

A ortotanásia e o Direito Penal brasileiro

Maria Elisa Villas-Bôas

Resumo: Nos dias atuais, ante a intensa evolução biotecnológica, é possível prolongar artificialmente a existência de um doente, ainda que a medicina não lhe possa oferecer nenhuma expectativa de cura ou mais conforto nesse fim de vida prolongado. Este trabalho discute os novos aspectos médicos e jurídicos que influenciam as intervenções no final da vida humana, investigando a existência da possibilidade lícita de deixar que o doente morra, sem que sejam utilizados os modernos recursos de prolongamento vital, em face da legislação penal brasileira. A principal conclusão obtida é que a restrição de recursos artificiais não é crime se eles não representam benefício efetivo para o enfermo e se são unicamente condições de obstinação terapêutica. A indicação ou contra-indicação de uma medida é decisão médica, que deverá ser discutida com o paciente e sua família, para garantir a dignidade da pessoa humana em final de vida.

Palavras-chave: Eutanásia. Ortotanásia. Distanásia. Direito Penal brasileiro. Final de vida.



Maria Elisa Villas-Bôas

Pediatra, bacharel, mestra e doutoranda em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), membro do Comitê de Ética em Pesquisa do Hospital São Rafael/Monte Tabor, Bahia

Houve um tempo em que nosso poder perante a Morte era muito pequeno. E, por isso, os homens e as mulheres dedicavam-se a ouvir a sua voz e podiam tornar-se sábios na arte de viver. Hoje, nosso poder aumentou, a Morte foi definida como inimiga a ser derrotada, fomos possuídos pela fantasia onipotente de nos livrarmos de seu toque. Com isso, nós nos tornamos surdos às lições que ela pode nos ensinar. E nos encontramos diante do perigo de que, quanto mais poderosos formos perante ela (inutilmente, porque só podemos adiar...), mais tolos nos tornaremos na arte de viver.

Rubem Alves
O médico

Há momento para tudo debaixo do céu e tempo certo para cada coisa: tempo para nascer e tempo para morrer. Tempo para plantar e tempo para colher.

Eclesiastes 3: 1-2

É antiga a interferência humana no momento da morte, mas ganhou especial relevância em face da intensa evolução biotecnológica ocorrida na segunda metade do século XX. Nos dias atuais, é possível prolongar artificialmente a existência de um doente, ainda que a medicina não lhe possa oferecer nenhuma expectativa de cura ou mais conforto nesse fim de vida prolongado.

Neste texto, discute-se, à luz do Direito brasileiro, em especial do Direito Penal, se existe a possibilidade lícita de deixar que o doente morra, sem que sejam utilizados os modernos recursos de prolongamento vital, ou se a conduta de omitir ou suspender esses recursos configura eutanásia, delito de homicídio em nosso ordenamento jurídico.

A hipótese defendida é a de que a restrição de recursos artificiais não é crime se eles não representam benefício efetivo para o enfermo sendo, unicamente, condições de obstinação terapêutica. A indicação ou contra-indicação de uma medida é decisão médica, que deverá ser discutida com o paciente e sua família, para garantir a dignidade da pessoa humana em final de vida.

Eutanásia, ortotanásia, distanásia

Dentre os conceitos atualmente relacionados com a intervenção humana no final da vida, a eutanásia é, sem dúvida, o mais conhecido. Ainda assim, sobejam dúvidas

acerca de sua definição precisa^{1,2}. Atualmente, o conceito mais prevalente relaciona a expressão com a *antecipação da morte de paciente incurável, geralmente terminal e em grande sofrimento, movido por compaixão para com ele*³. A necessidade de que a conduta eutanásica seja precedida por um pedido do interessado é questão polêmica e bastante relevante nos tempos atuais, em razão da crescente valorização da autonomia e da liberdade individual.

Em relação ao sofrimento incontrolável e à condição de terminalidade, é algumas vezes preconizado que esse sofrimento não precisa ser físico, admitindo-se também o sofrimento moral do tetraplégico, o sofrimento por antecipação do portador de Alzheimer ou o sofrimento presumido do indivíduo em estado vegetativo persistente, que declarara previamente preferir a morte a tal situação. A noção de antecipar ou provocar a morte é hoje um dos aspectos mais lembrados do conceito, servindo para diferenciar a eutanásia da ortotanásia (ou limitação terapêutica), em que não se antecipa a morte, deixando-se, sim, de procrastiná-la indevidamente.

Tomando-se os elementos do suposto conceito de eutanásia, é possível classificá-la das mais diversas formas, o que contribui para dificultar sua definição precisa, pois varia conforme a classificação adotada. Assim, é possível classificar a eutanásia quanto ao *modo de atuação do agente* (eutanásia ativa e passiva); quanto à *intenção que anima a conduta do agente*

(eutanásia direta e indireta, também chamada de duplo efeito) e quanto à *vontade do paciente* (voluntária e involuntária); quanto à *finalidade* do agente (eutanásia libertadora, eliminadora e econômica), dentre classificações menos difundidas.

No que diz respeito à forma de atuação do agente (ou ao modo de execução), divide-se a eutanásia em *ativa*, quando decorrente de uma conduta positiva, comissiva; e *passiva*, quando o resultado morte é obtido a partir de uma conduta omissiva. Note-se que as condutas médicas restritivas não devem ser confundidas com a eutanásia passiva, embora seja praxe fundi-las. A eutanásia passiva, bem como a ativa, tem por busca de resultado promover a morte, a fim de, com ela, pôr termo aos sofrimentos. Apenas difere no meio empregado, que é uma ação numa e uma omissão noutra. Nas condutas médicas restritivas, o desejo não é matar, mas sim evitar prolongar indevidamente a situação de esgotamento físico – o que caracteriza a ortotanásia.

Embora sutil, a distinção entre eutanásia passiva e ortotanásia tem toda relevância na medida em que responde pela diferença de tratamento jurídico proposto: a ilicitude desta e a licitude daquela. Na eutanásia passiva, omitem-se ou suspendem-se arbitrariamente condutas que ainda eram indicadas e proporcionais, que poderiam beneficiar o paciente. Já as condutas médicas restritivas são lastradas em critérios médico-científicos de

indicação ou não-indicação de uma medida, conforme a sua utilidade para o paciente, optando-se conscienciosamente pela abstenção, quando já não exerce a função que deveria exercer, servindo somente para prolongar artificialmente, sem melhorar a existência terminal.

Mesmo sem indicação formal, certas medidas podem ser mantidas a pedido do próprio paciente, quando ele deseja tal prolongamento, considerando importante viver esses momentos ainda que aumentem seu sofrimento. Em certos casos, quando o paciente já não tem a capacidade de decidir e quando a falta de indicação deve ser comunicada à família, para fins de retirar o suporte, pode ocorrer que a mesma solicite a manutenção fútil por um tempo determinado, a fim, por exemplo, de aguardar a chegada de um parente que deseja vê-lo antes da morte, já a caminho.

Mesmo a pedido da família as medidas não devem ser mantidas indefinidamente, pois isso implicaria agressão desnecessária ao paciente, o que não é objetivo nem dever médicos. Somente o próprio indivíduo pode fazer a opção pelo sofrimento adicional, considerando-o válido, apesar de medicamento fútil. No sentido da possibilidade de omissão/suspensão, Franco e Stocco⁴ citam o mestre português Figueiredo Dias, sem remissão à obra, entendendo que a vida só deve ser prolongada artificialmente sem indicação se essa for a expressa vontade do doente.

No mesmo sentido, Santos adverte: *o médico (e só ele) não é obrigado a intervir no prolongamento da vida do paciente além do seu período natural, salvo se tal lhe for expressamente requerido pelo doente*⁵.

Não há, portanto, que se identificar genericamente *eutanásia passiva* e *ortotanásia*. A *ortotanásia*, aqui configurada pelas condutas médicas restritivas, é o objetivo médico quando já não se pode buscar a cura: visa prover o conforto ao paciente, sem interferir no momento da morte, sem encurtar o tempo natural de vida nem adiá-lo indevida e artificialmente, possibilitando que a morte chegue na hora certa, quando o organismo efetivamente alcançou um grau de deterioração incontornável.

Todavia, é comum que com a intenção de defender a discriminação da *ortotanásia* termine-se por defender que a *eutanásia passiva* – qualquer conduta de omissão e suspensão de suporte artificial, mesmo útil – seja considerada lícita, sem que se faça referência à intenção do agente ou à indicação médica dos recursos suspensos. Decisões de não-tratamento, de omissão ou de suspensão de suporte vital *fútil* não são nem devem ser considerados atos de *eutanásia*, mas de exercício médico regular.

Nesse sentido, Pessini e Barchifontaine advertem: *iniciar ou continuar um tratamento que é medicamente fútil ou que não preveja um efeito benéfico é considerado prá-*

*tica não-profissional. Nenhum médico é obrigado a iniciar um tratamento que é ineficaz ou que resulta somente no prolongamento do processo do morrer. Aliviar a dor e o sofrimento é considerado um dever médico, mesmo quando as intervenções implicam que a vida pode ser abreviada como consequência*⁶.

Daí a preferência pela expressão *condutas médicas restritivas* para indicar atos de *ortotanásia*, em vez de equipará-los à chamada *eutanásia passiva*, negativa ou por omissão, em que, como ocorre na forma ativa, abrevia-se propositalmente a vida do paciente, a fim de pôr termo mais precoce a seu sofrimento.

Outra classificação de particular interesse no momento é a que diz respeito à intenção do agente, dividindo a conduta de *eutanásia* em direta e indireta ou de duplo efeito.

Casos há em que o paciente, sobretudo o oncológico em fase terminal, sofre dores lancinantes, somente controláveis com doses cada vez mais elevadas de drogas analgésicas e sedativas. Nesses pacientes, a dose terapêutica – necessária para o arrefecimento da dor – aproxima-se cada vez mais da dose que leva à morte (por paralisação do aparelho respiratório, por exemplo). A esse risco acresça-se o fato de que o uso freqüente dessas medicações impregna o organismo, enfraquecendo-o, além de reduzir, por seu efeito, a consciência do paciente durante o uso.

Diz-se haver *eutanásia de duplo efeito* quando a dose utilizada com o fito de dar conforto ao paciente termina por apressar-lhe a morte, embora a intenção fosse apenas minorar o sofrimento. Note-se que a vontade do agente, nesse caso, é livrar o doente da dor, mas sem a intenção de tirar-lhe a vida para esse fim. Ocorre, entretanto, que por se tratar de dor intensa, requerendo altas doses de medicação analgésica potencialmente letal – como os opióides, dos quais é exemplo a morfina –, pode ocorrer que a medicação venha a provocar a morte mais precocemente do que o curso natural da patologia o faria. Importante destacar que o consentimento do paciente ou – se não puder consentir – o de sua família, adequadamente informados dos riscos da medicação adotada, é imprescindível, já que a sedação da dor é direito do paciente, mas ele pode preferir suportar a angústia física a sofrer o risco de ver encurtado seu período vital ou se ver privado de consciência pelo uso de sedativos em seus momentos finais. A dose não deve ser tal que torne a morte uma certeza imediata, mas a menor possível para a produção da analgesia.

A *eutanásia de duplo efeito* é também chamada *eutanásia indireta*, pois a morte é efeito indireto da conduta, resultado colateral, não buscado. Sua intenção precípua é retirar a dor. Distingue-se, assim, da *eutanásia direta* praticada sob a forma da ministração de drogas em dose letal, quando a intenção imediata do agente é a promoção da morte daquele que sofre, como

maneira definitiva de acabar com a dor. Imagine-se que na *eutanásia direta* o pensamento orientador da ação seja: *é preciso promover a morte do doente para tirar-lhe a dor*. Ao passo que na *eutanásia indireta* ou de duplo efeito a idéia seja: *é preciso tirar a dor do paciente, ainda que isso aumente seu risco de morte nesse momento*. A morte é, nesse último caso, não a terapêutica em si, mas o efeito colateral da terapêutica indicada e utilizada na única dose suficiente para a obtenção do efeito desejado: a analgesia. O evento morte não é o que se busca nessa circunstância, ainda que conhecido o fato de ser consequência possível da droga em uso.

Em que pese o fato de uma primeira análise jurídico-penal conduzir à impressão de que a *eutanásia de duplo efeito* encerra uma conduta de dolo eventual (assume-se o risco da morte, a fim de praticar o ato visado de reduzir a dor) ou, ao menos, de culpa consciente ou com representação (afasta-se mentalmente a idéia de que o evento indesejado possa ocorrer, embora se o saiba possível), a *eutanásia de duplo efeito* é aceita com relativa tranquilidade. Sabendo-se que toda medicação traz em si algum efeito colateral, não parece devido impor a dor sem controle ao ser humano no final da vida, quando há medicação capaz de aliviá-lo, ainda que aumentando o risco de apressar o desfecho letal pela gradativa intoxicação.

Tal perspectiva é aceita até mesmo pela Igreja Católica. Em seu discurso sobre a

anestesia, em fevereiro de 1957, o Papa Pio XII⁷ afirmava que *se a administração dos narcóticos causa, por si mesma, dois efeitos distintos, a saber, de um lado, o alívio das dores e, do outro, a abreviação da vida, é lícita*. Porém, Horta lembra que no *duplo efeito* é necessário ponderar se entre os dois efeitos existe proporção razoável, de modo que as vantagens de um (analgesia) compensem os riscos do outro (possível piora da debilidade ou aceleração da morte).

Há autores que consideram a *eutanásia* de duplo efeito como forma de ortotanásia. Outros, rechaçam o uso do termo *eutanásia* para essa conduta, preferindo considerar que a morte dela resultante corresponde a um efeito indesejável de uma medicação necessária. Mantivemos a denominação de *eutanásia* de duplo efeito, por já ser tradicional e de entendimento corrente. Embora a consideremos efetivamente mais próxima da ortotanásia do que do homicídio piedoso em si, seguimos a corrente majoritária ao considerar a ortotanásia como consistente em condutas de não intervenção prolongadora, onde se situam as condutas médicas restritivas⁷.

Tem-se, *in casu*, um conflito de interesses entre o risco da antecipação de morte indesejada e o dever de aliviar a dor, contribuindo para a dignidade do ser humano que padece de doença incurável. Ante a ponderação entre a certeza do sofrimento intenso e o risco da aceleração de morte próxima e inevitável, opte-se pelo bem-

estar do doente em seus momentos finais⁸. Assim, em regra, verificada a ausência de *animus necandi* na prescrição da droga, que se destinava tão-somente a aliviar a dor, a conduta se torna impunível.

Paralelamente à definição de *eutanásia*, outros conceitos relativos à intervenção humana no momento da morte são deveras importantes para uma tomada de posição coerente, no que tange às condutas médicas no final da vida. Se, de modo geral, pode-se dizer que a *eutanásia* é a morte antes de seu tempo, a *distanásia* é, por sua vez, a morte depois do tempo; e a ambas se contrapõe a *ortotanásia*: a morte no tempo certo.

A *ortotanásia* tem seu nome proveniente dos radicais gregos: *orthos* (reto, correto) e *thanatos* (morte). Indica, então, a morte a seu tempo, correto, nem antes nem depois. Na *ortotanásia*, o médico não interfere no momento do desfecho letal, nem para antecipá-lo nem para adiá-lo. Diz-se que não há encurtamento do período vital, uma vez que já se encontra em inevitável esgotamento. Também não se recorre a medidas que, sem terem o condão de reverter o quadro terminal, apenas resultariam em prolongar o processo de sofrer e morrer para o paciente e sua família. Mantêm-se os cuidados básicos.

Conforme comentado, é comum existir a confusão entre *ortotanásia* e *eutanásia* passiva, em virtude da posição de não interferência médica. Muitos autores as

apontam como sinônimas, mas esse não é o entendimento mais preciso, haja vista que a eutanásia passiva é a eutanásia (antecipação, portanto) praticada sob a forma de omissão. Nem todo paciente em uso de suporte artificial de vida é terminal ou não tem indicação da medida. A eutanásia passiva consiste na suspensão ou omissão deliberada de medidas que seriam indicadas naquele caso, enquanto na ortotanásia há omissão ou suspensão de medidas que perderam sua indicação, por resultarem inúteis para aquele indivíduo, no grau de doença em que se encontra.

No sentido de enfatizar essa distinção, Azevedo define *eutanásia passiva como o ato de provocar deliberadamente a morte de um paciente por omissão; porém deixar de prover um tratamento fútil não seria propriamente um ato de eutanásia*⁹. Também Lara Torreão pretere a expressão eutanásia passiva. Para essa autora, ao se suspender ou omitir medida considerada extraordinária, fútil ou desproporcional não se intenta expressamente matar (intuito que ela aponta como indissociável da eutanásia), mas tão-somente deixar de prolongar artificialmente a vida que definha¹⁰. Em síntese, na eutanásia passiva suspende-se ou omite-se a medida, a fim de matar; na ortotanásia, a fim de não protelar o sofrer em vão. No sentido da equiparação entre as duas medidas, pode-se citar, entre outros autores, Élide Sá, Maria Helena Diniz, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona e Maria de Fátima Freire de Sá^{11, 12, 13, 14}.

A ortotanásia se efetiva mediante *condutas médicas restritivas*, em que se limita o uso de certos recursos, por serem medicamente inadequados e não indicados *in casu* – nomenclatura adotada por Lara Torreão¹⁰. Outros autores preferem a denominação *limitações de tratamento*, indicando a omissão ou não oferta de suporte vital, sua suspensão ou retirada e as ordens de não reanimar¹⁵.

Mais do que atitude, a ortotanásia é um ideal^{1,2,16} a ser buscado pela Medicina e pelo Direito, dentro da inegabilidade da condição de mortalidade humana. O penalista Guilherme Nucci¹⁷, define ortotanásia quando *deixa o médico de ministrar remédios que prolonguem artificialmente a vida da vítima (sic), portadora de enfermidade incurável, em estado terminal e irremediável, já desenganada pela medicina, ao que acrescentamos: quando esses remédios ou medidas já não representam benefício para o paciente*. Por tudo isso, Verspieren¹⁸ critica firmemente a confusão com o termo eutanásia passiva, o que, segundo ele, *colocaria no mesmo plano uma conduta direcionada a matar e a interrupção ou abstenção de um tratamento de manutenção da vida que se mostra desproporcionado*.

A prática da ortotanásia visa a evitar a *distânásia* que é, por sua vez, a morte lenta e sofrida, prolongada, distanciada pelos recursos médicos, à revelia do conforto e da vontade do indivíduo que morre. Decorre de um abuso na utilização desses recursos, mesmo quando flagrantemente infru-

tíferos para o paciente, de maneira desproporcional, impingindo-lhe maior sofrimento ao lentificar, sem reverter, o processo de morrer já em curso.

Quando isso é feito à revelia do paciente ou como forma de obter vantagens econômicas pela utilização de medidas dispendiosas e desnecessárias, pela manutenção inútil em unidades de terapia intensiva (UTI) ou simplesmente para que, por vaidade profissional, não se admita o fracasso das tentativas terapêuticas e a evidente iminência da morte, defende-se aqui que essas condutas podem encontrar enquadramento típico, uma vez que representam lesão à integridade física do paciente. Tal característica pode ser atribuída ao intervencionismo desnecessário, além do cerceamento de sua liberdade, ao mantê-lo indevidamente no isolamento de uma UTI, mediante, quiçá, o estímulo a falsas esperanças, quando se sabe tratar de um doente irrecuperável, cujos momentos finais poderiam ser melhor e mais tranquilamente vividos ao lado da família, constringendo-o a passar por um sofrimento a que a lei não o obriga. Nesse sentido, é peremptória a lição de Palmer: *submeter o paciente a uma degeneração antinatural, lenta e muitas vezes dolorosa, apenas por ser tecnicamente possível, não só é incivilizado e sem compaixão para o paciente e sua família, mas também violação da liberdade individual*¹⁹.

O direito à vida não inclui o dever de adiar indefinidamente a morte natural, pelo uso

de todos os recursos protelatórios existentes, mesmo quando sumamente cruentos e contra-indicados. Não há um *dever de sobrevida artificial*.

A distanásia corresponde à obstinação ou encarniçamento terapêuticos. O termo *tratamento fútil* (ou *futilidade terapêutica*) advém do inglês *medical futility* e é mais utilizado nos países anglo-saxônicos, especialmente nos Estados Unidos da América. *Obstinação terapêutica*, por sua vez, é a nomenclatura adotada pelos países europeus e se origina do francês *l'acharnement thérapeutique* (também traduzido como *encarniçamento terapêutico*), expressão surgida na década de 50 para indicar o *comportamento médico que consiste em utilizar processos terapêuticos cujo efeito é mais nocivo do que os efeitos do mal a curar, ou inútil, porque a cura é impossível e o benefício esperado, menor que os inconvenientes previsíveis*^{1, 2, 20}.

Suspender tratamentos fúteis não é encurtar o tempo de vida, é deixar de alongá-lo artificial e indevidamente, maltratando o paciente, sem lhe gerar benefício com isso. O acréscimo de dias ou horas a uma existência que se tornou um ônus e uma tortura para o indivíduo, por vezes contra sua vontade, quando o organismo já se encontra em falência global e irremediável, não pode ser visto como benefício ou dever médico. Na definição adotada por Borges²¹, a obstinação terapêutica é *uma prática médica excessiva e abusiva decorrente diretamente das possibilidades oferecidas*

pela tecnociência e como fruto de uma teimosia de estender os efeitos desmedidamente, em respeito à condição da pessoa doente.

O fato de os recursos existirem não os torna obrigatórios em todos os casos, mas apenas naqueles para os quais estão efetivamente indicados como terapêutica proporcionalmente útil e benéfica. Nesse mesmo sentido, Roxin adverte que *inexiste um dever jurídico de manter a qualquer preço a vida que se esvai. Medidas de prolongamento da vida não são obrigatórias, pelo simples fato de que sejam tecnicamente possíveis*²². Na mesma ótica, Carvalho aponta: *esses progressos trouxeram consigo a obstinação terapêutica, na medida em que a superveniência da morte passa a ser vista como fracasso médico e a vida tende a ser perseguida e prolongada indefinidamente, a todo custo... Não se pode esquecer jamais que a pessoa humana não é um objeto, um meio, mas um fim em si mesmo e como tal deve ser respeitada*²³. A ciência e seus recursos devem existir para o bem do homem, e não o inverso.

Os cuidados paliativos, por sua vez, são sempre devidos, pois correspondem à proteção inafastável à dignidade da pessoa, como atitude de respeito pelo ser humano. Por cuidados paliativos entendem-se os cuidados que visam ao conforto do paciente, sem interferir propriamente na evolução da doença e de que são exemplos a analgesia e outras medicações sintomáticas, a higienização, a atenção devida à pessoa e à família naquele momento de dificuldade. Para Tor-

reão²⁴, em consonância com a definição adotada pela Organização Mundial da Saúde (OMS), são as *ações empregadas no paciente terminal com o objetivo principal de melhorar a sua qualidade de vida*. Não só o paciente terminal, mas todos os enfermos, indistinta e incontestavelmente, fazem jus a esses cuidados.

Quando se fala em *omissão ou suspensão do suporte vital*, geralmente se quer aludir ao desligamento ou à não introdução de aparelhos de ventilação mecânica e à omissão ou interrupção do uso de drogas que estimulam o funcionamento cardíaco (vasoativas). É possível incluir-se também a ordem de não reanimar. Menos frequentemente, discute-se a omissão de métodos dialíticos nos casos de vítimas de falência renal, a não introdução de antibióticos em caso de infecções e, ainda mais raramente, a suspensão da nutrição e da hidratação providas por meios artificiais. A Pontifícia Academia das Ciências recomenda que a nutrição e a hidratação façam parte dos cuidados paliativos – que passam a se denominar, então, cuidados básicos – e não devem ser suspensas por estarem ligadas ao respeito devido no lidar com o ser humano, à sua dignidade, posição acatada por muitos profissionais e estudiosos do Direito.

Todavia, há outras posturas, como as de Beauchamp²⁵ e Hooft²⁶, que se manifestam a favor da suspensão da nutrição provida por via artificial em determinadas situações, nas quais seria considerada des-

proporcional em face da gravidade do paciente, quando mesmo processos relativamente simples dessa ordem acarretassem profundo e incontornável incômodo. Para esses pacientes a morte está tão iminente que possivelmente advirá em consequência da patologia, antes mesmo que os efeitos da inanição pudessem se tornar fatais. O argumento tem procedência, bem como os critérios apontados por esses autores para a suspensão, mas cumpre destacar que são casos excepcionais e que a regra deve ser a manutenção de tais cuidados, ditos ordinários.

Considera-se, portanto, que a alimentação e a hidratação são necessidades permanentes e inarredáveis da condição humana. Sem o seu provimento, o resultado morte é certeza e consequência inevitável. A suspensão de outros mecanismos artificiais, embora possa, de fato, acarretar a morte como consequência direta e mesmo previsível de sua interrupção, não é certeza tão inflexível e, se vier a ocorrer, teria como *causa mortis* a patologia que demandou o referido auxílio artificial e que já não responde aos demais tratamentos. Na suspensão da nutrição ou da hidratação, a causa da morte é a inanição ou a desidratação provocadas pela atitude médica. Se a intenção é procurar um meio infalível de provocar a morte do paciente, mais digno seria aplicar-lhe uma injeção letal, em vez de enfraquecer propositalmente seu corpo durante dias, negando-lhe esses cuidados, até que sobrevenha a morte.

A omissão e a suspensão de suporte vital, no âmbito das chamadas condutas médicas restritivas, implicam na restrição de determinados tratamentos, indicados como conduta médica quando se observa que o seu uso já não representa vantagem para o paciente, apenas prolonga o lento processo de morrer. Elas versam sobre medidas que se revelam desproporcionais, de forma que sua introdução ou continuidade somente constituiriam obstinação terapêutica. Isso não significa, de modo algum, atitude de descaso com o paciente, de desatenção com a família nem de arbitrariedade médica, devendo ser alvo de discussão acurada com a equipe e todos os envolvidos.

Por fim, observação relevante é a de que não se pode falar em condutas médicas restritivas para a pessoa em morte encefálica, pois nessa hipótese, em que a morte já sobreveio, caso se trate de potencial doador de órgãos e tecidos as condutas médicas interventivas atendem ao objetivo de preservar o organismo para a doação; e, caso se trate de não-doador, não mais cabe qualquer intervenção médica no indivíduo morto, sendo indevida sua manutenção artificial.

A ortotanásia e o Direito Penal brasileiro

As regras sociais mais básicas são definidas pelo Direito. Em seu âmbito, o *mínimo do mínimo ético* é dado pelo Direito Penal. O Código Penal brasileiro de 1940 precede a revolução tecnológica da segun-

da metade do século XX e não tinha como prever expressamente hipóteses dessa ordem. É a interpretação promovida pelos atuais aplicadores do Direito que dará as respostas. Para isso, faz-se mister recorrer a outras fontes, que não apenas o formalismo legal.

Importante recurso nessas circunstâncias tem sido a bioética, com sua maior capacidade de adaptação ao novo e sua rede de princípios que vem sendo construída desde a década de 70, servindo, nas situações em tela, para nortear o profissional no que tange a como se portar diante do paciente em final de vida e os limites de uso de seus recursos biotecnológicos disponíveis.

Juridicamente, discute-se se as condutas médicas restritivas são hipóteses de homicídio privilegiado (equiparando-as, portanto, à eutanásia), omissão de socorro ou mero exercício regular da profissão. Veja-se que o fato de os recursos existirem não os torna, automaticamente, de aplicação obrigatória. Os recursos terapêuticos são indicados ou não conforme o benefício que representem para o interessado. O direito à vida não implica uma obrigação de sobreviver, além do período natural, mediante medidas, por vezes desgastantes e dolorosas, colocando em séria ameaça a dignidade humana do doente. Muitas vezes, a adoção de tais medidas extrapola o que deveria ser para seu benefício e entra na esfera da mera obstinação terapêutica. Portanto, é válida, aqui, a

aplicação da noção de *não-maleficência*, qual seja: a de que, quando a atuação médica já não for capaz de acrescentar benefícios efetivos ao paciente, é mister, ao menos, não lhe aumentar os sofrimentos, mediante atuação indevida e obstinada para tão-somente prolongar impositivamente a existência terminal.

O fato de um paciente não possuir indicação de medidas extraordinárias ou consideradas desproporcionais não significa que se deva ter menos atenção com seu bem-estar. Os *cuidados básicos* (medidas de palição, higiene, alimentação e hidratação) devem ser mantidos, como medidas proporcionais que são e direitos internacionalmente reconhecidos aos indivíduos enfermos. Esse tipo de procedimento vem sendo freqüentemente discutido, como apontam os seguintes documentos, entre outros:

- Recomendação 779/1976, Conselho Europeu: Direitos dos doentes e moribundos;
- II Concílio Ecumênico do Vaticano, 1980: Declaração sobre a eutanásia;
- Comunicado de Tóquio, Cúpula Global de Comissões Nacionais de Bioética, 1998;
- Recomendação 1.418/1999, Conselho Europeu: Proteção dos direitos humanos e da dignidade dos doentes incuráveis e terminais;
- V Assembléia Geral, Pontifícia Academia da Vida, 1999: A dignidade da pessoa que está morrendo;

- Parecer 63/2000, Comitê Consultivo Nacional de Ética da Saúde e Ciências da Vida da França: Final de vida, terminando a vida, eutanásia.

É perceptível que também a população brasileira passa a demandar tais preocupações, ciosa por tomar a si o controle de seu final de vida, a despeito da medicalização do morrer, observada no último século.

No Brasil, o Código Penal vigente pune, em seu artigo 121, parágrafo 1º, ainda que com pena menor, o homicídio impedido por relevante valor moral – identificado, segundo a exposição de motivos do próprio Código, com a eutanásia, quando esse valor é a compaixão pelo sofrimento do enfermo. Não esclarece, porém, os limites do entendimento do que seja esse *matar alguém*, o que cabe à doutrina e à jurisprudência especificar. É fato que ela pode se dar por ação ou omissão. Além disso, outros tipos penais também podem tangenciar a matéria. Quais os limites entre eles e a conduta atípica, que não ofende o Direito?

Tomem-se quatro situações: primeira, o médico que deixa de reanimar paciente viável porque a família está inadimplente com o hospital; segunda, o visitante de paciente do leito vizinho que, assistindo a mal-estar súbito e grave do indivíduo ao lado, deixa de chamar o médico para socorrê-lo, acompanhando, impassível e curioso, o desfecho letal; terceira, o médi-

co que deixa de reanimar paciente viável, sem consulta ao mesmo ou à família, por sentir-se penalizado ante a vida limitada que o paciente leva; por fim, o médico que deixa de reanimar paciente terminal, após discutida com a equipe, a família e o paciente a ausência de perspectivas da medida.

Antes de discutir as situações apontadas, convém distinguir duas categorias de omissão: a omissão própria – de que é exemplo a omissão de socorro – e a omissão imprópria, exemplificada pelo homicídio por omissão. A omissão própria de que trata o artigo 135 do Código Penal (omissão de socorro) ocorre quando o agente, podendo prestar assistência sem risco pessoal à criança abandonada ou extraviada, à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo, deixa de fazê-lo ou, não sendo possível realizá-lo sem risco, deixa de pedir socorro à autoridade pública que o possa prestar. O Estatuto do Idoso – Lei 10.741/2003 –, em seu artigo 97, prevê o tipo de omissão de socorro referente à falta de assistência ao idoso. O delito em questão é apenado com detenção de um a seis meses, pena que pode ser aumentada em 50% *se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave; e triplicada, se resulta a morte*.

Observe-se que a omissão de socorro não exige que o agente seja dotado de nenhuma obrigação de agir específica, trata-se de um dever geral de solidarie-

dade. Essa circunstância é o elemento de distinção entre a omissão própria e a omissão imprópria. Nos crimes omissivos impróprios, impuros, espúrios, promíscuos ou comissivos por omissão, o agente responde não só pela conduta de se omitir, mas também pelo resultado, *salvo se este não lhe puder ser atribuído por dolo ou culpa*²⁷. Se assim não for, estar-se-á aceitando a presunção absoluta do resultado, com base apenas no nexo presumido, o que seria criar responsabilidade objetiva na omissão. Nesse caso, o nexos e a conseqüente responsabilidade decorrem da lei, quando o agente está por ela obrigado a tentar impedir o resultado²⁸.

Paulo Daher Rodrigues²⁹ segue a lição de Aníbal Bruno ao entender que *quando o médico interrompe cuidados terapêuticos por serem já inúteis, falta-lhe o dever jurídico para agir, não se motivando aí qualquer punição*. No mesmo sentido, posicionam-se Élide Sá³⁰ – *sua omissão* (do médico) *não caracteriza ato delituoso, face à ausência de dever jurídico, se a saúde era objetivo inalcançável* – e Paulo José da Costa Júnior³¹ – *não há dever jurídico de prolongar uma vida irrecuperável*.

Veja-se que, nesses casos, existe a consciência da conduta adotada, assentada sobre base coerente de justificação científica e visando ao conforto e ao bem do próprio enfermo. Diverge, portanto, da mera negligência ou da motivação econômica de quem deixa de atender o paciente por

ser ele carente de recursos, *exempli gratia*, ou por desejar a liberação do leito.

Dentre os exemplos descritos, tem-se a omissão de socorro na hipótese do visitante que deixa de pedir auxílio em prol do doente agonizante. No primeiro caso (do médico que deixa de aplicar as manobras de reanimação indicadas porque o paciente está inadimplente), entendemos existir omissão imprópria, gerando homicídio por omissão, uma vez que se tratava de paciente viável, ou seja, com indicação para a medida, e ter o médico agido com dolo de omissão, não justificado por nenhum móvel piedoso. Se o elemento subjetivo foi a culpa – a negligência na avaliação do doente – ter-se-á o delito de homicídio culposo.

Na hipótese do médico que, apiedado com a falta de qualidade de vida do doente, deixa de prover-lhe cuidados vitais indicados, tem-se uma situação de eutanásia passiva, um homicídio por omissão, privilegiado pela motivação compassiva do agente³². Já no último caso, verifica-se típica ortotanásia, que, segundo entendemos, não configura omissão própria nem imprópria, mas sim um atuar dentro da boa prática profissional. Nesse sentido, temos as lições de Paulo Daher Rodrigues³³ e Aníbal Bruno³⁴: *há quem veja ainda uma hipótese de eutanásia na atitude do médico que se abstém de empregar os meios terapêuticos para prolongar a vida do moribundo. Mas nenhuma razão obriga o médico a fazer durar por um pouco mais uma vida que natural e irremediavelmente se extingue, a*

não ser por solicitação especial do paciente. Da mesma maneira, Santos³⁵: *nestes casos não existe uma omissão de socorro em sentido penal, pois o enfermo não se acha em situação de abandono... e, por outro lado, tratando-se de incuráveis, uma assistência extremada seria ineficaz para impedir a morte que se acerca. Nestes casos se fez tudo o que era possível fazer...* A obrigação agora passa a ser de cuidado, de palição, de conforto, não mais de tratamentos agressivos e não promissores. Engrossam tais fileiras o penalista alemão Claus Roxin²². Em ponto de vista contrário advogam Paulo Queiroz³⁶ e Fernando Capez³⁷.

Duas observações derradeiras, também pertinentes ao tema, dão conta de que, primeiro, tanto na omissão de socorro quanto da eutanásia passiva, o elemento subjetivo será necessariamente o dolo, a *vontade de não socorrer*. Por fim, Mirabete³⁸ vem lembrar que não se pode imputar ao médico a morte decorrida da ausência de tratamento específico, não disponível no hospital, se ele em tudo o mais agiu em conformidade com a *lex artis*, não se tendo conseguido a transferência para outra unidade mais equipada.

Entendemos, em resumo, que mesmo na legislação atual a ortotanásia (consistente nas condutas médicas restritivas) não é crime, mas sim decisão de indicação ou não indicação médica de tratamento. Para evitar dúvidas provocadas pela aproximação prática com a conduta de eutanásia passiva (homicídio privilegiado, comissivo

por omissão), pode-se tornar conveniente a edição de norma permissiva específica nesse sentido, de modo que se possa aferir mais facilmente sua atipicidade, ante a apuração dos dados clínicos registrados em prontuário. Essa tem sido a tendência dos anteprojetos de reforma da Parte Especial do Código Penal, desde 1984.

A ortotanásia nos anteprojetos de reforma do Código Penal e leis locais

O tratamento penal de questões relativas ao final de vida tem sido alvo de discussões e propostas de mudança em sua abordagem legal no Direito brasileiro desde 1984, quando da reforma da Parte Geral do Código Penal de 1940, iniciando-se um movimento por modificações também na Parte Especial. Desde então, tem-se sugerido mudanças variadas, que vão da isenção de pena para a eutanásia, desde que realizada por médico – *com o consentimento da vítima, ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge ou irmão, para eliminar-lhe o sofrimento, antecipa a morte iminente e inevitável, atestada por outro médico* (1984) –, até a afirmação da atipicidade da ortotanásia: *não constitui crime deixar de manter a vida de alguém, por meio artificial, se previamente atestado, por dois médicos, a morte como iminente e inevitável, e desde que haja consentimento do doente ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge ou irmão* – em redação de 1994, que se reproduziu quase similarmente em 1998 e 1999.

Nota-se, porém, multiplicidade de falhas na abordagem do tema. Se, de um lado, a redação atual peca por ignorar a vontade do enfermo, enfatizando tão-somente a motivação do agente, a redação proposta em 1984 facilita demais a conduta – o que contrasta com os cuidados exigidos na legislação holandesa, belga e australiana (essa, vigente por apenas um ano) em relação à assistência do enfermo que pleiteava tal solução final.

Ao tratar da ortotanásia os projetos não têm alcançado consenso, sobretudo no que tange ao representante legal em caso de incapacidade do paciente, sendo que a redação de 1998 acrescentou o companheiro, esquecido em 1994, e a redação de 1999 alterou a ordem dos autorizados a decidir, sugerindo existir uma hierarquia entre eles, o que é de difícil apuração, senão no caso concreto. As três versões mantêm a falha de não esclarecer que a omissão ou suspensão das medidas que sustentam artificialmente a vida seja praticada por médico, no que fica a dever, por exemplo, ao artigo 128 da legislação atual, que, ao prever as possibilidades de aborto legal, determina tal providência, elevando o grau de segurança do permissivo.

Os projetos de 1998 e 1999 mantinham a eutanásia como delito, porém com nuances novas, também suscetíveis de críticas, mas, ao menos, com o mérito de distinguirem a provocação da morte das circunstâncias em que simplesmente se abstém de tentar inutilmente adiá-la.

O fato de que as propostas de reconhecimento da atipicidade da ortotanásia são, na verdade, tentativas de esclarecer dúvidas, de ratificar o caráter permitido dessa conduta e a natural inexistência de um dever legal de manter artificialmente – por vezes contra a vontade daquele que deveria ser o beneficiário dessas intervenções – a vida que se esvai inexorável. Porém, ao fazê-lo de maneira confusa termina-se por aumentar as dúvidas ao invés de dissipá-las, razão pela qual se defende a vantagem de um esclarecimento hermenêutico, de interpretação da legislação vigente, a fim de tornar evidente a não punibilidade das condutas de limitação terapêutica, quando não indicadas as medidas de prolongamento artificial do processo de morrer.

Isso, naturalmente, há que ser sopesado criteriosamente, considerando o quadro clínico do paciente, suas expectativas, ouvindo-o e à sua família, bem como à equipe multidisciplinar que deve assisti-lo, recordando-se que a desistência do curar não afasta, de modo algum, os cuidados e atenções devidos ao enfermo e seus familiares.

Em favor da idéia de que a ortotanásia já é legal em nosso sistema, tem-se o fato de que, à luz da norma constitucional segundo a qual somente a União pode legislar sobre matéria penal, a Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo publicou, no fim da década de 90, uma *Cartilha dos Direitos do Paciente*³⁹ cujo item

32 determina que o enfermo *tem direito a uma morte digna e serena, podendo optar ele próprio (desde que lúcido), a família ou responsável, por local ou acompanhamento e, ainda, se quer ou não o uso de tratamentos dolorosos e extraordinários para prolongar a vida.*

Também em São Paulo, o artigo 20 da Lei 10.245 prevê que são direitos dos usuários dos serviços de saúde do Estado: VII – *Consentir ou recusar, de forma livre, voluntária e esclarecida, com adequada informação, procedimentos diagnósticos ou terapêuticos a serem nele realizados.* XXIII – *Recusar tratamentos dolorosos ou extraordinários para tentar prolongar a vida.* XXIV – *Optar pelo local de morte*⁴⁰. Considerando-se a constitucionalidade dessa norma, vigente há quase dez anos, é de se constatar que *não* trata de matéria penal e, portanto, a opção pelo local da morte e a recusa terapêutica não se inserem na esfera do homicídio e de sua vedação legal.

Acerca da recusa terapêutica, deve-se observar o artigo 15 do Código Civil de 2002⁴¹, que a consagrou entre os direitos da personalidade. O fato de o permissivo legal falar em ausência de risco de vida para o exercício da recusa não pode ser considerado intransigentemente, haja vista que inexistente procedimento absolutamente isento de riscos. O que se destaca nessa norma é exatamente o novo panorama de valorização da autonomia do indivíduo, em face do risco de abuso de recursos biotecnológicos, nem sempre

efetivamente úteis ao atendimento de seus interesses e necessidades pessoais.

Em sentido semelhante (pró-ortotanásia e contra a eutanásia passiva, em distinção já defendida), o *Código de Ética do Hospital Brasileiro*⁴², orienta em seu artigo 8º: *O direito do paciente à esperança pela própria vida torna ilícita – independente de eventuais sanções legais aplicáveis – a interrupção de terapias que a sustentem. Excetuam-se, apenas, os casos suportados por parecer médico, subscritos por comissão especialmente designada para determinar a irreversibilidade do caso, em doenças terminais.*

A proposta aqui exposta é a de que assim deve ser entendida a atual legislação, de maneira que não seja preciso reforma penal para libertar os pacientes de uma indevida obstinação terapêutica. As condutas médicas restritivas – ortotanásia, portanto – devem ser decisões médicas, em discussão com o doente e sua família, pois não representam encurtamento do período vital, mas o seu não prolongamento artificial e precário. Com isso, não se quer dizer que sejam condutas juridicamente insidicáveis (não suscetíveis de avaliação) já que, nos termos da Constituição Federal, nenhuma lesão ou ameaça de lesão deve ser excluída da apreciação judicial. Quer-se dizer, sim, que uma vez questionada a conduta e verificada a efetiva futilidade da terapêutica suspensa, não se há de falar em homicídio, sequer privilegiado, tratando-se de ato em plena consonância com o espírito legal e constitucional brasileiros.

Por fim, breve menção há de ser feita à Resolução 1.805/06 do Conselho Federal de Medicina (CFM). Cumpre assinalar, nessa senda, que referendando a interpretação ora defendida – qual seja, a de que as condutas de ortotanásia são lícitas em nosso ordenamento – o CFM publicou, em novembro de 2006, a citada resolução, assim ementada: *Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal.*

Desde o início essa norma tem sido alvo de críticas por setores jurídicos, a nosso ver infundadas, culminando com sua suspensão liminar em 2007. Por todo o dito, parece-nos claro que a abstenção ou a retirada de tratamentos eminentemente fúteis, segundo avaliação médica e do próprio interessado, não ofende a qualquer das leis penais em vigor, as quais, por definição, são exceção dentro do universo permitido de condutas. Já se disse que a ciência e a tecnologia não podem ser punição ao doente que nasceu no tempo presente, sobretudo quando se considera que tratamentos e medicações efetivamente necessários sequer são disponibilizados a todos os que realmente deles precisam.

Sua suspensão liminar tampouco tem conseqüências de fato. Porque, a rigor, a reso-

lução sequer era necessária. Ela não "permite" nada. Só ratifica o já permitido. Vem, apenas, dirimir algumas das dúvidas mais comuns dos médicos, no lidar com pacientes em final de vida, ao assentar a conclusão – algo óbvia – de que ninguém é obrigado a morrer intubado, usando drogas vasoativas e em procedimentos dialíticos numa UTI. O Direito não pode nem tem porque obrigar a isso. A interpretação sistemática da Constituição, notadamente no que tange à dignidade humana, não criminaliza o fato de se optar por morrer em casa, ou sob cuidados que mais se aproximem dos domiciliares, como, aliás, sempre se morreu.

O direito à vida não envolve um dever de sobrevida artificial a qualquer custo. Não se trata de antecipar o tempo natural de vida, mas de vivê-lo até seu termo espontâneo. A resolução do Conselho Federal de Medicina não tem intuito suicida ou homicida, mas salvaguarda, apenas, a recusa à tecnologia, quando já não se mostre benéfica. Não se trata de suspensão arbitrária ou utilitarista de recursos úteis a pacientes terminais, mas de análise de sua falta de efetividade no caso concreto, permeada pelo diálogo e informação ao paciente e à família, mantendo-se todo o apoio necessário ao conforto dos mesmos. Assim expressou a resolução, com percuciência e bom senso. Assim não o veda a lei ou a Constituição. Pelo contrário. O que pretende a ortotanásia, defendida na Resolução CFM 1.805/06, é a proteção à intimidade, à privacidade,

à autonomia lícita, à dignidade mesma. Não se antecipa a morte, mas se a permite vir a seu tempo. Pensamento distinto somente favorece a distanásia, e não a vida em si ⁴³.

Considerações finais

Ante o exposto, torna-se possível inferir alguns posicionamentos sobre o tema: a suspensão dos recursos que mantêm artificialmente o equilíbrio orgânico no morto encefálico não é eutanásia nem qualquer espécie de delito contra a vida, haja vista que se trata de paciente morto e não terminal. Na hipótese de pacientes terminais cuja doença se encontra em fase que já não responde a qualquer tratamento curativo, de forma que a morte é evento inevitável, com ou sem a instituição de terapêutica, num prazo de três a seis meses, (segundo define o *American College of Physicians*), considerou-se que a vida não deve ser mantida a qualquer custo, contra a vontade de seu titular. Isso não significa relativizar o significado e a importância da vida, pois não se fala em um suposto direito de interrupção da existência, mas sim na ausência de obrigação jurídica de submeter ou de ser submetido a todas as medidas disponíveis, quando confirmada uma enfermidade terminal. Trata-se de aceitar a ortotanásia e não de legitimar a eutanásia.

A ortotanásia (morte no tempo certo, sem antecipação artificial nem abuso de recursos científicos que a adiem inutilmente)

pode requerer a omissão ou a suspensão de recursos médicos excessivos e desproporcionais (condutas médicas restritivas ou limitações terapêuticas) que apenas prolongam a vida terminal, sem melhorá-la, às custas de majoração do padecer do doente, que se vê manipulado desnecessariamente, sob a justificativa de que, com isso, conserva-se-lhe a sobrevivência, em verdadeiro processo de *distanásia* (morte procrastinada com sofrimento), verificada na obstinação terapêutica ou na instituição de tratamento fútil.

A ortotanásia se distingue da eutanásia provocada por omissão (eutanásia passiva), na qual a intenção de matar é direta, recorrendo-se, para tanto, à suspensão ou omissão de medidas que ainda são indicadas e úteis para o paciente que sofre, mas que não se encontra em estado terminal ou que ainda poderia delas se beneficiar. Nas condutas médicas restritivas da ortotanásia o tratamento é inútil e, por isso, não indicado.

Tem-se por ponto relevante o fato de que a eutanásia indireta ou de duplo efeito é pacificamente aceita como lícita, já que se obedecia adequadamente ao dever de sedar a dor, por exemplo, utilizando-se da menor dose possível para a consecução desse fim.

Convém distinguir o homicídio cometido por omissão (o qual pode equiparar-se à eutanásia passiva, se executado com motivação piedosa, fazendo jus ao privilégio

legal) da ortotanásia e da omissão de socorro. Observa-se que, no homicídio por omissão, tem-se delito comissivo por omissão ou omissivo impróprio, quando o agente tinha o dever jurídico de proteger a vítima do resultado. Na omissão própria não se verifica esse vínculo. Na ortotanásia, existe uma decisão médica cientificamente respaldada, no sentido da não indicação de medidas, por serem comprovadamente fúteis no caso em tela.

Mesmo nos moldes legislativos atuais, defende-se o entendimento de que prolongar artificialmente o período vital contra a vontade do interessado é constrangimento ilegal, pois não há obrigação jurídica de se submeter a todas as intervenções possíveis para esse acréscimo. Observa-se que leis esparsas, sobretudo em São Paulo, já adotam posições favoráveis à ortotanásia, permitindo entender que regulam uma situação lícita. Assim, a alteração legal teria por função somente esclarecer a licitude das condutas de ortotanásia, razão por que precisa ser revista em seu teor, com o escopo de não representar novas fontes de dúvidas, em vez de assentar soluções.

Nesse contexto, mais relevante do que a alteração da lei penal – alvo de projetos desde 1984, porém com notáveis falhas em seu teor e que somente representaria o esclarecimento da licitude dessas condutas – faz-se mister a uniformização interpretativa de que a conduta do médico que restringe a terapêutica fútil não

fere o Direito, pois atua em seu *regular exercício profissional* de agir em favor do paciente (para se mencionar causa de justificação consignada no Direito positivo), levando-se em conta que o tratamento suspenso já não fazia efeito contra a doença de base nem servia ao conforto do enfermo. A morte que acaso daí decorra não terá sido antecipada nem provocada pelo médico se sua decisão ocorreu dentro dos trâmites profissionais e amparada por avaliações especializadas. Nesse caso, a morte veio a seu tempo, já que a medicina apenas poderia, artificial, dolorosa e precariamente, protelá-la.

Parece, pois, que a *eutanásia* não é uma demanda da sociedade brasileira, a qual não se encontra preparada para tal nível de ingerência no final da vida, o que poderia abalar a confiança na relação médico-paciente, além de representar maior risco de intervenções por motivações escusas, exigindo controle rigoroso dessas condutas, a exemplo do que se verifica no modelo holandês, onde a autorização legal para a eutanásia foi precedida de cuidadosas pesquisas e requisitos precisos, como a realização exclusiva por médicos, com o preenchimento de relatório e comunicação ao Ministério Público, favorecendo a verificação da consonância legal.

O fato de se restringirem medidas para a manutenção artificial da vida, quando fúteis, não estará, de maneira alguma, associado com o descaso com o paciente e suas necessidades, mas, tão-somente,

com a mudança de foco: da tentativa de curar para o cuidar. Propõe-se, assim, que:

- a) A eutanásia permaneça como delito privilegiado, podendo-se acrescentar, como sugerem os anteprojetos de 1998 e 1999, nova causa de diminuição de pena, quando, além da motivação piedosa, tiver o sujeito ativo cedido a instância da vítima em grande sofrimento;
- b) A morte decorrente do uso de medicação indicada e necessária para aplacar a dor do indivíduo enfermo, sem que tenha havido a intenção de matar, não constitui crime, devendo, entretanto, ser o risco previamente discutido com o paciente e sua família;
- c) Quando se tratar de paciente terminal, o ordenamento deve considerar indubitavelmente afastado o caráter criminoso – desde a tipicidade – da conduta do médico que, dentro da boa prática, omitir ou suspender medida fútil e meramente protelatória, ouvido o doente e sua família, bem como amparado por equipe especializada, ainda que dessa conduta advenha a morte em razão da doença;
- d) O médico que não obedecer aos requisitos que autorizam a ortotanásia sujeitar-se-á às penas do delito privilegiado, se agiu movido por compaixão, assim como o leigo que o fizer, mesmo se presentes tais requisitos;
- e) A distanásia intencionalmente impingida será passível de punição, nos ter-

mos do artigo 146 do Código Penal brasileiro (constrangimento ilegal), se não configurar infração mais grave;

- f) Caso o enfermo se encontre definitivamente inconsciente, decidirão por ele o cônjuge ou companheiro(a), ascendentes, descendentes ou irmãos, dando-se preferência à opinião de pessoa por ele indicada previamente ou das pessoas que eram responsáveis por seu cuidado e que com ele conviviam mais proximamente, como melhores tradutores de sua vontade, salvo flagrante disparidade com os interesses do paciente, situação em que deverá ser nomeado curador para esse fim;
- g) Nas decisões a serem tomadas, devem-se levar em consideração, se houver, diretrizes antecipadas expressadas pelo doente quando era capaz, nos moldes dos artigos 1.857, parágrafo 2º, e 1.861 do Código Civil de 2002, como manifestações de vontade previamente consignadas, visando a orientar o modo como deseja ser tratado em caso de incompetência futura para autogerir-se, desde que compatíveis com a legislação e modificáveis pelo interessado a qualquer tempo. Serão essas as mais confiáveis balizas, aptas a propiciarem uma morte digna, dentro da escala de valores abraçada pela pessoa enferma;
- h) A recusa terapêutica é um direito do paciente adulto e capaz, que não pode ser obrigado a fazer uso de recursos tecnológicos em que não vislumbra benefício.

Artigo adaptado da dissertação de mestrado em Direito Público, defendida pela autora em 17 de março de 2004, sob o título Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos da disciplina jurídico-penal do final de vida, aprovada pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia e publicada na íntegra pela Editora Forense, em 2005.

Resumen

La ortotanasia y el Derecho Penal brasileño

En los días actuales, en frente de la intensa evolución biotecnológica, es posible prolongar artificialmente la existencia de un enfermo, aún que la medicina no pueda ofrecer ninguna expectativa de cura o más confort en ese fin de vida prolongado. Ese artículo discute los nuevos aspectos médicos y jurídicos que influyen las intervenciones al final de la vida humana, investigándose la existencia de posibilidad lícita de dejar que el enfermo muera, sin que sean utilizados los modernos recursos de prolongamiento vital, delante la legislación penal brasileña. La principal conclusión lograda es que la restricción de recursos artificiales no es crimen si ellos no representan beneficio efectivo para el enfermo y caso de que sean únicamente condiciones de obstinación terapéutica. La indicación o contra-indicación de una medida es decisión médica, que deberá ser discutida con el paciente y su familia, para garantizar la dignidad de la persona humana en final de vida.

Palabras-clave: Eutanasia. Ortotanasia. Distanasia. Derecho penal brasileño. Final de vida.

Abstract

The acceptance of natural dead at terminal case in Brazilian Criminal Law

Nowadays, after the occurrence of big technological advances in medical area, it is possible to prolong an ill person's life artificially, although Medicine cannot give him hope of cure or health. This study discusses the new medical and legal situations that interfere with the interventions in the end of human life. The point is to decide if there is any possibility of licitly letting terminally ill people die, without employing the modern resources for prolonging life or if the withdrawal of these resources constitutes homicide in Brazilian criminal law. The main conclusion is that the therapeutic limitation to medical action is not a crime if there is medical futility, preventing any real benefit to the patient. The prescription of a medical resource is a medical decision, but it must be debated with the patient and the patient's family in order to protect the dignity of human life.

Key words: Euthanasia. Acceptance of natural dead at terminal case. Dysthanasia. Brazilian criminal law. End-of-life.

Referências

1. Pessini L. Distanásia: até quando prolongar a vida. São Paulo: Loyola; 2001.
2. Pessini L. Eutanásia: por que abreviar a vida. São Paulo: Loyola; 2004.
3. Villas-Bôas ME. Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida. Rio de Janeiro: Forense; 2005.
4. Franco AF, Stocco R. Código penal e sua interpretação jurisprudencial. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2001. v. 2, p.2125.

5. Santos MCCL. O equilíbrio do pêndulo. São Paulo: Ícone; 1998. p. 110.
6. Pessini L, Barchifontaine CP. Problemas atuais de bioética. 5ª ed. São Paulo: Loyola /Centro Universitário São Camilo; 2000. p. 303.
7. Horta MP. Eutanásia: problemas éticos da morte e do morrer. *Bioética* 1999;7(1):27-34.
8. Anjos Filho RN. Anotações sobre a existência de uma excludente constitucional de antijuridicidade. *Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA*, 2001 Jan/Dez;(9):367-78.
9. Azevedo MAO. *Bioética fundamental*. Porto Alegre: Tomo; 2002. p.183.
10. Torreão L. Aspectos éticos na abordagem do paciente terminal em unidade de terapia intensiva pediátrica [dissertação]. São Paulo: Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo; 2001.
11. Sá E. *Biodireito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris; 1999. p.93.
12. Diniz MH. O estado atual do biodireito. São Paulo: Saraiva; 2001. p. 310.
13. Gagliano OS, Pamplona R. Novo curso de direito civil: parte geral. São Paulo: Saraiva; 2002, p. 161. v.1.
14. Sá MFF. *Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido*. Belo Horizonte: Del Rey; 2001. p.67.
15. Kipper DJ. Medicina e os cuidados de final de vida: uma perspectiva brasileira e latino-americana. In: Garrafa V, Pessini L, organizadores. *Bioética: poder e injustiça*. São Paulo: Sociedade Brasileira de Bioética/Loyola/São Camilo; 2003. p.409-14.
16. Pessini L, Barchifontaine CP. Op. cit.; 2000. p.315.
17. Nucci G. *Código penal comentado*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2002. p. 370-2.
18. Verspieren P. L'assistance médicale au suicide. In: *Actas do VII Seminário Nacional do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida: tempo de vida e tempo de morte*, 2000, Lisboa. Lisboa: Presidência do Conselho de Ministros; 2001. p.93-106.
19. Palmer M. *Problemas morais em medicina: curso prático*. São Paulo: Loyola; 2002. p. 57.
20. Pessini L, Barchifontaine CP. Op. cit.; 2000. p. 264.
21. Borges RCB. *Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado*. In Santos MCCL. *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2001. p.283-305.
22. Roxin C. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 2000 out./dez.;v.8(32): 9-38.
23. Carvalho GM. *Aspectos jurídico-penais da eutanásia*. São Paulo: IBCCRIM; 2001. p.115.
24. Torreão L. Aspectos éticos na abordagem do paciente terminal em unidade de terapia intensiva pediátrica [dissertação]. São Paulo: Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo; 2001. p. 29.
25. Beauchamp T, Childress J. *Princípios de ética biomédica*. São Paulo: Loyola; 2002. p. 229.
26. Hoofft PF. *Bioética y derechos humanos: temas y casos*. Buenos Aires: Depalma; 1999.
27. Capez F. *Curso de direito penal: parte geral*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva; 2002. p.127.
28. Brasil. *Código penal brasileiro de 1940*. Artigo 13, parágrafo 2º.
29. Rodrigues PD. *Eutanásia*. Belo Horizonte: Del Rey; 1993. p.132.
30. Sá E. Op.cit.; 2001. p.140.
31. Costa JR PJ. *Curso de direito penal*. São Paulo: Saraiva; 1991. v.2.
32. Brasil. *Código penal brasileiro de 1940*. Artigo 121, parágrafo 1º.
33. Rodrigues PD. Op.cit.; 1993. p.136-9.
34. Bruno A. *Direito penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense; 1972. v. 4, p.124.
35. Santos MCCL. *Transplante de órgãos e eutanásia: liberdade e responsabilidade*. São Paulo: Saraiva; 1992. p.222.
36. Queiroz P. *Direito penal: introdução crítica*. São Paulo: Saraiva; 2001. p.209.

37. Capez F. Curso de direito penal: parte especial. 4a ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.34.
38. Mirabete JF. Manual de direito penal. 19ª ed. São Paulo: Atlas; 2002. v.2, p. 138.
39. Pessini L, Barchifontaine CP. Op.cit.; 2000. p.417.
40. Brasil. São Paulo. Lei nº 10.245, de 25 de março de 1999. Dispõe sobre o fornecimento, pelo Estado, de luvas e máscaras descartáveis aos profissionais da área odontológica da rede pública estadual. Diário Oficial do Estado, 17 de março de 1999.
41. Brasil. Leis. Código civil brasileiro de 2002. Artigo 15.
42. Pessini L, Barchifontaine CP. Op.cit.; 2000. p.420.
43. Villas-Bôas ME. A ortotanásia é legal ou da resolução CFM no 1.805/2006 numa visão para juristas [Postado em 14 Jan 2007]. Evocati revista [Online]. Disponível em:URL: http://www.evocati.com.br/evocati/interna.wsp?tmp_page=interna&tmp_codigo=97&tmp_secao=23&tmp_topico=biodireito

Recebido: 11.4.2008

Aprovado: 22.4.2008

Contato

Maria Elisa Villas-Bôas – m.elisa@ba.trf1.gov.br