

CAPÍTULO XI - EUTANÁSIA - ASPECTOS JURÍDICOS. LEGISLAÇÃO ATUAL PÁTRIA E ESTRANGEIRA. TIPOS PENAIIS.

XI.1 - Aspectos Jurídicos da Eutanásia. Excludentes

A amplitude de posicionamentos filosófico-ideológicos, sócio-políticos, culturais e religiosos sobre a eutanásia, a divergência de argumentos acerca de sua aceitação ou rejeição nos mais variados setores da sociedade, e ainda a discussão dos limites abarcadores da efetiva conduta eutanásica nos muitos campos pelos quais o tema se irradia, fazem com que existam na seara jurídica, também, e particularmente, diversos entendimentos no que pertine à sua natureza jurídica, dificultando sobremaneira o seu unívoco estabelecimento.

Assim é que já se defendeu a fixação da eutanásia como homicídio, até mesmo agravado, por ser entendida como uma forma de matar alguém que não teve possibilidade de defesa, ou a teve dificultada, ou ainda porque o agente agira fútil ou torpemente, guiado por sentimento egoístico ou meramente econômico. Também já se compreendeu a eutanásia como sendo um delito de homicídio simples, sem qualificadoras ou majorantes, de um lado, mas também ausentes quaisquer especiais atenuações, de outro.

Posicionamento bastante amplo, outrossim, mormente na doutrina pátria, foi o de considerar a eutanásia um homicídio, porém admitida ao agente sancionado a concessão da figura do privilégio. O homicídio privilegiado, assim, costumou ser a fórmula aceita para a solução de casos relativos aos chamados homicídios piedosos.

Existe ainda, por evidência, de tempos em tempos, com mais ou menos força, quem defenda a aplicação de excludentes ou dirimentes para os casos de eutanásia. A fórmula da excludente de tipicidade foi defendida, dentre outros argumentos, porque ausente o dolo homicida propriamente dito.

Também houve posicionamento que enxergava, na hipótese, uma causa excludente de ilicitude, ou então uma situação em que estivesse excluída a culpabilidade, ou ainda uma circunstância de isenção de pena, chegando-se às excusas absolutórias, à graça ou ao perdão judicial. Mais recentemente, outrossim, verificou-se a defesa do entendimento de que não seria função do Direito Penal preocupar-se com casos de eutanásia, ou ao menos de que, diante do que se compreende como função ou necessidade da pena, não seria razoável sancionar-se o agente que praticou uma conduta eutanásica. Daí adveio também a idéia de que não se poderia imputar objetivamente uma responsabilidade penal a esse agente, anotada a noção de que com tal conduta não se teria incrementado qualquer risco que, em princípio, seria permitido.

Convém, portanto, na linha ampla de posicionamentos, trazer a lume tais pontos de vista, detendo-se, sobretudo, nos comumente mais aceitos.

Em passagem mais ou menos geral por variados ordenamentos jurídicos, ensina Eugenio Cuello Calón que a morte eutanásica é, no mais das vezes, regulada pelas normas do homicídio comum, impondo-se ao homicídio piedoso a pena ordinária para o delito padrão ou, não raro, uma sanção atenuada. De qualquer forma, indica que a prática é, nas legislações penais, quase sempre punível. Propõe, nesse caminho, a defesa da punição da conduta eutanásica com a mitigação do castigo, sendo essa atenuação sancionatória fundada não no consentimento do interessado, mas na motivação moral do feito e no ímpeto emocional que o determina. Assenta, outrossim, entendimento de que não constitui delito a omissão que busque o não prolongamento de uma vida por meios artificiais.³⁷¹

371. Eugenio Cuello Calón (*in* Tres Temas Penales - El Aborto Criminal, El problema de la Eutanasia, El aspecto penal de la Fecundación Artificial, pp. 145-162), aponta que a eutanásia é mesmo castigada por quase todas as legislações penais, aduzindo que a morte eutanásica é ilícita diante da moral e do direito. Informa que os penalistas italianos, em geral, estão de acordo com a ilicitude e a punibilidade da eutanásia, como Manzini e Maggiore, enquanto Del Vecchio defendeu a impunidade da prática. Na Alemanha, cita Mezger e Beling como exemplos de defensores de posição segundo a qual a eutanásia, ainda que com o consentimento do interessado ou quando se considere de acordo com a moral, constitui homicídio, sendo prática ilícita e punível, ao passo que Binding (assim como von Hippel, que a entende uma gestão de negócios conforme o direito; Köhler, fundando a licitude na admissão de um direito consuetudinário; Max Mayer, que a tem como autorizada pela cultura; Liszt, que a diz lícita dentro de estreitos limites; ou Sauer, que demanda sua licitude do ponto de vista de *lege ferenda*)

Magalhães Noronha, de acordo com a doutrina clássica pátria, advoga que a eutanásia é prática homicida, pois para haver homicídio basta estar vivo o sujeito passivo, pouco importando a sua vitalidade. Concorde, entretanto, com a solução que nosso Código apresenta, não se aceitando a eutanásia, mas sem chegar ao rigor de não lhe conceder o privilégio do relevante valor moral, provadas a ausência de egoísmo do matador e a presença do móvel piedoso ou compassivo.³⁷²

Também Heleno Cláudio Fragoso fala da eutanásia como homicídio privilegiado. Discorre que sobre o valor 'vida', bem jurídico de altíssima relevância e indisponível, o consentimento do ofendido não produz qualquer efeito, mormente para o fim de tornar impune a conduta eutanásica que, entretanto, merece mitigação sancionatória. Recorda que os códigos penais pátrios anteriores não cogitavam nem mesmo acerca do privilégio no homicídio, mas o atual cuidou de tratar dessa figura jurídica, indicando expressamente, na exposição de motivos, que a eutanásia seria uma hipótese de homicídio privilegiado, como particular exemplo de conduta motivada por relevante valor social ou moral.³⁷³

No mesmo sentido diz Fernando de Almeida Pedroso, aduzindo que os motivos de relevante valor moral ou social merecem as benesses da lei para uma mitigação no rigor sancionatório, justamente porque denotam razões ou impulsos anímicos que inspiram o agente a agir, concentrando, contudo, uma menor dose de individualismo e egocentrismo no querer.

(cont.) 371. ... se destaca ao propugnar firmemente sua licitude, afirmando a inexistência de uma conduta homicida, no sentido jurídico do termo, eis que há, em verdade, uma efetiva substituição da causa da morte, até então plenamente enraizada em uma dolorosa enfermidade. A conduta eutanásica consubstancia-se, desse modo, não em homicídio, mas em um ato de cura, uma obra curativa e não proibida, de certo resultado benéfico para o doente gravemente atormentado.

372. E. Magalhães Noronha, *Direito Penal*, Volume 2, pp. 22-23, após dizer que não há direito de matar, que a vida há de ser sempre respeitada, ainda que dolorosa ou sofridora, e que o homem é coisa sagrada para outro homem, assenta que a opinião em defesa da impunidade da eutanásia se reveste de cru materialismo, reforçando, assim, sua discordância de Binding e de Ferri, que defendem o direito de dispor da própria vida, de Hoche, ao fundar sua defesa da não punição da eutanásia no direito de morrer, e ainda de Asúa, que mesmo negando o caráter de justificativa ou dirimente, advoga para o caso eutanásico o perdão judicial.

373. Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de Direito Penal*, Parte Especial 1, pp. 53-55, indica que o valor social é aquele que atende aos interesses ou fins da vida coletiva, enquanto o valor moral do motivo se afere segundo os princípios éticos dominantes, próprios da sociedade presente, sendo aqueles aprovados pela moralidade média, considerados nobres e altruístas e tidos como merecedores de indulgência, prevalecendo, pois, os critérios da chamada moral prática, ainda que a moral superior possa ensinar diversamente.

Consubstanciam-se “em motivos mais altruístas e nobres, ou motivos que, não obstante censuráveis, têm sua reprovabilidade lenida e abonçada por um certo aceno de simpatia e indulgência conferidos pela moralidade média ou pelos anseios sociais e coletivos”. Assenta, nessa linha, que a eutanásia é o clássico exemplo de homicídio privilegiado praticado por relevante valor moral, em que o agente é animado por um sentimento de piedade e comiseração.

Defende, pois, que tal comportamento não pode passar ao largo da seara repressiva, já que a vida é tutelada até os últimos lampejos vitais, não deixando de sê-la apenas por estar próxima da extinção. De toda a forma, compreende que se de um lado não deve restar impune, também não se pode ir ao rigor de não lhe conceder o referido privilégio.³⁷⁴

Assevera igualmente Guilherme Nostre que, entre nós, a conduta de causar piedosamente a morte de outrem, mediante súplicas do interessado, é mesmo tipificada como homicídio, sendo a conduta eutanásica sempre dolosa, consistente na vontade livre e consciente de matar. O motivo piedoso, entretanto, pode acarretar a diminuição de pena, em se demonstrando que o agente praticou o crime impelido por relevante valor moral, entendendo que para o reconhecimento dessa circunstância não se faz mister que haja a solicitação ou o consentimento expresso da ‘vítima’. Aduz que a norma legal aplica essa solução aos casos de eutanásia ativa, correspondente ao homicídio comissivo, e aos de eutanásia passiva, que configura homicídio comissivo por omissão, ocorrente na hipótese em que o agente deixa de realizar uma ação que permitiria manter a vida do doente, quando tinha o dever jurídico de realizá-la.

Alerta que há espécie de eutanásia passiva, qual seja, a ortotanásia, em que se deixa de realizar a conduta terapêutica por crer-se ser ela mero prolongamento da agonia, sem razão curativa ou mesmo paliativa, como ocorre nos casos de desligamento de aparelhos que mantém

374. Fernando de Almeida Pedroso, *in* Homicídio, Participação em Suicídio, Infanticídio e Aborto (Crimes contra a Vida), pp. 88-91.

artificialmente a vida. Nessa situação, compreende que não há razão que obrigue o médico a alongar a vida que naturalmente chega ao fim, não havendo, *in casu*, dever jurídico de agir (a omissão não tem relevância jurídico-penal), pois cessaram os meios terapêuticos ordinários, não existindo lugar para a intervenção do Direito punitivo. Recorda, outrossim, da eutanásia indireta (situação, já analisada, em que o médico, pretendendo aliviar sofrimento do paciente, utiliza poderosos analgésicos que acabam abreviando a vida do paciente), caso em que o elemento subjetivo está sob particular análise. Assinala que não há que se falar em homicídio doloso, sendo a conduta atípica por ausência de dolo (a vontade não esteve voltada, direta ou eventualmente, ao resultado morte).³⁷⁵

José Afonso da Silva também enfoca que o Direito brasileiro não exclui o sentido delituoso da eutanásia, ainda que haja o consentimento lúcido do doente. Compreende que, sendo forma não espontânea de interrupção do processo vital, está implicitamente vedada pelo direito à vida consagrado na Constituição, recordando que é um bem jurídico importante para a comunidade, tendo o Estado interesse em protegê-la como valor social.³⁷⁶

Bento de Faria, de seu turno, discorre sobre o homicídio com pena especialmente atenuada desde os primeiros tempos da vigência da parte especial do atual Código Penal pátrio. Assinala que, justamente por contar com sanção excepcionalmente abrandada, tomou o homicídio, nesses casos, a

375. Guilherme Alfredo de Moraes Nostre, *Bioética e Biodireito, Aspectos Jurídico-Penais da Manipulação de Embriões, do Aborto e da Eutanásia*, pp. 238-243.

376. José Afonso da Silva, colaciona, recordando Remo Pannain, motivos que concorda serem ponderáveis para a oposição à impunidade da eutanásia e, logo, para as razões de sua punibilidade. Assinala que além dos motivos religiosos, há os de ordem moral e também os de ordem científica e de conveniência, tais como a possibilidade de um erro de diagnóstico, da descoberta de um remédio, assim como a eventualidade de pretexto e de abusos. Ademais, a prevalência do motivo da piedade sobre a natural aversão de suprimir-se a vida de um semelhante revela, na opinião trazida do autor italiano, personalidade sanguinária ou propensa ao delito (*in* Curso de Direito Constitucional Positivo, pp. 202-203). Tal posicionamento, mormente em seu tópico final, demonstra certamente exagero e indica, se não motivação religiosa preponderante, algo ligado à defesa de um determinismo comportamental já não aceitável hodiernamente. No que toca ao erro de diagnóstico, já foi mencionado, neste estudo, acerca do risco inerente a qualquer atividade humana, sobretudo quando permitido (pelo ordenamento, expressamente, ou assim entendido pelo julgador, na sua política criminal judicial) e não indevidamente incrementado.

denominação de privilegiado, entendendo-se o objetivo do privilégio como o motivo que, em si mesmo, é aprovado pela moral prática (relevante valor social ou moral). Lembra que a exposição de motivos exemplifica o homicídio eutanásico, isto é, a compaixão ante o irremediável sofrimento da vítima, como uma das situações de homicídio privilegiado.

A bem mostrar a quase geral compreensão havida em seu tempo, assim como a força da religião no campo jurídico, chega a dizer que não deveria merecer consideração o exemplo posto na referida exposição de motivos, posto entender que a prática eutanásica, além de não revelar valor algum, moral ou social, ainda repugna a razão e a consciência humana. Desfia que o sofrimento é o preço da perfeição moral e o tributo a ser pago pelo homem em sua peregrinação pelo mundo, pelo que deveria ser a eutanásia repelida em nome do direito, não se olvidando de que a existência humana é sagrada, ainda que irremediavelmente empolgada pela dor e socialmente inútil. Assim sendo, conclui que a defesa da eutanásia configuraria mera apologia de um crime.³⁷⁷

Nesse libelo a respeito do tema, é demonstrado posicionamento não somente indicativo da consideração da eutanásia como efetivo homicídio, como também de firme recusa do instituto do privilégio no caso eutanásico. Aliás, mais do que um homicídio simples, a posição se aproxima mesmo da defesa de impor-se, na hipótese, a figura de um homicídio com pena especialmente agravada pela torpeza, que adviria de uma indigitada repugnância, pela razão e pela consciência, do homicídio compassivo.

De outro lado, Lameira Bittencourt, ainda na primeira metade do século XX, lembrando que o tema da eutanásia, no país, não fora tratado, pelo ordenamento jurídico, com a atenção merecida, anotou que uma agitação, de qualquer maneira, iniciou-se nos círculos jurídicos, quanto ao assunto, após os empolgantes trabalhos de Binet-Sangle na França, em 1919, e de Binding e Hoche, na Alemanha, no ano seguinte. Compreendeu firmemente que, a

377. Bento de Faria, Código Penal Brasileiro (Comentado), Volume IV, pp. 13-14.

despeito da norma legal de então não tratar (aliás como ocorre ainda atualmente), sobretudo de forma expressa e autônoma, acerca do chamado homicídio piedoso, a prática da verdadeira e legítima eutanásia, mesmo diante da lei posta, poderia levar o autor da conduta à absolvição, por qualquer um dos três seguintes fundamentos, quais sejam, o da “falta de intenção criminosa”, o do “estado de necessidade” ou, em circunstâncias especiais e em hipóteses muito limitadas, o da “perturbação dos sentidos”.

Recordou que a lei pátria em vigor à época, em interpretação sistemática e não forçada, permitiria mesmo aceitar-se o entendimento da viabilidade da absolvição por ausência de intenção criminosa, o que naturalmente se estendia à questão eutanásica. Assim é que o artigo 24 da então vigente Consolidação das Leis Penais determinava que “as acções ou omissões contrarias à lei penal, que não forem commettidas com intenção criminosa, ou não resultarem de negligencia, imprudencia, ou imperícia, não serão passíveis de pena”.

Diante disso, desfiou, pois, que não havia como negar que quem matasse a outrem por compaixão ou piedade, para não deixá-lo mais sofrer, com este único desígnio, por isso mesmo agira sem ‘intenção criminosa’.

Asseverou que esta intenção criminosa, chamada dolo geral ou dolo específico, estaria presente em quem matasse para violar a lei penal, porém se encontraria ausente em quem matasse não por matar ou para matar, mas sim para beneficiar ou ‘despenar’ aquele tornado menos uma vítima que um redimido.

Também compreendeu, repise-se, que o direito positivo brasileiro possibilitou a absolvição, em caso de eutanásia, com a justificativa do ‘estado de necessidade’ ou do ‘mal maior’.

Nesse caso, lecionou que a conduta se justificaria pelo fato de ser necessário evitar um mal maior, isto é, maior do que o oriundo da prática

da ação criminosa, o que se daria sempre no caso em que se fizesse um mal para prevenir um mal ainda maior.

Por fim, alertou para a possibilidade de absolvição no caso da “perturbação dos sentidos” do autor da conduta, quando este atuasse premido pelas circunstâncias, encontrando-se sem capacidade intelectual ou volitiva.³⁷⁸

Permeando, em continuação, os posicionamentos doutrinários, defende Dalmo Dallari que, no caso de indivíduo lúcido que solicita aos médicos a interrupção de tratamento doloroso, mantenedor da vida por tempo indeterminado, sendo atendido em seu desejo, não há a configuração do homicídio, ainda que eutanásico, assim como não há a figura do suicídio assistido. Compreende, no entanto, que diante da lei penal pátria, incorreria o sujeito ativo no crime de omissão de socorro, pois era possível ao agente fornecer assistência, sem risco pessoal, a uma pessoa em iminente perigo de morte. Insistindo o paciente na recusa, diz que o médico, para impor o tratamento, deveria solicitar a intervenção da autoridade pública, *in casu*, o Poder Judiciário.³⁷⁹

Irineu Strenger, de seu turno, informa que, do ponto de vista jurídico, os precedentes religiosos, éticos, morais e literários levam à convicção de que, em geral, a eutanásia ativa, seja voluntária ou involuntária, é proscrita das leis dos Estados e das normas morais, o mesmo se podendo dizer da passiva. Alerta, entretanto, que esta é distinta do ‘deixar

378. Lameira Bittencourt, Da Eutanásia, pp. 103-119. Assinala que o primeiro fundamento absolutório, o da “falta de intenção criminosa” do homicida piedoso (lembrando-se que intenção é desígnio, que na eutanásia se consubstancia em móvel compassivo e caritativo, em desejo de fazer o bem), pode ser invocado e aceito por qualquer juiz em sua sentença, seja ele partidário ou não da eutanásia. No caso do “estado de necessidade”, seria utilizado pelo magistrado que admite a morte humanitária em seu critério doutrinário e científico, ou seja, o juiz partidário da eutanásia, que aceita a sua legitimidade como recurso extremo, mas necessário e justo, compreendendo que haverá menos mal para o interessado e para a sociedade em matar a um doente incurável já em adiantadíssimo estado de enfermidade, padecendo de dores horríveis, agrilhado a um leito de sofrimento e invalidez, do que em deixá-lo viver em tão míseras condições”. Na hipótese da ‘perturbação dos sentidos’, defende que poderia o juiz, favorável ou não à prática eutanásica, usar desse prisma para absolver. Mencionou, como base legal para esse terceiro critério, o então vigente art. 27, parágrafo 4º, da Consolidação das Leis Penais (“não são criminosos ... os que se acharem em estado de completa perturbação de sentidos e de intelligencia no acto de commetter o crime”).

379. Dalmo de Abreu Dallari, Liberdade para Morrer, p. 13.

morrer', circunstância em que a omissão terapêutica não tem eficácia causal no determinismo do falecimento. Opina, de todo o modo, que nos casos eutanásicos a solução jurídica revelada como mais apta a contornar as imposições do ordenamento legal é a aplicação da graça.³⁸⁰

Em caminho algo similar segue Luis Jiménez de Asúa. Antes de concluir pelo acerto do perdão judicial, questiona se o homicídio piedoso poderia ser causa de justificação, causa de inculpabilidade ou desculpa absolutória.

Leciona que outorgar a qualidade de causa de justificação ao homicídio compassivo parece ser solução que foge dos limites aceitáveis, assim como poderia ser causa de grande complexidade reconhecer em tais atos o caráter anti-jurídico.

Opina ainda que seria menos mal aceitar, na hipótese, uma causa de inculpabilidade (*Entschuldigungsgründe*), isto é, um motivo que exclua a culpabilidade, ou ainda melhor uma mais restrita escusa absolutória, a significar que os fatos se manteriam com os caracteres anti-jurídico e culposos, mas ficariam impunes em virtude das circunstâncias que concorrem na pessoa do autor.

De toda a forma, tem para si que a solução correta seria mesmo não expressar a impunidade do homicídio piedoso, mas ao mesmo tempo aceitar a aplicação ao caso do perdão judicial, na esfera do livre arbítrio judicial.³⁸¹

380. Irineu Strenger, *Direito Moderno em Foco*, p. 263. Anota que a questão mais importante de interesse da opinião pública é saber se o homicídio piedoso deve ser punido com toda a severidade da lei. Conclui que o Direito, não podendo transigir aos seus princípios, deve intervir na prática eutanásica. Sem trair suas finalidades, porém, defende que essa intervenção do Direito seja atenuada, utilizando-se o instituto da graça. Lembra, outrossim, que levantamentos estatísticos feitos em tribunais pelo mundo revelam grandes vacilações nas decisões sobre casos de eutanásia. Em última análise, no entanto, quase sempre, embora imputável ao autor o delito de homicídio, tem havido, nessas circunstâncias, atenuação nas decisões, sob o fundamento de que o agente agira por piedade ou compaixão.

381. Luis Jiménez de Asúa, *Liberdade de Amar e Direito a Morrer*, pp. 250-255. Alerta que não se trata de perdão judicial dirigido aos casos repugnantes de organização, com aparato de legalidade, para o extermínio de pessoas atacadas de males incuráveis ou de demência irremediável, mas sim à hipótese da morte dada por compaixão ao doente incurável e doloroso, consciente do seu mal e do seu estado, que deseja abreviar os seus

Já Welzel, de outro turno, posiciona-se, no contexto eutanásico, no sentido da defesa de um estado de necessidade exculpante supralegal. Diz que ao lado das ocorrências em que o próprio agente ou um parente próximo imergem em um estado de necessidade que afeta sua integridade corporal ou sua vida (caso em que a conduta típica estaria sob o manto da excludente de ilicitude), há hipótese em que a vida ou a integridade corporal de um terceiro (estranho), em contraste com outro valor muito relevante, provoca uma situação de conflito de deveres (conflito de consciência), em que o autor não pode se subtrair a uma decisão, não sendo razoável que o ordenamento lhe impinja responsabilidade por haver assumido um injusto menor (nas circunstâncias do caso concreto) para proteger a outrem de um injusto maior.³⁸²

Recorde-se, ainda, a possibilidade de ligação, com o tema eutanásico, da denominada causa de exclusão normativa, entendida como juízo de culpabilidade, admitida como causa supralegal de exclusão ou falta de necessidade de pena em sentido estrito, sob a moldagem de um sistema aberto de Direito Penal que deve sopesar, para valoração da necessidade da sanção, todas as implicações concretas da reprimenda penal e, mais ainda, a realidade social, contingente, na qual está o indivíduo inserido.³⁸³

(cont.) 381. ... padecimentos. Tais situações devem ser resolvidas com justiça e humanidade. Lembra, nesse ponto, a distinção entre a eutanásia médica e o homicídio piedoso exercido por familiares ou amigos fiéis e desinteressados. No que toca ao médico, não poderia ele praticar a eutanásia com o premeditado desígnio de produzir a morte. Ao contrário disso, tal prática chega a ele como um meio de cura, de aliviar padecimentos, até porque curar não é só dar saúde, mas aliviar também, mormente nos casos em que há dores intoleráveis, que reclamam aplicação de analgésicos e narcóticos, ainda que tendo o médico a consciência de que, com tal conduta, poderá abreviar a existência do enfermo, acelerando o fim de seus dias cruéis. Assenta que o médico é guiado não pela intenção de matar o paciente, e nem mesmo por piedade, mas o seu desígnio é aliviar o sofrimento de seu paciente. Conclui que essa eutanásia médica deve restar impune porque mais do que uma forma de matar é uma verdadeira cura, um remédio sintomático das mais espantosas dores, um meio benéfico para os que sofrem cruelmente. Na outra forma de eutanásia, por vezes mais violenta, praticada por indivíduo ligado ao paciente por laços de família, de amizade ou amor, o móvel que o anima adquire importância máxima. Assim, se o matador não se guiou por motivo egoístico (recolher herança, reduzir prejuízo econômico com tratamentos etc.), mas foi movido por verdadeiras causas piedosas e compassivas, defende um processo certo de não punição do autor da conduta, dando ao juiz a faculdade para perdoar, mas não em forma de perdão legal, consignado a certas infrações, e sim em forma ampla, de verdadeiro perdão judicial. Arremata dizendo bem saber que a justiça e a piedade têm áreas distintas, assim como não ignora que a justiça repassada de piedade é mais justa.

382. Hans Welzel, *Derecho Penal Alemán, Parte General*, pp. 256-257.

383. Conforme Alamiro Velludo Salvador Netto, *in Finalidades da Pena ...*, p. 326.

Colacionando alguns entendimentos sobre o tema, informa M. Iglesias, por sua vez, que não é rara a aceitação de um sistema penal menos duro para o homicídio piedoso do que meramente considerá-lo um homicídio vulgar (comum). A figura compassiva tem geralmente assegurado que seja atenuada a punição para o homicídio eutanásico justamente pelo móvel que anima o agente, não se olvidando, de qualquer modo, da relevância do consentimento e da motivação nas infrações penais como um todo. Aduz que chegam tais circunstâncias, em determinada compreensão, a serem usadas como critérios justificantes na defesa de uma não punição do homicídio piedoso. Assim, leciona que a técnica para cimentar a justificação ou impunidade do homicídio compassivo tem geralmente se assentado em primazias justificantes como a do consentimento do paciente, a do reconhecimento do fim eutanásico por parte do Estado (a ausência de caráter anti-jurídico), ou ainda a da natureza do móvel que guia o autor.³⁸⁴

Com efeito, o móvel animador do autor da conduta (intenção-motivação), com o desenvolvimento da teoria geral da culpabilidade, adquiriu hodiernamente suma importância no tratamento penal ao agente. De se dizer, no entanto, como ensina Mário Curtis Giordani, que desde o mais antigo Direito Penal Romano, com a *Lex Numa* atribuída ao rei Numa Pompílio, além dos textos do Digesto coletados pelos juristas do imperador Justiniano, o elemento intencional e a motivação sempre foram fatores relevantes, ainda que os casos de não punibilidade ou de mitigação de pena fossem postos de forma confusa, sem um sistema teórico geral.

De qualquer modo, desde então o móvel condutor do agente já

384. M. Iglesias, *Aborto, Eutanasia y Fecundación Artificial*, pp. 167-178. Defende, em particular, que o consentimento não chega a ter valor justificante na eutanásia, mas lembra que autores como José Ingenieros e Del Vecchio o vêem como a causa mais legítima de impunidade nos casos de homicídio piedoso. Discorre, ainda, que a impunidade da eutanásia com base na seleção como fim aceito pelo Estado também não pode ser aceita, pois transformar o Direito punitivo em um Direito selecionador parece utopia perigosa. Desfia, no entanto, acerca da importância do direito sobre a própria pessoa ou sobre o próprio corpo (autonomia da vontade) e, sobretudo, quanto à relevância do motivo que anima o autor da conduta no Direito Penal moderno. Nesse ponto, a recordar Ferri, indica que seria absurdo declarar a impunidade de quem dá morte a um enfermo incurável com móvel egoístico, como, por exemplo, para alcançar mais rapidamente uma herança ou para se desfazer da pesada carga econômica que representa um doente crônico. Porém, se o móvel que dirige o agente tem mesmo fins estritamente altruístas, como a piedade com o intolerável sofrimento alheio, seria inútil impor-se pena.

ganhava relevância para agravar uma sanção e, se assim era, também importava para atenuar a reprimenda ou mesmo para, em certas situações (como a o do indivíduo que poderia ser absolvido ao tirar a vida de um homem, caso não tivesse propriamente a intenção de matar - Digesto 48.8.1.3), eximir o agente de pena.³⁸⁵

Royo-Villanova, outrossim, anota que, mesmo diante da dificuldade de uma regulamentação legal e operatória da eutanásia, a tendência atual continua firme no caminho da especial atenuação de pena ou mesmo da exclusão da culpabilidade “dos que matam movidos somente por compaixão, satisfazendo a suprema vontade das criaturas que sofrem no horrível transe de uma agonia prolongada, desesperadas ante a incurabilidade de uma moléstia iminentemente fatal, tendência esta verificada nas decisões de tribunais, nas manifestações de certos criminólogos ou criminalistas e ainda nas disposições dos projetos e códigos modernos”, não sendo mesmo poucos os que já reconhecem, expressamente, na hipótese, uma particular mitigação da responsabilidade jurídica, ou ainda a absoluta impunidade de quem, por piedade e a pedido do doente, lhe proporciona o fim do seu profundo sofrimento.³⁸⁶

Assim também anota Chiara Tripodina, asseverando que entre os argumentos dos defensores da não punibilidade do agente que pratica a eutanásia se encontraria o de que no homicídio por piedade estaria ausente o dolo, porquanto o autor, animado exclusivamente pela vontade de fazer o bem, não teria consciência da antijuridicidade de sua conduta. Outro posicionamento seria o da defesa da discriminante do estado de necessidade nos casos eutanásicos, em que o agente fora premido a agir em razão da necessidade de salvar a outrem de um perigo grave e iminente.

Apresenta tais posições para logo refutá-las. Afasta o primeiro entendimento, o do dolo ausente, ao dizer que nessa situação haveria confusão entre dolo, ou seja, a previsão e a vontade de realizar o evento, com

385. Mário Curtis Giordani, *Direito Penal Romano*, pp. 21-27.

386. Ricardo Royo-Villanova y Morales, *O Direito de Morrer sem Dor*, pp. 82-83.

o motivo, isto é, a causa do mesmo evento. Em seguida, acerca do estado de necessidade, alerta que na hipótese faltaria um dos requisitos da discriminante, qual seja, o da proporcionalidade entre o remédio e o mal instalado, indicando que não se poderia salvar alguém matando-o, já que o preço para a eliminação da dor seria de todo desproporcional.

Recorda que vários outros entendimentos, de maior ou menor aceitação geral, estão sempre presentes na matéria eutanásica, tal o dissenso instalado na procura de uma solução legal para a questão. Fala-se em ‘discriminante do adimplemento do dever’ (dirigida, em particular, ao médico, mormente nos casos de suspensão de tratamento fútil ou na sedação terminal), em ‘discriminante tácita do fato social adequado’ (tendo como base a idéia de que a instrução normativa de uma lei pode não ser determinada integralmente por essa mesma norma, realizando-se o fato, em verdade, diante do concurso de uma determinada situação social, por meio de uma apreciação sistemática com outras normas, em um senso mais amplo), em ‘causa excludente da culpabilidade’ (também dirigida ao médico, tal qual uma inexigibilidade de conduta diversa, sobretudo quanto ao desligamento de máquinas de sustentação artificial da vida ou a intervenções com tratamentos analgésicos), em ‘recorrer-se ao instituto da graça’ (a ser concedida ao homicida piedoso após a imposição da pena), em ‘mitigação da pena’ (como ocorreria em qualquer caso de relevante valor moral ou social), em ‘atenuação especial da reprimenda’ (para os casos específicos de eutanásia), ou ainda em ‘criação de norma própria e autônoma’ para a hipótese, seja com pena particularmente branda, seja mesmo com isenção da reprimenda.

No tocante à recusa de tratamento e do direito a deixar morrer, especificamente, desfia que essa recusa do paciente deve constituir limite não derogável para cada intervenção médica. Cessando o dever de atuar do médico, em respeito à vontade do paciente, não haverá omissão juridicamente relevante e a morte não pode ser imputável àquele, mormente quando presente um consentimento livre, consciente e informado do interessado, encontrando

a sua máxima expressão, *in casu*, o princípio *voluntas aegroti suprema lex*.³⁸⁷

Dos autores que, desde há muito, defendem especialmente a impunidade do homicídio piedoso, sempre procurando não se olvidar das circunstâncias temporais e espaciais em que foram expostas as lições (não raro Itália e Alemanha, no período entre as duas grandes guerras), mormente para tratar da eutanásia em sentido estrito, buscando não contaminá-la com qualquer forma de organização eugênica, não se pode deixar de destacar Enrique Ferri.³⁸⁸

Concluiu que a norma legal deveria considerar explicitamente as duas principais hipóteses da prática a que denominou homicídio-suicídio, quais sejam, a participação moral ou material no suicídio e a morte do consenciente relacionada à personalidade do agente, ao mesmo tempo em que permitiria ao julgador declarar a impunidade do homicida-suicida, quando determinado por motivos legítimos e sociais, posto ser a prática digna de perdão.³⁸⁹

387. Chiara Tripodina, *Il Diritto Nell'Età Della Tecnica, Il Caso Dell'Eutanasia*, pp. 83-88, 92-102 e 138-143. Aduz que após a decisão do interessado sobre recusa de tratamento, tendo havido efetivo consentimento informado, ao Estado resta espaço apenas para uma estratégia de persuasão, procurando incentivar o indivíduo a interessar-se novamente pela própria saúde.

388. Enrique Ferri, *Homicidio-Suicidio*, pp. 260-261. Faz observação de que, assim como primitivamente havia a sanção ao suicídio e ao auxílio ao suicídio, passando-se, após, a castigar-se apenas o auxílio, e ainda assim com especial atenuação de pena, é de se prever que a evolução legislativa, de acordo com a doutrina científica e o sentir geral, chegará ao reconhecimento explícito do critério psicológico, unindo ao exame jurídico do delito a apreciação biológica e social da personalidade do agente, para uma final não punição dessa conduta eutanásica.

389. M. Iglesias, *Aborto, Eutanasia y Fecundación Artificial*, pp. 248-252, comenta que Ferri, ao advogar a impunidade do homicídio-suicídio, argumenta que o direito de morrer é implicitamente reconhecido pela lei, que não castiga o suicídio. Se assim é, compreende que não seria razoável ou útil impor pena a quem matasse um doente incurável, a seu insistente pedido, para findar seus padecimentos, fazendo-o com móvel social (piedoso), e nunca anti-social (egoístico), posto que não se estaria frente a uma caso de 'temibilidade'. Leciona ainda que Binding também se funda no 'direito de morrer' para a não punição eutanásica, anotando que tal prática, realizada por médicos, nos seus justos limites, mais do que uma forma de matar os doentes, se consubstanciaria em uma verdadeira cura, um remédio sintomático das mais espantosas dores, um meio benéfico para os que sofrem cruelmente. Ao mesmo tempo, deixa clara a repugnância pela organização, reclamada pelo próprio Binding, além de Binet-Sanglé e Hoche, com todo aparato de legalidade, do extermínio de pessoas atacadas de males incuráveis ou de demência irremediável, o que traria, certamente, protesto de sentimentalidade popular, por ser idéia que muito não se afasta da mera execução de pobres indivíduos sem possibilidade de se defender. Ricardo Royo-Villanova y Morales (*in O Direito de Morrer sem Dor*, pp. 78-79), recorda, nesse passo, que Binet-Sanglé chegou a expor projeto de regulamentação da eutanásia, sendo a prática confiada a especialistas (eutanásistas), com a criação de um 'Instituto de Eutanásia', enquanto o jurista Binding e o médico Hoche, desde 1920, em senda algo similar, procuraram aprofundar a pesquisa das razões jurídicas e morais em prol da possibilidade legal de matar os seres desprovidos de valor vital, dizendo haver vidas que perderam a qualidade do bem jurídico por não terem valor para elas próprias e para a sociedade.

Karl Binding e Alfred Hoche, em seu *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens* (A autorização para suprimir a vida indigna de ser vivida), no tocante à explicação acerca da impunibilidade do suicídio (e, por extensão, da prática eutanásica), acabam por concebê-lo como expressão de uma soberania do homem vivo sobre a sua própria existência. Em um extrapolado limite crítico do conceito de valor no direito, assentam que a vida humana que já perdeu definitivamente todo o ‘valor’, a tal ponto de perder também a qualidade de bem jurídico, não é de ser prolongada, tanto sob o enfoque do portador da vida, que deseja uma verdadeira libertação, como também da sociedade.³⁹⁰

Enrico Morselli, por sua vez, afora posicionamento de todo reprovável da eugenia como prevenção e não como repressão, ou ainda como programa humanitário e piedoso, buscando-se, assim, ainda que com dificuldade aparentemente intransponível, abstrair-se da sua compreensão eutanásica uma visível simpatia eugênica, defendia que a eutanásia encerrava mesmo uma conduta humana e moral de ajuda a quem, desesperado de dor, clamasse por ajuda para ser libertado do sofrimento. O agente atuaria com desígnio de caridade suprema, de modo que nem a moral, nem a fé, poderiam condenar, na situação, o uso de analgésicos e sedativos que levariam o interessado ao ‘doce sono da morte’.

Antes de qualquer reforma legislativa tendente a uma não punição eutanásica, entretanto, asseverou que a aceitação da prática depende mesmo dos costumes, da opinião pública e do sentimento social de solidariedade e mútuo respeito desenvolvido entre os homens, sentimento este que se inicia na família, em particular quando um ente querido busca, em desespero de dor, diante de uma situação irreversível, a morte digna.³⁹¹

É necessário, ainda, anotar posicionamento acerca do tema eutanásico a partir do advento da teoria da imputação objetiva no Direito

390. Conforme Giorgio Agamben, *in* O poder Soberano e a Vida Nua, pp. 131-133.

391. Enrico Morselli, *L’Uccisione Pietosa (L’Eutanasia)*, pp. 259-272.

Penal. Günther Jakobs leciona que não se deve construir o delito tão-somente com base em dados naturalistas - causalidade, dolo. Ao contrário, aduz que o essencial é que concorra a *violação de um papel*, o que faria, por conseguinte, já não resultar mais suficiente uma mera equiparação entre delito e lesão de um bem jurídico. Assevera que no âmbito da omissão, por exemplo, resta praticamente implícito que os limites dos papéis funcionam como limites de responsabilidade. Assim, quem se mantivesse dentro dos limites de seu papel não responderia por um curso lesivo, ainda que pudesse bem e perfeitamente evitá-lo. Apenas seria obrigado a evitar o curso lesivo o titular de uma posição de garantia.

Nesse encadeamento, assinala que o médico deve mesmo curar a enfermidade do paciente, se este assim o deseja. Caso não seja este o seu desejo, não querendo o doente a cura, o que se sucede será seu próprio risco, até porque o médico somente domina o risco que deriva da doença, estando obrigado a preservar o enfermo dos riscos do mal de que padece apenas na medida em que isso corresponda a um padrão ideal do comportamento esperado.

Deslocando-se tal apreciação ao campo comissivo, do mesmo modo como ocorre nas posições de garantia, deve-se descrever certos limites para os papéis sem cuja superação não se deve imputar um curso lesivo, ainda que tenha sido causado de modo bem evitável. Nessa senda, o âmbito da imputação objetiva do comportamento, também apreciável na matéria eutanásica, teria como uma das possíveis configurações coerentes os conceitos do ‘risco permitido’ (por não fazer parte do papel de nenhum cidadão eliminar todo risco de lesão de outro), do ‘princípio de confiança’ (por não fazer parte do papel do cidadão controlar de modo permanente a todos os demais, na situação em que o comportamento dos seres humanos se entrelaça), da ‘proibição de regresso’ (a significar que um comportamento invariavelmente considerado inofensivo não constitui participação em uma atividade não permitida), e da ‘competência (capacidade) da vítima’.

Quanto a este último conceito, defende ser bem possível que a configuração de um contato social seja de competência não somente do autor, mas também da vítima, isto é, o próprio comportamento desta pode fundamentar que se lhe impute a consequência lesiva. Essa competência da vítima é mais conhecida no caso do consentimento, embora possa ela se encontrar nessa mesma situação por obra do destino, isto é, por um infortúnio. Anota que o exemplo mais relevante, nesse contexto, é o referente à medicina, no âmbito dos cuidados intensivos, defendendo a licitude da suspensão de determinadas prestações realizadas por meio de aparelhos que mantêm a vida do paciente, quando as medidas já não estejam medicamente indicadas, justamente por se manter, o médico, *in casu*, dentro de seu papel.³⁹²

Também Enrique Bacigalupo discorre sobre a questão eutanásica sob a ótica relacionada à idéia de imputação objetiva, ainda que percorra senda distinta para uma conclusão. Diz que o tipo objetivo do homicídio está constituído pela ação de matar e pelo resultado de morte de outrem, que devem estar ligados por uma relação de imputação objetiva.

Aduz, ainda, que a definição da ação típica de tirar a vida de terceiro representa especial dificuldade quando se julga o comportamento do médico nos casos de eutanásia, mormente a indireta, na medida em que se utiliza, para acalmar as dores do enfermo que seguramente morrerá, de meios capazes de produzir um encurtamento da vida do paciente. Aponta que, nesses casos, a ação médica é geralmente considerada como excluída de tipicidade sem argumentos muito convincentes, eis que, em verdade, o fundamento deveria ser encontrado no direito do paciente a uma morte digna, isto é, sem

392. Günther Jakobs, *A Imputação Objetiva no Direito Penal*, pp. 25-34. Alega, portanto, que na hipótese de desconexão de aparelhos que mantêm a vida do enfermo, configurando um atuar positivo, ainda que ocorram efeitos causais a respeito da morte do doente, resta o médico, de qualquer modo, dentro de seu papel, não se atribuindo uma atividade alheia. Ao contrário disso, constitui a situação uma fatalidade do paciente, por estar posicionado de uma maneira propensa a sofrer o dano. Recorda também a ocorrência em que a vítima, por seu próprio comportamento, dá razão para que a consequência lesiva lhe seja imputada. Nesse ponto, a modalidade de explicação não seria propriamente a fatalidade, mas a lesão de um dever de autoproteção ou a própria vontade, ambas as circunstâncias agrupando-se sob o rótulo de 'ação a próprio risco'.

sofrimentos desumanos. Com isso não quer dizer uma autorização genérica para a eutanásia, mas sim que o problema deveria ser tratado no campo da justificação.

Defende, assim, que a exclusão da punibilidade requereria, na hipótese, a aplicação do estado de necessidade, posto haver um conflito de interesses consubstanciado na colisão entre o prolongamento da vida, porém com as dores profundas, de um lado, e da abreviação do sofrimento, porém com encurtamento da vida, de outro.

Recorda, outrossim, que nessas situações também não é raro recorrer-se à chamada causa de justificação do risco permitido, sempre que se trate mais de resultados seguros do que de meros riscos na prática da eutanásia, ou ainda no recurso de se excluir tais casos do Direito Penal, sustentando-se que eles se encontram fora do âmbito de proteção da norma, já que não é o seu sentido ou o seu fim obrigar o médico a omitir todo o tratamento contra a dor (analgesia na eutanásia de duplo efeito), nem obrigá-lo a persistir em tratamento fútil e não benéfico ao enfermo.³⁹³

Ainda sob o particular enfoque da imputação objetiva, ensina Antônio Luís Chaves Camargo que tem ela, como fundamento fático, a relação de causalidade (teoria da *conditio sine qua non*), não significando, entretanto, que seja viável, de plano, simplesmente imputar-se ao agente a realização do resultado. Nesse passo, não se olvida da tormentosa questão debatida na dogmática penal, referente aos *cursos causais hipotéticos*,

393. Enrique Bacigalupo, *Los Delitos de Homicidio*, pp. 13-16. Leciona que no caso da eutanásia passiva propriamente dita, contando-se com o consentimento do paciente, já se entendeu viável o entendimento de que não haveria uma ação típica de homicídio, pois ninguém pode impor a outrem tratamento médico que o interessado não deseje. Se faltar o consentimento, ainda assim poderia defender-se posicionamento segundo o qual quem se omite no tratamento não se encontraria na posição de garante, eis que, colacionando lição de Schmidhäuser, à vida pertence a morte, e em virtude da dignidade da vida e da morte não se pode exigir todo e qualquer prolongamento da vida médico-tecnicamente possível, razão pela qual estariam autorizados, médico e familiares, a deixar morrer um doente grave, se este não reclama outra coisa e se o prolongamento artificial da vida implica em privar o interessado de seu direito de morrer condignamente. Não é, pois, o mero consentimento que exclui a tipicidade ou a antijuridicidade do homicídio, mas, por evidência, as circunstâncias em que o fato ocorre.

compreendidos como ‘aqueles que determinariam o resultado, mesmo excluindo a ação direta que causou o fato relevante penalmente’.

Assevera que as críticas à teoria da equivalência das condições (que para determinar a causa de um resultado pregava a exclusão hipotética das causas e condições e, se desaparecesse o resultado, seria esta a causa da ação), fixaram-se justamente nas hipóteses em que o resultado continuaria existindo mesmo que retirada a causa, situação que acabava por negar toda a formulação da própria teoria, ao passo que na imputação objetiva tais situações terminam por serem tratadas como cursos causais hipotéticos.

Leciona que a “solução do problema encontrou diversas opiniões, umas considerando excludente da responsabilidade causal, quando presente uma causa hipotética que levaria ao mesmo resultado, outras, determinando persistir a responsabilidade pelo resultado, independente da presença de um curso causal hipotético, e terceira posição, sugerindo que cada caso seja analisado, individualmente, para concluir-se pela imputação objetiva do resultado a seu autor”.

De qualquer modo, a noção dos cursos causais hipotéticos é relevante para os aspectos e conseqüências jurídicas da prática eutanásica, na medida em que deve restar claro que se referem “àqueles fatos em que uma conduta diversa do agente não excluiria o resultado, por ser este iminente, podendo apenas ter antecipado esta conseqüência fática”.³⁹⁴

De outro lado, ainda que se entenda que a existência de um curso causal previsível do resultado possa não excluir, por si só, a imputação, é

394. Antônio Luís Chaves Camargo, *Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro*, pp. 149-151. No que toca à teoria da equivalência das condições, recorda que foi ela desenvolvida em 1858 pelo processualista austríaco Julius Glaser, que “propôs uma fórmula para admitir-se o nexos causal, consistente na supressão mental das origens da soma dos acontecimentos e, apesar disto, continua sendo o mesmo resultado, não se podendo atribuir à pessoa a eficácia deste resultado”. Aduz também que Maximilian Von Buri desenvolveu a teoria da equivalência introduzindo em sua fórmula a relação causal, a estabelecer que é causa do resultado toda condição da qual depende sua produção, com independência de sua maior ou menor proximidade ou importância, mas todas equivalentes. Indica, outrossim, que o Código Penal de 1940 acabou por adotar expressamente a teoria da equivalência dos antecedentes ou da *conditio sine qua non*.

certo que ela, no mínimo, “possibilita ao intérprete elementos para uma análise mais ampla do problema causal e sua interpretação através da imputação objetiva”.³⁹⁵

Insta prosseguir, diante da amplitude apreciativa do aspecto jurídico referente à matéria, na anotação da importância do papel da ‘vítima’ ou ‘ofendido’ - que em verdade mais propriamente deve ganhar, na eutanásia, denominação de paciente ou enfermo - na conduta do auto do fato. Recorda Alessandra Orcesi Pedro o advento da vitimodogmática, que encerra série de postulados vitimológicos, na qual se estuda o comportamento do sujeito passivo frente ao crime (ou à conduta que se tem, em princípio, como criminosa), mais especificamente a sua contribuição para que tal conduta ocorra, além da repercussão desse contributo na eventual fixação da sanção do autor, que pode variar desde uma simples atenuação até uma total isenção de pena. Ressalta que a vitimodogmática não cria uma forma de co-culpabilização do ofendido, mas procura atribuir ao autor do fato uma punição mais justa, computando eventual comportamento inadequado daquele.

De qualquer forma, a vitimodogmática compreende que o ordenamento jurídico não deve se preocupar com um bem jurídico, pessoal, que a própria vítima (o próprio interessado) não tratou de proteger. Hodiernamente, acerca do tema traçam-se dois parâmetros, quais sejam, o bem jurídico, de um lado, e a proporcionalidade das intervenções penais, de outro. Assim sendo, repisa que o bem jurídico cujo próprio titular, podendo protegê-lo, não o faz, resta excluído da proteção estatal, vindo a adquirir sua exata dimensão, nesse passo, o princípio da subsidiariedade da proteção jurídico-penal.³⁹⁶

395. Claus Roxin (*in* Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal, p. 322), de seu turno, atenta restar claro que “os cursos causais hipotéticos por vezes influenciam o juízo a respeito da criação de um risco e, com isso, a imputação ao tipo, mas são, na maior parte dos casos, irrelevantes. Isto não significa uma contradição face ao conceito da criação de um risco. Pois o que significa um risco juridicamente relevante não é uma questão pertencente à lógica ou à ciência da natureza, mas uma valoração político-criminal”.

396. Alessandra Orcesi Pedro, *A Autocolocação da Vítima em Risco*, pp. 39-44. Nessa senda, informa que autores como Hassemer e Schünemman defendem que o princípio da subsidiariedade do Direito Penal deriva mesmo do princípio de auto-responsabilidade da vítima, e isto está em conformidade com critérios interpretativos teleológicos que podem anular o caráter típico das ações do autor. Traz à colação, no contexto, a

No caso da eutanásia, não se trata propriamente de inadequação de comportamento do ofendido ou mesmo de ausência de auto-proteção, mas de efetiva aquiescência do interessado, como se comparável a uma renúncia à tutela penal do bem jurídico ou, mais especificamente, a uma renúncia expressa ao exercício da preservação do referido bem, sendo a admissão da renunciabilidade, *in casu*, e como já analisado, também e, sobretudo, questão imersa na compreensão filosófica, sócio-cultural e jurídica do intérprete (abstraindo-se a autorização ou a proibição da conduta pela lei). Aliás, mais do que isso, na hipótese eutanásica há um pedido ou, em geral, um clamor do interessado para que tal tutela seja desconsiderada e desconstituída.

Por derradeiro, é de se dizer que ainda que não haja - ou enquanto não exista - tratamento legal efetivamente específico, no ordenamento jurídico pátrio, no que toca à eutanásia propriamente dita, dentre os posicionamentos que percorrem todo o espectro punitivo (da plena e agravada reprimenda até a sua isenção total), parece que a possibilidade de aplicação do perdão judicial, em determinados casos, é solução bastante aceitável social e juridicamente para um primeiro momento, assim como pode sê-lo, em momento oportuno, a defesa de um estado de necessidade exculpante supralegal, hipótese em que um mal menor (abreviação do fim já iminente da vida, a pedido do interessado que padece de sofrimento profundo e irreversível, na busca de uma morte digna) é praticado para se evitar um mal maior (prolongamento inútil e agônico, geralmente por meios artificiais, do processo que leva à morte, tornando indigno o fim da existência), ou ainda, e sobretudo, a não punição da conduta eutanásica, em virtude da compreensão de que nela está efetivamente ausente uma intenção criminosa.

Assim, compreende-se que não há dolo de matar (*animus necandi*, puro e simples), mas sim uma intenção, que a tudo sobrepuja, de livrar do sofrimento, em especial o intolerável, a pedido, o indivíduo acometido de mal

(cont.) 396. ... corrente mais moderada na doutrina alemã sobre a questão (Jakobs), segundo a qual o comportamento do sujeito passivo deve ser considerado no âmbito da fixação da pena, porém sem extrapolar os limites da tipicidade, salvo por expressa previsão legal, e também a corrente mais radical (Schünemann), a sustentar que um enfoque vitimológico dos princípios gerais reguladores do *jus puniendi* do Estado pode conduzir a uma total isenção de responsabilidade do autor.

irreversível e terminal, imprimindo toda relevância ao princípio da dignidade humana, a ele adicionadas as noções da autonomia da vontade, da benemerência e da justiça, não se olvidando, de outro lado, do entendimento da estrutura do tipo de acordo com um conceito mais amplo do crime, com a idéia da tipicidade conglobante, como no caso de assentar-se que o médico tem o dever, fomentado pelo Estado e pela sociedade, de buscar a cura de seu paciente ou, se inviável, de aliviar seu sofrimento, sem manter-se na mera obstinação terapêutica, que acaba por desaguar no tratamento fútil.

Não se trataria, outrossim, de meramente confundir-se tipicidade penal com motivação. O fato pode ser, em princípio, típico, ao mesmo tempo em que pode ou não ser criminoso, porém não somente no sentido da existência de uma causa de justificação, isto é, de uma excludente de antijuridicidade, mas sim na medida em que o fato, em princípio típico, pode, a despeito de transparecer uma contradição em seus próprios termos, diante das circunstância apresentadas, concluir-se ‘atípico’, emergindo daí uma noção de tipicidade formal e tipicidade material.

O tipo é, pois, indício e não demonstração cabal de antijuridicidade, mormente compreendendo-se que todo tipo é fluido, razão pela qual teria o julgador sempre a função de integração do tipo penal frente ao caso concreto.

É também nesse contexto, afora os posicionamentos já paralelamente trazidos pela teoria da imputação objetiva, indicativos da não punição da conduta eutanásica, que se viabiliza a defesa da eutanásia - que encerra conduta ‘formalmente típica’ - como prática não sancionada, já que ausente a intenção criminosa, verificável na esfera da ‘tipicidade material’.

XI.2 - Eutanásia e Legislação Pátria Recente. Anteprojetos.

A legislação pátria atual, de se repisar, não ostenta tipo penal próprio e específico, seja incriminador ou permissivo, para a eutanásia. Tal qual já verificado, o Código Penal em vigor (parte especial, de 1940) traz, na figura do homicídio, causa especial de diminuição de pena na hipótese do agente homicida cometer o crime impellido por motivo de relevante valor social, ou moral. A exposição de motivos do Código entendeu que o significado desse móvel da conduta é aquele aprovado pela moral prática, como o é o exemplo da compaixão ante o irremediável sofrimento da vítima, ou seja, a situação do homicídio eutanásico.³⁹⁷

Os naturais avanços e transformações sócio-culturais, dos costumes em geral e da ciência, lançam impulsos reformadores da lei penal, o que se verificou, mais recentemente, em particular quanto ao tema da eutanásia. Anota Maria Auxiliadora de Almeida Minahim que a reforma do Código Penal brasileiro, iniciada em 1963 com o anteprojeto de Nelson Hungria, foi intensificada a partir de 1998, quando se pretendeu dotar o país de um texto compatível com o terceiro milênio, agora no tocante à parte especial do Código. Alerta, especificamente quanto à matéria ora tratada, que o desenvolvimento da ciência, possibilitando o prolongamento artificial da vida, aliado à compreensão do princípio do respeito pela dignidade humana como algo irrenunciável, impôs, conseqüentemente, o exame de seu corolário, qual seja, a validade de abreviar a vida diante de determinadas situações.

397. Guilherme Alfredo de Moraes Nostre (*in* Bioética e Biodireito, Aspectos Jurídico-Penais da Manipulação de Embriões, do Aborto e da Eutanásia, pp. 244-245), informa que a eutanásia, com efeito, não recebeu especial atenção em nosso sistema legislativo, pelo que, em sendo a conduta motivada pela piedade, sempre se valeu, para sancioná-la, de atenuantes genéricas e específicas. Assenta que o Projeto Sá Pereira, em seu art. 130, n. IV, incluía entre as atenuantes genéricas, além de admitir o desconto de metade da pena de prisão, uma situação que poderia englobar especificamente a prática eutanásica, hipótese que não seguiu ao Código Penal de 1940, eis que nele se manteve o repúdio à impunidade da eutanásia e também a impossibilidade de perdão judicial, propugnando-se apenas uma sanção mais branda pelo privilégio no homicídio. Tal posição foi mantida no anteprojeto Hungria e no Código promulgado em 1969. De outro lado, alteração substancial ocorrera no anteprojeto da parte especial do CP, de 1984, prevendo-se a isenção de pena, de forma bastante ampla, à conduta eutanásica (§ 3º do art. 121). Mais recentemente, entretanto, comissão formada pelo Ministério da Justiça retrocedeu, ao menos parcialmente, elaborando-se novo anteprojeto de lei em que se diminuía, de modo particular e específico, a sanção para a eutanásia, enquanto se estabelecia a descriminalização da ortotanásia (vista, na hipótese, como sinônimo da eutanásia passiva).

Leciona que no direito penal pátrio a discussão passou a ocupar maior espaço desde 1984, ocasião em que o anteprojeto de reforma da parte especial, no parágrafo 3º do artigo 121, isentava de pena a conduta, em princípio do médico, que, com a aquiescência da vítima ou de parente próximo, se impossibilitada aquela de consentir, para abreviar-lhe o sofrimento, antecipava a morte iminente e inevitável, atestada por outro médico (art. 121, § 3º - “Não constitui crime deixar de manter a vida de alguém, por meio artificial, se previamente atestada, por dois médicos, a morte como iminente e inevitável, e desde que haja consentimento do doente ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge ou irmão”).

Assinala, entretanto, que somente em 1999 o anteprojeto acabou efetivamente encaminhado ao Congresso Nacional, ainda assim modificado e com a matéria tratada em dois dispositivos. O primeiro deles encerra uma espécie de homicídio privilegiado *stricto sensu*, cominando-se à hipótese sanção bastante atenuada em relação ao homicídio simples e mesmo em relação ao homicídio privilegiado *lato sensu* (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 diagnosticada. Pena - reclusão de dois a cinco anos), enquanto o segundo dispositivo insere a figura da ortotanásia (aqui como sinônimo de eutanásia passiva), excluindo-se a ilicitude da conduta (art. 121, § 4º - “Não constitui crime deixar de manter a vida de alguém, por meio artificial, se previamente atestada por dois médicos a morte iminente e inevitável e desde que haja consentimento do paciente, ou na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, companheiro ou irmão”).

Seguiu-se, assim, tendência mais moderada, diante da qual os elementos ‘sofrimento físico insuportável’, ‘piedade do autor’ (parentes próximos), ‘consentimento válido’ e ‘morte iminente’ não legitimam a conduta, mas mitigam ainda mais especialmente a sanção, enquanto cauteloso avanço é registrado em um quarto parágrafo do artigo

121, pelo qual é descriminalizada a ortotanásia³⁹⁸ (repita-se, aqui como sinônimo de eutanásia passiva),³⁹⁹ tida como a interrupção de suportes artificiais da vida, diante de morte inevitável, atestada por dois médicos e consentida pelas pessoas autorizadas.⁴⁰⁰

Acerca da referida reforma da lei penal, aduz Luiz Vicente Cernicchiaro que a proposta de isenção de pena para a conduta eutanásica foi alvo preferido de críticas e sugestões, distribuindo-se, em princípio, em três categorias, quais sejam, a do apoio à inovação, a da oposição veemente, e a da modificação da redação.⁴⁰¹

Desfia que predominou, em verdade, a idéia da supressão, sob o fundamento de que a norma contrariava a preservação da vida, ofendia os

398. Maria Auxiliadora de Almeida Minahim, *Direito de Morrer no Anteprojeto do Código Penal Brasileiro*, pp. 176-183. Aduz ainda que o legislador fez uso da mesma distinção que as doutrinas italiana e alemã já estabelecem, quando fala em 'ajuda para morrer', expressão, aliás, já carregada de clara valoração na conceituação de eutanásia. A partir dessa noção de 'ajuda para morrer', diferencia-se a 'ajuda ativa', tal qual a aplicação de uma substância para causar a morte, findando a dor física intolerável do enfermo terminal, a seu pedido, da 'ajuda passiva', consubstanciada na recusa ao uso ou suspensão de tratamentos médicos, em virtude da morte iminente e inevitável, mediante consentimento do interessado ou de seus familiares. Por derradeiro, assenta que, nesse último caso, o dispositivo legal veio consolidar situação já admitida na prática e frequentemente utilizada sem maiores repercussões no direito ou na moral vigente.

399. Celeste Leite dos Santos Pereira Gomes e outros, *Anteprojeto de Código Penal: Reflexões Relativas ao Crime de Eutanásia*, pp. 1-12. Assinala-se que a previsão legal reformadora relativa à eutanásia é bastante atual, já que sempre a prática foi tratada, jurisprudencial e doutrinariamente, como homicídio privilegiado. De outro lado, ressalta-se que a proposta de reforma acabou por não constituir um tipo penal autônomo, mas sim um parágrafo (o terceiro) do artigo que trata do homicídio. A eutanásia, assim, segundo o relatório que precede o texto da reforma, é tomada como causa de diminuição de pena, muito embora a hipótese seja, em verdade, tal qual como posta, um tipo de homicídio privilegiado autônomo e não uma causa de simples atenuação de reprimenda. Em ainda outro parágrafo (o quarto), como já indicado, trata a reforma de causa de exclusão de ilicitude no caso da ortotanásia, então recebida como sinônimo da eutanásia por omissão (passiva).

400. Roxana Cardoso Brasileiro Borges, *Direito de Morrer Dignamente ...*, pp. 291-294, observa que o parágrafo 3º do art. 121, posto no anteprojeto de reforma da parte especial do CP, em 1984, referia-se mesmo à ortotanásia, (enquanto sinônimo de eutanásia passiva), hipótese em que o processo de morte já está instalado, em razão da grave enfermidade, e não à eutanásia (propriamente dita e em sentido estrito), em que há doença incurável e até mesmo estado terminal, mas o processo efetivo de morte não se iniciou. Apenas na mais recente proposta reformadora é que se previu a eutanásia, mas como uma espécie de homicídio especialmente privilegiado, e a ortotanásia como causa de exclusão de ilicitude. Leciona, outrossim, que por paciente terminal deve se compreender aquele que sofre de doença incurável e que tem como tempo de vida, previsto pelos médicos, de três a seis meses.

401. Luiz Vicente Cernicchiaro, *Reforma Penal (Congresso Brasileiro sobre a Reforma Penal na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo)*, pp. 38-41. Assinala que, mais recentemente, há mesmo cada vez maior propensão para uma específica disciplina legislativa da eutanásia, o que já ocorre em vários ordenamentos jurídicos, como o austríaco (§ 77), o alemão (§ 216), o português (art. 134) e o suíço (art. 114), dentre outros, todos reconhecendo a singularidade do fato, em geral com diminuição da culpabilidade e a conseqüente sensível redução da pena.

princípios morais e religiosos consagrados no Brasil e não encontrava respaldo em nossa tradição jurídica.⁴⁰²

Em razão da polêmica, compreendeu-se ser de bom alvitre alongar o debate, de modo a sentir-se com maior profundidade a efetiva reação da sociedade.

De outro turno, opina Maria Celeste Cordeiro Leite Santos, acerca da proposta indicada na reforma, que entre a eutanásia ativa e a passiva, ou entre matar e o deixar morrer, não deveria haver diferença moral. Assinala que a ortotanásia, entendida como auxílio médico ao morrer e podendo ser considerada, pelo texto da reforma, como causa excludente de ilicitude, melhor estaria caso fosse disposta como um tipo penal autônomo.

Segue dizendo que o médico deve coincidir com o enfermo sobre qual é o interesse deste último, bem como que o profissional da medicina, por evidência, está facultado, mas não obrigado a aceder ao pedido do interessado, sendo este maior, capaz e que pode ter efetivado um testamento vital prévio. Por fim, alerta que não se pode olvidar do perigo dos abusos, em razão do erro de diagnóstico, assim como recorda que as várias posições sobre a matéria conduzem inexoravelmente às “fundamentais e contrapostas concepções do próprio homem, a utilitarista e a personalista”, daí porque a necessidade de intensos cuidados na apreciação do tema, na medida em que o homem pode ser considerado desde uma entidade bio-sócio-econômica, como indivíduo meio e instrumentalizável (concepção utilitarista), até ser afirmado, pela noção personalista, como valor ético em si, isto é, o homem-pessoa, o homem-fim não instrumentalizável, coincidindo o bem-pessoa e o bem comum, em um entendimento de que o respeito à pessoa é o próprio fim de toda a sociedade.⁴⁰³

402. Com esse entendimento, assinala Carlos Ernani Constantino não ver razão para a criação de figura específica para a eutanásia, mormente com pena tão reduzida, anotando compreensão de que seria mais adequado deixar que a prática eutanásica continuasse, como o é atualmente, enquadrada como homicídio privilegiado, ao invés de criar-se um privilégio *stricto sensu*, em contraposição ao privilégio *lato sensu* existente. Opina, outrossim - o que demonstra o quão ainda discrepantes são os posicionamentos sobre o tema - que é incompreensível a pretensão de não se considerar crime a ortotanásia.

403. Maria Celeste Cordeiro Leite Santos, Contornos Atuais da Eutanásia e da Ortotanásia ..., pp. 277-278.

XI.3 - Eutanásia e Legislação Estrangeira

A eutanásia, em geral, vem cada vez mais adquirindo, por todo o mundo, legislativa específica. Os ordenamentos jurídicos, no mais das vezes, ainda não indicam tipos penais autônomos pertinentes ao tema, mas quase sempre a idéia de mitigação de pena existe, seja com aplicação de meras atenuantes genéricas, seja com utilização de causas gerais (as formas privilegiadas *lato sensu* de homicídio) ou específicas (isto é, particulares à matéria, tal qual um privilégio *stricto sensu*) de diminuição de reprimenda.

De outro lado, algumas legislações nacionais já ostentam tipos eutanásicos autônomos, com especial atenuação da sanção, em seus limites abstratamente cominados, ou ainda prevendo expressamente a possibilidade de perdão judicial ou mesmo a descriminalização da conduta, sobretudo no tocante à ortotanásia (quando sinônimo de eutanásia passiva), mas também no que pertine à própria eutanásia em sentido estrito (em que há conduta positiva do agente).

Com efeito, a situação legal da eutanásia na Holanda é sempre lembrada como exemplo de avanço legislativo no tocante ao assunto (ou indevida ousadia legislativa, para os seus detratores).

A decisão pioneira holandesa acerca da legalização da eutanásia tem influenciado outros países, fazendo renascer, com força, a discussão sobre o direito de optar pela própria morte.

É, pois, a Holanda o primeiro país do mundo a liberar o procedimento - muito embora o Uruguai seja tido como a primeira nação a legislar especificamente sobre a eutanásia propriamente dita de modo a possibilitar a sua impunidade, a despeito de declará-la ilícita, e os Territórios do Norte, na Austrália (com lei local, e não nacional, logo revogada) sejam historicamente tratados como os precursores na aprovação de norma legal que

explicitamente legaliza a eutanásia ativa e o auxílio ao suicídio - dirigido às pessoas com doenças incuráveis, em estado terminal, que são autorizadas por lei a pedir para morrer, auxiliadas por médicos, devendo o ato médico submeter-se às condições apontadas na lei holandesa de 10 de abril de 2001 (em vigor a partir de abril de 2002), destacando-se o fato da doença ser incurável, de trazer com isso sofrimentos insuportáveis ao paciente, e de dever ser o pedido do interessado voluntário e refletido.

A Bélgica, a seguir, adotou a prática médica da morte assistida, em condições muito restritas, autorizando, de qualquer modo, uma forma eutanásica, em lei de 16 de maio de 2002, em vigor a partir de 22 de setembro do mesmo ano.⁴⁰⁴

França, Grã-Bretanha, Austrália e Itália, outrossim, têm fortes movimentos pró-eutanásia, pugnando por leis mais favoráveis a essa prática, não se olvidando, também, de que na Suíça a eutanásia é amplamente tolerada, enquanto na Espanha consideram-se despenalizadas as práticas de eutanásia passiva (não prolongamento artificial da vida).⁴⁰⁵

404. Fontes: <http://www.jus2.uol.com.br/omossoroense/2204/especial.htm> e <http://www.hcpa.ufrg.br/utanol.htm>, em 12/agosto/2008, às 10h09min e 10h20min. Indica-se, ainda, que o art. 143 do Código Penal russo, extrapolando a noção de eutanásia propriamente dita, acabou por dar ensejo ao fuzilamento, no início do século XX, de crianças acometidas de doença tida como incurável. Outrossim, o art. 102 do Código Penal suíço, de 1918, admitiu, de alguma forma, o homicídio piedoso, seguido pelo peruano (art. 157), de 1924, e pelo tcheco-eslovaco (art. 271, § 3º), de 1925. Na Holanda, antes da lei eutanásica, o *Burial Act*, de 1993, incorporou os cinco critérios para a prática, estabelecidos pela Corte de Rotterdam, em 1981, no que pertine à ajuda para morrer não criminalizável, quais sejam, o pedido para morrer deve ser decisão voluntária e informada; deve ser dada a exata compreensão de suas condições ao interessado e indicadas outras possibilidades para uma obrigatória ponderação; o desejo de morrer deve ser durável; deve haver sofrimento inaceitável ou insuportável; além de ser necessária a consultoria com outro médico. Os três elementos de notificação do procedimento, ademais, são: o médico que realizar a eutanásia não atestará morte natural, informando à autoridade local acerca do procedimento; a autoridade médica local relatará a morte ao ministério público; e o promotor do distrito não fará a acusação se o médico seguiu as cinco supra-referidas recomendações. Já na Espanha, desde a década de 1920 iniciou-se, com força, a discussão sobre a regulamentação da eutanásia, influenciada por Jiménez de Asúa (inspirado, ao menos de início, em Binding e Hoche, quanto ao extermínio de pessoas desprovidas de valor social), estudando-se então a proposta de dar à referida prática o *status* de homicídio piedoso, não descaracterizando a eutanásia como delito, mas impedindo a punição do agente. O modelo acabou como base de legislações como a uruguaia e mesmo a holandesa. Por fim, na Austrália, a assembleia legislativa do Northern Territory, em 1995/1996, aprovou lei, revogada meses mais tarde, que possibilitava formalmente a eutanásia.

405. Eugenio Cuello Calón, *Tres Temas Penales - El Aborto criminal, El problema penal de la Eutanasia, El aspecto penal de la Fecundación Artificial*, pp. 143-144. Muito antes da Holanda e dos Territórios do Norte da Austrália (legalização da eutanásia), do Uruguai (possibilidade de não punir o autor da conduta eutanásica) e da Rússia (dito efetivamente como o primeiro país a autorizar a eutanásia, quando, em verdade, tal a amplitude do homicídio piedoso admitido, extrapolava o que se deve compreender como eutanásia propriamente dita), lembra que talvez tenha sido a Prússia (*Allgemeine Landrecht*, de 1794) a nação que inaugurou a previsão de uma figura de homicídio eutanásico, declarando-o ilícito e punindo o autor dessa conduta. O castigo, no entanto, se

Com efeito, a *Ley General de Sanidad* espanhola, de 1986, já estabelecia o necessário consentimento informado e prévio do paciente para qualquer intervenção médica (desde que a não intervenção não supusesse risco para a saúde pública), podendo o interessado rechaçar tratamento ou suspendê-lo, optando pelo encurtamento de sua existência (eutanásia passiva), fundamentando-se a licitude desse rechaço ou suspensão na demonstração de que para muitos o direito à vida é bem inferior ao implicado no respeito de certos valores e crenças. O Tribunal Constitucional da Espanha, ademais, sobre a questão decidiu que o direito constitucional à integridade física e moral resultará afetado quando se imponha a uma pessoa assistência médica contra a sua vontade, sendo que o desejo de não intervenção pode vir determinado pelos mais variados motivos e não só pela vontade de morrer. A assistência médica coativa, outrossim, constituirá limitação violadora do direito fundamental do interessado, salvo quando haja justificação constitucional.⁴⁰⁶

A legislação francesa, por seu turno, não admite a prática, porém o Código Penal francês distingue a eutanásia ativa, punida como homicídio, da eutanásia passiva, tida como delito, bem menos gravoso, de negação de auxílio. A Dinamarca autoriza o paciente de uma doença incurável a decidir acerca da interrupção do tratamento, havendo previsão de um ‘testamento médico’, que deve ser respeitado, em caso de enfermidade sem cura ou de acidente grave. Na Suécia a assistência ao suicídio, em certos casos, não é infração penal, podendo os médicos desconectar aparelhos que mantenham artificialmente a vida do enfermo. A Grã-Bretanha não admite legalmente a eutanásia, mas Cortes de Justiça autorizam aos médicos não prolongar a vida de pacientes mantidos vivos artificialmente. Na Alemanha o Tribunal de Apelação de Frankfurt já decidiu que a eutanásia, em casos restritos, é apreciável caso corresponda, sem ambigüidades, à vontade do interessado.

(cont.) 405. ... consubstanciava em responsabilizar por um homicídio meramente culposo aquele que, com boa intenção, abreviasse a vida de um enfermo ou ferido mortalmente. O Código Penal norueguês, de 1902, autorizou também uma considerável redução de pena, abaixo do mínimo abstratamente cominado, para a morte, por piedade, do enfermo em estado de desespero.

406. Roxana Cardoso Brasileiro Borges, *Direito de Morrer Dignamente ... (in Biodireito, Ciência da vida, os novos desafios, Maria Celeste Cordeiro Leite Santos - organizadora)*, pp. 299-301.

Nos Estados Unidos, de outro lado, lei federal proíbe a eutanásia. A questão, entretanto, até então era tratada por meio de legislações estaduais, até que a Suprema Corte estabeleceu ser a matéria de competência legislativa privativa da União. Ainda assim deixou-se subentendido a inexistência de barreiras constitucionais que proibam a um Estado aprovar lei que permita a assistência de um médico ao suicida. Nesse passo, o Estado norte-americano do Oregon autorizou o suicídio assistido por médicos, em casos extremos, desde a década de 1990. Nesse Estado é, pois, legal o que se chama de ‘eutanásia de ordem médica’ (embora não se confunda com a eutanásia propriamente dita), permitindo-se a indicação de medicamento para matar o paciente, a pedido deste, que tem quinze dias para confirmar e ratificar a sua primeira decisão, devendo dois médicos atestar que a doença é incurável e a dor insuportável.

Noticia-se que, também nos Estados Unidos, em 1996, o Tribunal Federal de Apelação de Nova Iorque autorizou uma eutanásia médica e a Corte de Apelação de Los Angeles estabeleceu que a Constituição Americana garante o direito ao suicídio assistido a todo paciente terminal. Já na América Latina, a Colômbia, por seu Tribunal Constitucional, admitiu a prática da eutanásia em 1997 para os enfermos em fase terminal que pedirem o procedimento expressamente, estabelecendo que ‘ninguém pode ser responsabilizado criminalmente por tirar a vida de um paciente terminal que tenha dado seu claro consentimento’.⁴⁰⁷

Esse amálgama entre a legislação e as decisões judiciais faz com que vários países, de um ou outro modo, indiquem maior ou menor aceitação oficial à eutanásia, mas de qualquer forma existe quase sempre uma visão evidentemente diferenciada entre o homicídio propriamente dito e o piedoso.⁴⁰⁸

407. Fonte: [http:// www. ibap.org/defensoriapublica/penal/doutrina/mr-eutanasia.htm](http://www.ibap.org/defensoriapublica/penal/doutrina/mr-eutanasia.htm), em 12/agosto/2008, às 10h28min.

408. Dereck Humphry e Ann Wickett, *El Derecho a Morir - Comprender la Eutanasia*, pp. 151-153 e 225. Lecionam que nos EUA, até 1975, apenas cinco Estados legislaram sobre o direito de morrer. A partir do caso Quinlan, cinquenta projetos em trinta e oito Estados foram apresentados, sendo aprovadas leis específicas relativas ao tema em Arkansas, Califórnia, Idaho, Nevada, Novo México, Carolina do Norte, Oregon e Texas, dentre outros. Desde então também foram promulgadas leis sobre ‘Testamento Vital’ em trinta e seis Estados.

Holanda, Colômbia e, mais restritamente, Bélgica e Estados Unidos (particularmente o Estado do Oregon), entretanto, ora cada vez mais seguidos por outros países, têm legislações (e decisões judiciais) efetivamente permissivas quanto à prática eutanásica.⁴⁰⁹

Traz à colação Núñez Paz, quanto às legislações sobre a eutanásia, uma conveniente classificação que procura agrupar os ordenamentos jurídicos de acordo com os fundamentos utilizados para mitigação ou isenção de pena. Inicia com os sistemas que estabelecem atenuações especiais da reprimenda no homicídio por meio do consentimento ou da motivação humanitária, permitindo alguns casos de eutanásia passiva e indireta. São exemplos desse sistema, dentre outras, as legislações da Itália, Alemanha, Suíça, Áustria, Colômbia, México, Argentina, Grécia, Portugal, Noruega e Dinamarca.

Pode-se ainda subdividir, dentro desse sistema, as legislações que fundamentam a atenuação de pena, particularmente, no consentimento ou petição do interessado, como o fazem a italiana (o homicídio ‘consensual’ é punido, com sanção atenuada, mas a doutrina dominante considera a interrupção de tratamento ou desconexão de aparelhos lícita), a alemã (o art. 216 do código alemão mostra como se tem por relevante, no caso, unicamente a aquiescência da vítima, estabelecendo que ‘quem matar outrem determinado

(cont.) 408. ... Anotam que o caso Quinlan se refere à jovem Karen Ann, de vinte e um anos, que entrara em estado de coma, em 1975, tendo seus pais, após constatada a irreversibilidade do estado vegetativo, ainda que sem ocorrência de morte cerebral, autorizado a desconexão dos aparelhos respiradores. Os médicos discordaram e o caso foi ao Poder Judiciário, que decidiu a favor do hospital. Em grau de recurso, a Suprema Corte de Nova Jersey, fundamentando a decisão na violação do direito à intimidade de Karen, autorizou a retirada dos aparelhos de respiração. Ocorre que a jovem não morreu, como se esperava, permanecendo por quase uma década ainda viva, pois era alimentada artificialmente, mesmo sem o respirador. Desde então a discussão passou a se aprofundar acerca da não manutenção de qualquer medida médica que, de modo artificial, mantivesse uma vida meramente vegetativa. Informam, de outro lado, que é mesmo a Holanda o país em que a aceitação da eutanásia emerge de forma mais radical, sendo o médico autorizado por lei, após adoção de rigorosos critérios, a injetar dose letal a pedido do paciente moribundo.

409. Eugenio Cuello Calón (*in* Tres Temas Penales ...El problema penal de la eutanasia ..., pp. 125-128) não se olvida dos variados casos de clamorosas absolvições, com indisfarçável simpatia da imprensa, de homicidas, motivados por piedade e compaixão, que puseram fim à vida de pacientes que sofriam terrivelmente em razão de dolorosas e incuráveis enfermidades, desde meados do século XX, como o de Carol Ann Paigth, homicida de seu pai enfermo, canceroso sem esperança, absolvida pelo júri de Bridgeton, Connecticut, em 1950, ou do Doutor Sander, médico reputado e estimado que, movido por piedade e por iniciativa própria, injetou, nas veias de uma doente que padecia de profundas dores em razão do câncer, quatro decímetros cúbicos de ar, sendo absolvido, também em 1950, com gritos de entusiasmo dos presentes, pelo júri de Manchester, em New Hampshire.

por expressa e séria petição deste, será punido com pena de prisão de seis meses a cinco anos', ao passo que a vontade do paciente é critério que determina a atividade do médico, que pode suspender, a pedido, o tratamento, sendo o princípio da autodeterminação constitucionalmente garantido e tendo o consentimento, *in casu*, caráter justificante), além da leis austríaca e suíça.

Assinala, ademais, que dentre os exemplos de legislações que fundamentam a mitigação de pena especificamente no móvel humanitário estão as da Colômbia e da Grécia, e de certo modo também a brasileira. A lei colombiana facultava ao juiz eximir de pena, pelo perdão judicial, o autor da eutanásia (art. 364 do Código Penal). Novo código, a partir da década de 1980, aboliu essa faculdade judicial e manteve somente a mitigação de pena com base na piedade que motivou o agente, sem mencionar o consentimento do interessado.

Como já anotado, porém, o Tribunal Constitucional manifestou-se no sentido de que no homicídio piedoso, ocorrendo a aquiescência do paciente terminal, não poderia ser o agente ativo responsável, com base na justificação da conduta. Assenta, ainda, que as leis portuguesa, norueguesa e dinamarquesa indicam ambos os fatores (consentimento e móvel compassivo) para a atenuação do castigo, e que o Código Penal argentino (art. 81) se utiliza de uma fórmula que admite a emoção violenta no homicídio para a diminuição da sanção.

De outro turno, há finalmente o sistema que permite, de modo direto ou indireto, algumas formas de eutanásia ativa, como o existente na Holanda e no Uruguai.

Neste último estima a doutrina a existência de uma causa de perdão judicial. Já na Holanda, antes da legislação eutanásica, a Corte Suprema, desde a década de 1990, admitira a alegação de estado de necessidade em certas condições em que se deu morte ao paciente que sofria dores intoleráveis, em estado terminal em que qualquer tratamento médico se mostrava ineficaz. Nesse rol aponta estarem também as legislações da Bolívia

e do Peru, neste último país podendo o juiz, de igual modo, isentar de pena o agente. Por fim, recorda que a legislação espanhola incorporou no Código Penal de 1995 uma regulação de certos pressupostos da eutanásia (disciplina legal específica), até mesmo da denominada ativa direta, contemplando-se, no art. 143.4, a possibilidade de uma atenuação substancial de reprimenda, com visos de impunidade, equiparável às chamadas eximentes incompletas tratadas pelo mesmo código. De todo o modo, a prática continua expressamente considerada infração penal.⁴¹⁰

XI.3.1 - Tipos Penais na Lei Estrangeira

De se anotar, outrossim, alguns tipos penais relativos ao tema, nas diversas legislações, desde códigos que vigoravam no início do século XX, até projetos de lei atuais. O Código Penal português, em seu art. 134, por exemplo, trata do homicídio a pedido da vítima ou consentido, dispondo que “quem matar outra pessoa, determinado por pedido sério, instante e expreso que ela lhe tenha feito, é punido com pena de prisão até três anos”, cuidando, no art. 133, do homicídio privilegiado (que inclui o compassivo), com sanção de um a cinco anos de prisão. O Código Penal uruguaio de 1934, de seu turno, tratou do homicídio piedoso em seu art. 37, abordando a questão das causas de impunidade, na medida em que facultava ao juiz a exoneração do castigo caso fossem preenchidas pelo agente três condições, determinando a lei que “os juízes têm a faculdade de exonerar de sanção o sujeito de antecedentes honráveis, autor de um homicídio praticado por motivo piedoso, mediante súplicas reiteradas da vítima” (tradução livre). O art. 127, dispondo sobre o perdão judicial, indicou que os juízes poderiam fazer uso dessa faculdade nos casos previstos, dentre outros, no indigitado art. 37.⁴¹¹

410. Miguel Angel Núñez Paz, *Homicidio Consentido, Eutanasia y Derecho a Morir con Dignidad*, pp. 197-240 e 427.

411. Fonte: <http://www.hcpa.ufrg.br/gppg/penaluru.htm>, em 12/agosto/2008, às 10h25min. (Código Penal uruguaio de 1934: Art. 37. Del homicidio piedoso - ‘Los jueces tienen la facultad de exonerar de castigo al sujeto de antecedentes honorables, autor de um homicidio, efectuado por móviles de piedad, mediante súplicas reiteradas de la víctima. Art. 127. Del perdón judicial - Los jueces pueden hacer uso desta facultad en los casos previstos em los artículos 36, 37, 39, 40 y 45 del Código’). Informa-se que a proposta uruguaia é muito semelhante à utilizada na Holanda, a partir de 1993 (ainda quando do *Burial Act* - Lei Funeral), pois não haveria propriamente, em ambos os casos, uma autorização para a eutanásia, mas sim a possibilidade do agente restar impune, desde que cumpridas condições básicas pré-estabelecidas.

O homicídio por compaixão era ainda admitido pelo Código Penal russo, como já anotado, dispondo o seu art. 143 que “o homicídio por móveis piedosos e de compaixão a pedido do que é morto está isento de pena”. Tal estatuto foi substituído por um novo código, em 1926, mantendo, basicamente, a mesma estrutura quanto ao tema.⁴¹²

De se notar a particular amplitude da lei russa quanto à despenalização do homicídio piedoso, não havendo previsão (ou obrigatoriedade), no tipo permissivo, de que o interessado, ao pedir pela própria morte, estivesse a padecer de doença sem cura, ou que o enfermo se encontrasse em estado terminal, ou ainda que sofresse dores profundas, o que poderia levar a aplicação da referida norma a casos não exatamente eutanásicos.

O Código Penal francês, outrossim, considera a eutanásia ativa um homicídio e a passiva é tida como omissão de socorro. De qualquer modo, apresentou-se no Senado, em 1999, o projeto de lei 166, tendente a despenalizar a prática eutanásica, até mesmo com a possibilidade do interessado recusar, em escrito prévio, tratamento médico que julgar inaceitável para o seu caso. O artigo primeiro da proposição legal determina que ‘toda pessoa capaz de apreciar as conseqüências de suas escolhas e de seus atos é julgadora da qualidade e da dignidade de sua vida, assim como da oportunidade de findá-la’. O art. 221-1 do estatuto penal é complementado por uma alínea dispondo que ... ‘a ajuda para morrer praticada nas condições

412. Ricardo Royo-Villanova y Morales, *O Direito de Morrer sem Dor*, pp. 82-83. Aponta que, na primeira metade do século XX, a regulamentação legal e operatória da eutanásia era ainda inviável, pois as formalidades exigidas por garantias jurídicas e científicas redobriam a lentidão do procedimento, prolongando-o mais que a duração da vida do enfermo desenganado. Não obstante, desde então indica já ser tendência a exclusão ou ao menos a especial atenuação da culpabilidade “dos que matam movidos somente por compaixão, satisfazendo a suprema vontade das criaturas que sofrem no horrível transe de uma agonia prolongada, desesperadas ante a incurabilidade de uma moléstia iminentemente fatal”, daí porque várias legislações começaram a reconhecer atenuantes na responsabilidade jurídica ou ainda a absoluta impunidade de quem, por piedade, a pedido do doente, finda seu sofrimento. Recorda particularmente projeto do Código Penal da então Checoslováquia, que dispunha, no parágrafo 271, n.3, que “se o agente deu morte por piedade a outra pessoa, com o fim de acelerar a morte inevitável e próxima, livrando-o assim de dores cruéis, causadas por uma doença incurável ou de outras torturas corporais contra as quais não há nenhum remédio, o Tribunal pode atenuar excepcionalmente a pena ou eximir dela”.

previstas pela lei não é considerada como um homicídio' (tradução livre).⁴¹³

Já o Código Penal espanhol (ley orgânica n. 10/1995), quanto à *eutanásia ativa* e ao auxílio ao suicídio, dispõe, no art. 143, que: “1. Quem induz outrem ao suicídio será castigado com pena de prisão de quatro a oito anos. 2. Impor-se-á a pena de prisão de dois a cinco anos a quem coopere com os atos necessários ao suicídio de uma pessoa. 3. Será castigado com pena de prisão de seis a dez anos se a cooperação chega ao ponto de se executar a morte. 4. *Quem causar ativamente a morte ou cooperar ativamente com atos necessários e diretos à morte de outrem, a pedido expresso, sério e inequívoco deste, no caso da vítima sofrer uma enfermidade grave que a conduziria necessariamente à morte, ou que produzisse graves padecimentos, permanentes e difíceis de suportar, será castigado com pena inferior em um ou dois graus às assinaladas nos números 2 e 3 deste artigo*”.⁴¹⁴

Também nos Territórios do Norte, região australiana, entrou em vigor, em 1996, o *Rights of the Terminally Ill Act*, autorizando a prática eutanásica e o suicídio assistido. O seu art. 4 dispunha que “um paciente que no curso de uma doença terminal prova dor, sofrimento e/ou angústia tida para si como inaceitável, pode pedir, ao seu próprio médico, que o assista a por fim à própria vida”. Essa assistência, explicitada pelo art. 3 do indigitado ato legal, deve ser entendida como “a prescrição, o preparo, o fornecimento de substância letal ao paciente, para auto-ministração ou para ministração da substância legal ao interessado” (tradução livre). Logo no início de 1997 a lei foi revogada pelo Parlamento Federal australiano, com aprovação da *Euthanasia Bill of Laws*, desautorizando as referidas práticas.

413. Fonte: J.R.Goldim, colacionando texto de Admiraal P., *Euthanasia and assisted suicide* (in Thomasma DC. Kushner T., *Birth to Death*, Cambridge, 1996). O projeto em questão, com efeito, assim determina: ‘Article 1er - Toute personne em mesure d’apprécier les conséquences de ses choix et de ses actes est seule juge de la qualité et de la dignité de sa vie ainsi que de l’opportunité d’y mettre fin’... Article 9 – L’article 221-1 du Code Penal est complété par un alinéa ainsi rédigé: Toutefois, l’aide active à mourir pratiquée dans les conditions prévues para la loi n’est pas considérée comme un meurtre’.

414. (n. tradução livre) Compendio de Legislación Penal (coordenação de Nicolas García Rivas), p. 50. A lei penal espanhola ostenta uma complexa graduação sancionatória, com escalas relativas à quantidade de pena (em anos de prisão), e de acordo com a forma de execução das reprimendas (maior ou menor possibilidade de progressão de regime prisional, detenção nos fins de semana e variadas inabilitações). No caso em questão, a chamada prisão maior pode ser atenuada para prisão menor ou mesmo arresto maior (recolhimento à prisão apenas nos fins de semana).

A lei Belga relativa ao tema, de seu turno, vigorando em 2002 e aprofundando-se na legalização da eutanásia, determina, em seus dois primeiros artigos, que é ela definida como “a ação, praticada por terceiro, que põe intencionalmente fim à vida de uma pessoa a seu pedido”, bem como que a conduta “não mais constitui fato penalmente relevante se for e enquanto seja realizada sob as condições do procedimento indicado pela lei ...”, sendo tais condições, postas no art. 4, basicamente as seguintes: ser médico o agente que realiza a conduta; o paciente tenha capacidade intelectual e volitiva de consentir; que o consentimento seja informado, voluntário, refletido e reiterado; que haja enfermidade grave e incurável; e que a doença esteja a provocar sofrimento constante e intolerável, não passível de ser atenuado.

O médico deve seguir, ainda, procedimentos legais outros, como procurar oferecer opções ao paciente e deixá-lo discutir o caso com parentes próximos. Interessante dado da lei belga (o que ocorre também na holandesa), ademais, é o fato de não impor necessidade do doente estar em estado terminal, ou seja, basta que o mal seja grave e incurável, ainda que não mortal (não haja situação de morte iminente).⁴¹⁵

No Estado americano do Oregon, em 1994, com a *Oregon Death*

415. Chiara Tripodina, *Il Diritto Nell'Età Della Tecnica*, pp. 258-348. Recorda várias outras legislações (ou decisões judiciais) que autorizam, de um ou outro modo, alguma espécie de eutanásia, ou mitigam especialmente a pena, quase com aspectos de não punição. A lei colombiana determina que “aquele que mata outrem por piedade, com o escopo de por fim a intenso sofrimento derivado de lesão física ou enfermidade grave e incurável, será punido com reclusão de seis meses a três anos”. Como já reiterado, a Corte Constitucional da Colômbia, em 1997, pronunciou sentença inovadora, decidindo ser legítimo o homicídio piedoso a pedido do interessado (isto é, autorizando a eutanásia ativa direta e voluntária). Pena também sumamente atenuada para a eutanásia é trazida pela lei dinamarquesa (art. 239 do Código Penal), impondo-se à prática a reclusão de três anos, sem limite abstrato mínimo, ou detenção simples não inferior a sessenta dias. De igual modo ocorre na Alemanha (art. 216 do estatuto penal), que indica pena mínima de apenas seis meses de reclusão, e máxima de cinco anos, a quem é induzido a matar diante de pedido expresso e sério do interessado. Na Grã-Bretanha não é prevista por lei, especificamente, a matéria eutanásica, mas já houve decisão proferida pela *House of Lords* sobre a questão da eutanásia passiva voluntária, na década de 1990, no sentido de não se punir o médico que suspende o tratamento a pedido sério do interessado. Já nos EUA, o Estado da Califórnia aprovou a lei denominada *Natural Death Act*, ratificando o direito do paciente de, a seu pedido, ter a suspensão de tratamento médico fútil quando estiver em estado terminal e o prolongamento artificial da vida puder violar a sua dignidade. Na Suíça, por fim, a legislação sobre a matéria ganha características peculiares em razão da interação entre normas advindas da Confederação e de cada Cantão, contribuindo para a criação de um sistema cuja aplicação prática se distancia notavelmente do tipo penal positivamente regulado. O Código Penal suíço de 1937 se ocupa da eutanásia indiretamente, diferenciando o homicídio intencional (art. 111), das figuras do homicídio passional (art. 113) e do homicídio piedoso a pedido da vítima (art. 114).

with Dignity Act, previu-se uma particular figura de auxílio ao suicídio, ou seja, a ‘prescrição de fármacos letais por parte de um médico’, dispondo a lei que “um adulto capaz residente no Oregon, que tenha voluntariamente expressado o seu desejo de morrer, havendo o médico que o trata e o médico consulente certificado a ocorrência de uma doença terminal, pode apresentar um pedido escrito de fármacos letais tendentes a por fim à própria vida de forma humana e digna...”.

A Holanda, por fim, a partir da lei aprovada em abril de 2001, vigorando desde abril de 2002, acabou por legalizar, sob certas condições, a eutanásia ativa direta e voluntária e o auxílio ao suicídio. O Código Penal holandês prevê como crime a conduta de matar alguém (arts. 287 e 289), ainda que haja expresse pedido do interessado (art. 293), assim como determina ser infração penal auxiliar alguém ao suicídio (art. 294). Em seguida, no entanto, a lei dispõe que tais condutas não mais constituem crime “se são realizadas por um médico que tenha cumprido os critérios de adequação previstos no art. 2 da *Lei de Interrupção da Vida a pedido e do Suicídio Assistido* (procedimento de controle)”,⁴¹⁶ além de haver observado determinados vínculos procedimentais de auto-denúncia. Quanto à eutanásia passiva, a Holanda reconhece o direito do paciente de recusar tratamento médico, sob o fundamento constitucional (art. 2) da ‘inviolabilidade do corpo humano’, do qual se irradia o princípio pelo qual o ‘tratamento médico pode ser realizado somente com o consentimento do paciente’. Este, por sua vez, indica ulterior princípio, qual seja, o do

416. Chiara Tripodina, op.cit., pp. 310-319 (n. tradução livre). O procedimento de controle trazido pela lei holandesa da ‘Interrupção da Vida a pedido e do Suicídio Assistido’, de 2002, determina que para não serem considerados crimes essa interrupção e essa assistência, o médico responsável pelo tratamento deve: ‘certificar-se de que o pedido do paciente é espontâneo e atentamente ponderado’, ‘certificar-se de que o paciente padece de sofrimento físico intolerável sem perspectiva de melhora’, ‘haver informado ao paciente acerca de sua situação e das perspectivas existentes’, ‘concluir em conjunto com o paciente que não há alternativas razoáveis à luz do seu quadro clínico’, ‘haver consultado outro médico independente, que deve ter visitado o paciente e redigido um parecer acerca das prescrições estabelecidas nos critérios anteriores’, e ‘haver posto fim à vida do paciente ou haver provido assistência ao suicídio com o dever de cura médica e a devida atenção”. Insta dizer que, pela lei holandesa, dentre outros critérios indicados, basta para a autorização eutanásica que esteja o paciente em sofrimento profundo (critério explicitamente determinado), não indicando a norma legal, expressamente, a necessidade da presença de doença incurável (a despeito da norma falar em verificação de ‘ausência de perspectiva de melhora’), e menos ainda de se encontrar o paciente em estado terminal da enfermidade (circunstância nem implícita ou indiretamente anotada).

‘contrato terapêutico’, segundo o qual o interessado, rescindindo-o voluntariamente, faz com que o médico se exonere da obrigação de tratar.⁴¹⁷

XI.4 - Tipos Penais

O tipo penal permissivo constante do anteprojeto de reforma da parte especial do Código Penal (art. 121, parágrafo 3º), de 1984, isentando de pena a conduta eutanásica (ativa ou passiva), em princípio do médico que, a pedido (consentimento informado) do paciente ou, na impossibilidade de se manifestar, de um parente próximo seu, com o fim de abreviar-lhe o sofrimento, antecipa morte iminente e inevitável, atestada por outro médico, constitui justa norma penal, tanto na formal como no conteúdo, podendo vigorar quando o aprofundamento da discussão acerca da matéria tenha efetivamente ocorrido e se obtenha clara sensação de que uma aceitação social, mais ou menos geral, já tenha sido alcançada.

De se dizer que o anteprojeto sabiamente fala em necessidade de consentimento, determinando que somente podem consentir o doente ou quem tenha com ele parentesco próximo, em rol expressamente indicado pela lei. De outro lado, seria o médico, em primeira análise, quem poderia praticar a conduta eutanásica, porém a norma, mais ampla, permite compreender que terceiro, que não o médico, também estaria autorizado a praticá-la. Conveniente seria, no entanto, indicar esse terceiro como um parente próximo ou quem tivesse conhecida relação de afeição com o enfermo.

417. M. Iglesias, *Aborto, Eutanasia y Fecundación Artificial*, pp. 198-199, lembra de outras disposições sobre o tema, postas em Códigos Penais já desde o início do século XX, como o peruano, que no art. 157 determina que “quem por motivo egoístico instigar outrem ao suicídio ou auxiliá-lo a praticá-lo será apenado, se o suicídio se consuma ou é tentado, com prisão não maior do que cinco anos”. Assim, alerta estar patente que se o móvel que anima o agente é altruísta ou compassivo, não se pode impor penalidade alguma. A lei peruana, aliás, é transcrição do art. 102 do então projeto de Código Penal suíço, de 1918 (“celui qui poussé par un mobile égoïste, aura incité une persone au suicide, ou lui aura prêté assistance en vue du suicide, será puni de la réclusion jusqu’à cinq ans ou de l’emprisonnement, si le suicide a été consommé ou tenté”). Como alhures indicado, repisa que o projeto tchecoslovaco de 1925, no parágrafo 3º do art. 271 dispunha que o juiz poderia atenuar excepcionalmente a pena ou eximir de sanção o agente que dera morte a outra pessoa piedosamente, com o fito de acelerar uma morte próxima inevitável, tudo para livrá-la de dores cruéis causadas por uma doença sem cura ou por outras torturas corporais contra as quais inexistisse qualquer remédio (tradução livre).

De qualquer modo, enquanto a própria discussão mais aprofundada a respeito do tema estiver contida por legítima oposição, que provavelmente, ao menos em boa parte, é de ser transposta com o passar do tempo, tem-se que o anteprojeto encaminhado ao Congresso Nacional, em fins da década de 1990, é também bastante defensável, como transição legislativa, nele indicando-se uma figura de homicídio privilegiado *stricto sensu* (nova redação para um parágrafo 3º do art. 121 do CP) para a eutanásia propriamente dita em sentido estrito (ativa e voluntária), com uma reprimenda particularmente atenuada, em comparação não somente com a pena do homicídio simples, como também em relação à própria sanção imposta ao homicídio privilegiado *lato sensu*, enquanto outro dispositivo legal insere a exclusão da ilicitude da ortotanásia (tomada na hipótese como sinônimo da eutanásia passiva).

Melhor seria se a lei deixasse claro, em tipos penais autônomos, a distinção entre a ortotanásia propriamente dita (conduta negativa, tendente a impedir a distanásia, existente quando há mera obstinação terapêutica, prolongando-se, artificial e futilmente, a vida já sem qualquer esperança, verificando-se, ainda, que tal conduta acaba por não antecipar o evento morte, que se dá no tempo naturalmente certo e não pela ação ou omissão do agente), caso em que, por evidência, estaria excluída a própria tipicidade, e a hipótese eutanásica ativa e, sobretudo, a passiva, em que haveria mesmo abreviação do período vital.

Nesta última situação, repise-se, enquanto não preveja a lei uma excludente de tipicidade (por ausência de dolo específico, assim visto sob o enfoque da tipicidade material) ou de ilicitude (pelo ‘estado de necessidade exculpante supralegal’ ou pelo ‘mal maior’), ou mesmo de culpabilidade (pela inexigibilidade de conduta diversa), poderia mesmo a norma legal, como hipótese de transição, trazer tipos penais próprios para a eutanásia voluntária ativa e passiva, com penas especialmente atenuadas, como, por exemplo, de dois a três anos de detenção para a modalidade ativa, e de um a dois anos de

detenção para a passiva, esta ainda com possibilidade de perdão judicial. O privilégio *lato sensu*, outrossim, restaria passível de aplicação aos casos de homicídio piedoso (eutanásia propriamente dita, com todos os seus requisitos) quando ausente o consentimento, seja pela impossibilidade física do interessado de se expressar, seja pela não existência de parentes próximos, situações não confundíveis com o agir contra a vontade do paciente ou de seus parentes.

Parece, entretanto, ser mesmo verificável uma cada vez maior aceitação social da eutanásia ou, ao menos da idéia de não punição do indivíduo que, por piedade, provoca, por conduta positiva ou, mormente negativa, a morte de terceiro, a seu sério e informado pedido, que se encontra em estado terminal, padecendo de especial sofrimento causado por mal sem cura.

Essa aceitação tende a aumentar na medida em que casos, nos quais concorrem tais circunstâncias, particularmente pelo avanço da medicina, que pode degenerar um tratamento médico em mera obstinação terapêutica, se tornam públicos, chegando a um patamar de ainda maior aceitação entre parentes, amigos e conhecidos do interessado, envolvidos na situação que conturba, em uma situação concreta, o seio familiar e o círculo de amizade e de afeição do doente.

De qualquer modo, reitera-se que pode ser conveniente aguardar-se mesmo, para final autorização da prática eutanásica, cuidando-se para que sejam observadas condições cerradas, sérias, demonstráveis e demonstradas, um prazo razoável tendente a uma aceitação algo geral por parte da sociedade, durante o qual se aprofunde a discussão jurídica, com especial apreciação das conseqüências do avanço da tecnologia na medicina e da segurança no campo do diagnóstico médico, sem se olvidar da noção de que é efetivamente contrário à natureza finita da vida humana o prolongamento artificial e fútil, com desnecessária exasperação de sofrimento do interessado, de um período vital naturalmente já findo ou na iminência de findar-se.

Uma não punição eutanásica, com base em efetiva isenção de pena, provavelmente adviria com maior naturalidade quando demonstrada, com mais nitidez, que o avanço tecnológico da medicina na seara do prolongamento artificial da vida não parece viável de ser seguido, com o mesmo passo, pela obtenção da cura ou mesmo pelo efetivo arrefecimento da dor, deixando-se claro que se busca, com tal prática, que o fim do período vital seja circunscrito às noções humanitárias e piedosas, estas ligadas ao agente, e de dignidade e autonomia pessoal, referentes ao enfermo.

