

Eutanásia - aspectos jurídicos

Dr. Sérgio Henrique Cordeiro Caldas Fernandes\*

"... de tal forma que não duvido ser verdadeiro o que disse o maior dos poetas: 'pequena é a parte da vida que vivemos'. Pois todo o restante não é vida, mas tempo". Sêneca (*Sobre a Brevidade da Vida*)

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Eutanásia. 3 A abordagem no direito norte-americano. 4 A abordagem no direito europeu. 5 A abordagem no direito brasileiro. 6 Conclusão. 7 Referências bibliográficas.

### 1 Introdução

O presente trabalho busca analisar a questão da criminalização da eutanásia e do suicídio assistido, pela ótica do direito constitucional e criminal.

### 2 Eutanásia

A palavra *eutanásia* vem do grego - *éu* (boa) e *thanatus* (morte) - indica a interrupção voluntária da vida de um pessoa, em estado terminal, com o consentimento da vítima e com o fim nobre de fazer cessar uma condição humana dolorosa e indigna.

Referida eutanásia é chamada piedosa ou, no campo médico, terapêutica. No caso da eutanásia terapêutica *ativa*, ou *comissiva*, há uma conduta positiva do agente, o qual irá ministrar medicamentos, ou outras medidas terapêuticas, ao paciente terminal, visando aplacar seu sofrimento, o que acabará por acelerar sua morte, com este objetivo no caso da eutanásia *direta*, ou como efeito secundário do fim de aliviar a dor, no caso da eutanásia *indireta*, *pura* ou *genuína*. Por outra via, na eutanásia terapêutica passiva, o que auxiliará a morte do paciente será exatamente uma conduta omissiva em relação ao tratamento terapêutico que está a prolongar a vida do paciente, irreversivelmente comprometida.

Também há distinção entre a eutanásia e a ortotanásia e a distanásia. Com efeito, ensina Luiz Régis Prado<sup>1</sup> que a ortotanásia (do grego *orthos*, correto, *thanatus*, morte) assemelha-se à eutanásia passiva, mas dela se distingue, pois corresponde à supressão de cuidados ou práticas de reanimação do paciente que está em coma profundo e irreversível, ou em estado terminal ou vegetativo. Por sua vez, a distanásia (do grego *dys*, mau, anômalo, e *thanatus*, morte) refere-se ao prolongamento do curso natural da morte inevitável, por todos os meios existentes, sem observar o sofrimento a que o paciente possa ser submetido.

Há diferenciação, outrossim, entre o suicídio assistido, em que terceiro auxilia o paciente a morrer, e a eutanásia, na qual a conduta, omissiva ou comissiva, que levará à morte do doente, é praticada pelo terceiro.

Existem, ainda, a eutanásia econômico-social, que visa eliminar pessoas consideradas, por determinados grupos, sem valor vital, tais como doentes mentais, neonatos, anciãos, inválidos etc.; e a eutanásia eugênica, que

(\*) Juiz de Direito

<sup>1</sup> *Curso de Direito Penal V2* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 40.

objetiva a morte de pessoas com anomalias genéticas, sendo lato o conceito de anomalias. Essas nefastas práticas, muito utilizadas pelos nazistas, os quais proclamavam leis eliminacionistas, como a famigerada Lei de Proteção ao Sangue e à Honra, não são aceitas pelos Estados civilizados modernos.

### 3 A abordagem no direito norte-americano

Três casos emblemáticos julgados pela Suprema Corte dos Estados Unidos - *Washington v. Glucksberg* (1997), *Vacco v. Quill* (1997) e *Cruzan v. Director, Mo. Dept. of Health* (1990) - indicam o caminho que referida Casa está a tomar.

Com efeito, em *Cruzan v. Director, Missouri Dept. of Health*, a Suprema Corte americana, por maioria apertada, observando o tradicional princípio legal norte-americano de que a pessoa tem o direito de recusar o tratamento médico não procurado e, no caso, entendendo que a nutrição e a medicação eram realizadas através de uma máquina, reconheceu, a princípio, o direito de a pessoa recusar o tratamento médico de sustentação da vida.

Por sua vez, em *Vacco v. Quill*, ao analisar a legislação nova-iorquina que era contestada, em razão da alegação de que feriria o princípio da "equal protection", disposto na 14ª Emenda, o fato de a lei permitir que o paciente pudesse recusar o tratamento de sustentação da vida - "lifesaving medical treatment" -, porém não aceitar que se cometesse ou tentasse cometer o suicídio, entendeu a Suprema Corte que qualquer pessoa, se competente, poderia recusar o tratamento médico não procurado de sustentação da vida, mas a ninguém era permitido assistir um suicídio.

Posicionou-se a Corte americana que tanto em questão jurídica como médica, tradicionalmente, há distinção entre retirar os equipamentos médicos de suporte de vida e o suicídio assistido. A distinção, igualmente, comportaria a análise dos princípios legais de causa e intenção, lembrando que, se o tratamento é suspenso, morre o paciente em razão da patologia, enquanto, na ingestão de medicamentos letais, falece a pessoa em razão dos efeitos da droga.

Ademais, pelo entendimento majoritário da Corte em *Vacco v. Quill*, um médico que aceita a manifestação de vontade do paciente em recusar o tratamento, ou providencia um tratamento médico paliativo agressivo contra a dor, mesmo que possa acelerar a morte do paciente, tem intenções honradas. Todavia, o médico que assiste o suicídio deve, necessária e indubitavelmente, pretender primariamente que o paciente morra. Por conseqüência, no suicídio assistido, o médico sempre tem a intenção de matar o paciente, o que não ocorre necessariamente nas demais condutas.

Em *Vacco*, e mesmo em *Glucksberg*, a Suprema Corte declara que o direito do paciente em recusar o tratamento não é baseado em um eventual, geral e abstrato direito de acelerar a morte, mas apenas reitera os tradicionais direitos à integridade pessoal e liberdade de não ser submetido a tratamento não procurado. Por conseguinte, não seria arbitrária a distinção entre o suicídio assistido e a recusa de receber tratamento médico de sustentação vital.

Especificamente em *Washington v. Glucksberg*, foi questionada a proibição de estatuto legal de Washington referente a causar ou auxiliar o suicídio, aduzindo que tal ofenderia a 14ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos, a qual permitiria, segundo a interpretação de alguns médicos, a escolha pessoal de um adulto, competente, que fosse terminal, em propiciar o suicídio assistido.

A Suprema Corte volta a reafirmar a constitucionalidade da proibição de Washington, em votação capitaneada pelo *Chief Justice Rehnquist*, lembrando que em *Cruzan* não foi dada autorização para que o direito de recusar o tratamento médico não procurado transsubstanciasse em direito à assistência ao suicídio.

Por outro lado, reconhece a Corte que Washington tem um não-qualificado interesse em preservar a vida humana, declinando de fazer julgamentos sobre a qualidade de vida de um cidadão em particular, observando que o suicídio é um sério problema de saúde pública, tendo o Estado o interesse de prevenir o suicídio, estudando, identificando e tratando suas causas.

Relata o CJ Rehnquist em seu voto, sempre citando a Comissão de expertos New York Task Force, que a maioria dos que tentam o suicídio, sejam doentes terminais ou não, estão passando por quadro depressivo, que pode ser causado, inclusive, pela dor. Ademais, teria o Estado interesse em proteger grupos vulneráveis - pobres, incapazes e idosos - de abusos, negligência e erros, além de proteger pessoas debilitadas de coerção e pressão.

Na verdade, os argumentos versavam sobre a proibição do Estado de entrar na esfera privada, assim como não haver o tratamento discriminatório, fatos estes que atacariam a proteção equalitária e, especificamente, o princípio do *due process*, no caso relativo à 14ª Emenda, que estende os ditames constitucionais aos Estados, mas atingindo o *due process clause* da 5ª Emenda, relativa às ações federais.

Em *Cruzan*, por maioria, houve o reconhecimento de que uma pessoa mentalmente competente poderia recusar a medicação e nutrição de sustentação da vida, porém não indicou que a pessoa teria o "direito de morrer". Ademais, com *Vacco* e *Glucksberg*, a Suprema Corte deixou de estender os efeitos de *Cruzan* para as leis estaduais que proibissem o suicídio assistido, entendendo que referidas leis não violavam os princípios do *substantive due process* e *equal protection*.

Não obstante, como ensinam John Nowak e Ronald Rotunda, importantes questões foram deixadas em aberto, tais como: se há um direito constitucionalmente assegurado de um paciente terminal escolher, e de um médico providenciar, um tratamento médico que poderia aliviar a dor, mas que aceleraria a morte daquele, apesar de alguns *Justices* terem indicado ser este o caminho a seguir em futuras decisões.<sup>2</sup>

RONALD DWORKIN, na sua importante obra *O Domínio da Vida*,<sup>3</sup> critica o posicionamento dos Juizes Rehnquist e Scalia no caso *Cruzan*, entendendo a posição por estes esposada como concepções conservadoras, de índole religiosa, discutindo DWORKIN em que medida a eutanásia, em suas variadas formas - suicídio, assistência ao suicídio ou cancelamento de tratamentos médicos ou de suportes vitais - pode ser imoral, ainda que satisfaça os melhores interesses do paciente,<sup>4</sup> questionando, outrossim, o sentido da sacralidade da vida. Com efeito, indaga DWORKIN se o sentido da vida sempre será frustrado com a morte antecipada provocada pela intervenção humana. Se a resposta for positiva,<sup>5</sup> entendendo que a sacralidade da vida está ligada ao caminho natural que esta segue, sempre a eutanásia será considerada um engano à natureza, afetando o valor intrínseco da vida humana, ainda que tal seja do interesse do paciente. Porém, segundo DWORKIN, a idéia de que a vida humana é sagrada ou inviolável leva a interpretações diversas e conflitivas das que o uso religioso reconhece. Pode-se crer que o prolongamento da vida de um paciente terminal não ajuda a realizar, em suas palavras, "la maravilha natural de la vida humana y que los propositos naturales no se satisfacen cuando el plástico, los aspiradores y la química mantienen un corazón funcionando en un cuerpo sin vida y sin mente, un corazón que, por sí mismo, habría dejado de latir",<sup>6</sup> neste caso a eutanásia não frustra nem burla inevitavelmente a natureza, mas ao contrário poderia sustentar esse valor.

Deve-se, então, observar a diferença entre a pergunta de que atos ou eventos satisfazem os interesses de alguma criatura e a questão de que atos ou eventos respeitam a santidade da vida da mesma. Assim, aquele que crê na santidade da vida acreditaria que a vida há que se conduzir bem, para que seu mister seja levado a cabo. O problema é o que significa conduzir bem a vida, devendo ser inseridos os conceitos de integridade e qualidade de vida. Apontando DWORKIN<sup>6</sup> a diferenciação de valores de cada pessoa, pois fazer com que uma pessoa morra em uma forma aprovada por outros, mas que ele crê que é uma contradição horrorosa com sua própria vida, constitui uma devastadora e odiosa forma de tirania.

Questiona DWORKIN, inclusive, se, em casos de eutanásia ativa, quando médicos aplicam medicamentos para que o suplicante morra, a santidade da vida deveria ceder a outros interesses como a humanidade ou a compaixão:

<sup>2</sup> Constitucional law. St. Paul: West Group, 2000, p. 923.

<sup>3</sup> DWORKIN, Ronald. *El dominio de la vida*. Barcelona: Ariel, 1998, p. 279.

<sup>4</sup> Ob. cit., p. 279.

<sup>5</sup> Ob. cit., p. 281.

<sup>6</sup> Ob. cit., p. 284.

*una vez más, la pregunta crítica es si una sociedad decente elirá la coércion o la responsabilidad, si procurará impor a todos um juizo coletivo sobre o assunto de indole mais profundamente espiritual, ou se permitirá e pedirá a seus cidadãos que realizem por si mesmos os juizos transcendentais, definitórios de sua personalidade, sobre suas próprias vidas.<sup>7</sup>*

No âmbito criminal, por sua vez, o suicídio nas leis americanas não é punido, mas a assistência ao suicídio o é. Algumas jurisdições, como ensina ARNOLD LOEVY<sup>8</sup>, punem a assistência ao suicídio como um *common law crime*, outras punem através dos *statutes*, lembrando que a diferença entre a assistência ao suicídio e o homicídio é encontrada na participação do agente no ato final, ou seja, se há ajuda nos atos preparatórios, dando assistência ao suicida, como lhe entregando uma corda para que se enforque, configura-se a primeira conduta. Todavia, se participa o agente de atos executórios, como ajudar ao suicida a equilibrar-se para que coloque a corda pendente no pescoço, seria assassinato.

Existe o problema do princípio do duplo efeito, que se resume ao questionamento se a prática, aceita pela medicina, de providenciar medicação para um doente terminal, que aliviará a sua dor, mas também acelerará sua morte, é criminalmente justificada. WILLIAM LOCKHART<sup>9</sup> cita dois professores, Norman Cantor e George Thomas, que entendem que a justificação não é automática. Assim, em face do *Model Penal Code*, se houvesse consciência dos médicos de que era praticamente certo que aquela medicação traria outro resultado, seriam eles criminalmente responsáveis pelo homicídio. Do mesmo modo seriam os médicos responsáveis criminalmente, em razão de agirem culposamente, se houvesse alta probabilidade de que o resultado morte ocorresse.

O caso do Dr. Kevorkian, que foi condenado por homicídio em segundo grau, é interessante, na medida em que o mesmo não foi condenado por assistência ao suicídio em razão de suas vítimas não terem o controle do ato.

#### 4 A abordagem no direito europeu

No direito italiano há uma forte corrente que aceita a eutanásia passiva consensual em razão de dispositivo constitucional, segundo o qual ninguém pode ser obrigado a se submeter a determinado tratamento de saúde, se não houver disposição legal. Por conseguinte, alguns autores entendem, como indica SILVIA AMATI<sup>10</sup>, que, se a pessoa exerce o seu direito de não se curar, está a mesma sustentada em preceito constitucional que, em última análise, reconhece a liberdade de morrer. Não obstante, a doutrina prevalente na Itália segue no sentido de que o direito de deixar morrer não coincide com o direito de morrer, mas se trata de um limitado direito de não se curar, ou seja, há um direito de o paciente não resistir a um processo natural, sem intervenção de terceiros, que o levará a morte.

O questionamento sobre o direito de morrer com dignidade, que seria melhor expresso no de viver com dignidade, relacionado a casos de doentes terminais, máxime os afligidos por dores terríveis, é normalmente remetido à análise do Código Penal italiano, o qual, igualmente, leva a discussões.

Com efeito, parte da doutrina peninsular entende que o preceito inscrito no Código Penal italiano, art. 50, versando sobre não ser punido quem deixa ou coloca em perigo um direito com o consento da pessoa que pode dele validamente dispor, criaria uma discriminante, inspirada no antigo brocardo *volenti et conscienti non fit iniuria*, que excluiria o crime, pois afastaria a ilicitude da conduta.

Por conseguinte, seria lícito ao titular de um bem jurídico renunciar à conservação deste bem, mormente observando o direito à vida com qualidade e a integridade psicofísica do indivíduo. Obviamente, tal assertiva só será considerada se forem a vida e a integridade física consideradas bens disponíveis.

<sup>7</sup> DWORKIN, Ronald. *El dominio de la vida*. Barcelona: Ariel, 1998, p. 282.

<sup>8</sup> Criminal law. St. Paul: West Group, 2000, p. 36.

<sup>9</sup> Criminal law. St. Paul: West Group, 1999, p. 50.

<sup>10</sup> www.diritto.com.it

Todavia, FIANDACA e MUSCO<sup>11</sup> ensinam que a vida é um bem indisponível e, portanto, podemos concluir que o consento, neste caso, é privado de eficácia discriminante. Com efeito, os arts. 579 e 580 do CP italiano punem o homicídio *del consenziente* e a instigação ao suicídio, em que, no primeiro caso, o consento não serve como discriminante, mas apenas como uma atenuação.

Aliás, GIORGIO BERTI<sup>12</sup> declara:

*Anche il diritto alla salute, e prima di questo il diritto alla vita, non è rinunciabile e non è riducibile neppure da parte del singolo con iniziative personali.*

Em Portugal, por sua vez, a prática de eutanásia ativa é prevista como homicídio privilegiado (art. 133 do Código Penal), não sendo punida a eutanásia por omissão, entendendo MAIA GONÇALVES<sup>13</sup> que nem a Igreja Católica, observando a declaração da Congregação para a Doutrina da Fé - exarada em maio de 1980, e aprovada pelo Papa João Paulo II, que condena firmemente a eutanásia ativa -, ataca o médico ou o doente que, em estado terminal, renuncia a tratamentos destinados unicamente ao prolongamento artificial da vida, dando à pessoa o direito de morrer com toda a serenidade e dignidade cristã, conduta esta distinta do suicídio.

Na Holanda, segundo CIMON HENDRIGO BURMANN DE SOUZA<sup>14</sup>, a prática da eutanásia foi legalizada em 10.04.01, procedimento que já vinha sendo praticado desde o início dos anos 90, gozando de amplo apoio da sociedade holandesa. Todavia, o CF Rehnquist, ao declarar seu voto no caso *Washington v. Glucksberg* (1997), comenta o relatório do *Chairman* Charles T. Canady sobre a situação holandesa à época, onde a eutanásia não estaria, na prática, limitada aos pacientes terminais e competentes, apesar de assim estar disciplinada, havendo suspeitas de casos envolvendo pessoas vulneráveis e incapazes.

Em relação à Alemanha, o Código Penal (StGB) dispõe, em seu § 216, que, quando alguém mata ou tenta matar, satisfazendo o desejo manifestado e sincero do morto, será responsabilizado criminalmente.

Em verdade, pelo estudo do § 216 do StGB, podemos concluir que o consentimento na eutanásia não exclui a ilicitude, embora possa ser considerado que denote um menor injusto, um maior desvalor na ação, observando um menor grau de periculosidade do ataque e da reprovabilidade da atitude interna do autor.

Por conseguinte, ensina JAKOBS<sup>15</sup> ao discorrer sobre a eficácia dos consentimentos justificantes, que, em relação com a vida, do § 216 StGB não se deduz nem sequer justifica um consentimento qualificado, nesse caso, o pedido do sujeito de que se lhe dê a morte - ou seja, a vontade, a persecução intencional da ação de matar e do resultado morte -, tal há que se interpretar no sentido de que nenhuma perda certa da vida pode ser considerada razoável em razão do consentimento *per se*. A punição, apesar do pedido (e apesar da impunidade do suicídio) serve para garantir a proibição geral de matar.<sup>16</sup>

Por conseguinte, não basta apenas a vontade do autorizado de dispor de algum bem para que haja um motivo juridicamente suficiente para intervir em seus bens, há que se ter um emprego racional desses bens para que se enquadre no consentimento justificante.

JESCHECK ressalta: *"Además, el consentimiento en el propio homicidio debe quedar excluido pues la vida, prescindiendo del supuesto del suicidio, no está sujeta a la libertad de decisión personal (§ 216)."*

Todavia, a questão não é tão pacífica assim. Em verdade, sugestivo é o discurso de JAKOBS sobre a tese de ARTHUR KAUFMANN, que assim se teria referido sobre o problema "eutanásia-suicídio-homicídio a petición":

<sup>11</sup> *Diritto Penale*. Bologna: Zanichelli, 1994, p. 203.

<sup>12</sup> *Interpretazione costituzionale*. Padova: Cedam, 2001, p. 410.

<sup>13</sup> *Código Penal português*. Coimbra: Almedina, 1994, p. 78.

<sup>14</sup> Eutanásia, distanásia e suicídio assistido, in SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 167.

<sup>15</sup> JAKOBS, Günter. *Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 1995.

<sup>16</sup> JAKOBS, Günter. *Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 525.

<sup>17</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. Granada: Comares, 2002, p. 405.

O indivíduo se deve à comunidade, mas sozinho entretanto vive; portanto, não está obrigado frente a comunidade a viver. Por suposto que aqui não se pretende colocar em dúvida a indisponibilidade da vida em sua fundamentação religiosa e quicã inclusive moral. Só que isso não permite fundamentar uma norma penal estatal. Sobre o suicídio e sobre o consentimento no homicídio, cada indivíduo há que decidir por si mesmo... Isto não é assunto de Estado.<sup>18</sup>

JAKOBS pondera que, seguindo este posicionamento, deveria ser observado se o pedido é racional, originado de pessoa responsável e que não infringisse os bons costumes, se sustentando na velha regra *volenti non fit iniuria*.

Seguindo nessa linha, continua JAKOBS, o injusto no homicídio a petição não está na lesão à pessoa, ausente a estrutura criminosa nesse sentido, mas sim no caráter precipitado, gerador de um perigo abstrato, do homicídio, nesse caso o homicídio a pedido pode ser justificado, e já o seria, se o pedido fosse plausível.

Seguindo o raciocínio, se a pessoa se respeita no seu âmbito de organização e não molesta os demais, se faz justiça à juridicidade da relação. Porém a juridicidade não se esgota no direito abstrato e tampouco o injusto se esgota no ataque ao direito alheio, pois existe um dever geral, comunitário, de se evitar que o perigo se realize, seriam deveres jurídicos frente à família, à ética, à sociedade.

Explica JAKOBS que os seres humanos configuram o mundo; mas na hora de fazê-lo não devem os demais sofrer lesões, do mesmo modo que todos têm direito a não serem lesionados. Esta relação fundamentalmente negativa constitui a pessoa em seu direito abstrato. Sem embargo, os seres humanos vivem também em um mundo social configurado concretamente através de instituições e têm de desempenhar aqueles papéis sem os quais estaria em perigo a existência das instituições irrenunciáveis. Assim, o injusto de matar outra pessoa pode configurar uma atitude comissiva ou omissiva que lesiona a terceiro, ou uma lesão de deveres fundamentais institucionalizados de viver em um mundo, ao menos parcialmente, comum.

No caso da eutanásia, observa-se que o injusto na primeira parte deriva da falta de respeito em relação à outra pessoa. Como existe o consentimento e a convenção de vontades, não faltaria o respeito se agisse dentro do acordado, portanto não haveria o injusto de um crime de lesão contra a pessoa, o que se observa no direito alemão em relação à participação no suicídio. Todavia, algo distinto ocorre na eutanásia (§ 216). Neste caso, por conclusão, não sendo a eutanásia um crime de lesão contra a pessoa, o preceito estabelece, de forma paternalista, uma norma contra a eventual precipitação no modo de tratar a própria vida. Não obstante, segundo JAKOBS, esta atitude paternalista do StGB perderia sua justificação quando da situação objetiva se deriva que a vontade de morrer tem fundamentos que são, quando menos, aceitáveis (29)-v.g. distanásia, quando estaria o Estado coagindo quem exige sua própria morte, faltando com o respeito ao direito dessa pessoa.

Sem embargo, não se devem perder de vista as ponderações de outro grande mestre alemão, JES-CHECK,<sup>19</sup> sobre as teorias que fundamentam a eficácia justificante do consentimento, entre as quais o questionamento de por que a renúncia privada pode ter preferência sobre o dever do Estado na proteção jurídica objetiva de caráter público, notando o interesse superior da comunidade na preservação da integridade corporal frente a uma intervenção alheia (§ 226, atualmente § 228).

Entre nós, Paulo José da Costa Jr.<sup>20</sup> informa que a doutrina germânica distingue, assim como o faz a italiana, o auxílio à morte ativo, de forma direta ou indireta, da ajuda passiva. Relata o autor que o auxílio direto implica administrar medicamentos que aliviam a dor do paciente terminal, não influenciando em sua morte, não havendo, portanto, crime. No auxílio passivo, há a suspensão de terapias artificiais, até então utilizadas, acarretando o encurtamento da vida do doente. Para o autor, neste último caso, não há crime também, pois não poderia o agente responder por conduta omissiva, pois não haveria o dever de prolongar uma vida irreversível e dolorosa, não existindo um dever de viver. Por fim, no auxílio ativo indireto, responderia o agente por homicídio,

<sup>18</sup> JAKOBS, Günter. Sobre el injusto del suicidio e del homicidio a petición. Bogotá: Univ. Externado de Colombia, 1996, p. 09.

<sup>19</sup> Ob. cit., p. 405.

<sup>20</sup> Curso de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 1992, p.12.

privilegiado ou qualificado, dependendo da motivação do ato, pois neste caso são ministrados medicamentos que não só aliviam a dor do terminal, mas também aceleram sua morte.

## 5 A abordagem no direito brasileiro

Relata JOSÉ AFONSO DA SILVA, ao discorrer sobre o direito constitucional à vida, que vida é um processo vital,

que se instaura com a concepção, transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. Tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida.<sup>21</sup>

Envolveria o direito à vida, por ser antecedente, os conceitos de direito à dignidade, à qualidade de vida, à existência e o direito à integridade físico-corporal.

O direito à existência, continuando com JOSÉ AFONSO DA SILVA, "consiste no direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo. É o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável".<sup>22</sup>

Em razão deste posicionamento, o legislador deixou de incluir na Carta Magna o conceito de *direito a uma existência digna*, que constava no anteprojeto da Comissão Afonso Arinos, o qual foi combatido em razão do sentido aberto do conceito *existência digna*, havendo o temor de possibilitar a eutanásia em relação a deficientes.<sup>23</sup>

Não obstante, forte corrente, capitaneada pelo acelerado desenvolvimento do Biodireito, apresenta uma mudança do paradigma constitucional, observando o direito à vida digna como primordial, tendo em vista uma sociedade para qual a dor sempre carece de sentido e evitá-la sempre o tem.

Na verdade, observando a opção legislativa contrária à eutanásia, podia-se, ainda, perquirir pela ponderação de princípios constitucionais, entre os quais o direito à vida digna e, por consequência, o direito de personalidade, que guardam assento constitucional, em face do direito à vida.

Neste caso, considerando ou não os princípios jurídicos adotados por DWORKIN como supérfluos, entendendo, no primeiro caso, que existem princípios morais e regras jurídicas, cabendo ponderar em relação aos primeiros, pois as regras não seriam passíveis de balanceamento, poderíamos nos socorrer das lições de CANOTILHO, considerando os direitos fundamentais normas de *fattispecie* aberta, ultrapassando as posituações concretas, surgindo o princípio da não-identificação ou da cláusula aberta, que leva à consideração material do direito suprapositivo.

Neste caso, haveria a seguinte situação, não há que se falar em renúncia a direitos fundamentais, aliás, o princípio da autonomia contratual, assemelhado ao princípio *volenti non fit iniuria*, já indicado quando falamos sobre a doutrina italiana, não tem força para alcançar o princípio da reserva legal. Ou seja, segundo CANOTILHO:<sup>24</sup>

1) os direitos fundamentais, como totalidade, são irrenunciáveis; 2) os direitos, liberdades e garantias, isoladamente considerados, são também irrenunciáveis, devendo distinguir-se entre renúncia ao núcleo substancial do direito (constitucionalmente proibida) e limitação voluntária ao exercício (aceitável sobre certas condições) de direitos ... 4) a admissibilidade de uma auto-restricção mais ampla que a restrição legal está sujeita ao mesmo limite absoluto da reserva da lei restritiva - manutenção do núcleo essencial do direito afectado, (e) a autolimitação voluntária ao exercício de um direito num caso em concreto (uma renúncia geral de exercício é inadmissível) deve considerar-se sempre sobre a reserva de revogação a todo tempo.

<sup>21</sup> Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 200.

<sup>22</sup> Ob. cit., p. 201.

<sup>23</sup> Ob. cit., p. 202.

<sup>24</sup> Direito Constitucional. Coimbra: Almedina, p. 453/454.

Ademais, ainda com CANOTILHO,

mesmo a aceitar-se uma dimensão voluntária de restrição de direitos, a vontade pura do particular não pode conduzir a uma relativização completa do princípio da reserva da lei. Se a Constituição só permite restrição através da lei e nos casos nela expressamente previstos, seria fácil eliminar a força dirigente dos direitos fundamentais, imanente a esta reserva, se a vontade individual se sobrepusesse ao sentido constitucional da reserva e transformasse os direitos, liberdades e garantias em direitos totalmente disponíveis susceptíveis, inclusive, de renúncia.<sup>25</sup>

Por conseguinte, voltaríamos ao impasse de faltar amparo constitucional, mesmo em termos de princípios, para a prática da eutanásia no direito brasileiro.

Em relação à legislação infraconstitucional, por sua vez, abstraindo-se, a princípio, a conclusão acima, deve-se observar, como cuidado, a legislação criminal.

De início, observa-se que, com base em preceitos constitucionais, são eleitos bens da vida, que refletem interesses vitais do indivíduo e da sociedade, que são alçados à qualidade de bens jurídicos, observando sua natureza ético-social, com o fim precípuo de assegurar a paz social, ultrapassando o conceito antigo de proteção a direitos subjetivos apenas.<sup>26</sup>

Por conseguinte, o direito à vida e ao exercício da vida guarda situação de destaque no âmbito de proteção do direito criminal, como bem já lembrava ANÍBAL BRUNO ao discorrer sobre a eutanásia:

Em posição estritamente jurídica, o que orienta a questão é, como vimos no texto, que a vida humana é um bem não só individual mas social. O interesse público como o interesse privado coincidem em valorizá-la. Isso faz que não se possa conceder ao indivíduo a livre disponibilidade da própria vida, e, assim, não terá validade para o Direito a autorização de alguém para que o matem.<sup>27</sup>

Tal posicionamento reflete as raízes atávicas do sistema criminal, onde é considerado que a vida do indivíduo não só a ele pertence, mas também é importante para a sobrevivência e coesão do grupo social, não sendo portanto o indivíduo o titular absoluto do bem vida, não podendo, portanto, dele dispor.

Em nosso ordenamento, como deve ser percebido, o suicídio reveste-se de ilicitude, como bem ensina Sheila Bierrenbach<sup>28</sup>, não havendo a sanção à tentativa por óbvias razões de política criminal, não sendo conduta penalmente irrelevante, como entende Paulo José da Costa Jr.<sup>29</sup> Aliás, ANÍBAL BRUNO já ensinava:

A não-punibilidade do suicídio, em geral, no Direito moderno, não contradiz o princípio. O que decide aí são considerações de outra ordem: a inutilidade e mesmo o macabro ridículo da punição simbólica exercida sobre o cadáver do suicida, ou a injustiça da confiscação de bens que se faça pesar sobre herdeiros inocentes, contrária, aliás, ao princípio de que a pena não pasará da pessoa do delinqüente.<sup>30</sup>

LUIZ RÉGIS PRADO, por sua vez, informa:

Frise-se, porém, que, embora atípico, o suicídio é fato ilícito, de modo que não constitui constringimento ilegal a coação exercida para impedi-lo (art. 146, § 3º, II, do CP).<sup>31</sup>

De todo modo, se discute se a eutanásia, em todas as suas formas, se constitui o homicídio eutanásico, que acabaria por se concretizar, havendo motivação nobre, em homicídio privilegiado.

Em primeiro lugar, deve ser observado que o início e o término da vida devem ser indicados por critérios técnicos, assim, se a vida cessa com a morte encefálica, se tal ocorrer, restando as funções vitais artificialmente sustentadas, não há crime, ao meu sentir, em desligar referidos aparelhos, por impossibilidade absoluta do objeto material, tratando-se, em relação ao homicídio, de crime impossível.

Em caso de auxílio ao suicídio, por sua vez, observar-se-ia a tipificação do art. 122 do CPB. Notando que, em caso de omissão na figura possível auxiliar, o fato deveria ser observado através da ótica do crime omissivo impróprio, se tratando de garante, ou omissão de socorro em caso negativo. Lembrando que o paciente deveria ter capacidade de resistência, pois do contrário passa-se para o homicídio mediante autoria mediata, como ensina Sheila Bierrenbach.<sup>32</sup>

No caso do médico, observando que cabe ao Estado o dever de garantir a vida dos indivíduos, assim como ao profissional da medicina atuar, no que estiver ao seu alcance, para a preservação da vida, a omissão em prestar assistência ao doente, ainda que terminal, sob os seus cuidados, configuraria, pela legislação atual, o homicídio, em razão de conduta omissiva, nos termos do art. 13, § 2º, b, do Código Penal.

Algumas situações, todavia, devem ser observadas, pois na qualidade de garante está a pessoa limitada a se conduzir dentro de suas possibilidades. Portanto, não pode ser o médico obrigado a praticar a distanásia, pois tal, como é repellido pelo sentimento e cultura vigente, poderia constranger o profissional a praticar ato não legal, desproporcional e que causaria positivamente sofrimento injustificável ao paciente.

No caso do médico que aplica tratamento terapêutico ao paciente, com o consentimento deste, que pode levar à aceleração da morte, sem a intenção direta ou eventual de assim proceder, poderia configurar o homicídio culposos - se não tinha o profissional habilitação naquela especialidade ou se precipitou na aplicação da terapia -, ou não, observando o progresso da ciência e a licitude de tentativas terapêuticas inovadoras.

Se porém o médico, ou qualquer pessoa, assumindo a possibilidade de acelerar a morte do paciente terminal, mesmo com a autorização deste, adianta sua morte, responde por homicídio, mesmo sabendo que o doente morreria alguns dias depois, pois interferiu no desdobramento causal da ação.

Portanto, não creio que a situação do homicídio eutanásico, no atual estágio cultural em que nos encontramos, será resolvida com eventual descriminalização, a qual enfrentaria discussões sistemáticas e constitucionais, mas tão-somente com a avaliação infraconstitucional da necessidade da punibilidade.

Com efeito, *de lege ferenda*, entendo que, em casos de homicídio eutanásico ou assistência ao suicídio a doentes terminais, de forma consentida, deveria ser aberta a possibilidade do perdão judicial ( arts. 107, IX, e 120 do CPB).

Com efeito, em relação aos familiares e afins, poderia o perdão judicial, após a análise pelo magistrado do caso em concreto, impedindo abusos, ser justificado em razão de ser desnecessária a sanção penal, em razão da própria dor sofrida pelos mesmos, ainda que a atitude possa ser considerada pelos mesmos como libertadora. E, em relação aos profissionais da medicina, encontrar-se-ia a justificativa em casos de aplicação de medicamentos que visavam aliviar a dor e causaram a morte, de forma eventual ou culposa, em face do menor conteúdo do injusto, observando a inexistência de todos os elementos configuradores do estado de necessidade.

No caso de atitudes omissivas dos responsáveis e médicos, também estaria justificada a inclusão do perdão judicial em razão da diminuição da culpabilidade, em face de ato realizado motivado por reconhecida nobreza.

## 6 Conclusão

Pode-se concluir, ao meu sentir, que não há amparo constitucional para a prática da eutanásia e do suicídio assistido em nosso ordenamento jurídico, seja no âmbito constitucional ou infraconstitucional, e mesmo em análise suprapositiva de princípios jurídicos ou morais.

<sup>32</sup> Ob. cit., p.112.

<sup>25</sup> *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, p. 452.

<sup>26</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 16.

<sup>27</sup> *Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 21.

<sup>28</sup> *Crimes omissivos impróprios*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 112.

<sup>29</sup> Ob. cit., p. 12.

<sup>30</sup> Ob. cit., p. 21.

<sup>31</sup> Ob. cit., p. 59.

Todavia, se não é possível a descriminalização do homicídio eutanásico, é factível a consideração, em casos específicos, da não-punibilidade de referida conduta, bastando, para tanto, a previsão do perdão judicial quando se tratar das normas penais incriminadoras indicadas.

#### 7 Referências bibliográficas

- BERTI, Giorgio. *Interpretazione costituzionale*. Padova: Cedam, 2001.
- BIERRENBACH, Sheila. *Crimes omissivos impróprios*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- BRUNO, Anibal. *Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2000.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2000.
- \_\_\_\_\_. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- \_\_\_\_\_. *El dominio de la vida*. Barcelona: Ariel, 1998.
- FIANDACA, Giovanni e MUSCO, Enzo. *Diritto Penale*. Bologna: Zanichelli, 1994.
- GONCALVES, Maia. *Código Penal Português*. Coimbra: Almedina, 1994.
- JAKOBS, Günter. *Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Sobre el injusto del suicidio e del homicidio a petición*. Bogotá: Univ. Externado de Colombia, 1996.
- LOCKHART, WILLIAM et al. *Constitutional analysis*. St. Paul: West Group, 1979.
- LOEWLY, Arnold. *Criminal law*. St. Paul: West Group, 2000.
- MARMOR, Andrei. *Direito e interpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- NOWAK, John, ROTUNDA, Ronald. *Constitutional law*. St. Paul: West Group, 2000.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal*. V. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Direito de morrer*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios fundamentais do Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- WILLIAMS, Jerry. *Constitutional law*. St. Paul: West Group, 2000.

-:-:-

Doctrina