

No Brasil, o legislador não se referiu diretamente à eutanásia. Porém, o §1º do art. 121 do Código Penal atribui ao juiz a faculdade de diante do caso concreto atenuar a pena se o crime for cometido por motivo de relevante valor moral (homicídio privilegiado). Figura ainda no rol das circunstâncias que atenuam a pena (art. 65, inciso III, alínea "a"). Nos dias atuais, ainda há práticas eutanásicas, só que não são divulgadas. E isso faz sentido, pois a nossa lei penal vale-se da eutanásia apenas para fins de atenuação de pena, de acordo com o caso concreto, não desfigurando, entretanto, o crime de homicídio (homicídio privilegiado). Assim, muitas pessoas proporcionam a "morte boa" a amigos e familiares, sem que tal fato seja divulgado; sabe-se até de médicos que a praticaram a pedido e súplica de pacientes irremediavelmente doentes. Índices obtidos através de pesquisas publicadas na revista periódica "Residência Médica" mostram que as maiores causas da eutanásia são o câncer e a AIDS, seguidos da raiva. Os dois primeiros justificam sua posição pelo fato de que, regra geral, não trazem a morte instantânea. Diz ainda a citada revista que a fase terminal de um paciente canceroso ou aidético vai, em média, de seis meses a dois anos, período este em que o paciente fica submetido a rigorosos tratamentos de combate à dor.

A EUTANÁSIA NO DIREITO BRASILEIRO

1. A EUTANÁSIA NO CÓDIGO PENAL VIGENTE

Dentro da legislação penal infraconstitucional nacional, Código Penal Brasileiro foi um diploma promulgado nos anos 40, numa época em que não existia a atual previsão sobre este tema, pela constituição que era a sociedade brasileira.

No ordenamento jurídico pátrio, a prática da eutanásia não está elencada, não de forma explícita e objetiva, no Código Penal. Entretanto, aplica-se a tipificação prevista no art. 121, ou seja, homicídio, simples ou qualificada, sendo considerado crime a sua prática em qualquer hipótese. Dependendo das circunstâncias, a conduta do agente pode configurar o crime de participação em suicídio (art. 122 do Código Penal) (GUERRA FILHO, 2005).

A Lei Penal prevê a figura do homicídio privilegiado, que se dá quando o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima (art. 121, §1º). O valor moral a que se refere o dispositivo diz respeito a interesses particulares do agente (compaixão, piedade, etc.).

Segundo Pedroso (2000, p. 282):

“Na Eutanásia, elimina o agente a vida da sua vítima com intuito e escopo de poupá-la de intenso sofrimento e acentuada agonia, abreviando-lhe a existência. Anima-o por via de consequência, o sentimento de comiseração e piedade. Nosso Código não aceita nem discrimina a Eutanásia, mas não vai ao rigor de não lhe conceder o privilégio do relevante valor moral. Comumente, as pessoas ao ouvirem falar em Eutanásia, exemplo quem é o homicídio privilegiado por motivo de relevante valor moral, logo, a associam a doença e a enfermidade de desfecho fatal. No entanto, para os efeitos penais concernentes à concessão do privilégio, cumpre realçar-se que nem sempre há de estar a Eutanásia indissolúvelmente vinculada a doença de desate letal. Sobrepuja ao fato objetivamente, considerado a compulsão psíquica que leva o agente a agir, a sua motivação, *punctum purieris* e cerne do privilégio. Nem é por outra razão que não se contenta a lei penal, nesse passo, com a simples ocorrência do relevante valor moral presente no episódio, requestando e exigindo que o crime seja cometido por relevante valor social ou moral.

Importa e denota vulto, sobretudo, o motivo ou erupção interior psíquica do agente, e não o mero episódio em seu evoluir objetivo, no seu quadro externo.”

Pode ocorrer também que o agente induza, instigue ou auxilie ao suicídio, por exemplo, o portador de uma doença infecto-contagiosa, cuja terapia ainda não esteja ao alcance da medicina. Neste caso, o agente estará incurso no art. 122 do Código Penal. A pena é de 2 a 6 anos. A pena é duplicada se o crime é praticado por motivo egoístico, ou se a vítima é menor ou tem diminuída por qualquer causa, a capacidade de resistência.

Neste crime do art. 122, o bem protegido pelo legislador é a vida humana. A vida é bem indisponível, já que não existe o “direito de morrer”, de que falava.

Segundo Noronha, existem múltiplas razões que justificam incriminação do comportamento descrito no dispositivo penal.

Do mesmo modo que na Eutanásia, o auxiliador viola a lei do respeito á vida humana e infringe interesses da vida comunitária, de natureza moral, religiosa e demográfica. O direito vê no suicídio um fato imoral e socialmente danoso, o qual haveria de ser penalmente indiferente, quando a causá-lo, concorre junto com a atividade do sujeito principal, uma outra força individual estranha. Este concurso de energia, destinado a produzir um dano moral e social, como o suicídio, constitui exatamente aquela relação entre pessoas que determina a intervenção preventivo-repressiva do direito contra o terceiro estranho, do qual exclusivamente provém o elemento que faz sair o fato individual da esfera íntima do suicida”.(NORONHA, 1992, p. 20)

O delito previsto no art. 122 do Código Penal pode ser praticado mediante três condutas. A primeira delas é a de induzir (do latim *inducere*), que revela a iniciativa do agente, criando na mente do sujeito a idéia de tirar a própria vida. Instigar – o segundo verbo empregado pela lei – traduz a conduta de reforçar, estimular a idéia preexistente. Os meios utilizados por aquele que induz ou instiga alguém ao suicídio devem ser idôneos, capazes de influenciar moralmente a vítima. Caso contrário, não haverá nexos causal.

O derradeiro verbo é auxiliar, que consiste em ajudar, favorecer, facilitar. Trata-se da ajuda material, ou, na lição da Noronha (1992), da assistência física.

Os penalistas admitem a ocorrência de instigação e induzimento na forma comissiva (ação) ou omissiva (Inação). Neste último caso, o autor do delito deve ter o dever jurídico de impedir o sentido.

Noronha (1990) advoga a tese de que o auxílio pode ser comissivo ou omissivo. Não há, segundo o ilustre doutrinador, motivo para excluir a omissão – a despeito das opiniões contrárias de Bento de Faria e Sebastian Soles – desde que haja dever jurídico de impedir o evento. E o exemplo citado por este doutrinador informa: o enfermeiro que, sabendo do propósito suicida do doente – capaz de entender-se e quer – não lhe tira a arma, permitindo o suicídio.

Altavilla (apud MIRABETE, 1999), compartilha deste entendimento: “Significativo, no caso, o exemplo do enfermeiro de Altavilla; em um hospital é internado um doente que sofre atrozmente e manifesta propósitos de suicídio. O enfermeiro, violando o norma do regulamento que manda recolher as armas de toda a pessoa internada, deixando-lhe o revólver para que ele (o doente), possa realizar seu desígnio. Essa omissão não configura, induzimento ou instigação, mas auxílio ao suicídio”.

2. A EUTANÁSIA NO ANTEPROJETO DO CÓDIGO PENAL

O Projeto de Lei nº 125/96 foi o único projeto de lei sobre o assunto da legalização da Eutanásia no Brasil tramitando no Congresso Nacional, de iniciativa senador amapaense Gilvam Borges, sendo que jamais foi colocado em votação.

Ele propõe que a eutanásia seja permitida, desde que uma junta de cinco médicos ateste a inutilidade do sofrimento físico ou psíquico do doente. O próprio paciente teria que requisitar a eutanásia. Se não estiver consciente, a decisão caberia a seus parentes próximos. Segundo Almeida (2000) estas alterações foram sistematizadas da seguinte forma:

“O art. 1º define o objetivo da lei. O art. 2º permite a eutanásia nos casos de morte cerebral, desde que haja manifestação de vontade do paciente para tanto; seu §1º, dispõe que a manifestação de vontade deve ser expressa e feita como se fosse uma manifestação de última vontade; e §2º dispõe sobre a forma de constatação da morte cerebral (ALMEIDA, 2000, p.156).”

O art. 3º aborda a eutanásia nos casos de morte cerebral quando a autorização é dada expressamente pela família. O §1º define quem é considerado familiar para efeito da lei. O §2º levanta a hipótese do paciente não ter familiares e a autorização, neste caso, será pedida ao juiz pelo médico ou pessoa que mantenha alguma relação de afetividade com o paciente.

O art. 4º dispõe que nos casos do art. 3º, §2º, o juiz deverá ouvir o Ministério Público e mandará publicar citação por edital para que dê ciência aos possíveis familiares. O parágrafo único deste artigo determina que a petição inicial venha obrigatoriamente acompanhada das conclusões da Junta Médica.

O art. 7º permite a eutanásia por omissão. Seu § 1º dispõe sobre a avaliação do estado do paciente por uma Junta Médica e exige o consentimento expresso do paciente. O § 2º aborda a forma pela qual deverá ser dado o consentimento do paciente, que é a mesma prevista no § 1º do art. 2º. O art. 3º permite que a família ou pessoa que mantém laços de afetividade com o paciente requeira autorização judicial para a prática da eutanásia, mas só nos casos de não haver consentimento prévio do paciente e este estar impossibilitado de se manifestar.

O art. 8º dispõe que, nos casos do art. 7º, §3º, se não houver concordância de todos os familiares, deverá ser instaurado um processo judicial por iniciativa de qualquer familiar.

O art. 9º aborda a providência de citação pessoal de todos os familiares do paciente no caso de ocorrer a hipótese do art. 8º. O parágrafo único do art. 8º. O parágrafo único do art. 9º dispõe que a petição inicial deve ser instruída das conclusões da Junta Médica.

O art. 10 e seus parágrafos dispõem sobre a oitiva do Ministério público e a formação da Junta Médica.

O art. 11 expõe que após todas as diligências o juiz deve proferir sentença, decidindo sobre a manutenção da vida ou pela consecução da morte sem dor. O art. 12 dispõe que da sentença cabe apelação e da decisão pela consecução da morte sem dor o recurso é *ex officio* para o Tribunal de Justiça.

O Senador Gilvam informou que "essa lei não tem nenhuma chance de ser aprovada". O deputado federal Marcos Rolim (apud LIMA NETO, 2003, p.1), presidente da Comissão de Direitos Humanos da Câmara, disse que "ninguém quer discutir a eutanásia porque isso traz prejuízos eleitorais", e que em, dois anos em dirigindo esta comissão, o assunto em questão jamais havia sido debatido.

O Anteprojeto do Código Penal altera dispositivos da Parte Especial do Código Penal também comina ao homicídio a pena de reclusão de 6 a 20 anos laborado pela Comissão

de "Alto Nível" nomeada pelo Ministro Íris Rezende. O ilustre Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro assinala que o Anteprojeto distingue dois tipos de eutanásia – a ativa e a passiva – já apreciadas no presente estudo.

No projeto da Parte Especial do Código Penal, o § 4º do art. 121 aduz:

Art. 121.

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

O texto em tramitação define a ortotanásia e não à eutanásia, sendo que em seu parágrafo 3º previa o início do processo de morte, estando a vida mantida de forma artificial, com probabilidades de recuperação praticamente nulas. Nesta situação há o simples prolongamento artificial da vida, dentro de um processo de lenta morte natural. Não é a previsão da eutanásia, em que tal processo ainda não se iniciou, mesmo sofrendo o paciente de doença terminal e sem cura. Na eutanásia produz-se a causa imediata da morte, sendo este um delito, vinculando perfeitamente na conduta do homicídio privilegiado elencada no Código Penal atual (BORGES, 2005).

Tipificada está a eutanásia passiva, também chamada de eutanásia indireta, eutanásia por omissão, ortotanásia ou paraeutanasia. Neste dispositivo, há expressa exclusão de ilicitude. Não é 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. Pessoa ligada por estreito vínculo de afeição à vítima não poderá suprir-lhe a anuência.

De acordo com Almeida (2000) a eutanásia ativa, apesar de não ser foco de nossas ponderações, está estipulada no § 3º do mesmo artigo, dispondo:

Art. 121.

§ 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".

Pelo anteprojeto, a Eutanásia seria considerada um crime comissivo, ou seja, punido de maneira menos severa do que em outras modalidades ilícitas similares, e até mesmo comparado a lesões corporais seguida de morte (art. 128, § 4.º). A proposta não eliminaria a eutanásia de pena, assim como ocorreu, por exemplo, nas reformas dos Códigos russo, norueguês e peruano entre outros, mas haveria uma grande mitigação (MARCÃO, 2002). De acordo com Almeida (2000), uma vez que no atual Código Penal Brasileiro, a prática da eutanásia é considerada homicídio privilegiado, pois é justificado pelo relevante valor moral. A reforma do Código Penal, por sua vez, deverá permitir a prática da eutanásia, se justificando pelo sentimento nobre de piedade, de misericórdia e a morte é inevitável, com a eutanásia possibilita sua aceleração.

O projeto é considerado por Souza (2003) incompleto e superficial, pois não prevê a regulamentação de prazos, procedimentos do médico responsável, entre outros aspectos importantes desta prática. Além deste projeto de lei, havia o anteprojeto de reformulação do Código Penal em 1984, onde a eutanásia passiva poderia ter sido permitida. Nesse caso o

médico poderia deixar de aplicar ou interromper o tratamento terapêutico do paciente em virtude da remota possibilidade de sobrevivência, prognóstico confirmado por outros dois especialistas médicos, bem como da concordância da família e a devida posição favorável da justiça.

3. EXCLUSÃO DO CRIME

No entendimento de Souza (2004) na Eutanásia passiva, tipificada na similaridade do § 4º do artigo 121, há expressa exclusão da ilicitude. Não é 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. Pessoa ligada por estreito vínculo de afeição à vítima não poderá suprir-lhe a anuência.

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

As situações marcadas nesses dispositivos são distintas, sendo muito pouco provável que o paciente em estado terminal, possua alguma condição de expressar sua vontade. O critério da compaixão está presente e dois médicos deverão certificar, através de todas as salvaguardas dos exames, de que a morte do paciente é inexorável e irreversível.

Para Bizatto (2000), no Código Penal, são três as hipóteses de homicídio privilegiado: a do agente ter cometido o homicídio impelido por motivo de relevante valor social; impelido por motivo de relevante valor moral e sob domínio de violenta emoção.

Os que advogam contrários a tese de Eutanásia, dizem que a sua prática e ou a morte voluntária de um ser humano pode ser assassino ou a liberação de um sofredor ou aberração política ou ato legítimo de defesa, conforme o motivo que a determina.

Não tem validade esse argumento, eis que a legalização da Eutanásia, necessário se faz que a pessoa se dirija até o Poder Judiciário, para a concessão desse benefício, não vigiando apenas a alegação de que, aberrações políticas pudessem determinar as morte de alguém.

Juridicamente não deveria haver diferenças entre a ação daquele que se suicida com uma arma ou veneno, com relação daquele que a pedido, usa a vontade de outro para a prática da Eutanásia.

Pela Lei, o ser humano poder tirar a vida de um outro ser humano que injustamente lhe agredira, mas está proibido de sentir compaixão pelos seus semelhantes (BIZATTO, 2000, p. 321).

Todos os casos eutanásicos realizados a revelia de um pedido formal e com parecer do Ministério Público devem ser julgados como homicídio, pelo juízo regular, depois de devidamente analisada a prova carreada aos autos.

Se provado por testemunhas e por outros, e todos os meios de provas admitidos em direito, ser o matador inocente e fora levado a esse ato por sentimentos nobres, deverá ser sumariamente absolvido, sem passar pelo vexame do Tribunal do Júri.

Assim, é necessário fazer a distinção da Eutanásia Médica da Eutanásia feita por piedade, levada a efeito por particulares, amigos, familiares ou desinteressados outros.

Claus Roxin (apud GUERRA FILHO, 2005), através do ponto de vista penal alemão, verificando os limites da responsabilidade médica nas espécies eutanásia, especialmente a passiva, tendo como exemplo, o caso da americana Terri Schiavo, levou ao debate

questões fundamentais sobre o estado de necessidade em pacientes moribundos ou em estado vegetativo: a) A omissão ou suspensão de medidas prolongadoras da vida realizadas por médicos e não médicos por desejo do paciente; b) A omissão ou suspensão de medidas prolongadoras da vida realizadas por médicos contra o desejo do paciente versus o dever de prolongar a vida.

Através das teses elaboradas por Roxin, realizando uma confrontação entre o Código Penal Alemão e Código Penal Brasileiro, chega-se a seguinte conclusão para estes questionamentos:

a) Na omissão ou interrupção da utilização de aparelhos ou técnicas de sobrevivência artificial, pela vontade do paciente, existe o exemplo clássico do aparelho respiratório que é desligado por médico, enfermeiro ou outrem ou não médico a pedido do paciente, asseverando que a princípio quem decide é só o paciente, pois em tais casos no Diploma Penal Alemão, não há punição para a conduta médica que é consequência de um consentimento, pois é inadmissível a prática de um tratamento contra a vontade do paciente. O Código Penal Brasileiro, contrário ao alemão, disposto no art.146, § 3º, I e II, prevê o constrangimento médico impunível caso seja praticada “[...] intervenção médica ou cirúrgica, sem consentimento do paciente ou de representante legal, se justificada por iminente perigo de vida”, e ainda, se praticada “[...] para impedir o suicídio” (GUERRA FILHO, 2005, p.1).

Destaca-se o posicionamento do Supremo Tribunal Federal da Alemanha (apud GERRA FILHO, 2005, p.1) em matéria penal: “inexiste um dever jurídico de manter a qualquer preço a vida que se esvai. Medidas de prolongamento da vida não são obrigatórias pelo simples fato de que sejam tecnicamente possíveis.” Eis a resposta à segunda indagação, por outro lado:

b) Na omissão ou interrupção das medidas que permitam a sobrevivência, contrariando o desejo de um certo paciente “Zé”, o dever de prolongar a vida, ocorre uma inversão da primeira hipótese, sendo, que os Código Alemão e Brasileiro considerado homicídio ou omissão de socorro, por médicos ou familiares, em virtude da posição garantidora de ambos (GUERRA FILHO, 2005).