

1. DOUTRINA INTERNACIONAL

1.1

A APRECIÇÃO JURÍDICO-PENAL DA EUTANÁSIA*

CLAUS ROXIN

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A “eutanásia pura”: 2.1 A anestesia desejada e sem diminuição da vida; 2.2 A anestesia em oposição à vontade do paciente; 2.3 A anestesia omitida contra a vontade do paciente – 3. A “eutanásia indireta”: 3.1 Em princípio, permitida; 3.2 Exclusão do tipo ou estado de necessidade justificante?; 3.3 A dimensão temporal da eutanásia indireta; 3.4 Só dores ou também estados de grave sofrimento como pressuposto da eutanásia indireta?; 3.5 A forma do dolo na eutanásia indireta – 4. A eutanásia passiva: 4.1 A omissão ou a suspensão de medidas prolongadoras da vida, por desejo do paciente: 4.1.1 O princípio: quem decide é só o paciente; 4.1.2 Existe alguma exceção para o caso de pacientes suicidas?; 4.1.3 A interrupção técnica do tratamento como omissão; 4.1.4 A interrupção técnica do tratamento por um não-médico; 4.2 A omissão de medidas mantenedoras da vida contra a vontade do paciente: 4.2.1 Em princípio, há um dever de prolongar a vida; 4.2.2 O limite do dever médico de tratamento; 4.3 A omissão de medidas mantenedoras da vida em pacientes incapazes de exteriorizar sua vontade no momento da decisão: 4.3.1 A dispensa de medidas prolongadoras da vida durante o processo da morte; 4.3.2 A interrupção do tratamento de pacientes não moribundos, principalmente nos casos do chamado coma profundo – 5. A eutanásia ativa: 5.1 A impunidade do auxílio a suicídio: 5.1.1 A limitação da impunidade à hipótese do suicídio responsável; 5.1.2 A delimitação entre a participação em suicídio e o homicídio a pedido da vítima; 5.1.3 Punibilidade pela omissão em salvar o suicida?; 5.2 O homicídio a pedido da vítima: 5.2.1 A opinião dominante: punibilidade irrestrita; 5.2.2 Restrições à punibilidade e propostas divergentes de lei à literatura; 5.2.3 Posicionamento – 6. A eutanásia precoce – 7. A “eliminação de vidas indignas de viver” – 8. Conclusão.

(*) (N. do T.) Tradução de Luis Greco, autorizada pelo autor, do artigo “Die strafrechtliche Beurteilung der Sterbehilfe”, publicado originalmente no livro Roxin/Schroth (eds.), *Medizinstrafrecht*. Stuttgart-München-Hannover-Berlin-Weimar-Dresden : Richard Boorberg Verlag, 2000. p. 87 *et seq.* Agradeço ao Prof. Dr. Talvane de Moraes pelo auxílio e orientação no que se refere aos termos de medicina legal.

Abreviaturas utilizadas: AT = Allgemeiner Teil (Parte Geral, refere-se a manuais); BGB = Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemão); BGH = Bundesgerichtshof (Tribunal Federal equivalente ao nosso STJ); BGHSt = Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (Decisões do BGH em matéria penal); BVerfGE = Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Decisões da Corte Constitucional); FAZ = Frankfurter Allgemeiner Zeitung (trata-se de um respeitado jornal de

Resumo: O texto procura, num proceder indutivo, analisar os diversos casos de eutanásia do ponto de vista de sua relevância jurídico-penal. Empenha-se o autor em não restringir a argumentação a uma dimensão meramente técnico-dogmática, discutindo as questões também de um ponto de vista externo ao ordenamento, com médicos, teólogos, filósofos e políticos. Por fim, estudam-se casos que, sem serem de eutanásia, lhe estão bastante próximos, como a morte dada a recém-nascido doente e às chamadas “vidas indignas de viver”.

Palavras-chave: Eutanásia – Homicídio – Homicídio privilegiado – Vidas indignas de viver – Medicina – Responsabilidade do médico – Suicídio – Participação em suicídio.

1. Introdução

Por eutanásia¹ entende-se a ajuda que é prestada a uma pessoa gravemente doente, a seu pedido ou pelo menos em consideração à sua vontade presumida, no intuito de lhe possibilitar uma morte compatível com a sua concepção da dignidade humana.² Pode-se distinguir a eutanásia em sentido estrito daquela em sentido amplo. Tem-se a eutanásia em sentido estrito quando a ajuda é prestada após o início do processo da morte, em casos, portanto, em que a morte, com ou sem a ajuda, é iminente. Em sentido amplo, pode-se falar em eutanásia também quando se contribui para a morte de outra pessoa que,

Frankfurt); FS = Festschrift (Estudos em Homenagem); GG = Grundgesetz (Lei Fundamental); JR = Juristische Rundschau; JZ = Juristenzeitung; LG = Landesgericht (Tribunal do Land); NJW = Neue Juristische Wochenschrift; NStZ = Neue Zeitschrift für Strafrecht; OLG = Oberlandesgericht (Tribunal Superior do Land); Rn = Randnummer (número de margem); SCH/SCH = Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar; StGB = Strafgesetzbuch (Código Penal alemão); StPO = Strafprozeßordnung (Código de Processo Penal alemão); ZStW = Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

- (1) (N. do T.) O termo alemão é *Sterbehilfe*, que poderia ser traduzido literalmente como “ajuda para morrer”. Preferi, no entanto, utilizar eutanásia, por se tratar de vocábulo mais corrente, sem que esta escolha tenha maior significação, até porque o próprio autor considera irrelevantes tais discussões terminológicas (ver nota 2).
- (2) Os novos “*Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung*” (Princípios da Câmara Federal dos Médicos para o acompanhamento médico à morte), de 11.09.1988, NJW 1998, p. 3406, evitam a expressão “eutanásia” (*Sterbehilfe*), por ser demasiado carregada emocionalmente. Mas o termo “acompanhamento” acaba fazendo esquecer que é também possível um comportamento médico que acelere a morte. Também a utilização do termo “eutanásia” (*Euthanasie*) é controversa. Por um lado, a expressão é mal vista por muitos, em razão do assim chamado Programa de Eutanásia (*Euthanasieprogramm*) da época do nacional-socialismo, que tinha por objetivo a eliminação dos doentes mentais (veja-se abaixo, item 7). Por outro lado, há quem deseje reservar o termo para a chamada ajuda ao morrer (*Hilfe beim Sterben*), ou seja, para o caso de uma atenuação da dor de que não resulte encurtamento da vida. Não vale a pena discutir sobre tais questões terminológicas. O conceito será aqui utilizado tal como foi definido no texto.

apesar de poder viver mais tempo, pretende – real ou presumidamente – pôr fim à sua vida, já tida como insuportável por causa do sofrimento causado pela doença. Ambos os casos serão objeto deste estudo. Fora do conceito de eutanásia encontram-se aquelas hipóteses em que um doente é morto independentemente de sua vontade, ou é abandonado à morte pela ausência ou interrupção de tratamento. Elas serão, ainda assim, aqui examinadas, em parte por causa da proximidade à eutanásia e dos limites turvos existentes entre as duas figuras, e em parte porque, sob a forma da chamada eliminação das vidas indignas de viver,³ até hoje perturbam a discussão do tema.

A apreciação da eutanásia é um dos mais complicados problemas do direito penal. Isto tem três motivos. Primeiramente, falta um dispositivo legal que dela trate expressamente. Os parágrafos de nosso StGB que incriminam o assassinato e o homicídio⁴ ou não foram talhados para a eutanásia, ou, como o homicídio a pedido da vítima (§ 216 do StGB),⁵ só abrangem uma parte da problemática, deixando várias questões em aberto. Em segundo lugar, os problemas existenciais que surgem em decisões sobre a vida e a morte dificilmente podem ser regulados através de normas abstratas; pois o direito vive de situações cotidianas tipificáveis, nem sempre conseguindo, em sua necessária conceituação generalizante, dar um tratamento adequado ao processo individual e irrepetível da morte. Em terceiro lugar, o consenso sobre o permitido e o proibido na eutanásia é dificultado por não se tratar de seara exclusiva do penalista. Nesta esfera, também médicos,⁶ filósofos,⁷ teólogos e literatos⁸ reclamam para si – e com razão – o direito de ingressar no debate, direito esse cujo exercício por um lado enriquece a discussão, ao mesmo tempo em que, por causa das várias premissas

(3) (N. do T.) Essa era a expressão utilizada pelos nazistas, para justificar ações de extermínio de doentes. Veja-se a rápida referência à nota 2, bem como o item 7, abaixo.

(4) (N. do T.) O assassinato (*Mord*) é o *nomen iuris* que o StGB dá ao que entre nós se chama de homicídio qualificado; o homicídio (*Totschlag*) compreende as demais hipóteses do nosso homicídio.

(5) (N. do T.) “§ 216. Homicídio a pedido (*Tötung auf Verlangen*). (1) Se o autor foi determinado a realizar o homicídio por pedido expresso e sério de quem foi morto, será imposta pena privativa de liberdade de seis meses a cinco anos. (2) A tentativa é punível.” O leitor notará que, várias vezes, faz Roxin referência a este artigo e à valoração que lhe subjaz para fundamentar outros pontos de vista. Apesar de inexistir uma análoga forma privilegiada de homicídio em nosso direito, ninguém nega que o homicídio a pedido da vítima continua punível, de modo que toda a argumentação do texto que leve em conta este dispositivo parece sem mais reservas aplicável ao nosso direito.

(6) Cf. por ex. os chamados “*Grundsätze der Bundesärztekammer*” (Princípios da Câmara Federal dos Médicos), citados à nota 2.

(7) Cf., recentemente, Hoerster, *Sterbehilfe im säkularen Staat* (Eutanásia no Estado secular).

(8) Quanto a isso, Jens/Küng, *Menschenwürdig sterben* (Morrer de modo condizente à dignidade humana).

extrajurídicas que, na opinião pública, advêm de ideologias ou concepções de mundo entre si contraditórias, dificulta o consenso sobre a apreciação jurídico-penal.

Ainda assim, a discussão dos últimos 20 anos ao menos conseguiu chegar a uma “opinião dominante”, a julgados fundamentais do *Bundesgerichtshof*⁹ e a uma importante modernização dos “Princípios” da Câmara Federal dos Médicos,¹⁰ que levou em conta todo esse desenvolvimento. No presente texto, colocarei em primeiro plano as normas que a prática jurisprudencial considera retoras, acrescentando eventual crítica contra elas feita ou a fazer. Procederei de maneira a examinar uma a uma as diferentes hipóteses de casos, tanto as de eutanásia, quanto as de constelações a serem resolvidas junto a ela.

2. A “eutanásia pura”

2.1 *A anestesia desejada e sem diminuição da vida*

Pode-se chamar de “eutanásia pura” a hipótese em que se ministram ao moribundo meios lenitivos que não possuam efeitos de diminuir-lhe o tempo de vida. Tal conduta, se praticada por desejo ou com o consentimento do paciente, é, obviamente, impunível. Na hipótese de não poder mais o moribundo emitir uma declaração de vontade, ou já não estar ele em condições de o fazer de modo responsável, a conduta também será impunível, se corresponder à sua vontade presumida – como em regra deverá ser o caso. Em virtude da obviedade de suas soluções, mal se faria necessário mencionar este grupo de problemas, se não fossem puníveis as hipóteses em que, contra o desejo do paciente, a eutanásia pura é prestada ou omitida.

2.2 *A anestesia em oposição à vontade do paciente*

Isto vale, em primeiro lugar, para o certamente raro, mas ainda assim existente caso do moribundo que recusa a injeção de meios que lhe aliviem a dor, porque deseja viver a sua morte em plena consciência, sem vê-la transformada num sono suave. Pode o doente ter razões teológicas ou filosóficas para tanto, ou ser simplesmente uma pessoa sobremaneira corajosa, que deseje comunicar-se com os que lhe são íntimos, ou regular problemas sucessórios. De qualquer maneira, seu desejo deve ser respeitado. Se for ministrada ao doente uma injeção, talvez porque o médico considere a recusa algo irracional, ter-se-á uma intervenção não permitida na integridade física alheia, punível nos termos do § 223 do StGB,¹¹

⁽⁹⁾ (N. do T.) O *Bundesgerichtshof* (BGH) é o Tribunal Federal competente para julgar questões de direito federal, equivalente a nosso Superior Tribunal de Justiça (STJ).

⁽¹⁰⁾ Cf. a respeito a nota 2.

⁽¹¹⁾ (N. do T.) “§ 223. Lesão corporal. Quem maltrata corporalmente outrem ou lesa a sua saúde é punível com pena privativa de liberdade de até cinco anos, ou com multa”.

como lesão corporal. É verdade que, segundo forte opinião, ainda que não acolhida pela jurisprudência, se exclui o tipo de lesões corporais nas intervenções cirúrgicas curativas contrárias à vontade do paciente. Mas não é disso que aqui se trata, de maneira que está clara a punibilidade.

2.3 *A anestesia omitida contra a vontade do paciente*

Possui maior importância prática o caso oposto, em que o anestésico não é ministrado, ou só o é em quantidade insuficiente, apesar de o moribundo o requerer de modo expresso. Também este comportamento consubstancia, em regra, lesões corporais, e através de omissão. Pois a posição de garantidor do médico e de parentes próximos (o ter de responder, nos termos do § 13 do StGB)¹² também compreende o dever de evitar sofrimentos desnecessários ao paciente; e a não suspensão ou não diminuição de dores constituem lesões corporais (§ 223 do StGB).¹³ Se inexistir no caso concreto a posição de garantidor, é sempre possível que se configure uma omissão de socorro (§ 323c do StGB).¹⁴ Tudo isto deve ser ressaltado, porque a terapia para dores na Alemanha está aquém dos padrões internacionais, sendo por vezes praticada com reservas dificilmente compreensíveis.¹⁵ A consciência de que o dever de atenuar a dor está garantido pela ameaça de uma pena pode contribuir para modificar a situação.

3. A “eutanásia indireta”

3.1 *Em princípio, permitida*

Fala-se de eutanásia indireta, quando são praticadas medidas lenitivas sobre o moribundo, apesar de poderem elas antecipar a ocorrência da morte. A permissão de uma tal eutanásia indireta é já há tempo reconhecida pela literatura e também pela praxis médica, apesar de várias questões ainda permanecerem contro-

(12) (N. do T.) “§ 13. Comissão por omissão. (1) Quem se omite de impedir um resultado, que pertence a um tipo legal, só é punível por esta lei, se tiver de responder juridicamente (*rechtlich einzustehen hat*) pela não ocorrência do resultado, e quando a omissão corresponder à realização do tipo legal através de um agir.” Este dispositivo é análogo ao art. 13, § 2.º, de nosso CP.

(13) (N. do T.) Ver nota 11.

(14) (N. do T.) “§ 323c. Omissão de socorro. Quem, em caso de acidente ou perigo comum ou necessidade, não prestar ajuda, apesar de isso ser necessário e, de acordo com as circunstâncias, exigível, especialmente por ser possível sem elevado perigo próprio e sem violação de outros deveres importantes, é punido com pena de privação de liberdade de até um ano ou com pena de multa.”

(15) Quanto a isto, com minuciosas referências, em Kutzer, *Salger-FS*, p. 663 *et seq.*

versas. O Bundesgerichtshof¹⁶ decidiu em novembro de 1996 pela primeira vez neste sentido. Diz-se na ementa da decisão (BGHSt 42, 301): “Uma medicação lenitiva, necessária do ponto de vista terapêutico, em correspondência à vontade declarada ou presumida do paciente, não deixa de ser permitida em caso de morte, se a aceleração deste resultado surgir como efeito colateral não almejado, mas cujo risco foi assumido”. Em sentido análogo manifestam-se os “Princípios” da Câmara Federal de Médicos:¹⁷ “No caso de pessoas que estão a morrer, o alívio da dor pode ser tão importante, que seja permitido aceitar uma diminuição da vida possivelmente inevitável”. Porém, mesmo que haja consenso a respeito de ser em princípio impunível a eutanásia indireta, permanecem controversos o fundamento desta solução, bem como seu alcance concreto.

3.2 *Exclusão do tipo ou estado de necessidade justificante?*¹⁸

A fundamentação traz dificuldades, porque a diminuição da vida provocada comissiva e dolosamente (ou seja, ao menos com dolo eventual) em todos os demais casos configura um homicídio (§ 212 do StGB) ou um homicídio a pedido da vítima (§ 216 do StGB). Por que aqui deve ocorrer algo diverso? Segundo uma opinião, a eutanásia indireta permitida exclui já o tipo dos §§ 212 e 216 do StGB (logo, qualquer caso de homicídio), por ser socialmente adequada e não estar compreendida pelo sentido destes dispositivos. De acordo com a outra opinião, hoje dominante, haverá, sim, um homicídio, que porém é impunível em virtude do consentimento ou do consentimento presumido.¹⁹

⁽¹⁶⁾ (N. do T.) Ver a nota 9.

⁽¹⁷⁾ Como a nota 2, § 2.º, frase 2.

⁽¹⁸⁾ (N. do T.) O legislador alemão adotou expressamente a teoria diferenciadora do estado de necessidade, havendo portanto um que exclui a antijuridicidade da conduta (§ 34), outro que afeta somente a culpabilidade (§ 35). O primeiro – estado de necessidade justificante – pressupõe o sacrifício de interesse de menor valor para salvar outro de valor consideravelmente superior. (Cf., por ex., Samson, em Rudolphi/ Horn/ Günther/ Samson, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 7. ed. Berlim : Luchterhand, 1997, § 34/1-3). Apesar de nosso código não fazer expressamente a diferenciação, é bem possível entender, juntamente com Fragoso (*Lições de Direito Penal – Parte Geral*, 5. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1983. p. 194 e 215) e Zaffaroni/Pierangeli, (*Manual de direito penal brasileiro*, 1. ed. São Paulo : RT, 1997. p. 591), que a lei brasileira regulou as duas formas de estado de necessidade num único dispositivo, de modo que tudo o que está exposto no texto de Roxin possa aplicar-se integralmente a nosso direito vigente.

⁽¹⁹⁾ (N. do T.) Os autores brasileiros poucas vezes se referem expressamente à causa de justificação do “consentimento presumido” (*mutmaßliche Einwilligung*), o que justifica duas palavras a seu respeito. Segundo a doutrina majoritária, trata-se de uma causa de justificação, que tem por pressuposto uma ação que, apesar de lesar algum bem jurídico da vítima, seja praticada – em seu interesse ou não – em condições que não lhe permitiram manifestar sua vontade, mas que fariam presumir,

O BGH²⁰ deixou a questão em aberto. Ela deveria, porém, ser respondida. Pois só quando uma das duas soluções for reconhecida como correta, poderá excluir-se com segurança a terceira – e antes também defendida – opinião de que haveria um homicídio punível. Considero correto o posicionamento hoje dominante.²¹ Pois a adequação social, o sentido ou fim de uma norma são critérios demasiado vagos para fundamentar a impunibilidade de homicídios, ainda mais quando o § 216 do StGB, ao declarar punível a morte pedida – frequentemente por causa de sofrimentos dolorosos – não confere ponto de apoio algum para a não punibilidade da eutanásia indireta sob o ângulo do tipo.

Se a eutanásia indireta é impunível, trata-se do resultado de uma ponderação, determinada pela vontade do paciente, em que o dever de estender a vida alheia o máximo de tempo possível cede lugar ao dever de diminuição do sofrimento alheio. Uma vida pouco mais curta sem graves dores pode ser mais valiosa que uma não muito mais longa, plena de dores dificilmente suportáveis. Se o paciente ainda puder manifestar sua vida, então é esta decisiva. O § 216 do StGB não se opõe a esta solução, pois o fundamento da punibilidade deste dispositivo (proteção contra ações de curto-circuito do que deseja morrer, e interesses-tabu da coletividade) não abrange a morte acompanhada pelo médico.²² Se o paciente não estiver mais em condições de tomar uma decisão responsável, importa sobretudo sua vontade presumida. Na definição desta devem ser levadas em consideração não só suas anteriores declarações, como também o grau de proximidade da morte, a probabilidade e a medida da redução da vida, bem como a intensidade dos sofrimentos a serem suportados.

Herzberg,²³ que recentemente se manifestou no sentido da negação de um homicídio em tais casos, parte da consideração de que inexiste uma coli-

objetivamente e *ex ante*, seu consentimento. Vejam-se, a respeito, Jescheck/Weigend, *Lehrbuch des strafrechts – Allgemeiner teil*, 5. ed. Berlin : Duncker & Humblot, 1996. p. 385 *et seq.*, e Roxin, *Über die mutmaßliche Einwilligung* (Sobre o consentimento presumido), *Welzel-FS*, Berlin : DeGruyter, 1974. p. 447.

(20) BGHSt 42, p. 305, com argumentos tanto para uma quanto para outra opinião. Herzberg, NJW 1996, p. 3043, nota 1, fornece vários argumentos para a solução de justificação, apesar de defender ele próprio a atipicidade. Merkel, JZ 1996, p. 1147 *et seq.*, fundamentou recentemente a solução de justificação de modo expresso – utilizando o § 34 (N. do T.: é o artigo que prevê o estado de necessidade justificante). Mais referências para a solução da atipicidade em Tröndle/Fischer, vor § 211, Rn. 17.

(21) Neste sentido, em conclusão, já Roxin, em Blaha e outros (eds.), *Schutz des Lebens – Recht auf Tod* (Proteção à vida – Direito à morte), p. 87; o mesmo em *140 Jahre Goldammer's Archiv*, p. 189.

(22) Cf., quanto a isso, Verrel, JZ 1996, p. 226 *et seq.*; Sternberg-Lieben, *Die objektiven Schranken der Einwilligung* (Os limites objetivos do consentimento), p. 104, nota 132; Niedermair, *Körperverletzung mit Einwilligung und die Guten Sitten* (Lesões corporais consentidas e bons costumes), p. 139, e também nota 531.

(23) Herzberg, NJW 1996, p. 3.048.

são de interesses, tal como necessário às causas de justificação. Nestas hipóteses, inexistiriam tanto o “interesse de viver do atingido” como o “interesse de outras pessoas pelo respeito ao tabu”. Ainda assim, é de convir-se que uma vida, mesmo que plena de dores e próxima da morte, continua a ser um bem jurídico, não perdendo todo valor. Também o atingido se encontra numa situação de ponderação, cujo resultado de modo algum precisa estar já definido a priori.

Permanecem ainda três questões controversas sobre o alcance da eutanásia indireta.

3.3 *A dimensão temporal da eutanásia indireta*

A primeira delas tem a ver com a sua dimensão temporal. O Bundesgerichtshof e os Princípios da Câmara Federal de Médicos falam somente de um “moribundo”. Isto me parece muito restrito. Pois, por exemplo, em casos de câncer incurável, podem surgir dores insuportáveis também semanas e meses antes da morte, ou seja, em um período no qual o doente ainda não está para morrer. Anestésicos eficientes devem poder ser ministrados a tais doentes também se trouxerem consigo um certo perigo de aceleração da morte, e o paciente assumir este risco.

É por essas razões que o Projeto Alternativo sobre a Eutanásia,²⁴ de autoria conjunta de juristas e médicos, não restringiu a eutanásia indireta aos moribundos, estendendo-a aos “mortalmente doentes”, devendo-se entender por doença mortal aquela “em cujo desenvolvimento mortífero a atividade médica já não consegue intervir de modo decisivo”. Esta solução, que também é defendida pela ética cristã, pode ser entendida como parte do direito vigente, indo-se além do entendimento da jurisprudência e da Câmara Federal de Médicos.

3.4 *Só dores ou também estados de grave sofrimento como pressuposto da eutanásia indireta?*

O segundo problema refere-se à questão, se a permitida eutanásia indireta pressupõe necessariamente estados de grave dor no paciente. Pois também o medo de sufocar-se provocado por ofegações²⁵ e estados análogos podem tornar-se insuportáveis, fazendo, em certas circunstâncias, necessária uma intervenção médica não livre de riscos. Assim, será melhor partir, ao invés

⁽²⁴⁾ Baumann e outros, (eds.), *Alternativ-Entwurf eines Gesetzes über Sterbehilfe* (Projeto alternativo de uma lei sobre a eutanásia), § 214a, nota 4.

⁽²⁵⁾ (N. do T.) Esta passagem foi de difícil tradução, de modo que consigno o original, para evitar quaisquer mal-entendidos: “Denn auch Erstickungsangst auslösende Atemnot...”.

da dor, que continua a ser o caso principal, de “estados de sofrimento graves e não de outra forma remediáveis”, como faz o Projeto Alternativo.²⁶ Também os “Princípios da Câmara Federal de Médicos” se referem, acertadamente, só a um “alívio do sofrimento”.

3.5 A forma do dolo na eutanásia indireta

Em terceiro lugar, também a forma de dolo necessária para a eutanásia indireta está incerta e controvertida. De acordo com a opinião mais antiga, somente o dolo eventual poderia ser justificado, ou seja, o caso em que uma diminuição da vida em decorrência do tratamento contra a dor seja possível, mas não segura. Neste sentido declaram também os novos Princípios da Câmara Federal de Médicos que “é permitido, em certos casos, aceitar uma diminuição da vida possivelmente inevitável”. Em sentido oposto, o Projeto Alternativo sobre a Eutanásia, que também incluiu o caso de certa redução da vida no âmbito da eutanásia indireta.²⁷

A posição do BGH não é suficientemente clara. Diz a Corte²⁸ que um “efeito colateral não almejado, mas cujo risco se assume, pode acelerar a morte”. A palavra “pode” parece defender a restrição ao dolo eventual,²⁹ enquanto a palavra “inevitável”, ao invés de “possivelmente inevitável”, parece compreender o dolo direto.³⁰ Esta última opinião parece mais condizente com o caso concreto julgado, no qual haviam decidido os acusados “não levar mais” a paciente “a um hospital, matando-a com uma *overdose* de dolantina rapidamente ministrada”.

A importância prática da controvérsia não é mais tão grande, pois a terapia de dores está atualmente tão desenvolvida, que ela só raramente leva a certas (ou a quaisquer) diminuições de vida.³¹ Por causa disso, em regra, existirá somente

(26) Como a nota 24, § 214a, nota 2.

(27) Como a nota 24, § 214a, nota 3.

(28) BGHSt 42, p. 301 (p. 305).

(29) É assim que Schöch, NStZ 1997, p. 411, compreende o BGH, apesar de também sentir falta de uma “clareza definitiva” na decisão.

(30) (N. do T.) No Brasil, costuma-se, na esteira do Código, diferenciar unicamente duas formas de dolo, o eventual e o direto. Na Alemanha, fala-se normalmente em três: além do dolo eventual, haveria o dolo direto de 1.º grau – a *Absicht*, o propósito, que compreende aquilo que em última instância se almeja com a ação; e o dolo direto de 2.º grau, que compreende as consequências mesmo não queridas, mas que o agente sabe necessariamente ligadas à sua ação (veja-se, por todos, Roxin, *Strafrecht – Allgemeiner teil*. 3. ed. München : C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1997. vol. I, § 12/7 *et seq.*). No texto, parece estar o autor referindo-se ao dolo direto de 2.º grau, vez que dois parágrafos abaixo trata de modo expresso da morte causada propositadamente, com dolo direto de primeiro grau, propondo solução diversa.

(31) Cf. Eser, em: SCH/SCH, vor § 211, Rn. 26; Schöch, NStZ 1997, p. 410 *et seq.*

dolo eventual. Mas mesmo quando a diminuição da vida é segura, não deveria tornar-se impossível a terapia contra dores. Pois uma vez assumido o risco da aceleração da morte, não deveria haver diferença se a existência de tal caso já é de antemão segura, ou se só se revela posteriormente.³²

Permanece punível a “eutanásia”, porém, quando praticada com propósito³³ de matar, quando o motivo não é a atenuação do sofrimento, mas o homicídio. Em tais casos, também na existência de expresse pedido do moribundo haverá um homicídio a pedido da vítima.³⁴ O motivo de liberar a vítima de sua dor, portanto, não se justifica. É possível que no caso concreto haja mesmo um assassinato,³⁵ como na hipótese decidida pelo BGH, em que o autor mata a vítima que está a sofrer, para “com uma morte rápida... poder herdar através de um testamento falsificado”.

4. A eutanásia passiva

Fala-se em eutanásia passiva quando uma pessoa de confiança – em regra o médico e seus ajudantes, mas também, por ex., um parente – se omite em prolongar a vida que se aproxima de seu fim. É o caso de se renunciar a uma operação ou a um tratamento intensivo, capaz de possibilitar ao paciente uma vida mais longa. Aqui surgem três possibilidades, merecedoras de um tratamento jurídico diverso: a omissão das medidas prolongadoras da vida pode ocorrer ou por desejo do paciente ou contra a sua vontade; o terceiro caso é o de não se encontrar mais o paciente em condições de manifestar-se.

4.1 *A omissão ou a suspensão de medidas prolongadoras da vida, por desejo do paciente*

4.1.1 *O princípio: quem decide é só o paciente*

Em tais situações a questão jurídica é em princípio clara. Não haverá punibilidade porque não é permitido tratar um paciente contra a sua vontade.³⁶ Se

(32) A favor da restrição da justificação ao dolo eventual, por último, Schöch, NSTZ 1997, p. 411.

(33) (N. do T.) Veja-se a nota 30.

(34) Quanto às questões-limite e às controvérsias a respeito, veja-se abaixo, 5.1.2.

(35) (N. do T.) O assassinato (*Mord*), previsto no § 211 do StGB, corresponde a nosso homicídio qualificado (nota 4).

(36) (N. do T.) Surge aqui um problema, oriundo do art. 146, § 3.º, do CP brasileiro, que, em seus incisos, declara impunível o constrangimento quando praticado em “intervenção médica ou cirúrgica, sem consentimento do paciente ou de seu representante, se justificada por eminente perigo de vida” (inc. I); e se praticado

um canceroso se recusa a deixar-se operar (como, por ex., o caso do penalista Peter Noll, muito discutido e também documentado pela literatura),³⁷ a operação não poderá ser feita. É freqüente que a pessoa idosa, doente e próxima da morte, recuse o tratamento em uma unidade intensiva, que só iria adiar um pouco a morte. Isto deve ser respeitado. A vontade do paciente é decisiva, mesmo nos casos em que um juízo objetivo a considere errônea, ou que seja irresponsável aos olhos de muitos observadores. Também quando a mãe de quatro filhos proíbe aos médicos, por motivos religiosos, que lhe ministrem uma transfusão de sangue que lhe salvaria a vida — este caso realmente ocorreu —³⁸ devem os médicos curvar-se e deixar a mulher morrer.

4.1.2 Existe alguma exceção para o caso de pacientes suicidas?

O BGH abriu somente uma exceção a estes princípios: para os pacientes suicidas.³⁹ No famoso caso Wittig, decidido em 1984, uma senhora de 76 anos, gravemente doente e cansada de viver desde a morte de seu marido, decidiu pôr um fim à sua vida através de uma *overdose* de morfina e remédios para dormir. Ela deixou, ao lado de outros textos com conteúdo idêntico, um bilhete, em que declarava: “No pleno uso de minhas faculdades, peço a meu médico que não me interne em um hospital, em um lar de tratamento ou em uma unidade intensiva, assim como não quero que sejam utilizados medicamentos capazes de prolongar minha vida. Desejo morrer uma morte digna”. O médico da casa chegou quando a senhora já se encontrava inconsciente, mas ainda viva. Ele se omitiu em interná-la num hospital, esperando no apartamento até que sobreviesse a morte. O BGH acabou concluindo pela absolvição do médico (Wittig); mas só porque a paciente, se fosse salva, ficaria grave e irreversivelmente lesada, o que tornava sustentável a decisão de consciência do médico de evitar a internação em uma unidade de tratamento intensivo. Em regra, porém, seria “em princípio proibido” ao médico curvar-se diante “do desejo de morte do suicida”.⁴⁰

Os fundamentos da decisão foram largamente repudiados pela literatura,⁴¹ e isto com acerto. O BGH aduz que os suicidas freqüentemente não

“para impedir suicídio” (inc. II). O legislador brasileiro, ao contrário do alemão, optou por proteger a vida do indivíduo mesmo contra ele próprio, o que — se admitirmos a constitucionalidade de tais dispositivos, algo em si já discutível, ainda mais se lembrarmos a sua matriz ideológica — faz com que não possamos acolher, no nosso direito, sem algumas adaptações o que Roxin diz em seu texto.

(37) Cf. quanto a isso Jens, em Jens/Küng, como a nota 8, p. 111 *et seq.*

(38) BVerfGE 32, p. 98 *et seq.*

(39) (N. do T.) Cumpre discutir se a decisão valorativa consubstanciada em nossa lei, no art. 146, § 3.º, II, altera a apreciação de tais casos em face do direito brasileiro. (Veja-se também a nota 36).

(40) BGHSt 32, p. 367 *et seq.*, p. 368, 380 *et seq.*

(41) Cf. quanto a isso, com extensas referências à literatura, Eser, em SCH/SCH, vor § 211, Rn. 41-43.

agem em condições de plena responsabilidade, sendo comum, em caso de salvamento, arrependem-se de suas ações quando voltarem a seu normal estado de espírito. E realmente, se a perturbação psíquica for reconhecível, ter-se-á de afirmar a existência de um dever de salvamento e tratamento. Não sendo este o caso ou estando ele seguramente excluído, como na hipótese da nossa sentença, inexistente motivo racional para não respeitar a decisão autônoma do paciente também no suicídio. A desaprovação moral, na maior parte decorrente de motivos religiosos, da qual o BGH derivava originariamente a irrelevância de qualquer decisão de suicídio,⁴² não pode levar a tais efeitos numa ordem jurídica que acolhe a liberdade de religião e de consciência.

De resto, pode o paciente também arrependem-se de sua recusa em tratar-se – recusa essa independente de qualquer decisão no sentido do suicídio – mas em um ponto tal, que seja tarde demais para a salvação. Se isto nada altera na não punibilidade da eutanásia passiva, não pode o mesmo argumento levar a soluções opostas no suicídio. Há sinais de que também a jurisprudência com o tempo acabará por adotar este posicionamento.⁴³

4.1.3 A interrupção técnica do tratamento como omissão

A eutanásia passiva correspondente à vontade responsável do paciente terá, portanto, de ser admitida em todos os casos. Um caso desta espécie, e com isso chego a um novo problema bastante discutido, ocorre também quando um comportamento direcionado à omissão de ulteriores tratamentos se vincula a uma ação positiva. A hipótese clássica é a do aparelho respiratório que é desligado a pedido do paciente. Pressionar o botão de desligar é uma ação. Porém, não se trata aqui de uma eutanásia ativa, em princípio punível como homicídio a pedido da vítima (§ 216 do StGB). Pois o fato, em seu significado social, representa uma suspensão do tratamento, portanto, uma omissão de ulteriores atividades. O limite entre eutanásia ativa, punível, e a passiva, impunível, não deve ser traçado de modo naturalista, levando em conta somente a prática ou não de um movimento corpóreo. Interessa, isso sim, se, do ponto de vista normativo, a ação deve ser entendida como uma suspensão do tratamento. Neste caso, haverá, em sentido jurídico, uma omissão, impunível se condizente com a vontade do doente.

O posicionamento que considera a chamada interrupção técnica do tratamento uma omissão é hoje dominante.⁴⁴ Mas também os autores que vêm

(42) BGHSt 6, 147 *et seq.* (Grande Senado). Também BGHSt 32, p. 375 *et seq.*, deixa “em aberto”, “se a dada fundamentação ainda hoje pode ser reconhecida em sua plena extensão”.

(43) Em NStZ 1988, p. 127 diz o 2.º Senado Penal do BGH que ele “tende a conferir à decisão de suicídio séria e tomada de modo livre e responsável uma maior relevância jurídica”, do que a que fora dada em BGHSt 32, p. 367 *et seq.*

(44) Para uma fundamentação mais detalhada, veja-se Roxin, *Engisch-FS*, p. 395 *et seq.*; para mais referências sobre o estado atual das controvérsias, veja-se Eser, *SCH/SCH*, vor § 211, Rn. 32.

aqui um comportamento ativo acabam por chegar à solução da não punibilidade, por considerarem, sob diversos fundamentos, que um tal comportamento não se enquadra no fim de proteção dos tipos de homicídio.⁴⁵ Com acerto diz Eser⁴⁶ que não pode haver dúvida quanto à solução de que “lá onde uma interrupção medicamentosa-terapêutica do tratamento⁴⁷ é permitida, também o deve ser a interrupção técnica”. No fim das contas existe, portanto, acordo.

4.1.4 A interrupção técnica do tratamento por um não-médico

Uma interrupção do tratamento como a acima tratada é normalmente atribuição do médico. Mas ela pode, em casos particulares, ser praticada também por particulares. Um exemplo tocante nos dá a decisão do LG Ravensburg, do ano de 1987.⁴⁸ No caso, o marido cuidava de sua esposa, que padecia de uma paralisia progressiva, com dedicação tal que teve de sacrificar seu emprego. Por fim, ela foi levada moribunda para um hospital, onde a ligaram a um aparelho de respiração artificial. Mas este lhe causava um “sofrimento insuportável”, o que a fez declarar, no “pleno domínio de suas faculdades mentais”, como ela própria escreveu, com a ajuda de uma máquina de escrever elétrica especial, o único meio através do qual ela ainda se comunicava: “Eu quero morrer, porque minha condição não é mais suportável. Quanto mais rápido, melhor. É isso que eu desejo, de todo o coração”. Por causa disso, o marido, que permanecia no quarto, desligou o aparelho num momento em que não era observado, e tomou conta da esposa até que uma hora depois sua morte sobreviesse, em consequência da parada cardíaca.

Se considerarmos este caso um homicídio através de ação positiva, haverá um homicídio a pedido da vítima (§ 216 do StGB), punível. Se, em contrário, a “interrupção técnica do tratamento” for entendida como uma eutanásia passiva com o consentimento do paciente, o marido ficará impune. Não me parece haver dúvida a respeito de que esta segunda solução, que, em conclusão, é também defendida pelo LG de Ravensburg, seja correta. Ela corresponde àquilo que o Projeto Alternativo sobre a Eutanásia formulara expressamente em seu sugerido § 214: “Quem interrompe ou omite medidas mantenedoras da vida não age antijuridicamente, se o atingido o exigir expressa e seriamente”. Ainda assim, este ponto de vista pode ser fundamentado já em sede de direito vigente, como vimos acima.

(45) Mais detalhes em Roxin, NStZ, 1987, p. 349.

(46) Eser, em: SCH/SCH, Rn. 32, vor § 211.

(47) (N. do T.) Outra expressão de difícilima correspondência em português: “*ein medikamentös – therapeutischer Behandlungsabbruch...*”.

(48) NStZ 1987, p. 229, com comentário de Roxin, NStZ 1987, p. 348.

4.2 A omissão de medidas mantenedoras da vida contra a vontade do paciente

4.2.1 Em princípio, há um dever de prolongar a vida

No caso inverso, isto é, quando o tratamento é interrompido ou omitido, apesar de o paciente o desejar, há um homicídio por omissão se a inatividade tiver provocado ou adiantado a morte e o omitente ocupar uma posição de garantidor, o que, em caso de médicos e parentes, é a regra. Faltando a posição de garantidor, pode-se tratar sempre ainda de um caso de omissão de socorro (§ 323c do StGB).

Se o paciente o desejar, ele deverá ser levado à unidade de tratamento intensivo, ainda que não seja possível obter uma cura, mas somente um prolongamento de sua vida. Não importa que o médico considere uma tal conduta insensata face aos interesses do paciente. Pode o médico, entretanto, recusar os desejos cujo atendimento em nada contribuiria para o aumento da vida, e tampouco melhoraria a sorte – por ex., através de uma anestesia – do paciente.

4.2.2 O limite do dever médico de tratamento

Além disso, igualmente no prolongamento artificial da vida deve existir uma fronteira, além da qual a vontade do paciente – na maior parte dos casos exteriorizada em um estado anterior da doença – não pode mais ser decisiva. Pois os recursos técnicos e financeiros de nosso serviço sanitário não são inesgotáveis. E, principalmente, procrastinar de modo indefinido o inevitável processo da morte através de modernos aparelhos não corresponde à nossa concepção de uma morte condizente com a dignidade humana.

Como linha retora pode valer o que declarou o Bundesgerichtshof (BGHSt 32, 379 *et seq.*), para quem “inexiste um dever jurídico de manter a qualquer preço a vida que se esvai. Medidas de prolongamento da vida não são obrigatórias, pelo simples fato de que sejam tecnicamente possíveis. Tendo em vista a evolução da tecnologia médica, que ultrapassa os limites até então reconhecidos, a indicação sobre os limites do dever de tratamento não pode mais depender da eficiência dos aparelhos, sendo isso um problema a ser resolvido através de uma decisão do caso concreto, orientada pelo respeito à vida e à dignidade humana”. Um tal ponto de vista deixa um certo espaço livre, que não se poderá precisar através de regras generalizadoras. Mesmo assim já é possível dizer que não são pontos de vista econômicos que devem estar em primeiro plano, mas sim a consideração a respeito de se o prolongamento da agonia ainda pode ter, segundo um juízo objetivo, algum sentido para o paciente.

4.3 A omissão de medidas mantenedoras da vida em pacientes incapazes de exteriorizar sua vontade no momento da decisão

4.3.1 A dispensa de medidas prolongadoras da vida durante o processo da morte

Os casos de pacientes incapazes de decidir compõem o que há de mais difícil e controvertido no âmbito da eutanásia passiva. O problema, entretanto, não está no campo da eutanásia em sentido estrito, em que o processo da morte já teve início, estando ela bastante próxima. Aqui, ao menos quando o paciente se tiver tornado definitivamente incapaz de decidir, permite o BGH que se dispensem medidas prolongadoras da vida, como a respiração, a transfusão de sangue ou a alimentação artificial.⁴⁹ Isto está em consonância com o que já foi exposto a respeito da interrupção do tratamento durante o processo da morte, ainda que em oposição à vontade anteriormente manifestada do paciente.

4.3.2 A interrupção do tratamento de pacientes não moribundos, principalmente nos casos do chamado coma profundo

4.3.2.1 A jurisprudência mais recente e suas consequências – Controvérsias ainda não resolvidas surgem somente quando o tratamento for interrompido, apesar de o paciente gravemente adoentado ainda não estar morrendo, tendo a possibilidade de viver meses ou anos, mesmo que não seja mais capaz de declarar sua vontade. O caso clássico é o do paciente que perde sua consciência de modo irreversível. Fala-se aqui de um coma profundo,⁵⁰ no qual o córtex, o *pallium*, pára de funcionar, apesar de o tronco cerebral permanecer ativo.

Decisiva para a apreciação destes casos na jurisprudência foi uma sentença do Bundesgerichtshof de setembro de 1994 (BGHSt 40, 257), que foi confirmada em seus traços essenciais por uma decisão civil do OLG de Frankfurt, de julho de 1998.⁵¹ No caso decidido pelo BGH tratava-se de uma senhora idosa “com gravíssimas lesões cerebrais”, que desde o fim de 1990 já não era mais capaz de compreender os outros, de caminhar ou de levantar-se, tinha de receber alimentação artificial, e só reagia a estímulos óticos, acústicos ou de pressão com convulsões faciais ou resmungos; inexistiam sinais de que ainda fosse sensível à dor. No

⁽⁴⁹⁾ BGHSt 40, p. 257 e 260.

⁽⁵⁰⁾ (N. do T.) O termo alemão é *apallische Syndrom* (que, literalmente, se traduziria por síndrome apálica), e Roxin apresenta um sinônimo, *Wachkoma* (que poderia, em português, ser chamado de coma acordado). Porém, utilizei o termo coma profundo, pois é essa a denominação de casos como os narrados no texto, nos quais o “paciente perde a sua consciência de modo irreversível”.

⁽⁵¹⁾ NJW 1998, p. 2.749, com comentário de Knieper, p. 2.720; também Verrel, JR 1999, p. 5.

início de 1993, o médico encarregado e o filho que fazia as vezes de enfermeiro instruíram a equipe que cuidava da senhora no sentido de, a partir do dia 15 de março, substituir a alimentação artificial por chá, o que provocaria a rápida morte da senhora por inanição. O chefe dos serviços de enfermagem mostrou reservas em face deste procedimento, voltando-se para o Juízo de Tutela,⁵² que vetou a interrupção da alimentação artificial. A paciente morreu nove meses depois, por causa de um edema pulmonar.

O problema jurídico que aqui nos interessa é se ambos os homens de trás (médico e filho) são puníveis a título de homicídio tentado. O BGH considerou, acertadamente, a interrupção da alimentação como uma conduta omissiva. A posição de garantidor do médico e do filho igualmente deve ser afirmada. Também não se pode falar em eutanásia em sentido estrito, de modo que os princípios acima desenvolvidos para a resolução deste grupo de casos (compare-se 4.2.2) não podem fundamentar a isenção de pena. Mas também antes do início do processo da morte deve ser respeitado o direito de autodeterminação do paciente. Uma interrupção do tratamento será portanto permitida na hipótese, mas somente na hipótese em que corresponder à vontade presumida do paciente incapaz de decidir. O BGH exige ainda do filho que busque a autorização do Juízo de Tutela, numa aplicação análoga do § 1904 do BGB,⁵³ que só fala, a rigor, em exames e tratamentos arriscados. Já que também o Juízo deve decidir com base na vontade presumida, é deste critério que afinal de contas depende a justificação material da conduta.

O BGH aplica critérios severos para afirmar a vontade presumida. Devem ser levadas em consideração anteriores declarações orais ou escritas do doente, bem como suas convicções religiosas e ulteriores opiniões, sua expectativa de vida com relação à idade e também a existência ou não de dor. Na dúvida, deve a proteção à vida prevalecer sobre as convicções pessoais do médico e dos pacientes. A circunstância de oito ou dez anos atrás, sob a impressão de um programa televisivo, em que se tratava de um caso similar, ter a paciente declarado que "não gostaria de terminar assim", não pareceu ao BGH fundamento suficiente para uma interrupção do tratamento. Por causa disso, quase se acabou por condenar os dois réus na instância inferior, à qual o caso foi devolvido.⁵⁴ Mas ainda assim, o LG de Kempten chegou à

(52) (N. do T.) A palavra alemã é *Vormundschaftsgericht*. Trata-se de uma ramificação do *Amtsgericht*, que é o Juízo de 1.ª instância, equivalendo mais ou menos à nossa vara de órfãos ou vara de família, por ser uma vara especializada em resolver assuntos referentes à tutela de incapazes.

(53) (N. do T.) "§ 1904 BGB. Medidas médicas. 1. O consentimento do representante (*Betreuer*) num exame do estado de saúde, num tratamento curativo ou numa intervenção médica necessita da aprovação posterior (*Genehmigung*) do Juízo de Tutela, quando existir perigo fundado de que o representado venha a falecer ou sofrer um dano grave e duradouro para sua saúde por causa da medida. Sem a aprovação da autoridade a medida só poderá ser executada, se houver perigo na demora. 2. ...".

(54) (N. do T.) De acordo com o § 354 da StPO, no recurso de revisão (*Revision* - análogo a nosso recurso especial), o Tribunal *ad quem* poderá proferir uma nova

absolvição, por encontrar outras circunstâncias fáticas capazes de fundamentar a vontade presumida da paciente.⁵⁵

Na mesma linha encontra-se a citada decisão civil do OLG de Frankfurt, de julho de 1998. Através da controversa aplicação analógica do § 1904 do BGB, atribuiu o Tribunal a decisão, em princípio, para o Juízo de Tutela, que deve examinar a vontade presumida, e decidir em concordância com ela se o tratamento deve ou não prosseguir.

A referida jurisprudência traz três esclarecimentos e novidades essenciais:

Primeiramente, fica claro que também nas hipóteses de uma perda irreversível da consciência, o tratamento não pode ser puro e simplesmente interrompido. O Projeto Alternativo sobre a Eutanásia havia dito (§ 214, I, 2): “Quem interrompe ou omite medidas mantenedoras da vida não age ilicitamente, se o atingido, de acordo com o conhecimento médico, tiver perdido a consciência de modo irreversível”, havendo-se tomado como premissa que isto corresponderia, em regra, à vontade presumida do paciente.⁵⁶ De acordo com a recente jurisprudência, será necessário em tais casos encontrar fundamentos fáticos concretos para que se afirme a vontade presumida.

Em segundo lugar, a decisão é retirada das mãos dos médicos e parentes, sendo transferida para o Juízo de Tutela. Isto alivia estas pessoas de uma responsabilidade dificilmente suportável e “garante uma maior medida de objetividade e racionalidade do que haveria na decisão por pessoas imediatamente envolvidas no tratamento”.⁵⁷

Em terceiro lugar, esta jurisprudência concederá a manifestações por escrito dos pacientes, que por muito tempo foram consideradas pouco importantes, um extraordinário significado.⁵⁸ Pois a determinação por escrito a respeito de se e como o paciente deseja ser tratado quando incapaz de decidir, nos casos de doença mortal, é o mais confiável indício de sua vontade presumida. Se esta determinação for renovada anualmente (isto é, assinada outra vez), dificilmente se poderá chegar à conclusão de que o paciente iria mudar de idéia, se ainda se pudesse formular-lhe a pergunta outra vez. Também os Princípios da Câmara Federal dos Médicos dizem:⁵⁹ “Disposições do paciente são obrigatórias, desde que se refiram à concreta situação de tratamento e não haja indícios de que o paciente não as

decisão se a sentença for cassada devido à violação da lei, no caso de a matéria ser exclusivamente de direito. Já em caso de se fazerem necessárias novas provas, deve o processo ser devolvido à instância cuja decisão foi cassada. (Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 25. ed. München : Beck, 1998, § 53/72.)

(55) Cf. Verrel, JZ 1996, p. 229, nota 63; Schöch, *Hirsch-FS*, p. 697.

(56) Como a nota 24, p. 17; assim também Roxin, em Blaha e outros, como na nota 21, p. 89.

(57) Schöch, NStZ 1995, p. 156.

(58) Igualmente quanto a isto Schöch, NStZ 1995, p. 155; também Verrel/Schmidt, *Frankfurter Rundschau* 06.08.1998, p. 16, bem como Verrel, MedR 1999.

(59) Como a nota 2, V, §§ 2.º e 1.º, com critérios concretizadores.

deixaria mais valer”. Também no resto as disposições do paciente são designadas como “um auxílio essencial para o agir do médico”.

4.3.2.2 A mais recente jurisprudência em meio às controvérsias – As posições acima expostas têm encontrado majoritariamente apoio na literatura jurídica e médica. Também os novos Princípios da Câmara Federal de Médicos seguem a linha da jurisprudência e tentam facilitar a aceitação desta, recusando os termos eutanásia passiva e interrupção do tratamento, em favor de uma atenuada “modificação do objetivo da terapia”. No caso de doença avançada é possível que também para os pacientes em coma profundo “se figurem uma modificação do objetivo da terapia e a omissão de medidas prolongadoras da vida”.⁶⁰

Apesar de os Princípios da Câmara Federal de Médicos não possuírem qualquer efeito jurídico vinculante, nem tampouco possuírem a importância prática de uma decisão judicial, provocaram eles imediatamente uma calorosa discussão, que no fim das contas acaba por atingir também e principalmente a mais recente jurisprudência. Nesta polêmica, os fundamentalistas da defesa da vida, que criticam os Princípios, fazem-se notar de modo especialmente significativo. O Ministro da Justiça (Bundesjustizminister) então em exercício (Schmidt-Jortzig) pensa⁶¹ que a possibilidade admitida pelos “Princípios” “de que se omitam medidas prolongadoras da vida com base numa vontade presumivelmente descoberta intervém de modo imediato no princípio constitucional da proteção à vida. Decisões de tal alcance só podem ser tomadas pelo legislador”. Hohlmeier, político da CSU,⁶² manifestou-se no mesmo sentido: os médicos não poderiam determinar antes do processo legislativo quem deve contar com que medidas salvadoras da vida. A Fundação Alemã de Hospícios⁶³ (Deutsche Hospizstiftung), a cujo conselho diretor (Stiftungsrat) pertence Hohlmeier, considera a interrupção do tratamento de seres humanos que ainda não estão a morrer um “homicídio a pedido presumido da vítima”, tratando-a como punível, já que também o homicídio a pedido da vítima o é.

Por outro lado, já se ergueram vozes na ciência que, levando em conta a decisiva sentença do BGH de 1994 (BGHSt 40, p. 257 *et seq.*), querem autorizar uma interrupção do tratamento numa medida ainda mais abrangente. Assim é que defende Merkel⁶⁴ a opinião segundo a qual seria permitido interromper o tratamento de pessoas em coma profundo, quando faltar qualquer indício de seu prévio posicionamento. Pois não só haveria uma forte presunção de que o paciente

⁽⁶⁰⁾ Como a nota 2, III, § 2.º, p. 1.

⁽⁶¹⁾ Aqui e no que segue: FAZ (*Frankfurter Allgemeiner Zeitung*), de 14.09.1998, em repetição do declarado diante da *Revista Focus*.

⁽⁶²⁾ (N. do T.) Trata-se do partido político *Christlich-Soziale Union* – União Social-Cristã, com sede em Munique, de orientação mais conservadora.

⁽⁶³⁾ Estou citando uma reportagem da *Süddeutschen Zeitung* de 12/13.09.1998, p. 1.

⁽⁶⁴⁾ Merkel, ZStW 107 (1995), 545 *et seq.* (p. 573); quanto a isso, de modo diferenciado, Schöch, *Hirsch-FS*, p. 702 *et seq.*

estivesse de acordo,⁶⁵ como também é condizente com a nossa imagem de homem “não se ater a uma concepção exclusivamente biologista de proteção à vida, nem forçar através dos parágrafos do homicídio que seja mantido um corpo completa e irreversivelmente incapaz de sentir o que quer que seja, e cujo antigo sujeito pessoal já não mais existe”. Em sentido similar manifesta-se o jusfilósofo Hoerster:⁶⁶ “O lema superior deve ser não ‘na dúvida, pela defesa da vida’, mas ‘na dúvida contra o tratamento prolongador (da vida)’”. Deduz o autor tal máxima da consideração de que não é a interrupção do tratamento, mas a sua continuação no caso de um paciente incurável e incapaz de decidir que precisa de um consentimento presumido. Quando uma vontade presumida não puder ser descoberta, não se pode partir dela para decidir o que seja.

Ponderando-se as polêmicas opiniões uma em face da outra numa análise racional, ter-se-á de dar maior razão à segunda, simpática à interrupção do tratamento. Pois o paciente em coma profundo que estiver para sempre privado de consciência e sensações, uma vez mergulhado nesta condição, não possui mais interesses; pois estes pressupõem a possibilidade de uma escolha pessoal. É verdade que ele poderia, enquanto ainda estivesse consciente, ter tido algum interesse em ser mantido vivo tanto tempo quanto possível no caso de um coma profundo irreversível. Mas é difícil fundamentar este interesse de modo convincente, pois uma existência estritamente biológica, sem consciência ou sensação, não pode ter utilidade ou sentido algum para a pessoa adoentada.⁶⁷

Mas, apesar disso, parece-me que ambas as opiniões – principalmente a que defende a ilimitada proteção à vida – são determinadas por temores irracionais. Elas acabam provocando uma sobrecarga emocional do tema, que dificilmente permite uma discussão sóbria. Os opositores estritos da interrupção do tratamento vivem sob o medo incontrolável de que este possa ser interrompido por erro ou levandade, ou por causas abusivas, por ex., de índole econômica, antes que tenha desaparecido a última esperança de que o paciente recupere a sua consciência – e eles tendem a jamais perder esta esperança. E aqueles que pleiteiam pela interrupção em caso de dúvida padecem sob a idéia, para eles terrível e insuportável, de passar talvez anos como uma espécie de cadáver vivo, reduzido a um objeto da medicina de aparelhos.

O direito penal não pode ignorar a realidade social de tais temores; pois eles prejudicam o sentimento de determinar autonomamente a própria vida e morte, que deve ser salvaguardado pelo Estado de Direito. É por isso que a solução da jurisprudência me parece em princípio correta, apesar de necessitar de uma modificação explicativa. A jurisprudência, ao considerar decisivo o direito de autodeterminação e, por isso, a vontade presumida do doente, concede a todos a oportunidade de transformar, tanto quanto possível, a sua concepção pessoal de um tratamento condizente com a dignidade humana na linha mestra do tratamento

(65) Merkel baseia-se em questionários americanos de pacientes (como a nota 64, p. 559).

(66) Hoerster, como na nota 7, p. 87 *et seq.* (p. 90).

(67) Cf. Merkel, ZStW 107 (1995), p. 572.

médico, bastando para tanto uma disposição do paciente, formulada com clareza e renovada anualmente. Se o paciente deixou de fixar por escrito sua disposição, sua vontade presumida deverá ainda ser procurada através de outros indícios, cuja univocidade em princípio menor se torna menos problemática se lembrarmos que esta omissão em declarar a própria vontade de forma decidida, por si só, já representa um indício de que o paciente seja pouco interessado no problema. Se, em tais casos, a solução permanecer incerta, não se deve – e é neste ponto que discordo tanto do BGH como da contraposta opinião de Merkel e Hoerster – seguir o adágio *in dubio pro vita*, prolongando o tratamento *ad infinitum*, tampouco interrompê-lo sempre, de acordo com o *in dubio contra vitam*. Deve-se, isso sim, decidir em favor dos indícios mais fortes. No caso decidido pelo BGH, o procedimento aqui proposto chegaria a uma interrupção do tratamento. Pois os esforços empenhados por mais de dois anos, sem qualquer sucesso, a total ausência de possibilidade de melhora (lesões cerebrais “das mais graves”) e sua anterior manifestação no sentido de que não queria acabar assim – tudo isso parece indicar mais o desejo de que em tais situações o tratamento deva ser interrompido. A sentença afinal absolutória proferida pelo LG de Kempten⁶⁸ deve, portanto, ser acolhida em seu resultado, independentemente de que se pudessem encontrar outros indícios para a vontade presumida de morrer.

É também controvertido o problema de se, mesmo quando coberta pela vontade presumida do paciente, a interrupção do tratamento pode dar-se através da suspensão da alimentação artificial. Os críticos falam aqui de um “deixar morrer de fome”, que, ao contrário da suspensão de outros tratamentos, é por eles considerada inaceitável. O BGH e o OLG de Frankfurt não acataram esta limitação, e com acerto. Pois tanto a administração de medicamentos, a oxigenação e a alimentação são formas de prolongamento da vida, de igual maneira necessárias e “artificiais”. Não há razão convincente que justifique seu diverso tratamento jurídico. É óbvio que nos casos de subsistir a sensibilidade à dor, deva ser escolhida uma forma de suspensão do tratamento não dolorosa e que seja a menos danosa possível. Mas isso ocorre em todas as hipóteses de interrupção do tratamento; assim, por ex., se devem ministrar continuamente líquidos para evitar um doloroso ressecamento do paciente.

5. A eutanásia ativa

Corresponde à opinião francamente dominante, ainda que não incontroversa, nem de *lege lata*, nem de *lege ferenda* (veja-se abaixo, 5.2), de que a eutanásia ativa, entendida como a morte dada a alguém que está a morrer ou gravemente doente, é proibida e punível segundo o direito vigente. Isto é deduzido do § 216 do StGB, que considera punível – se bem que atenuadamente – o homicídio a pedido da vítima. Ainda assim, deve-se deixar de antemão claro que este princí-

⁽⁶⁸⁾ Cf. acima, nota 55.

pio só vale com três restrições, das quais duas já foram discutidas. A primeira delas é a permissão da eutanásia indireta (acima, item 3), a qual consiste em um homicídio comissivo praticado durante a terapia anestésica. A segunda é a interrupção técnica do tratamento, quando este pressupõe alguns comportamentos comissivos (acima, 4.1.3), ou quando o fato global deve ser considerado uma omissão. A terceira e mais importante das restrições está em ser a eutanásia ativa sempre impunível, quando ela representar um auxílio a suicídio. Esta hipótese necessita de um exame mais detalhado.

5.1 A impunidade do auxílio a suicídio

De acordo com o direito alemão – contrariamente ao estabelecido em vários outros ordenamentos jurídicos –⁶⁹ não é punível o auxílio a suicídio. Todo auxílio pressupõe um fato principal antijurídico de um autor. Já que o suicídio não se compreende no tipo dos crimes de homicídio, os quais pressupõem a morte de uma outra pessoa,⁷⁰ também não há auxílio para este delito inexistente. Quem, através da entrega de veneno ou de uma pistola, possibilita a um homem gravemente adoentado que dê termo à própria vida, não responde penalmente. O caso mais claro da jurisprudência é o do médico Hacketal, que em 1984 entregou veneno (cianeto de potássio) a uma mulher “em estado gravíssimo”, padecedora de um câncer facial incurável que já lhe havia atingido o cérebro. A paciente bebeu este veneno misturado à água, adormecendo pouco depois, de modo suave e sem agonia. A denúncia feita pelo Ministério Público, a título de homicídio a pedido da vítima (§ 216 do StG), foi indeferida tanto pelo LG de Traunstein como pelo OLG de Munique.⁷¹

Ainda assim, a distinção entre a participação em suicídio, impunível, e o punível homicídio traz à tona várias controvérsias, das quais somente as três mais importantes serão rapidamente tratadas.⁷²

⁽⁶⁹⁾ (N. do T.) É quase despiciendo lembrar que o Código Penal brasileiro, ao contrário do alemão, pune a participação em suicídio (art. 122). Parece-me, contudo, que muitas das considerações tecidas por Roxin continuam importantes mesmo em face de nosso direito, eis que vários dos problemas abordados – com destaque para distinção entre a participação em suicídio e a autoria de um homicídio – igualmente se colocam entre nós.

⁽⁷⁰⁾ Na literatura, isto só é questionado por vozes isoladas, sob quase total repúdio. Mais detalhes a respeito em Roxin, *Dreher-FS*, p. 331 *et seq.*

⁽⁷¹⁾ Cf., quanto a isso, o julgado do OLG de Munique – que merece ser lido – NJW 1987, 2940, e foi influenciado de modo decisivo por um estudo de Herzberg, NJW 1986, p. 1.635 *et seq.*

⁽⁷²⁾ Uma exposição mais detalhada encontra-se em Roxin, NStZ 1987, p. 345 *et seq.*; o mesmo, em Pohlmeier(ed.), *Selbstmordverhütung* (Prevenção ao suicídio), p. 85 *et seq.*; o mesmo, em *140 Jahre Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, p. 177 *et seq.*

5.1.1 A limitação da impunidade à hipótese do suicídio responsável

É incontroverso, desde já, que só há isenção de pena para o homem de trás no caso de suicídios “responsáveis”. Quem auxilia um psicótico, que pela sua doença já corre o risco de suicidar-se, deve ser sempre punido como autor de um homicídio (§ 212 do StGB) ou, em certos casos, mesmo de assassinato (§ 211 do StGB).⁷³

É controvertido, porém, sob que pressupostos ainda se pode falar de um suicídio responsável.⁷⁴ Enquanto uma corrente recorre às regras jurídico-penais da imputabilidade, outra prefere valer-se dos princípios que orientam a eficácia do consentimento ou de um pedido sério,⁷⁵ no sentido do § 216 do StGB. Ela considera irresponsável o suicídio, quando for cometido de modo apressado, irrefletido ou em consequência de um humor momentâneo. Esta solução leva a uma punibilidade muito extensa do partícipe.

Sempre defendi a opinião mais estrita, que faz uso das regras da imputabilidade, pois o recurso ao juízo e à prudência do suicida leva à insegurança jurídica, que é especialmente insuportável neste âmbito-limite entre punibilidade do homicídio e total isenção de pena. Ainda assim, a importância da controvérsia para nosso tema, que trata da contribuição para o suicídio de pessoas gravemente doentes e decididas a morrer, é bastante reduzida. Pois quando uma tal pessoa deseja morrer, não age ela em estado de imputabilidade, mas dispondo de um total juízo da situação, e tendo feito uma ponderação cuidadosa de todas as circunstâncias decisivas. Pelo menos, isso será a regra. No caso Hacketal, por ex., o caráter responsável do suicídio estaria fora de dúvida em face de qualquer das teorias a respeito.

5.1.2 A delimitação entre a participação em suicídio e o homicídio a pedido da vítima

Não é pacífica, igualmente, a delimitação entre participação em suicídio e homicídio a pedido da vítima. De acordo com a opinião preponderante, o que interessa é quem possui o domínio sobre o último e irrevogável ato que leve à morte. Se o possuir o suicida, a contribuição de um estranho somente poderá constituir uma participação impune; se, pelo contrário, pertencer o domínio ao estranho, trata-se de um homicídio a pedido da vítima, punível. Será portanto impunível aquele que prepara o veneno ou carrega o revólver, com o qual a vítima dá cabo da própria vida. Mas, por outro lado, será punível a título do § 216

⁽⁷³⁾ (N. do T.) Veja-se a nota 4.

⁽⁷⁴⁾ Quanto a isto, aprofundadamente, Roxin, *140 Jahre Goldammer's Archiv für Strafrecht*, p. 178 et seq.

⁽⁷⁵⁾ (N. do T.) O “pedido sério” é uma elementar do tipo do homicídio a pedido da vítima. Para o texto, veja-se a nota 5.

aquele que matar a pessoa gravemente adoentada e desejosa de morrer a pedidos desta, através de uma injeção ou de um tiro de revólver.

São frequentes as dúvidas a respeito de ser esta distinção sensata e possível na prática. Isto deve ser afirmado em princípio, apesar de existirem – como em toda parte no direito – casos-limite, que podem apresentar algumas dificuldades.⁷⁶ A justificação material deste critério assenta sobre a consideração de que, aos olhos do legislador, a autonomia do ato suicida contra possíveis influências externas só estará assegurada se o desejoso de morrer cometer o suicídio de modo personalíssimo, isto é, mantendo o “domínio sobre o momento provocador da morte” em suas mãos. Quem se mata com as próprias mãos, ultrapassou a decisão final, e deve responder pela sua própria morte. Já quem se deixa matar, delega a outrem a decisão irrevogável, a qual ele talvez não seria capaz de executar por si próprio. Nestas hipóteses, é o estranho que possui a responsabilidade final pela morte da vítima, fazendo-se portanto punível segundo o § 216 do StGB.

Surge um problema especial nos casos em que os atos do suicida e os do estranho se seguem temporalmente. Um exemplo, para tanto, oferece o caso scophedal, decidido pelo BGH.⁷⁷ Um médico idoso e doente, há um tempo já de cama, tomou, de modo plenamente responsável, a decisão de matar-se através de uma injeção de scophedal⁷⁸ (um narcoanalgésico). Já que temia não ter forças para tanto, dirigiu-se ele a seu sobrinho, pedindo-lhe que o ajudasse, se necessário. Alguns dias depois, deu o médico início à execução de seu plano, adormecendo imediatamente. O sobrinho, temendo que a tentativa de suicídio talvez falhasse, deu ao tio mais uma injeção. Este morreu uma hora depois. Talvez o médico tivesse morrido já em decorrência da injeção por ele mesmo aplicada. Mas a única coisa que se podia determinar com segurança era que, sem a intervenção do sobrinho, o médico teria vivido ao menos uma hora a mais.

Com a concordância da doutrina dominante, condenou o BGH o sobrinho por homicídio a pedido da vítima. Em apoio deste ponto de vista argumenta-se que o sobrinho, através de uma ação de homicídio intencional, comissiva, e que já não estava instrumentalizada pela atividade do médico, lhe diminuiu a vida em ao menos uma hora, e, segundo as regras da causalidade e da imputação, qualquer diminuição da vida, por menor que seja, já constitui uma ação de homicídio. Entretanto, parece-me mais acertado considerar, numa apreciação do fato global, que existe somente uma participação em suicídio, impunível. Pois o médico já havia, de mão própria, determinado a própria morte de forma irreversível, de modo que a posterior ajuda do sobrinho não passa de um auxílio causador de pequenas modificações no desenrolar do acontecimento.

(76) Um enfrentamento de tais difíceis casos-limite encontra-se em Roxin, *140 Jahre Goldammer's Archiv für Strafrecht*, p. 183-186.

(77) NStZ 1987, p. 365, com estudo de Roxin, NStZ 1987, p. 345.

(78) (N. do T.) Trata-se de um narcoanalgésico, mais ou menos equivalente ao nosso seconal.

5.1.3 Punibilidade pela omissão em salvar o suicida?

Por fim, a isenção de pena da participação em suicídio acaba sendo restringida pela jurisprudência, eis que ela castiga o estranho que não salva o suicida incapaz de agir, deixando de o conduzir a um hospital ou de praticar outras ações idôneas. Se existente a posição de garantidor, responde ele pelo delito de homicídio por omissão, nos demais casos pela omissão de socorro (§ 323c do StGB).⁷⁹ Já se aludiu a esta jurisprudência na análise da eutanásia passiva, a propósito do caso Wittig (acima, 4.1.2); ela não deve ser aceita, pelos motivos ali apontados. Além disso, através do recurso à construção do delito omissivo, contraria ela a não punibilidade da participação em suicídio, que acaba sendo punida. Isto é também injusto, pois o que participa no suicídio poderá escapar sem problemas da punição, se o suicídio for cometido de tal maneira que seja impossível um posterior salvamento. Assim é que, por ex., Hacketal, no caso narrado (acima, 5.1), escolheu um meio que teria efeitos letais pouco tempo após sua ingestão, não deixando mais espaço para qualquer ajuda.

5.2 O homicídio a pedido da vítima

5.2.1 A opinião dominante: punibilidade irrestrita

Já o homicídio a pedido da vítima, enquanto consistir num ato comissivo que objetive um encurtamento da vida e que possua o domínio sobre o ato imediatamente provocador da morte, é de acordo com a doutrina dominante punível sob quaisquer circunstâncias. Ainda que o paciente sofra dores horríveis, esteja próximo da morte, e peça a injeção libertadora de modo fervoroso: quem a injetar, será sempre punido pelo crime do § 216 do StGB. Também os novos Princípios da Câmara Federal de Médicos dizem (I, § 2, frase 3): “Uma diminuição intencional da vida através de medidas que provoquem a morte ou que acelerem o seu processo não é permitida, mas punível”.

5.2.2 Restrições à punibilidade e propostas divergentes de lei à literatura

Esta solução não é, de modo algum, óbvia, e tampouco incontroversa. Assim é que o direito holandês, mediante determinadas cautelas processuais, autoriza uma eutanásia ativa,⁸⁰ e também na Alemanha há autores de renome a defender,

(79) (N. do T.) Veja-se a nota 14.

(80) Cf. Scholten, em Eser/Koch (eds.), *Materialien zur Sterbehilfe, Landesbericht Niederlande*, (Materiais sobre a eutanásia, Relatório nacional da Holanda), p. 451. Schreiber, *Behandlungsabbruch und Sterbehilfe* (Interrupção do tratamento e eutanásia), em Bottke, p. 129 *et seq.*, (p. 130).

ou já de *lege lata*, ou ao menos de *lege ferenda*, sob diversos pressupostos, que se isente de pena o homicídio a pedido da vítima. Desejo citar somente alguns exemplos mais destacados dos últimos anos.

Jakobs, em uma apresentação na Academia Bávara das Ciências (Bayerische Akademie der Wissenschaften),⁸¹ de 1998, defendeu que o tipo do § 216 do StGB seja interpretado restritivamente, de modo a só abranger homicídios irracionais. Se o desejo de morrer do interessado for, porém, racional, neste caso seu direito à autodeterminação deve ser respeitado exatamente como na eutanásia indireta ou passiva.⁸² No caso scophedal, acima narrado (5.1.2), chega ele, em consonância comigo e contra a opinião dominante, também a uma absolvição do sobrinho, mas sua tese é por ele acertadamente considerada ao mesmo tempo mais radical e mais comedida.⁸³ “Ela é mais radical, pois basta um pedido feito com base em tal motivo para que se exclua por vez o tipo do homicídio a pedido da vítima; o sobrinho não deveria ser punido, ainda que tivesse injetado no tio já a primeira dose de veneno. E é mais comedida, pois ela exige que o desejo de morrer seja objetivamente fundado. Se o tio tivesse agido por causa de uma preocupação amorosa, dever-se-ia punir o sobrinho pelo homicídio a pedido da vítima, caso o fato se desdobrasse conforme o exposto.”

Outros autores, como Herzberg⁸⁴ e Merkel,⁸⁵ consideram preenchido o tipo do § 216 no caso de uma morte direta a pedido do paciente que padece de graves sofrimentos, mas querem aplicar, se for o caso, o estado de necessidade justificante (§ 34 do StGB).⁸⁶ Ou seja, eles ampliam o modelo da eutanásia indireta fazendo-o também abranger a eutanásia direta ativa e vêem no uso desta, sem que haja terapia contra a dor, uma forma de eliminação do sofrimento. Herzberg procede de modo cauteloso, pois ele justifica através do § 34 do StGB principalmente os casos que, segundo a opinião dominante, são considerados como auxílio ao suicídio. No caso da injeção mortífera requerida pela vítima, hesita ele diante de uma total não aplicação do § 34, e acaba por evitar, ao fim, “uma tomada de posição neste árduo problema”.⁸⁷ Merkel vai além, declarando de forma genérica:⁸⁸ “também o homicídio a pedido da vítima praticado comissiva e propositadamente deve ser justificado segundo o § 34, se o interesse (manifesto) da pessoa no término de sua dor superar, de modo unívoco, o seu interesse em permanecer viva...”. Mas nas ponderações individuais prefere ele não se comprometer.

(81) Jakobs, *Tötung auf verlangen, euthanasie und strafrechtssystem* (Homicídio a pedido da vítima, eutanásia e sistema jurídico-penal), p. 25.

(82) Como a nota 81, p. 29 *et seq.*

(83) Como a nota 81, p. 31.

(84) Herzberg, NJW 1986, p. 1.635 *et seq.* (p. 1.638 *et seq.*).

(85) Merkel, em Hegselmann/Merkel (eds.), *Zur Debatte über Euthanasie* (Sobre o debate da eutanásia), p. 71 *et seq.*

(86) (N. do T.) Veja-se a nota 18.

(87) Herzberg, NJW 1986, p. 1.640.

(88) Merkel, agora e no que segue como a nota 76, p. 71 *et seq.*

ter, frisando: “Os exatos critérios de uma tal ponderação são certamente difíceis, e será improvável chegar a eles sem uma diferenciada casuística”.

Hoerster,⁸⁹ por outro lado, propõe um novo § 216a:

“(1) O médico que matar alguém que esteja a sofrer de modo grave e incurável não age ilicitamente, se o atingido desejar expressamente a ação homicida, em virtude de livre e madura reflexão, ocorrida esta num tal estado em que seja ele capaz de escolher e esteja esclarecido de sua situação, ou se, no caso de não estar ele em condições de proceder a tal reflexão, for justificado supor que ele desejaria a ação homicida em virtude de tal reflexão.

(2) A existência dos pressupostos previstos no parágrafo 1 só exclui a ilicitude, se tanto o médico que cometer a ação homicida quanto um outro a documentarem por escrito.”

Numa linha parecida parece situar-se o proposto pelo teólogo Hans Küng,⁹⁰ o qual, dispensando fazer uma explícita proposta legislativa, pensa que “é em primeira linha tarefa dos médicos e dos juristas construir as concretas diretivas para a superação da manifesta insegurança jurídica”.

5.2.3 Posicionamento

De que maneira se poderá tomar posição a respeito disso? As propostas acima apresentadas não possuem, na Alemanha de hoje, chances concretas de serem reconhecidas, pois médicos, juristas e teólogos, e também associações influentes, como a Deutsche Hospizstiftung,⁹¹ consideram a eutanásia ativa simplesmente indiscutível. O dever de curar do médico, o tabu do homicídio, medos difusos de que se vá longe demais e a lembrança do chamado programa de eutanásia, da época nazista – que, por sinal, se referia a fatos completamente distintos⁹² – constituem barreiras muito fortes a que se dê tal passo.

Mas ainda que se relativize, com bons argumentos, a importância de tais barreiras, sublinhando-se o interesse humano no fim de um sofrimento interminável, ainda assim me parecem ter mais peso as reservas contra uma ampla permissão da eutanásia ativa.⁹³ Pois se quiséssemos, como propõem os referidos autores, fazer a solução já de *lege lata* depender da racionalidade do desejo de morrer ou de uma ponderação de interesses, acabaríamos criando uma insegurança jurídica insuportável para qualquer paciente ou médico. A circunstância de

(89) Hoerster, como a nota 7, p. 169 *et seq.*

(90) Küng, como a nota 8, p. 65 *et seq.*

(91) (N. do T.) Esta fundação já foi referida acima: 4.3.2.2.

(92) Veja-se abaixo, G.

(93) Também a Reunião Parlamentar do Conselho da Europa em Estrasburgo se pronunciou, em junho de 1999, contra uma legalização da eutanásia ativa (ao mesmo tempo em que reconheceu a eutanásia indireta); compare-se *FAZ*, de 26.06.1999.

que nem mesmo os defensores destas regras conseguem trazer soluções concretas já o demonstra suficientemente. Também a ambigüidade de critérios como “racionalidade” e “interesse” constitui uma porta aberta para tendências criticáveis, porta essa que seria melhor não abrir.

Uma regulamentação legislativa, como a proposta por Hoerster, que exige uma fundamentação documentada e a presença de um segundo médico, é menos vulnerável a tais críticas. Mas será realmente necessário dar um tal passo, que transformaria o médico, o qual até então só possui o dever de curar e atenuar as dores alheias, num executor de mortes quase oficiais, modificando a imagem de sua carreira de modo tão drástico?

Os opositores da eutanásia ativa apontam para o fato de que, segundo relatam os próprios médicos, os pacientes só em casos raros pedem a própria morte, e que podem ser reduzidos ainda mais tais desejos de morrer se, através de um acompanhamento humano e compreensivo da morte e de um eficaz tratamento das dores, forem eliminados os motivos (abandono e sofrimentos insuportáveis) que levam a este pedido.⁹⁴

Não se pode negar que uma combinação entre o acompanhamento cuidadoso da morte e uma eficaz anestesia consista, em face do homicídio a pedido da vítima, no melhor caminho para tratamento de doentes que estão para morrer.⁹⁵ Não seria errado temer que uma (limitada) permissão do homicídio a pedido da vítima pudesse inclusive ser um obstáculo para o desenvolvimento dos tratamentos anestésicos, que na Alemanha já são atrasados, bem como do acompanhamento intensivo da morte, que é bastante dificultoso do ponto de vista humano; afinal, sempre haveria um caminho aparentemente mais fácil. Esta não seria uma solução humana.

Por outro lado, ainda hoje não é possível dominar de modo suficiente todos os estados de sofrimento;⁹⁶ e a existência real de casos em que há um pedido urgente e compreensivo de morrer é suficientemente demonstrada pelos exemplos da jurisprudência. Porém, devemos refletir que, segundo o direito alemão – diferentemente a quase todas as ordens jurídicas estrangeiras – a participação em suicídio sempre foi impunível. O procedimento levado a cabo por Hacketal (veja-se acima, 5.1) continua possível já em face do direito positivo, como último caminho, quando todos os meios empregados no sentido de tornar supérfluo o urgente desejo de morrer falharem. Se, num tal caso, o que deseja morrer esvaziar ele mesmo o copo, cujo conteúdo lhe concede uma morte suave, ele deu o último passo sozinho. Isto me parece, ainda assim, mais suportável que um homicídio legalmente institucionalizado e processualmente regulado.

⁽⁹⁴⁾ Projeto Alternativo, como a nota 24, p. 34; mas também Hoerster, como a nota 7, p. 137 *et seq.*

⁽⁹⁵⁾ Neste sentido, o próprio Hoerster, como a nota 7, p. 148. Cf., quanto a tudo, também Schreiber, *Behandlungsabbruch und Sterbehilfe* (Interrupção do tratamento e eutanásia), em: Bottke, p. 129 *et seq.* (p. 141 *et seq.*).

⁽⁹⁶⁾ Quanto a isto, veja-se Hoerster, como a nota 7, p. 141 *et seq.*

Quando se leva isto em conta, sobram para a legítima eutanásia ativa somente alguns raros casos-limite, nos quais a pessoa, que está doente de morte, sofrendo de modo grave, e desejosa de morrer, não pode ser libertada de suas dores, e tampouco está em condições de pôr ela mesma um fim à sua vida. Isto pode ocorrer, quando se tratar de uma pessoa completamente parálitica, ameaçada por sufocações. Parece-me que o caso (acima, 4.1.4) decidido pelo LG de Ravensburg pertence a esta categoria. O marido que, neste caso, ajuda a mulher a morrer através do desligamento do aparelho de respiração também não mereceria ser apenado, ainda que tivesse se utilizado não de uma interrupção técnica do tratamento, mas do homicídio direto.

O exemplo igualmente demonstra que tais situações-limite não envolvem somente médicos. É bastante discutida a hipótese (talvez fictícia), na qual o motorista fica preso, de maneira que se torne impossível soltá-lo, num caminhão que está pegando fogo, e pede a outrem que o mate, para escapar à dolorosa morte pelo fogo. Tampouco aqui seria compreensível punir aquele que presta ajuda a título de homicídio a pedido da vítima.

Para situações sem saída similares, nas quais inexiste outro meio disponível, propôs o Projeto Alternativo⁹⁷ um § 216, § 2.º, com o seguinte teor:

“O tribunal pode, se presentes os pressupostos do § 1.º (isto é, no homicídio a pedido da vítima, acréscimo do Autor), isentar o agente de pena, se o homicídio serve para dar fim a uma condição de sofrimento não mais suportável pelo atingido, que não possa ser eliminada ou atenuada por outros meios.”

O Deutsche Juristentag aderiu, em 1986, a esta proposta.⁹⁸ Ele aceitou, como possibilidade última, a isenção da pena para o homicídio a pedido da vítima, deixando ao mesmo tempo claro que devem ter sido esgotados todos os outros meios para ajudar o mortalmente doente. Pelas razões expostas, penso que se deve preferir esta solução a uma ampla isenção para o homicídio a pedido da vítima. Em tais casos pode igualmente ocorrer uma exclusão da responsabilidade tendo em vista a decisão de consciência do autor.⁹⁹

6. A eutanásia precoce

Um problema específico ainda pouco esclarecido refere-se a deixar morrer recém-nascidos gravemente deformados.¹⁰⁰ Não se trata de um caso au-

(97) Como a nota 24, p. 34.

(98) Cf. NJW 1986, p. 3.065, p. 3.073.

(99) Roxin, AT I³, § 22, Rn. 118; mais detalhes sobre o ato de consciência e também sobre esta constelação em Roxin, *Maihofer-FS*, p. 389 *et seq.* Se deve haver justificação do agente, é algo que necessita maiores discussões.

(100) Na literatura antiga, são especialmente importantes os trabalhos de Arthur Kaufmann, JZ 1982, p. 481 *et seq.*, e Hanack, MdR 1985, p. 33 *et seq.* O primeiro trabalho monográfico abrangente a respeito do assunto nos traz Merkel, “Früheuthanasie” (Eutanásia precoce), 1999.

têntico de eutanásia individual, pois a criança recém-nascida não possui vontade, e igualmente não é possível encontrar uma vontade presumida. A única possibilidade de permitir a interrupção do tratamento será através do estado de necessidade justificante, naquelas hipóteses em que o recém-nascido gravemente lesado jamais adquirirá consciência,¹⁰¹ ou quando, segundo uma apreciação objetiva, as dores e aleijões aos quais tal pessoa está submetida superarem claramente seu interesse em viver. Uma tal medida possui a vantagem de manter objetivos eugênicos longe desta esfera.¹⁰² Ao invés de tais fins deve-se procurar, isso sim, a solução que, segundo nossa ciência e consciência, melhor corresponda ao interesse do recém-nascido. Nesta ponderação igualmente deve ser levada em conta a atitude dos pais. Além disso, deve-se estar esclarecido a respeito de que uma decisão favorável à manutenção da vida do recém-nascido somente será possível, na medida em que a coletividade estiver preparada para suportar os gravames que daí derivam, possibilitando aos pais da criança uma vida que não se despedace.¹⁰³

As declarações concretas formuladas nos novos Princípios da Câmara Federal de Médicos parecem-me ser conciliáveis com o aqui exposto. Lá se diz (II, § 2): “No caso de recém-nascidos com gravíssimas deformidades ou graves defeitos de metabolismo, inexistindo qualquer perspectiva de cura ou melhora, é permitido, após suficiente diagnose e com o acordo dos pais, omitir ou interromper o tratamento prolongador da vida, que substitui a função vital inoperante ou insuficiente. O mesmo vale para crianças extremamente imaturas, cuja morte é inevitável, e para recém-nascidos que tenham sofrido graves lesões no cérebro. Uma lesão menos grave não é motivo suficiente para a suspensão ou a interrupção de medidas prolongadoras da vida, nem mesmo na hipótese de os pais assim desejarem”.

7. A “eliminação de vidas indignas de viver”

A assim chamada eliminação de vidas indignas de viver está completamente fora de qualquer forma considerável de eutanásia. Trata-se, aqui, de matar, no interesse da coletividade, pessoas capazes e com vontade de viver, mas que sofrem de doenças mentais incuráveis. A discussão a respeito foi impulsionada pelo inglório e até hoje conhecido escrito de Binding/Hoche, do ano de 1920: “A permissão da eliminação das vidas indignas de viver”. Estas propostas, até 1933, encontraram preponderante repúdio, e foram retomadas posteriormente pelos nacional-socialistas. Uma permissão legal para tais homicídios, porém, não sur-

(101) É esta circunstância que importa para o Projeto Alternativo, § 214, I, § 2.º (como a nota 24, p. 13, com motivos à p. 20).

(102) Veja-se, porém, SCH/SCH-Eser, vor § 211, Rn. 32a: “Deve ficar claro que numa tal ‘eutanásia precoce’ não se trata mais de eutanásia individual, mas de eugenia no interesse da sociedade”.

(103) Veja-se, quanto a isto, SCH/SCH-Eser, vor § 211, Rn. 32a.

giu nem mesmo no intervalo entre 1933-1945. O chamado programa de eutanásia do Estado nacional-socialista, que na prática foi além de tudo que já fora proposto por qualquer autor, reportava-se a um decreto confidencial de Hitler, datado de 1.º de setembro de 1939. Tal programa teve de ser interrompido já em agosto de 1941, por causa da inquietude e protestos do povo, que tomara conhecimento de uma tal prática.

Segundo o direito vigente, uma lei que tivesse por finalidade autorizar tais homicídios seria inconstitucional e nula, por violar a garantia à vida do art. 2.º, § 2.º, GG, e não é, obviamente, sugerida em lugar algum.

8. Conclusão

O panorama exposto possivelmente demonstrou em que terreno extraordinariamente complicado e controverso nos movemos ao falar da apreciação jurídico-penal da eutanásia. Uma “regulamentação satisfatória”, que é o que nós, juristas, noutras esferas temos como meta, e às vezes inclusive alcançamos, aqui não é possível; pois a morte dolorosa de uma pessoa sempre permanece horrorosa. Mas é possível, mesmo 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. Isto foi o que tentei demonstrar, e como resultado viu-se que a maior parte das soluções aqui propostas já pode ser alcançada através de uma interpretação do direito vigente. Mas o leitor também terá percebido que a teia de constelações e regras é intrincada, em parte controversa, e de difícil conhecimento, inclusive para o especialista. Uma regulamentação legislativa da matéria, tal como a proposta no Projeto Alternativo – hoje, porém, bastante passível de correções – poderia trazer maior clareza e segurança jurídica.