

INTERROMPER OU PROLONGAR O TRATAMENTO DE PACIENTES GRAVES OU TERMINAIS?

*CRITICALLY AND TERMINALLY ILL PATIENTS:
TO PROLONG OR TO DISCONTINUE THE TREATMENT?*

DOI:

Maria Auxiliadora Minahim¹

Doutora em Direito e Direito Penal

EMAIL: minahim@terra.com.br

LATTES: <http://lattes.cnpq.br/3711110042226464>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3076-2255>

Gabriel Cesar dos Santos²

Especialista em Direitos Humanos e Estudos Críticos do Direito

EMAIL: gabriel.cesar@dpu.def.br

LATTES: <http://lattes.cnpq.br/3207711929572722>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9538-5921>

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo discutir, sob o prisma do direito penal, a conduta médica apropriada nos casos de pacientes graves e terminais. Buscam-se oferecer argumentos que possibilitem distinguir (analisar) as situações em que o médico possui o dever de agir, para tentar salvar um paciente; daquelas em que deverá apenas atuar com vistas a proporcionar uma morte digna. Interessa discutir, sobretudo, a interrupção técnica do tratamento, que tanto pode ser compreendida como um caso de omissão imprópria quanto como uma conduta atípica. De outro lado, discute-se a intervenção médica arbitrária em paciente que, por qualquer motivo, não deseja ser tratado. Será examinada a resposta esperada do direito penal a essas situações. Como aporte teórico, o artigo traz um panorama geral sobre a dogmática da conduta omissiva, além de conceitos médicos e jurídicos sobre o fim da vida e o seu prolongamento. Propõe-se uma abordagem metodológica de contraponto de diferentes fontes bibliográficas, bem como documentais, O método de abordagem que se indica inicialmente é o dedutivo hipotético.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal; Direito Médico; doenças graves e terminais; direito a vida digna.

¹ Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia (1971), mestre em Direito Penal pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (1979), doutora em Direito Penal pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (1990) e doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2005). Atualmente é Professora Titular da Universidade Federal da Bahia.

² Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia, especialista em Direitos Humanos e Estudos Críticos do Direito pelo Consejo latinoamericano de ciencias sociales (Clacso), mestrado em andamento pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia sob a orientação do professor Eduardo Viana. No campo profissional, atua como defensor público federal desde 2012.

ABSTRACT: This article aims to discuss, from the perspective of criminal law, the appropriate medical conduct in cases of critically ill and terminally ill patients. We seek to offer arguments that make it possible to distinguish (analyze) the situations in which the physician has a duty to act, in order to try to save a patient; those in which he should only act with a view to providing a dignified death. It is interesting to discuss, above all, the technical interruption of the treatment, which can be understood as a case of improper omission or as an atypical behavior. On the other hand, arbitrary medical intervention into a patient who, for whatever reason, does not want to be treated is discussed. The expected response of criminal law to these situations will be examined. As a theoretical contribution, the article provides an overview of the dogmatics of omissive conduct, as well as medical and legal concepts about the end of life and its prolongation. A methodological approach is proposed to counterpoint different bibliographic sources, as well as documents. The method of approach that is initially indicated is the hypothetical deductive approach.

KEY-WORDS: Criminal Law; Medical Law; serious and terminal illnesses; right to a dignified life.

SUMÁRIO 1 Introdução. 2 A conduta médica omissiva: omissão imprópria, dever de agir e causalidade. 3 Noções dogmáticas do final de vida. 3.1 Paciente terminal ou grave, cuidados paliativos e condutas médicas restritivas. 3.2 Eutanásia, distanásia e ortotanásia. 3.3 Tratamento normativo do tema no Brasil. 4 Conclusão. 5 Referências.

1 Introdução

Tem-se tornado cada vez mais difícil, em face da evolução das ciências e das tecnologias na área de saúde, estabelecer um marco definitivo para o dever de agir do médico diante de paciente portador de uma doença grave ou em estado terminal. São especialmente difíceis as situações em que se decide pela não intervenção médica e, conseqüentemente, por não prolongar a vida do enfermo, o que pode provocar conflitos de interesses e de valores, e aumentar o sofrimento e a insegurança que, normalmente, já acompanham o processo de morrer. Também interessa discutir, neste texto, as intervenções médicas arbitrárias em uma pessoa em estado grave, que, por algum motivo, não quer ser tratada. Em regra, o médico tem o dever de salvar a vida do enfermo e, se não o faz, será responsabilizado por sua omissão. Em determinados casos, porém, entende-se que deve apenas cuidar para que o enfermo tenha uma morte digna e para que não se prolongue uma situação de sofrimento, contra sua vontade, oferecendo, no entanto, cuidados paliativos. O direito penal, não raro, será questionado sobre esses casos, pois condutas médicas omissivas com características

semelhantes podem ter consequências distintas: imputação do resultado ou atipicidade da conduta.

É exatamente aqui que se situa o problema central, objeto de análise neste artigo: qual o comando do direito penal em face do médico que se encontra diante de um paciente com uma doença grave incurável ou terminal? Esse problema central se desdobra em outras questões: para o direito penal, o médico tem o dever de prolongar a vida do paciente com doença terminal? O médico é obrigado a salvar a vida do paciente com doença grave, mas sem previsão de terminalidade diagnosticada? De que forma o direito penal deve responder quando o médico tem o dever de atuar e não o faz?

A resposta pode ser dada a partir de diversas perspectivas, inclusive aquela tradicionalmente voltada para discutir a hierarquia da autonomia sobre o bem jurídico vida, ou o inverso, prestigiar o argumento que sem este bem não é possível usufruir de nenhum outro valor juridicamente tutelado. Tal não é o recorte central do texto que, de forma menos ambiciosa, pretende realçar as dificuldades que orientam as decisões de um médico diante de um paciente com alto risco de morte e/ou de sobrevida com grande sofrimento.

Primeiramente, será feito um breve apanhado sobre a omissão no direito penal (Seção 2.), compreensão fundamental para se estabelecerem as bases da presente discussão. Em seguida, abordam-se noções dogmáticas sobre o fim da vida, conceituando alguns termos médicos e jurídicos que serão essenciais para o entendimento dos casos, mediante análise bibliográfica, de legislação e Resoluções do Conselho Federal de Medicina (Seção 3.). Com as conclusões obtidas no decorrer das seções, serão apresentadas as conclusões finais (Seção 4.).

2 A conduta médica omissiva: omissão imprópria, dever de agir e causalidade

2.1 Subseção

Na área médica, mas não apenas, a omissão pode ser incriminada de duas formas, quais sejam, i. pela inobservância de atuar em face uma norma mandamental (omissão de socorro), ii. pela equiparação típica da inação a uma ação que produz o resultado ilícito e a superveniente omissão para impedir o resultado quando possível fazê-lo.

No sentido leigo, omissão é a inercia, a passividade, da qual resultam danos a terceiros. Não significa necessariamente a ausência de movimento corporal, ficar parado, em inatividade, mas deixar de realizar uma ação esperada. A omissão, portanto, para o direito é a não realização de uma conduta ativa hipotética que deveria ter sido realizada por um sujeito. Juarez Cirino (2014, p. 192), acertadamente, afirma que enquanto a ação é uma realidade empírica, perceptível através dos sentidos, a omissão é “uma expectativa frustrada de ação”, que não pertence a uma realidade fenomênica e, por isso, somente é verificável através de um juízo normativo.

O tema da omissão não é tranquilo; ao contrário, de tal forma complexo, que alguns autores teriam renunciado a atribuir-lhe um componente factual, não passando a inação de simples criação do homem. Afirmavam outros, enfatizando a base naturalística do crime, que o não fazer exigia um esforço neuromuscular para evitar a prática da ação (BRUNO, 1967, p. 309), o que constituiu uma forma simplória de superação do problema, sobretudo em área eminentemente do dever ser como a do direito. No contexto jurídico-penal, há dificuldades específicas a serem consideradas na distinção entre as condutas comissivas e as omissivas em razão do valor emprestado a determinadas comportamentos e não apenas à forma como a ação se realiza.

Apesar da existência de critérios desenvolvidos pelos doutrinadores, é comum surgirem dúvidas para classificar delitos como omissivos ou comissivos, especialmente na área médica, a exemplo da situação na qual o médico esquece uma pinça no abdômen do paciente. Comissão ou omissão? Esse é apenas um exemplo dos chamados comportamentos ambivalentes ou duplamente relevantes, que não são satisfatoriamente resolvidos com os critérios até então desenvolvidos, aplicados isoladamente (ESTELLITA, 2020a). Outro exemplo, ainda na área médica, é o clássico

caso do médico que aciona um botão para desligar o aparelho que mantém a respiração de um paciente terminal. Recorrendo-se apenas a um critério físico ou causal, ele seria compreendido como autor de uma conduta comissiva, pois move o seu dedo em direção ao botão e empreende energia para pressionar o dispositivo, causando a morte do enfermo.

Entretanto, há também quem sustente que a interrupção do tratamento efetivada pelo médico seria uma omissão, pois a caracterização de uma conduta como comissiva ou omissiva não deve ser inferida por elementos materiais, mas pelo sentido que é imposto pela ordem social (TAVARES, 2011, p. 269–279), posição que, em verdade, já fora manifestada por Roxin (ROXIN, 2020, p. 142). A discussão não é meramente teórica, mas, ao contrário, possui grande relevância prática, uma vez que produzirá diferentes consequências penais (ESTELLITA, 2020a).

Para TAVARES (2011, p. 296), a marca essencial à caracterização dos delitos omissivos impróprios é a especial posição de garantidor. Na omissão imprópria, o tipo penal comissivo (de ação) é imputado àquele que se omite, como se ele tivesse causado ativamente o resultado ou o risco previsto na norma (BOTTINI, 2020). Há omissão própria, por sua vez, sempre que a não realização da ação devida, por um sujeito qualquer em condição de generalidade, implique, por si só, na violação da norma mandamental. Os tipos objetivos da omissão própria e imprópria possuem alguns elementos em comum, quais sejam: (a) situação de perigo para o bem jurídico; (b) poder concreto de agir; e (c) omissão da ação determinada. O tipo objetivo da ação imprópria tem como elementos específicos (d) o resultado típico e (e) a posição de garantidor do bem jurídico (DOS SANTOS, 2014, p. 201).

O dever de agir, previsto na norma penal mandamental, pode ser visto de duas formas. Como um dever geral de assistência, imposto indistintamente, diante de um determinado caso concreto previsto no ordenamento jurídico ou como um dever de impedir o resultado que decorre de uma vinculação especial existente entre o sujeito e a vítima ou a fonte de perigo. Em tais casos, o indivíduo se torna garantidor de proteção (posição específica), devendo zelar pela integridade do bem jurídico daquela

peessoa que deve proteger ou daquelas possivelmente afetadas pela fonte produtora de perigo em seu domínio. Na omissão imprópria não há um dever geral de assistência, mas um dever de atuar vinculado à evitação de um resultado proibido: dever de impedir o resultado (TAVARES, 2011, p. 292).

No âmbito dos crimes omissivos impróprios ou comissivos por omissão há diversas outras questões a serem apreciadas para sua justa fundamentação em razão da equiparação que se lhe faz a uma ação. Em busca de critérios racionalmente aceitáveis, autores desenvolveram diversas tentativas, fosse através da antijuridicidade do evento, ou seja, causação de resultado ilícito, solução cogitada por Beling e Traeger (TAVARES, 2011, p. 111–112), fosse através da existência de deveres jurídicos formais. Posteriormente, a estes, se acrescentaram a realização de conduta anterior perigosa e, ainda, o recurso aos princípios gerais de justiça, como ocorreu no pensamento de Weigend (SCHÜNEMANN, 2013, p. 161).

Schunemann equipara omissão a ação quando o autor da “omissão exerça um domínio sobre o acontecimento que conduz à lesão do bem jurídico” (2013, p. 170). Isto não quer dizer que se deve fazer um juízo hipotético de que o agir poderia ter evitado, possivelmente, o dano. É preciso que se possa estabelecer, a esse respeito, uma relação comparável à da ação como causa do resultado (SCHÜNEMANN, 2013, p. 171). Assim, quando o autor da conduta omissiva exerce domínio sobre os acontecimentos que conduzem à lesão do bem jurídico, que pode ser tanto um domínio sobre o desamparo deste mesmo bem ou sobre uma causa essencial do resultado (fontes produtoras de perigo) transforma-se em garantidor.

Na relação médico-paciente costuma haver uma situação de desamparo parcial, envolvendo os bens jurídicos vida ou integridade física do enfermo. Desta forma, a posição de garantidor de proteção está contida no art. 13, § 2º, letra b do Código Penal Brasileiro e apenas passa a ser exercida por assunção, ou seja, quando o profissional assume os cuidados do paciente³.

³ A posição minoritária, que sustenta a posição de garantidor do médico na relação contratual e nos deveres da profissão (art. 13, § 2º, a do Código Penal Brasileiro), recebeu críticas pela falta de um

Quando assume o tratamento, o médico garantidor transmite ao paciente a mensagem de que ele pode dispensar outras medidas de proteção, confiando nos seus cuidados e habilidades que serão usados. Esse ato de confiança, portanto, representa não apenas o fundamento, mas, ao mesmo tempo, o limite do dever especial de proteção do médico (ESTELLITA, 2020b, p. 202; SIQUEIRA, Flávia; KASECKER, 2021, p. 204–205). Assim, o dever de garantidor irá cessar quando o tratamento for encerrado, quando o próprio paciente encerrar o contrato ou quando se estabelece uma ruptura na relação médico-paciente (TAVARES, 2011, p. 316).

3 Noções dogmáticas do final da vida

O direito regula a relação entre pessoas ou entre estas e o poder público, ou seja, trata-se de um conjunto de regras que se aplica à vida. A morte, todavia, é um fato que tem um espaço importante no mundo jurídico. O direito penal considera a morte um elemento decisivo para a aplicação de alguns de seus preceitos, constituindo elemento essencial do tipo de homicídio e qualificador de outras figuras penais. No entanto, não há um conceito de morte nos códigos penal ou civil, mas apenas na Lei de Transplantes, que a define como a perda irreversível de todas as funções do cérebro, incluindo o tronco cerebral (BRASIL, 1997). É bem verdade que as funções vitais da pessoa em morte cerebral podem ser mantidas com ajuda de aparelhos, mas, no Brasil, a pessoa é considerada legalmente morta uma vez que não se conhece como reverter essa situação. É difícil também, diante de certos estados, uma previsão sobre tempo de sobrevivência e momento da morte.

3.1 Paciente terminal ou grave, cuidados paliativos e condutas médicas restritivas

Apesar de todo avanço científico e tecnológico alcançado pela ciência, ainda há

critério material que fundamente uma resposta penal equiparada à ação pela mera violação de um dever não alocado na legislação penal, bem como por violar o princípio da legalidade, uma vez que a responsabilidade penal estaria fundamentada em uma lei extrapenal (ESTELLITA, 2020b, p. 199).

um relevante grau de imprevisibilidade e subjetividade na atividade médica. Nesse sentido, haverá situações em que será muito complexo, ou mesmo impossível, definir um prognóstico preciso em relação ao tempo de vida ou possibilidade de cura de um paciente. Novas enfermidades desafiam os conhecimentos até então desenvolvidos, a exemplo da pandemia de Covid-19, que ainda instiga a ciência médica com perguntas sem respostas.

A despeito dessa dificuldade, haverá situações em que será possível distinguir, com alguma precisão, o paciente grave daquele em situação terminal. O paciente grave é aquele cujo estado clínico inspira cuidados intensivos e, às vezes, tratamentos agressivos, com aptidão para reverter o quadro de elevado risco de morte que se encontra. Paciente terminal, por sua vez, é aquele que, dado ao estado de sua patologia, evoluirá inexoravelmente a óbito, independente dos recursos médicos que por ventura forem empregados (VILLAS-BÔAS, 2005, p. 36–37). Ambos apresentam um grau avançado em suas patologias, com a diferença de que o paciente grave tem possibilidade de cura ou sobrevida digna, enquanto que o paciente com doença terminal evoluirá, inequivocamente, para óbito em um curto lapso de tempo⁴.

Como o paciente terminal não tem perspectiva de cura, costuma se dizer que a ele devem ser prescritos cuidados paliativos. Os chamados cuidados paliativos não visam a cura da enfermidade do paciente, mas têm como principal objetivo prevenir ou tratar os sintomas da doença e efeitos colaterais do tratamento, promovendo o seu bem estar. Cite-se como exemplos a analgesia, a oxigenoterapia e outras medicações para controle dos sintomas, como a higienização e a atenção devida à pessoa e à família nos momentos de dificuldade (BUSATO; CESTO, 2021, p. 13; VILLAS-BÔAS, 2005, p. 50). Cuidados paliativos, portanto, não podem ser confundidos com cuidados biomédicos em geral, pois abrangem, além da mera sintomatologia, o cuidado com a alma do

⁴ Nenhum deles, todavia, podem ser confundidos com o paciente de mau (ou sem) prognóstico, ou seja, “aquele, embora acometido por patologia sem perspectiva de cura e cujo prognóstico é previsivelmente negativo, não se encontra, todavia, em situação de morte iminente” (VILLAS-BÔAS, 2005, p. 39). É o caso, por exemplo, do paciente diagnosticado com AIDS, ainda no início da patologia, sendo-lhe possível controlar a doença e viver com qualidade por muitos anos.

paciente e seus familiares, a fim de conferir-lhe um tratamento digno em seu processo de morte (DARÉ, 2020, p. 194).

Quando a terminalidade do paciente é diagnosticada, a Resolução nº 1.805/2006 (BRASIL, 2006) do Conselho Federal de Medicina (CFM) permite a limitação ou suspensão dos procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do paciente terminal. Nesse caso, segundo tal Resolução, devem-se manter apenas os cuidados paliativos⁵. Para VILLAS-BÔAS (2005, p.53), a conduta médica restritiva é a omissão ou suspensão do suporte vital quando o tratamento não representar vantagem para o paciente, significando apenas prolongamento do processo de morte ou o uso de meio desproporcional com relação aos resultados possíveis. O posicionamento majoritário considera essa interrupção técnica do tratamento como uma omissão não punível em face do seu significado social (BUSATO; CESTO, 2021, p. 45; ROXIN, 2020, p. 142).

É importante registrar que a suspensão de procedimentos e tratamentos é uma opção do médico e não uma obrigação, conforme se atesta pela expressão “é permitido”, usada na redação do art. 1º da citada Resolução nº 1.805. Ainda conforme a resolução, impõe-se à conduta do médico que seja “respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal”. É o paciente terminal que detém a palavra final quanto à suspensão (ou não) do tratamento que prolongue a sua vida. Ainda que desproporcional ou fútil, o tratamento deve continuar, se essa for a sua vontade, mesmo que isso acarrete uma situação de sofrimento (distanásia⁶). Da mesma forma, se for a vontade do paciente, o tratamento deve cessar se sua função for apenas de proporcionar um prolongamento doloroso da existência. Ressalte-se que o diagnóstico de uma enfermidade terminal não gera necessariamente a incapacidade de

⁵ Art. 1º É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal
(...)

Art. 2º O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar (BRASIL, 2006).

⁶ Conforme será aprofundado adiante, na distanásia a morte ocorre de forma lenta, sofrida e sem qualidade de vida.

manifestação de vontade em relação ao (não) tratamento que se busca. Assim, é possível que o paciente terminal decida por buscar um tratamento convencional, cuidados paliativos ou, ainda, cuidado algum (BUSATO; CESTO, 2021, p. 20).

A despeito da falibilidade da medicina, a análise da terminalidade consiste em um julgamento técnico que deve se basear apenas na *lex artis*. No entanto, a análise da futilidade do tratamento ultrapassa a mera indicação técnica, envolvendo considerações de ordem pessoal daquele que é o principal interessado pela preservação dos bens jurídicos em perigo e/ou sua família, a quem cabe escolher quais irá priorizar. Tanto a análise sobre a proporcionalidade da medida quanto a possibilidade de recusa terapêutica na terminalidade devem feitas prioritariamente pelo titular do bem jurídico (VILLAS-BÔAS, 2019). Ademais, não há como estabelecer uma definição padrão de tratamento fútil que possa ser aplicada indistintamente em qualquer caso. Esse entendimento respeita a autonomia do paciente, expressão e fundamento de sua dignidade, uma vez que ele é o mais indicado para avaliar quando o tratamento é ou não fútil, bem assim se o tratamento representa uma medida desproporcional ou não.

No contexto da morte com intervenção, deve prevalecer a ideia de dignidade como autonomia. Além do fundamento constitucional, que dá mais valor à liberdade individual do que às metas coletivas, ela se apoia, também, em um fundamento filosófico mais elevado: o reconhecimento do indivíduo como um ser moral, capaz de fazer escolhas e assumir responsabilidades por elas (BARROSO; MARTEL, 2012).

Desse modo, quando o paciente terminal (i) tiver aptidão para expressar a sua vontade não parece haver maiores controvérsias. Também não parece haver maiores problemas quando (ii) o paciente terminal não tem aptidão para expressar sua vontade, mas o representante legal deseja suspender o seu tratamento, uma vez que, inexistentes quaisquer perspectivas de cura ou prolongamento da vida com dignidade e a vontade da família converge com a indicação médica de interrupção técnica do tratamento.

Tabela 1 – Resolução 1.805

Paciente terminal capaz de expressar vontade (suspensão ou prolongamento do tratamento)	Predomina a vontade do paciente (Resolução CFM 1.805 + princípio da autonomia)
Paciente terminal com vontade expressada por representante legal (opção pela suspensão do tratamento)	Predomina a vontade do representante legal (Resolução CFM 1.805: ortotanásia)

No entanto, quando (i) o paciente terminal não tiver condições plenas de expressar sua vontade e o representante legal quiser prolongar o tratamento, ou quando (ii) não houver diagnóstico de terminalidade, a questão se torna mais complexa. Embora a Resolução 1.805 do CFM afirme que, em caso de doença grave e incurável, deve ser respeitada a vontade da representação legal, ela pode ser dissonante dos interesses do paciente, seja por motivos paternalistas ou egoístas (BUSATO; CESTO, 2021, p. 90). Imagine-se, por exemplo, que um familiar queira prolongar uma situação terminal para não perder o benefício previdenciário do paciente, arrimo de família. Ou, de outro lado, pretenda encurtar a vida enfermo para tornar-se proprietário dos seus bens.

Ademais, o texto da Resolução 1.805 diz apenas que o médico deve respeitar a vontade do representante legal ao suspender o tratamento do paciente terminal, mas não afirma expressamente essa possibilidade para o prolongamento do tratamento. Ao analisar a Ementa⁷, que precede o texto, pode-se concluir que elas se referem apenas à hipótese de suspensão a pedido e não de prolongamento forçado. De outro lado, permitir ao médico interromper a terapia contra a vontade da família, confere-lhe um poder muito grande sobre a vida, a morte e as crenças e valores de um grupo social. O tema merece cuidadosas reflexões não só sobre o dever de intervir, mas também sobre como o direito penal deve responder nestas situações.

⁷ Segundo a própria Exposição de Motivos da Resolução 1.805 a obstinação terapêutica é a conduta médica que utiliza “procedimentos terapêuticos cujos efeitos são mais nocivos do que o próprio mal a ser curado”. Procedimentos inúteis, pois a cura já não é mais possível (BRASIL, 2006).

3.2 Eutanásia, distanásia e ortotanásia

Diz-se que há eutanásia quando se ajuda uma pessoa gravemente doente, a seu pedido ou em consideração de sua vontade presumida, com intenção de abreviar seu sofrimento, atual ou futuro, mediante uma morte compatível com sua concepção particular de dignidade humana. No sentido estrito, tem-se a eutanásia quando o auxílio para morrer é prestado após o início do processo de morte, enquanto que na concepção ampla considera-se também a contribuição prestada para a morte de uma pessoa que, a despeito de ainda poder viver por mais tempo, pretende abreviar a vida, por considerá-la insuportável em decorrência do sofrimento causado pela doença ou lesão sofrida (ROXIN, 2020, p. 129–130).

Por sua vez, tem-se a eutanásia passiva⁸ quando há omissão em prolongar a vida de um paciente, por parte da pessoa responsável por prestar os cuidados que foram suprimidos, em regra, o médico. Os casos de interrupção de tratamento situam-se em uma zona limítrofe entre a eutanásia ativa e passiva (SIQUEIRA, Flávia; KASECKER, 2021, p. 197). Diferente da eutanásia ativa, que ocorre mediante uma intervenção ativa (ministrando uma medicação, por exemplo), na modalidade passiva a abreviação da vida ocorre através de uma omissão deliberada (do médico) em adotar um tratamento que não seja fútil, ou seja, com aptidão para curar a patologia do paciente ou ao menos prolongar dignamente sua vida. É comum referir-se a esses casos como sinônimos de ortotanásia, já que nas duas situações há uma posição de não interferência médica (ROXIN, 2020, p. 139).

No entanto, é possível sustentar diferença entre eutanásia passiva e ortotanásia. Enquanto na eutanásia (passiva) a morte ocorre antes do seu tempo, na ortotanásia a morte ocorre no tempo certo, ou seja, a supressão de meios apenas permite que a morte ocorra a seu tempo. Há, ainda, a expressão distanásia, que ocorre quando há uma utilização excessiva dos recursos médicos de suporte vital (obstinação terapêutica), gerando uma situação de sofrimento ao paciente. Na distanásia, a

⁸ BARROSO e MARTEL confinam o conceito de eutanásia apenas à sua forma ativa (BARROSO; MARTEL, 2012).

medicalização da vida acaba por procrastinar a morte, que vem a ocorrer depois do seu tempo, através de um processo longo e sofrido (BARROSO; MARTEL, 2012; VILLAS-BÔAS, 2005, p. 73–75).

O elemento diferenciador entre ortotanásia e eutanásia passiva seria a indicação terapêutica da medida usada para prolongar a vida do paciente (VILLAS-BÔAS, 2005, p. 97, cf. nota de rodapé n. 138), o que seria determinante para definir se a morte ocorreu ou não no momento certo (se ocorreu no momento certo, há ortotanásia; se ocorreu antes do tempo, há eutanásia passiva). Enquanto na ortotanásia, o cuidado suprimido seria fútil, pois apenas prolongaria o sofrimento do paciente terminal, sem possibilidade de curá-lo ou dar-lhe sobrevida digna; na eutanásia passiva o cuidado suprimido tem potencial de curar a patologia do paciente grave ou, ao menos prolongar, sua vida com dignidade (VILLAS-BÔAS, 2005, p. 73–74). Dito de outro modo, se havia possibilidade de cura ou sobrevida digna, a morte ocorreu antes do tempo; se não havia, a morte ocorreu na hora certa, nem antes e nem depois, o que atende a um juízo puramente técnico.

Os autores que fazem a distinção entre os termos entendem que a omissão que caracteriza a eutanásia passiva deve ser tipificada como crime de homicídio, enquanto a ortotanásia, ao revés, deve ser aceita no âmbito normativo. Para SIQUEIRA e KASECKER, todavia, a definição de um comportamento como eutanásico não necessariamente conduz à sua proibição. A eventual punibilidade da eutanásia passiva depende, no caso concreto, do preenchimento dos pressupostos da omissão imprópria (art. 13, § 2º, do CP) para imputação do crime de homicídio (SIQUEIRA, Flávia; KASECKER, 2021, p. 197–198). Sem fazer distinções entre ortotanásia e eutanásia passiva, Roxin (2020, p. 142) sustenta a licitude da suspensão do tratamento quando fundamentada na “vontade responsável do paciente”⁹. Segundo o autor, a vontade do paciente é decisiva, ainda que ela pareça irracional ou irresponsável para um juízo objetivo de um

⁹ Posição semelhante é seguida por SIQUEIRA e KASECKER, que entendem que as duas situações (ortotanásia e eutanásia passiva), embora distintas, são, em regra, atípicas, em consideração ao modelo constitucional de autonomia do paciente (SIQUEIRA, Flávia; KASECKER, 2021, p. 198).

observador externo (ROXIN, 2020, p. 140).

3.3 Tratamento normativo do tema no Brasil

Entre os penalistas há aqueles que entendem que, de acordo com o artigo 146 do Código Penal Brasileiro, é possível intervir sobre o paciente mesmo contra sua vontade uma vez que o profissional atuaria acobertado pelo parágrafo 3º do mesmo dispositivo, ou segundo alguns, em estado de necessidade (PRADO, 2013, p. 165). Flávia Siqueira (2019), a exemplo de outros autores, afirma que não se consideram autorizadas as intervenções contra a vontade do paciente, mas apenas aquelas sem o seu consentimento expresso, nas hipóteses justificadas pelo consentimento presumido.

Mesmo que se adote a interpretação tradicional do art. 146, § 3º, do CPB, no sentido de que o médico estaria autorizado a tratar o paciente contra a sua vontade a pretexto de salvá-lo, isso não equivale a dizer que tal ação seria um dever do médico, ou seja que o médico teria o dever penal de agir contra a vontade do paciente nesses casos e, conseqüente, que será punido se não o fizer. Pelo menos, não é a essa a interpretação a contrario sensu do art. 146, § 3º, do CP, (GARCÍA AMADO, 2001). Diz a referida norma: “não se compreendem na disposição deste artigo a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida”. Ou seja, a norma afirma tão somente que em situação de iminente perigo de vida, se o médico agir sem o consentimento do paciente isso não será considerado como constrangimento ilegal. Não considerar a conduta como constrangimento ilegal, todavia, não equivale a dizer que haveria um dever de agir, já que há uma distância entre essas duas possibilidades.

De outro lado, considerando que o próprio paciente encerrou o tratamento, já que não mais deseja usar os recursos terapêuticos da medicina, não mais subsistiria o fundamento material (penal) do dever de agir porque não se deve falar de assunção de fato da proteção quando o próprio paciente, plenamente capaz, não mais deseja esse cuidado. Como dito, a assunção de fato é o fundamento e também o limite do dever

de agir. Quando não se tem mais vontade de tratamento, encerrar-se-ia o “mandato” conferido ao médico e, portanto, não sealaria em dever de agir que caracteriza os crimes de tipo omissivo impróprio (SIQUEIRA, Flávia; KASECKER, 2021, p. 204–205). Logo, se o médico omite o tratamento, atendendo ao pedido do paciente, a ele não deve ser imputada a morte a título de homicídio por omissão. Nessas situações, deve-se cuidar, porém, para que a súplica não resulte de emoção passageira de pessoa padecendo de transtorno afetivo ou desilusão profissional, por exemplo, cujo desejo é efêmero. A desistência do dever de cuidado a quem é incumbido de tê-lo merece cautelas.

Além das dificuldades dogmáticas e da própria dificuldade de valoração da conduta omissiva, o cenário no campo normativo não é de todo evidente. Há resoluções do Conselho Federal de Medicina que dificultam a compreensão que se tem sobre o tema.

A Resolução 2.217/2018, Código de Ética Médica, no artigo 22, proíbe o médico de realizar procedimentos sem obter consentimento do paciente ou de seu representante legal, obrigando-o a esclarecer sobre as práticas, “salvo em caso de risco iminente de morte”. Já o artigo 31 veda o desrespeito ao direito do paciente ou de seu representante legal de “decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte” (BRASIL, 2018). A aceitação irrefutável do dispositivo permitiria que o médico interviesse para salvar a vida contra a vontade do paciente, sem que se pudesse falar em constrangimento ilegal.

A seu turno, a Resolução CFM 2.232/2019 também reconhece a recusa terapêutica como direito do paciente, mas condiciona seu exercício ao ato médico de informar as consequências do procedimento. A norma assegura esse direito aos enfermos maiores de idade, capazes, lúcidos, orientados e conscientes no momento da decisão, mas apenas no caso de tratamentos eletivos (não urgentes). Portanto, segundo o artigo 11 da citada resolução, em caso “de urgência e emergência que caracterizarem iminente perigo de morte, o médico deve adotar todas as medidas necessárias e reconhecidas para preservar a vida do paciente, independentemente da

recusa terapêutica” (BRASIL, 2019). Logo, pela resolução, há impossibilidade de recusa terapêutica nos casos de pacientes em risco de morte.

O artigo 12 da mesma Resolução acresce uma dificuldade na compreensão da vontade do CFM, porque permite recusa do paciente ao procedimento, ainda que haja perigo de morte quando, no Código de Ética, resolve-se a favor de práticas diagnósticas ou terapêuticas arbitrárias quando houver iminente risco de morte. Dessa forma, permite a recusa terapêutica em situações de perigo de morte, mas admite práticas não consentidas em caso de risco de vida, obrigando o intérprete a uma distinção entre risco de vida e perigo de morte.

O aparente conflito de normas da resolução parece ser resolvido com a (i) possibilidade de recusa terapêutica nos casos de (a) tratamento eletivo e (b) perigo de morte não iminente; e a (ii) impossibilidade de recusa terapêutica nos casos de risco iminente de morte.

Tabela 2 – Resolução 2.232

Possibilidade de recusa terapêutica	Impossibilidade de recusa terapêutica
a) Tratamento eletivo	Perigo iminente de morte (paciente grave)
b) Perigo de morte não iminente	

No entanto, embora o art. 11 da Resolução nº 2.232 imponha ao médico o dever de salvar os pacientes em estado grave, mesmo que haja recusa ao tratamento proposto, trata-se de mero dever ético-profissional, de natureza extrapenal, insuficiente para fundamentar uma posição material de garantidor, segundo autores como Flávia Siqueira¹⁰.

Há também que se considerar outro conflito que pode ocorrer quando pacientes terminais sem condições de expressar sua vontade têm sua vida prolongada por desejo do representante legal, embora sem qualquer oportunidade de vida digna

¹⁰ A interpretação proposta por Flávia Siqueira, todavia, é minoritária.

ou de sobrevivência. Quando se trata de suspensão de tratamento, a Resolução 1.805 do CFM afirma que, em casos de paciente terminal incapaz, deve prevalecer a vontade do representante legal. Todavia, a imposição de prolongamento da vida pode ser entendida como lesão corporal pelo sofrimento imposto, tanto se trate do representante legal quanto do médico. No caso do médico, ademais, entende-se que numa perspectiva estritamente penal, este também não tem o dever de intervir arbitrariamente para tratar o paciente grave quando este manifestar a sua recusa informada. No entanto, a norma não traz expressamente a mesma previsão nos casos de prolongamento do tratamento.

Portanto, poder-se-ia argumentar que, quando o médico interrompe o tratamento do paciente terminal que se revela inútil e meramente prolongador do seu sofrimento, contra a vontade do representante legal, não seria passível de responsabilização penal por homicídio na modalidade omissiva, ainda que o faça contra a vontade do representante legal, seja pela inexistência do dever de agir, seja por ausência de nexo de evitação. No entanto, este posicionamento pode significar um desequilíbrio na relação, pois equivaleria a deixar nas mãos do médico o poder de decisão, o que pode ser perigoso. Compatibilizar os bens jurídicos em conflito demanda uma reflexão mais aprofundada e, até mesmo, uma proposta *de lege ferenda*.

Tabela 3 – Conclusão parcial

Paciente / desejo	Suspensão do tratamento	Prolongamento do tratamento
Terminal e capaz	Predomina a vontade do paciente	Predomina a vontade do paciente

Grave e capaz	Não há dever (penal) de prolongar o tratamento contra a vontade do paciente	A vontade do paciente converge com o dever do médico
Terminal e incapaz por representante legal	Predomina a vontade do representante legal (Resolução CFM 1.805: ortotanásia)	Proposta de <i>lege ferenda</i>
Grave e incapaz por representante legal	Em regra, o médico tem o dever de agir para salvar o paciente	A vontade do representante converge com o dever do médico

4 Conclusão

Ao longo deste artigo, procurou-se refletir a partir de aportes teóricos da dogmática dos crimes omissivos, sobre a interrupção de tratamentos médicos em pacientes graves e terminais.

Nesse contexto, o ponto crucial para identificar se haverá ou não crime omissivo impróprio é a afirmação ou não da posição de garantidor. O nosso ordenamento jurídico opta por estabelecer, no art. 13, § 2º, do CPB, as fontes formais da posição de garantidor. No entanto, a equiparação da pena entre os crimes comissivos e omissivos impróprios pressupõe, além das fontes formais, um conteúdo material para essas posições. Em face da excessiva abrangência, as fontes formais devem ser interpretadas restritivamente, em conjunto com o conteúdo material.

Apesar de estar vinculada a uma ação positiva, a suspensão de tratamento é tida como uma omissão em face do seu sentido social. O posicionamento majoritário

fundamenta a posição de garante do médico na ideia de assunção de fato da proteção (art. 13, § 2º, b, do CPB). Nesse sentido, independente de deveres contratuais, o médico assume a posição de garantidor de proteção após um ato de confiança do paciente. O dever de garantidor cessa se há um outro ato em sentido contrário: quando há um rompimento no tratamento ou na relação médico-paciente.

Conforme a Resolução 1.805 do CFM, o paciente terminal detém a palavra final sobre a suspensão (ou não) do tratamento que prolongue a sua vida, ainda que este se mostre desproporcional ou fútil, aos olhos de um observador externo. Essa análise sobre a proporcionalidade ou futilidade das medidas de suporte vital deve ser feita pelo titular do bem jurídico, como expressão de sua autonomia e dignidade humana.

A interpretação tradicional do art. 146, § 3º, do CPB, no sentido de que o médico estaria autorizado a tratar o paciente grave contra a sua vontade a pretexto de salvá-lo, não significa que o médico possui o dever de atuar contra a vontade do paciente para salvar sua vida. Autorização, portanto, não é o mesmo que obrigação. Considerando que o próprio paciente deseja encerrar o tratamento, não há fundamento material para a posição de garantidor, uma vez que o próprio titular abriu mão da proteção ao bem jurídico que o médico lhe oferecia. A assunção de fato da proteção é o fundamento e o limite do dever de agir.

Ao médico que interrompe o tratamento, a pedido do paciente, grave ou terminal, não pode ser imputado o crime de homicídio por omissão imprópria, pois não haveria um dever de atuar arbitrariamente fundamentado pelo direito penal. O dever de salvar os pacientes em estado grave, a despeito de sua recusa terapêutica, previsto no art. 11 da Resolução nº 2.232 do CFM, possui natureza extrapenal e, por isso, não serve para fundamentar a posição material de garantidor.

Na decisão pelo prolongamento de pacientes terminais que não puderem expressar sua vontade tem-se que considerar a indicação técnica como um importante elemento, mas não o único. Da mesma forma, a vontade do representante legal também não pode ser o único fator de decisão, na medida em que deixar morrer é uma decisão irreversível.

5 Referências

BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. São Paulo: Consultor Jurídico, 2012. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2012-jul-11/morte-ela-dignidade-autonomia-individual-final-vida#:~:text=O direito de todos e,de alguém pretender antecipá-la](https://www.conjur.com.br/2012-jul-11/morte-ela-dignidade-autonomia-individual-final-vida#:~:text=O%20direito%20de%20todos%20e%20de%20algu%C3%A9m%20pretender%20antecip%C3%A1-la). Acesso em: 16 dez. 2021.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O estranho e fascinante crime omissivo impróprio — Parte 1. São Paulo: Consultor Jurídico, 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-dez-07/direito-defesa-estranho-fascinante-crime-omissivo-improprio-parte#_ftn2. Acesso em: 18 dez. 2021.

BRASIL. Lei no 9.434. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Brasília: 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm. Acesso em: 28 fev. 2022.

BRASIL. Resolução CFM no 1.805/2006. 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. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2006. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2006/1805>. Acesso em: 8 nov. 2021.

BRASIL. Resolução no 2.217/2018. Aprova o Código de Ética Médica. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2018. Disponível em: <https://www.in.gov.br/materia/>

/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/48226289/do1-2018-11-01-resolucao-n-2-217-de-27-de-setembro-de-2018-48226042. Acesso em: 3 jun. 2021.

BRASIL. Resolução no 2.232/2019. Estabelece normas éticas para a recusa terapêutica por pacientes e objeção de consciência na relação médico-paciente. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2019. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-2.232-de-17-de-julho-de-2019-216318370>. Acesso em: 23 maio 2021.

BRUNO, Aníbal. Direito Penal: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1967. v. 1

BUSATO, Paulo César; CESTO, Mariana. A Eutanásia, a eugenia e o bem jurídico vida frente a interrupção de cuidados paliativos: implicações penais. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021.

DARÉ, Geisa Oliveira. A Filosofia dos Cuidados Paliativos sob a Ótica dos Direitos Humanos. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, [s. l.], v. 20, p. 185–196, 2020. Disponível em: <http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/429>. Acesso em: 16 dez. 2021.

DOS SANTOS, Juarez Cirino. Direito Penal: parte geral. 6. ed. Curitiba: IBPC Cursos e Edições, 2014.

ESTELLITA, Heloisa. A distinção entre ação e omissão no caso dos comportamentos ambivalentes: uma notícia sobre a discussão e as soluções propostas. In: JUNIOR, Miguel Reale; MOURA, Maria Thereza de Assim (org.). Coleção 80 Anos do Código Penal - Volume I - Parte Geral. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020a.

ESTELLITA, Heloisa. Contornos da responsabilidade omissiva imprópria dos médicos plantonistas. In: SIQUEIRA, Flávia; ESTELLITA, Heloisa (org.). Direito Penal da Medicina. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2020b. p. 195–218.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Sobre el argumento a contrario en la aplicación del derecho. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, San Vicente del Raspeig, n. 24, p.

85, 2001. Disponível em: <https://doi.org/10.14198/DOXA2001.24.04>. Acesso em: 8 mar. 2021.

PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal brasileiro: Parte especial. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. In: SIQUEIRA, Flavia; ESTELLITA, Heloisa (org.). Direito Penal da Medicina. Tradução: Luis Greco; Flávia Siqueira. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 130–167.

SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria - possibilidades histórico-dogmáticas, materiais e de direito comparado para escapar de um caos. In: GRECO, Luís (org.). Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. Tradução: Alaor Leite. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SIQUEIRA, Flávia. Autonomia, consentimento e Direito penal da medicina. São Paulo: Marcial Pons, São Paulo, 2019.

SIQUEIRA, Flávia; KASECKER, Izabele. Cuidados paliativos e a responsabilidade penal do médico por omissão em casos de suspensão de suporte artificial de vida. In: DADALTO, Luciana (org.). Cuidados Paliativos: aspectos jurídicos. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. p. 191–211.

TAVARES, Juarez Estevem Xavier. Teoria dos crimes omissivos. 452 f. 2011. - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. Da Eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final da vida. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. Nota de chegada: mudanças na disciplina do final de vida no país. [S. l.], 2019. Disponível em: <http://cvmed.com.br/2019/08/28/nota-de-chegada-mudancas-na-disciplina-do-final-de-vida-no-pais/>. Acesso em: 8 nov. 2021.

Como citar:

MINAHIM, Maria Auxiliadora. CESAR, Gabriel dos Santos. Interromper ou prolongar o tratamento de pacientes graves ou terminais. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA – Journal of the Graduate Program in Law at UFBA**, Salvador, v. 32, p. 1-20, ano 2022. DOI: (endereço do DOI desse artigo).
