na figura delituosa descrita na lei penal**. O que descrimina a ação é a **não ocorrência de elemento essencial**, do crime. Êste é que não se verifica, por ausência de um dos seus elementos — que era precisamente o dissenso da parte ofendida — não se ajustando mais ao molde legal. Diz então Hungria — “é meridianamente claro que se não pode reconhecer a criminalidade de um fato que carece de uma das condições **sine quibus** de sua qualificação legal como crime. O axioma não precisava ser trazido para o texto da lei”. O consentimento do ofendido não é, pois, o que exclui a ilicitude do bem jurídico protegido pela lei penal, senão quando — diz Paoli, cit. por Hungria — “senão quando esta assim o disponha, e isso em razão do interêsse público, sempre direto e imediato, que a lastreia”.

* * *

A vontade do titular do direito legalmente protegido, tanto na forma positiva, do consentimento, como na negativa, do dissenso, ou discordância, tem relevante função no direito penal. Embora o direito penal não proteja os direitos individuais por si mesmos, senão enquanto coincidentes com o interêsse público (Hungria), faz o legislador, porém, em certos casos a existência do crime dependente do dissenso do sujeito passivo. Assim, no crime de violação de domicílio, pressupondo que a entrada, ou permanência, na casa alheia, se faça clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa, ou tácita, de quem de direito. Em geral, nos delitos patrimoniais, e naqueles em que o constrangimento (arts. 146 a 149 do Código Penal), o engano e a violência são elementos constitutivos, o não consentimento da vítima, o fato deixa de ser conforme à figura típica legal. Quando a pessoa a quem se tira a coisa consente no procedimento do agente, ou entrega espontaneamente o que o mesmo dela quis, não há falar-se em furto. Se há consentimento de quem de direito, deixa de configurar-se o delito de introdução ou abandono de animais em propriedade alheia (art. 164 do Código Penal). O fato não deixa de ser antijurídico, mas, desaparece a sua tipicidade, ou adequação típica, à figura penal prevista na lei.

Não tem, porém, o consentimento eficácia alguma nos crimes que violem os interesses do próprio Estado, ou ofendam a um número indeterminado de pessoas (crimes contra a incolumidade pública, contra a economia pública ou contra os costumes) e nos crimes contra a família, dado que, como explica Antolisei, nesse tocante a tutela jurídica não se destina a satisfazer tão-só os interesses do indivíduo, mas, sobretudo os do grupo familiar, através do qual o Estado tende a proteger os interesses coletivos. Em conseqüência, o consentimento do marido, a que pratique adultério sua mulher, não exclui a ilicitude do ato, nem a existência do crime, embora somente o cônjuge traído possa agir, mediante queixa-crime, contra o adúltero.

A razão está em que uns direitos são como que adquiridos e, portanto, tangíveis e renunciáveis (os patrimoniais, por ex.), ao passo que outros, ou porque transcendam ao interesse individual ou porque inatos, se tornam intangíveis e inalienáveis. O direito à vida e à integridade física, é indisponível, não só porque considerada divina a centelha vital, advinda de Deus e devendo ser conservada segundo os desígnios do Senhor da vida e da morte, ofendendo pois ao sentimento ético-jurídico a sua disposição ao livre alvedrio do indivíduo, como pela razão de que a integridade física é essencial a fim de que possa cada qual cumprir seus deveres para com a família e a sociedade. O conceito da disponibilidade dos direitos, mostra Battaglini, deve ser procurado fora do direito penal, no ordenamento jurídico geral, encontrando os juristas italianos no art. 5.º do Código Civil de sua pátria, a diretriz para a distinção que fazem. Diz êsse dispositivo — “são proibidos os atos de disposição do próprio corpo, quando ocasionem uma diminuição permanente da integridade física ou quando contrários às leis, à ordem pública e aos bons costumes”. Por aí se vê que a vida não é, nem poderia ser tida por disponível, como bem indispensável, que é, ao exercício de todos os demais direitos. A disponibilidade, segundo o dispositivo legal citado, ficou circunscrita aos atos que não acarretem um prejuízo permanente à integridade física, nem sejam contrários às demais leis, à ordem pública ou aos bons costumes. Nessa conformidade, observa Antolisei, deve-se ter por eficaz o consentimento para a prática de atos como a transfusão de sangue, o corte de cabelos e da barba, a transplantação de pedaços de pele, para enxertos cutâneos, etc. Mas, não podem ser admitidas as transplantações de órgãos, etc.

Vai daí, que o consentimento do ofendido, no homicídio eutanásico, não pode ter qualquer eficácia, como justificativa penal, para exclusão da responsabilidade do autor do crime. O Código Penal italiano cogitou do homicídio consensual no art. 579 estabelecendo que quem mate a outrem, com o seu consentimento, seja punido com reclusão, por 6 a 15 anos. A pena já aí está atenuada, fixando-a o

legislador para que não se permita a absolvição dos réus, nesse caso. O consentimento não é, pois, causa justificativa do crime e não exclui a sua antijuridicidade. Razão tem Adolfo Prins ao afirmar que “num sistema jurídico em que a lei penal é de ordem pública e em que a pena é imposta em nome de toda a sociedade e mediante acusação a cargo do Ministério Público, seu representante, não seria possível derogar por convenções particulares as leis de ordem pública” (apud Asúa). Quando o consentimento da parte se comprova, deixa de haver crime, não porque a ação se torne justificada, mas pela circunstância já assinalada, de que o delito não chega a configurar-se por falta de um dos seus elementos característicos, elemento normativo do tipo penal (Asúa).

E não conviria admitir o consentimento do ofendido, como justificativo do homicídio, porque a idéia da incurabilidade da moléstia decorre muitas vezes da precariedade do tratamento ou da deficiência do prognóstico médico. Aliás, o conceito de incurabilidade é muito inseguro, pois, depende evidentemente não só da capacidade do médico, na apuração das possibilidades de cura, como dos recursos da ciência médica, de que possa lançar mão. Há moléstias que até há pouco tempo eram tidas por incuráveis, e atualmente já são debeladas, entre elas, a lepra. Outras, próximamente também poderão ser curadas. E que dizer dos erros de diagnóstico? Lembra Asúa, ter um médico americano calculado em 50%, segundo os dados estatísticos obtidos através de autópsias feitas, a proporção do erro dessa natureza. O mesmo é referido por Hungria, citando o Professor Cabot, dos Estados Unidos, que “nos apresenta uma estatística verdadeiramente alarmante: há uma proporção de 40% de erro nos diagnósticos. Segundo pôde êle averiguar, de três mil cadáveres autopsiados, uma boa metade era de pessoas cuja vida cessara porque os médicos não atinaram com o seu verdadeiro mal. Tem-se visto, e não raramente, enfermos se reabilitarem de aparente coma agônico, ou voltarem do estado de pseudo-vida artificial para o de vida ou saúde normal”. Ante essa possibilidade de erro, acrescentou então Asúa, “sinto-me amedrontado e repilo a eutanásia como fórmula que haja de ser contemplada oficialmente nos Códigos. Não se deve permitir, portanto, o reconhecimento expresso, e de modo geral, da impunidade do que mata a outrem por piedade ou por motivo de sua solicitação”.

Seria, além disso, de ponderar-se se válido o consentimento de quem, sob dores atrozes, que o invadem, manifesta semelhante vontade (Hungria). E, outrossim, poderia o consentimento dado decorrer de situações criadas em torno da vítima, pelo agente — devendo, entretanto, mesmo nas legislações que admitem o perdão legal no caso do homicídio eutanásico, ser a vontade do ofendido livremente manifestada, e de modo espontâneo, anteriormente sempre à ação

tida por punível. O consentimento não deve, pois, ser admitido sequer — e de modo geral — como causa de atenuação da pena, porque pode originar-se de constrangimento do agente, dificilmente comprovável na ordem prática.

Não legitima, pois, o homicídio o consentimento da vítima, tanto mais que êle, nessa hipótese, viria deixar impune a cooperação e até a instigação ao **suicídio**, em que o agente pode estar animado de propósitos egoístas e desonestos, como por xemplo, o de participar de uma herança, sendo êsse ato um crime previsto na lei penal. No direito penal brasileiro constitui mesmo objeto da previsão contida no art. 122 do Código. Os juristas da escola positiva referem-se a um “direito a morrer” e supõem seja o suicídio penalmente indiferente, donde concluírem pela disponibilidade da vida humana. Mas, não é acertada sua orientação. O suicídio não é geralmente punido, pela só razão de ter-se por odiosa a pena em relação à memória do morto, atingindo moralmente, ao menos, quando não materialmente (como nas legislações antigas, que prescreviam o confisco de seus bens) a inocentes, que são os parentes do suicida. E seria a pena inoperante em relação ao que tenha tentado morrer, pois, no seu espírito o que o levou a superar o instinto da sobrevivência não deixaria atuar o império da pena frustrada. Pelo contrário, o induziria a precaver-se mais, aperfeiçoando o meio de morte, para impedir que, o evento desejado não se realizando, sofra a humilhação do castigo penal.

* * *

Não obstante, o homicídio consentido deve ser punido com pena mais branda — não em razão do consentimento do ofendido, mas, por causa do MOTIVO dêle determinante, de relevante valor social e moral. O direito penal moderno gira em tórno dos móveis e tem como ponto de decisiva importância a consideração dos **motivos determinantes**, ou seja, dos atos psíquicos — sentimentos e idéias — que precedem e determinam tanto a vontade como a intenção. No art. 42 do Código Penal determina o legislador tome o juiz em conta na aplicação da pena o motivo determinante, que aqui se confunde com o escopo, ou seja, o fim buscado pelo agente. Se fôr nobre e de relevante valor social ou moral, atenuará especialmente a pena. As agravantes e atenuantes são frequentemente elementos subjetivos, que aderem ao motivo determinante ou são elas próprias outros motivos do crime (motivo fútil, motivo torpe, etc.). Os motivos colaboram na elaboração do propósito de agir, mas, segundo o entendimento da lei, não tiram o contróle do indivíduo, nem lhes suprimem a **vontade**. Não atuam em quantidade, em intensidade, mas, como qualidade, imprimindo uma côr moral ou imóvel, um sentido jurídico ou injurídico, às ações ou omissões. Êles qualificam a vontade, mas não

lhes dão diretrizes nem eliminam no agente o poder de determinar-se. De modo que se o agente quis o resultado, como antijurídico, os motivos determinantes, que sômente nos têrmos expressos da lei poderiam excluir o crime, não o livram da imputação de sua prática, a título de dolo. O art. 146, § 3.º, ns. I e II, do Código Penal oferece exemplo característico do desaparecimento do crime em face do motivo, social ou moral, ou seja da utilidade dos motivos determinantes. No exemplo dado, o motivo que informe o agente faz desaparecer o crime de constrangimento. Também nos arts. 153 e 154 referindo-se aos crimes de “divulgação de segredo” e de “violação de segredo profissional”, a consideração da justa causa exclui a configuração do delito. Justa causa quer dizer a ocorrência de motivo justo, lícito, social. Nos crimes contra a vida e a integridade física, porém, deixou o legislador expressamente assente que os motivos sômente **atenuam** a pena, embora nesse sentido atuem êles de modo especial (arts. 121, § 1.º e 129, § 4.º do Código Penal).

Não se pode dizer que tão-só nesses casos quis a lei que os motivos tivessem influência. Há muitos outros crimes que desaparecem em face dos motivos. Mas o legislador não quis que os motivos, por mais relevantes, anulassem as infrações contra a vida e a integridade corpórea. Não anulam, realmente, embora tenham marcada influência no cômputo da responsabilidade do agente. Em razão dêles recebe o próprio crime de homicídio o nome de homicídio excepcional — **homicidium exceptum**. De qualquer forma, a influência dos motivos determinantes não é tal que elimine o dolo, ou exclua nesses casos o crime.

BIBLIOGRAFIA

- Cuello Callon — “Tres temas penales”.
Ingenieros — “A Piedade Homicida”, cap. do livro “A Humanidade e seus problemas sociais”, enfeixando vários estudos.
Antolisei — “Manuale di Dir. Penale”, P. Esp. V. I.
Asua — “Trat. de Derecho Penal”, vol. 4.º, pág. 595, “Problemas de Derecho Penal”.
Nelson Hungria — “Ortotanasia ou eutanasia por omissão”, art. publicado na “Rev. dos Tribunais”, V. 221, pág. 14.
Costa e Silva — “Código Penal”, V. I, pág. 381.
Leonídio Ribeiro — “O Nôvo Código Penal e a Med. Legal”.
Almeida Júnior — “Lições de Medicina Legal”.