

A Proteção da vida humana através do direito penal^{* **}

Claus Roxin

I. Introdução

O tema “proteção da vida no Direito Penal” apresenta ao menos cinco aspectos, que exigem uma exposição autônoma. Mencionarei os problemas correlacionados já agora, sob a forma de perguntas:

1. O embrião é objeto de tutela penal já antes da nidação, isto é, de sua implantação no útero? Aqui se trata de perguntas que, na Alemanha, analisamos sob o aspecto da “proteção ao embrião”.

2. Em que medida o embrião que se encontra no corpo materno, isto é, desde a nidação até o nascimento, é protegido pelo Direito Penal? Esta segunda pergunta diz respeito à regulamentação penal do aborto.

3. Em que momento nasce o homem? A determinação tão precisa quanto possível do instante do nascimento tem importância, porque só a partir deste momento a vida humana passa a ser protegida pelos tipos do homicídio.

4. Que formas de eutanásia são permitidas? Utilizo neste contexto o conceito de eutanásia de maneira que ele abranja todas as formas de encurtamento da fase final da vida humana a pedido do falecido.

5. A partir de que instante ocorre a morte? Também esta é uma pergunta de especial relevância jurídico-penal. Pois com a morte termina a proteção à vida, e só então se abre a possibilidade do transplante de órgãos, que alcançou tamanha importância para a medicina moderna.

Só em um estudo extenso ou um livro é que se poderia examinar cada qual dos cinco aspectos da proteção à vida por mim mencionados em detalhe. Eu, pelo contrário, possuo unicamente dez minutos para cada apartado de meu tema, de maneira que peço compreensão para o fato de que não possa fazer mais do que fornecer um panorama introdutório a respeito de problemas centrais e algumas idéias.

II. A proteção ao embrião

Sabe-se já ser há muito possível produzir embriões extra-corporalmente. Tais embriões são utilizados para satisfazer os desejos de casais que, de outra maneira, não poderiam ter descendentes. Não se questiona a legitimidade de um tal procedimento.

Afinal, o embrião não é lesionado, mas conduzido a seu destino natural, uma vez que, após a sua implantação no corpo da mãe, o embrião se desenvolve naturalmente até tornar-se um homem.

Contudo, hoje em dia na Alemanha se discute calorosamente, não só entre os especialistas, mas também no parlamento, na imprensa e na população, a pergunta quanto se deve ser permitido que se matem embriões extra-corporalmente produzidos, sob determinadas circunstâncias^[1]. Trata-se, sobretudo, de dois problemas: deve ser permitido que embriões, antes da implantação, sejam submetidos a exames no intuito de detectar falhas genéticas, e sejam destruídos se neste assim chamado diagnóstico de pré-implantação se revelar que a criança esperada apresentaria severos defeitos genéticos? E deve-se autorizar que embriões sejam produzidos e utilizados para fins de pesquisa, por existir a esperança fundada de que, através de células tronco embrionárias, se possa algum dia curar doenças graves como alzheimer, epilepsia, esclerose múltipla etc.?

Na Alemanha, a Lei de Proteção ao Embrião, de Dezembro de 1990, proíbe ambas as práticas, mas outros países, como a Dinamarca, a Grã-Bretanha e a França permitem o diagnóstico de pré-implantação, e a utilização de embriões para a pesquisa é autorizada, por ex., na Inglaterra.

Neste caso, como se deve decidir? É inquestionável que, com a união do óvulo e do espermatozóide, surge uma forma de vida que já carrega em si todas as disposições para tornar-se um homem futuro. Daí deduzo que um tal embrião tem de participar, em até certo grau, na proteção e na dignidade do homem já nascido. Isto exclui que embriões possam ser produzidos já de antemão para fins exclusivamente de pesquisa, ou seja, como material consumível. Na realidade, isto significaria negar ao embrião a característica de ser um fim em si mesmo, que compõe o núcleo da dignidade da vida humana, tratando-o como um simples objeto^[2]. Uma vez que se admita tal ponto de vista, tampouco se poderá autorizar a importação de células tronco embrionárias do exterior para utilizá-las em pesquisa, o que é proposto por um setor influente na Alemanha. Afinal, desta forma retira-se todo e qualquer valor próprio ao embrião, pouco importando se ele é produzido na Alemanha ou no exterior.

Por outro lado, parece-me igualmente inquestionável que o embrião seja somente uma forma prévia, ainda muito pouco desenvolvida, do homem, que não pode gozar da mesma proteção que o homem nascido – ainda mais enquanto o embrião se encontrar fora do corpo da mãe. Uma corrente fundamentalista relativamente grande na Alemanha e também, por ex., na Ásia oriental, nega esta posição, numa postura que, contudo, não é sustentável, face aos demais limites admitidos à proteção à vida. O impedimento intencional da nidação, através de pílulas ou espirais, é impune segundo o Direito Alemão (§ 218, I, 2 StGB), de modo que, antes da implantação no útero o embrião carece de qualquer tutela. Face ao Código Penal brasileiro, que não toma posição expressa a respeito do momento inicial da proteção penal, é igualmente possível sustentar este posicionamento, o que é mesmo feito por um setor aparentemente minoritário da doutrina^[3]. E mesmo depois da implantação, o Direito Alemão autoriza o aborto em medida relativamente extensa, o que ainda será explicado.

Tais regras são fundadas em um consenso social que abrange todos os partidos políticos, e nossa Corte Constitucional as considerou em harmonia com a proteção à vida e à dignidade humana. Se partirmos deste pressuposto – e não há outro ponto de partida possível numa democracia – temos de chegar à conclusão de que, por um lado, a vida do embrião não é disponível por qualquer motivo, mas, de que, por outro lado, ela se mostra passível de uma ponderação com outros valores jurídicos de alta hierarquia.

Daí deduzo, primeiramente, a exigência de que uma diagnose pré-implantação deveria ser permitida. O Direito Alemão, contrariamente ao brasileiro, permite o aborto de fetos que apresentem severas lesões hereditárias (§ 218 a I, II, StGB). Leva ele em conta a sobrecarga anímica e física que uma criança deficiente pode representar para a mãe, renunciando a exigir da vítima um tal sacrifício através do Direito Penal. E creio isto correto. Por um lado, aquela que se decide a dar à luz e criar uma criança que sofra de severa deficiência realiza um elevado valor ético, merecendo admiração. Mas isto deve ocorrer voluntária, e não coativamente. O Direito não pode exigir o heroísmo e tem de se contentar com o “mínimo ético”. Se isto estiver certo, tem de ser igualmente permitido deixar de implantar um embrião com severas lesões hereditárias. Afinal, seria insensato que se tivesse de implantar na mãe um embrião que depois vem a ser abortado, o que só acarretaria encargos desnecessários para ela.

Também me inclino pela opinião de que, por um lado, não se permita produzir embriões para meros fins de pesquisa, mas de que, por outro, não se deva excluir a possibilidade de pesquisa sobre embriões, nos casos em que eles fossem, originariamente, destinados à finalidade de produzir legalmente a gravidez, não podendo mais ser utilizados para tanto, seja pelo excessivo número, seja porque não se chegue afinal à implantação, por qualquer motivo. Antes que tais embriões sejam destruídos, parece-me jurídica e também eticamente razoável torná-los úteis para a pesquisa. Isto decorre de uma simples ponderação: enquanto um embrião destruído não cria qualquer valor positivo, um embrião que não possa mais ser salvo, e que seja sacrificado para fins de pesquisa pode contribuir consideravelmente para a futura cura de doenças graves, como nos asseguram os especialistas. Quem renuncia a esta possibilidade, não serve a vida, mas a lesiona.

Neste meio tempo, a Câmara dos Deputados alemã tomou, em 30 de janeiro de 2002, posição a respeito da importação de células tronco embrionárias para fins de pesquisa. Este posicionamento deve tornar-se lei ainda no primeiro semestre de 2002. Decidiu-se autorizar, sob pressupostos bastante restritivos, a importação de células tronco embrionárias para fins de pesquisa, desde que estas já existissem, no exterior, antes de uma certa data final – provavelmente 30 de janeiro de 2002. “Para a obtenção de células tronco de um embrião, deve estar presente a concordância dos pais. O embrião pode unicamente ser um daqueles que tenham sido criados com o fim de possibilitar à gravidez, não tendo sido implantados por razões a ele exteriores. A concordância dos pais deve ser manifestada excluindo-se qualquer ajuda financeira”. Em virtude de seus pressupostos restritivos, que considero dificilmente verificáveis, essa regulamentação se mostra ainda mais severa que a por mim proposta, mas, por ainda assim possibilitar a pesquisa em embriões “excessivos”, caminha no mesmo sentido. Uma decisão legal definitiva a respeito do diagnóstico de pré-implantação deve igualmente seguir-se, sem que isso tenha ainda ocorrido.

III. A proteção da vida humana durante a gravidez

A proteção da vida em formação após a implantação do embrião no corpo da mãe é tratada de modo bastante diverso em diferentes culturas, e mesmo dentro da maioria dos países é uma questão bastante controversa, por motivo de diversas visões de mundo. As soluções extremas – no sentido de que se trate o embrião que se desenvolve no corpo da mãe como um homem já nascido, protegendo-o através dos tipos de homicídio, ou no sentido de que se autorize por completo o aborto até o instante

do nascimento – já mal são sustentadas ou praticadas internacionalmente. Elas deveriam ser recusadas também pelos motivos que já mencionei ao tratar da proteção ao embrião: se a vida daquele que nasceu é o valor mais elevado do ordenamento jurídico, não se pode negar à vida em formação qualquer proteção; não se pode, contudo, igualá-la por completo ao homem nascido, uma vez que o embrião se encontra somente a caminho de se tornar um homem, e que a simbiose com o corpo da mãe pode fazer surgir colisões de interesse que terão de ser resolvidas através de ponderações.

A maioria dos ordenamentos jurídicos modernos segue, portanto, um caminho intermediário e caminham entre dois modelos de solução, que chamarei, de modo simplificador, de “solução de indicações” e “solução de prazo”^[4]. Segundo a solução de indicações, o aborto é, em princípio, punível. Ele é, contudo, justificado e impunível, se ele for realizado por um médico, a desejo da gestante, e se estiver presente determinada indicação (por ex., graves perigos para a saúde física ou anímica da mãe, gravidez decorrente de delito sexual, situação social gravosa, ou idade demasiado jovem da mãe). Segundo a solução de prazo, pode-se, dentro de determinado prazo – em geral, três meses – interromper a gravidez a desejo da mãe, sem que se mencionem motivos. Após o decurso deste prazo, somente uma indicação médica posteriormente surgida pode levar ao aborto.

A legislação alemã seguiu um caminho bastante tortuoso, tendo tentado, com maiorias alternantes, em parte uma solução de indicações, em parte uma solução de prazo^[5]. Graças ao Tribunal Constitucional, que declarou nulas diversas regras por violação do direito fundamental à proteção à vida, no outono de 1995 foi expedida, com vasta maioria, pelo parlamento a regulamentação até hoje vigente. Ela representa um compromisso entre a solução do prazo e a solução de indicações, e pode ser designada como “modelo de aconselhamento” (*Beratungsmodell*).

Segundo esta regulamentação, é impune o aborto realizado por médico, a pedido da gestante, nas primeiras doze semanas desde a concepção, se a gestante, pelo menos três dias antes da cirurgia, tiver se submetido à orientação da “repartição de aconselhamento em casos conflitos na gravidez” (§§ 218, I, 219, StGB). Como dispõe a lei, a orientação deve servir “à proteção da vida não nascida”. “Ela deve guiar-se no sentido de encorajar a gestante a prosseguir em sua gravidez e a lhe abrir perspectivas para uma vida com a criança; ela deve ajudá-la a tomar uma decisão responsável e consciente”.

É certo que a decisão final incumbe à mulher, de maneira que o aborto nos primeiros três meses permanece impune mesmo quando inexistente qualquer indicação específica. Neste aspecto, o modelo de aconselhamento fica mais próximo da solução de prazo. Ele se aproxima, por outro lado, da solução de indicações, uma vez que, em primeiro lugar, a orientação dada à mulher deve esclarecer-lhe, como diz a lei (§ 219, I, 3, StGB), que “a interrupção da gravidez só pode ser considerada em situações excepcionais”, e porque, em segundo lugar, um aborto sem indicações, ocorrido nos primeiros três meses, após a orientação, apesar de impune, permanece, seguindo uma exigência expressa do Tribunal Constitucional, antijurídico. Há justificação unicamente, até o fim da gravidez, se for o caso de uma indicação médico-social (§ 218a II StGB), e, além disso, nos primeiros doze meses, se a gravidez decorrer de um delito sexual (§ 218a III StGB).

Já o Direito brasileiro segue uma solução de indicações relativamente rígida, autorizando o aborto somente quando praticado por médico e não houver outro meio de salvar a vida da gestante (o assim chamado aborto necessário, art. 128, I, CP), ou se a

gravidez resultar de estupro, estando presente o consentimento da gestante (aborto sentimental, art. 128, II, CP)^[6].

Qual será a regulamentação correta? Pessoalmente, sempre defendi uma solução de indicações bastante generosa, e a considero ainda hoje preferível, em teoria, uma vez que ela deixa claro que o aborto pressupõe um caso de conflito e uma ponderação, na qual os interesses vitais da gestante prevalecem sobre os do embrião. A proteção à vida em formação fica desconsiderada de modo bastante unilateral, se a interrupção da gravidez nos primeiros três meses permanecer impune, mesmo que ausente qualquer motivo razoável, que ela decorre do puro arbítrio ou comodidade, de modo que o aconselhamento pareça uma mera formalidade. A insistência do Tribunal Constitucional alemão no sentido da antijuridicidade de um tal aborto pode melhorar a proteção à vida do embrião no mundo dos conceitos jurídicos, mas não na realidade social.

Por outro lado, não se pode negar à solução de aconselhamento do Direito Alemão uma certa sabedoria prática que, por fim, acaba por me reconciliar com ela. Pois a proteção mais rígida e adequada concedida ao embrião pela solução de indicações fica, de início, só no papel. Ela é ineficaz se uma mulher de qualquer maneira decidida a abortar vai a um charlatão e ali realiza a intervenção cirúrgica. A história prova que isso ocorre; e tais fatos podem ocorrer sem qualquer perigo, pois aquilo que é praticado em segredo, cujos participantes são passíveis de punição, dificilmente pode ser descoberto. Tais conseqüências são, porém, especialmente indesejadas, uma vez que elas acarretam para a gestante perigos que vão desde lesões à saúde até extorsões. Sob este aspecto, a solução de aconselhamento ao menos assegura um assessoramento médico competente, dando à mulher a possibilidade de pensar com calma a respeito da própria decisão.

A assim chamada proposta minoritária do Projeto Alternativo⁴, da qual fui co-autor em 1970, sugeria^[7] vincular uma solução de indicação com generosos auxílios financeiros, sociais e familiares, que deveriam solucionar os problemas e conflitos da gestante, fazendo desaparecer o desejo de abortar. Talvez este fosse ainda hoje o melhor modelo para proteger a vida em formação. Mas que Estado empenhará os meios financeiros e estruturais necessários para realizar um tal projeto?

IV. O instante do nascimento

O instante do nascimento tem grande importância jurídico-penal, pois só a partir daí começa a total proteção que o Direito Penal dispensa ao homem vivo. Este é protegido de modo eficaz contra o homicídio doloso, através das mais severas cominações penais, e também contra o homicídio culposo e lesões corporais dolosas e culposas. O embrião, por sua vez – ao menos no Direito alemão e no brasileiro – é protegido somente contra o homicídio doloso, através da incriminação do aborto, e, como vimos, de forma restrita. Matar culposamente um embrião (por ex., pela provocação desatenta de um aborto) é tão impune quanto lesioná-lo, ainda que as lesões se manifestem no homem posteriormente vivo como uma deficiência física.

O § 1 do Código Civil Alemão dispõe: “A capacidade jurídica do homem começa com a conclusão do nascimento”. Para o Direito Civil, o homem só surge com a dissociação completa do corpo da mãe. No Direito Brasileiro, apesar de o Código não fazer expressa menção à conclusão do nascimento, mas tão só ao “nascimento com

vida” (art. 4º, Código Civil brasileiro a doutrina esposa, ao que parece, opinião semelhante^[8]). Se o Direito Penal seguisse tal delimitação, ficariam impunes as lesões que alguém provocasse durante o processo do nascimento, por ex., através de erros do médicos ou da parteira. Nem mesmo a causação culposa de uma morte durante o nascimento poderia ser punida. Tais conseqüências seriam, é claro, político-criminalmente pouco desejáveis, e é por isso que a opinião unânime na Alemanha entende que há uma pessoa, em sentido jurídico-penal, já no início do nascimento.

Quando, porém, tem início o nascimento? A jurisprudência alemã recorre às dores do parto e distingue três estágios: “As dores prévias começam nas últimas semanas e dias da gravidez e duram até quase o início do nascimento. As dores do trabalho de parto são divididas entre as dores de abertura (dores durante o período de abertura) e dores de pressão (dores durante o período do expulsão) (BGHSt 32, 195). O Tribunal Federal Alemão (*Bundesgerichtshof*) fixa o início do nascimento nas dores de abertura, através das quais o canal do parto é dilatado até que o nascituro possa por ali passar. As dores de pressão, que expulsam a criança do corpo da mãe, não precisam ter começado. Daí decorre que, segundo a jurisprudência alemã, após o início das dores de abertura já se deve admitir que exista um homem, ainda que este se encontre ainda por completo dentro do corpo da mãe. Isso é de grande importância para a tutela penal da vida e da saúde, porque a duração do período de abertura é bem mais longa que a do período de expulsão. Considero esta jurisprudência correta; pois justamente durante o nascimento, um período que, com frequência, não é isento de riscos, se mostra necessário conceder ao homem a proteção penal mais extensa possível.

Um problema político-criminal, que ainda deve ser rapidamente mencionado, diz respeito a se se deve proteger o homem, já antes de seu nascimento – ou seja, na fase embrionária – contra homicídios ou lesões culposas^[9]. O Direito Penal alemão ainda não o faz, e eu não considero recomendável uma ameaça penal contra a futura mãe. Com certeza é perturbante que, por motivo de desatenção da futura mãe, se provoquem o aborto ou lesões à criança no corpo da mãe. Mas a ameaça de pena contra a gestante acarretaria mais danos que benefícios. Ela iria, ademais, reduzir o desejo de ter filhos, bem como impor à gestante um stress psíquico que seria prejudicial tanto para a mãe, como para a criança. Por outro lado, parece-me bem sensato proteger penalmente o embrião, durante a gravidez, contra danos (ou seja, morte e lesões que durem até após o nascimento) que lhe sejam infligidos por terceiros (por ex., através de medidas médicas errôneas, ou da disponibilização de medicamentos lesivos à saúde).

V. A eutanásia

Por eutanásia entendo a ajuda que se presta a uma pessoa gravemente doente, a seu pedido ou ao menos levando em conta sua vontade presumida, no sentido de proporcionar-lhe uma morte em consonância com a sua noção de dignidade humana. A pergunta quanto à maneira com que uma tal eutanásia pode ser harmonizada com os princípios da proteção penal à vida é especialmente difícil e complexa.

A “eutanásia pura”, que consiste numa mitigação da dor, requerida pelo paciente, sem qualquer efeito de redução da vida, é, obviamente, autorizada. No Direito Alemão, esta mitigação da dor é inclusive obrigatória, apesar de ela não ocorrer de modo ainda suficiente. Sua recusa é punível a título de lesões corporais por omissão (§ 223 StGB) ou omissão de socorro (§ 323 c StGB).

A “eutanásia indireta”, na qual é dada ao paciente uma substância anestésica que possa, eventualmente, acelerar-lhe a morte, não só é permitida, como mesmo obrigatória. O Tribunal Federal alemão a reconheceu expressamente em 1996 (BGHSt 42, 301). A eutanásia indireta pode ser harmonizada com a punibilidade, prevista no Direito Alemão, do homicídio a pedido da vítima (§ 216, StGB)⁴, se interpretarmos este dispositivo de maneira adequadamente restritiva. O doente não pede, aqui, sua morte, mas uma anestesia, não almejando a possível diminuição da vida, mas assumindo o risco de que ela ocorra. Isso é permitido em virtude não só da vontade real ou presumida do paciente, como também de uma ponderação objetiva: pois uma vida um pouco mais curta sem dor vale mais do que uma vida não muito mais longa sob dores dificilmente suportáveis. O Direito Brasileiro, apesar de não conter dispositivo expresso tipificando o homicídio a pedido da vítima, abarca tal conduta no próprio homicídio simples, ou no privilegiado (art. 121, caput, e § 1º, CP). Ao que me parece, a problemática se coloca de modo idêntico, podendo ser solucionada da mesma forma, interpretando restritivamente o alcance dos dispositivos mencionados.

A eutanásia passiva, isto é, a suspensão do tratamento a pedido do paciente que leve à morte, é permitida também segundo o Direito Alemão. O médico deve, inclusive, dobrar-se à vontade do paciente, uma vez que inexistente qualquer direito a tratamentos forçados. Se o paciente recusa, portanto, a operação que salvaria sua vida, ou a necessária internação numa unidade de tratamento intensivo, deve o médico abster-se de tais medidas e, se for o caso, deixar o paciente morrer. Esta solução é deduzida, corretamente, da autonomia da personalidade do paciente, que pode decidir a respeito do alcance e da duração de seu tratamento. O Tribunal Superior alemão abriu uma exceção unicamente para os pacientes suicidas. Se forem encontrados vivos, devem eles ser levados a um hospital, mesmo que se tenham manifestado por escrito e de modo expresso em sentido contrário (BGHSt 32, 367). A literatura alemã recusa, em geral e com acerto, esta limitação.

A chamada interrupção técnica do tratamento é também vista como um caso de eutanásia passiva. Assim, se o paciente só se mantém vivo através de aparelhos médicos, e, no intuito de morrer, pede ao médico que desligue o aparelho, o ato de desligar o aparelho não é considerado um homicídio a pedido da vítima, punível segundo o § 216 StGB, mas como omissão do ulterior tratamento, à qual o médico está obrigado, por desejo do paciente.

O caso do paciente que não pode mais exteriorizar sua vontade, porque perdeu a consciência de modo irreversível, apresenta grandes dificuldades. Isto ocorre não raro nas mais severas lesões cerebrais, em especial na assim chamada síndrome de descerebração (*apallische Syndrom*), na completa perda das funções do encéfalo. Se um tal paciente se encontrar há meses, sem consciência, em aparelhos, sendo alimentado artificialmente, e estiver claro que ele jamais recuperará a consciência, pode-se desligar em algum momento os aparelhos? Nosso Tribunal Federal trata tal caso, acertadamente, sob a ponto de vista da eutanásia passiva, recorrendo, portanto, à vontade do paciente. Se o paciente não possui mais qualquer vontade atual, utiliza-se, no lugar desta, a vontade presumida (BGHSt 40, 257). O que interessa, portanto, é o que desejaria o paciente, se ainda fosse possível perguntar-lhe. Para a descoberta da vontade presumida, pode-se recorrer a anteriores declarações do paciente, em especial a “disposições do paciente”, que o doente tenha escrito anteriormente, para o caso de que perdesse a capacidade de decisão. Se ele ali exigir a suspensão de medidas inúteis de prolongamento da vida, o médico pode e deve satisfazer a estes pedidos, sem que esteja cometendo um delito de homicídio.

O caso de eutanásia mais difícil e controvertido internacionalmente refere-se à eutanásia ativa, na qual o médico não se contenta em suspender o ulterior tratamento a pedido do paciente, mas o mata, de modo direto, a pedido deste, por ex., através de uma injeção.

O Direito Alemão pune um tal homicídio a pedido da vítima com pena privativa de liberdade, de seis meses até cinco anos (§ 216 StGB); o Direito Brasileiro pode punilo a título de homicídio privilegiado (art. 121, § 1º CP), com pena de seis a vinte anos, que pode ser reduzida. Na Alemanha, porém deixa-se uma saída aberta, uma vez que, diferentemente da maioria dos Estados, entre os quais o Brasil, não se pune a participação em suicídio. Será portanto punível o médico, que, a pedido do paciente que está dolorosa e incuravelmente acometido de câncer, lhe ministra uma injeção letal. Mas não se punirá o médico que lhe entregar uma cápsula de veneno, que o paciente ingere para fins de suicídio.

Ao contrário do Direito Alemão, uma lei holandesa de abril de 2001 legalizou a eutanásia ativa^[10]. Segundo esta lei, pode o médico – atendendo certos pressupostos e controles de segurança – eliminar a vida do paciente, se ele “chegou à convicção de que a situação do paciente é sem esperança e de que seus sofrimentos são insuportáveis” (art. 2, 1, b, da lei), e se o paciente tiver “formulado seu pedido de modo voluntário e após madura reflexão” (art. 2, 1, a), valoração essa que será feita a juízo do médico, o qual deve recorrer à opinião de um segundo médico. O legislador belga expediu norma similar no outono de 2001, que está prevista para entrar em vigor neste ano.

É difícil decidir-se entre as diversas soluções, ainda mais porque se deve levar em conta a terceira solução, adotada, por exemplo, pelo Direito Brasileiro, em que se pune tanto o homicídio a pedido da vítima quanto a participação em suicídio. De qualquer maneira, e mesmo reconhecendo os esforços da lei holandesa no sentido de conceder ao doente morte humana, parece-me que ela foi longe demais. Eu não gostaria de ir a um hospital em que não só se cura, mas também se mata. Mas, além de tudo, se o homicídio a pedido da vítima se tornar uma instituição quase normal, regulada pelo Estado, pode surgir nos doentes sem esperança a impressão de que sua família ou a sociedade esperam que ele renuncie à sua vida.

Também se deve pensar que se pode manter a vontade de viver de várias pessoas severamente adoentadas dispensando-lhes calor humano, consolo e compaixão. Existem hoje na Alemanha muitas pessoas que prestam, gratuitamente, serviços de acompanhamento aos que estão falecendo, ajudando os doentes a encontrarem um sentido na última fase de suas vidas. Se se puder eliminar ou mitigar os sofrimentos físicos do paciente através de uma eficaz terapia contra dor, a morte natural me parece mais humana que o homicídio regulado pelo Estado.

Além disso, a legalização do homicídio ativo a pedido da vítima pode prejudicar os esforços intensivos de acompanhamento daqueles que estão morrendo, bem como uma terapia eficiente contra a dor, uma vez que está aberta a cômoda saída do homicídio a pedido da vítima. Isto também não me parece desejável. Nos raros casos sem saída de tormentos completamente insuportáveis, em que o paciente não está mais acessível a qualquer conselho, a válvula de escape da não-punição da participação em suicídio ou a admissão de uma causa de isenção de pena em casos muito extremos ainda me parece melhor do que se fazer da morte de outrem uma forma em princípio aceitável de terminar uma vida. Admito, porém, que o posicionamento aqui sustentado se trata de uma decisão de consciência, e não de uma conclusão racionalmente inquestionável.

VI. Momento da morte e transplante de órgãos

O momento da morte é relevante para o Direito Penal, em primeiro lugar, porque a proteção da vida termina com ele. Isto não significa que o corpo do falecido tenha de ficar sem proteção penal. O Direito Alemão tipifica a conduta de “perturbação da paz dos mortos” (§ 168, StGB), que protege o corpo do falecido contra a subtração ou “abusos ofensivos” (beschimpfenden Unfug), existindo normas similares no Direito Brasileiro (arts. 211 e 212, CP). Mas esta proteção encontra-se num plano completamente diverso.

O segundo significado do momento da morte para o Direito Penal, de maior relevância prática, está em que, segundo a opinião dominante na Alemanha e também internacionalmente, só a partir da ocorrência da morte se pode cogitar da extração de um órgão para fins de transplantação.

A partir de que momento o ser humano morre?^[11] A antiga posição, que recorria à parada do coração e da circulação, deixou de ser sustentável a partir do momento em que, através de respiração artificial, se pode, mesmo após a parada cardíaca, fazer o organismo voltar à capacidade de funcionamento. Na maioria dos países do mundo, considera-se a completa extinção de todas as funções cerebrais como o instante da morte. Assim, para dar unicamente o exemplo da Alemanha, lê-se nas diretrizes da junta consultiva científica do Câmara Federal de Médicos (na redação de 1998): “A morte encefálica é definida como o estado de irreversível extinção das funções gerais do encéfalo, do cerebelo e do tronco encefálico ... Com a morte encefálica, verifica-se, de modo científico-medicinal, a morte do homem”. A Lei Alemã de Transplantes de Órgãos, de novembro de 1997, não se manifesta explicitamente a respeito da questão do momento da morte, mas parte dos mesmos fundamentos, uma vez que enuncia como pressuposto do transplante a “perda definitiva e irreversível do funcionamento geral do córtex cerebral, do cerebelo e do tronco encefálico” (§ 3, II, n° 2 Lei de Transplantes). Já no Brasil, a Lei de 1997 que regula o transplante de órgãos e tecidos posiciona-se de mais claro: em seu art. 3°, declara que qualquer retirada de órgãos ou tecidos “deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica” (Lei 9.434, de 1997). No que se refere à verificação da extinção de todas as funções cerebrais, recorre a lei alemã à “situação atual dos conhecimentos da ciência médica”. Nesta sede, não posso apresentar os procedimentos científicos utilizados para tanto. Mas os especialistas asseguram que “a diagnose da ‘morte encefálica’... é provavelmente a mais segura na medicina como um todo”^[12].

Ainda assim, a morte encefálica como o momento da morte não é, de modo algum, incontroversa. Uma vasta corrente, no mundo inteiro, que possui muitos seguidores também na Alemanha e, por ex., no Japão chega a ser majoritária, considera que o homem vive também após a morte encefálica, e por tanto tempo quanto as demais funções vitais do corpo se conservarem através do tratamento médico intensivo. Uma pessoa encefalicamente morta pode, por ex., ainda apresentar uma temperatura corporal normal; seu coração bate, seus órgãos funcionam mais ou menos; eventualmente, pode uma grávida inclusive ter um filho após a morte encefálica.

Penso, entretanto, e com a opinião dominante na ciência, que nada disso basta para que se fale de uma pessoa viva nos casos de morte encefálica. Pois a vida vegetativa, que existe de forma variada também na natureza, não é o suficiente para fazer de algo um homem. A pessoa encefalicamente morta carece, de antemão, de qualquer possibilidade de pensar ou sentir; falta-lhe o centro de integração, que

estruturará as diversas funções do corpo numa unidade. O critério da morte encefálica como o momento da morte é, assim, um dado prévio antropológico, e não como que uma construção para possibilitar transplantes de órgãos.

Além disso, a opinião contrária, que recorre à idéia da “morte total”, não é realizável de modo conseqüente. Segundo ela, ter-se-ia de manter os mortos cerebrais respirando artificialmente, até que sua última célula tivesse morrido. E transplantes de órgãos não poderiam jamais ocorrer, uma vez que eles pressuporiam matar pessoas ainda vivas. A maior parte dos defensores da concepção da “morte total” não extrai estas conseqüências, mas deseja permitir, após a morte encefálica, a suspensão do ulterior tratamento médico intensivo, bem como o transplante de órgãos. Com isso, eles se colocam, primeiramente, em dificuldades quase insolúveis – pois têm de tornar a vida humana objeto de uma ponderação de valores – e reconhecem, em segundo lugar, a morte encefálica como o instante decisivo, com o que acabam por aceitar, *de facto*, a posição que situa aqui o momento da morte.

Uma palavra, ainda, sobre o transplante de órgãos^[13], que ao menos para os defensores do critério da morte encefálica, aqui defendido, está estreitamente relacionada ao momento da morte, uma vez que a morte do doador é o pressuposto de sua possibilidade.

Na discussão internacional são defendidos, principalmente, três modelos. Segundo a solução estrita de concordância, que vige nos EUA, no Canadá, na Austrália, na Nova Zelândia e na Grã-Bretanha, o transplante de órgãos só é permitido, se o doador, antes de morrer, tiver manifestado expressamente sua concordância. Ainda mais estreita é a solução japonesa^[14], que exige, além do consentimento do doador falecido, o de seus parentes.

Um caminho intermediário é o seguido pela solução de concordância estendida, que inspira a lei alemã de transplantes. Segundo esta solução, primeiramente importa a concordância do doador de órgãos falecido (§ 3 TPG). Se, eventualmente, não tiver ele se manifestado sobre a questão de um transplante de órgãos após a sua morte, o decisivo será a concordância do parente mais próximo, que deve respeitar a vontade presumida do possível doador de órgãos (§ 4 TPG). A solução atualmente em vigor no Brasil é também bastante próxima (art. 4º da Lei 9.434/97, na redação dada pela Medida Provisória 2.083-30, de 2000).

O transplante de órgãos é permitido com maior alcance pela chamada solução de recusa, que permite um transplante sempre que o doador potencial não o tenha expressamente recusado durante sua vida. Este modelo vige em países como a França, Bélgica, Espanha, Áustria, Dinamarca, Polônia, Suécia, e foi adotado no Brasil até há pouco tempo^[15]. Ele também fora adotado por antigos projetos alemães, mal sendo defendido atualmente na Alemanha, uma vez que, segundo opinião difundida, ele viola o direito de autodeterminação do doador de órgãos.

A despeito disso, confesso-me, pessoalmente, defensor da solução de recusa. Pois ainda hoje morrem muitas pessoas, na maioria dos países, e também na Alemanha, que poderiam ter sido salvas por um transplante de órgãos, se existisse um número suficiente de órgãos à disposição. Este problema só pode ser solucionado pela solução de recusa. Eu a considero bastante defensável do ponto de vista ético, para não dizer obrigatória. Com efeito, os órgãos do falecido, expostos, segundo o curso natural dos acontecimentos, à rápida corrupção, não lhe podem servir de mais nada, enquanto que a salvação de vidas humanas, ou ao menos a cura de graves lesões à saúde que se poderiam conseguir, realiza os mais altos valores jurídicos, correspondendo da melhor

forma possível o mandamento do amor ao próximo. Se ainda assim, alguém não desejar contribuir, após a sua morte, para este nobre fim de salvação, ele pode consignar sua recusa em seu documento, com o que seu direito à autodeterminação estará assegurado. Levando em conta a importância dos bens jurídicos em jogo, não consigo enxergar o motivo pelo qual uma tal recusa seja inexistente.

Com isso, termino. Nesta palestra, pude unicamente expor, de modo bastante resumido, alguns pontos controvertidos atuais, bem como minha própria opinião, no que atine à proteção da vida através do Direito Penal. Espero, porém, que tenha surgido um quadro relativamente claro da complexidade das questões com que o Direito Penal, ao proteger a vida humana, tem de se ocupar. Este é, certamente, um dos mais importantes e difíceis setores de nossa ciência. Muito obrigado!

Como citar este texto:

ROXIN, Claus. A proteção da vida humana através do Direito Penal. Conferência realizada no dia 07 de março de 2002, no encerramento do **Congresso de Direito Penal em Homenagem a Claus Roxin**, Rio de Janeiro.

Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: xx de xxxxxxxx de xxxx

(substituir x por dados da data de acesso ao site).

* Tradução Luís Greco. Abreviaturas: BGHSt = Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (Decisões do BGH em matéria penal); CP = Código Penal Brasileiro; StGB = Strafgesetzbuch (Código Penal alemão); TPG = Transplantationsgesetz (Lei alemã de transplantes). As notas do tradutor estão designadas por um t. O tradutor agradece ao prof. dr. Horst Wever pela ajuda na tradução dos termos médicos.

** Conferência de encerramento do Congresso de Direito Penal em homenagem ao Professor Claus Roxin, realizado nos dias 06 e 07 de março de 2002, com organização do Site Mundo Jurídico, Centro Acadêmico Cândido de Oliveira (CACO) e Grupo de Estudos da Faculdade Nacional de Direito – UFRJ.

[1] Uma boa compilação das principais declarações publicadas encontra-se no livro de Christian GEYER (ed.), Biopolitik. Die Positionen, Frankfurt 2001 (livro de bolso Suhrkamp).

[2] Sobre a dignidade humana no Direito Penal, de uma perspectiva geral, Il-Su KIM, Die Bedeutung der Menschenwürde im Strafrecht, insbesondere für Rechtfertigung und Begrenzung der staatlichen Strafe, München, 1983.

[3] No sentido de que a tutela penal tem início com a fecundação, por ex., HUNGRIA, Comentários ao Código Penal, vol. V, 5ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1979, p. 290; JESUS, Direito Penal, vol. II, 19ª edição, Saraiva, São Paulo, 1997, p. 118; BITENCOURT, Manual de Direito Penal, Saraiva, São Paulo, 2001, vol. II, p. 158; entendendo a nidificação como o momento inicial da gravidez para o Direito Penal, por ex., FRAGOSO, Lições de Direito Penal, Parte Especial, 7ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1983, nº 80, p. 112; MIRABETE, Manual de Direito Penal, vol. II, 16ª edição, Atlas,

São Paulo, 2000, p. 94; DELMANTO / DELMANTO / DELMANTO / DELMANTO, Código Penal Comentado, 5ª edição, Renovar, Rio de Janeiro, 2000, p. 249.

[4] Estas duas soluções foram desenvolvidas na Alemanha, primeiramente, em 1970, no Projeto Alternativo de Código Penal, Parte Especial, Delitos contra a pessoa, volume parcial I, p. 25 e ss., do qual fui co-autor, e guiaram as discussões desde então. Para o direito comparado: ESER / KOCH, Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich, Parte 1: Europa, 1988, Parte II: Aubereuropa, 1989.

[5] Uma resumida e precisa exposição da história legislativa é fornecida por Tobias SCHMIDT, em: ROXIN / SCHROTH (eds.), Medizinstrafrecht, 2ª edição, 2001, p. 313-319.

[6] Cf., por ex., JESUS, Direito penal (como a nota 3), p. 124.

† O Projeto Alternativo de Código Penal foi uma iniciativa de um grupo de professores, entre os quais ROXIN, apresentando ao Parlamento Alemão (Bundestag) pelo Partido Liberal-Democrático (FDP), e que influenciou, em grande parte, o StGB, atualmente vigente, e as várias leis de reforma que sucederam nesas últimas três décadas.

[7] Como a nota de rodapé 4, p. 35 e ss..

[8] Assim, por ex., SERPA LOPES, Curso de Direito Civil, vol. I, 8ª edição, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1996, nº 132, p. 286; Caio Mário da SILVA PEREIRA, Instituições de Direito Civil, vol. I, 18ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1996, nº 43, p. 146: “Ocorre o nascimento quando o feto é separado do ventre materno”.

[9] Mais detalhes quanto a isso em TEPPERWIEN, Pränatale Einwirkungen als Tötung oder Körperverletzung?, 1973.

† “§ 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.”

[10] Trata-se da “Lei sobre o controle da eliminação da vida a pedido e do auxílio no suicídio”. Ela foi publicada em tradução alemã em diversos jornais. Cito agora a tradução on-line do jornal Frankfurter Rundschau, de 24.4.2001.

[11] Uma ótima exposição do estado mais atual das discussões, (defendendo a morte encefálica como critério de morte), encontra-se em ODUNCU, em: ROXIN / SCHROTH, como a nota de rodapé 5, p. 199-249.

[12] SCHLAKE / ROSEN, Der Hirntod als der Tod des Menschen, 1995, p. 77.

[13] A respeito, detalhadamente, com todas as referências, ODUNCU, Hirntod und Organtransplantation, 1998; SABASS, Die postmortale Organspende, em: ROXIN / SCHROTH, como a nota 5, p. 251-270.

[14] A respeito, SAITO, Über Organtransplantationen und Todeszeitpunkt in Japan aus strafrechtlicher Sicht, em: Kühne / Miyazawa (eds.), Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen in Japan und Deutschland, 2000, p. 121-127.

[15] O art. 4o da Lei 9.434/97, em sua redação original, dispunha: “Salvo manifestação de vontade em contrário, nos termos desta lei, presume-se autorizada a doação de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, para finalidade de transplantes ou terapêutica ‘post mortem’”, tendo tal dispositivo sido revogado pela Medida Provisória 2.083-30, de 2000.

Disponível em: <http://guaiba.ulbra.tche.br/direito/penal/artigos/artigo1.doc>

Acesso: 17 de julho de 2007