



“A ORTOTANÁSIA NO PROJETO DO CÓDIGO PENAL”

Professora Doutora Lia Felberg

Professora da Faculdade de Direito - UPM

O início da civilização greco-romana deu origem às discussões que, atualmente, ainda pautam a ética da eutanásia. Segundo pesquisa do cientista *Roberto Lauro Lana*, “a partir do juramento de Hipócrates, até os dias de hoje, a administração ao paciente terminal de drogas letais ou a omissão de determinados recursos disponíveis na terapêutica, tem se constituído motivo de intenso debate no seio da sociedade”¹.

Filósofos, como Sir Thomas More e Francis Bacon, já defendiam a prática da eutanásia ativa entre seus contemporâneos. O debate se acirrou no final do século XIX, quando se travaram inúmeras polêmicas entre advogados e cientistas sociais, principalmente nas imprensas inglesa e americana.²

O tema se tornou relevante nos anos que antecederam a 2ª Guerra Mundial, baseado nas teorias do jurista alemão Binding e do psiquiatra Hoche, os quais se tornaram os profetas da eugenia, isto é, da eliminação da vida por razões médicas ligadas principalmente à purificação da raça humana.

A polêmica que despertou a obra “A autorização para exterminar vidas sem valor vital”, destes autores alemães, foi publicada em 1920. Defendia o extermínio dos portadores de

¹ <http://www.smu.org.uy>

² *Idem.*

deficiência física e mental, desde que aprovado por uma comissão oficial, fundamentou as origens da doutrina nazista que desencadeou o extermínio dos judeus e outros desajustados sociais na Alemanha hitlerista.

Na realidade, as atitudes diante da morte variam de acordo com a cultura, a ideologia, as instituições e os mitos da sociedade relativos ao início e ao fim da vida. Assim, a Bíblia descreve o primeiro caso conhecido de eutanásia na luta entre filisteus e israelitas, por ocasião da morte do rei Saul de Israel que, quando ferido na batalha, lançou-se sobre a própria espada e, sem morrer, pediu a um amalecita que lhe tirasse a vida (Samuel, Capítulo 31, versículos 1 a 13).

Nos dias atuais cita-se o caso do famoso cirurgião cardíaco sul-africano pioneiro dos transplantes cardíacos, Dr. Christian Barnard que confessou ter praticado a eutanásia em sua própria mãe de 94 anos que sofria de dores terríveis causadas pelo câncer.

Apesar das várias definições existentes, pode-se didaticamente dividir a ajuda para morrer em:

Eutanásia ativa;

Eutanásia passiva ou ortotanásia ou paraeutanásia;

Distanásia.

EUTANÁSIA derivada do grego EU (bom) e THANATOS (morte) significa, vulgarmente, a boa morte, a morte calma, indolor e tranqüila. Juridicamente, entende-se o direito de matar ou o direito de morrer, em virtude de razão que possa justificar semelhante

morte, em regra, provocada para término de sofrimentos, ou por medida de seleção ou de eugenia.

Em relação à distanásia o Dicionário Aurélio traz a seguinte conceituação: “Morte lenta, ansiosa e com muito sofrimento”. O prefixo “dis” tem o significado de afastamento. O termo também pode ser empregado como sinônimo de tratamento inútil. Trata-se da atitude médica que, visando salvar a vida do paciente terminal, submete-o a grande sofrimento. Nesta conduta não se prolonga a vida propriamente dita, mas sim, o processo da morte. No mundo europeu fala-se em “obstinação terapêutica”, nos Estados Unidos de “futilidade médica” (“medical futility”).

A opinião pública mundial já discutiu amplamente os casos de pacientes famosos que foram mantidos “vivos” além dos limites naturais, tais como Truman, Franco, Tito, Hirohito e, no Brasil, Tancredo Neves, classificando estas situações como distanásicas.

Há poucos anos a imprensa mundial noticiou amplamente o caso da americana Terri Schiavo, que faleceu em 31 de março de 2005, após permanecer em estado vegetativo por 15 anos, sendo alimentada e hidratada artificialmente. Após de uma longa disputa judicial entre seu marido e seus pais, a Justiça americana determinou a retirada da sonda que a alimentava para que sua morte ocorresse naturalmente, o que realmente aconteceu 13 dias após a retirada dos equipamentos médicos.

DISTANÁSIA seria, portanto, a morte dolorosa, com sofrimento, conforme se observa com freqüência nos pacientes terminais de aids, câncer, doenças incuráveis e outras. O prolongamento da vida para estes indivíduos, seja por meio de

terapêuticas ou aparelhos, nada mais representaria do que uma batalha inútil e perdida contra a morte.

Jean Robert Debray foi o responsável pela introdução na linguagem médica francesa da expressão “obstinação terapêutica” que tinha o significado de “comportamento médico que consiste em utilizar processos terapêuticos, cujo efeito é mais nocivo do que os efeitos do mal a curar, ou inútil, porque a cura é impossível e o benefício esperado é menor que os inconvenientes previsíveis.”

Conceituando-se a ORTOTANÁSIA como a morte natural, do grego orthós: normal e thanatos: morte, ou eutanásia passiva na qual se age por omissão, ao contrário da eutanásia onde existe um ato comissivo com real induzimento ou auxílio ao suicídio. A ORTOTANÁSIA, também seria a manifestação da morte boa, desejável.

Na busca da precisão conceitual, existem muitos bioeticistas, entre os quais GAFO (Espanha), que utilizam o termo ortotanásia para falar da “morte no seu tempo certo”.

A ortotanásia, diferentemente da eutanásia é sensível ao processo de humanização da morte e alívio das dores e não incorre em prolongamentos abusivos com a aplicação de meios desproporcionados que imporiam sofrimentos adicionais.

No âmbito Penal a eutanásia compara-se ao homicídio. O Uruguai, talvez, tenha sido o primeiro país do mundo a legislar sobre a possibilidade de ser realizada eutanásia no mundo. De acordo com a legislação uruguaia, é facultado ao juiz a exoneração do castigo a quem realizou este tipo de procedimento, desde que o “sujeito tenha antecedentes honráveis e a morte tenha sido realizada por motivo piedoso após reiteradas súplicas da vítima”. O dispositivo

pode ser comparado ao perdão judicial, que no nosso ordenamento jurídico é causa extintiva de punibilidade.

No mesmo sentido, a Colômbia em 1997, autorizou a eutanásia em casos de doentes terminais e com o consentimento prévio do paciente.

As diversas legislações estrangeiras têm se ocupado, com bastante freqüência do tema da eutanásia em seus respectivos Códigos. Podemos, assim, observar, que a prática é vista como uma forma de homicídio privilegiado pela maioria dos povos latinos.

Por outro lado, as legislações européias são muito mais benevolentes, ora isentando o sujeito de qualquer pena (Código Soviético de 1922), ora cominando penas atenuadas, como os da Inglaterra, Holanda, Suíça, Áustria, Noruega e Itália. Em Portugal, há limitação da pena de seis meses a três anos , quando houver pedido do paciente (CP Português, art. 134) e de um a cinco anos quando movido por paixão, emoção violenta, desespero ou outro valor relevante social ou moral (art.133).

Nos Estados Unidos a questão vinha sendo deixada ao arbítrio das legislações estaduais, o que foi revisto por recente decisão da Corte Suprema Norte-Americana que estabeleceu ser a matéria de competência legislativa privativa da União.

Os Códigos Criminais brasileiros desde 1830, apesar de não tipificarem o suicídio como crime dispõem que a eutanásia é um ilícito penal praticado por terceiros, isto é, como indução, instigação ou auxílio ao suicídio. Na legislação pátria o legislador pune o terceiro que auxilia, instiga ou induz a vítima a cometer o suicídio (artigo 122, C.P.)

Entretanto o que se observa é a progressiva ampliação das modalidades de colaboração ao suicídio. O Código de 1830, no artigo 196, punia como crime apenas o auxílio ao suicídio, já o artigo 299 do Código de 1890 punia também o induzimento. O atual artigo 122 nomeia como núcleo do tipo as três formas, isso é, o auxílio, instigação ou induzimento.

Em diversas legislaturas tentou-se a exclusão do crime de eutanásia do Código Penal, todavia, não obtiveram aprovação legislativa os anteprojatos apresentados neste sentido. Conclui-se que o legislador ateve-se ao princípio da preservação da vida, embora acolhesse o homicídio privilegiado para aquele que “comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida à provocação da vítima”.

Neste caso, o juiz poderá reduzir a pena do homicídio simples de 1/6 a 1/3 (artigo 122, parágrafo 1º, C.P.).

A Exposição de Motivos do Código de 1940 define o que se entende por relevante valor social ou moral: “o motivo que, em si mesmo, é aprovado pela moral prática como, por exemplo, a compaixão ante irremediável sofrimento da vítima”.

A lei penal brasileira atual, portanto, não acolhe o chamado “homicídio piedoso”, haja vista ser a vida um direito indisponível. O ordenamento jurídico atual não confere às pessoas o direito de morrer, sendo, inclusive lícito o uso de violência para impedir o suicídio, conforme reza o artigo 146, § 3º, inciso II do Código Penal.

Está tramitando o anteprojeto do Código Penal que altera dispositivos da Parte Especial, legislando sobre a questão da eutanásia em dois parágrafos do artigo 121, estabelecendo critérios para a “morte sem dor”.

O parágrafo 3º tem a seguinte redação:

“Se o autor do crime é cônjuge, companheiro, ascendente, descendente, irmão ou pessoa ligada por estreitos laços de afeição à vítima, e agiu por compaixão, a pedido desta, imputável e maior de dezoito anos, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável, em razão de doença grave e em estado terminal, devidamente diagnosticados.” Pena: reclusão de dois a cinco anos.

Por sua vez, o parágrafo 4º estabelece uma causa excludente de ilicitude caso o fato cometido configure a eutanásia passiva ou ortotanásia, tipificando aí, um ato omissivo do sujeito ativo.

Parágrafo 4º:

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

Diante de tais dispositivos, podemos observar que, diferente de um ato suicida, onde o desejo e a ação individuais são levadas a seu limite, o ato homicida, na eutanásia ou mesmo na ortotanásia, exige o estabelecimento de uma relação social entre o sujeito ativo e a vítima, ou simplesmente entre médico e paciente.

Com a transferência de campos, da autonomia para a solidariedade, o argumento da santidade da vida para os casos de ortotanásia enfraqueceu-se. Concluimos que a vida é sagrada do ponto de vista religioso, constitucionalmente protegida, mas não intocável.

Defendendo a manutenção do dispositivo que exclui a ilicitude em caso de eutanásia passiva ou ortotanásia, o Ministro Luiz Vicente Cenicchiaro defende que: “o homem não pode provocar a morte de outro, mas se a vida é meramente artificial, a relação de causa e efeito que levará à morte não é provocada pelo homem, mas pela situação patológica”.

A proposta tem apoio da maioria da Comissão mas é polêmica até entre os médicos. O Conselho Federal de Medicina, elucida que especialistas defendem a medida, sob o argumento de que o paciente, ou sua família, precisa ter autonomia para decidir pela morte, se não quiser sofrer. Há, contudo, outra corrente que entende que um profissional tem a obrigação de usar até o fim todos os recursos médicos possíveis.

A Igreja concorda com a proposta. Segundo as palavras do secretário-geral da CNBB, “evidentemente, o médico não está obrigado a recorrer a meios extraordinários para manter uma vida vegetativa.

É sob o enfoque da preservação ou não da vida que os valores fundamentais do Direito se combinam com os da Ética, num sentido amplo, estabelecendo limites e contenções necessárias.

Cabe, portanto, ao Biodireito fundado em princípios éticos e morais buscar as soluções adequadas para os casos concretos, procurando acompanhar no mesmo ritmo as

transformações sociais e as evoluções que estão constantemente ocorrendo na comunidade médico-científica.

“Biodireito é o ramo do Direito Público que se associa à bioética, estudando as relações jurídicas entre o direito e os avanços tecnológicos conectados à medicina e à biotecnologia; peculiaridades relacionadas ao corpo, à dignidade da pessoa humana.

Biodireito se associa a cinco matérias:

- ✚ Bioética
- ✚ Direito Civil
- ✚ Direito Penal
- ✚ Direito Ambiental
- ✚ Direito Constitucional,

principalmente no artigo 5º inciso IX da Constituição Federal de 1988, que proclama a liberdade da atividade científica como um dos direitos fundamentais, sem deixar de penalizar qualquer ato perigoso (imperícia) na relação médico-paciente e imperícia do cientista, levando em conta questões conflitantes como aborto, eutanásia, suicídio assistido, inseminação artificial, transplante de órgãos, OGM e clonagem terapêutica e científica”.³

³ <http://pt.wikipedia.org/wiki/Biodireito>

ALMEIDA, Aline Mignon de. Bioética e biodireito. 1ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

BARBOZA, Heloísa Helena. A filiação: em face da inseminação artificial e da fertilização in vitro. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. 133 p.

BARRETTO, Vicente. Bioética e ordem jurídica. Revista da Faculdade de Direito [da] Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 2, p. 443-454, 1994.

CASADO, María. (ed.). Materiales de bioética y derecho. Barcelona: Cedecs. 470 p. (Cedecs: textos abiertos).

MOTA, Sílvia. Da bioética ao biodireito. Caderno Científico do Mestrado e Doutorado em Direito [da] Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, p. 185-195, ago. 1998.

ROMEO CASABONA, Carlos María. El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1995. 514 p.

SANTOS, António Marques dos et al. Direito da saúde e bioética. Lisboa: AAFDL, 1996. 322 p.

SÉGUIN, Elida. Biodireito. 3. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. 354 p.