

## CAPÍTULO III - A MORTE - COMPREENSÃO PELO CONHECIMENTO HUMANO E APONTAMENTOS EUTANÁSICOS.

### III.1- Moral e Ética - Liames com a Noção de Morte.

A definição de morte, biologicamente, é a cessação completa e definitiva da vida.<sup>47</sup> A morte, outrossim, pode ser considerada como falecimento, fato que ocorre na ordem natural das coisas assim como em sua relação específica com a existência humana. Leciona Nicola Abbagnano que como falecimento, “a morte é um fato natural como todos os outros e não tem significado específico para o homem”, existindo procedimentos específicos para que tal fato seja verificado ou constatado.<sup>48</sup>

Informa que a morte, nesse sentido, refere-se ao mero falecimento do ser vivo, anotando que, como indicou Epicuro, a única atitude filosófica possível acaba por expressar que ‘quando nós estamos, a morte não está; quando a morte está, nós não estamos’, o mesmo ocorrendo quando se considera a morte como uma condição da economia geral da natureza viva ou da circulação da vida ou da matéria, recordando, nesse ponto, Marco Aurélio e Shakespeare, o primeiro falando da igualdade dos homens perante a morte, quando anotou que “Alexandre da Macedônia e seu arrieiro, mortos, reduziram-se à mesma coisa: ou ambos são reabsorvidos nas razões seminais do mundo ou ambos são dispersos entre os átomos”, e o segundo, em Hamlet, asseverando que “Alexandre morreu, Alexandre foi sepultado, Alexandre voltou ao pó. O pó é terra e com terra se faz argila; porque a argila em que ele se transformou não poderia vir a ser a tampa de um barril de cerveja?”

Quando a morte se refere especificamente à existência humana, outrossim, aduz que pode ser tida como o início de um ciclo de vida, ou como um fim de um ciclo de vida, ou ainda como possibilidade existencial, a depender da doutrina adotada para a explicação do término do período vital,

---

47. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, p. 1.964.

48. Nicola Abbagnano, Dicionário de Filosofia, p. 683.

assim como a admissão ou não da idéia de alma, transcendente do corpo, e da noção de reencarnação ou de imortalidade da alma.

A idéia de morte, inicialmente consubstanciada na finitude da existência corpórea, diante da cada vez maior complexidade do pensamento humano no transcorrer da história do homem, ganhou matizes das mais profundas que, por evidência, transcenderam a noção pura e simples de morte como fim de tudo e mero início de uma fase corporal absoluta e irremediavelmente inanimada.

A filosofia, a sociologia, a religião e os estudos da moral e da ética puseram-se a cargo de procurar explicações aos porquês do fim da existência e às questões de para onde vamos e, antes, se vamos efetivamente para algum lugar.

Insta abordar, pois, traços do estudo do desenvolvimento do pensamento moral, de modo a buscar compreensão de sua correlação com os episódios fulcrais da vida humana, dentre eles justamente a morte, que a ela põe fim, ao menos no sentido físico (corporal).

Nesse passo, recorda Régis Jolivet a lição de Pascal, ao anotar que a moral é a ciência do homem, definição demasiadamente ampla, já que abarcadora da psicologia, da história e da sociologia, também ciências do homem que, de alguma forma, procuram igualmente a compreensão para a morte e suas conseqüências em cada um desses ramos do conhecimento humano. Recorda que Durkheim, por sua vez, disse que moral é a ciência dos costumes, o que também não a define convenientemente, eis que a moral não consiste apenas em conhecer ou descrever os costumes, mas em dirigi-los e governá-los em nome das leis da conduta moral. Jolivet propõe uma definição que inclua o objeto formal da moral (que falta em Pascal) e seu caráter normativo (que falta em Durkheim).<sup>49</sup>

---

49. Régis Jolivet, Curso de Filosofia, p. 348. Colaciona que Roberto Thomas Arruda, outrossim, conceitua algo mais esclarecedoramente a moral como fenômeno de ordem valórica metafísica que estabelece uma relação entre o homem e os demais valores existentes no universo.

Segue anotando que a Moral é a ciência que define as leis da atividade livre do homem, ou seja, é a ciência que trata do uso que o homem deve fazer de sua liberdade para atingir seu fim último. Outras definições, com mais ou menos precisão, podem dizer que a Moral é a ciência do bem e do mal, ou a ciência dos deveres e das virtudes, ou a ciência da felicidade, que é o fim da atividade humana, ou ainda a ciência do destino humano.

A moral, ademais, demanda do sujeito uma atitude de solidariedade, sendo que seu estado de espírito, intenção e convencimento interiores devem se direcionar no exato sentido vetorial das ações exteriores que serão por ele realizadas, impregnadas de ação solidária e não interesseira, daí porque a ordem moral, por ser espontânea, informal e não coercitiva, distingue-se da ordem jurídica, complementando-se na orientação do comportamento humano, sendo a axiologia capítulo de importância fundamental para o estudo da matéria, posto que a ela confere “cristalização reiterada e universal por meio dos costumes diante do surgimento de exigências normativas jurídicas”.<sup>50</sup>

É, pois, a moral, quanto à sua natureza, uma ciência essencialmente prática. Visa ela a formular princípios universais, sendo ciência normativa. É ciência na medida em que procede por princípios universais, e é normativa na medida em que esses princípios governam a ação, isto é, ela tem por matéria os atos, as vontades, as intenções.

No campo da filosofia moral, as questões socráticas sobre o que são a virtude e o bem inauguraram a ética ou filosofia moral. Isso porque definem o campo no qual valores e obrigações morais podem ser estabelecidos, encontrando-se seu ponto de partida, que é a consciência do agente moral, sendo sujeito ético moral apenas aquele que sabe o que faz, conhece as causas e os fins de sua ação, o significado de sua intenções e de suas atitudes, e a essência dos valores morais. Nesse

---

50. Eduardo C.B. Bittar e Guilherme Assis de Almeida, Curso de Filosofia do Direito, pp. 424-427.

passo, a chamada *moral geral* começa a estabelecer os princípios universais que determinam a retidão dos atos humanos, sendo eles, extrinsecamente, “o fim último do homem” (que é a busca da felicidade, bem supremo do homem), “a lei que orienta o homem para seu fim último”, e “o dever e o direito que resultam da lei”, e intrinsecamente, “a vontade livre”, “a moralidade objetiva e subjetiva” e as “conseqüências dos atos morais” (responsabilidade, mérito e demérito, sanção, virtude e vício).

Em paralelo, é indicada a *moral especial*, que abarca, de um lado, a moral pessoal, comportadora dos deveres para com Deus (a religião, o culto, a prece), deveres para consigo mesmo (deveres para com a alma - elevação moral, prática do bem; deveres para com o corpo - conservação da saúde corporal por obrigações positivas e negativas, estas consistentes na interdição do suicídio e na temperança, como a moderação na comida, na bebida e nos excessos de sensualidade), e deveres para com o próximo (à pessoa física, à pessoa moral, referindo-se aos bens espirituais, à propriedade e ao trabalho alheio), e de outro lado, a moral social, que tem por fim solucionar os problemas morais da vida social, na sociedade doméstica, na sociedade civil e na sociedade internacional.<sup>51</sup>

Daí segue que o ‘dever’ é definido como a obrigação moral de fazer ou não fazer alguma coisa, sendo a natureza do dever consistente em uma necessidade moral de tal ordem que a vontade não pode fugir a esse dever sem perturbar a ordem da razão, ou violar direito de outrem. Os fundamentos da obrigação moral, ademais, têm tido três respostas: a razão, a sociedade e Deus. A primeira resposta é defendida por Kant, que fundamenta a obrigação moral na razão, formuladora de uma lei universal e necessária.<sup>52</sup>

---

51. Régis Jolivet, a esse respeito, aduz que “o fim último especifica os atos do ponto de vista moral. Os atos não são mais do que os elementos materiais da moralidade: o elemento formal, quer dizer, a maneira pela qual os atos se procedem da razão e da vontade, em outras palavras, o fim último é o verdadeiro princípio especificador da moralidade, quer dizer, aquele que dá ao ato sua espécie ou sua qualidade objetiva, boa ou má” (*in* Curso de Filosofia, p. 353-357).

52. Immanuel Kant, *Crítica da Razão Pura - Os Pensadores* (tradução de Valério Rohden e Udo Baldur Moosburger), pp. 54-56. Assentou Kant que somos mesmo possuidores de certos conhecimentos a priori e ainda o entendimento comum jamais está desprovido deles. Necessidade e universalidade rigorosa são, ademais, características de um conhecimento a priori.

Já os positivistas fundamentam a obrigação moral na sociedade, na pressão que ela exerce sobre os indivíduos, criando, com o tempo, uma obrigação de consciência. Os metafísicos, outrossim, fundamentam a obrigação moral em Deus, porque seria Ele o princípio e fim último de tudo o que existe. Nessa última resposta, tem-se que a filosofia moral, com os metafísicos, se aproximou muito dos princípios teológicos e da fundamentação religiosa da ética, e apenas com o ‘renascimento’ o distanciamento passou a ocorrer.<sup>53</sup>

Ainda assim, a idéia de dever ligada à moral e à religião permanecerá como uma das principais marcas da concepção ética ocidental, determinando comportamentos a serem seguidos em todas as fases da vida e, com igual razão, no seu termo final, com o evento morte.

Distinguem-se, nesse ponto, três tipos fundamentais de conduta: a moral ou ética, que se realiza de acordo com as normas e as regras impostas pelo dever; a conduta imoral ou antiética, que se realiza contrariando as normas e as regras impostas pelo dever; e a conduta indiferente à moral, quando atua-se em situações que não são definidas pelo bem ou pelo mal, e nas quais não se impõem as normas e as regras do dever.<sup>54</sup>

Daí se originam as distintas concepções da moral. A concepção utilitarista situa o soberano bem do homem no prazer (é bom o que dá prazer e mau o que impede o prazer ou faz sofrer).<sup>55</sup> As várias matizes das teorias utilitaristas, outrossim, se diferenciam pela maneira pela qual entendem que deva ser o prazer. Dentre elas o ‘hedonismo’ (do grego *hedone*, a significar ‘prazer’) de Aristipo de Cirene, Górgias e Cálicles, que determina a

---

53 e 54. Também conforme lição de Régis Jolivet, *op.cit.*, pp. 355 e ss.

55. Maria Auxiliadora de Almeida Minahim, , *Direito de Morrer no Anteprojeto do Código Penal Brasileiro*, p. 182. desafia que os debates sobre autonomia da vida foram mesmo instalados pelos utilitaristas que consideravam o homem como um meio para alcançar uma finalidade extra-pessoal. Se essa finalidade não puder mais ser alcançada, padecerá de valor a vida e sobre ela o homem tem irrestrita disponibilidade. Assenta que tal concepção chegou a conduzir a práticas hodiernamente repudiadas, degenerando da eutanásia libertadora para a ‘eutanásia’ eliminadora.

necessidade de se aproveitar o prazer de imediato, isto é, assenta-se como uma doutrina filosófico-moral que afirma ser o prazer individual e imediato o supremo bem da vida humana, sendo a única e possível forma de senso moral, evitando-se tudo o que possa ser desagradável,<sup>56</sup> e o ‘epicurismo’, professado por seu fundador Epicuro, a defender que seria necessário escolher entre os prazeres, visando alcançar o estado de tranqüilidade (ataraxia).<sup>57</sup>

Disse Epicuro que o homem vive e experimenta o mundo a partir das sensações. Assim, a percepção humana do mundo se dá em função da abertura que seus sentidos lhe conferem, sendo que a partir das coisas visíveis pode-se compreender melhor as próprias coisas visíveis, mas também as invisíveis, partindo da analogia, da reflexão, do cálculo racional, da comparação etc. O cerne de tal pensamento, portanto, se encontra na idéia de que, exatamente por ser o prazer um bem primitivo e natural, não se pode escolher todo e qualquer prazer. É possível afastar-se de muitos deles quando o incômodo que os segue é maior, considerando-se, ao mesmo tempo, que muitas dores são melhores do que os prazeres quando se consegue, após suportá-las, um prazer ainda maior.

Segue daí, pois, que o móvel da ação humana seria mesmo o prazer, sendo que o prazer absoluto e supremo representa a condição estável de supressão de toda a dor. Afirmava o epicurismo, ademais, que somente os deuses poderiam fluir do prazer absoluto e constante, sensação incomparável e instável, ao passo que os homens deveriam viver com suas dores e sofrimentos. Assim, o sábio deveria buscar prolongar os prazeres, reduzir e suportar as dores e favorecer a que os outros participem do prazer.

---

56. O hedonismo surgiu na Grécia, na época pós-socrática, e um de seus maiores defensores foi Aristipo de Cirene. A doutrina hedonista moderna procura fundamentar-se numa concepção mais ampla de prazer entendida como felicidade para o maior número de pessoas (*in* Daniel Pereira Coletto, *História Temática: Terra e Propriedade*).

57. O epicurismo, por seu turno, procura a obtenção de uma vida tranqüila, caracterizada pela aponia (o que é livre da dor, do sofrimento, inerte, que mitiga as dores), pela ausência de dor e de medo, e pela vida cercado de amigos. Anota-se que há valores sensíveis ou inferiores e valores espirituais ou superiores, destacando-se entre os primeiros os valores hedonistas (do agradável e do prazer), os úteis ou econômicos, e os vitais ou da vida, ao passo que entre os superiores estariam os valores lógicos, estéticos, éticos e religiosos (*in* Epicuro. *Carta sobre a Felicidade - a Meneceu*).

Releva anotar, outrossim, o utilitarismo de Bentham, que dá caráter científico ao epicurismo, escolhendo-se os prazeres superiores por sua intensidade e certeza, sendo assim chamada de moral do interesse pessoal. Há, assim, uma graduação da moral, estando a tese intimamente ligada ao contratualismo, à noção de que é possível a realização do máximo de utilidade com o mínimo de restrições pessoais, numa perspectiva que reduz o direito a uma moral do útil coletivo.<sup>58</sup>

Stuart Mill adota esta última teoria, mas diz que vale a qualidade e não a quantidade do prazer, além de defender que o interesse particular, se em conflito com o geral, deve ser sacrificado, daí porque tal pensamento é chamado de moral do interesse geral. Desse modo, liberta-se do critério quantitativo da aritmética dos prazeres, assumindo o critério da qualidade.<sup>59</sup>

Paralelamente às utilitaristas, têm-se as concepções sentimentais ou altruístas, tendo estas situado o soberano bem do homem nos sentimentos altruístas, desinteressados. Dentre as principais teorias altruístas<sup>60</sup> estão a da ‘moral da benevolência e da simpatia’, formulada por Adam Smith, a da ‘moral da humanidade’, por Augusto Comte,<sup>61</sup> com a unificação moral do gênero humano e cujo âmbito de pesquisa é a constituição psicológica do indivíduo e suas interações sociais, a da ‘moral da piedade’, de Schopenhauer, a da ‘moral da solidariedade’, de Leon Bourgeois, e a da ‘moral da honra’, trazida por Vigny.

---

58. Jeremy Bentham, *Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação*, pp. 10-13. Anota que a natureza colocou o gênero humano sob o domínio de dois senhores soberanos: a dor e o prazer. Estes governam em tudo o que fazemos, dizemos e pensamos. Por meio de palavras procura o homem abjurar esse domínio, porém estará a ele sujeito em todos os momentos da sua vida. “O ‘princípio da utilidade’ reconhece essa sujeição e a coloca como fundamento desse sistema, cujo objetivo consiste em construir o edifício da felicidade através da razão e da lei”.

59. John Stuart Mill, *Sistema de Lógica Dedutiva e Indutiva*, pp. 75 e ss.

60. Segundo lição de Régis Jolivet, *Curso de Filosofia*, pp. 387-389.

61. Especificamente no tocante à filosofia positiva de Augusto Comte (que não tem relação com o denominado positivismo jurídico ou juspositivismo de Kelsen), tem-se que ela nega que a explicação dos fenômenos naturais e sociais provenha de um só princípio, pois a visão positiva dos fatos se afasta da consideração das causas dos fenômenos, tornando-se pesquisa de suas leis. (*in* *Discurso sobre o Espírito Positivo*).

Schopenhauer, particularmente, assinala que o homem, no que toca à noção de morte, por possuir razão, tem ciência de que um dia morrerá. O receio de morrer está nos homens e em todos os outros animais. A morte assume face de grande malefício e os homens demonstram, em geral, compaixão por outrem que morre, procurando, para evitar o desespero, alguma forma de consolação, sobretudo nas religiões que prometem vida eterna. Aduz, ademais, que o apego à vida que existe no homem é irracional e cego, e o medo da morte se dá ao se pensar que após a sua ocorrência o homem se transformará em nada. Questiona, entretanto, que esse pensamento não é correto, eis que antes de nascer o homem já foi nada ou fez parte do nada, sem que terror algum houvesse nessa situação. Assevera, por fim, que o não-ser anterior ao nascimento não pode se diferenciar do não-ser posterior à morte, já que em ambos não há consciência, daí porque para a sábia consciência a morte não é vista como um mal, não havendo mesmo porque temê-la.<sup>62</sup>

Já as concepções racionais da moral situam o soberano bem do homem na perfeição de nossa natureza racional, servindo a razão como regra da moralidade. Dentre as principais teorias adeptas do racionalismo está o eudemonismo, doutrina que assume a felicidade como princípio e fundamento da vida moral. Nesse sentido, são eudemonistas a ética de Aristóteles, a ética dos estóicos e dos neoplatônicos, a ética do empirismo inglês e a do Iluminismo.

Destaca-se o eudemonismo racional (Aristóteles), dizendo que a felicidade resulta do progresso e da perfeição da atividade mais nobre da natureza humana, que é o exercício da inteligência na sua forma mais alta, isto é, de contemplação da verdade e do objeto mais inteligível, que é Deus.<sup>63</sup>

---

62. Arthur Schopenhauer, *in* *Metafísica da Morte*, atenta que a vida é tida como precioso tesouro, ainda que seja sofrida e passageira. Alerta, no entanto, que só o fato de haver vida e de ser um bem raro, não é o suficiente para que se saiba ser tão valiosa, eis que cada qual tem seus sofrimentos em vida e, a depender destes, poderá observar se vale a pena existir ou não. Chega a anotar que muitos mortos, se fosse possível questioná-los, batendo em seus túmulos, acerca do desejo de ressuscitarem, acabariam sacudindo a cabeça negativamente.

63. Aristóteles, em sua *Ética a Nicômaco*, desfia, com efeito, que a finalidade suprema que governa e justifica o modo do homem conduzir seus atos e sua vida é a felicidade, que não está em correlação com os prazeres ou as honrarias, porém em uma vida repleta de posturas e comportamentos virtuosos.



Daí vinga a idéia da virtude ética, posto que, segundo Aristóteles, são as virtudes que correspondem à parte apetitiva da alma, na medida em que esta é moderada ou guiada pela razão, consistindo, as virtudes, no justo meio entre dois extremos, dos quais um é vicioso por excesso e o outro por deficiência, sendo as virtudes a coragem, a temperança, a liberalidade, a magnanimidade, a mansidão, a franqueza e a justiça, esta última a maior de todas as virtudes.

Também dentre as teorias racionais da moral está a da moral estóica (Zenão de Cicio – ou *Citium*, fundador do estoicismo), com a máxima de que devemos seguir a natureza, isto é, a razão, pois ela distingue o homem do animal, sendo que a razão nos mostra que a sabedoria consiste em aceitar a ordem universal (aí incluindo o sofrimento e o evento morte) que não depende de nós, renunciando aos desejos, geradores de inquietação e discórdia. O estoicismo é uma das grandes escolas filosóficas do período helenista e assim foi chamada em razão do pórtico pintado (*Stoá Poikíle*) no sítio em que foi fundada, por volta de 300 a.C., sendo os principais mestres, além de Zenão de Cicio, os filósofos Cleante de Axo e Crisipo de Soles.<sup>64</sup>

Insta anotar que, ao lado das escolas da mesma época, como o epicurismo e o ceticismo, o estoicismo compartilhou a afirmação do primado da questão moral sobre as teorias e o conceito de filosofia como vida contemplativa acima das ocupações, das preocupações e das emoções da vida comum. Seu ideal, mas pelo caminho da razão, é também a ataraxia ou apatia.

A moral estóica é, pois, a da ataraxia, sendo o *homo ethicus* do estoicismo aquele que respeita o universo e suas leis cósmicas, e se respeita, sobretudo porque se conhece e está ciente de suas limitações, de forma que

---

64. (*In* História da Filosofia, Tomo Primeiro - A Antiguidade e a Idade Média, Trad. Eduardo Sucupira Filho). O estoicismo, após sua fundação no século III a.C., floresceu na Grécia com Cleante e Crisipo e foi levada a Roma em 155 a.C. por Diógenes de Babilônia, sendo seus continuadores romanos Marco Aurélio, Sêneca, Epiteto e Lucano.

tem capacidade de alcançar a ataraxia, isto é, o estado de harmonia corporal, moral e espiritual, ao saber distinguir o bem do mal.

Nessa esteira, a ataraxia é definida como o clímax de um processo de autodepuração da alma, sendo que o *homo ethicus* não se abala excessivamente em relação ao que lhe possa advir, nem pelo que é bom nem pelo que é mal, significando a posse, descoberta de sua interioridade, de um estado imperturbável diante das ocorrências externas.<sup>65</sup>

Ao lado do aristotelismo, o estoicismo, ademais, foi a doutrina que maior influência exerceu na história do pensamento ocidental. Seus fundamentos, demais disso, podem ainda ser resumidos **na** divisão da filosofia em três partes (lógica, física e ética); **na** concepção da lógica como dialética (ou seja, como ciência de raciocínios hipotéticos cuja premissa expressa um estado de fato, imediatamente percebido); **no** conceito de uma razão divina que rege o mundo e todas as coisas, segundo uma ordem necessária e perfeita; **na** doutrina segundo a qual, assim como o animal é guiado infalivelmente pelo instinto, o homem o é pela razão, que lhe fornece normas infalíveis de ação que constituem o direito natural; **na** condenação total de todas as emoções e exaltação da apatia como ideal do sábio; **no** cosmopolitismo (doutrina que defende ser o homem não um cidadão de um país, mas do mundo); e **na** exaltação da figura do sábio e de seu isolamento dos outros, com a distinção entre loucos e sábios.<sup>66</sup>

A própria ética ciceroniana, outrossim, tem firmes bases no estoicismo. Cícero, porém, não ostenta um purismo filosófico, já que não repousa suas idéias somente na filosofia estóica, apelando para um sincretismo filosófico que remonta ao estoicismo e também, dentre outros, ao socratismo, ao platonismo e ao aristotelismo.<sup>67</sup>

---

65. Régis Jolivet, Curso de Filosofia, pp. 390-392.

66. Nicola Abbagnano, Dicionário de Filosofia, p. 375.

67. Referências em 'The Oxford Classical Dictionary' (Hornblower, S. e Spawforth, A), p. 1559.

Cícero acolhe com firmeza o principal contributo do estoicismo, que é justamente o da ligação do homem com a natureza, que deságua na formação da ética a partir da intuição natural.

Ao lado desse contributo posiciona-se outro, de igual relevância, consubstanciado na anotação de que a ética não se afirma na contemplação, mas sim na ação, sendo que esta deverá ser julgada boa ou má, daí concluir-se que a justiça não é inata, mas uma conquista prática da ação humana.

Assim sendo, o bem e o mal só podem ser dados como razões da natureza. Nessa senda, Cícero já afirmava (*in* ‘Da República’), que a razão reta, gravada nos corações, imutável e eterna, cuja voz ensina e prescreve o bem, conforme a natureza, afasta do mal que proíbe, com seus mandados e proibições, não se dirigindo inutilmente aos bons e não restando impotente ante os maus.

Do mesmo modo dizia (*in* ‘Das Leis’), que o bem é louvável por encerrar em si mesmo algo que obriga a louvá-lo. O bem não depende de convenções, mas sim da natureza, posto que se assim não fosse, a felicidade se fundamentaria na convenção, o que evidentemente consubstanciaría estúpida afirmação.<sup>68</sup>

Como concepção racional da moral tem-se, ainda, a moral formal, trazida por Kant, que encerra a noção de que a vontade boa é a que realiza o dever simplesmente porque é dever, sem recorrer a nada exterior ao dever, como a felicidade, a satisfação de sentimento ou de consciência, ou ainda o mandamento divino, pois se assim fosse haveria vício fundamental à moralidade, transformando o imperativo categórico (obedecido por puro

---

68. Marco Túlio Cícero, *Das Leis*, p. 49. Dispunha, de acordo com a ética estoica, que “se o castigo, se o temor aos suplícios, e não a própria essência desonrosa dos atos, nos levam a considerar uma vida dedicada à injustiça e ao crime, então nada é injusto, e os maus seriam mais adequadamente chamados de imprudentes. Se o que nos leva a ser honrados não é a própria honradez, mas sim a utilidade e o interesse, então não somos bons, somos espertos”.

respeito da lei) em um imperativo hipotético (obedecido porque se quer ser feliz, ou porque se quer ser estimado, aceito ou respeitado).<sup>69</sup>

O objetivo essencial da moral Kantiana, demais disso, é descobrir mais sobre os seres humanos e os contextos nos quais eles vivem, com o fim de tornar a moralidade mais eficaz na vida humana. Para que tal fim seja alcançado, enfoca os principais fatores empíricos que na vida humana obstruem o agir de acordo com princípios morais a priori, de modo a, conhecendo-os, visar impedir a essa obstrução.<sup>70</sup>

Relevante introduzir, por fim, no tocante à concepção racional da moral, alguns dos aspectos da moral tomista, qual seja, o finalismo objetivo de Santo Tomás de Aquino. É ela visceral e estruturalmente comprometida com os Escritos Sagrados e com o pensamento aristotélico.

De qualquer modo, vê pontos defeituosos no eudemonismo racional, usando as luzes da revelação cristã para buscar corrigir e completar Aristóteles, substituindo o simples eudemonismo por um finalismo objetivo. Mostra que o bem moral é obrigatório enquanto exprime uma ordem de direito desejada por Deus, criador e legislador de nossa natureza.<sup>71</sup>

---

69. Com efeito, Kant desenvolveu a filosofia moral a partir de suas obras 'Fundamentação da Metafísica dos Costumes', de 1785, 'Crítica da Razão Pura', de 1788, e 'Metafísica dos Costumes', de 1798, teorizando sobre a obrigação moral única e geral, explicativa de todas as demais obrigações morais: o imperativo categórico ('age de tal modo que a máxima da tua ação possa tornar-se princípio de uma legislação universal'), que pode ser posto em três fórmulas, quais sejam, a da lei universal, a da humanidade e a da autonomia (referências em 'Crítica da Faculdade do Juízo' - Immanuel Kant).

70. Anota-se que o criticismo filosófico Kantiano é uma reação ao dogmatismo de Wolff e ao ceticismo de Hume. Daí a lição de Del Vecchio, para quem a filosofia Kantiana acaba mesmo por fundar o criticismo, algo entre o dogmatismo e o ceticismo. Este ceticismo sacudira Kant do seu sono dogmático, estimulando-o a investigar e a elaborar um sistema cujo objetivo era a superação crítica do dogmatismo tradicional e do empirismo céptico (Eduardo C.B. Bittar e Guilherme Assis de Almeida, *in* Curso de Filosofia do Direito, p. 258 e seguintes).

71. A ética, segundo Tomás de Aquino, de fato consiste em agir concorde com a natureza racional. O homem é dotado de livre-arbítrio e tem capacidade intuitiva de captar os ditames da ordem moral, sendo o seguinte o seu primeiro postulado: 'faz o bem e evita o mal'. Assim, se busca a justiça, consistente na constante disposição de vontade em 'dar a cada um o que é seu', o que deve ser também o objetivo da Lei Positiva, que para ser justa deve subordinar-se à Lei Natural, esta se consubstanciando como a participação da Lei Eterna na criatura racional, isto é, o que é levado o homem a fazer por sua natureza racional. Ensina que a Lei Eterna, por seu turno, é o plano racional de Deus, a ordenar o universo, antes havendo a Lei Divina, revelada aos homens e consistente nos dez mandamentos (Émile Bréhier, *História de la Filosofia*, 3º Volume).

A influência recebida do aristotelismo, dessa forma, traz particularidade à idéia tomista. Esta se imiscui no tratamento de temas teológicos, metafísicos e sócio-políticos, dentre outros, mas tudo é concebido racionalmente, concatenado, explicado logicamente e exposto metodicamente.

A atividade ética, na noção tomista, consiste em discernir, por meio da razão prática, o bem do mal, executando o escolhido mediante a vontade, destinando-se atos e comportamentos para determinado fim, que é o bem. O ato moral de escolha do bem e de repúdio do mal consiste, pois, em uma atividade racional, escolhendo-se os melhores meios pela experiência, com direcionamento para a realização do bem vislumbrado também pela razão. Esta, por direito e obrigação, determina o dever, mas sem condenar-se o sentimento, que deve colaborar na vida moral. A perfeição humana e a felicidade, nessa ordem de pensamento, devem ser acessíveis a todos. Essa perfeição consiste em aproximar-se de Deus, fim e bem objetivo do homem, pela prática de virtudes. A doutrina tomista, nesse contexto, sintetiza todas as exigências da moralidade.<sup>72</sup>

O tomismo, portanto, revela, em resumo, que a relação entre a razão e a fé consiste em confiar à razão a tarefa de demonstrar os preâmbulos da fé, esclarecendo e defendendo os dogmas indemonstráveis e procedendo autonomamente no domínio da física e da metafísica, exceto no que diz respeito às verdades de fé, que não podem ser contraditadas.

Com efeito, Santo Tomás de Aquino asseverou, particularmente no que pertine à ligação entre moral e o evento morte, sobretudo acerca do ato de provocar esse evento, que não é lícito, em princípio, matar, ainda que o sujeito passivo seja um pecador.

Ao mesmo tempo, a demonstrar que o direito à vida pode não ser absoluto, defende que é “louvável e salutar, para a conservação do bem

---

72. Régis Jolivet, Curso de Filosofia, p. 390 e seguintes.

comum, por à morte aquele que se tornar perigoso para a comunidade e causa de perdição para ela; pois como diz o Apóstolo, um pouco de fermento corrompe toda a massa”. Alerta, ademais, que “é preferível deixar viver os maus e protelar a vingança até o juízo último, a matá-los juntamente com os bons, mas quando da morte dos maus não resulta nenhum perigo próximo para os bons, mas antes, defesa e salvação, nesse caso é lícito pô-los à morte”.<sup>73</sup>

No que pertine à distinção conceitual entre moral e ética, admitindo-se a definição de que moral é a ciência que define as leis da atividade livre do homem, tem-se que a ética é a ciência da conduta. Os conceitos se entrelaçam e por vezes se fundem, tanto assim que um dos significados do substantivo moral é ser atinente à doutrina ética.

Hegel, por sua vez, distinguiu a moralidade, que conceituou como a vontade subjetiva do bem, individual ou pessoal, da ética, que definiu como a realização do bem em realidades históricas ou institucionais, que são a família, o Estado e a sociedade civil. Aduziu que as instituições éticas têm uma realidade superior à da natureza, posto constituírem uma realidade necessária e interna. Ensina que a ética é o conceito de liberdade, que se tornou mundo existente e natureza da autoconsciência.<sup>74</sup>

Locke, outrossim, dizia, sobre o fundamento da ética, que “uma vez que Deus estabeleceu um laço entre a virtude necessária à conservação da sociedade humana e visivelmente vantajosa para todos os que precisam tratar com as pessoas de bem, não é de surpreender que todos não só queiram aprovar essas normas, mas também recomendá-las aos outros, já que estão convencidos de que, se as observarem, auferirão vantagens para si mesmos”.<sup>75</sup>

---

73. Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, 2ª Parte da 2ª Parte, Questões 1-79, pp. 2.541-2.542. No mesmo sentido, responde que “Deus, na ordem da sua sabedoria, às vezes mata os pecadores imediatamente; outras vezes, dá-lhes tempo de fazerem penitência, conforme sabe o que importa aos seus eleitos. O que também a justiça humana imita, na medida do possível, matando os que são perniciosos para os outros e deixando se arrependerem os que pecam sem danificá-los gravemente”.

74. Referências em G.W.F.Hegel, *Fenomenologia do Espírito*, Parte 1, pp. 227-232.

75. Nicola Abbagnano, *Dicionário de Filosofia*, pp. 380 e seguintes.

Releva anotar, ainda, que é costume, no estudo da ética, falar-se em duas concepções fundamentais da ciência da ética. De um lado, a que a considera como ciência do fim para o qual a conduta dos homens deve ser orientada e dos meios para atingir tal fim, deduzindo tanto o fim quanto os meios da natureza do homem. É a ética do fim.

De outro lado, a que a considera como a ciência do móvel da conduta humana e procura determinar tal móvel com vistas a dirigir ou disciplinar essa conduta. É a ética da motivação.<sup>76</sup>

Nessa senda, a primeira concepção traduz o ideal para o qual o homem se dirige por sua natureza e, por conseguinte, por sua essência ou substância. É característica dessa primeira concepção a noção de bem como realidade perfeita ou como perfeição real. Pode-se aqui afirmar que o bem é a felicidade. Significa, no sentido posto, por exemplo, por Aristóteles e Santo Tomás de Aquino, que a “felicidade é o fim da conduta humana, dedutível da natureza racional do homem”.

A segunda concepção fala dos motivos ou causas da conduta humana, ou das forças que a determinam, pretendendo-se ater ao conhecimento dos fatos. Característica dela é ter a idéia de bem como objeto de apetição. Afirma-se que o bem é o prazer e tem o significado de que esse prazer é o móvel habitual e constante da conduta humana.

Sendo o alcance das duas concepções de todo distinto, a dividir a história da ética, convém nas discussões sobre ela ter sempre presente a diferença entre a ética do fim e a ética do móvel, o que também se mostra importante para as noções, a partir de cada uma das concepções, de morte e da prática eutanásica.

---

76. Conforme Eduardo C.B. Bittar e Guilherme Assis de Almeida, Curso de Filosofia do Direito, pp. 58, 245, 445 e seguintes, e Régis Jolivet, Curso de Filosofia, pp. 353-357.

Insta assinalar também, nessa linha, os pontos de vista da ética socrática, na medida em que o ensinamento ético de Sócrates reside no conhecimento e na felicidade. Ética, de início, significa conhecimento. Para saber julgar acerca do bem e do mal é necessário conhecimento, que é verdadeira sabedoria e discernimento. O conhecer, para Sócrates, reside no próprio interior do homem, e conhecendo-se a si mesmo, pode-se conhecer melhor o mundo. Em segundo lugar, tem-se a felicidade, busca de toda a ética. A felicidade, nesse passo, pouco se relaciona com a posse de bens materiais ou com o conforto, mas sim com a semelhança com o que é valorizado pelos deuses. O cultivo da verdadeira virtude, outrossim, consistente no controle efetivo das paixões e na condução das forças humanas para a realização do saber, é o que leva o homem à felicidade.

Quanto ao evento morte, em particular, dizia Sócrates que mais difícil que evitá-la era evitar o mal, pois este corre mais depressa que aquela. O morrer é reduzir-se ao nada, o fim da consciência, ou então uma transmigração da alma deste para outro lugar. E ‘se a morte é a extinção de todo o sentimento e se assemelha a um desses sonos nos quais nada se vê, mesmo em sonho, então a morte é um ganho maravilhoso’.<sup>77</sup>

Em linha próxima está a ética platônica, a elucidar que a ética não se esgota na simples localização da ação virtuosa e de seu discernimento com relação à ação viciosa. No controle das almas pela alma racional, diz Platão, reside a harmonia da virtude, ao passo que no descontrole reside o vício.<sup>78</sup>

Hodiernamente, em paralelo aos que consideram a moral e a ética termos sinônimos, tem-se a moral como algo intrínseco ao indivíduo, uma gama de normas imperativas interiores que dirigem o comportamento, enquanto a ética dá a noção de algo extrínseco, no sentido de conjunto de

---

77. Apologia de Sócrates, por Platão - Os Pensadores (trad. de Enrico Corvisieri), pp. 10/11.

78. Platão acreditava que a alma, depois da morte, reencarnava em outro corpo, porém a alma que se ocupava com a filosofia e com o bem era privilegiada com a morte do corpo, passando o resto dos tempos em companhia dos deuses (*in* História da Filosofia: Idéias, Doutrinas, por François Chatêlet)



normas de conduta de determinada classe ou corporação, também diretivas de comportamento, mas não de todo confundida com a moral. As correntes comportamentais advindas das concepções da moral, de acordo com as vertentes utilitaristas, sentimentalistas ou altruístas, ou ainda racionais, em correlação ao dilema havido entre o determinismo, de um lado, e o livre arbítrio (liberdade do homem no sentido da autonomia pessoal), de outro, por certo são também indelevelmente ligadas à idéia de morte e, em conseqüências, às noções eutanásicas, direcionando os filiados de cada corrente a uma conclusão, mormente no que pertine à sua maior aceitação ou mais profunda recusa, o que mais se discutirá nos capítulos seguintes.<sup>79</sup>

### **III.2- A Morte e a Religião. Implicações Eutanásicas.**

Religião se define pela crença na garantia sobrenatural de salvação e técnicas destinadas a obter e conservar essa garantia.<sup>80</sup> Não se confunde com a moral, mas certamente utiliza-se de seus fundamentos, sendo de certa forma uma obrigação moral.<sup>81</sup>

A crença na garantia sobrenatural é a atitude religiosa fundamental, podendo ela ser, de um lado, apenas interior e pessoal, ou seja, a religiosidade individual. De outro lado, as técnicas destinadas a obter e conservar essa garantia constituem o lado objetivo e público da religião, seu aspecto institucional.

---

79. Jaime Brufau Prats, *Moral, Vida Social y Derecho em Jean-Paul Sartre*, pp. 54-56. Anota, nesse contexto, que Sartre, perante o dilema entre determinismo e liberdade total do homem, acaba por considerar a correção desta última, tendo como inadmissível a afirmação de que o homem esteja plenamente determinado, eis que é ele mesmo que elege os caminhos para sua própria vida. Entende ainda que nenhum valor a priori determina essa eleição pelo homem.

80. Nicola Abbagnano, *Dicionário de Filosofia*, pp. 346.

81. Régis Jolivet anota que a palavra religião pode ser tomada no sentido material, como sendo o conjunto de doutrinas que tratam das relações do homem com Deus, no sentido subjetivo, como a virtude que faz com que se rendam a Deus todas as homenagens que lhe são devidas, ou no sentido objetivo, como o conjunto de deveres do homem para com Deus. Aduz ainda que a sociedade religiosa é natural ao homem, e tem por objeto a perfeição moral dos homens e, por fim, sua salvação eterna (*in Curso de Filosofia*, pp. 397-398 e 424-425).

O conceito de religião, assim, abrange ambos os aspectos. Etimologicamente, essa palavra provavelmente significa ‘obrigação’ (ligada à obrigação moral), e segundo Cícero derivaria de *relegere*, isto porque aqueles que cumpriam cuidadosamente todos os atos do culto divino deveriam relê-los atentamente, sendo que as pessoas que os reliam era chamadas de religiosos.<sup>82</sup>

Santo Agostinho, por seu turno, ensinava que tal palavra derivava de *religare*. De qualquer modo, reler ou religar envolvem noção de obrigação imperativa, de seguimento de normas afetas à moral.

Os valores morais, de toda a forma, podem modificar-se na história, até porque seu conteúdo é determinado por condições históricas. A alteração do conteúdo dos valores é verificada ao se examinar as virtudes definidas em cada época.

O trabalho, por exemplo, hoje surge como virtude, ao passo que para um grego ou um romano da antiguidade, jamais poderia fazer parte dos valores de um homem livre. O ócio, considerado pela sociedade escravista greco-romana como condição para o exercício da política e, portanto, sendo um valor em princípio positivo, tornou-se, com o cristianismo, o vício da preguiça.

Aristóteles, nesse ponto, distingue vícios e virtudes pelo critério do excesso, da falta e da moderação, sendo o vício um sentimento (ou conduta) excessivo ou deficiente, enquanto a virtude é um sentimento (ou conduta) moderada.

O cristianismo, de outra banda, embora não se afastando da idéia das virtudes aristotélicas, reordenou a sua ordem de relevância.

---

82. Nicola Abbagnano, op. cit., pp. 347 e seguintes.

A moral e a religião, em convergência, acabaram, pois, ordenando as virtudes e os pecados.<sup>83</sup> O quadro cristão mostrou, como virtudes teologais, a fé, a esperança e a caridade. As virtudes cardeais foram fixadas na coragem, na justiça, na temperança e na prudência. As virtudes morais se dirigiram à sobriedade, à prodigalidade, ao trabalho, à castidade, à mansidão, à generosidade e à modéstia, enquanto os pecados capitais consubstanciaram-se na gula, na avareza, na preguiça, na luxúria, na cólera, na inveja e no orgulho.<sup>84</sup> Essa ordenação, de todo modo, acabou por delinear o pensamento moral ocidental por séculos, com profundos efeitos mesmo na sociedade atual.<sup>85</sup>

Não se pode olvidar, entretanto, e por tal fato é tão relevante repisar, que a relação da religião com o evento morte é bastante dependente da época e do local em que se está inserido, assim como do pensamento social ligado à base moral instalada em determinado momento histórico. O tema ‘morte’ ganha ainda maior discussão teológica quanto mais são religiosas tais bases da sociedade, mormente quando não se está apenas diante de casos de morte natural, mas sim de delicados assuntos como a eutanásia, o aborto e a manipulação de embriões humanos. André Marcelo M. Soares assinala, nesse caminho, que tratar, por exemplo, da eutanásia em uma sociedade rica, certamente não será o mesmo que tratá-la em um país pobre, em que a maior

---

83. Aristóteles já assinalava que a virtude está em nosso poder, do mesmo modo que o vício, pois o agir e o não agir depende de nós. Daí a ética aristotélica ser tratada como a ciência das condutas humanas, objetivando comprometer-se em possibilitar ao homem a garantia da felicidade por meio de uma vida regida por virtudes morais e éticas. Assim como a ética serviria como condução do ser humano à felicidade, acreditava que o exagero é o motivador para a criação de conflitos com outros indivíduos e com a sociedade. As reflexões sobre tais circunstâncias fizeram originar a doutrina do justo meio, na qual a virtude (a encampar as noções de virtudes teologais e virtudes cardeais) intermedia pontos extremos, os vícios e os defeitos de caráter, ao passo que o comedimento, a moderação e o afastamento do excedente ampara a conduta virtuosa (*in* Aristóteles, *Ética a Nicômaco*, trad. de Pietro Nassetti, e Aristóteles, *Vida e Obra - Os Pensadores*, pp. 234 e seguintes).

84. Nicola Abbagnano, *Dicionário de Filosofia*, pp. 387.

85. Eduardo C.B. Bittar e Guilherme Assis de Almeida aduzem que “os princípios extraídos da moral evangélica perenizam-se, e seus usos históricos correspondem apenas a usos humanos de princípios que levam o homem a Deus; trata-se apenas de acidentes no percurso das idéias religiosas. Se desses princípios surgiram interpretações e usos os mais variados, uns caminhando para o ascetismo, outros para o desprezo da vida e dos valores humanos, outros para o extremismo sectário, outros para o purismo categórico ... tais usos e interpretações são resultado da liberdade humana no discernimento dos conteúdos morais e religiosos. Não necessariamente coincidentes entre si, esses usos e interpretações se multiplicam e se modificam com o próprio evoluir das civilizações, e então pode-se estar ainda por encontrar a interpretação e o alcance mais razoáveis das máximas cristãs, com os princípios deixados por meio a pregação crística” (*in* *Curso de Filosofia do Direito*, p. 149).

parte da população depende de sistema público de saúde frágil, findando-se o período vital antes mesmo de se receber atendimento médico básico.

De igual modo o tratamento acerca desses assuntos não é o mesmo em todas as ‘comunidades morais’. Desafia que judeus e cristãos concordam, por exemplo, sobre a rejeição do aborto, mas discordam da natureza ontológica do pré-embrião, eis que para os últimos a pessoa já se forma, de imediato, no momento da concepção, enquanto para os primeiros é comum a crença de que a alma de um ser humano ingressa no corpo no momento do nascimento e não da concepção. No tocante à questão eutanásica, da mesma maneira, cada comunidade moral, com base mais firme em determinada crença religiosa, anota receptividade distinta quanto à sua prática.<sup>86</sup>

No caso da Igreja Católica, o seu ponto de vista a respeito da eutanásia é expressado pelos seus membros, mormente pela cúpula, de maneira rigorosa, a fim de estreitar ou mesmo impedir o campo de dúvidas acerca da matéria.<sup>87</sup> Irineu Strenger informa que a posição católica foi

---

86. André Marcelo M. Soares, *Bioética secular: o princípio da gentileza* (in *Cadernos Adenauer*, n. 1, p. 105). Anota o autor, lembrando H.H.Donin, que “há um consenso geral entre as autoridades rabínicas que são proibidos abortos por motivo de conveniência, econômicos ou outros motivos pessoais. Essa proibição está em vigor desde o momento da concepção. Ainda que o feto não seja considerado uma alma viva até que nasça, ele tem um status de ‘vida potencial’, cuja destruição é uma grave ofensa”.

87. A posição de intangibilidade da vida remonta aos primórdios do catolicismo. Santo Tomás de Aquino já reafirmava, quanto ao matar, ainda que se procurando justificar a conduta, e também ao matar-se, que são elas práticas absolutamente ilícitas, por tríplice razão, “primeiro porque naturalmente todas as cousas a si mesmo se amam; por isso é que todas naturalmente conservam o próprio ser e resistem, o mais que podem, ao que procura destruí-las. Portanto, quem se mata a si mesmo vai contra a inclinação natural e contra a caridade que todos a si mesmo se devem. Logo, matar-se a si mesmo é sempre pecado mortal, por ser um ato contrário tanto à lei natural como à caridade. Segundo porque qualquer parte, pelo que é, pertence ao todo. Ora cada homem é parte da comunidade e, portanto, o que é da comunidade o é. Logo, matando-se um a si mesmo, comete uma injustiça contra a comunidade, como está claro no Filósofo. Terceiro, porque a vida é um dom divino feito ao homem e dependente do poder de Deus, que mata e faz viver. Logo, quem se priva a si mesmo, da vida, peca contra Deus; assim como quem mata um escravo alheio peca contra o dono do mesmo; e como também peca quem usurpa um juízo sobre uma coisa que não lhe foi confiada. Pois, só a Deus pertence julgar da morte e da vida, conforme aquilo da Escritura: Eu matarei e farei viver”. Do mesmo modo prelecionou que “o homem é constituído senhor de si mesmo pelo livre arbítrio. E portanto, pode dispor livremente de si mesmo, no que respeita aos bens desta vida, governada pelo livre arbítrio humano. Mas desse livre arbítrio não depende o trânsito desta vida para outra mais feliz, senão, do poder divino. Logo, não é lícito ao homem matar-se a si mesmo, a fim de passar para uma vida mais feliz. Do mesmo modo, nem para fugir a quaisquer misérias da vida presente. Porque, como claro está no Filósofo, o último dos males desta vida e o mais terrível é a morte. Logo, dar-se a si mesmo a morte para fugir às misérias desta vida é praticar um mal maior para evitar um menor” (in *Suma Teológica*, 2ª parte da 2ª parte, questões 1-79, pp. 2.544-2.545).

firmada pelo Papa Pio XII em 1956, ocasião em que assinalou que “qualquer forma de eutanásia direta, isto é, a administração de narcóticos para provocar ou apressar a morte é ilícita porque se tem a pretensão de dispor diretamente da vida. Um dos princípios fundamentais da moral natural e cristã é que o homem não é o senhor e proprietário, mas somente usufrutuário de seu corpo e de sua existência”.<sup>88</sup>

Prossegue aduzindo que em 1980, o Papa João Paulo II aprovou a Declaração sobre a eutanásia elaborada pela Sacra Congregação para a Doutrina da Fé,<sup>89</sup> assentando-se que por eutanásia deve se entender a ação ou omissão que pela sua natureza, ou nas intenções, procura a morte, com a finalidade de eliminar qualquer dor, situando-se, assim, ao libelo das intenções e dos métodos usados. A declaração ressalta firmemente, outrossim, que “nada e ninguém pode autorizar a morte de um ser humano inocente, feto ou embrião, criança ou adulto, velho, doente incurável ou agonizante”. Guilherme Nostre,<sup>90</sup> no mesmo sentido, colaciona que a Igreja Católica, por meio da referida Declaração sobre a eutanásia (*Iura et Bona*), de 5 de maio de 1980, após definir a eutanásia, reitera-se, como a conduta positiva ou

---

88. Irineu Strenger, *Direito Moderno em Foco*, pp. 262-263. Indica o autor, ademais, que a referida declaração católica reconhece, porém, “os problemas que podem surgir quando a agonia é acompanhada de dores graves e dificilmente suportáveis sem o uso de narcóticos, uma vez que a prudência humana e cristã sugerem para a maior parte dos doentes o uso daqueles medicamentos que são aptos a diminuir ou suprimir a dor, ainda que possam derivar como efeitos secundários torpor e menor lucidez; quanto àqueles que não estejam em condições de exprimir, poder-se-á razoavelmente presumir que desejam tomar tais calmantes e ministrar-lhes o que aconselhar o médico”.

89. A Declaração do Vaticano sobre a Eutanásia acaba por concluir, de qualquer forma, que “na iminência de uma morte inevitável, apesar dos meios usados, é lícito em consciência tomar a decisão de renunciar a tratamento que dariam somente um prolongamento precário e penoso da vida, sem, contudo, interromper os cuidados normais devidos ao doente em casos semelhantes. Por isso, o médico não tem motivos para se angustiar, como se não tivesse prestado assistência a uma pessoa em perigo” (*in* [www.vatican.va/roman\\_curia/congregations/cfaith/documents/euthanasia](http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/euthanasia), em 2/12/07, às 10h55min)

90. Guilherme Alfredo de Moraes Nostre, *Bioética e Biodireito - Aspectos jurídico-penais da manipulação de embriões, do aborto e da eutanásia*, pp. 208-209. Anota, outrossim, que “com o cristianismo e a nova concepção de vida, criada por Deus à sua imagem e semelhança, operou-se completa reviravolta nos costumes e nos pensamentos relacionados à preservação da vida, vale dizer, ao suicídio e à eutanásia”, asseverando que, nesse contexto, a eutanásia não se distingue, como ofensa, ao Sexto Mandamento - ‘não matarás’, tanto assim que Santo Agostinho sustentou ser impensável ao homem receber qualquer tipo de alívio compassivo, mesmo que fosse muito intenso o sofrimento, posto que somente Deus, com a morte, poderia aliviar o sofrimento humano, devendo, assim, ser recebida como prova de fé cristã a agonia imposta. De igual modo Santo Tomás de Aquino, ao condenar a eutanásia e o suicídio por serem contra a lei da natureza e a caridade, e ainda porque o indivíduo, em verdade, pertence à sua comunidade, sendo a vida um dom de Deus, portanto com submissão única ao poder divino.

negativa que busca a morte com a finalidade de eliminação da dor, frisa que do texto declarado depreende-se que não é a eutanásia confundível com a morte sem dor, eis que esta pode ocorrer naturalmente, e nem mesmo com a morte decorrente da intervenção médica realizada com o escopo de aliviar as dores da doença e da agonia, à vezes até com o risco de antecipar a morte.<sup>91</sup>

A posição católica, dessa forma, transparece mesmo ser, em primeira análise, de todo contrária à eutanásia, reafirmando-se a intangibilidade da vida humana. A prática eutanásica em sentido mais amplo (em se admitindo englobar a eutanásia passiva e, sobretudo, a ortotanásia), entretanto, permite assinalar que, de alguma forma, existe flexibilidade, nesse particular, no tocante à matéria. Mesmo após declarar-se que a busca da morte para eliminação da dor, por meio de ação ou omissão, não é autorizável, pode-se assentar entendimento de que é aceitável, por não se confundir com os limites do conceito de eutanásia compreendidos pela Igreja, a busca da morte sem dor e que ocorra naturalmente.

É viável, nesse passo, a aceitação da suspensão de tratamento inútil e ineficaz, mantida somente a analgesia (medida paliativa) para a mitigação da dor, o que, *in casu*, indicaria situação típica ortotanásica, impeditiva da hipótese distanásica (ou até aproximada da eutanásia passiva, pelo risco, mesmo que não assumido, de antecipação do evento morte), ao se impedir o prolongamento artificial e desnecessário do período vital do indivíduo que padece de mal incurável, pois isso apenas fomentaria o seu sofrimento, permitindo-se, ao reverso, que a morte tivesse lugar no momento

---

91. Maria Júlia Kovács, de igual modo, fala que a Declaração sobre Eutanásia, da Sagrada Congregação para a Doutrina da Fé, é o documento mais completo sobre o assunto no catolicismo, aduzindo que nela a “eutanásia é condenada como violação da lei de Deus, ofensa à dignidade humana e um crime contra a vida”, o que não significa a preservação da vida a qualquer custo, prolongando a agonia e o sofrimento. De toda a forma, “o conflito sobre o que seriam tratamentos ordinários e extraordinários ainda continua, assim como uma grande preocupação com o sofrimento durante o processo da morte, e com a velhice indigna”, não sendo considerada eutanásia a interrupção de um tratamento, que não oferece cura ou recuperação e, principalmente, causa muita dor e sofrimento, daí porque deixar morrer não significa matar (*in Bioética nas Questões da Vida e da Morte*, pp. 141-142).

naturalmente certo. Do mesmo modo não é, por certo, condenável a atitude do médico que, no limite de sua arte e técnica, procura agir com o só objetivo de beneficiar o doente, arrefecendo a sua dor.

Depreende-se aceitável, pois, a partir da citada Declaração, a morte decorrente da intervenção médica realizada com a finalidade de aliviar o sofrimento e a agonia causados pela enfermidade, ainda que com o risco de antecipação da morte, daí a interpretação de que, de algum modo, o posicionamento quanto à eutanásia, em princípio inflexível, ganha certa mobilidade, muito embora a idéia central de intangibilidade da vida humana remanesça.<sup>92</sup>

Ainda nesse contexto Leo Pessini repisa que Pio XII, em discursos dirigidos aos profissionais da saúde, explicitou, com efeito, a posição cristã católica referente à matéria, lançando mão da distinção entre as formas eutanásicas direta e indireta. Se, por um lado, assevera-se, como já mencionado, que toda a forma de eutanásia direta (administração de narcóticos com o fim de provocar ou apressar a morte) é ilícita, porque, não sendo o homem dono, mas somente usufrutuário de seu corpo e existência, não pode dispor diretamente da vida, de outro lado assenta-se que “se entre a narcose e o encurtamento da vida inexiste algum nexos causal direto, posto pela vontade dos interessados ou pela natureza das coisas (e seria o caso se a

---

92. Guilherme Alfredo de Moraes Nostre, *Bioética e Biodireito ...*, pp. 227-229. Assenta o autor que a Igreja Católica sempre se posicionou de modo absolutamente contrário à eutanásia. No caso de morte iminente, entretanto, em face da distanásia, a Igreja “admite a recusa à insistência terapêutica, considerando que não se pode admitir o ato que prolonga a vida de forma puramente aparente e totalmente artificial”. Também recorda o discurso de Pio XII à Associação Médico-Biológica São Lucas, em que se distinguiu da eutanásia a decisão de renunciar ao chamado excesso terapêutico, que em verdade se consubstancia em certas intervenções médicas inadequadas à situação real do doente, já que não são proporcionais aos resultados esperados ou ainda são demasiadamente gravosas para o interessado e sua família, daí porque a renúncia a meios extraordinários ou desproporcionados não equivaleria ao suicídio ou à eutanásia (propriamente dita), eis que exprimiria, antes, a aceitação da condição humana perante a morte. Também no que concerne ao uso de analgésicos, outrossim, informa que os ensinamentos de Pio XII conferem licitude a essa utilização, mesmo que isso comporte risco de abreviar a vida, na hipótese de não existir outro modo de aliviar a dor. De igual forma seria lícito o uso de analgésicos que tolhem o uso da consciência, “desde que o paciente tenha tido tempo de cumprir seus deveres religiosos e morais para consigo mesmo, para com a família e a sociedade”.

supressão da dor não pudesse ser obtida senão por meio do encurtamento da vida), e se, pelo contrário, a administração de narcóticos produz, por si mesma, dois efeitos distintos, quais sejam, o alívio das dores e o encurtamento da vida, então a ação é lícita”.

Indica-se, assim, o conhecido princípio do duplo efeito, um desejado e o outro não, concluindo-se que a “supressão da dor e da consciência por meio de narcóticos (quando exigida por indicação médica) será permitida pela religião e pela moral, ao médico e ao paciente, mesmo ao aproximar-se a morte e prevendo-se que o emprego dos narcóticos abreviará a vida ...”.<sup>93</sup>

Nuñez Paz, do mesmo modo, indica que a postura tradicional católica a respeito da eutanásia se fundamenta, sobretudo, no preceito bíblico ‘não matarás’, que propugna a defesa da vida. Assim como já aduzido, lembra, entretanto, que esta intangibilidade da vida não conduz à sua idolatria e absolutização, pois não raro, em ocasiões específicas, o homem sacrifica sua própria vida para salvaguardar outros valores que com ela podem conflitar, como a liberdade, a solidariedade, a integridade ética e a própria fé religiosa, daí porque a compreensão de que santidade da vida pode desembocar, sem contradição, no princípio da qualidade de vida. Conseqüência disso seria, portanto, a possibilidade de se solicitar a interrupção de um tratamento médico para preservar a dignidade de uma vida plenamente humana.

---

93. Leocir Pessini, *Distanásia. Até quando prolongar a vida?* pp. 238-244. Indica que o catecismo da Igreja Católica, ao comentar o quinto mandamento ‘não matarás’, dispõe que “a interrupção de procedimentos médicos onerosos, perigosos, extraordinários ou desproporcionais aos resultados esperados pode ser legítima. É a rejeição da ‘obstinação terapêutica’. Não se quer dessa maneira provocar a morte; aceita-se não poder impedi-la. As decisões devem ser tomadas pelo paciente, se tiver a competência e a capacidade para isso; caso contrário, pelos que têm direitos legais, respeitando sempre a vontade razoável e os interesses legítimos do paciente. Mesmo quando a morte é considerada iminente, os cuidados comumente devidos a uma pessoa doente não podem ser legitimamente interrompidos. O emprego de analgésicos para aliviar os sofrimentos do moribundo, ainda que com o risco de abreviar seus dias, pode ser moralmente conforme à dignidade humana. Se a morte não é desejada, nem como fim, nem como meio, mas somente prevista e tolerada como inevitável, os cuidados paliativos constituem uma forma privilegiada de caridade desinteressada. Por esta razão devem ser encorajados”.



A regra geral ‘não matarás’, dessa forma, aceita exceções, defendidas por personalidades do mundo católico. Colaciona, nessa linha, o pensamento de Beristain Ipiña, em que se posta ser a consideração cristã do direito à vida como bem jurídico fundamental e como dom divino perfeitamente compatível com o princípio de que a pessoa possa dispor livremente, porém não caprichosamente, de sua vida. Com base no discurso de alguns Papas, dentre eles Pio XII, assenta, ainda, que se pode concluir pelo cabimento de um possível direito de morrer com dignidade.<sup>94</sup>

Ainda quanto ao catolicismo, compreendem Dereck Humphry e Ann Wickett que a Igreja romana tem postura de aceitação da eutanásia passiva (se posta como sinônimo da ortotanásia) e a recusa da ativa. No tocante a outros grupos cristãos, lecionam que a maioria deles não se opõe à eutanásia passiva, salvo os mórmons e alguns setores evangélicos. Ao revés, os anglicanos e os episcopais não recusam mesmo a forma ativa eutanásica, sempre que esta puder ser justificada, assim como ocorre com os metodistas unitários.<sup>95</sup>

O judaísmo, outrossim, segue aproximadamente a mesma linha, de acordo com o que está escrito na *Halakah* (tradição legal hebraica). Nela, entretanto, se distingue entre o prolongamento da vida do paciente, que é obrigatório, e o prolongamento da agonia, que não o é. Estabeleceu-se que se algo constitui obstáculo para a partida da alma, deve ser removido. Assim, com base nessa norma (glosa do *Shulan Arukh*), se estiver o médico convicto de que o paciente agoniza, ou seja, haja efetiva possibilidade de morte em até três dias, pode suspender as manobras reanimatórias e mesmo

---

94. Miguel Angel Núñez Paz, *Homicidio Consentido, Eutanasia y Derecho a Morir com Dignidad*, pp. 178-186.

95. Dereck Humphry e Ann Wickett (*El Derecho a morir*, pp. 377-384). Lecionam que os luteranos são, de igual modo, favoráveis à eutanásia passiva, mas condenam a ativa. Desfiam que o motivo pelo qual muitas igrejas aceitam a eutanásia passiva (aqui como indevido sinônimo de ortotanásia) se dá porque a consideram natural, correspondendo aos desígnios de Deus, enquanto a ativa equivale a um suicídio. De não se olvidar que enquanto na Grécia e Roma antigas aprovava-se o suicídio justificado, com o cristianismo grande alteração de posicionamento ocorreu. Entre os anos 354 e 430 Santo Agostinho elaborou a base filosófica de que a vida era um dom de Deus e o homem não podia violá-la. Santo Tomás de Aquino (1225-1274) reforçou tal argumento, afirmando que o suicídio era pecado mortal. De todo o modo, “o princípio da inviolabilidade da vida não está tão claro quanto parece e, com frequência, o próprio cristianismo colaciona exceções a ele”.

o tratamento não analgésico.<sup>96</sup> O homem, outrossim, para a religião judaica, não tem disponibilidade da vida e do próprio corpo, pertencente a Deus, que é o árbitro.<sup>97</sup> Sendo a vida um dom de valor infinito e indivisível, não existe diferença moral entre abreviá-la em muitos anos ou em poucos minutos.<sup>98</sup>

De qualquer maneira, a despeito de não ser reconhecido o direito de morrer, é o judaísmo, com efeito, sensível ao sofrimento, o que autoriza impedir-se o prolongamento desse sofrimento quando há mera manutenção artificial e desnecessária da vida sem esperança.<sup>99</sup>

Ao lado do cristianismo (ou, na verdade, mais particularmente da posição do catolicismo, majoritário entre as confissões cristãs) e do judaísmo, releva anotar o posicionamento de outras grandes religiões, como o islamismo e também algumas das denominadas orientais, tais quais o budismo e o hinduísmo, no tocante ao tema da eutanásia.

Leciona Maria Júlia Kóvacs que no islamismo (a literalmente significar ‘submissão a Deus’, tido como a força suprema que governa os homens),

---

96. Irineu Strenger, *Direito Moderno em Foco*, p. 263.

97. A *Halakah* é, em suma, contrária à eutanásia e “o médico é visto como um instrumento de Deus para preservar a vida humana, sendo-lhe defeso usurpar o direito divino de escolha entre a vida ou morte de seus pacientes. Para a *Halakah* a definição de morte não deriva exclusivamente dos fatos médicos e científicos, que apenas descrevem o aspecto fisiológico que observam, mas é uma questão ética e legal, da mesma forma que a fixação do tempo do óbito é questão moral e teológica” (in Guilherme Alfredo de Moraes Nostre, *Bioética e Biodireito - Aspectos jurídico-penais da manipulação de embriões, do aborto e da eutanásia*, pp. 227-230).

98. A grande questão para o judaísmo, ensina Maria Júlia Kovács (*Bioética nas Questões da Vida e da Morte*, p. 141), é definir o momento da morte, término da vida. Informa que a morte encefálica é o determinante do momento da morte, porém os mais tradicionais defendem como critério válido de morte a parada cardíaca e respiratória. Assenta, de outro modo, que rabinos de várias linhagens têm opiniões coincidentes no sentido de que “a morte não deve ser apressada e o moribundo deve receber os tratamentos dos quais necessita”, sendo a decisão sobre a própria morte cabível não ao indivíduo, mas aos rabinos que interpretam a Torah, aplicando seus conhecimentos à vida cotidiana, daí porque, mesmo não sendo possível a cura, não se deve deixar de cuidar e a pessoa não deve ser deixada só quando estiver morrendo, recordando-se de que o médico é um servo de Deus para cuidar da vida humana, não devendo antecipar a morte. Entretanto, deve-se ter em mente sempre a preservação da vida e não da agonia.

99. A postura dos judeus consiste na aceitação da eutanásia passiva, sob certas condições cuidadosamente analisadas. “Os pensadores judeus falam da eutanásia indireta, em que a morte do paciente é o resultado imprevisto de algum tipo de medicação que foi administrado com o único fim de aliviar a dor, ou ainda a consequência da interrupção do tratamento”. Ao mesmo tempo, repisa-se que o judaísmo considera o suicídio um pecado dos mais graves, sendo, assim, proibida a eutanásia ativa, voluntária ou não (Dereck Humphry e Ann Wickett, *El Derecho a morir*, p. 378).

existe a firme compreensão de que a vida humana é sagrada, razão pela qual tudo deve ser feito para protegê-la. Compreende-se, portanto, que o suicídio é uma transgressão e que o médico é um instrumento divino para salvar pessoas, não podendo tirar a vida de ninguém, nem mesmo por compaixão. De igual modo, não deve prolongá-la a qualquer custo, sobretudo quando a morte já está prestes a se instalar. Indica-se, mais particularmente, que as quatro grandes escolas islâmicas, fundadas por Abou Hassifa, Malek, Chaffei e Ahmed Ibem Handibal, têm a eutanásia como prática ilícita, mitigando-se, no entanto, a responsabilidade do autor da conduta. A posição da última dessas escolas, por exemplo, em relação à pena a ser aplicada ao infrator, é a de que o consentimento da vítima equivaleria à renúncia de reclamar a imposição de pena. O algoz, entretanto, deverá responder por seus atos perante Deus.<sup>100</sup>

Já no que pertine ao budismo, a vida, ao contrário das demais religiões, que a tem como sagrada, é tida como um bem precioso, mas não de âmbito divino.<sup>101</sup> Compreende-se a vida como transitória, sendo a morte inevitável, daí porque é relevante deixar que ela siga seu transcurso natural. Ademais, como a morte perturba o processo dos sobreviventes, “não deve ser prolongada indefinidamente quando não houver possibilidade de recuperação, mas, também, não deve ser apressada”. São permitidas, outrossim, as drogas para alívio da dor, ainda que possam matar o paciente, sendo absurdo, na visão budista, manter o paciente inconsciente e vivo, quando não há mais possibilidade de recuperação. Valoriza-se sempre a decisão pessoal sobre o tempo e a forma da morte, de modo que são condenados os atos que dificultem esta decisão ou que nublem a consciência da pessoa, repisando-se que a vida não é divina, mas sim do homem, sendo a evolução da pessoa (lei do Karma) a preocupação fulcral.<sup>102</sup>

---

100. Segundo Guilherme Nostre, *op. cit.*, pp. 228 e ss.

101. Conforme Maria Júlia Kovács, *op. cit.*, pp. 139-141.

102. Dereck Humphry e Ann Wickett, *op. cit.*, p. 379, assinalam que o budismo ortodoxo, por seu turno, condena a eutanásia passiva, mas não a ativa.

Por derradeiro, no tocante ao hinduísmo, não obstante sua escritura não faça referência expressa à eutanásia, é viável extrair-se de seu contexto “a proibição da interrupção da vida por piedade, pois a alma deve sustentar todos os prazeres e dores do corpo em que reside, embora na Índia antiga tenham sido prescritas medidas particulares para por termo à vida de pessoas afetadas por moléstias incuráveis”.<sup>103</sup> Os hindus e os sikhs, entretanto, confiam na autonomia e na consciência pessoal, podendo, em certos casos, justificar-se a referida prática.<sup>104</sup>

### **III.3- A Morte e a Ciência Jurídica**

#### **III.3.1 - A Morte, a Moral, o Direito e a Lei**

Se o Direito, em sentido geral e fundamental, é comumente conceituado como a técnica que visa a possibilitar a coexistência humana, sendo assim um conjunto de regras de conduta, justamente por tal fato é intrinsecamente ligado à ética e, por via de consequência, aos fundamentos da moral.

Maria Helena Diniz ensina que a Moral e o Direito têm em comum a ética, posto que ambos se constituem em normas de comportamento. Segue daí que as normas são sabidamente imperativas, por sua própria natureza, fixando diretrizes às condutas humanas, porém somente a norma jurídica é autorizante, distinguindo-se, assim, da moral.<sup>105</sup>

Prossegue anotando que a norma jurídica é bilateral, dirigindo-se às pessoas de dois modos, sendo autorizante e imperativa. É imperativa porque impõe dever a determinada pessoa, indicando o que deve ela fazer, ao

---

103. Guilherme Alfredo de Moraes Nostre, op. cit., pp. 230-231.

104. De acordo ainda com Dereck Humphry e Ann Wickett, op. cit, p. 379.

105. Maria Helena Diniz, Compêndio de Introdução à Ciência do Direito, p. 382.

mesmo tempo em que autoriza a pessoa lesada a exigir a prestação do dever, em caso de sua violação.

Assevera que as normas morais, como as demais, são unilaterais, posto que impõe tão somente dever, prescrevendo comportamento. Não autorizam, porém, que alguém empregue coerção ou coação para obtenção do seu cumprimento. Assim, é o autorizamento o que distingue a norma jurídica das demais, que são puramente imperativas. Aduz, ainda, que a separação entre norma moral e jurídica não é absoluta, pois sendo imperativa a norma de Direito, por fim é também ela uma norma moral.<sup>106</sup>

Miguel Reale, nessa esteira de pensamento, também lembra que a Moral é incoercível, enquanto o Direito é coercível, sendo a coercibilidade o que os distingue (nesse ponto, não se olvida de que Kelsen, ademais, já definiu o Direito como a ordenação coerciva da conduta humana). Ressalta que, a despeito da crítica da lei ser facultada, deve-se agir de acordo com ela mesmo sem lhe ofertar adesão de espírito. Sendo a lei a força que garante a realização da regra, daí parte a sua ligação direta com a idéia de direito, e então com a idéia de ética e, por fim, à noção de moral.<sup>107</sup>

Em seguida, aduz que o objeto da justiça é o direito que, por sua vez, é o efeito da lei, sendo sempre questão clássica, nesse passo, se a maior conveniência para a comunidade civil seria estar sob o regime de leis ou o regime de homens. Preleciona, assim, que a posição platônica e aristotélica, repudiando a paixão e seguida pela maioria, acabou sendo a de que o regime de leis seria o mais conveniente. Para tal regime se justificar, a lei escrita deveria concretizar a lei natural, para que se pudesse ter posterior sentença a ser, baseada na lei escrita, proferida segunda a reta razão. Esta, por sua vez, deveria orientar as decisões do legislador, após feitas as ponderações que deságuam na escolha pelo justo meio segundo

---

106. Maria Helena Diniz, *op.cit.*, p. 385.

107. Miguel Reale, *Filosofia do Direito*, pp. 708-709.

a lei natural, com orientação das condutas para o bem comum. Em assim sendo, haveria fruição dos benefícios que adviriam à sociedade, que de modo rápido se encaminharia para o fim por ela esperado e buscado.<sup>108</sup>

No mesmo contexto, trouxe Santo Agostinho, com os seus conceitos de justiça e de dar a cada um o seu, a noção do efetivo elo entre a moral e a lei.

Essa ligação foi bem indicada pelas suas idéias acerca da *lex aeterna* e da *lex temporalis*. O estudo da origem e limites (ou ausência de limites) da lei eterna, da lei divina, da lei natural e da lei humana, de toda e qualquer forma, trazem intrinsecamente uma cadeia de inspiração e de interpretação da concepção de justiça, intimamente ligada ao pensamento ético-moral.<sup>109</sup>

Tal concepção de justiça recorre ao neoplatonismo como fonte filosófica de inspiração, identificando delineamentos dicotômicos para o tema da justiça. Enquanto na justiça transitória se identifica a imperfeição e a corruptibilidade dos falsos juízos humanos, na justiça eterna identifica-se a perfeição e a incorruptibilidade dos juízos divinos. Por tal concepção, a lei eterna inspira a lei humana, da mesma forma que a natureza divina inspira a natureza humana.

Igualmente, a natureza humana pode ser dita natureza divina, já que tudo o que foi criado é fruto do Criador. Nesse passo, a lei humana é tida como também divina, pois a fonte última de toda a lei humana seria a própria lei divina. As eventuais imperfeições, incorreções e desvios daquela, inexistentes nesta, porém, derivariam diretamente das próprias imperfeições humanas (ligadas à noção do homem mortal e, por fim, às idéias da lei e sua relação com o evento morte).<sup>110</sup>

---

108. Miguel Reale, op. cit., p. 98.

109. Santo Agostinho, O Livre Arbítrio, pp. 33-37.

110. Conforme Eduardo C.B. Bittar e Guilherme Assis de Almeida, Curso de Filosofia do Direito, pp. 174 e ss.

### III.3.1.1 – A Lei e o momento da Morte (Implicações na Eutanásia, no Aborto e na Manipulação de Embriões).

A determinação do momento da morte foi, constantemente, objeto de dúvidas e das mais variadas indagações em distintos campos do conhecimento humano. A filosofia, a sociologia, a religião, a medicina e o direito, por exemplo, sempre procuraram indicar, por ser relevante ao estudo de temas essenciais imersos em cada um desses ramos da ciência humana (em sentido amplo), o momento exato do final (e correlatamente, também do inicial) da vida.

Com o advento dos transplantes, na década de 1960, os limites da vida mantida com máquinas começaram a ser questionados e o critério de morte passou a deixar de ser o da parada cardíaco-respiratória para se dirigir ao da morte encefálica, atualmente condição necessária e suficiente para se atestar a morte, posto que “define um ponto sem retorno no processo de morrer, no qual a perda de integração do corpo é definitiva”.<sup>111</sup>

Maria Júlia Kovács preleciona que a morte encefálica é a ausência total das funções cerebrais, coma irreversível, apnéia e reflexos, tendo sua definição se originado na França, a partir do *coma dépassé*, um estado além do coma. Diz que o encéfalo é um órgão crítico para o que se chama de vida, não podendo ser substituído, daí porque não importa que outros sistemas funcionem artificialmente, eis que é sabido que após a

---

111. Leocir Pessini. Distanásia. Até quando prolongar a vida? pp. 244. Essa alteração na determinação do momento da morte refletiu-se em todos os setores do conhecimento humano. A própria religião assumiu o novo conceito e assimilou as alterações impostas. “A pontifícia Academia de Ciências, no documento sobre o prolongamento da vida e a determinação da morte, de 21 de outubro de 1985, assume oficialmente, dentro da Igreja Católica, o novo conceito de morte cerebral, inicialmente elaborado pelo Comitê da Universidade de Harvard, em 1968, época do início dos transplantes cardíacos”. Aduz que é um marco histórico, pois é documento que acolhe oficialmente, no âmbito católico, o novo conceito de morte, que é a morte cerebral. A partir de então a definição de morte passou a indicar que a pessoa está morta quando sofreu uma perda irreversível de toda a capacidade de integrar e coordenar as funções físicas e mentais do corpo, verificando-se uma cessação sem reversão de toda a função cerebral. O eventual prolongamento artificial das funções vegetativas se dará, assim, apenas por indicação de uma possibilidade de transplante, devendo, em todo caso, respeitar-se as últimas vontades do doador ou o consenso da família.

morte encefálica, os outros sistemas, como o circulatório e o respiratório, também cessam após algumas horas ou dias.<sup>112</sup>

Assenta que a definição do momento da morte reveste-se de grande relevância, não somente para garantir os rituais fúnebres a quem efetivamente morreu, como também para se estabelecer o momento a partir do qual é possível e autorizável a retirada de órgãos para fins de transplante.

De igual modo ensina Irany Novah Moraes, asseverando que a doação de órgão é dos momentos mais delicados da medicina, eis que envolve o conceito de morte. Seu conceito biológico indica que morrer é ‘um processo que começa pelo cérebro, passa pelo encéfalo, chega às células nervosas da coluna e assim por diante’, razão pela qual, para a retirada de órgãos o momento deve ser aquele em que eles ainda podem ser reativados, porém quando não há mais qualquer possibilidade de vida do doador (a lei confere o conceito legal de morte, fixando o seu momento, porém determinando-se a submissão, no caso concreto, para efetivar tal fixação,

---

112. Maria Júlia Kovács, *Bioética nas Questões da Vida e da Morte*, pp. 120 e 145-148, indica que o *coma depressé*, descrito nos trabalhos de Mollaré e Goulon, em 1959, foi definido como um estado de irresponsividade, flacidez, dificuldade de regulação térmica, ausência de reflexos e falta de respiração autônoma, e como o termo gerou confusão com outros estágios do coma, passou-se a usar a expressão ‘morte encefálica’ para tal hipótese. Alerta que do ponto de vista biológico, “a morte pode ser vista como um processo que se inicia quando um órgão vital cessa seu funcionamento, e acaba quando todo o organismo se decompõe. A moral e a lei exigem que a morte seja tratada como evento no qual a impossibilidade de organização e integração das funções do corpo leva a uma perda do que é essencial e significativo de forma irreversível; ou seja, há impossibilidade de regeneração. Quando se chega a este estado, não vale a pena nenhuma intervenção ou substituição de órgãos. O Papa Pio XII, grande autoridade religiosa do século XX, se pronunciou a respeito da questão, afirmando que o prolongamento da vida é uma questão médica e não religiosa, e que critérios razoáveis devem ser aplicados neste caso”. Alerta ainda que o grande desenvolvimento das técnicas de reanimação, após a década de 1960, e da respiração artificial, em 1976, fez com que fosse necessário, para determinar a morte encefálica, diferenciar situações com características semelhantes. Enquanto na hipotermia e na intoxicação por drogas, por exemplo, há possibilidade de reversão dos quadros, na hipótese de morte encefálica há total irreversibilidade. Em virtude disso, tem sido necessário aguardar-se por setenta e duas horas para a conclusão do diagnóstico, sem se apressar a morte, ainda que para fins de transplante. De se lembrar, ademais, o surgimento de outro problema, consubstanciado no fato de ainda não serem os instrumentos avaliadores da morte encefálica de todo precisos. Assevera-se, nesse ponto, que o eletroencefalograma pode apresentar distorções, já ocorrendo casos de pessoas com traçado isoeletrico que, após, se recuperaram, e ainda situações em que o exame de angiografia, altamente invasivo e podendo causar danos adicionais, pode ser questionado, quanto à conveniência de sua realização para a verificação da morte encefálica, já que pode levar a uma lesão adicional que acaba sendo, ela própria, a causa da morte. Por fim, assinala que o parecer 12/98 do Código de Ética Médica se refere à morte encefálica como o momento do óbito, devendo a família ser avisada antes do desligamento dos aparelhos ou da não reanimação, informando-se que, constatada aquela, o prolongamento dos tratamentos pode configurar mera obstinação terapêutica.



aos padrões clínicos e tecnológicos determinados pelo conselho de medicina).<sup>113</sup>

Com efeito, mais recente e especificamente, a própria lei foi utilizada para essa determinação do momento da morte. A lei n. 9.434/97 (com alguns de seus artigos sob nova redação determinada pela lei 10.211/01), que trata da remoção de órgão, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, dispõe, em seu art. 3<sup>a</sup>, que “a retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina”.<sup>114</sup>

O art. 4<sup>o</sup> da referida lei, outrossim, determina, quanto ao consentimento, que “a retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplante ou outra finalidade terapêutica dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte.”

A lei, portanto, passa a definir, efetivamente, quando se deve ter a pessoa como morta. Dispondo a lei acerca da retirada de órgãos, tecidos

---

113. Irany Novah Moraes, Conceito Biológico de Morte (*in* [www. sescsp.org.br/sesc/revistas](http://www.sescsp.org.br/sesc/revistas), em 26/12/08, às 9h53min).

114. Debate acalorado também ocorreu no que toca ao parágrafo 1<sup>o</sup> do art. 4<sup>o</sup> da referida lei, já revogado pela lei 10.211/01, que determinava a obrigatoriedade da gravação, na carteira de identidade civil e na carteira nacional de habilitação, da expressão ‘não doador de órgãos e tecidos’, em relação à pessoa que optasse por essa condição. Marcelo Fortes Barbosa (*in* Remoção de Órgãos para Transplantes, Preleções Acadêmicas, Centro de Estudos Políticos e Sociais, caderno 1/98), quanto ao tema, opinou ser esse artigo de lei uma indiscutível e intolerável afronta ao Direito Natural, sendo a presunção da doação pela não declaração negativa um ato autoritário que implicava em estatização do corpo humano sem vida. Dizia, mais, que colocar o direito de decidir sobre a utilização do corpo sem vida nas mãos dos médicos seria abrir caminho perigoso à eutanásia e, ainda pior, às experimentações científicas, cuja matéria-prima é a vida humana.

ou partes do corpo humano *post mortem*, esta última expressão vem indicar, de forma clara, que a norma legal autoriza essa retirada porque evidentemente compreende que o termo final da vida do indivíduo já se concretizou, bem como que tal fato ocorre a partir da constatação da morte encefálica.

Depreende-se, portanto, que para a lei existe morte a partir da cessação plena e não reversível das funções cerebrais. *Contrario sensu*, entende-se que mesmo não tendo ainda havido a “morte cardíaca”, isto é, não tenha ocorrido total parada cárdio-respiratória, ainda que seja ela iminente, a norma legal permite considerar já morto o indivíduo com total ausência das funções encefálicas, após haver sido tal situação devidamente constatada por médicos, na forma estabelecida pela própria lei.

O criterioso seguimento dessa forma, posta pela norma, garante, legalmente, a efetiva e indubitável constatação da morte encefálica, trazendo proteção, sobretudo, aos profissionais de saúde envolvidos na prática da remoção de órgãos humanos, de modo a claramente isentá-los de responsabilização civil e criminal em uma situação sabidamente emergencial e geralmente permeada por questões emocionais das mais diversas, amparando e tranquilizando, de outro lado, familiares do doador dos órgãos, convencidos da ocorrência efetiva de morte, comprovadamente havida em momento anterior ao início da manipulação do corpo humano para os fins de retirada de órgãos e tecidos.

Diante da necessidade cabal de que sejam seguidos os procedimentos trazidos pela norma quanto à constatação da morte encefálica, assim como ao consentimento para a retirada de órgão ou tecido, a mesma lei já previu sanções penais e administrativas a quem violar a fórmula trazida pela legislação.

Nesse passo, o art. 14 da lei n. 9.434/97 dispõe que a remoção de tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa ou cadáver, em desacordo com

as disposições da referida lei é crime apenado com reclusão de dois a seis anos, além de multa. A sanção é exasperada caso o delito seja cometido mediante paga, promessa de recompensa ou outro motivo torpe.

A reprimenda é especialmente agravada, outrossim, se o crime é praticado em pessoa viva, resultando, para o ofendido, lesões corporais graves ou gravíssimas, ou ainda quando resulte morte, com pena, neste último caso, de oito a vinte anos de reclusão, além de multa.

Também é infração penal o recolhimento, o transporte, a guarda ou a distribuição de partes do corpo humano obtidas em desacordo com os dispositivos da norma legal em questão.

A lei, ademais, como explicita o seu artigo 3º, transcrito alhures, após anotar a senda a ser percorrida para a aceitação legal da constatação da morte encefálica, indica expressamente que, para finalizar esse caminho, deve se recorrer aos critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.<sup>115</sup>

O referido Conselho acabou por editar, em 1997, a resolução de número 1.480, após anotar, preambularmente, a necessidade dessa edição, por força de lei, justamente pela consideração de que a parada total e irreversível das funções encefálicas equivale efetivamente à morte, de acordo com critérios já bem estabelecidos pela comunidade científica mundial.

A resolução prossegue trazendo, preliminarmente, alguma idéia eutanásica ou, mais particularmente, uma noção “anti-distanásica”, considerando que deve se atentar para “o ônus psicológico e material causado pelo prolongamento do uso de recursos extraordinários para o suporte de

---

115. A resolução n. 1.480/97, do Conselho Federal de Medicina, com efeito, dispõe, em seu preâmbulo, que a referida resolução foi justamente editada em cumprimento ao que determina a lei n. 9.434/97, acerca da competência do Conselho para definir os critérios para diagnóstico de morte encefálica (fonte: [www.portalmedico.org.br/resolucoes](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes), em 15/10/07, às 11h38min).

funções vegetativas em pacientes com parada total e irreversível da atividade encefálica”, e ainda para a necessidade de uma indicação judiciosa para a interrupção do emprego desses recursos, além da adoção de critérios para a constatação indiscutível da ocorrência da morte, mais ainda em casos em que falte consenso sobre a aplicabilidade desses critérios, como nas hipóteses de crianças menores de sete dias e prematuros.

Dispõe a resolução, por fim, em seu cerne, o trâmite pelo qual deve passar o interessado para que, no campo médico (e também jurídico, posto que a lei, de se repisar, atribui ao próprio Conselho Federal de Medicina a competência para definição dos critérios para a constatação do termo final da vida) não parem dúvidas acerca da caracterização da morte encefálica, determinando que essa constatação deve se dar por meio da realização de exames clínicos e complementares durante intervalos variáveis, típicos de cada faixa etária, bem como que essa morte deverá ser conseqüência de processo irreversível e de causa conhecida, servindo como parâmetros clínicos para tal caracterização o coma aperceptivo, com ausência de atividade motora supra-espinal e apnéia, ao mesmo tempo em que os exames complementares devem demonstrar, inequivocamente, a ausência de atividade elétrica cerebral, ou ausência de atividade metabólica cerebral, ou ainda ausência de perfusão sanguínea cerebral.

Tem-se, assim, que foi pelo ordenamento jurídico efetivamente indicado o termo final da vida, ou seja, a lei, por derradeiro, assinalou exatamente o momento em que pode ser considerada morta a pessoa humana.

O conteúdo da chamada lei dos transplantes de órgãos, portanto, pelo seu caráter benemerente, logrou aceitação social mais ou menos geral em tema tão espinhoso como o de se anotar o exato momento da morte por meio de norma legal, situação que antes parecia ser de quase inviável solução.

A definição legal do momento da morte, ademais, tem extrema relevância, dentre outros, nos casos de eutanásia, de manipulação de células embrionárias e do aborto do feto anencéfalo. Em razão dessa delimitação posta pelo ordenamento jurídico, a discussão acerca do efetivo termo final da vida (ou mesmo da existência de traços vitais, nos termos trazidos pela lei) se encerra, ao menos no campo normativo.

Outrora, na seara legal, problema de grande monta existia para se apreciar a responsabilidade civil e, especialmente, a criminal do indivíduo que, por exemplo, matava por compaixão quem estivesse em estado terminal de doença incurável, em situação irreversível e provavelmente sem mais qualquer atividade cerebral. Em princípio, para o ordenamento jurídico pátrio, poderia ser responsabilizado penalmente quem assim agisse em relação à pessoa com morte encefálica, mas ainda com alguma atividade cardíaca.

Com a referida delimitação legal do momento da morte, tal não mais ocorre, posto que, em se constatando a morte encefálica, legalmente é considerado já morto o indivíduo, ainda que não tenha já se instalado a plena cessação do sistema cárdio-respiratório.

Em casos que tais, o indivíduo não poderia ser responsabilizado, por exemplo, por prática homicida (mesmo com características eutanásicas), eis que, se agiu no sentido do desligamento de aparelho mantenedor da respiração artificial ou mesmo se ministrou droga para cessar de vez a atividade cardíaca do interessado/paciente, delito de homicídio inexistiu, posto já haver morte encefálica instalada e constatada, conforme disposição legal.

Na hipótese apresentada, portanto, a pessoa, de acordo com a consideração legal, já não restaria com vida quando do desligamento do aparelho ou quando da aplicação da droga letal.

A definição legal do momento da morte, demais disso, também é relevante no que pertine à questão do aborto do anencéfalo, eis que, se tal situação é definitivamente constatada pelos mais modernos meios disponíveis no campo médico-tecnológico, tem-se a inexistência de toda atividade e função encefálica, o que levaria, na seara legal, em havendo manobra médica para a retirada do feto diante dessa circunstância, a uma não responsabilização penal por aborto, justamente, repise-se, em virtude do feto anencéfalo ser considerado, nos termos da própria lei, como já sem vida.

De igual modo, a indicação legal do termo final da vida é de vital importância na discussão pertinente à pesquisa com células-tronco embrionárias,<sup>116</sup> eis que nesse tema, correlatamente, impõe-se também com vigor o minucioso exame do termo inicial da vida. Nesse contexto, não de há muito foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal matéria pertinente à pesquisa com embriões humanos, ocasião em que se demonstrou o profundo alcance dessa discussão.<sup>117</sup>

Em memorável voto, ao julgar ação relativa à pesquisa com células-tronco embrionárias, o ministro Ayres Britto, em sessão realizada no Supremo Tribunal Federal, anotou, dentre inúmeros outros argumentos, não ter o embrião, na sua fase inicial, terminações nervosas ou qualquer função

---

116. Walter Ceneviva, no tocante ao embrião e sua disponibilidade, refere que o destino do material embrionário leva necessariamente à reflexão de que a perda da vida humana, tomada em si mesma, não é estranha à lei ou à natureza dos homens, posto que a questão está em se saber se a disposição que extingue o embrião, antes, envolve efetivamente a supressão de uma vida humana. Entende que extinguir a vida dentro da lei, no quadro de convicções ético-morais dominantes, é ato integrado à natureza do homem. A extinção forçada da vida, embora geralmente condenável, não constitui sempre infração ético-moral ou jurídica. As proteções legais ao nascituro ajudam a explicar a posição adotada. Se de um lado, por exemplo, falece o pai do nascituro, pode ser dado curador a ele, se a mulher grávida não tiver o poder familiar, porém, de outro lado, a mulher estuprada ou sem condições de saúde compatíveis com o parto, pode optar pelo abortamento (*in* Cadernos de Bioética do Cremesp. Destino de Pré-Embriões. Volume I, pp. 70 e 72).

117. De fato, em concorrida sessão do Supremo Tribunal Federal, havida em 5 de março de 2008, em caso considerado dos mais relevantes da história da Corte, iniciou-se julgamento acerca da constitucionalidade de pesquisas com células-tronco. O ministro Carlos Ayres Britto, relator da ação direta de inconstitucionalidade, em que o Ministério Público pedia a revogação de dispositivos da Lei de Biossegurança, julgou-a improcedente, votando pela continuidade das referidas pesquisa, sendo desde logo acompanhado, no mérito, pela então ministra-presidente Ellen Gracie (*in* [www. agenciabrasil.gov.br/noticias](http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias), acessado em 21/3/08, às 11h25min).

encefálica, daí porque, também para os fins legais, não ser considerado ser humano embrionário, mas sim embrião - de inviável desenvolvimento, estando fora do ventre materno - de ser humano.

Com efeito, o ministro-relator decidiu pela constitucionalidade do art. 5º, da lei 11.105/05 (Lei de Biossegurança), cujo texto dispõe que “é permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I - sejam embriões inviáveis; ou II - sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento”. Seguem, postos pela norma legal, três parágrafos, o primeiro relativo ao necessário consentimento dos genitores, o segundo à necessidade de submissão dos projetos de pesquisa à aprovação dos comitês de ética das instituições de pesquisa e serviços de saúde, e o último vedando a comercialização do material biológico em questão, implicando crime esta violação.

Ademais, em virtude da relevância do tema e da pertinência com o assunto central do presente estudo, merecem transcrição trechos do voto do ministro-relator relativos à correlação feita entre o conteúdo da Lei de Transplantes de Órgãos (lei n. 9.434/97), de um lado, e o da Lei de Biossegurança (lei n. 11.105/05), de outro.<sup>118</sup> Após discorrer sobre esta última, afirma o julgador que:

“trata-se de uma opção legal que segue na mesma trilha da comentada Lei 9.434/97, pois o fato é que um e outro diploma normativo se dessedentaram na mesma fonte, o § 4º do art. 199 da Constituição Federal, assim literalmente posto: ‘A lei disporá sobre condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias para fins de transplante, pesquisa e substâncias para fins de transplante,

---

118. *In* [www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticia](http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticia), em 21 de março de 2008, às 11h45min.

pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, vedado todo tipo de comercialização'. Providencial regra constitucional, essa, que, sob inspiração nitidamente fraternal ou solidária, transfere para a lei ordinária a possibilidade de sair em socorro daquilo que mais importa para cada indivíduo: a preservação de sua própria saúde, primeira das condições de qualificação e continuidade de sua vida. Regra constitucional que abarca, no seu raio pessoal de incidência, assim doadores vivos como pessoas já falecidas. Por isso que a Lei n. 9.434, na parte que interessa ao desfecho desta causa, dispôs que a morte encefálica é o marco da cessação da vida de qualquer pessoa física ou natural. Ele, o cérebro humano, comparecendo como divisor de águas; isto é, aquela pessoa que preserva as suas funções neurais, permanece viva para o Direito. Quem já não o consegue, transpõe de vez as fronteiras 'desta vida de aquém-túmulo', como diria o poeta Mário de Andrade".

Mais especificamente correlacionando as normas trazidas por ambas as leis mencionadas, continua o referido voto discorrendo que:

“O paralelo com o art. 5º da Lei de Biossegurança é perfeito. Respeitados que sejam os pressupostos de aplicabilidade desta última lei, o embrião ali referido não é jamais uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova. Faltam-lhe todas as possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas que são o anúncio biológico de um cérebro humano em gestação. Numa palavra, não há cérebro. Nem concluído nem em formação. Pessoa humana, por conseqüência, não existe nem mesmo como potencialidade. Pelo que não se pode sequer cogitar da distinção aristotélica entre ato e potência, porque, se o embrião *in vitro* é algo valioso por si mesmo, se permanecer assim inescapavelmente confinado é algo que jamais será alguém. Não tem como atrair para sua causa a essencial configuração jurídica da maternidade nem se dotar do substrato neural que, no fundo, é a razão de ser da atribuição de uma personalidade jurídica ao *nativivo*. O paralelo é mesmo este: diante da constatação médica de morte encefálica, a lei dá por finda a personalidade humana, decretando e simultaneamente



executando a pena capital de tudo o mais. A vida tão-só e irreversivelmente assegurada por aparelhos já não conta, porque definitivamente apartada da pessoa a que pertencia (a pessoa já se foi, juridicamente, enquanto a vida exclusivamente induzida teima em ficar). E já não conta, pela inescondível realidade de que não há pessoa humana sem o aparato neural que lhe dá acesso às complexas funções do sentimento e do pensar (*cogito, ergo sum*, sentenciou Descartes), da consciência e da memorização, das sensações e até do instinto de quem quer que se eleve ao ponto ômega de toda a escala animal, que é o caso do ser humano. Donde até mesmo se presumir que sem ele, aparato neural, a própria alma já não tem como cumprir as funções e finalidades a que se preordenou como hóspede desse ou daquele corpo humano.<sup>119</sup> Em suma, e já agora não mais por modo conceitualmente provisório, porém definitivo, vida humana já rematadamente adornada com o atributo da personalidade civil é o fenômeno que transcorre entre o nascimento com vida e a morte cerebral”.<sup>120</sup>

---

119. No que pertine ao cumprimento das funções e finalidades da alma, lembra o Ministro Ayres Britto que Santo Agostinho, no século V d.C., já se declarava inseguro no tocante à existência da alma desde o momento da concepção, enquanto Santo Tomás de Aquino, no século XIII da era Cristã, afirmava, de forma categórica, que o feto, no momento em que é concebido, não tem alma intelectual ou racional, adquirindo-a em algum momento posterior, qual seja, quarenta dias em caso de ser o feto masculino, de acordo com a doutrina tradicional católica, e ainda mais tarde no caso de um feto feminino. Anota ainda o magistrado em tela, lembrando lição de Ronaldo Dworkin acerca do autor da Suma Teológica, que as idéias de Santo Tomás sobre o desenvolvimento do feto, buscadas por ele em Aristóteles, eram a de que o embrião não se constitui em uma criança extremamente pequena, mas plenamente formada, que simplesmente aumenta de tamanho até o nascimento, como concluíram posteriormente os cientistas, ao utilizarem microscópios primitivos, mas sim se constitui em um organismo que se desenvolve primeiramente ao longo de um estágio essencialmente vegetativo, entrando, logo a seguir, em um estágio em que já estão presentes o intelecto e a razão (*in* [www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticia](http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticia), em 21 de março de 2008, às 11h45min).

120. Paul T. Schotsmans, por seu turno, afirma que a fertilização *in vitro* como processo da medicina reprodutiva é eticamente defensável do ponto de vista das possibilidades humanas. Sustenta que, a partir da visão personalista, parece ser tal prática eticamente defensável desde que se cumpram três condições relacionadas com as orientações elementares de valor, quais sejam, “a existência de um relacionamento verdadeiro entre o homem e a mulher que zelarão como pais pela futura criança (a relação dimensional), uma proteção adequada do embrião humano (o respeito pelo caráter único e inconfundível de cada ser humano) e um controle de qualidade social relativo à aplicação da técnica e de sua integração na sociedade democrática. Assinala que a essência e a condição moral do embrião constituem um tema particularmente volumoso e difícil na ética médica, tanto assim que a idéia de inviolabilidade da integridade do embrião humano levou a Congregação para Doutrina da Fé da Igreja Católica e outras organizações ocupadas com questões éticas a condenarem repetidamente atitudes instrumentais em relação à origem da vida. De toda a forma, atesta que o paradigma do ser humano como ‘criatura criadora’ permite integrar os desafios éticos da pesquisa em células-tronco humanas. Desafia, entretanto, que se o homem for encarado apenas e puramente como co-criador, tenderá a agir como se a vida humana tenha valor apenas na medida em que seja útil para a própria humanidade, sendo que, nesse caso, as células-tronco embrionárias poderiam ser tidas como meras matérias-primas que seriam manipuladas arbitrariamente, conforme as necessidades e os desejos humanos. De outro turno, se for encarado o

Pouco menos de três meses após o voto do ministro-relator, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento plenário, decidiu definitivamente pela constitucionalidade do citado art. 5º da Lei de Biossegurança, permitindo-se, assim, as pesquisas com células-tronco embrionárias humanas no país, sem novas restrições ou regulamentações, salvo as já determinadas pela própria lei.<sup>121</sup>

Inegável, portanto, que a legislação procurou colocar pá de cal nas dúvidas quanto ao assunto e findar, ao menos no campo normativo, a discussão quanto ao termo final da vida. Fazendo-o, acabou por também, de qualquer modo, indicar correlatamente o termo inicial da vida ou, no mínimo, trazer a possibilidade de se estreitar os limites dessa discussão,<sup>122</sup>

---

(cont.) 120. ... homem simplesmente como criatura, como um ser que não pode tocar na vida humana, “não somente a tecnologia de clonagem, mas toda a medicina fica difícil de justificar, isto porque a ciência médica toda, e não apenas a pesquisa de células-tronco embrionárias, tem como objetivo diminuir o sofrimento humano”. Conclui que, de uma ou outra maneira, o conceito da condição de criatura (ainda que com a qualidade criadora), e os aspectos de mortalidade e falibilidade que com ela se correlacionam, em conexão com a doutrina do pecado, dirigem-se a uma constatação importante para a humanidade, qual seja, a de “que não é lícito fazer tudo que seja possível fazer” (*in* O Homem Criador? Desenvolvimento na genética humana e os limites da autodeterminação humana. Bioética, Cadernos Adenauer, pp. 25-31).

121. O julgamento se findou em 29 de maio de 2008, e a decisão pela constitucionalidade se deu por seis votos a cinco (Fontes: Folha de São Paulo, manchete de 30 de março de 2008, e página virtual do STF, de mesma data). Em editorial, o periódico afirma que a declaração da constitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança, autorizando o uso de células-tronco embrionárias humanas em pesquisas, significa uma vitória da lógica e da razão prática sobre especulações de inspiração religiosa, alegando que seria contra-senso preferir manter, em nome de um etéreo princípio de respeito à vida, os blastocistos congelados indefinidamente, ao invés de utilizá-los em investigações médicas de alta relevância, passíveis de um dia debelar males atualmente incuráveis. A maioria dos magistrados, continua o editorial, “entendeu que a discussão, mesmo quando travada sob a égide de princípios e não em termos puramente pragmáticos, só pode ser equacionada no campo do direito, pois a ciência é incapaz de apontar um instante mágico a partir do qual um emaranhado de células se converte num ser humano titular de direitos”. Recorda que pessoas e embriões são, ambos, titulares de direitos, porém, de direitos diferenciados, tendo os indivíduos já nascidos total primazia, tanto assim que a lei penal, por exemplo, autoriza, desde a primeira metade do século XX, o chamado aborto necessário, executado por médico para salvar a vida da mãe, além dos sucessivos Códigos Civis determinarem que a personalidade civil surge com o nascimento com vida. Arremata que “a confirmação da validade constitucional da Lei de Biossegurança representa um ato de solidariedade intertemporal com as gerações que poderão beneficiar-se de novas terapêuticas. Significa, também, uma vitória da liberdade de pesquisa e do Estado laico sobre uma ética privada, a religiosa, a qual, embora merecedora de todo o respeito, não pode ser imposta ao conjunto de cidadãos.”

122. A referida discussão, de todo o modo, ainda que em primeira análise estreitada, indubitavelmente remanesce. Miguel Kottow Lang (*in* Cadernos de Bioética do Cremesp. Destino de Pré-Embriões, Volume I, pp. 44-45), afirma que o destino ou a disponibilidade do embrião é um problema novo, e ninguém jamais “se preocupou em falar do status do embrião até que se atingiu a capacidade técnica e científica de interferir na seqüência do mesmo, quer destruindo-o, quer impedindo-o de que nasça, quer fomentando-o, quer alterando-o artificialmente”. Assinala que o status ontológico do embrião, como sinônimo de status de ser moral, traz em si um conceito absoluto de existência, de modo que não haveria razão para supor outro momento do início do ser humano, a não ser o da concepção. Recorda, entretanto, que esse status é metafísico, portanto não físico e não demonstrável, sendo necessariamente artigo de fé, algo em que se pode crer ou não, já que inexistente demonstração biológica de que todo *conceptus*, isto é, todo óvulo fecundado, é ser humano ou é pessoa. Tem-se, pois, um argumento baseado em metafísica, impossível de se fazer valer entre quem dele não compartilha pela fé, que

direcionando-a à interpretação do texto legal para fins de aceitação de que a norma efetivamente trouxe, juridicamente, um marco (ou pelo menos uma indicação de um marco) inicial da vida, extraído do que já expressa a lei quanto ao marco final do período vital.<sup>123</sup>

De todo o modo, se essa discussão, no campo jurídico-normativo, com a determinação legal do momento exato do fim da vida parece arrefecida ou mesmo finda (o que ainda não ocorre com o seu marco inicial), o fato é que o problema persiste e, em face do conteúdo das leis em questão (dos Transplantes e de Biossegurança), até se acirra, em outros ramos do conhecimento.

Assim, não obstante agora exista no ordenamento jurídico a indicação do momento do termo final da vida, com reflexos legais de toda a ordem, as dissonâncias relativas ao tema ainda são bastante sentidas. Há, com efeito, profissionais das áreas mais próximas à questão, mormente operadores

---

(cont.) 122. ... varia de pessoa para pessoa ou de comunidade para comunidade, concluindo-se que do ponto de vista bioético não pode ele prosperar, eis que nunca atingirá consenso em toda uma sociedade leiga.

123. Ainda quanto ao voto do Ministro Ayres Britto, na ADIN relativa à Lei de Biossegurança, lembrou o magistrado (*in* [www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticia](http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticia), em 21 de março de 2008, às 11h45min) que diante de um embrião rigorosamente situado nos marcos do art. 5º da referida lei, tem-se uma vida vegetativa que se antecipa à do cérebro. Este ainda não chegou, assim como não chegou a maternidade. Nenhum deles jamais chegará, aliás, com o embrião fora do útero. Anota que nem por isso algo oriundo da fusão do material coletado em dois seres humanos deixa de existir no interior de cilindros e congelados tubos de ensaio, isto é, não deixa de existir pulsantemente, mas tal existência não tem a menor possibilidade de caminhar na direção transformadora de uma pessoa natural. Afirma, outrossim, que "... a escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo pelo embrião *in vitro*, menos ainda um frio assassinato, porém, ... um olhar mais atento para os explícitos dizeres de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica 'a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça' como valores supremos de uma sociedade mais que tudo 'fraterna', o que já significa incorporar às imperecíveis conquistas do constitucionalismo liberal e social o advento do constitucionalismo fraternal, tendo por finalidade específica ou valor fundante a integração comunitária." Nessa ordem de idéia, continua o voto a dispor, no tocante à correlação entre saúde e tecnologia, para a busca dessa fraternal integração comunitária, que "tão qualificadora do indivíduo e da sociedade é essa vocação para os misteres da Ciência que a Constituição mesma abre todo um destacado capítulo para dela, Ciência, cuidar de modo superlativamente prezável. É o capítulo de n. IV do título VIII, que principia com a peregrina regra de que 'O estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas' (art. 218, caput), regra de logo complementada com um preceito (§ 1º do mesmo art. 218) que tem tudo a ver com a autorização de que trata a cabeça do art. 5º da Lei de Biossegurança, pois assim redigido: 'A pesquisa científica básica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso das ciências". Nessa linha de pensamento, acabou o ministro por questionar, em verdade concluindo, que deixar de mais rapidamente contribuir para devolver pessoas acometidas de graves anomalias mentais e/ou físico-motoras à plenitude da vida poderia soar aos médicos, geneticistas e embriologistas como uma desumana omissão de socorro, instalando-se então o monstro da indiferença, além de se efetivar um atestado ou mesmo uma confissão de que o ordenamento jurídico deixou de se colocar ao lado dos que sofrem para se postar ao lado do sofrimento.

do direito e médicos que, movidos por questões sócio-culturais, filosóficas ou religiosas, afirmam a inconstitucionalidade das normas legais em tela, eis que atentariam contra o princípio da inviolabilidade da vida.

Os profissionais médicos que assim entendem, de seu lado, podem ainda argüir a existência de um imperativo de consciência que os impeça de agir de acordo com o preceito legal.<sup>124</sup>

A religião, outrossim, diante dos dogmas e convicções defendidos por cada confissão, pode exasperar ainda mais tal discussão, negando a lei e dizendo-a contrária aos preceitos religiosos abraçados desde tempos imemoriais.

O problema da aceitação da norma legal que indica o momento da morte, ademais, é acirrado, particularmente, na questão religiosa, já que cada fé pode compreender os termos inicial e final da vida de modo distinto, o que de fato ocorre, mesmo entre as religiões monoteístas.<sup>125</sup>

---

124. Opina Maria Böhmer (*in* Cadernos Adenauer, n. 1. Bioética. Pesquisa em células-tronco humanas com responsabilidade política, pp. 74-75), a demonstrar o vigor da discussão assinalada, que parece acertado vincular o início da vida a uma proteção total da vida, isto é, com a fecundação, o ato de criação do homem está concluído, sendo que a célula fecundada não contém um ser humano inteiro 'de maneira aleatória', porém todo um programa de vida, não no sentido de apenas uma possibilidade, mas sim com base na capacidade de se tornar uma pessoa, até porque a célula humana depende tão somente de si mesma e de seu meio ambiente para vir a se transformar em ser humano. Defende, outrossim, que "qualquer outra determinação do início da vida e qualquer desvinculação do direito integral à vida e da dignidade do início embrionário da vida tem, em contrapartida, o caráter da arbitrariedade... As idéias de desvincular do embrião o direito integral à vida e à dignidade humana, assim como de qualquer momento posterior do início da vida humana, diferente do da fecundação, são desenvolvidas em espaços não isentos de interesses... Trata-se da indisponibilidade da vida humana. A definição do início da vida influi diretamente sobre a definição do término da vida. Ambos são inquestionáveis".

125. Como já indicado alhures, no noticiado voto proferido pelo Ministro Ayres Britto a respeito da Lei de Biossegurança, lembra ele que, no próprio catolicismo, enquanto Santo Agostinho se declarava inseguro quanto à existência de alma desde o momento da concepção, Santo Tomás de Aquino, alguns séculos mais tarde, afirmava que no momento em que o feto é concebido não tem ele alma intelectual ou racional, sendo esta alma adquirida posteriormente ([www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticia](http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticia), 21/3/08, 11h45min).

III.3.1.2 - A Morte e o Direito Penal. O Homicídio no transcorrer da Legislação Penal pátria (e eventuais liames com o “Homicídio Eutanásico”).

Dentre os bens jurídicos tutelados pela lei penal não constitui novidade o fato de que a vida é, na generalidade dos ordenamentos jurídicos, o bem considerado mais precioso, estando normal e precipuamente em patamar superior aos demais, ainda que possa restar também, em certas sociedades e em determinados momentos históricos, em próximo grau de relevância em relação a outros valores essencialmente caros, como os da dignidade humana, liberdade de ir e vir, de expressão e de crença.

Não à toa, outrossim, pela preciosidade do bem jurídico em tela, tem a questão eutanásica suscitado tanto debate, ao confrontar bens jurídicos com os mais esparsos valores sociais, impondo apreciação direta do balanceamento entre tais bens e valores, e também entre dois ou mais bens tutelados pela lei, mormente quando advindos de princípios constitucionais, criando conflitos (aparentes ou reais) de normas muitas vezes compreendidas, de início, como inconciliáveis, parecendo indicar como insolúveis tais conflitos.

É o que ocorre quando se coloca a proteção da vida em estado terminal e, portanto, já fisicamente precária, de um lado, e a dignidade da pessoa humana, a liberdade de expressão e de escolha, a intimidade e a autonomia pessoal, de outro, dentro de uma visão eutanásica.

De todo o modo, não existindo, ainda, na lei penal pátria, a figura da eutanásia e da ortotanásia, ou mais propriamente, do homicídio eutanásico (ativo ou passivo) ou ortotanásico (muito embora homicídio ortotanásico reflita contradição em seus próprios termos, eis que a ação ortotanásia, por sua definição defendida neste estudo, não constitui qualquer prática homicida,

daí porque mais conveniente o uso da expressão ‘conduta ortotanásica’), interessa trazer apontamentos, na legislação, acerca do homicídio, através dos tempos, bem como a verificação quanto a eventual existência de pontos, inseridos no tema, algo aproximados da noção de morte piedosa.

Antes da chegada dos portugueses ao Brasil, os assassinatos em tempo de guerra e em razão dela, para as instituições indígenas, não configuravam, em princípio, qualquer ilícito, não determinando punição. Demais disso, como anota José Henrique Pierangelli, a guerra não era movida por motivos econômicos até o descobrimento, sendo o motivo das hostilidades a captura de prisioneiros para ritos antropofágicos, a tomada de troféus ou ainda para vingar os parentes mortos.

Após o estabelecimento dos europeus no país, vigoraram as Ordenações Afonsinas, que não chegaram a influir efetivamente no Brasil, eis que, revisadas pouco após o descobrimento, passaram a ser publicadas já com o nome de Ordenações Manuelinas (1521), estas já com alguma aplicação nos escassos agrupamentos formados na faixa litorânea pátria, muito embora, em verdade, ainda imperasse o arbítrio dos donatários das capitanias, em um direito informal e personalista, posto que todo o exercício da justiça lhes era entregue por meio das cartas de doação.<sup>126</sup>

Apenas mais tarde, com os governadores-gerais e uma administração algo centralizada, a aplicação da legislação do reino se tornou efetiva, daí porque foram as Ordenações Filipinas (1603) as que, com mais força e por mais tempo, foram utilizadas durante o longo período colonial, chegando à época do Brasil como reino unido a Portugal e mesmo até quase a totalidade do primeiro império, quando adveio o Código Criminal de 1830.

O livro V das Ordenações Filipinas, que compila as normas penais, ostenta um conteúdo misto entre o despotismo e a beatice, trazendo sanções infamantes e abusando do degredo, das galés e do açoite, além de

---

126. José Henrique Pierangelli, *Códigos Penais do Brasil, Evolução Histórica*, pp. 5-7.

aplicar largamente a pena de morte (até mesmo por redução a pó do condenado, queimado em fogueira), ainda que em crimes sem maior gravidade, em franco desprezo aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Em seu título XXXV do livro V (“Dos que matão, ou ferem, ou tirão com Arcabuz, ou Besta”), tratam as Ordenações Filipinas do homicídio, dispondo que “qualquer pessoa, que matar outra, ou mandar matar, morra por ello morte natural”. Trata a lei, logo após, ainda em relação à conduta provocadora da morte alheia, a respeito do instituto da legítima defesa e do excesso na utilização dessa excludente, assim a descrevendo: “porém se a morte for em sua necessária defesa, não haverá pena alguma, salvo se nella excedeo a temperança, que devêra, o poderá ter, porque então será punido segundo a qualidade do excesso”.

Segue a norma a indicar, ademais, que “se a morte for por algum caso sem malícia, ou vontade de matar, será punido, ou revelado segundo sua culpa, ou innocencia, que no caso tiver”.<sup>127</sup>

Esta disposição legal, em leitura mais atenta, trata não apenas do homicídio culposo (‘morte sem vontade de matar’), como também, de qualquer modo, de uma fórmula inicial de homicídio privilegiado e, mais amplamente, muito embora nada mencione quanto ao chamado homicídio piedoso, de uma noção primária de não punição da conduta que, sem malícia, provocou a morte, o que, por extensão, poderia abarcar, ainda que apenas para estudo acadêmico, uma conduta eutanásica.

---

127. Prossegue o título XXXV das Ordenações Filipinas dispondo, em texto demonstrador do conteúdo beato e despótico, que “se algum Fidalgo de grande solar matar alguém, não seja julgado à morte, sem no-lo fazerem saber, para vermos o stado, linhagem e condição da pessoa, assi do matador, como do morto, qualidade e circunstância da morte, e mandarmos o que for serviço de Deos, e bem da Republica”. Prossegue anotando que “qualquer pessoa que matar outra por dinheiro, ser-lhe-ão ambas as mãos decepadas, e morra morte natural, e mais perca a fazenda para a Coroa do Reino, não tendo descendentes legítimos” ... “e se alguma pessoa, de qualquer condição que seja, matar outrem com Besta, ou Espingarda, além de por isso morrer morte natural, lhe serão decepadas as mãos ao pé do Pelourinho” ... “e se ferir em rixa com cada hum dos ditos tiros, postoque não mate, se for Scudeiro, e dahi para cima, seja degradado dez annos para o Brazil, com hum pregão na audiência: e se for peão, seja publicamente açoutado, e degradado, com barço e pregão pela Villa, por dez annos para o Brazil” (*in* José Henrique Pierangelli, *op. cit.*, pp. 40-41)

Essa conclusão, em primeira análise, pode transparecer uma forçada e indevida interpretação, dirigida deliberadamente a determinado sentido. Ainda que evidentemente haja ampliação interpretativa do que, em princípio, parece emergir de uma leitura perfunctória da norma legal, o fato é que, aprofundando-se a análise de seu conteúdo, tem-se que não é absurdo compreender-se a citada disposição de lei também como um ponto embrionário da idéia de um homicídio piedoso.

O texto normativo em tela parece abranger, pois, três figuras, sendo uma delas, repise-se, a do homicídio culposo (“e se a morte fôr por algum caso sem ... vontade de matar ... revelado segundo sua culpa...”), e as demais, decorrentes da fórmula da ‘morte sem malícia’.

Como segunda figura poderia se falar em situação aproximada do que ora se tem como homicídio privilegiado (“e se a morte for por algum caso sem malícia ... revelado segundo sua culpa...”), ou seja, a existência de uma morte provocada sem malícia, sendo responsabilizado o agente segundo a sua culpabilidade.

Pode-se, no caso, ser compreendida a ocorrência do evento morte, não causado “maliciosamente” e antecedido, por exemplo, por uma circunstância provocadora de violenta emoção no agente, ou que lhe propicie agir por algum valor moral relevante.

A terceira figura que poderia ser extraída do texto legal se consubstanciaria no homicídio a tal ponto sem malícia que simplesmente não ensejasse punição qualquer. Esta ausência de sanção, outrossim, não se confundiria com uma excludente de ilicitude tal qual a legítima defesa, tanto assim que esse instituto fora tratado, pela lei, em parágrafo distinto, conforme alhures anotado.

Pelo que se depreende da norma, a não punição se daria por circunstâncias outras que levariam diretamente à declaração de inocência do



agente (“e se a morte fôr por algum caso sem malícia ... revelada innocencia...”).

Em sendo assim, este homicídio sem malícia poderia, de algum modo, e sem pretender abusar-se da arte interpretativa, abranger a figura do homicídio piedoso, ligada indelevelmente à prática eutanásica.

Demais disso, a norma fala, com efeito, em possibilidade de inocentar, em certos casos, quem mata sem malícia. Ora, se malícia significa má-fé, astúcia, ardil, o agir com plena consciência do mal e do dano causado a outrem, tendo como antônimos a candura e a ingenuidade, e se maléfico é tudo o que provoca dano e prejuízo, sendo o contrário de benéfico,<sup>128</sup> pode se pressupor, em dispondo a lei acerca da não punição do homicídio praticado sem malícia, que a norma admite, de alguma maneira, a provocação da morte ‘cândida’, isto é, da morte ‘benéfica’ ou ‘benemerente’, o que certamente poderia abarcar a figura da eutanásia.

Segue, portanto, que bem poderia o aplicador da lei, à época, deixar de punir, por exemplo, uma prática eutanásica, baseando-se na interpretação do conteúdo da norma em comento. Outra é a discussão, no entanto, acerca da ocorrência efetiva dessa aplicação.

Muito provavelmente, aliás, ou mesmo certamente, não deve ter sido utilizado o benefício legal em tela, com a não punição ou com a imposição de sanção especialmente mitigada ao ‘homicida sem malícia’, nos casos eutanásicos, mormente pela notória força político-legislativa e influência na distribuição da justiça por parte da fé oficial de então, amparada nos rígidos preceitos religiosos contrários a essa prática.

Com efeito, não se pode olvidar da cabal influência da religião oficial e da Igreja que a comandava em todos os setores sociais, situação

---

128. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, pp. 1.820-1822.

---

fartamente verificada nas Ordenações, em que se aplicava de maneira muito larga a pena de morte nos casos das infrações a dogmas religiosos, punindo-se qualquer pessoa que, desviando-se do que determinava a fé oficial, fosse considerada herege.<sup>129</sup>

O Código Criminal do Império, de 1830 (vigorando a partir de janeiro de 1831), outrossim, quanto ao homicídio, dispunha, em seu artigo 192, que “matar alguém com qualquer das circunstâncias agravantes mencionadas no artigo dezesseis, número dois, sete, dez, onze, doze, treze, quatorze e dezessete”, fazia com que se impusesse a peã de morte no grau máximo, a sanção de galés perpétuas no grau médio e a reprimenda de vinte anos de prisão com trabalho no grau mínimo.<sup>130</sup>

---

129. De fato, o texto das Ordenações Filipinas (*in* José Henrique Pierangelli, *Códigos Penais do Brasil, Evolução Histórica*, pp. 17 e seguintes) está pleno de considerações religiosas e de ‘tipos’ penais relacionados com a confissão religiosa oficial. Tal a importância dedicada ao tema, que já no Título I, antes mesmo do homicídio e de outros delitos hodiernamente apenados mais gravemente em razão da tutela dos mais valiosos bens jurídicos, e ainda antes do título “Dos Crimes de Lesa Magestade” (título VI), as Ordenações dispõem acerca “Dos Hereges e Apostatas”, determinando que “o conhecimento do crime da heresia pertence principalmente aos Juizes Ecclesiásticos. E porque elles não podem fazer as execuções nos condenados no dito crime, por serem de sangue, quando condenarem alguns hereges, os devem remetter a Nós com as sentenças que contra elles derem, para os nossos Dezembargadores as verem: aos quaes mandamos que as cumpram, punindo os hereges condenados, como por Direito devem”. Logo segue o Título II, que trata “Dos que arrenegão, ou blasfêmão de Deos, ou dos Santos”, anotando que “qualquer que arrenegar, descrer, ou pezar de Deos, ou de sua Santa Fé, ou disser outras blasfêmias, póla primeira vez, em sendo Fidalgo, pague vinte cruzados, e seja degradado hum anno para África. E sendo Cavalleiro ou Scudeiro, pague quatro mil reis, e seja degradado hum anno para África. E se for peão, dem-lhe trinta açoutes ao pé do Pelourinho com baraço e pregão, e pague dous mil reis. E póla segunda vez, todos os sobreditos incorram nas mesmas penas em dobro. E póla terceira vez, além da pena pecuniária, sejam degradados trez annos para África, e se for peão, para as Galés... Porém, se alguma pessoa de qualquer condição per algumas outras palavras mais enormes e fêas blasfemar, ou arrenegar de nosso Senhor, ou de nossa Senhora, fique em alvidrio dos Julgadores lhe darem outras maiores penas corporais, segundo lhes per Direito parecer, havendo respeito à graveza das palavras, e qualidade das pessoas, e do tempo e lugar, onde forem ditas”. Nesse mesmo caminho tratam o título XIV, acerca “Do Infiel, que dorme com alguma Christã, e do Christão, que dorme com Infiel” (“qualquer Christão, que tiver ajuntamento carnal com alguma Moura, ou com qualquer outra Infiel; ou Christã com Moura, ou Judeu, ou com qualquer outro Infiel, morra por isso, e esta mesma pena haverá o Infiel”), o título XCIV, acerca de multa e confisco de bens “dos Mouros e Judeus, que andão sem sinal”, e o título XCIX, do confisco de bens “dos que tiverem scravos de Guiné” e não os batizarem como cristãos em até seis meses.

130. Extraído da mesma fonte supra indicada, tem-se que o art. 16 do Código Criminal do Império do Brasil trazia, como agravantes dos delitos, inúmeras circunstâncias, postas em dezessete parágrafos. Ao homicídio, em especial, agravavam a pena, como qualificadoras em sentido estrito, alterando abstratamente os graus mínimo e máximo de pena, o fato de “ter o delinqüente commettido o crime com veneno, incêndio ou inundação” (§ 2º), de “haver no offendido a qualidade de ascendente, mestre ou superior do delinqüente, ou qualquer outra que o constitua a respeito deste em razão de pai” (§ 7º), de “ter o delinqüente commettido o crime com abuso da confiança nelle posta” (§ 10º), de “ter o delinqüente commettido o crime por paga ou esperança de alguma recompensa” (§ 11º), de “ter precedido ao crime a emboscada, por ter o delinqüente esperado o offendido em um ou diversos lugares” (§ 12º), de “ter havido arrombamento para a perpetração do crime” (§ 13º), de “ter havido entrada ou tentativa para entrar em casa do offendido com intento de commetter o crime” (§ 14º), e de “ter precedido ajuste entre dous ou mais indivíduos para o fim de commetter-se o crime” (§ 17º).

O art. 193, outrossim, determinava sanções menos rigorosas, e sem a pena de morte, se o homicídio não estivesse revestido das circunstâncias agravantes indicadas no artigo anterior.

O Código Criminal de 1830 também nada menciona acerca do homicídio piedoso, passando ao largo de qualquer tratamento de condutas eutanásicas. De qualquer forma, assim como se procurou fazer no estudo da legislação penal anterior à do período imperial, tem-se que, para fins de pesquisa histórica, é viável dizer que algum embrião referente ao “homicídio por compaixão” pode ser vislumbrado no Código em questão.

O capítulo que trata dos crimes justificáveis dispõe essencialmente acerca da legítima defesa própria e de terceiro, dentre outras justificativas para o delito (§ 2º a 6º do art. 14 do Código Criminal do Império). O *caput* e o parágrafo primeiro do artigo catorze do referido estatuto, entretanto, determinam que “será o crime justificável, e não terá lugar a punição delle: § 1º Quando fôr feito pelo delinquente para evitar mal maior.<sup>131</sup> Para que o crime seja justificável, neste caso, deverão intervir conjuntamente a favor do delinquente os seguintes requisitos: 1º, certeza do mal que se propôz evitar; 2º, falta absoluta de outro meio menos prejudicial; 3º, probabilidade da eficácia do que se empregou”.<sup>132</sup>

A amplitude dessa disposição legal, posta no capítulo dos crimes justificáveis (crime praticado para evitar mal maior), permite interpretar que poderia ela abarcar o homicídio piedoso. Também aqui é outra a discussão acerca da efetiva aplicação da disposição em tela aos casos eutanásicos,

---

131. No tocante à questão de balanceamento entre um e outro mal, Santo Tomás de Aquino, em sua Suma Teológica, 2ª parte da 2ª parte, questões 1-79, p 2.544, assenta, como uma das várias premissas a serem debatidas, e ainda que chegue à solução outra (qual seja, a da absoluta ilicitude do matar ou, particularmente, do matar-se), que seria “lícito sujeitarmo-nos espontaneamente a um perigo menor para evitar um maior; assim como nô-lo é amputar um membro gangrenado, para salvar a vida do corpo. Ora, às vezes, matando-nos a nós mesmos, evitamos um mal maior; quer, uma vida miserável; quer, a torpeza de algum pecado. Logo é lícito matar-se um a si próprio”.

132. Além de ser esta uma causa de justificação, se presentes imperativamente os requisitos de lei para tal, também se considera circunstância atenuante ter o delito sido praticado, sem a indicação de outros pressupostos, simplesmente para evitar maior mal - art. 18, § 2º do Código Criminal do Império (fonte: José Henrique Pierangelli, op. cit, p. 170).

mormente levando-se em consideração a época em que vigorava a norma (século XIX, ainda com a influência ampla e firme da religião sobre a produção legislativa e, após, em relação aos julgadores que aplicavam a lei).<sup>133</sup> De qualquer modo, o fato é que, analisando os requisitos da justificação em comento, poderia haver defesa, ainda que meramente formal, de sua aplicação na prática eutanásica.

Os requisitos da justificação em tela podem se acoplar, com efeito, à idéia do homicídio piedoso. Como já anotado, para que seja a conduta justificada no caso em questão, deve o agente ter a ‘certeza do mal que se propôs evitar’. Ora, se o indivíduo a quem se dirige a ação (ou omissão) está em indubitável estado terminal e em situação de profundo sofrimento causado por enfermidade irreversível, procurando-se, com a conduta, evitar-se mal maior, qual seja, o prolongamento desnecessário e intolerável do sofrimento, pode se aceitar, ainda que em uma interpretação mais ampla da norma, seja tal conduta justificada.

Os demais requisitos dessa causa de justificação também se amoldam, em primeira análise, ao homicídio por paixão. O segundo deles, tratando da ‘falta absoluta de outro meio menos prejudicial’, ao se transportar para a prática eutanásica, pode compreender a situação em que, justamente em virtude da irreversibilidade do mal, e diante do grau do conhecimento médico do momento e da tecnologia disponível à época, não seja mais possível alterar positivamente o quadro atual, não existindo outro meio menos prejudicial ao ofendido (paciente, no caso), que invariavelmente prosseguirá com sofrimento desnecessário, por tempo indefinido, do que, a seu pedido, procurar findar esse seu sofrimento. Ao mesmo tempo, o requisito da

---

133. A Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824, oferecida e jurada pelo Imperador em nome da Santíssima Trindade, logo no artigo 5, do título 1º, dispunha, demonstrando a influência da religião oficial, que “a Religião Catholica Apostólica Romana continuará a ser a religião do Império. Todas as outras Religiões serão permittidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior de Templo” (*in* Alexandre Sanches Cunha, *Todas as Constituições Brasileiras*). Nesse passo, o art. 276 do Código Criminal do Império tipificava como crime “celebrar em casa ou edificio que tenha alguma fórma exterior de templo, ou publicamente em qualquer lugar, o culto de outra religião que não seja a do Estado”, determinando, como pena, a dispersão pelo juiz de paz dos que estiverem reunidos para o culto, a demolição da forma exterior de templo e multa, a cada criminoso autor, de dois a doze mil réis.

‘probabilidade da eficácia do que se empregou’ pode ter presença afirmada, na situação em comento, ao se verificar que o meio utilizado é eficaz para o fim proposto, qual seja, o de impedir o mal maior (sofrimento desnecessário e por prazo indefinido), estando-se certo do mal que se desejou evitar, por único meio menos prejudicial (prática tendente a evitar a distanásia) e de maior eficácia (uso do conhecimento e da tecnologia para, por piedade, trazer, sem dor ou maior sofrimento, o evento morte já próximo e irreversível).

O primeiro estatuto criminal republicano, o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, de 1890, em seu art. 24, do título III, que trata também das causas que dirimem a criminalidade e justificam os crimes, determina que “as ações ou omissões contrárias à lei penal que não fôrem commettidas com intenção criminosa, ou não resultarem de negligência, imprudência ou imperícia, não serão passíveis de pena”. Ao mesmo tempo, dispõe o art. 26, letra “c”, que não dirimem, nem excluem a intenção criminosa, o consentimento do ofendido.<sup>134</sup>

Por fim, repetindo o Código Criminal do Império, o art. 32 determina que “não serão criminosos (§ 1º) os que praticarem o crime para evitar mal maior”, devendo, para a justificação da conduta, intervir conjuntamente em favor do agente os mesmos requisitos postos pelo código do período imperial (certeza do mal que se propôs evitar, falta absoluta de outro meio menos prejudicial e probabilidade de eficácia do que se empregou).

As regras mencionadas no referido art. 32, como já proposto alhures, poderiam fundamentar a justificação de uma conduta eutanásica, mormente se apreciadas em conjunto com as trazidas pelo art. 24 supracitado. No tocante ao conteúdo desse último, tem-se expressamente que, a despeito do consentimento do ofendido não excluir a infração penal, as ações ou omissões, ainda que contrárias à lei penal, não serão passíveis de

---

134. José Henrique Pierangelli, op. cit., pp. 271-272.

pena, caso não sejam praticadas com intenção criminosa, com a vontade de se praticar o crime.

Depreende-se que, se de um lado a aquiescência não exclui o delito, de outro, consentindo ou não o ofendido, em não havendo ‘intenção criminosa’ (para não fugir à exata expressão utilizada pela norma legal da época), não haverá imposição de pena, precisamente pela existência, se não de motivo justificador do crime, certamente de causa que dirime (impede, obstrui, suprime, extingue, desfaz) a criminalidade (seguindo locução posta na lei), o que poderia, ao menos por critério geral e abstrato, englobar a conduta eutanásica, posto que esta se consubstancia em uma ação ou uma omissão, de início contrária à lei penal, mas certamente não praticada com intenção criminosa, e sim motivada por piedade e compaixão, diante de uma indubitável situação em que se procura evitar mal maior.

O mesmo código penal de 1890 dispõe especificamente sobre o homicídio em seu art. 294, anotando pena de doze a trinta anos de prisão celular no caso do homicídio perpetrado com circunstâncias agravantes, e de seis a vinte e quatro anos para o referido delito na sua forma simples. O parágrafo 2º do art. 295, outrossim, traz interessante disposição indicativa de situação que poderia se ligar, de alguma maneira, a uma conduta eutanásica, mormente na sua forma omissiva, interpretando-se o ‘mal’ causado como modo de evitar o ‘mal maior’, havendo, *in casu*, expressiva redução nos limites de pena abstratamente cominadas.

Com efeito, dispõe o citado parágrafo que se a morte resultar não da verificação de um mal mortal, mas sim por ter o ofendido deixado de observar o regime médico-higiênico reclamado pelo seu estado, a reprimenda cominada ao agente sofre aguda redução em relação ao homicídio simples, sendo graduada de dois a oito anos de prisão celular. A hipótese poderia englobar o caso do ofendido que não pudesse agir, por si só, em razão de seu estado, mas que aquiescesse ou mesmo reclamasse ao agente que este deixasse de observar as medidas médicas pertinentes.

A Consolidação das Leis Penais, de 1932, repete essencialmente as disposições do código penal anterior no tocante às “causas que dirimem a criminalidade e justificam os crimes” e ao capítulo que trata do homicídio, também nada tratando, mormente de forma expressa, a respeito do homicídio piedoso.

O Código Penal de 1940, outrossim, retirou as explícitas menções, antes postas pela norma, de justificação do delito nas situações em que o agente procurava, com sua conduta em princípio infratora da lei penal, evitar ‘mal maior’, ou em que não houvesse ‘intenção criminosa’, ou ainda em que ocorresse o resultado por falta de observância das medidas médico-higiênicas (por parte do ofendido ou mesmo de alguém por ele, com sua aquiescência), reclamadas pelo estado do interessado.

A possibilidade de se justificar uma conduta provocadora da morte, ligando-a a uma prática eutanásica, com base na interpretação do que consta da lei penal, foi, assim, reduzida ou inviabilizada. Antes, já poderia não ser aceitável uma interpretação nesse sentido, do ponto de vista cultural, mormente para a época em que vigoravam os códigos anteriores, ainda que a lei concedesse, em primeira análise, mais amplitude para a defesa de uma justificação nesses casos. Agora, ao contrário, mesmo que possa não haver um quase intransponível impedimento sócio-cultural como outrora, é a lei penal que, ao menos pelo seu texto expresso, não traz maior subsídio para uma justificação criminal da conduta eutanásica.

O Código Penal de 1940 (decreto-lei 2.848/40), e a alteração de sua parte geral, com a redação ocorrida em 1984 (lei 7.209/84), nada trouxeram quanto ao ‘homicídio eutanásico’, limitando-se a tratar, no capítulo dos crimes contra a vida, especificamente no tocante ao homicídio, das causas de diminuição de pena abarcadas pela figura do homicídio privilegiado, o que hodiernamente poderia se acoplar ao homicídio piedoso (caso do § 1º do art. 121, como analisado algures, ao determinar que, se praticado o crime por motivo de relevante valor social ou moral, poderá o juiz reduzir a pena do

agente impelido por tal motivação, de um sexto a um terço). No mais, prevê a lei penal, expressamente, como excludente de ilicitude (causas de justificação), apenas o estado de necessidade, a legítima defesa e o agir em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de um direito (art. 23).

Por outro lado, o Código Penal de 1969 (decr.-lei 1.004),<sup>135</sup> que não chegou a vigorar, trouxe interessante disposição que expressamente diferenciava o estado de necessidade como excludente de culpabilidade (art. 25: “não é igualmente culpado quem, para proteger direito próprio ou de pessoa a quem está ligado por estreitas relações de parentesco ou afeição, contra perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, sacrifica direito alheio, ainda quando superior ao direito protegido, desde que não lhe era razoavelmente exigível conduta diversa”), do estado de necessidade como excludente do crime (a lei anotava a expressão ‘excludente do crime’ e não ‘excludente de ilicitude’, como faz o Código Penal atual), dispondo, no art. 28, que se “considera em estado de necessidade quem pratica um mal para preservar direito seu, ou alheio, de perigo certo ou atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, desde que o mal causado, pela sua natureza e importância, é consideravelmente inferior ao mal evitado, e o agente não era legalmente obrigado a arrostar o perigo”.

Os artigos 25 e 28 do Código Penal de 1969, retro anotados, diferenciam-se quanto ao ponto em que tratam do balanceamento entre os bens jurídicos, o que se pretendeu proteger com a conduta, de um lado, e o

---

135. Com efeito, as disposições que distinguiam o estado de necessidade como excludente de culpabilidade, de um lado, e como excludente do crime, de outro, trazidas pelo Código Penal de 1969, pareciam ampliar, de qualquer modo, a possibilidade do estado de necessidade englobar, de alguma maneira, a situação de um homicídio eutanásico. Por outro lado, a fórmula que mais poderia se aproximar de uma justificação para o homicídio piedoso, no Código Penal de 1940, com a alteração da parte geral de 1984, seria mesmo a que define o estado de necessidade (art. 24: “considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se”). O § 2º desse artigo traz hipótese de redução de pena ao determinar que “embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços)”. Os defensores da justificação da conduta eutanásica, de todo o modo, poderiam dizer que, atualmente, tal situação poderia efetivamente ser acoplada ao estado de necessidade, que se aproximaria da fórmula “evitar o mal maior” existente nas leis penais anteriores, como é o caso do Código Criminal do Império (Fonte do texto legal: José Henrique Pierangelli, op. cit, pp. 612-613).



ameaçado ou violado por ela, de outro. Enquanto o art. 28 (estado de necessidade como excludente do crime) fala em justificação da conduta quando o mal causado (bem ameaçado ou, em verdade, já violado) é consideravelmente inferior ao mal evitado (bem protegido, isto é, bem que se procurou proteger com a conduta justificada), o art. 25 (estado de necessidade como excludente de culpabilidade), por seu turno, fala em presença de dirimente quando o mal causado (direito/bem ameaçado) é superior (e também pode se entender como sendo de mesma relevância ou de importância algo parelha) ao mal evitado (direito/bem protegido), desde que, na hipótese, não seja razoável exigir-se conduta diversa (ou seja, exista uma situação em que não seja razoável exigir-se o sacrifício do direito que, ao se praticar a conduta, pretendeu-se proteger).

Nota-se, outrossim, distinção entre o que dispunham os referidos artigos do código de 1969 em relação ao que traz o Código Penal atual, no ponto ora em apreço. Ambos tratam do estado de necessidade como causa de justificação (mal causado é menor do que o evitado, isto é, o direito alheio sacrificado é inferior àquele que o autor da conduta quis proteger), o primeiro dos códigos anotando-a como excludente do crime, e o segundo como excludente de ilicitude. A diferença efetiva de tratamento, porém, ainda que o Código Penal de 1969 também fale em atenuação de pena no caso de ser exigível o sacrifício do direito que se desejou proteger com a prática da conduta (art. 26), reside na hipótese de confronto entre bens jurídicos de mesma ou algo parelha relevância, ou ainda quando o direito alheio seja superior ao direito que o autor da ação ou omissão procura proteger (embate entre o bem ameaçado e o bem protegido).

Na medida em que o Código anterior fala, no ponto em discussão imediatamente supramencionado, também em possibilidade de exclusão de culpabilidade, a lei penal atual trata da matéria apenas como causa de redução de pena (art. 24, § 2º). Fora disso, posta o estado de necessidade tão somente como excludente de ilicitude.

O Código Penal de 1969, assim, parece que de alguma forma permitiu ao intérprete ampliar a aceitação de uma dirimente que pudesse abarcar os casos de homicídio piedoso. Depreende-se tal ilação da disposição da lei acerca do estado de necessidade justamente também como causa excludente de culpabilidade, anotando-se a preocupação com a proteção de direito ameaçado de pessoa a quem o agente estivesse ligado por estreitas relações de parentesco ou afeição, circunstância que ainda mais aproxima, de qualquer modo, o texto legal de uma hipótese eutanásica.

Em se aceitando tal hipótese, poderia se dizer que estaria sob o manto dessa dirimente o agente provocador da morte de pessoa a ele ligada por parentesco ou afeição (o agir por piedade e compaixão), visando à proteção de um direito de titularidade desse ente querido, eis que já em situação irreversível e terminal de mal sem cura, de modo a se evitar um desnecessário prolongamento de sofrimento atroz.

Assim, esse agente buscaria proteger direitos desse interessado (como o direito à dignidade humana e ao livre arbítrio), contra perigo certo e atual que não provocou e não podia evitar, consubstanciado na existência da doença e no sofrimento intolerável que dela advém, mesmo com o sacrifício de bem jurídico superior (vida) em relação ao que se procurou proteger com a prática da conduta, e desde que verificado não ser razoável, *in casu*, exigir-se do agente conduta diversa.

De qualquer modo, anota Lameira Bittencourt, já em meados do século XX, ser mesmo difícil, a julgar pela constância da doutrina pátria quanto ao tema, quer como estudo abstrato e científico, quer como apreciação objetiva da lei escrita, encontrar no repositório legal brasileiro, mormente na conjuntura sócio-cultural de então, solução favorável à morte piedosa. Assinala ser comum a não aceitação, muitas vezes de forma vigorosa, da prática eutanásica na doutrina, com ataques diretos à idéia do direito de morrer, em especial como proclamado pela escola positiva de Ferri, com sua defesa do homicídio piedoso.

Propondo desde então uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico no tocante à eutanásia, em particular, assenta, de seu turno, que não existe impossibilidade de se encontrar solução legal favorável a essa prática, com a concessão justa e líquida da absolvição para quem a exercitar, lembrando que interpretar uma lei é menos traduzir-lhe o significado gramatical das palavras, o que seria mero trabalho de dicionário, ou mesmo procurar apanhar a intenção inicial de seu autor, o que seria encargo de pesquisador ou função de adivinho, e mais o dever de adaptá-la e ajustá-la, dentro de sua finalidade real e desejada, às exigências, situações e necessidades que se forem suscitando com o envolver natural da sociedade.

Conclui, no que toca à eventual possibilidade de se englobar a conduta eutanásica na situação compreendida pelas normas legais que indicam ‘as causas dirimentes da criminalidade e justificadoras dos crimes’ e a ‘não intenção criminosa’, que não se pode negar a quem mata a outrem por compaixão e piedade, para não deixá-lo mais sofrer, com este único desígnio, a aceitação de que agiu sem intenção criminosa. Assim, opina que matar em condições tais, impelido por semelhante móvel e agindo com tão elevado e humanitário desígnio, não constitui crime, não devendo o agente ser passível de penalidade, mesmo diante da lei pátria.

Por outro lado, ainda que por distinta senda, qual seja, a da teoria do ‘estado de necessidade’, com as noções de ‘conduta necessária’ e do ‘mal menor’, defende que o delito, nessa hipótese, se justificaria pelo fato da necessidade de se evitar um maior mal, aduzindo que na situação de morte piedosa, a pedido, haveria menos mal para si e para a sociedade em matar um doente incurável, já está em estado adiantadíssimo da enfermidade e padecendo dores horríveis, agrilhado a um leito de sofrimento e invalidez, do que em deixá-lo viver em tão míseras condições.<sup>136</sup>

---

136. Lameira Bittencourt, Da Eutanásia, pp. 103-117.







