

LIBERDADE DO PACIENTE TERMINAL EM FACE DA TIPICIDADE DA CONDUTA MÉDICA: UMA ANÁLISE CRÍTICA

Ricardo Alex Almeida Lins

Promotor de Justiça no Estado da Paraíba

1. Introdução

Se a liberdade vale como condição para o homem se engajar na sociedade e no mundo, a dificuldade surge tão logo se afirma ser imanente ao processo histórico o advento de um resultado inexorável, qual seja, o mau direcionamento de tal prerrogativa, o uso da liberdade direcionada à prática dos tipos penais. Mounier (apud MARTINS, 1982, p. 72) aclara a noção de natureza confusa ou falseada pelos representantes da liberdade absoluta. Assevera que a existência não é somente um surto, uma criação, mas é, outrossim, densidade e dado, de modo que não somos somente o que fazemos, e o mundo não é somente o que queremos. Conseqüentemente, a liberdade carrega em si limites, provindos de nós, do nosso ser particular, do mundo, de necessidades e de valores.

Neste mesmo norte, Reale (1963, p. 32) entende a liberdade como “o domínio do homem sobre a sua consciência segundo uma lei, cujo valor é por ele mesmo reconhecido [...]”. Desse modo, ser livre significa obedecer à razão; não é livre, portanto, quem comanda escravos, nem há liberdade onde se estiolaram todas as virtudes. A liberdade, segundo o mesmo autor, condiciona-se a uma escolha inteligente e a uma adaptação feliz, o que resulta na eficiência dos meios idôneos e só é possível graças ao conhecimento dos fatos.

Pode-se concluir que a liberdade não é alguma coisa que é dada, mas resulta de um projeto de ação. É uma árdua tarefa cujos desafios nem sempre são suportados pelo homem, daí resultando os riscos da perda da liberdade. Os caminhos da liberdade surgem quando ela é sufocada à revelia do sujeito — no caso da escravidão, da prisão injusta, da exploração do trabalho, do governo autoritário, da violação à intimidade alheia, da prática do ilícito — ou quando o próprio homem a ela abdica, seja por comodismo, medo ou insegurança.

O comportamento delituoso, assim, é um ato preso a um desvalor, à negação do valor imposto pela norma ou, mais genericamente, imposto pelo direito como dever-ser. A jurisprudência, porém, na vivência do direito, percebeu a fragilidade do conceito psicológico de culpabilidade, que não respondia ao imperativo da individualização da responsabilidade. A teoria normativa buscou estabelecer um juízo de reprovação, relacionando a vontade do agente à vontade da lei e justificando, assim, a limitação da liberdade como punição a um anterior comportamento do agente contrário à vontade da lei. Sob essa ótica, é possível graduar a pena, determinando a censurabilidade do ato, compreendido este no contexto de sua realização. A esse respeito, assinala Carvalho (1987, p. 18):

Reconhecer seus limites é reconhecer que tudo não é possível, é reconhecer as possibilidades de outras liberdades. Reconhecer a existência de outras liberdades não é humilhação para o homem, para quem tem o sentido da relatividade das coisas do homem. O outro, longe de ser um concorrente, é um companheiro de caminhada. Sem esse conhecimento/reconhecimento, o consentimento passa a ser resignação frustradora. Aí, passamos de seres que reconhecem os outros como companheiros, a seres esmagados pelos outros. E a ignorância de seus limites é talvez a origem da tragédia humana.

Menciona-se existência humana como corolário da expressão maior do direito, pressupondo a questão da coexistência humana, ou, como querem Zaffaroni e Piarangeli (1999, p. 93), “as existências simultâneas”, em sociedade, que são asseguradas:

com a introdução de uma ordem coativa que impeça a guerra de todos contra todos (guerra civil), fazendo mais ou menos previsível a conduta alheia, no sentido de que cada um saiba que seu próximo se absterá de condutas que afetem entes que se consideram necessários para que o homem se realize em coexistência, que é a única forma em que pode auto-realizar-se. Estes entes são os bens jurídicos ou direitos. A função da segurança jurídica não pode ser entendida, pois, em outro sentido que não o da proteção dos bens jurídicos

(direitos) como forma de assegurar a coexistência (ibid., p. 93).

Sobre a questão, convém transcrever a lição de Toledo (1994, p. 217):

O direito penal, em sua origem, parece ser de cunho eminentemente intimidativo. Deve ter surgido, supomos nós, da amarga experiência da dor e do sofrimento humanos. Sabendo-se, por uma imediata e simples constatação empírica, que o homem foge, em geral, quanto pode, da dor e do sofrimento, as comunidades humanas, desde tempos remotos, procuraram intimidar seus membros para que não realizassem fatos que pusessem em risco a paz e a ordem, mediante a ameaça de inflição de uma dor, ou de um sofrimento, ao eventual agente desses mesmos fatos.

A história apresenta-se como um conjunto de ordenamentos normativos que se sucedem e se sobrepõem, contrapondo-se e integrando-se. Estudar uma civilização do ponto de vista normativo significa, em última análise, descobrir quais ações foram proibidas e quais foram obrigatórias e permitidas; significa, em outras palavras, descobrir a direção preponderante que determina a vida dos indivíduos. Neste enfoque, a história das civilizações tem mostrado que os povos, em seus diversos graus de desenvolvimento, inclusive os mais primitivos, sempre se moldaram através de valores de comportamento, editando normas de condutas e atribuindo valores específicos a direitos individuais, como o direito à vida, à liberdade, entre outros. Ao definirem normas de condutas, as civilizações criaram também normas sancionadoras, ou seja, normas punitivas para serem aplicadas aos infratores da regras gerais, porém, respeitando sempre os valores maiores representados pelo homem e pelos seus direitos individuais.

O poder cria o direito e a ele se submete em suas funções de planejar e promover o bem-estar social, desempenhando, ainda, por meio de órgãos distintos, a tarefa de aplicar o direito nas relações sociais. Relativamente ao poder, o direito estabelece as condições e os limites de seu exercício. O direito positivo se apresenta na sociedade como um processo de adaptação social, isto

porque é criado como a fórmula da segurança e da justiça. Como todo processo de adaptação, o direito é elaborado em função de uma necessidade. Se não fosse a carência social de disciplina e de distribuição de justiça, razão não existiria para se cogitar sobre o direito. Este se justifica na medida em que logra efetiva adaptação, que não se obtém por qualquer conteúdo normativo. Para que o direito seja efetivo processo de adaptação, é indispensável que preencha vários requisitos, destacando-se a necessidade de ajuste ao momento histórico. Neste sentido, as normas jurídicas devem não apenas ordenar as relações sociais, como também consagrar fórmulas que expressem o querer coletivo.

Adiante, trataremos de caso paradigmático, ao estudarmos a eutanásia. Como se verá, aqueles que defendem a sua prática, comum em alguns países, bem como em alguns Estados norte-americanos, com devidas e particulares restrições, alegam que doentes incuráveis terão a escolha da morte imediata ou a escolha de uma expectativa de vida e agonia prolongada. Demonstraremos cientificamente que se trata de argumentos baseados mais na emoção do que na razão.

Por enquanto, a eutanásia, seja na esfera constitucional, seja no campo penal, é proibida no nosso sistema jurídico. A seara está em seguir um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil (a dignidade da pessoa humana, insculpida no art. 1.º da Constituição Federal): considerar os propósitos da eutanásia digna, ou garantir o direito à vida, se não considerarmos o direito de morrer parte desse direito fundamental. Portanto, explicitaremos que não se confunde o direito à integridade física com o poder de disposição que se possui em relação à coisa que lhe pertence, objeto de seu direito. Não possui o indivíduo, em relação ao próprio corpo, um *ius utendi* e um *ius fruendi*, como possuiria em relação a um bem de sua propriedade.

2. Liberdade do querer

A Antiguidade clássica conhecia a liberdade como fundamento da responsabilidade, mas esta liberdade nada tinha a ver como livre-arbítrio. A liberdade não era um dom do homem, mas uma qualidade do seu agir (ARENDT, 1972). Contudo, segundo Ferraz (1979), na atualidade, a liberdade deixa de

ser uma virtude pública para tornar-se uma característica do indivíduo autônomo, dotado do livre-arbítrio, independentemente dos outros.

Assim, a liberdade de um homem apenas pode ser adquirida ao preço da liberdade do outro, do mesmo modo que a soberania de um homem só se sustenta com a soberania dos outros. Nesse aspecto, o citado autor vê a infração como um ato de livre-arbítrio, na medida em que equivale à destruição da liberdade dos outros. Seguindo este raciocínio, o autor conclui que o homem não é responsável por uma infração porque sua vontade é indeterminada, mas porque a vontade de um destrói a do outro, destruindo, assim, o princípio da convivência. Por sua vez, as leis não existem porque o homem é livre, mas o homem é livre porque existem leis. Nesse sentido, acrescenta Ferraz (1979, p.63):

Com a idéia de periculosidade, porém, a questão do determinismo entra em choque com o livre-arbítrio. Isto porque o controle sobre os indivíduos que dela decorre, acaba sendo exercido não pelo que o indivíduo faz (mundo da liberdade), mas por aquilo que ele é (mundo da natureza). A idéia de controle tende, pois, a naturalizar o ato do autor que, sob certo ponto de vista, passa a ter mais importância que a própria qualificação penal normativa do ato. De algum modo, a idéia de periculosidade se opõe veladamente ao princípio da legalidade. O princípio, é verdade, não desaparece e continua a subsistir ao nível do legislador, mas, ao nível do juiz, o fundamento da punibilidade toma outras características.

Pertinente à questão, saliente-se o magistério de Toledo (1994, p. 243):

É inegável que a má-formação do caráter e da personalidade pode conduzir à criminalidade crônica com ou pelo embotamento da consciência ética. Mas também é inegável que nenhum delinqüente consegue atingir, na sociedade moderna, um certo grau relevante de “cronicidade” sem cumprir as necessárias etapas de um aprendizado empírico,

durante o qual os envolvimento com a polícia, juizado de menores e justiça criminal se tornam muito frequentes. Com isso, apesar da astenia moral, excetuados os dementes e os débeis mentais, sabem ou acabam sabendo, perfeitamente, que seus atos criminosos encontram séria repulsa no mundo onde vivem.

De acordo com Tornaghi (1963, p.58), a liberdade pode ser admitida segundo duas concepções: positivamente, é o poder de autodeterminação; negativamente, é a ausência de constrangimento. A esse respeito, acrescenta: “Livre é quem pode agir sem coação, nem externa (como a exercida por outrem ou por um acontecimento qualquer), nem interna (como, *verbi gratia*, uma tendência invencível)”. Entretanto, nenhum homem é livre de coação interna, mesmo que seja em um grau mínimo; nenhum homem tem absoluto livre-arbítrio ou absoluta liberdade de querer e entender. Mesmo o mais perfeito ou o mais íntegro dos homens é portador de atributos naturais que o fazem sujeito a deslizos; é capaz de infringir a lei criminal em certas situações anormais com que pode se defrontar na vida (FARIAS JÚNIOR, 1996).

O homem, porém, jamais foi prisioneiro de suas paixões. Quando estas, na sua trama, impelem-no para rotas imperiosas, uma luz inextinguível, permanentemente acesa em seu espírito, ilumina os dois caminhos que se lhe abrem à frente, o do bem e o do mal, e uma força poderosa da consciência rompe os grilhões que o prendiam. Isto acontece porque, segundo Americano (1985, p. 169), mais forte que a paixão é a vontade, já que “a consciência pode resistir e dirigir a vontade para outra direção, porque outro motivo foi julgado mais importante”. Nesse poder agir reside a liberdade, princípio por meio do qual o homem se diferencia dos outros seres.

Portanto, se a liberdade consiste em cada um agir de acordo com a sua consciência, isso significa que cada um tem o direito de arbitrar. Mas, como esse direito supõe a escolha de certos valores que sirvam de critério dos juízos práticos, tem-se que isso implica exatamente afirmar que cada um tem o direito de escolher a sua verdade. A consequência natural é que, quando cada um pode arbitrar o que é verdade, é o mesmo que dizer que não há verdade, pois não há objetividade (MENDONÇA, 1977).

Todas essas posições que pretendem assumir a liberdade como um fato original, como um ponto de partida, na verdade, não conseguem sustentá-la através de uma concepção positiva. Julgando estar propondo o que seja a liberdade, o que fazem de fato é dizer o que ela não é. E, apesar disso, postulam o seu culto. Em consequência, na prática, redundam em subjetivismo, uma espécie de racionalização que não muda a face dos acontecimentos globais.

Na ordem dos gestos, predominam o individualismo e a centralização no “eu” que remetem à corrente liberalista que teve sua gênese no século XVII na Inglaterra, encontrando solo no pensamento pós-moderno dos dias contemporâneos. Esta absolutização do “eu” nada mais é do que o disfarce inconsciente da mais radical forma de solidão que, se por um lado destaca a aspiração de liberdade, o desejo de ser livre, a ansiedade de ser livre, por outro atesta a efetiva incapacidade de o ser.

Quando se diz que “a liberdade de um acaba quando começa a liberdade do outro”, está-se assumindo um preconceito do qual não se tem consciência, já que tal afirmação procura, no fundo, evitar o questionamento do que deva ser liberdade. A posição limita-se a considerar o seu exercício, sem maiores especulações sobre o que efetivamente possa ser considerado como liberdade. Defender a liberdade em termos de arbítrio, de ação espontânea, é colocá-la em um plano de cego voluntarismo. Uma razão que perde o sentido de orientação de sua atividade ou uma vontade que não se domina a si mesma não podem ser apanágio de verdadeira liberdade. Afinal, esta só se compreende se o homem for senhor de si mesmo, na determinação de seus atos e na construção de seu próprio ser.

O estudo da culpabilidade como elemento do crime constitui-se de dois elementos: inteligência e vontade. A inteligência é o poder que tem o homem, como ser privilegiado, de conceber idéias e dirigir sua vontade. Através da inteligência, o homem conhece a lei, prevê, pelo raciocínio, os efeitos de seu comportamento e dirige a sua vontade. Esta, por seu turno, desenvolve-se através de outras faculdades do espírito humano, predicado necessário que, às vezes, com ela se identifica, que é a liberdade. O homem é livre na sua vontade, salvo os vícios externos sobre ela. Segundo sustenta Americano (1985, p. 166), para que haja culpabilidade, é necessário que haja imputabilidade, já que “(...) só o homem capaz pode responder pelo evento como sua causa livre e consciente”.

A capacidade de querer é a liberdade. É o reconhecimento da personalidade ética do indivíduo.

3. Restrição da liberdade pela responsabilidade e a fragmentariedade do Direito Penal

Toda liberdade implica uma responsabilidade. Significa que o homem não tem apenas a oportunidade de escolher, mas, concomitantemente, a responsabilidade pela escolha feita, arcando automaticamente com as consequências de suas ações. Sobre a diferenciação entre responsabilidade e imputabilidade, Souto (1957, p. 85) enfatiza:

Responsabilidade é a obrigação de sentir a consequência jurídica do crime. É esta definição que nos mostra de modo claro e, posso dizer, quase palpável, a distinção que se deve fazer entre imputabilidade e responsabilidade. A imputabilidade não é senão a reunião de condições necessárias para que um fato seja atribuído a uma pessoa. Como aqui se trata de imputabilidade penal, sabe-se que esse fato é um crime e que tais condições são reunidas sob três títulos: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. (...) Eis-nos aqui chegados à distinção prática, se assim se pode dizer, entre o que vem a ser a imputabilidade e a responsabilidade. Aquela é requisito essencial para a existência do crime, para a sua autoria, esta é requisito essencial para a aplicação da pena.

A comissão de um delito nem sempre reflete um conflito entre indivíduo e sociedade, mas sim uma contraposição entre distintos sistemas sociais e distintas formas de entender a vida. O que caracteriza precisamente uma sociedade democrática e pluralista é a possibilidade de coexistência pacífica entre distintos sistemas de valores, por vezes contraditórios, cujas divergências devem, sempre que possível, ser resolvidas por meios não repressivos. Se, apesar disso, as normas jurídico-penais, pelos seus condicionamentos históricos ou conjunturais, ou pela sua própria ambigüidade, chegarem a penalizar domínios em que é legítima

a divergência, é preciso entender que também a “convicção diferente” pode ser tratada do ponto de vista do direito positivo.

Diante da marcha contínua da evolução social, torna-se impossível o estabelecimento de marcos peremptórios, entre os quais se colocariam, segundo graus diferenciados, as inúmeras condutas classificadas como ilícitas. A danosidade de certos interesses é relativa segundo os critérios de tempo e de lugar, impondo ao exegeta das leis penais constantes interrogações sobre a validade das normas incriminatórias. Em alguns casos, a intervenção penal mostra-se despida de qualquer papel protetivo em razão do desvalor do bem.

Seguindo o entendimento de Rawls (1997), quando se discute a liberdade em conexão com limitações legais e constitucionais, ela se apresenta como uma certa estrutura de instituições, um certo sistema de normas públicas que definem direitos e deveres. Inseridas nesta seara, as pessoas têm liberdade para fazer alguma coisa, quando estão livres de certas restrições que levam a fazê-la ou a não fazê-la, e quando sua ação ou ausência de ação está protegida contra a interferência de outras pessoas.

Desta forma, ao se analisar a liberdade de consciência na forma como é definida pela lei, os indivíduos têm essa liberdade básica, quando estão livres para perseguir seus interesses morais, filosóficos ou religiosos, sem restrições que exijam que eles se comprometam com qualquer forma particular de prática religiosa ou de outra natureza, e quando os demais têm um dever estabelecido por lei de não interferir. Assim, o que caracteriza qualquer liberdade básica particular é um conjunto intrincado de direitos e deveres. O dilema que se impõe ao legislador é discernir quais condutas devem ser alçadas à figura típica, ou seja, em que esferas as liberdades individuais devem ser limitadas. Ciente deste problema, manifesta-se Kelsen (1998, p. 9-10):

Para tomar uma decisão, o legislador precisaria conhecer o efeito causado pela ameaça das diversas penas sobre os homens com tendência a cometer os crimes que o legislador procura reprimir. Infelizmente, não temos conhecimento exato desse efeito nem nos encontramos em condições de adquirir tal conhecimento (...) É por esse motivo que o problema da justiça, mesmo limitado à questão da adequação

de um meio como medida social para atingir um fim pressuposto, nem sempre é solucionável de forma racional. Mesmo nos casos em que essa questão possa ter uma resposta exata, ela não consegue fornecer uma justificação total para nossa conduta, aquela justificação exigida por nossa consciência.

O injusto, para Kant (1978), não é somente a não coexistência das liberdades, ou seja, quando o exercício da liberdade de alguém afeta o exercício da liberdade de outro. Para ele, o injusto é mais do que isso. Atos injustos são aqueles que interferem, tanto de forma ativa como de forma passiva, na liberdade alheia.

Segundo esclarece Kant (1978), se uma pessoa pratica qualquer ato que não tolhe diretamente a liberdade do outro, comportando-se, portanto, de acordo com a lei universal, interditar ou proibir este ato é cometer uma injustiça. Entendemos, porém, que há um certo exagero filosófico nesta assertiva, uma vez que não parece razoável que se alcem à esfera do injusto interdições de ordem tão subjetiva. Conclui-se, pois, que as cominações penais só se justificam se tiverem em conta a restrição contida no princípio da proteção subsidiária de prestações e bens jurídicos. Analisando essa dimensão, afirma Toledo (1994, p.218):

Vale dizer: só se pode intimidar o homem, com algum proveito, com a ameaça de pena, de dor ou de sofrimento, para que deixe de praticar fatos indesejáveis (...) quando tais fatos indesejáveis são evitáveis, ou, por outras palavras, quando esteja na esfera do indivíduo membro fazer ou não fazer o que se quer evitar por meio da ameaça referida.

O princípio da lesividade do delito, o qual declara que este não pode constituir ilícito se não for ofensivo ao bem jurídico tutelado, responde a uma clara exigência de delimitação do direito penal. Tal delimitação ocorre, segundo Palazzo (1989, p. 80), porque “a afirmação do princípio da lesividade como

indicação tende a evitar que, em sua complexidade, o sistema se afaste das balizas de um direito penal da ofensa, o que é comum a todos os ordenamentos”.

Neste quadrante, mister se considerar que, quanto mais manifesta possível for a formulação rigorosa de um catálogo de bens jurídicos constitucionalmente individualizados como objetos da tutela penal, mais eficaz e contundente será a influência da constituição no sistema penal. Desse modo, tal catálogo servirá não apenas como critério para a reforma da parte especial do código, mas também como indicação despenalizadora de ilícitos existentes e constitucionalmente insignificantes. Servirá ainda como parâmetro para eventuais declarações de inconstitucionalidade daqueles tipos com os quais o legislador, sem atender ao citado catálogo, abusa do poder punitivo em detrimento da proteção à liberdade individual.

Em síntese, da influência dos princípios constitucionais no sistema penal deve surgir uma tendência à secularização do direito penal. Segundo Palazzo (1989, p.87), trata-se de “uma tendência bem mais racional que busca ajustar a intervenção penal a situações efetivamente ofensivas das condições objetivas de existência da sociedade civil, e a excluir, em consequência, os fatos reprováveis de um ponto de vista apenas ideológico”. A realidade, porém, é que os órgãos da justiça constitucional não se preocuparam, até a contemporaneidade, em repelir do sistema de tipos aqueles que estejam em oposição ou contraste com os citados princípios. Tais órgãos têm uma posição de preferência “à clássica posição de declarações de inconstitucionalidade, e, assim, a gizar os específicos espaços de liberdade, já aludidos, pelas normas constitucionais” (ibid., p.88).

Sabidamente, a pena criminal é uma solução imperfeita, na medida em que não repara a situação jurídica ou fática anterior, não iguala o valor dos bens jurídicos postos em confronto e impõe um novo sacrifício social; assim, só deve ser aplicada como instrumento de *ultima ratio*. De fato, o sistema penal não se ocupa de todos os comportamentos ilícitos que surgem nas relações sociais, senão apenas daqueles mais intoleráveis e lesivos aos bens jurídicos. Além disso, só reconhece e sanciona esses fatos quando tenham falhado todos os demais meios de controle formais ou informais (OLIVARES, 1989, p. 60). Sob esta perspectiva, a tutela penal só se legitima quando é socialmente necessária, tendo em conta os ditames superiores da dignidade e da liberdade da pessoa humana. Como lembra Mir Puig (1994), o caráter fragmentário significa que o Direito

Penal não deve sancionar todas as condutas lesivas dos bens jurídicos que protege, mas apenas as modalidades de ataques mais perigosos.

4. Necessidade de intervenção mínima do Estado na seara penal

A filtragem da atividade estatal não depende apenas da catalogação dos bens relevantes da sociedade, mas também de um racional equacionamento dos meios idôneos para a solução dos problemas. Assim, quando os meios menos afletivos forem convenientes para o combate das condutas significativas de danos, deve descartar-se a punição. Significa que o Estado só deve ser chamado a intervir quando, justificando a tutela penal, os diversos mecanismos sociais e jurídicos falharem na prossecução do combate de uma determinada conduta, sendo, portanto, ineficazes na prevenção de danosidade social.

Portanto, a carência de tutela penal está ligada ao caráter de subsidiariedade do direito criminal. Assim, quando a sanção não se apresentar, na ordem de subsidiariedade, como medida idônea e adequada, a descriminalização deverá impor-se. A importância do direito criminal revela-se pelo seu papel de último remédio a ser aplicado na comunidade politicamente organizada. Está ele destinado a combater as condutas intoleráveis pela sociedade e que causem prejuízos a valores representativos (FRANCO, 1996).

Segundo Costa Júnior (2000, p. 125), ante a ameaça penal, “o Estado deverá limitar-se a assegurar as condições de desenvolvimento da personalidade individual e sua livre coexistência”. Tem-se assim, como finalidade do direito penal, assegurar uma coexistência pacífica entre os cidadãos, o que lhes garantirá a segurança. Nesta linha de pensamento, a violação dos bens jurídicos só será passível de sanção penal, quando não for possível remediar com outros meios, ofertados pelo direito civil ou pelo próprio direito público.

Entretanto, embora imprescindível para uma perfeita adequação do sistema penal, o princípio da intervenção mínima não está inscrito expressamente no texto constitucional brasileiro, nem no Código Penal. É necessário inferi-lo a partir de outros princípios jurídico-penais dotados de regras escritas positivas, identificadas com a proposta política do Estado Democrático de Direito,

convertendo-se “num princípio político-criminal limitador do poder punitivo do Estado” (CONDE, 1975, p. 61).

5. O enfrentamento da situação jurídica da eutanásia

Tendo a ciência avançado, não é mais possível o seu retrocesso, pois os conhecimentos novos que ela traz são incorporados definitivamente ao saber da humanidade. Não obstante, o direito ganha maior importância na definição dos contornos de sua liberdade de ação, já que não se deve coibir seu caráter de continuidade, nem tampouco determinar preliminarmente os limites que ela deve observar. Como então o direito poderá impor ritmo a ela? Além disso, aquilo que é ético hoje, amanhã poderá não ser mais. Por oportuno, transcreve-se a lição de Diniz (1999, p.272) a respeito dos pacientes terminais:

Estamos convencidos da finitude da vida e de que, sem amor, sem uma palavra amiga, sem esperança, sem generosidade e sem alegria, a própria vida é uma morte viva, e sabemos que a lei não pode resolver todos os problemas polêmicos (...) tidos como um *iceberg* disfarçado de tensão social, mas apenas controlá-los, reduzindo-os, sem, contudo, eliminá-los, propondo solidariedade humana ao paciente terminal, respeitando sua dignidade como ser humano, auxiliando-o a exercer o seu direito a uma morte digna. Gostaríamos de enfatizar que, nesse estado de coisas, urge a edição de normas mais humanas e eticamente aceitas, que acompanhem os avanços da medicina, apontando critérios para que o morrer dignamente seja uma realidade. A autonomia científica deverá terminar, quando estiver em jogo direito de outrem, pois há prioridade da pessoa humana sobre qualquer interesse da ciência, que somente terá sentido se estiver a serviço do homem.

Vê-se, então, que os argumentos apresentados por aqueles que se posicionam favoravelmente à eutanásia revelam-se de todo carentes de uma

sólida fundamentação e não resistem a uma serena e imparcial análise. São, portanto, de fácil refutação. Nesse sentido, leciona Pedroso (apud FRANCO; STOCO, 2001, p. 2.125):

Exemplo clássico de homicídio privilegiado cometido por motivo de relevante valor moral, nunca olvidado pelos doutrinadores, concerne à prática da eutanásia, que é o homicídio compassivo, misericordioso ou piedoso. Na eutanásia, elimina o agente a vida da sua vítima com o intuito e escopo de poupá-la de intenso sofrimento e acentuada agonia, abreviando-lhe assim a existência. Anima-o, por via de conseqüência, o sentimento de comiseração e piedade. Nosso código não aceita nem desincrimina a eutanásia, mas não vai ao rigor – ressalta Magalhães Noronha – de não lhe conceder o privilégio do relevante valor moral.

Montero (2000), ao fazer uma abordagem do tema, questiona:

A legalização da eutanásia a pedido do paciente, longe de remeter pura e simplesmente ao âmbito da autonomia pessoal, afeta aos fundamentos mesmos da sociedade e, por isso, implica a todos os cidadãos. Desde o momento em que a prática da eutanásia necessita da ajuda de outro, neste caso a do médico, o vínculo social entra também em jogo. Quem não vê que, ao pretender investir o corpo médico do poder de praticar a eutanásia, são todos os doentes e todos os médicos que se vêem afetados pela norma permissão legal? Não deve o legislador manter a proibição e, ao fazê-lo, renunciar a responder a certas aspirações individuais, em nome de bens legítimos superiores: a proteção do vínculo social e da integridade da profissão médica, assim como a dos enfermos?

Aceitar, portanto, o princípio da eutanásia é assumir o risco de se equivocar sobre o sentido de tal pedido. Sem dúvida, a chamada para a morte deve ser distinguida do simples pedido de ajuda, de atenção; não se iguala, tampouco, à procura de alívio por parte da família. É oportuno anotar

circunstância levantada por Santos (1999, p. 275) sobre a situação dos médicos em face da incerteza legal que se vive nesse campo:

Não existindo jurisprudência sobre o tema, o médico se encontra em uma situação insatisfatória, já que, em virtude das regras gerais do Direito Penal, ele atua com dolo eventual de homicídio, isto é, aceitando a produção antecipada da morte. A falta de um limite legal claro entre a mitigação lícita do sofrimento que encurta a vida e a mitigação proibida por via do encurtamento da vida pode ser responsável pelo fato de os médicos mostrarem reservas no referente a combater as dores com opiáceos, que podem vir a debilitar a respiração em certas circunstâncias.

Diante de tudo quanto foi visto, pergunta-se: A eutanásia é ou não válida? É justa ou não sua aplicação? Cada caso deve ser analisado de per si, não se podendo generalizar as situações. Há casos em que a medicina permanece estática, e a eutanásia viria como solução. Outros existem em que não se justificaria a ação eutanásica, sendo passível de punição o seu autor.

Atualmente, vários segmentos sociais se manifestam de alguma maneira, seja contra ou a favor da eutanásia, mesmo sem entender-lhe o verdadeiro significado e finalidade, mobilizando sentimentos, filosofias, credos religiosos. Tanto existem críticas violentas à sua aplicação, quanto proclama-se sua defesa pelos que a entendem benéfica e altruísta. A questão é uma só: até que ponto é válido o médico interromper a vida de uma pessoa, já completamente sem atividade cerebral, ou vivendo em estágio vegetativo, ou em proximidade do fim? A respeito destes questionamentos entende-se que, enquanto há vida, a sua cessação abrupta constitui crime.

A prática da eutanásia deve ser permitida? Para um problema moral tão complicado, não há obviamente uma resposta fácil e, muito menos, um consenso, restando a necessidade urgente de ser o tema debatido publicamente. Estabeleceu-se, na análise da eutanásia, um tripé: o homem, o médico e o direito. Nesse trinômio, a vida humana caminha: o homem buscando o direito de bem

morrer, o médico trilhando os melindrosos caminhos da ciência em busca de novas soluções e o direito pleiteando a legalização da eutanásia.

Repugna à razão confundir a prática deliberada de um homicídio com os nobres sentimentos de solidariedade e compaixão; mas, mesmo eles, não justificam a eutanásia, de modo algum. Hoje, a pretexto de solidariedade e amor ao próximo, pretendem alguns defender tal instituto. Talvez por não verem que a dor que pretendem eliminar é antes autocompaixão e pena de si próprias; talvez por não poderem suportar o tributo de peagem que lhes é próprio nessa humana existência.

Mas, tais argumentações são de ordem moral e ética; não se inclinam às suas luzes aqueles que não querem ver. Hoje, também a pretexto dos direitos individuais, pretendem alguns defender tal instituto. Talvez por não terem percebido que defender a eutanásia é fazer apologia de um crime, preconizar o homicídio. Talvez por não terem aquilatado o real valor da vida humana, pois o homem, com senso moral das coisas e dos fatos, não trocaria todo o sofrimento de mil agonias pelo “sono de que não se acorda”. Os tribunais, contudo, já têm entendido:

Por motivo de relevante valor moral, o projeto entende significar o motivo que, em si mesmo, é aprovado pela moral prática, como, por exemplo, a compaixão ante o irremediável sofrimento da vítima (caso de homicídio eutanásico) (TJSP – AC – Rel. Denser de Sá – RJTJSP 41/346).

Marrey Neto, sobre a matéria, enfatiza:

Em síntese, é aceitável, sob os aspectos médico e jurídico, a morte encefálica como critério de morte. Todavia, é tal a gravidade do problema, que não se deve transigir com quaisquer cuidados que a possam envolver, entre eles ressaltando-se o esgotamento de todas as providências tendentes à sua verificação e à exigência imperiosa de sua constatação por médicos especializados e do mais elevado sentido (RT, 681:437).

6. Variações do tema no tocante à ortotanásia e à distanásia

Cumpre assinalar que, com base em estudo de Schelp (2002), existem estatísticas, até então, inéditas acerca da opinião da classe médica sobre o tênue liame que divide os conceitos de eutanásia passiva, ortotanásia e distanásia. Como foi visto nos itens precedentes, a morte passou a ser considerada um evento certo a partir da parada do encéfalo, que é o conjunto abarcado pelo cérebro, cerebelo e tronco cerebral. É, pois, no ponto anterior a tal estágio, isto é, quando o encéfalo ainda funciona, que alguém pode ser submetido à chamada distanásia, conhecida como o prolongamento inútil da vida. Difere da eutanásia passiva, posto que, no caso desta, há prognósticos de melhoras, ainda que mínimos. A revista *Veja* entrevistou vinte e sete médicos que já lidaram com o problema da distanásia. Na entrevista, vinte e seis declararam-se a favor da interrupção dos chamados tratamentos inúteis, que não contribuem para curar o paciente:

Há os que acham que se podem desligar todas as máquinas e retirar os medicamentos fúteis e há os que consideram perversa a hipótese de suspender o uso do respirador (...); outros admitem o uso de sedativos tão fortes que, enquanto aliviam dores, tornam mais próximo o fim, por seus efeitos colaterais (ibid., p. 87).

No projeto de reforma do Código Penal brasileiro, está previsto um artigo regulamentando a ortotanásia. Trata-se de um meio-termo entre a distanásia e a eutanásia passiva, visto que foi excluída de tal discussão a eutanásia ativa, por seu flagrante aspecto criminoso. Se for aprovado tal projeto, não será mais crime a conduta do médico que suspender o chamado tratamento inútil, destinado a manter viva a vítima de enfermidade ou acidente, cuja cura e recuperação da consciência estão além dos limites conhecidos da medicina.

Não há notícia de condenação por prática de eutanásia no Brasil; por outro lado, não se conhece especialista que defenda publicamente a eutanásia ativa. Para os médicos, porém, a mudança na lei significará o fim de um tormento. “Deixar que um paciente morra de forma digna não tem nada a ver com eutanásia

ou com acelerar a morte”, afirma Edson de Oliveira Andrade, presidente do Conselho Federal de Medicina – CFM (ibid., p.87).

Apurou-se ainda que, nos Estados Unidos, cerca de 20% de todos os gastos com saúde ocorrem nas semanas que antecedem a morte. Para tentar reduzir esse dispêndio, aprovou-se ali uma lei que permite registrar em cartório o desejo de não ter a vida prolongada artificialmente, quando não houver perspectiva de cura. Trata-se, evidentemente, de eventuais casos de distanásia, contra os quais os cidadãos podem se insurgir, quando ainda dotados de saúde.

No Brasil, uma lei estadual sancionada pelo então governador Mário Covas, de São Paulo, estabeleceu, em 1999, o direito de um doente terminal recusar o prolongamento de sua agonia e optar pelo local da morte. Dois anos depois, Covas, com câncer na bexiga, usou essa prerrogativa. Todos os médicos, contudo, segundo os estudos feitos pela Revista Veja, concordam que drogas para aliviar a dor e manter o doente tranqüilo nunca devem ser suspensas, ainda que apressem, como efeito colateral, a morte (ibid., p. 89).

7. Perspectivas para a normatização da conduta médica em face do paciente terminal

A discussão acerca do tema apresenta-se ainda no nascedouro. Seu curso dependerá estreitamente das mudanças que, porventura, ocorrerem na legislação, bem como dos avanços progressivos da medicina. É necessário que se encontre um liame preciso para a decisão de interromper um tratamento seguramente ineficaz, única circunstância capaz de justificar a ausência de luta pela vida, privilegiando-se a ortotanásia em detrimento da distanásia. A questão sempre será não permitir que quaisquer formas de eutanásia passiva se revistam da aparência da ortotanásia. Nesses casos, entendemos que deve ser aplicada a sanção penal cabível contra aquele que, dotado de liberdade e ainda que se valendo da expressão de vontade pretensamente livre de eventuais pacientes terminais, opte por tal procedimento, praticando a conduta típica do homicídio piedoso.

O quadro exposto provavelmente demonstrou em que solo extraordinariamente complexo está se movendo ao se fazer a apreciação jurídico-penal da eutanásia. Uma “regulamentação satisfatória”, que é o que os juristas, em outras searas, têm como meta, aqui não é possível alcançar, pois a morte dolorosa de uma pessoa permanece sempre horrível. Mas é viável, ainda assim, tentar moldar o direito de tal forma que ele, na medida do possível, dê ou ofereça ajuda, ou, pelo menos, somente tolere o mal menor.

Referências bibliográficas

AMERICANO, O. I. do B. *Manual de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1985.

ARENDT, H. *Entre o passado e o futuro*. São Paulo: Perspectiva, 1972.

CARVALHO, G. B. de. Limites e possibilidades da liberdade humana. In: *Horizonte. R. Hum. Ci. Soc*, João Pessoa, no 1, n. 2, p. 16-22, abr./jun. 1987.

CONDE, F. M. *Introducción al derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1975.

_____. *A objeção de consciência no processo penal*. Disponível em: <<http://www.smmp.pt/conde.htm>>. Acesso em: 03 maio. 2002.

COSTA JÚNIOR, P. J. da. *Direito penal: curso completo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

DINIZ, M. H. *Direito à morte digna: um desafio para o século XXI*. In: *Atualidades Jurídicas*, São Paulo, p. 247-272, 1999.

FARIAS JÚNIOR, J. *Manual de criminologia*. Curitiba: Juruá Editora, 1996.

FERRAZ, T. S. Liberdade e responsabilidade penal. In: *Ciência penal*, Rio de Janeiro, An 5, n. 2, p. 57-64, 1979.

FRANCO, A. S. Do Princípio da intervenção mínima ao princípio da máxima intervenção. In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Fasc. 2, p. 175-187, abr./jun. 1996.

FRANCO, A. S.; STOCO, R. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 7. ed. São Paulo: RT, 2001. 2v

KANT, I. *Introducción a la teoría del derecho*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1978.

KELSEN, H. *O que é justiça?: A justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MENDONÇA, E. P. de. *A construção da liberdade*. São Paulo: Convívio, 1977.

MIR PUIG, S. *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994.

MONTERO, E. *Rumo a uma legalização da eutanásia voluntária: reflexões sobre a tese da autonomia*. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 778, 461-475, ago. 2000.

MARTINS, A. C. *Metafísica e ética da pessoa: A perspectiva de Emmanuel Mounier*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

OLIVARES, G. O. *Derecho penal: parte general*. Barcelona: Marcial Pons, 1989.

PALAZZO, F. *Valores constitucionais e direito penal*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REALE, M. *Pluralismo e liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1963.

SANTOS, M. C. L. *Contornos atuais da eutanásia e da ortotanásia: bioética e biodireito, a necessidade do controle social das técnicas médicas*. In: *Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, v. 94, p. 265-278, 1999.

SCHELP, D. Até onde prolongar a vida. In: *Revista Veja*. 1767 ed. São Paulo, ano 35, n. 35, p. 82-91, set.2002.

SOUTO, M. S. V. *ABC do direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

TOLEDO, F. de A. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TORNAGHI, H. *Manual de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1963.

ZAFARONI, E. R; PIARANGELI, J. H. *Manual de direito penal: parte Geral*. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.