

Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu*
em Direito Público

Robson Caetano de Sousa

EUTANÁSIA
COMO CAUSA SUPRALEGAL
DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE

Brasília – DF
2008

ROBSON CAETANO DE SOUSA

**EUTANÁSIA
COMO CAUSA SUPRALEGAL
DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Público, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Público – Concentração em Advocacia Pública do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

**Brasília – DF
2008**

ROBSON CAETANO DE SOUSA

**EUTANÁSIA COMO CAUSA SUPRALEGAL
DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Público, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Público – Concentração em Advocacia Pública do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em __/__/__, com menção
____(_____).

Banca Examinadora

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

Dedicação

A Deus Todo Poderoso, Criador do céu e da terra, fonte de inspiração de toda a vida, razão maior da minha existência, sem o qual nem mesmo uma vírgula teria sido escrita.

À minha esposa, Lúcia Caetano; e

Aos meus filhos, Laís, Rodrigo e Rafael.

Agradecimento

Ao querido professor Paulo Gustavo Gornet Branco pelo exemplo de profissionalismo, capaz de inspirar em todos os seus alunos verdadeiro fascínio pelo Direito.

Quanto mais se aprofunda o exame da alma humana, mais se revela a sua extrema complexidade, mais se fundem e se emaranham os seus fatores e mais se evidenciam os erros de certas fórmulas abstratas, de certos símbolos verbais, com que se esquematizam, arbitrariamente e aprioristicamente, os estados de consciência. E esta constante abstração é a disjunção teorizante da realidade e do pensamento, na esfera do direito de punir, que tem transformado a justiça, através dos tempos, numa série nunca interrompida de erros. Esses equívocos continuarão, enquanto o acusado ficar, de uma parte isolado, com o seu crime, com a fatalidade do seu organismo psicofísico, com a supremacia inevitável de toda a sua personalidade, e ficar, de outra parte, a justiça com os seus conceitos mais *a priori*, com as suas noções abstratas do bem e do mal, ou então com as suas paixões, as suas revoltas, os seus pavores episódicos.

Pedro Vergara

RESUMO

Esta pesquisa tem como objeto a temática da exclusão da culpabilidade no caso da prática de eutanásia em situação em que a vítima esteja em grande sofrimento e sem perspectiva de cura. Por intermédio da pesquisa bibliográfica, pode-se

considerar a prática da eutanásia como um fato típico e ilícito, entretanto, estando a vítima nas condições especiais supramencionadas, acrescidas das condições subjetivas atinentes ao autor do fato que adiante serão tratadas, forçoso será reconhecer a exclusão da culpabilidade do agente, eis que no conjunto das circunstâncias aferidas, dele não se poderia exigir conduta diversa, mesmo que contrária ao direito.

Palavras chave: eutanásia, causa supralegal e exclusão da culpabilidade.

ABSTRACT

This research has as object is the thematic of the guilt exclusion in the euthanasia practice case in situation in which the victim is in great suffering and without cure perspective. Through the bibliographical research, it can consider the euthanasia

practice as a typical and illicit fact, however, being the victim in the special terms supplies-mentioned, added of the subjective terms in concerning to the fact author that ahead will be treated, mandatory will be to recognize the agent guilt exclusion, there you have that in the set of the checked circumstances, of him could not demand several conduct, even though contrary to the right.

Key words: *euthanasia, supralegal cause and guilt exclusion.*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 HOMICÍDIO PRIVILEGIADO POR MOTIVO DE RELEVANTE VALOR MORAL .	13

1.1 Conceito de homicídio	13
1.2 Aspectos gerais do crime de homicídio	14
1.3 Homicídio privilegiado por relevante valor moral.....	16
2 EUTANÁSIA.....	20
2.1 Conceito.....	20
2.2 Classificação.....	20
2.3 Breve relato histórico.....	22
2.4 A eutanásia no direito brasileiro	23
3 CULPABILIDADE	25
3.1 Posição da culpabilidade na teoria geral do crime.....	25
3.2 Culpabilidade: evolução do conceito	27
3.3 Teoria psicológica da culpabilidade	29
3.4 Teoria psicológico-normativa da culpabilidade	31
3.5 Teoria normativa pura da culpabilidade.....	32
3.6 Teoria limitada da culpabilidade.....	33
3.7 Elementos da culpabilidade.....	33
3.8 Causas que excluem a imputabilidade.....	35
3.9 Causas que excluem a possibilidade de conhecimento do ilícito.....	36
3.10 Causas que excluem a exigibilidade de conduta diversa.....	37
3.11 Causas supralegais de exclusão de culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa	39
3.11.1 Estado de necessidade exculpante.....	39
3.11.2 Excesso exculpante	41
4 A EUTANÁSIA COMO CAUSA SUPRALEGAL DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE	43
4.1 Controvérsias sobre a disponibilidade do direito à vida	43
4.2 Da exclusão da culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa ...	51
CONCLUSÃO.....	61
REFERÊNCIAS.....	65

INTRODUÇÃO

Acerca da metodologia, foi utilizada a bibliográfica, que é a pesquisa realizada por meio de material já publicado em livros, revistas e redes eletrônicas, isto é, material acessível ao público. Em outras palavras, a pesquisa bibliográfica

envolve levantamento bibliográfico e análise de exemplos que estimulem a compreensão.

Quanto à justificativa pessoal, o interesse em abordar este assunto deve-se ao fato de o autor desta se identificar com o tema proposto, no que se refere à exclusão da culpabilidade no caso da prática de eutanásia em situação em que a vítima esteja em grande sofrimento e sem perspectiva de cura. Por ser advogado criminalista e professor de Direito Penal, ele acredita que a questão da eutanásia deve ser mais bem discutida no âmbito do Direito Penal, não sendo possível generalizar o tratamento jurídico como homicídio privilegiado.

Em se tratando da importância social, a abordagem do tema da forma proposta é relevante para a sociedade, permitindo que o Judiciário decida com equidade as questões inerentes à eutanásia, sendo favorável que circunstâncias extremas de sofrimento ao autor da eutanásia não seja culpável por aliviar o ente amado do sofrimento.

Quanto à relevância acadêmica, esta pesquisa demonstrará, ainda, que o tema proposto tem relevância para o meio acadêmico, sobretudo na adoção de nova postura da jurisprudência e da doutrina no tratamento do tema eutanásia, com aplicação da inexigibilidade de conduta diversa como princípio supralegal para exclusão da culpabilidade.

Este estudo tem como indagação problemática (todas as formas de prática da eutanásia devem ser tratadas como homicídio privilegiado?), cuja hipótese é a eutanásia, praticada por motivos relevantes e diante de circunstâncias determinadas, demonstre que do agente não se poderia exigir conduta diversa, devendo ser causa de exclusão da culpabilidade, ou seja, não deve acarretar a censurabilidade da conduta do agente. Para alcançar tal nível, torna-se imprescindível ter o objetivo geral: demonstrar que nem toda conduta de eutanásia deve ser merecedora da reprimenda penal, podendo em circunstâncias especiais aplicar a inexigibilidade conduta diversa com exclusão da culpabilidade, retirando-se a censurabilidade, evidenciado pelos específicos: comentar a respeito do homicídio privilegiado por motivo de relevante valor moral; conceitar homicídio, evidenciar os aspectos gerais do crime de homicídio, ressaltar o homicídio privilegiado por

relevante valor moral; conceituar eutanásia, classificando-a e realizando breve relato histórico acerca da eutanásia no direito brasileiro; estudar a culpabilidade e argumentar sobre a eutanásia como causa supralegal de exclusão da culpabilidade.

Inicialmente serão abordados aspectos gerais do crime de homicídio, sua definição legal e doutrinária e, principalmente, o homicídio privilegiado por relevante valor moral, que é uma circunstância especial de diminuição de pena, prevista no art. 121, § 1º., do Código Penal que, como será analisado no curso deste trabalho, é onde se enquadra a eutanásia, segundo entendimento da doutrina e da jurisprudência.

Em seguida, será analisado o significado do termo eutanásia, seu conceito, sua classificação e espécies, apresentando-se um breve apanhado histórico dessa prática. Nesse capítulo, demonstrar-se-á que com o passar do tempo, significativas mudanças ocorreram no que diz respeito à sua finalidade. Após, abordar-se-á o tratamento jurídico dispensado à matéria, no direito penal brasileiro.

No terceiro capítulo, discorrer-se-á sobre a teoria geral do crime e seus elementos estruturais, para situar a culpabilidade, de forma a lançar as bases do tema aqui proposto, qual seja, a eutanásia como causa supralegal de exclusão da culpabilidade em face da ocorrência da inexigibilidade de conduta diversa.

Será consignada a discussão doutrinária acerca dos requisitos essenciais do crime, oportunidade na qual se verão as duas principais correntes: a que adota o conceito tripartido de crime; entendendo-o como um fato típico, antijurídico e culpável; e a que o concebe apenas como fato típico e antijurídico, situando a culpabilidade como pressuposto de aplicação da pena.

Destacar-se-á ainda nesse capítulo, para melhor compreensão contextual, a evolução do conceito de culpabilidade, desde a era primitiva até a atualidade, analisando-se as principais teorias existentes. Serão analisados também, os elementos que compõem a culpabilidade, quais sejam, a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa, bem como as causas legais e supralegais que as excluem.

No último capítulo, tratar-se-á da eutanásia como causa supralegal de exclusão da culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa.

Nesta análise, preliminarmente, abordar-se-á a questão da disponibilidade do direito à vida frente aos princípios da liberdade e da dignidade da pessoa humana, trazendo opiniões divergentes sobre o assunto, ocasião na qual será questionada a intenção do legislador ao prever a vida como direito absoluto e, portanto, inviolável.

Refletindo sobre a atuação estatal na preservação da vida (considerada como um direito absoluto, inviolável e inalienável), trar-se-á a lume o paradoxo existente entre dispositivos da Constituição Federal e a realidade social, além de traçar um paralelo entre a hipótese central da presente pesquisa (eutanásia) e a situação alcançada pelo art. 128, inciso II, do Código Penal, que diz respeito ao aborto justificado quando resultante de estupro.

Ao cabo dessas reflexões, procurar-se-á demonstrar que, em certas situações em que ocorra a prática da eutanásia, apesar de configurar-se um delito, o agente deve ser isento de pena, uma vez que, naquelas circunstâncias anormais, não lhe era exigível conduta diversa, consistindo, portanto, numa excludente supralegal da culpabilidade.

Por derradeiro, discorrer-se-á acerca das circunstâncias especiais atinentes ao agente da conduta infracional e da vítima, que teriam o condão de afastar a culpabilidade em face da inexigibilidade de comportamento conforme o direito, sempre acompanhadas de exemplos, de maneira a tornar claro o entendimento açambarcado neste trabalho.

1 HOMICÍDIO PRIVILEGIADO POR MOTIVO DE RELEVANTE VALOR MORAL

1.1 Conceito de homicídio

De acordo com a definição legal, consiste o homicídio na conduta típica de **matar alguém**, prevista no artigo 121, *caput*, do Código Penal Brasileiro.

Esta é a descrição da sua forma simples, para a qual é prevista pena de reclusão de seis a vinte anos.

Para Fernando Capez, homicídio é a “eliminação da vida de uma pessoa praticada por outra”.¹ Damásio o define como “a destruição da vida de um homem praticada por outro”.² Já Mirabete, utilizando-se do conceito de Antolisei, diz ser “a morte de um homem ocasionada por outro homem com o comportamento doloso ou culposo e sem o concurso de causa de justificação”.³

1.2 Aspectos gerais do crime de homicídio

O homicídio é o delito mais grave, tipificado no Código Penal, pois tutela a vida humana, que é o bem jurídico por excelência, o qual possibilita o exercício de todos os demais direitos.

Nas palavras de Mirabete, “tem a vida a primazia entre os bens jurídicos, sendo indispensável à existência de todo direito individual, porque sem ela não há personalidade e sem esta não há cogitar de direito individual.”⁴

O homicídio é um crime comum, não exigindo, portanto, nenhuma qualidade especial dos sujeitos ativo e passivo. Lembra Capez que o conceito de sujeito ativo abrange não só quem pratica a figura típica, mas também aquele que concorreu de algum modo para a produção do resultado.⁵

Além de comum, o homicídio é um delito material, de conduta e resultado; simples, pois só há ofensa ao direito à vida; de dano, uma vez que requer a efetiva lesão do objeto jurídico; instantâneo de efeitos permanentes e; de conduta livre, ou seja, admite qualquer forma de execução.⁶

¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva 2004, p. 32.

² JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p, 15.

³ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 62.

⁴ *Ibidem*.

⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 4. ed. São Paulo: Sararia, 2004, p. 10.

⁶ JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 17.

O sujeito ativo pode utilizar-se de meios diretos ou indiretos, materiais morais, desde que sejam idôneos para alcançar o resultado morte, podendo sua conduta ser comissiva ou omissiva.⁷

São diretos os meios empregados pelo agente, contra a vítima, atingindo-a de imediato, como por exemplo, com golpes de faca.⁸ Indiretos são os que conduzem à morte de modo mediato como ocorre quando o agente instiga contra a vítima um animal bravo.⁹

Meios materiais são os que incidem sobre o corpo do sujeito passivo (disparo de arma de fogo, etc.) e morais, quando “o agente se serve do medo ou da emoção súbita para alcançar seu objetivo”¹⁰ por exemplo, forte emoção em um cardíaco.

Conduta comissiva é o comportamento positivo do agente que efetivamente age, atuando na produção do resultado, como, por exemplo, quando ministra veneno à vítima. Omissão é o **não fazer**, é a abstenção da prática da conduta, como acontece no clássico exemplo citado por Luiz Regis Prado, da mãe que não alimenta o recém-nascido, deixando-o morrer de inanição.¹¹

Para que ao agente seja imputada a responsabilidade pelo resultado morte advindo de conduta omissiva, é necessário que ele seja obrigado a evitá-lo. Assim, “a omissão penalmente relevante é a constituída de dois elementos: o *non facere* (não fazer) e o *quod debeat* (aquilo que tinha o dever jurídico de fazer).”¹²

A conduta do agente pode ser dolosa ou culposa. Dolo no homicídio “É a vontade livre e consciente de eliminar uma vida humana, ou seja, de matar

⁷ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 46.

⁸ MIRABETE. Júlio Fabbrini. **Op. cit.**, p. 64.

⁹ PRADO, Luiz Regis. **Op. cit.**, p. 46.

¹⁰ CAPEZ, Fernando. **Op. cit.**, p. 10.

¹¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 06.

¹² PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 11.

(*animus necandi*), não se exigindo nenhum fim especial.”¹³ Admite-se além do dolo direto; que se dá quando o autor do delito quis a produção do resultado; o dolo eventual que ocorre quando, apesar de não desejar o resultado, assume o risco de produzi-lo.¹⁴

Conduta culposa, por sua vez, é aquela com a qual o agente alcança um resultado indesejado, por ter agido com negligência, imprudência ou imperícia. Mirabete ensina que nesses casos há, por parte do agente, uma violação do dever de cuidado, atenção ou diligência a que estava obrigado e, assim agindo, causa um resultado típico.¹⁵

O Código Penal prevê para o crime de homicídio a forma simples (art. 121, *caput*, CP), que constitui o tipo básico fundamental; a privilegiada (§ 1º) para a qual é dispensado um tratamento diferenciado, tendo em vista circunstâncias que conduzem a uma menor reprovação moral do agente; a qualificada (§ 2º), que apresenta circunstâncias, tornando o crime mais grave do que o homicídio simples e; a forma culposa, a qual pode ser simples (§ 3º) ou circunstanciada (§ 4º).

1.3 Homicídio privilegiado por relevante valor moral

Expostos esses conceitos basilares que envolvem o crime de homicídio, passaremos a tratar especificamente do homicídio privilegiado por relevante valor moral que é a modalidade objeto principal desse capítulo e também das outras circunstâncias especiais de diminuição de pena previstas na lei penal.

O artigo 121 § 1º do Código Penal traz as três figuras típicas de homicídio privilegiado: motivo de relevante valor social, motivo de relevante valor morais, domínio de violenta emoção logo em seguida a injusta provocação da

¹³ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 64.

¹⁴ CP - Art. 18. Diz-se o crime: Crime Doloso. I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo.

¹⁵ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Op. cit**, p. 46.

vítima.¹⁶

Os motivos determinantes, leciona Nelson Hungria, “constituem no direito penal moderno a perda de toque do crime. Não há crime gratuito ou sem motivo”. Prossegue o autor dizendo que é principalmente por intermédio do porquê do crime que se pode verificar a personalidade do criminoso e aferir sua maior ou menor anti-sociabilidade.¹⁷

É indispensável, contudo, considerar a qualidade dos motivos impulsionadores e não apenas o valor psicológico do réu, a maior ou menor intensidade do dolo ou a quantidade do dano na hora de regular e individualizar a pena.¹⁸

É em razão da sociabilidade dos motivos determinantes do crime que essa espécie de homicídio goza de privilégio e, caso se verifique uma das circunstâncias especiais previstas, poderá o juiz minorar a sanção penal de um sexto a um terço.

Motivos de relevante valor social ou moral, diz Costa Jr. “são aqueles aprovados pela consciência ética de um povo, em determinado momento histórico, reclamando a indulgência do legislador”.¹⁹

A exposição de motivos da parte especial do Código Penal traz o entendimento de que motivo de relevante valor social ou moral é aquele que, em si mesmo, é aprovado pela moral prática, exemplificando o primeiro com o agente que pratica o crime contra o traidor da pátria e o segundo com o homicídio eutanásico.

Bitencourt define o relevante valor social como aquele cuja “motivação fundamenta-se no interesse de todos os cidadãos de determinada coletividade”.²⁰ Já o relevante valor moral está afeto a interesses particulares do

¹⁶ Art. 121, 1º, do Código Penal: “Se o agente comete o crime por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço”.

¹⁷ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 122.

¹⁸ *Ibidem*, p. 124.

¹⁹ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 254.

²⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 384.

agente.

Lembra Nelson Hungria que esses valores devem ser analisados não segundo o entendimento pessoal do agente, mas com critérios objetivos, segundo a consciência ético-social ou o senso comum.²¹

O homicídio eutanásico, que é aquele motivado por um sentimento de compaixão pela vítima, é aceito pacificamente pela Doutrina em geral, como uma hipótese de homicídio privilegiado por relevante valor moral, sendo inclusive o exemplo clássico por ela citado e também o que figura na exposição de motivos, do Código Penal.

A terceira modalidade de homicídio privilegiado é o praticado sob o domínio de violenta emoção, logo após injusta provocação da vítima.

Assinala Damásio que emoção “é um estado súbito e passageiro de instabilidade psíquica”. É necessário, entretanto, prossegue o autor, que a conduta da vítima não passe de simples provocação, pois se configurar uma agressão ao agente, poderá tratar-se de legítima defesa, que é uma excludente de ilicitude e, assim sendo, não responderá o agente pelo crime.²²

Expostos esses aspectos relativos ao crime de homicídio, que são indispensáveis para a melhor compreensão do tema proposto nesse trabalho, passar-se-á a discorrer sobre a eutanásia, abordando o conceito, a classificação, bem como notícias históricas de sua prática, para então, ao final do capítulo, analisar o tratamento dispensado à eutanásia no direito brasileiro.

²¹ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 124.

²² JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 64.

2 EUTANÁSIA

2.1 Conceito

Em seu sentido etimológico a palavra eutanásia deriva dos vocábulos gregos *eu*, prefixo que significa bom e *thanatos*, substantivo equivalente à morte, donde se pode depreender que significa, de forma literal, boa morte, calma, sem dor, sem sofrimento.

Hodiernamente são utilizadas pela doutrina várias formas de conceituar eutanásia, mas sempre se faz presente o elemento piedade, a compaixão, como seu caracterizador. Alguns autores inclusive usam a expressão homicídio piedoso como sinônimo de eutanásia. Maria Celeste Cordeiro, por exemplo, a define como sendo uma morte misericordiosa que é dada a uma pessoa que sofre de uma enfermidade incurável, para suprimir a agonia demasiadamente longa e dolorosa.²³

2.2 Classificação

A principal classificação operada dentro do conceito de eutanásia divide-a em eutanásia libertadora ou terapêutica, eutanásia eugênica ou selecionadora e eutanásia econômica, de acordo com o motivo que impulsiona o agente.

Na eutanásia libertadora ou terapêutica, o motivo é humanitário, pois sua prática ocorre por razões solidárias, altruístas ou de compaixão para com o enfermo que padece.²⁴

A eutanásia eugênica ou selecionadora consiste na morte indolor de pessoas portadoras de deformidades, doenças contagiosas e incuráveis, visando o

²³ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Transplantes de órgãos e eutanásia**. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 209.

²⁴ CARVALHO. Gisele Mendes de. **Alguns Aspectos da disciplina jurídica da eutanásia no direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 479.

melhoramento da espécie. Busca-se a pureza da raça humana, eliminando-se todo aquele que represente uma carga familiar e social.²⁵

Já a eutanásia econômica consiste na supressão de doentes mentais, loucos irrecuperáveis, inválidos e anciãos com a finalidade de aliviar a sociedade do peso de pessoas economicamente inúteis.²⁶

Indispensável se faz ainda por sua relevância e para uma melhor compreensão do tema, proceder à classificação da eutanásia no que concerne ao modo de execução.

A eutanásia pode ser ativa ou passiva. A primeira delas consiste na realização de atos positivos com o escopo de dar a morte a um enfermo terminal, aplicando-lhe, por exemplo, uma injeção letal. A segunda se consubstancia na não iniciação ou na interrupção de um tratamento, determinado por meio da abstenção de métodos e aparelhos que poderiam prolongar a vida do paciente.

Outro termo utilizado pela doutrina como sinônimo de eutanásia passiva é ortotanásia. Etimologicamente *orto*, que é um prefixo grego, significa “correto” e *thanatos* morte, tendo o sentido de morte no seu tempo, sem abreviação nem prolongamentos desproporcionados do processo de morrer.

Luiz Flávio D’Urso define ortotanásia como sendo “a morte natural decorrente da interrupção de tratamento terapêutico, cuja permanência seria inútil diante do quadro clínico irreversível”.²⁷

Um termo correlato à eutanásia, também abordado pela doutrina é a distanásia que é o antônimo de ortotanásia, constituindo-se, no prolongamento artificial do processo de morte, com sofrimento do doente. É uma situação em que se prolonga a agonia, artificialmente, mesmo que os conhecimentos médicos, no

²⁵ CARVALHO, Gisele Mendes de. **Alguns Aspectos da disciplina jurídica da eutanásia no direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 479.

²⁶ *Ibidem*, p. 480.

²⁷ D’URSO, Luiz Flávio Borges. Responsabilidade médica. **Informativo Consulex**, a. 22, de 07 de junho de 1999.

momento, não vislumbrem possibilidade de cura ou melhora.²⁸

Desse modo, depreende-se desse conceito que, na verdade, o que há é uma procrastinação do curso natural da morte - e não da vida - apesar de aquela ser inevitável, sem ponderar os benefícios ou prejuízos (sofrimentos) que podem advir ao paciente.

2.3 Breve relato histórico

Fazendo-se um retrospecto ver-se-á que desde a Antigüidade se praticou e se aplaudiu calorosamente a eutanásia, às vezes traduzindo um sentimento de compaixão pelos semelhantes e muitas outras com a cruel finalidade de se livrar das pessoas imprestáveis ou mesmo com o intuito de promover a purificação da raça, como ocorreu no apogeu nazista, quando foi posto em prática “o primeiro programa político da eutanásia”.²⁹

Levando-se em consideração, contudo, que o elemento fundamental da eutanásia reside em um sentimento de compaixão aliado à vontade do doente ou de sua família, de colocar fim ao sofrimento de um enfermo reconhecidamente incurável, não há que se concordar que o sacrifício nazista seja considerado uma forma de eutanásia, constituindo-se na verdade, como leciona Luiz Flávio Gomes, um verdadeiro holocausto, uma técnica autoritária de eliminação de seres humanos.³⁰

Muitos exemplos históricos são enumerados por quem se aventura a escrever sobre um tema tão polêmico. Ana Raquel Colares relata que na Índia antiga os doentes incuráveis eram atirados ao rio Ganges após serem asfixiados com barro sagrado na boca e no nariz. Em Esparta os monstros e os deformados de

²⁸ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 287.

²⁹ RÔHE, Anderson. **O paciente terminal e o direito de morrer**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 5.

³⁰ GOMES, Luiz Flávio. A legalização da eutanásia. **Revista Prática Jurídica**, n. 1 de 30 de abril de 2002, p. 40.

toda sorte eram arremessados do alto do monte Taijeto. Na idade média, com o objetivo de livrar os mortalmente feridos de sofrimentos atrozes, legitimavam-se mortes por punhais afiadíssimos, denominadas mortes misericordiosas.³¹

Todos esses relatos mostram claramente o desvirtuamento total do sentido, primordial de boa morte, de alívio dos sofrimentos atrozes de quem porta um mal incurável, geralmente define a eutanásia, sendo aqueles incompatíveis com esse conceito, por serem fundados em justificativas inaceitáveis e até desumanas.

Com o decorrer do tempo, o conceito e a prática da eutanásia vêm ganhando formas mais humanas e realistas e hoje, está inserida em uma definição estreita, que busca como único fim, o livrar a pessoa de seus intensos sofrimentos, de agonia intensa que padece como resultado de uma enfermidade grave e incurável.

2.4 A eutanásia no direito brasileiro

Não obstante a relevância e as peculiaridades do tema, a eutanásia não encontra no nosso ordenamento jurídico, nenhuma regulamentação específica, sendo tratada pela doutrina e pela jurisprudência, em qualquer de suas formas, como homicídio privilegiado por relevante valor moral, previsto no artigo 121, § 1º., do Código Penal Brasileiro.

Talvez por esse motivo, os doutrinadores pátrios em geral, não se aprofundam nas questões e polêmicas que circundam a matéria, se limitando apenas a conceituar e classificar a eutanásia de forma sucinta e a citá-la como uma das hipóteses que se adequa às causas especiais de diminuição de pena previstas no mencionado dispositivo.

Algumas tentativas têm sido empreendidas no sentido de legalizar a eutanásia no Brasil, mormente em sua modalidade passiva. Em 1984, por exemplo, junto com a proposta de reforma da parte geral, havia o anteprojeto de reforma da

³¹ SOARES, Ana Raquel Colares dos Santos. **Dos direitos humanos aos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 136-137.

parte especial do Código Penal, que disciplinou a eutanásia, ao isentar de pena o médico que antecipasse a morte inevitável de um paciente, com o consentimento da vítima ou, na sua impossibilidade, de ascendente, cônjuge ou irmão, porém, houve a reforma da parte geral sem que a reforma da parte especial chegasse a ser realizada.³²

Hoje, está tramitando no Congresso Nacional projeto de lei que pretende incluir a eutanásia em dois parágrafos, § 3º e 4º., do artigo 121 do CPB.

O parágrafo terceiro dispõe sobre a diminuição de pena para quem mata por compaixão, a pedido da vítima. O parágrafo quarto, por sua vez, enquadra a eutanásia passiva na categoria de exclusão de ilicitude, ou seja, despenaliza o ato de interromper uma vida mantida por meio artificial, conforme transcrição *in verbis*:

Eutanásia

§ 3º. Se o autor agiu por compaixão, a pedido da vítima imputável e maior, para abreviar-lhe sofrimento físico e insuportável em razão de doença grave:

Pena – reclusão de três a seis anos. Exclusão de ilicitude

§ 4º. Não constitui crime deixar de manter a vida de alguém por meio artificial, se previamente atestada por dois médicos a morte como iminente e inevitável, e desde que haja consentimento do paciente, ou na sua impossibilidade, de ascendente, descendente e cônjuge, companheiro ou irmão.³³

Pelo exposto, não há ainda um tratamento legal específico para o tema no direito penal pátrio, contudo, nem por isso se pode olvidar da relevância assunto.

Assim, no capítulo seguinte, abordar-se-á a teoria geral do crime e seus elementos estruturais, para situar a culpabilidade e suas excludentes legais e supralegais de forma a lançar as bases do tema aqui proposto, qual seja a eutanásia como causa supralegal de exclusão da culpabilidade em face da ocorrência de inexigibilidade de conduta diversa, conforme se verá mais adiante.

³² SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Biodireito**. Belo Horizonte: Dei Rey, 2002, p. 177.

³³ *Ibidem*.

3 CULPABILIDADE

3.1 Posição da culpabilidade na teoria geral do crime

Há grande discussão doutrinária acerca deste assunto, do qual pode-se extrair duas correntes sobre o tema. A primeira entende que o crime é um fato típico, antijurídico e culpável. Outra corrente adota o conceito bipartido de crime, ou seja, concebe-o como um fato típico e antijurídico, sendo a culpabilidade um juízo de reprovação ou censurabilidade da conduta ilícita.

Adotando a teoria tripartida do crime, Bitencourt argumenta que “a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade são predicados de um substantivo, que é a conduta humana definida como crime”.³⁴

Zaffaroni, no mesmo sentido, afirma que o injusto penal, nomenclatura utilizada pela doutrina para se referir á conduta típica e antijurídica, não é ainda delito sendo indispensável para tanto, que essa conduta seja reprovável e essa reprovabilidade é a culpabilidade que constitui a terceira característica do crime.³⁵

Já Damásio não pensa assim. Entende esse autor que o crime é um fato típico e antijurídico, constituindo a culpabilidade um pressuposto de aplicação da pena. Se o fato é típico e antijurídico, mas não incide o juízo de reprovação social (culpabilidade).³⁶

Nesse diapasão, para Luiz Flávio Gomes, o cerne da questão consiste na culpabilidade, que recairia sobre o autor do fato ou sobre o próprio fato. Com efeito, para aqueles que adotam a corrente tripartida, a culpabilidade seria um juízo de valor que incide sobre o fato típico e ilícito. Já para os que acolhem a corrente bipartida, a culpabilidade recai sobre o autor e não sobre o fato, ou seja, censurável é o autor e não o fato. Assim explica o referido autor:

Os requisitos do fato punível (tipicidade, antijuridicidade e punibilidade), são seqüenciais e lógicos. O segundo depende do primeiro. O terceiro depende dos dois anteriores. A pena, por seu turno depende de todos os requisitos do fato punível e ainda da culpabilidade e da necessidade da pena. Não há

³⁴ BITENCOURT. Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 331.

³⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 392.

³⁶ JESUS. Damásio E. de. **Direito penal**: parte geral. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 154.

culpabilidade, de qualquer modo, ou, em outras palavras, jamais o juiz pode fazer qualquer juízo de censura ou reprovação (sobre o autor) sem a constatação prévia da tipicidade da antijuridicidade e da punibilidade abstrata e concreta.³⁷

Com muita propriedade, Fernando Capez acompanha esse entendimento, aduzindo que para a teoria clássica (naturalística/causal), o fato típico não continha o dolo e a culpa, integrando esses a culpabilidade. Destarte, para os seus defensores, outra não poderia ser a conclusão de que crime seria um fato típico, ilícito e culpável.³⁸

Com o advento do finalismo de Welzel, prossegue o autor, constatou-se que o dolo e a culpa deveriam ser analisados no fato típico, restando à culpabilidade apenas elementos de ordem meramente valorativos, passando assim a ser mero juízo de valoração externo ao crime. E arremata: “a culpabilidade não pode ser um elemento externo de valoração exercida sobre o autor do crime e ao mesmo tempo estar dentro dele. Não existe crime culpado, mas autor de crime culpado”.³⁹

3.2 Culpabilidade: evolução do conceito

O homem primitivo acreditava que todos os fenômenos naturais maléficos eram resultantes de forças divinas revoltadas com a prática de deterem nados atos, exigindo-se assim a vingança, o castigo a quem houvesse ofendido a divindade, como forma de aplacar a sua ira e restabelecer a paz naquele grupo. A pena era totalmente desproporcional em relação à ofensa e consistia no sacrifício da vida do infrator.⁴⁰

A repressão aos delitos, com o passar dos tempos, passou a ter um caráter de vingança privada. Cometida a infração, a vítima, seus parentes ou até mesmo outros integrantes do grupo que se apiedasse dela, tinha o direito de se voltar contra o agressor e fazer justiça pelas próprias mãos. Quando a violação era praticada por pessoa estranha à tribo, a punição era a vingança de sangue, o que

³⁷ GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal**: parte geral teoria constitucionalista do delito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 342.

³⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 107.

³⁹ *Ibidem*, p. 107-108.

⁴⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 26

tornavam os grupos rivais, gerando guerras que muitas vezes resultava na completa exterminação de um deles.⁴¹

Posteriormente, para evitar o extermínio das tribos, surge como uma limitação da vingança privada, a Lei de Talião - Olho por olho, dente por dente - que veio a estabelecer certa proporcionalidade entre o delito e a pena, até então inexistente. O termo tálío significa “castigo na mesma medida da culpa”. Juridicamente, significa limitar, restringir, retribuir na mesma proporção de sua gravidade as conseqüências do crime praticado.⁴²

O Talião foi vastamente utilizado, tendo sido adotado, por exemplo, no Código de Hamurabi, §§ 196, 197 e 200, onde previa que “se um indivíduo destrói o olho de um outro indivíduo: destruirão seu olho. Se quebrou o osso do outro: quebrarão seu osso. Se arrancou o dente de outro: arrancarão seu dente.”⁴³

Com a evolução social, surge a composição, sistema pelo qual o infrator comprava sua liberdade, ficando livre da pena. Exemplificando esse período podemos citar uma norma das Leis Mosaicas: “Se um homem furtar um boi ou um carneiro e o matar ou vender, pagará cinco bois pelo boi e quatro carneiros pelo carneiro”.⁴⁴

No período medieval o direito penal era extremamente rigoroso contra os pobres e oprimidos, com penas cruéis, impiedosas e implacáveis. A pena de morte, executada pelas formas mais bárbaras e violentas, eram precedidas de torturas terríveis como queimaduras com óleo e enxofre ferventes e mutilação de membros, que objetivavam servir de exemplo aos outros componentes do grupo, isto é, visavam à intimidação.⁴⁵

Ao final desse período, o caráter público da pena se firmou e surgiu a preocupação com a recuperação do criminoso, mantendo-se ainda a pena, uma função basicamente retributiva. Além disso, “firmou-se a idéia de necessidade do

⁴¹ *Ibidem*, p. 26-27.

⁴² LEAL, João José. **Direito penal geral**. São Paulo: Atlas, 1998, p. 62.

⁴³ *Ibidem*, p. 63.

⁴⁴ TELES, Ney Moura. **Direito penal: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 41.

⁴⁵ LEAL, João José. **Direito penal geral**. São Paulo: Atlas, 1998, p. 67.

elemento subjetivo na configuração do ilícito penal”.⁴⁶

Durante todo esse período histórico, seria desconsiderada qualquer ligação entre o agente e o dano ocorrido, que não fosse a mera causalidade física. A responsabilidade penal era vislumbrada apenas objetivamente, ignorando-se totalmente os elementos subjetivos do crime.⁴⁷ Surge na segunda metade do século XVIII, como uma reação contra a prática abusiva, cruel e desumana utilizada até então no direito penal, o movimento humanitário, que teve como maior defensor, César Beccaria, o qual, em sua obra “Dos delitos e das penas”, defendeu entre outras coisas, leis claras e precisas, revogação de penas e castigos cruéis e aplicação da pena de morte apenas em casos excepcionais.⁴⁸

A partir daí, o elemento subjetivo passou a ser considerado. Percebeu-se que não se poderia dar o mesmo tratamento a danos causados pelo homem e pela natureza, pois os primeiros podiam ser evitados e essa evitabilidade residia no interior do ser humano, podendo ele escolher entre provocar determinados fatos ou evitá-los.⁴⁹

Neste contexto, se inicia “a construção da noção de culpabilidade, com a introdução, na idéia de crime, de alguns elementos psíquicos ou anímicos – a previsibilidade e a voluntariedade – como condição da aplicação da pena criminal – *multum crimen sine culpa*”, surgindo a teoria psicológica da culpabilidade, aceita durante um longo período.⁵⁰

3.3 Teoria psicológica da culpabilidade

Essa teoria constrói a noção de culpabilidade fundada em duas idéias básicas, a previsibilidade e a voluntariedade. Concebe a culpabilidade como uma ligação de natureza psíquica entre o agente e o fato criminoso, tendo como espécies

⁴⁶ *Ibidem*, p. 68

⁴⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 218.

⁴⁸ LEAL, João José. **Op. cit.**, p. 69.

⁴⁹ TOLEDO, Francisco de Assis. **Op. cit.**, p. 218.

⁵⁰ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 219.

o dolo e a culpa em sentido estrito.⁵¹

Dentro dessa concepção, o dolo e a culpa não só eram as duas únicas espécies de culpabilidade, como também a sua totalidade, na medida em que esta não apresentava nenhum outro elemento constitutivo. Admitia apenas, como seu pressuposto, a imputabilidade, entendida como capacidade de ser culpável.⁵²

Assim, para a teoria psicológica, a culpabilidade só poderia ser afastada se houvessem causas que eliminassem o vínculo psicológico. O erro excluiria o elemento intelectual e a coação, o elemento evolutivo do dolo que, para essa teoria, era puramente psicológico.⁵³

A aludida teoria foi severamente criticada por não conseguir explicar, segundo seus preceitos, o fundamento da culpabilidade penal nos crimes culposos e também por não admitir magnitudes ou graduações da culpabilidade.

Verificou-se que, na culpa inconsciente, não há qualquer vinculação psíquica entre autor e resultado,⁵⁴ o que demonstra a insuficiência e a fragilidade na fundamentação da teoria psicológica que afirma ser a culpabilidade um nexó psíquico entre o agente e o fato.

Outra questão que ficou sem resposta foi o porquê de dois institutos absolutamente antagônicos como dolo e culpa serem tratados como espécies de um mesmo gênero. “Era absolutamente incoerente visualizar a culpabilidade como algo puramente psicológico, quando uma de suas formas de manifestação culposa não tinha caráter psicológico”.⁵⁵

Diante das deficiências apresentadas pela teoria psicológica da culpabilidade, novos estudos foram realizados, sendo introduzido no conceito de culpabilidade, além do elemento psicológico, um outro, de natureza normativa, qual

⁵¹ TELES, Ney Moura. **Direito Penal**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 257.

⁵² TOLEDO, Francisco de Assis. **Op. cit.**, p. 220.

⁵³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 9. ed. São Paulo; Saraiva, 2004, p. 341.

⁵⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 195.

⁵⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 341.

seja, a reprovabilidade, dando origem à chamada teoria psicológico-normativa da culpabilidade.

3.4 Teoria psicológico-normativa da culpabilidade

O jurista alemão Reinhard Frank, fundador dessa teoria, analisando o caso de um naufrago na tábua de salvação, que matara o companheiro para salvar-se, observou que existem condutas dolosas não culpáveis. Verificou que apesar dele ter eliminado uma vida com vontade de fazê-lo, sua conduta não era reprovável, pois não lhe podiam exigir comportamento diverso, uma vez que agiu em estado de necessidade.⁵⁶

Percebeu-se então que os conceitos de dolo e culpa eram insuficientes para se tratar da culpabilidade e que eles eram elementos desta e não modalidades, não sendo a culpabilidade apenas um limite psicológico entre o autor e o fato ou entre o agente e o resultado, mas também a reprovabilidade da conduta do agente pelo fato que realizou com dolo ou culpa.⁵⁷

Mirabete ensina que para a teoria psicológico-normativa:

A culpabilidade exige o dolo ou a culpa, que são elementos presentes no autor, e a reprovabilidade, um juízo de valor sobre o fato, considerando-se que essa censurabilidade somente existe se há no agente a consciência da ilicitude de sua conduta ou, ao menos, que tenha ele a possibilidade desse conhecimento.⁵⁸

Desta forma, conclui Damásio que a teoria psicológico-normativa tem como elementos a imputabilidade, o elemento psicológico-normativo dolo ou culpa e a exigibilidade de conduta diversa.⁵⁹

Entretanto, essa teoria também não ficou imune às críticas, sobretudo por manter o dolo e a culpa *stricto sensu*, como um de seus elementos. Ademais, o dolo continha um elemento normativo que era a consciência atual da

⁵⁶ JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**: parte geral. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 460.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 461.

⁵⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte geral. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 196.

⁵⁹ JESUS, Damásio E. de. **Op. cit**, p. 461.

ilicitude.

Tal fato foi por demais criticado, posto que, ausente a consciência da ilicitude, não haveria o dolo. Assim, por exemplo, na hipótese de criminoso habitual, nascido e criado num contexto social onde a concepção de ilicitude é diversa do senso comum tutelado pelo direito, não seria ele provido da consciência da ilicitude e, portanto, não haveria dolo e conseqüentemente, não seria culpável, deixando impune justamente o indivíduo que apresenta comportamento mais censurável.⁶⁰

3.5 Teoria normativa pura da culpabilidade

Essa teoria, também conhecida como teoria extrema, está diretamente relacionada com a teoria finalista da ação, formulada por Hans Welzel, que, em suma, consistiu numa reestruturação do crime, apresentando uma nova concepção sobre a culpabilidade.

Com efeito, Welzel modificou a estrutura até então vigente, demonstrando que o dolo e a culpa em sentido estrito, não são elementos da culpabilidade e sim elementos da própria conduta, do tipo penal.

O exemplo de uma tentativa de homicídio com ferimentos no corpo da vítima, apresentado por Francisco de Assis Toledo, mostra com clareza o fato de o dolo integrar o injusto e não a culpabilidade, diz:

Exteriormente, nada, absolutamente nada, distingue esta tentativa de homicídio de um crime de lesões corporais. O que faz este ferimento deixar de ser uma simples lesão para transformar-se em um fato muito mais grave (a tentativa de homicídio) É tão-somente a intenção de matar que dirigiu a ação criminosa do agente. Se retirarmos da ação essa intencionalidade, o objetivo de matar, cairemos em um beco sem saída, pois não restará mais qualquer distinção entre a lesão corporal e a tentativa de homicídio.⁶¹

Outra importante modificação trazida pela teoria finalista da ação, diz respeito à consciência da ilicitude que anteriormente integrava o dolo, mas que permaneceu na culpabilidade como elemento autônomo desta, tendo o dolo migrado

⁶⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 346.

⁶¹ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 227.

para o tipo penal. Percebeu-se que o dolo é natural e não deveria conter a consciência atual da ilicitude, por ser ele puramente psicológico, por isso, esses dois elementos foram separados.⁶²

A consciência da ilicitude, que na teoria psicológico-normativa exigia-se fosse atual, real, foi substancialmente alterada, passando a exigir-se apenas a potencial consciência, ou seja, a possibilidade de se conhecer a ilicitude.

Assim, para os finalistas (teoria normativa pura), a culpabilidade é um juízo de valor, normativo, de reprovação social da conduta do agente imputável, que tenha atuado com consciência potencial da ilicitude e desde que, nas circunstâncias, fosse razoável exigir-lhe um comportamento conforme o direito.⁶³

Verificam-se, nesse conceito, os elementos que compõem a culpabilidade, no entendimento da teoria finalista da ação: a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa.

3.6 Teoria limitada da culpabilidade

Surgiu ainda a teoria limitada da culpabilidade, adotada pelo Código Penal pátrio, que não apresentou mudanças significativas em relação à teoria extrema. As modificações acrescentadas se circunscrevem ao tratamento das discriminantes putativas e para a teoria normativa pura ou extrema, o erro que incide sobre a causa de justificação é considerado erro de proibição (que recai sobre a ilicitude do fato). Já para a teoria limitada, se o erro recair sobre os pressupostos fáticos da causa de justificação, será erro de tipo (que recai sobre os elementos constitutivos do tipo); se incidi sobre a sua existência ou abrangência, será erro de proibição.⁶⁴

3.7 Elementos da culpabilidade

⁶² TELES, Ney Moura. **Direito penal: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 250.

⁶³ *Ibidem*, p. 251.

⁶⁴ JESUS, Damásio E. de. **Direito penal: parte geral**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 465.

Para se considerar uma ação humana reprovável, ou seja, culpável, é necessário verificar a existência dos elementos que compõem a culpabilidade, quais sejam, a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa.

Imputabilidade “é a condição pessoal de maturidade e sanidade mental que confere ao agente a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se segundo esse entendimento”.⁶⁵

Destarte, necessário se faz averiguar se o sujeito tem certo nível de desenvolvimento biopsíquico, indispensável para torná-lo capaz de entender e querer a prática de uma infração penal e por esta ser responsabilizado.

O segundo requisito da culpabilidade é a potencial consciência da ilicitude que é a possibilidade de se conhecer que o fato é contrário ao direito assim, a consciência da ilicitude é potencial “quando o agente, embora não tendo a percepção da ilicitude do fato, deveria tê-la em face de sua capacidade de culpa resultante da idade e da integração no meio social”.⁶⁶

Vale ressaltar que o conhecimento que se exige é um conhecimento leigo da ilicitude em seu sentido substancial, que envolve o caráter anti-social, nocivo ou imoral da conduta. É a consciência que qualquer pessoa poderá adquirir com algum esforço ou interesse, por intermédio dos mais diversos meios de transmissão de cultura.⁶⁷

O último elemento da culpabilidade, a exigibilidade de conduta diversa, pressupõe que o agente podia e devia agir de maneira diferente da que agiu. Aníbal Bruno lembra que é necessário “que a situação total em que o proceder punível se desenvolve não exclua a exigência do comportamento conforme ao Direito, que se pode reclamar de todo normal em condições normais”.⁶⁸

Ausente um dos seus elementos, afastada estará a culpabilidade.

⁶⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte geral. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 197.

⁶⁶ DOTTI, René Anel. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 347.

⁶⁷ LEAL, João José. **Direito penal geral**. São Paulo: Atlas, 1998, p. 271.

⁶⁸ BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 97.

Tratar-se-á a seguir das causas legais e supralegais que, uma vez constatadas, fazem desaparecer a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude ou a exigibilidade de conduta diversa, eliminando assim o juízo de reprovabilidade da conduta típica e antijurídica.

3.8 Causas que excluem a imputabilidade

São causas de exclusão de imputabilidade, previstas nos artigos 26, 27 e 28 § 1º do Código Penal, a doença mental, o desenvolvimento mental incompleto ou retardado e a embriaguez fortuita completa.

Para Ariel Dotti, doença mental em sentido lato pode ser definida como “qualquer afecção ou estado mórbido, orgânico ou funcional, congênito ou adquirido, temporário ou permanente e capaz de comprometer as funções psíquicas, no todo ou em parte”.⁶⁹ É o que ocorre, por exemplo, no caso de psicose, paranóia, neurose, esquizofrenia, etc.

Não é, contudo, em todas as hipóteses, que o doente mental será considerado inimputável. Para essa aferição o Código Penal adotou o critério biopsicológico, segundo o qual, será inimputável o agente que no momento da ação ou omissão, portar anormalidade mental que elimine inteiramente sua capacidade de entendimento ou de autodeterminação.⁷⁰

Desenvolvimento mental incompleto é aquele que ainda não se concluiu, devido à recente idade cronológica do agente ou à sua falta de convivência em sociedade, acarretando imaturidade mental e emocional. É o caso dos menores de dezoito anos e dos silvícolas não adaptados à sociedade.⁷¹

No caso de menores de dezoito anos a lei adotou um critério puramente biológico, presumindo de forma absoluta a sua inimputabilidade, independentemente da verificação de sua capacidade de entendimento ou de autodeterminação. Entretanto, ele está sujeito à aplicação de medidas de proteção e sócio-educativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90).

⁶⁹ DOTTI, René Anel. **Op. cit.**, p. 417.

⁷⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte geral. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 212.

⁷¹ CAPEZ Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 298.

É considerado retardado o desenvolvimento mental incompatível com o estágio de vida em que se encontra a pessoa, ou seja, o seu desenvolvimento está abaixo do normal para aquela idade cronológica, como é o caso, por exemplo, dos oligofrênicos, idiotas, imbecis e débeis mentais.⁷²

A última causa que exclui a imputabilidade é a embriaguez completa advinda de caso fortuito ou força maior. Embriaguez é “um processo agudo de intoxicação, resultante da ação do álcool ou substância análoga sobre o sistema nervoso, capaz de causar profunda perturbação mental e de privar o indivíduo de sua capacidade normal de entender e querer”.⁷³

Damásio ensina que a embriaguez apresenta três fases: a primeira é a fase de excitação em que o sujeito apresenta euforia, torna-se loquaz e tem diminuída sua capacidade de autocrítica, a segunda é a fase da depressão em que a pessoa experimenta certa confusão mental, falta de coordenação motora, dificuldade na articulação das palavras e irritabilidade. A terceira fase é da letargia, caindo o sujeito em sono profundo, ocorrendo anestesia e relaxamento dos esfíncteres, culminando com o coma.⁷⁴

Na embriaguez proveniente de caso fortuito o sujeito fica embriagado sem se dar conta que ingeriu bebida alcoólica ou por ter hipersensibilidade aos efeitos do álcool e sem conhecer essa circunstância, ingere uma pequena quantidade da bebida. Já na embriaguez por força maior, o sujeito é obrigado por um terceiro a ingerir bebida alcoólica.⁷⁵

Em qualquer desses casos, para que seja excluída a imputabilidade do sujeito, é indispensável que a embriaguez seja completa. Se for apenas parcial, a hipótese é de culpabilidade diminuída, podendo ensejar redução da pena, conforme preceitua o artigo 28, § 2º, do Código Penal.

3.9 Causas que excluem a possibilidade de conhecimento do ilícito

⁷² *Ibidem*, p. 299.

⁷³ LEAL, João José. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 1998, p. 306.

⁷⁴ JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**: parte geral. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 509.

⁷⁵ LEAL, João José. **Op. cit.**, p. 308.

São causas que excluem a possibilidade de conhecimento do ilícito, o erro de proibição inevitável (art. 21 do CP) e as discriminantes putativas (art. 20, § 1º, do CP).

O erro de proibição é aquele que incide sobre a ilicitude da conduta. O agente, diante do erro, imagina ou supõe que seu comportamento é lícito, permitido ou não proibido, quando na verdade não é. Ele tem absoluta consciência dos atos que pratica, mas, equivocadamente, acredita que está agindo plenamente de acordo com o ordenamento jurídico.⁷⁶

Para que o erro de proibição seja suficiente para exigir a culpabilidade, ele deve ser inevitável, ou seja, o agente, ao praticar a conduta não teve consciência da ilicitude e, nas circunstâncias, não teve a possibilidade de atingi-la.

Já as discriminantes putativas ocorrem quando o agente imagina, por erro justificado pelas circunstâncias do caso concreto, estar diante de uma causa excludente de ilicitude. São, portanto, modalidades de erros que incidem sobre as causas de justificação, quais sejam, a legítima defesa, o estado de necessidade, o exercício regular de direito e o estrito cumprimento do dever legal, as quais, se realmente existissem, tornariam a conduta lícita.⁷⁷

3.10 Causas que excluem a exigibilidade de conduta diversa

As causas motivadas na lei, que excluem a culpabilidade por não se exigir do agente da conduta um comportamento, conforme o ordenamento jurídico, são a coação moral irresistível e a obediência hierárquica.

Coação moral é o emprego de uma grave ameaça contra alguém, a fim de que ele realize ou deixe de realizar alguma coisa. Há uma pessoa (o coator) que obriga outra (o coato) a praticar um fato típico e antijurídico.⁷⁸

⁷⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 310.

⁷⁷ JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**: parte geral. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 314.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 493.

É irresistível a coação “quando acompanhada de uma séria e grave ameaça cuja iminência de concretização seja certa, não restando ao coato senão sucumbir à exigência do coator”.⁷⁹

O coagido age com dolo, contudo, sua vontade é viciada, é despida de liberdade, pois está diante de um dilema: ou realiza a conduta que lhe foi imposta ou resiste à exigência do coator e corre o risco de sofrer o mal que lhe foi prenunciado. Como o direito se destina a homens comuns e não a heróis, não pode exigir-se que alguém opte por sofrer o mal grave ao invés de violar a lei, praticando o ato ilícito.⁸⁰

Assim, sendo a coação moral irresistível, insuperável, o coato não será considerado culpado, tornando-se o coator, responsável pela conduta daquele, como se a tivesse praticado, respondendo ainda pelo crime de constrangimento ilegal, previsto no artigo 146 do Código Penal.

A segunda causa legal que exclui a exigibilidade de conduta diversa é a obediência hierárquica. Prevê o artigo 22 do CP que quando o agente pratica o fato em estrita obediência à ordem, não manifestamente ilegal de superior hierárquico, ele é inculpável.

Frederico Marques define a ordem de superior hierárquico como sendo “a manifestação de vontade do titular de uma função estatal, a um funcionário que lhe é subordinado, para que realize determinada ação ou omissão”.⁸¹

O subordinado só será desculpado por praticar um ato ilícito no cumprimento de uma ordem de seu superior se determinados requisitos estiverem presentes.

É necessário que a ordem não seja manifestamente ilegal; que preencha os requisitos formais; que seja expedida dentro da competência funcional do superior e que seja cumprida pelo subordinado dentro da estrita obediência à

⁷⁹ LEAL, João José. **Direito penal geral**. São Paulo: Atlas, 1998, p. 290.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. Campinas: Millenium, 2002, p. 274.

ordem emanada, sob pena de responder pelo excesso.⁸²

3.11 Causas supralegais de exclusão de culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa

Como assinalado nas linhas anteriores deste trabalho, a inexigibilidade de conduta diversa é uma decorrência de um princípio geral do direito, segundo o qual não pode ser culpável a pessoa que pratica um fato típico e antijurídico diante de um quadro fático no qual lhe era impossível agir de acordo com a norma jurídica.

É cediço que as normas jurídicas apresentam lacunas, pois o legislador não pode prever todos os fatos que necessitam de regulamentação legal. Essas lacunas da lei são supridas pelos costumes, pela analogia e pelos princípios gerais de direito.

Semelhantemente, ao legislador não é possível abranger todos os casos em que a inexigibilidade de conduta diversa seja excludente da culpabilidade.

Destarte, quando o julgador se depara com fatos imprevistos em lei, mas que preenchem os requisitos caracterizadores do princípio da inexigibilidade de comportamento lícito, deverá suprir o ordenamento jurídico com a aplicação deste princípio. Em suma, a ausência de previsão legal não impede a aplicação do princípio geral da inexigibilidade de outra conduta.

Serão apresentadas as duas formas supralegais de exclusão de culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa, mais abordadas pela doutrina, a saber: Estado de necessidade exculpante e excesso exculpante.

Por derradeiro, no último capítulo, tratar-se-á da eutanásia como excludente supralegal de culpabilidade, que constitui o cerne deste trabalho.

3.11.1 Estado de necessidade exculpante

⁸² JESUS. Damásio E. de. **Direito penal**: parte geral. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 497.

O estado de necessidade é caracterizado por um conflito de interesses juridicamente protegidos em que um deles precisa ser sacrificado para que o outro seja resguardado. “É uma situação de perigo atual de interesses protegidos pelo Direito, em que o agente, para salvar um bem próprio ou de terceiro, não tem outro caminho senão o de lesar interesse de outrem”.⁸³

Constitui o estado de necessidade uma causa de exclusão de ilicitude, prevista como tal no artigo 23, inciso I e no artigo 24 do Código Penal, tendo essa lei abraçado a teoria unitária, que propugna que só há um tipo de meta de necessidade, o justificante, que ocorre quando o bem jurídico sacrificado é de menor valor que o protegido.⁸⁴

Contudo, o estado de necessidade também pode configurar uma causa de exculpação (estado de necessidade exculpante). Essa possibilidade surgiu na Alemanha, onde o Código Penal reconhecia essa excludente apenas em hipóteses muito restritas, o que fez com que certos casos concretos se tornassem insolúveis, levando a doutrina e a jurisprudência “a construir, sob influência de idéias jusnaturalistas, o estado de necessidade justificante ‘supralegal’, apoiado no princípio da ponderação de bens e deveres”.⁸⁵

Uma decisão do Tribunal penal alemão de 1927, apontada pela doutrina como origem da teoria diferenciadora do estado de necessidade, admitiu um aborto médico para salvar a gestante. A sentença dizia o seguinte:

Naquelas situações da vida em que uma ação constitui a do tipo externo de uma forma de crime seja o único meio para proteger o bem jurídico ou [...] para cumprir um dever, a questão relativa a se a ação é adequada ao Direito, não proibida ou antijurídica, deve ser resolvida atendendo à relação valorativa, a derivar do Direito vigente, entre os bens jurídicos ou deveres em conflito.⁸⁶

O princípio da ponderação de bens e deveres originou a teoria diferenciadora, que reconhece duas formas de estado de necessidade: O

⁸³ JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**: parte geral. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 372.

⁸⁴ JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**: parte geral. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 372.

⁸⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 177.

⁸⁶ JESUS, Damásio E. de. **Op. cit**, p. 371.

justificante, que exclui a ilicitude do fato e se dá quando o bem jurídico sacrificado é de menor valor que o protegido; e o exculpante, que só exclui a culpabilidade e ocorre quando o bem ou interesse sacrificado é de igual ou maior valor do que o que se salva.⁸⁷

Entende-se Destarte, que, apesar de o atual Código Penal adotar a teoria unitária, quando o agente sacrificar um bem ou interesse de igual ou maior valor que o bem protegido, persistirá o caráter ilícito do fato, mas não haverá reprovabilidade penal se, nas circunstâncias em que se encontrava não lhe era exigível outra conduta, ou seja, demonstrada a inexigibilidade de conduta diversa, deve ser reconhecido o estado de necessidade exculpante, excluindo-se assim, a culpabilidade do agente.

3.11.2 Excesso exculpante

O Código Penal brasileiro contém em seu artigo 23 as causas que excluem a ilicitude do fato e, no seu parágrafo único, prevê a punibilidade para quem excede nessas causas, sem, contudo, fazer nenhuma menção ao excesso exculpante que é aquele que exclui a culpabilidade:

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

I – em estado de necessidade;

II – em legítima defesa;

III – em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Parágrafo único. O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo.⁸⁸

Ariel Dotti lembra que o Código Penal de 1969 estabelecia que o excesso não seria punível quando decorresse de escusável medo, surpresa ou perturbação de ânimo, em face da situação, e afirma que “embora o diploma vigente não repita a fórmula, ela é aceita pela doutrina e pela jurisprudência como causa de exclusão da culpabilidade.”⁸⁹

⁸⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 309-310.

⁸⁸ CÓDIGO PENAL. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 49.

⁸⁹ DOTTI, René Anel. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 401.

A doutrina faz a distinção entre excesso extensivo, que ocorre quando o agente continua a atuar mesmo quando cessa a situação de justificação, faltando ao ato o requisito da atualidade; e o excesso intensivo que se dá quando o sujeito, por medo, susto, perturbação mental ou confusão em que se encontra em razão das circunstâncias, imprimem na sua conduta intensidade superior à necessária.⁹⁰

Francisco de Assis Toledo, no tocante ao excesso intensivo, que é a modalidade aceita pela doutrina como causa de exculpação, arremata:

Nessa hipótese não se pode censurar o agente pelo excesso, por não lhe ser humanamente exigível que, em frações de segundo, domine poderosas reações psíquicas – sabidamente incontornável – para, de súbito, agir, diante do perigo, como um ser irreal, sem sangue nas veias e desprovido de emoções.⁹¹

Assim, entende-se que, não obstante o silêncio da lei, a falta de dispositivo expreso prevendo o excesso exculpante como excludente de culpabilidade não constitui empecilho para sua admissibilidade pelo julgador, que deve sempre aplicar o princípio *mulhim crimen nulla poena sine culpa*, não punindo assim, aquele que excedeu em sua conduta, mas que, naquela circunstância, não se podia exigir-lhe comportamento diverso.

⁹⁰ TOLEDO. Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo. Saraiva, 2002, p. 330.

⁹¹ TOLEDO. Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo. Saraiva, 2002, p. 330.

4 A EUTANÁSIA COMO CAUSA SUPRALEGAL DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE

Antes de serem feitas as ponderações a respeito do tema proposto, imprescindível se faz tratar sobre a questão do direito à vida e suas implicações, abordagem obrigatória para qualquer trabalho que se proponha a dissertar sobre a eutanásia.

Tal questão é de suma importância para a análise do tema, pois é com base nesse direito que comumente se alega que a vida é um valor absoluto, não podendo, portanto, ceder em face de qualquer outro princípio, como o da dignidade e da liberdade.

4.1 Controvérsias sobre a disponibilidade do direito à vida

É incontestável que a vida humana é o fundamento de todos os bens, a fonte e a condição necessária de toda a atividade do homem. É o que possibilita o exercício de todos os demais direitos.

No artigo 5º., *caput*,⁹² a Constituição Federal é expressa a inviolabilidade do direito à vida. Logo em seguida, no mesmo artigo, dispensa o mesmo tratamento ao direito à liberdade. Também consagrada como princípio fundamental da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana.

Assim, surgem os seguintes questionamentos: como fica a questão da indisponibilidade da vida, quando confrontada com outros princípios, igualmente constitucionais, como é o caso do princípio da dignidade da pessoa humana? Qual deles deverá prevalecer quando se estiver diante de um inevitável impasse no qual o reconhecimento do primeiro poderá significar a negação da existência dos demais?

A primeira dificuldade que se apresenta, diz respeito à própria

⁹² Art. 5º, *caput*, da Constituição Federal/88: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

definição do que seja vida. No dizer de José Afonso, “a vida não se restringe apenas no seu sentido biológico de auto-atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva”.⁹³

Reconhece o autor que a riqueza significativa da vida é de difícil compreensão por ser algo dinâmico que, sem perder sua própria identidade, se transforma incessantemente. Nesse contexto, prossegue: “É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando então de ser vida para ser morte”⁹⁴

O conceito de vida é campo de inúmeros debates, contudo, certo é que não podemos restringi-la meramente a mecanicidade dos movimentos respiratórios ou cardíacos. Ao contrário, deve-se entendê-la atrelada a valores de cunho eminentemente subjetivos como liberdade, qualidade e dignidade, motivo pelo qual, cada um tem a própria definição.

Mas será a vida um direito inviolável, inalienável, um valor de tal forma absoluto que permita sobrepujar aos princípios da dignidade ou da liberdade?

Deivid Diniz, ao tratar do tema, ressalta o fato de que a liberdade e a dignidade são valores intrínsecos à vida, de modo que não há como considerar a vida um bem absoluto em prejuízo aos dois primeiros.⁹⁵ Nesse sentido, opina Volnei Carlin, “retirar do ser humano sua dignidade, em nome de um direito absoluto, não é muito diferente do que sentenciá-lo à morte, em vida”.⁹⁶

É evidente que a Constituição Federal protege o direito à vida, mas no entender de André Adoni, essa proteção não é no sentido de compelir o ser humano a existir até seus últimos limites, submetendo-o até às condições de degradação, dor e sofrimento físico e emocional. “A visão apaixonada de defesa da

⁹³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 200.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ DINIZ, Deivid Júnior. Eutanásia, **Revista CONSULEX**, n. 155 de 30 de junho de 2003, p. 64.

⁹⁶ CARLIN, Volnei Ivo. **Ética e bioética**: novo direito e ciências médicas. Florianópolis: Terceiro Milênio, 1998, p. 143.

vida não pode ser cega ao ponto de aniquilar o valor que lhe dá vida e existência: a dignidade da pessoa humana”.⁹⁷

Anderson Rohe entende que a proteção que se pretende dar à existência da pessoa humana choca-se com a própria liberdade de escolha e com a dignidade do indivíduo.⁹⁸ O mencionado autor cita um texto publicado no *The Humanist* em julho de 1974, que ilustra bem essa controvérsia: “... É cruel e bárbaro exigir que uma pessoa seja mantida em vida contra sua vontade e que lhe seja negada a desejada liberação, quando a sua vida a dignidade e perspectiva de um futuro... Todo indivíduo tem o direito de viver e de morrer com dignidade”.⁹⁹

José Ildefonso Bizatto é de mesma opinião, acreditando que a vida não tem sentido quando não há esperança de vivê-la, não tendo o ser humano nascido para ser estático, frio e inerte.¹⁰⁰ Dessa forma, advoga que “a eutanásia não atenta contra a vida, pois num corpo mórbido e sem força, não existe vida”.¹⁰¹

Nesta mesma linha de raciocínio, Rôhe vai mais longe, afirmando que além do direito a uma vida digna também há o direito de morrer com dignidade e que esse direito, em determinadas circunstâncias deve ser reconhecido, não devendo se falar, por exemplo, em proteção absoluta à vida, quando um paciente terminal clama pelo direito de morrer com dignidade e o aplicador do direito, proclamando a indisponibilidade o direito à vida, lhe nega o pedido, fundamentando sua decisão na proteção do indivíduo contra ele mesmo.¹⁰²

Essa afirmação leva às seguintes indagações: será que o legislador constituinte ao tratar da questão da proteção do direito à vida, proclamando-o inviolável pensou em proteger o indivíduo contra ele mesmo? Ou será que tal dispositivo foi ali colocado, presumindo-se a existência de uma agressão de terceiro, prevendo aquelas hipóteses em que o titular do direito deseja viver e é impedido de

⁹⁷ ADONI, André Luis. **Bioética e biodireito**: aspectos gerais sobre a eutanásia e o direito à morte digna. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 818. dez 2003, p. 414.

⁹⁸ RÔHE, Anderson. **O paciente terminal e o direito de morrer**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 41.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 23.

¹⁰⁰ BIZATTO, José Ildefonso. **Eutanásia e responsabilidade médica**. São Paulo: Editora de Direito, 2003, p. 55.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 26.

¹⁰² RÔHE, Anderson. **Op. cit**, p. 38.

exercer esse direito?

Apesar de esses questionamentos terem sido lançados, por hora, apenas como um convite à reflexão, ousou expressar a minha opinião, filiando à segunda hipótese por entender que seja a mais acertada.

Opondo-se à prática da eutanásia, Noronha argumenta que não há, primeiramente, direito de matar nem de morrer e que há vida, ainda que dolorosa e sofredora, há sempre que ser respeitada, não sendo a dor, motivo para a eutanásia, pois a medicina tem meios hábeis de suavizá-la, além do que, a dor purifica, redime e aperfeiçoa.¹⁰³

De mesma opinião, Costa Jr. ressalta que não se tem direito sobre a vida, mas um direito à vida e que assim sendo, não há dúvida de que a vida é um bem do qual não se pode dispor.¹⁰⁴ Luiz D'Urso acrescenta que mesmo havendo o consentimento do paciente para a realização da eutanásia, haveria de se desconfiar sobre a lucidez e independência do paciente para decidir sobre sua própria vida.¹⁰⁵

Ainda nesse sentido, Raquel Colares entende perigoso dar credibilidade a manifestação de vontade de uma pessoa tomada pela dor e pelo sofrimento, devido à fragilidade física e psicológica decorrente do seu estado.¹⁰⁶

Várias são as justificativas daqueles que se opõe à eutanásia. Apóiam-se na previsão constitucional de inviolabilidade da vida, temem os abusos que possam ser praticados e também as finalidades escusas, quando, por exemplo, estão em jogo interesses patrimoniais; e até colocam em dúvida a sanidade mental da pessoa que deseja morrer.

De todos os argumentos contrários, o mais invocado parece ser a sacralidade da vida humana, que está na base da rejeição da eutanásia por arte da

¹⁰³ NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 22.

¹⁰⁴ COSTA JR., Paulo José da. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 255.

¹⁰⁵ D'URSO, Luiz Flávio Borges. A legalização da eutanásia no Brasil. **Revista Prática Jurídica**, n. 1 de 30 de abril de 2002, p. 41.

¹⁰⁶ SOARES, Ana Raquel Colares dos Santos. **Dos direitos humanos aos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 147.

Ética própria da tradição cristã, essa rejeição e fundada principalmente no preceito divino “não matarás”, sendo considerada uma afronta a Deus, um pecado, cometer tal ato: Deus é quem dá a vida e só a Ele cabe tirá-la.

Luiz Flávio Borges D’Urso assim expressa a sua opinião:

A vida é dom de Deus e, assim sendo, ela se basta, não precisando ter qualquer adjetivação, o que satisfaz a natureza humana é estar vivo, na condição de saúde que for, porquanto no plano religioso, jamais teremos condições de entender os desígnios do Criador, restando-nos apenas viver, brindados que somos com a dádiva maior que, insisto. É a própria vida.¹⁰⁷

Permita-me discordar, em parte, da afirmativa desse autor. Se ele concebe a vida como um dom de Deus, entendendo que o importante para o ser humano é estar vivo, independente das circunstâncias que o cerca, devendo o homem sempre aceitar e se conformar com os desígnios do Criador, sua opinião deve ser respeitada. Contudo, não se pode impor fé a ninguém, sob pena de, no mínimo, violar o direito à liberdade de crença, previsto no art. 50, inciso VI, da Constituição Federal. Ademais, é inconcebível que um jurista paute sua fundamentação jurídica em convicções religiosas.

Mesmo que seja verdadeira a afirmação do autor, quem pode julgar (e condenar) aqueles que não desejam mais viver ou mesmo atentam contra a própria vida, se o próprio Deus deu o livre arbítrio?

Será que ao se manter uma pessoa viva apenas por estar ligada a aparelhos que substituem a maioria das suas funções vitais, pessoa essa que está em uma condição considerada vegetativa e sem expectativa de melhora segundo os conhecimentos da medicina, não se estaria indo de encontro à vontade de Deus em recolhê-la? Não se estará impedindo que a vida siga o seu curso natural?

Evidencia-se a todo instante o progresso que vem galgando a ciência no tocante à vida, com a descoberta de novas técnicas e procedimentos que possibilitam a procrastinação artificial da vida. Esse prolongamento é questionado por muitos autores.

Anderson Rôhe assevera que a intervenção da medicina não pode

¹⁰⁷ D’URSO, Luiz Flávio Borges. A legalização da eutanásia no Brasil. **Revista Prática Jurídica**, n. 1 de 30 de abril de 2002, p. 39.

chegar ao extremo de atentar contra a própria vontade do paciente, tudo em nome de um avanço científico que muitas vezes pode resultar num alto preço a ser pago com dor e sofrimento inúteis.¹⁰⁸

Entende Maria Celeste Cordeiro que “a primeira coisa que o doente pede à sociedade é que respeite, dentro do possível, o modelo original de cada um, de focar e viver a morte”,¹⁰⁹ como ocorre, por exemplo, no caso em que o paciente prefere morrer em casa do que na UTI de um hospital.

Para Hildegard Giostri, tantos avanços tecnológicos e científicos “serviram para tornar nosso morrer mais problemático, difícil de prever e mais difícil ainda de lidar”.¹¹⁰ Nesse sentido, Bizatto salienta que todo o aparato desenvolvido com o escopo de manter vivo um paciente praticamente morto, demonstra a extraordinária capacidade da tecnologia médica, mas adverte que essa capacidade não tem o poder de exigir do doente esse sacrifício.¹¹¹

Cada doente tem uma forma diferente de encarar a situação por ele vivenciada, seja portador de uma doença incurável, esteja ou não na fase terminal. A sua reação está intimamente ligada a valores culturais, a convicções religiosas, ao seu conceito pessoal do que seja vida, ou mais especificamente ainda, do que seja viver.

Assim, determinados estados físicos ou psicológicos podem ser perfeitamente suportáveis para uns e totalmente insuportáveis para outros, porque o valor da vida para indivíduo está nas razões que cada um tem para desejar continuar vivendo por mais terríveis que pareçam ser as condições dessa vida. Esse desejo, evidente, deve ser respeitado.

Raquel Colares vislumbra uma nova tendência no campo social, de

¹⁰⁸ RÖHE, Anderson. **O paciente terminal e o direito de morrer**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 31.

¹⁰⁹ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Transplantes de órgãos e eutanásia**. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 248.

¹¹⁰ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. O paciente terminal: reflexões sobre o limite do poder de escolha entre a vida e a morte. **Revista Argumenta**. Paraná: Fundinop, n. 2, 2002, p. 99.

¹¹¹ BIZATTO, José Ildelfonso. **Eutanásia e responsabilidade médica**. São Paulo: Editora de Direito. 2003, p. 141.

valorização da qualidade de vida em detrimento de sua quantidade, ou seja, “uma opção pela vida melhor frente à vida mais longa”.¹¹² Gisele Carvalho propõe que o princípio da sacralidade da vida humana, segundo o qual, esse bem jurídico é absoluto e intangível, seja substituído pelo princípio da qualidade de vida, “que considera a capacidade do indivíduo de relacionamento e comunicação, e não sua simples existência biológica”.¹¹³ Raquel, concluindo sua análise sobre o tema, assim se expressa:

Provavelmente, em breve, poderemos ter uma nova significação do direito fundamental à vida, diversa da que hoje é institucional e juridicamente garantida na Constituição Federal, onde se buscará preservar a vida digna, com qualidade e onde igualmente será juridicamente permitida a sua manutenção até o limite do possível. A parir desse limite, se poderá perfeitamente optar pela sua apreciação, para tanto apenas se permitindo que a natureza siga o seu curso sem maiores dores ou sofrimentos perfeitamente dispensáveis.¹¹⁴

A Carta magna de fato prevê, além da inviolabilidade de direito à vida, vários outros direitos e garantias consideradas fundamentais. É uma lei que dá gosto de ser lida. Quando nos deparamos com os seus dispositivos que enchem os olhos, dizemos, que bom se fosse verdade!!! Logo percebemos que essa linda Carta esta recheada, de normas que se pode chamar de programáticas e, infelizmente, a realidade social é outra, muito, mais muito diferente.

Um dispositivo que sempre me chamou a atenção é o contido no art. 70, inciso IV que, tratando dos direitos sociais reza o seguinte:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

IV – salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às e. e sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos e que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.¹¹⁵

Reflita-se. Não seria um contra-senso, um discurso hipócrita, a defesa do direito à vida como algo supremo, absoluto, como um direito que deve ser

¹¹² SOARES, Ana Raquel Colares dos Santos. **Dos direitos humanos aos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 145.

¹¹³ CARVALHO, Gisele Mendes de. A eutanásia no anteprojeto do código penal. **Boletim IBCCRIM**, n. 99, de fevereiro de 2001, p. 15.

¹¹⁴ SOARES, Ana Raquel Colares dos Santos. **Op. cit.**, p. 157.

¹¹⁵ Constituição da República Federativa do Brasil, 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 13.

defendido a todo custo pelo Estado; que tem a obrigação de fazer cumprir as leis; em um país onde milhares de pessoas morrem de fome, ou assassinadas, ou mesmo nas filas de hospitais públicos por falta de atendimento? Será que ao Estado realmente interessa a nossa vida?

De um lado, pessoas que por estarem em um estágio tal de doença e sofrimento insuportáveis, sem esperança de melhora segundo os conhecimentos médicos atuais e que não desejam mais viver, clamam pelo direito de por fim àquela agonia e o estado Democrático de Direito, em nome da lei, não permite.

De outro lado, pessoas que amam a vida e a desejam, independente do estado em que se encontrem, morrem vítimas do que se pode chamar de eutanásia social, que é aquela praticada todos os dias pelo Estado, quando os médicos da rede pública de saúde se deparam com a triste realidade de terem que escolher quem tem o direito de viver e quem não tem, pois só há uma vaga na UTI do hospital. É aquela sofrida por crianças que morrem de desnutrição por falta de alimento. É aquela que vitima pessoas que morrem por falta de um transplante de órgãos que não foi realizado, não por falta de doadores, mas porque o sistema de saúde não tem estrutura para retirá-los e transportá-los. Morrem em nome do quê? Em nome da lei?

Outra análise não pode deixar de ser feita, o nosso ordenamento jurídico, que trata a morte por motivos altruístas, nobres, como crime de homicídio, tenha ele ocorrido em que circunstâncias forem, com ou sem a manifestação de vontade da vítima, desconsiderando totalmente as suas peculiaridades, é o mesmo que legitima o aborto.

É verdade que não são todos os casos de aborto que são considerados lícitos, mas apenas o aborto necessário para salvar a vida da gestante e o aborto no caso de gravidez resultante de estupro (aborto sentimental), conforme preceitua o art. 128, incisos I e II do Código Penal. Quanto ao primeiro caso é até compreensível, afinal, e o único meio de salvar a vida da mãe, sendo bastante razoável a opção adotada. É o mesmo fundamento utilizado na legítima defesa, onde o Estado opta por retirar a proteção do agressor para que o direito do agredido possa ser preservado.

Já em relação à segunda hipótese em que o aborto é permitido, não se pode dizer o mesmo. Os direitos envolvidos nesse caso são, de um lado a vida humana que está no ventre da mãe, de outro, o direito da gestante de não gerar um filho indesejado, resultante de uma ação, em regra, violenta e humilhante. Paulo Nogueira, assim se expressa sobre o assunto: “reconhece que, no caso, há também verdadeiro estado de necessidade, pois a mulher não pode ser obrigada a ter um filho resultante de uma conjunção sexual violenta, forçada e indesejada”.¹¹⁶

Se forem colocados esses dois direitos na balança da justiça, qual deles deverá pesar mais em um país que, pelo menos no papel, valoriza, promove e defende a vida humana? Qual deles deverá prevalecer? Será que o valor dessa vida descartada é menor do que o de qualquer outra vida? Ou por acaso essa vida é culpada de ter sido fruto de um estupro e por isso merece ser condenada à morte?

Todas essas considerações e indagações foram tecidas apenas com o escopo de mostrar o paradoxo existente entre o tratamento dispensado pelo ordenamento jurídico no caso de aborto (permitido) e no caso de eutanásia (proibida). Considera-se crime a prática da eutanásia; mesmo naqueles casos de doentes terminais cuja dor e sofrimento já ultrapassaram o limite do suportável e que desejam por fim a essa situação muitas vezes degradante, totalmente incompatível com a dignidade da pessoa humana; e autoriza-se a prática do aborto, ou melhor, a morte de quem sequer teve a possibilidade de escolha. Deixemos claro, contudo, que não estamos aqui, nos posicionando a favor da prática da eutanásia, mas sim, contra esse tipo de aborto, apesar de não ser esse o foco da nossa pesquisa.

Concluídas as observações que são de suma relevância, passar-se-á, por fim, a defender que em alguns casos específicos, a eutanásia deve ser reconhecida como causa supralegal de exclusão da culpabilidade por não se poder exigir do agente uma conduta diversa daquela por ele praticada.

4.2 Da exclusão da culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa

No tópico anterior foi abordada a questão da disponibilidade ou não

¹¹⁶ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Questões penais controversas**. 6. ed. São Paulo: Universitária de Direito, 1994, p. 9.

da vida e a dificuldade em conceituá-la devido à sua complexidade. Enfoca-se a controvérsia que a em considerá-la um valor absoluto em detrimento dos princípios, igualmente constitucionais, como o da liberdade e o da dignidade da pessoa humana. Tratou-se das implicações sobre o tema, resultantes dos progressos científicos e tecnológicos a serviço da medicina, que possibilitam o prolongamento artificial da vida e a incongruência do ordenamento jurídico no tratamento dispensado à vida no caso de aborto e no caso de eutanásia.

O primeiro esclarecimento a ser feito é o de que não irei advogar a legalização da eutanásia, apesar de entender que esse tema merece uma atenção maior não só dos legisladores, juristas e médicos, mas da sociedade como um todo, no sentido de que seja dispensado tratamento específico à matéria, dada a sua relevância e as peculiaridades que a tornam notoriamente distinta do crime de homicídio, sob pena de serem cometidas graves injustiças às pessoas que, de um modo ou de outro, estejam nela envolvidas.

Adotando o conceito bipartido, segundo o qual, crime é um fato típico e antijurídico, sendo a culpabilidade um juízo de reprovação ou censurabilidade da conduta ilícita, concordo que quem pratica a eutanásia, comete (por falta de previsão específica) o crime de homicídio privilegiado previsto no art. 121, parágrafo 1, com Código Penal, para que o agente possa ser penalizado, há que se verificar ainda se sobre essa conduta incide o juízo de reprovação social, o que deve ser analisado pelo juiz levando-se em conta todas as circunstâncias que a envolveu.

Um exemplo real que ilustra bem uma situação em que o juízo de reprovação social não pode recair sobre o agente da eutanásia por não ser possível exigir-lhe outra conduta, ocorreu na França em 2003 e foi noticiado pelo jornal Folha de São Paulo.¹¹⁷

A reportagem relata a triste história de Vincent Humbert, vítima de um acidente de carro ocorrido no dia 24 de setembro de 2000, que o deixou tetraplégico, mudo e cego, permanecendo desde então, por três anos, no leito de um hospital, com dois aparelhos ligados diretamente a seu estômago, lhe fornecendo água e

¹¹⁷ Jornal Folha de São Paulo de 27 de setembro de 2003, p. 13.

leite.

Marie Humbert, mãe de Vincent, mantinha-se incansável ao lado do filho, que constantemente manifestava sua angústia, seu sofrimento, que ele mesmo definia como insuportável, e o desejo de morrer. Em 2002 o médico constatou que seu caso não tinha nenhuma esperança de progressão.

Na luta para conseguir morrer, Vincent chegou a escrever uma carta ao Presidente francês Jacques Chirac, pedindo a descriminalização da eutanásia no país e também escreveu, usando apenas o polegar da mão esquerda – a única parte do corpo que se movimentava um livro intitulado: *Peço-vos o Direito de Morrer*.

No livro, Vincent afirma: “É impossível imaginar uma vida como a minha” e questiona: “se estivesse no meu lugar, você preferiria viver ou morrer? Sou mantido vivo. Para quem, para quê, eu não sei. Tudo o que sei é que sou um morto-vivo”.

Vincent também pede, em vão, ajuda a seu médico e às enfermeiras. Desesperado pela situação em que se encontrava e sem obter auxílio, pede reiteradamente à sua mãe que o mate por amor, que ponha fim ao seu sofrimento. E a relata: “foi muito difícil aceitar essa hipótese, mas eu precisava pensar nele e não em mim” No dia 26 de setembro de 2003, Vincent morre, aos vinte e dois anos de idade, depois de receber de sua mãe, uma overdose de barbitúricos.”

Merece essa mãe ser penalizada pelo Estado? Será que depois de tamanho sofrimento por ela experimentado, é razoável a imposição de alguma sanção penal? Será que outra pessoa no seu lugar, agiria diferente? Imaginem a dor profunda sentida por essa mulher, abalada, arrasada, impotente diante de tão trágica situação, se ela pudesse tomar o lugar do filho, com certeza o faria. Sem dúvida alguma, naquelas circunstâncias, ninguém podia exigir-lhe uma conduta conforme o direito.

Quem são aqueles, pais ou mães, que já não vivenciaram situações em que seus filhos adoecem, acometidos por enfermidades perfeitamente curáveis, passageiras, e mesmo assim se flagram abatidos, sensibilizados com aquele

quadro? Quando vêem um filho chorando de dor, num leito de hospital, seja por que motivo for, sentem uma dor tão forte que desejam assumir o seu lugar para não vê-lo sofrer. Pensem no caso de Marie diante do filho condenado a viver para sempre naquelas condições.

Ninguém gosta nem de se imaginar no lugar das Maries Humbert da vida, mas muitas vezes vêem essas questões tão de longe que esquecem que todos, sem exceção, estão sujeitos a enfrentar situações semelhantes e talvez essa tendência natural do ser humano de achar que coisas ruins nunca acontecerão consigo, é que o torna mais insensível aos problemas do seu próximo, considerando-se apto até para julgá-lo e o que é pior, para condená-lo por seus atos.

A inexigibilidade de conduta diversa, já foi dito decorre de um princípio geral do direito, segundo o qual, não pode ser culpável a pessoa que pratica um fato típico e antijurídico diante de um quadro fático no qual lhe era humanamente impossível agir conforme a norma jurídica, devendo o julgador aplicá-lo quando se deparar com situações não previstas em lei, mas que preenchem os seus requisitos.

Nesse sentido, é oportuna a lição do Ministro Francisco Assis Toledo:

A inexigibilidade de outra conduta É, pois, a primeira e mais importante causa de exclusão da culpabilidade e constitui um verdadeiro princípio de direito penal. Quando aflora em preceitos legislados, é uma causa legal de exclusão. Se não, deve ser reputada causa supralegal, erigindo-se em princípio fundamental que está intimamente ligado com o problema da responsabilidade pessoal e que, portanto, dispensa a existência de normas expressas a respeito.¹¹⁸

Prossegue o autor lembrando que “a culpabilidade, para figurar-se, exige certa normalidade das circunstâncias que cercam e poderiam ter influído sobre o desenvolvimento do ato volitivo do agente”. Sendo as circunstâncias fáticas significativamente anormais, há que se reconhecer que o processo psíquico de representação e de motivação também se tenha formado de modo anormal.¹¹⁹

¹¹⁸ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 328.

¹¹⁹ *Ibidem*.

Assim, considerando as bases lançadas pela doutrina e encampadas pela jurisprudência, entendo que estando satisfeitos os requisitos de ordem objetiva e subjetiva em certos casos de eutanásia, tanto a passiva quanto a ativa, ao agente se deve atribuir pena.

A fim de tornar mais didática a explanação, indica-se os contornos dos requisitos mínimos a serem observados pelo operador do direito para que se reconheça inculpável o agente que pratique a eutanásia nas condições adiante:

I – Em relação à vítima

- a) Que se encontre num estado de grave sofrimento físico ou psíquico decorrente de sua condição ou de enfermidade cruel incurável;
- b) Que o sofrimento físico ou psíquico seja considerado objetivamente anormal;
- c) Impossibilidade de melhora das condições de vida atual;
- d) Estar consciente e no gozo de suas faculdades mentais;
- e) Manifestação inequívoca, reiterada e veemente pela cessação da vida como única forma de livrá-la do sofrimento físico ou psicológico considerado insuportável.

II – Em relação ao agente

- a) A existência de vínculo psíquico-afetivo relevante entre o agente e a vítima, levando-o a um sentimento moral irrecusável de atendimento ao pedido da vítima;
- b) Seja motivado por inevitável sentimento de compaixão para por fim ao sofrimento da vítima;
- c) Inevitabilidade do comportamento lesivo para aliviar o sofrimento

da vítima.

Lançados estes fundamentos, preliminarmente analisaremos as condições inerentes à vítima:

a) Existência de grave sofrimento físico ou psíquico:

Primeiro, há que considerar no caso concreto a existência de sofrimento físico ou psíquico que atinja a vítima de forma tão grave que a morte se lhe apresente como a única solução viável para aliviá-la do martírio em que se encontra.

Por sofrimento físico, podemos entender como a dor intensa, contínua ou intermitente, latente e de tal forma angustiante e insuportável que o prolongamento da vida se tornaria numa insana perpetuação de uma **sessão de tortura**. Como exemplo, podemos citar certos casos de pessoas portadoras de câncer medular generalizado em estado terminal, cujo único alívio é a administração de drogas que as deixem inconscientes.

O sofrimento psicológico ou mental seria aquela dor na alma, o sentimento de profunda tristeza e amargura que retira da pessoa o Arielo pela vida. Trata-se de sofrimento provocado por uma existência considerada indigna pela vítima e pelo senso comum.

b) Sofrimento físico ou psicológico anormal objetivamente considerado:

A segunda condição inerente à vítima é a análise objetiva da natureza do sofrimento, ou seja, a aferição do sofrimento não apenas sob a perspectiva da vítima, mas uma análise em concreto, com base naquele tipo de sofrimento que a média da sociedade consideraria como grave.

Ora, há deveras, situações tormentosas pelas quais o gênero humano se vê envolvido, algumas graves e outras nem tanto. Todavia, o senso comum, axiológico, que permeia a mente humana, pode distinguir com certa clareza que uma terrível dor de dente, não seria modernamente aceitável como móvel para um indivíduo suplicar que lhe ceifem a vida. Por outro lado, não há como negar o sofrimento psíquico, grave naquele que vegeta em um leito de hospital, mudo, cego

e tetraplégico.

Esse requisito exige sim, uma aferição de caráter normativo, quer seja com espedeque na medicina ou quiçá no senso comum do conhecimento humano.

c) Impossibilidade de melhora nas condições de vida atual

Trata-se de uma condição meramente objetiva, e havendo ser constatada por laudo ou boletim médico que, acrescido da própria situação física e psíquica da vítima, reste publicamente demonstrada a impossibilidade de melhora da situação degradante em que se encontre.

Neste ponto, com muita propriedade, discorre Tereza Rodrigues Vieira:

É forçoso reconhecer que com o progresso da medicina a incerteza sobre a incurabilidade pode ser momentânea. Contudo, quando defendemos a prática da eutanásia referimo-nos a casos especiais. É o caso v.g., de um doente condenado de forma irreversível à morte, tendo um câncer no estômago com metástases numerosas, onde não existe esperança terapêutica. Ninguém poderá impor ao doente um ato heróico, podendo este inclusive recusar-se a penosos tratamentos, os quais não lhe parecem essenciais.¹²⁰

De notar-se que neste singelo trabalho, não se difunde a prática da eutanásia como o faz a autora. Apenas se utilizou o exemplo proposto para fundamentar o requisito da impossibilidade de melhora nas condições da vítima.

d) Estar a vítima consciente e no gozo de suas faculdades mentais:

Por este requisito, é crucial que a vítima tenha consciência da realidade em que se encontra e esteja em condição mental de manifestar sua própria vontade.

Não seria exculpante a conduta do agente que, cedendo a pedido de pessoa mentalmente perturbada, praticasse a morte piedosa. A pessoa consciente ou mentalmente enferma não pode expressar sua vontade, não sendo raro que num

¹²⁰ VIEIRA, Tereza Rodrigues. Morte digna: distanásia e eutanásia em pacientes terminais. **Revista jurídica CONSULEX** - ano VIII, n 183, de 31 de agosto de 2004, p. 12.

lampejo de consciência ou sanidade possa optar pela continuidade de sua existência mesmo diante da grave situação que talvez se encontre.

Em síntese, é imprescindível a lúcida e consciente manifestação da vítima, não podendo esta ser suprida pela vontade de outrem que se julgue apto a decidir em seu lugar.

e) Manifestação inequívoca, reiterada e veemente pela cessação da vida como única forma de alívio da tormenta que considera insuportável:

Não basta que a vítima tenha consciência e domínio intelectual de sua vontade, mister se faz que esta vontade seja manifestada de forma inequívoca, irrefragável, ou seja, sem que haja qualquer dúvida sobre sua intenção, peça reiteradamente, insistentemente e com veemência, beirando à súplica, ajuda para livrá-la do sofrimento físico ou psíquico insuportável.

Feitos os comentários a respeito das condições inerentes à vítima, passar-se-á a analisar as condições inerentes ao agente inculpável.

Considera-se a prática da eutanásia como um fato típico e ilícito, entretanto, estando a vítima nas condições especiais supramencionadas, acrescidas das condições subjetivas atinentes ao autor do fato que adiante serão tratadas, forçoso será reconhecer a exclusão da culpabilidade do agente, eis que no conjunto das circunstâncias aferidas, dele não se poderia exigir conduta diversa, mesmo que contrária ao direito.

Não pode, *verbi gratia*, recair o juízo de censurabilidade sobre a mãe que vendo seu filho amado agonizando fisicamente ou psicologicamente, lhe suplique a compaixão de aliviá-lo da tormenta que torna a vida insuportável.

Forte neste entendimento advogo a tese da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de excludente da culpabilidade, quando além dos requisitos genéricos em relação à vítima, se verificar para o agente as seguintes condições:

a) Existência de vínculo psíquico-afetivo relevante entre o agente e a vítima, levando-o a um sentimento de dever moral irrecusável ao atendimento do pedido/súplica da vítima.

Foram estudados, no início deste trabalho, diversos tipos de eutanásia, bem como as diferentes motivações para tal prática. Contudo, neste ponto, convém esclarecer que nem todas as motivações levam ao reconhecimento da excludente aqui tratada.

Assim, não há que se falar em exclusão da culpabilidade para aquela pessoa, que por uma questão ideológica, passe a ceifar a vida de outra, mesmo havendo os requisitos inerentes às condições da vítima.

É o caso do médico norte-americano Jack Kevorkian, conhecido internacionalmente como **Dr. Morte**, que praticava a eutanásia tão somente porque acreditava que não era justo uma pessoa ser mantida viva em situação de indignidade, tendo matado pelo menos cento e trinta pessoas. Em 1998 divulgou propositadamente a morte de um paciente seu, que sofria de doença mortal e paralisante, com o objetivo de promover o debate sobre o tema e avançar na sua proposta de legalização da eutanásia. Ele foi preso e condenado à prisão perpétua.¹²¹

Para caracterizar a conduta exculpante, mister se faz a existência do vínculo psíquico-afetivo relevante entre o agente e a vítima, levando o primeiro a um sentimento moral irrecusável de atendimento do pedido da vítima.

b) Seja o agente motivado por inevitável sentimento de compaixão para por fim ao sofrimento da vítima:

Além do sentimento inevitável de compaixão, que é consectário lógico da relevante relação afetiva e da degradante situação da vítima, há que se demonstrar o elemento subjetivo volitivo, qual seja, pôr fim ao sofrimento da pessoa amada.

¹²¹ DR. Morte é condenado. **Revista CONSULEX** — ano III, n. 29, de maio de 1999 p. 18.

Exemplo interessante é o caso de alguém tirar a vida de uma pessoa amada, portadora de doença incurável, a seu pedido, mas não para aliviar-lhe o sofrimento, embora estivesse sofrendo, mas para ajudá-la a difundir um ideal político, científico ou religioso com a sua morte.

Ora, evidente que para esta situação não se poderia invocar a inexigibilidade de conduta diversa, posto que ausente o sentimento de compaixão e a finalidade específica de aliviar o sofrimento, sendo a motivação política, científica ou religiosa; por mais nobre que se apresente; uma questão a ser tratada no campo das idéias e não por intermédio de um comportamento homicida considerado irrecusável pelo agente.

c) Inevitabilidade do comportamento lesivo para aliviar o sofrimento da vítima:

Por derradeiro, não será exculpante o comportamento do agente colimando aliviar o sofrimento da vítima, se dentro das suas possibilidades, ou das possibilidades existentes na ciência, houver uma solução para a situação da pessoa que quer a morte.

Imagine se a hipótese de uma pessoa nas condições do falecido Vincent (tetraplégico, cego e mudo), sendo certo, *ad argumentandum tantum*, que a medicina já houvesse encontrado uma solução, via estudo das células tronco e que possibilitaria, em curto prazo, o alívio do sofrimento da vítima.

Neste caso então, seria no mínimo razoável que se aguardasse a adoção das medidas alternativas previstas pela ciência, sendo, portanto plenamente evitável o comportamento homicida do agente, como *última ratio*, para o alívio do sofrimento.

Enfim, se houver outro meio de evitar a morte como forma de alívio do sofrimento da vítima, o agente não será isento de pena.

Por outro lado, ressaltamos que no mínimo o agente deva ter

conhecimento da existência do meio alternativo para a solução do problema. Ilustra bem essa assertiva o trágico episódio citado por Leon Frejda, no qual um médico parisiense abrevia a vida de sua pequena filha, portadora de difteria; doença até então incurável e que causava grande dor; com o escopo de aliviar-lhe do agudo sofrimento, que sabia estar passando. Depois do funeral da criança, recebe a notícia de que acabara de ser descoberto o soro antidiftérico, com pleno êxito.¹²² Nesse caso, certamente, o pai não poderia ser considerado culpável.

Em suma, estando presentes os pressupostos mínimos supracitados, tanto os inerentes à vítima quanto ao agente, defendo a exclusão da culpabilidade em face da inexigibilidade de conduta diversa supralegal, mesmo porque, tanto a doutrina quanto a jurisprudência pátria reconhece a aplicação desta exculpante na ordem jurídica penal. Neste trabalho, foi estabelecida apenas sua aplicação para os casos específicos de eutanásia nos termos acima propostos.

CONCLUSÃO

A eutanásia é tratada no ordenamento jurídico pátrio e aceita pela doutrina como crime de homicídio privilegiado por relevante valor moral, previsto no art. 121, § 1º, do Código Penal Brasileiro, constituindo-se numa circunstância especial de diminuição de pena.

Significativas mudanças ocorreram no que diz respeito à finalidade da eutanásia, a qual, desde os tempos primitivos, era praticada sob as mais variadas formas, às vezes traduzindo um sentimento de compaixão pelos semelhantes e muitas outras, com o inaceitável objetivo de se livrar de pessoas consideradas imprestáveis.

Quanto ao modo de execução, a eutanásia pode ser ativa ou passiva. A primeira consiste na realização de atos positivos com o escopo de dar a morte a um doente, aplicando-lhe, por exemplo, uma injeção letal. A segunda se consubstancia na não iniciação ou na interrupção de um tratamento, determinado por meio abstenção de aparelhos que poderiam prolongar a vida do paciente.

¹²² SZKLAROWSKY, Leon Frejda. A eutanásia no código penal vigente. **Revista Jurídica Consulex** - ano V. n. 114, de 15 de outubro de 2001, p. 25.

Algumas tentativas têm sido empreendidas no sentido de legalizar a eutanásia no Brasil, mormente em sua modalidade passiva. Um dos projetos de lei pretende incluí-la em dois parágrafos, § 3º e 4º, do art. 121 do Código Penal. O § 3º dispõe sobre a diminuição de pena para quem mata por compaixão a pedido da vítima. O § 4º por sua vez, enquadra a eutanásia passiva na categoria de exclusão de ilicitude. Tais projetos estão há anos parados no Congresso Nacional, provavelmente devido às intermináveis polêmicas que envolvem o assunto.

Há um contra-senso, também, entre o tratamento dispensado à eutanásia e a situação alcançada pelo art. 128, inciso II, do Código Penal, que legitima o aborto decorrente de gravidez resultante de estupro. Ora, se o ordenamento já indica tratar a eutanásia como crime de homicídio, mesmo nos casos em que a vítima incontestavelmente deseja morrer, como pode permitir que mantém um ser humano indefeso ainda no ventre da mãe? Será que o valor dessa vida é menor do que o de qualquer outra? Acredita-se que não.

Não se defende a legalização da eutanásia, entre outros motivos, pelo fato de temer que tal acontecimento possa banalizar e estimular essa prática e também porque poderia facilitar a ação de pessoas que agiriam, não por um móvel altruísta, humanitário e piedoso, que é o que caracteriza a eutanásia, mas ao contrário, coibindo a condenável finalidade de se livrar de um problema a impedir a realização de seus próprios interesses. Contudo, imprescindível que seja dispensado tratamento específico à matéria, dada a sua relevância e peculiaridades que a tornam notoriamente distinta do crime de homicídio.

Em que pese a eutanásia ser um fato típico e antijurídico, constituindo-se, portanto, num crime. Em determinados casos, o agente não deve ser penalizado por não incidir sobre sua conduta o juízo de reprovação social, ou seja, por estar ausente a culpabilidade, que é pressuposto de aplicação da sanção penal.

Para se considerar uma ação humana reprovável, mister se faz que do agente possa exigir uma conduta diferente da praticada. A inexigibilidade de conduta diversa é um princípio geral do direito segundo o qual não se pode ser culpável

quem pratica um fato típico e antijurídico diante de um quadro fático que lhe era impossível agir de acordo com a norma jurídica, devendo o julgador aplicá-lo quando se deparar com situações não previstas em lei, mas que preenchem os seus requisitos.

No cerne dessas polêmicas, estão as questões relacionadas à disponibilidade ou não do direito à vida. Não há um consenso entre os autores os quais tratam sobre o tema, nem mesmo quanto ao conceito de vida.

O limite do poder de escolha entre a vida e a morte é alvo de intermináveis controvérsias, uma vez que tais conceitos estão irremediavelmente atrelados a valores de cunho eminentemente subjetivos como liberdade, qualidade de vida e dignidade, e intrinsecamente ligados à moral, às religiões e ao direito, motivo pelo qual cada pessoa tem a sua própria definição.

Um princípio sempre invocado é o da dignidade da pessoa humana, em que, às vezes, o doente se encontra em uma condição tão degradante e sofrida, perdendo a dignidade, não devendo ser obrigado a permanecer vivendo contra sua vontade, onde o direito à vida não é absoluto, não devendo sobrepujar aos princípios da liberdade e da dignidade da pessoa humana.

A oposição à eutanásia se apóia na previsão constitucional de inviolabilidade da vida, temendo abusos que possam ser praticados e também as finalidades escusas quando, por exemplo, estão em jogo interesses patrimoniais; e também colocam em dúvida a sanidade mental de quem deseja morrer.

De todos os argumentos contrários, o mais invocado é a sacralidade da vida humana, estando na base da rejeição da eutanásia por parte da ética própria da tradição cristã. Essa rejeição é findada principalmente no preceito divino: “não matarás”.

O progresso científico no tocante à vida, com a descoberta de novas técnicas e procedimentos a serviço da medicina, trouxe grandes benefícios para a humanidade, permitindo ao homem interferir de forma decisiva nas fases finais da

vida. Contudo, em certos casos, o prolongamento artificial da vida resulta em extremo e inútil sofrimento, motivo pelo qual tais medidas devem ser sopesadas.

Não se pode punir a eutanásia indiscriminadamente, devendo o julgador, diante do caso concreto, analisar o contexto histórico e a anormalidade das circunstâncias em que o fato se deu, levando-se em consideração tanto as condições inerentes à vítima quanto às relativas ao agente.

Enfim, se o juiz verificar que a vítima de eutanásia, ativa ou passiva, encontrava-se num estado de grave sofrimento físico ou psíquico (considerado objetivamente anormal), decorrente de sua condição ou enfermidade incurável, sem possibilidade de melhoria das suas condições de vida, segundo os conhecimentos atuais da medicina, estando conscientemente e no gozo de suas faculdades mentais, manifestava de forma inequívoca, reiterada e veemente o seu desejo de morrer, aliada à constatação da existência de vínculo psíquico-afetivo relevante entre a vítima e o agente, motivado por inegável sentimento de compaixão pela vítima, sendo esta a única forma de aliviar-lhe o sofrimento, devendo ser reconhecida a inculpabilidade do agente pela inexigibilidade de conduta diversa, sob pena de cometer grave e irreparável injustiça.

REFERÊNCIAS

ADONI, André Luis. **Bioética e biodireito**: aspectos gerais sobre a eutanásia e o direito à morte digna. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Tratado de direito penal**: parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BIZATTO, José Ildelfonso. **Eutanásia e responsabilidade médica**. São Paulo: Editora de Direito, 2003.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CARLIN, Volnei Ivo. **Ética e bioética**: novo direito e ciências médicas. Florianópolis: Terceiro Milênio, 1998.

CARVALHO, Gisele Mendes de. A eutanásia no anteprojeto do código penal. **Boletim IBCCRIM**, n. 99, de fevereiro de 2001, p. 15.

CÓDIGO PENAL. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2000.

D'DURSO, Luiz Flávio Borges. Responsabilidade médica. **Informativo Consulex**, a. 22, de 07 de junho de 1999, p. 23.

_____. A legalização da eutanásia no Brasil. **Revista Prática Jurídica**, n. 1 de 30 de abril de 2002, p. 41.

DINIZ, Deivid Júnior. Eutanásia, **Revista CONSULEX**, n. 155 de 30 de junho de 2003, p. 64.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. O paciente terminal: reflexões sobre o limite do poder de escolha entre a vida e a morte. **Revista Argumenta**. Paraná: Fundinop, n. 2, 2002, p. 99.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal**: parte geral teoria constitucionalista do delito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. A legalização da eutanásia. **Revista Prática Jurídica**, n. 1 de 30 de abril de 2002, p. 40.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

Jornal Folha de São Paulo de 27 de setembro de 2003, p. 13.

LEAL, João José. **Direito penal geral**. São Paulo: Atlas, 1998.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. Campinas: Millenium, 2002.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Questões penais controvertidas**. 6. ed. São Paulo Universitária de Direito, 1994.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

RÖHE, Anderson. **O paciente terminal e o direito de morrer**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Biodireito**. Belo Horizonte: Dei Rey, 2002.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Biodireito**: ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Transplantes de órgãos e eutanásia**. São Paulo: Saraiva, 1992.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SOARES, Ana Raquel Colares dos Santos. **Dos direitos humanos aos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. A eutanásia no código penal vigente. **Revista Jurídica Consulex** - ano V. n. 114, de 15 de outubro de 2001, p. 25.

TELES, Ney Moura. **Direito penal: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. Morte digna: distanásia e eutanásia em pacientes terminais. **Revista jurídica CONSULEX** - ano VIII, n 183, de 31 de agosto de 2004, p. 12.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.