

A eutanásia omissiva

Andrey Felipe Lacerda Gonçalves

Aluno do 4º ano da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo

Resumo: Muito se tem questionado sobre a invocação do direito a uma morte digna no caso de pacientes terminais e incuráveis. Entretanto o direito penal brasileiro não tem se manifestado explicitamente sobre o tema, provavelmente por se tratar de um fato social ainda não cristalizado; ou seja, aquele que não mobilizou a opinião pública. O presente estudo tem por objetivo principal o estudo da ortotanásia (eutanásia omissiva) à luz do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e dos limites do poder humano sobre o próprio processo de morte. É necessário que se façam algumas distinções sobre o tema, delimitando alguns conceitos vinculados a eutanásia, ortotanásia e a distanásia, para que se possa proceder a uma análise jurídica do instituto e sua possível aplicação ao direito penal.

Palavras-chave: eutanásia; morte digna; ortotanásia

Introdução

Todos os seres vivos estão sujeitos ao mesmo ciclo vital, o nascimento, o desenvolvimento, e a morte. Porém, para nós seres humanos dotados de racionalidade, a morte torna-se algo extremamente doloroso, principalmente quando envolve algum ente querido. A idéia de finitude nos deixa em constante ansiedade, o que resulta muitas vezes na negação e inaceitabilidade do que é inevitável.

Diversas são as teorias que tentam de alguma forma explicar o que acontece, seja pela religiosidade, pela ciência ou pela própria cultura dos povos; algumas delas são extremamente úteis para amenizar o transtorno psicológico causado pelo fim e para, de alguma forma, dar uma resposta plausível àqueles que se encontram em desespero. Mas a odisséia em busca da imortalidade continua e o homem refuta ainda que no interior de seu ego o fim de sua própria existência. A evolução tecnológica aplicada à medicina torna-se frequente dia após dia, e a busca incansável pelo prolongamento excessivo da vida vem se tornando prática usual.

Cabe a nós, no decorrer do presente estudo, analisar o momento da morte, que pode ser precedido de sofrimento prolongado, e a libertação de tal sofrimento — o que nos leva a refletir sobre a eutanásia e outras práticas correlatas, que visam findar o sofrimento desnecessário para que a vida corra o seu ciclo normalmente.

Perfil jurídico da eutanásia no Brasil

Durante o processo de deliberação da Constituição Federal de 1988, vários projetos foram elaborados tratando da polêmica, sendo uns a favor e outros, veementemente contra. Entretanto a Carta Magna silenciou a respeito da eutanásia e preferiu valorar a vida sob todos os seus aspectos, quer sociais, políticos, econômicos, religiosos ou morais.

O tema continuou a ser tratado pelo Código Penal brasileiro de 1940, o qual não acompanhou a evolução técnica, científica, social e filosófica da questão. Logo, a prática da eutanásia é enquadrada no art.121,§ 1º, que trata do homicídio privilegiado por relevante valor moral (pois o agente acredita estar fazendo um bem para a vítima e não à sociedade como um todo). Caso a conduta do agente seja omissiva, ele responderá pelo crime na modalidade omissiva imprópria (CP, art.13,§ 2º alínea a) por quebra do dever legal, já que o agente (no caso, o médico) encontra-se na posição de garantia face o enfermo. Por fim, podemos levantar a hipótese de que o médico não intervém, seja positivamente ou de forma omissa, mas fornece os meios necessários para que o próprio doente pratique o ato que finda sua vida — dessa forma, a conduta se amolda aos termos do art. 122 do CP: induzimento, instigação, ou auxílio a suicídio.

O direito a uma morte digna

Quanto é possível tratar de uma doença e até onde isso é o melhor para o doente? Na sequência, quando é o momento de não mais tratar o paciente e aceitar sua morte, em benefício de um fim de vida menos sofrido e mais digno?

O excerto acima é de um texto escrito por Raul Cutait, cirurgião gastroenterologista, presidente do Conselho Médico e diretor geral do Centro de Oncologia do Hospital Sírio-Libanês (São Paulo, SP), e bem expressa a angústia dos médicos frente esses casos. Existem situações comprovadas pela medicina em que a morte é claramente inevitável e traz fim ao sofrimento. Nesses casos, é passível que a decisão de não mais manter a vida artificialmente seja isenta de conflitos ético-emocionais, uma vez que, sob o ponto de vista médico, não há mais vida digna e sim um final de vida com sofrimento.

A concepção de dignidade da pessoa humana, que nós operadores do Direito temos, liga-se à possibilidade de a pessoa conduzir sua vida e realizar sua personalidade conforme sua própria consciência, desde que não sejam afetados direitos de terceiros. Esse poder de autonomia também alcança os momentos finais da vida da pessoa.¹

Os avanços tecnológicos da medicina têm proporcionado inúmeros benefícios à coletividade. No entanto, nos parece que aflora conjuntamente um lado obscuro, que encontra fundamentação na terapêutica, principalmente quando o assunto diz respeito ao controle do processo de morte. Muitas vezes, existem situações em que os tratamentos médicos se tornam “um fim em si mesmo” e o ser humano passa a estar em segundo plano, a atenção tem seu foco no procedimento, na tecnologia, não na pessoa que padece. Nessa situação, o paciente sempre está em risco de sofrer medidas desproporcionais, pois os interesses da tecnologia deixam de estar subordinados aos interesses do ser humano e a “obstinação terapêutica” aparece como um ato profundamente anti-humano e atentatório à dignidade da pessoa e a seus direitos mais fundamentais. Portanto, o prolongamento artificial do processo de morte atenta diretamente contra a dignidade humana do sujeito do direito, pois usurpa-lhe o direito à sua própria dignidade em detrimento da medicina.

Nesse sentido, Meirelles, Didonet e Teixeira (2002) dizem:

É possível entender que o acharnement subverte o direito à vida e, com certeza, fere o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, assim como o próprio direito à vida. Se a condenação do paciente é certa, se a morte é inevitável, está sendo protegida a

vida? Não, o que há é postergação da morte com sofrimento e indignidade [...] Se vida e morte são indissociáveis, e sendo esta última um dos mais elevados momentos da vida, não caberá ao ser humano dispor sobre ela, assim como dispõe sobre a sua vida?

A decisão pela não intervenção demasiada, desejada pelo paciente, no processo de morte não configura a sua aceleração ou provocação e sim a sua aceitação como sendo parte final e integrante do ciclo da vida. Entendemos que defender o direito a uma morte digna não é o mesmo que defender qualquer procedimento que dê causa à morte do paciente, pois trata-se de um exercício regular de direito e do reconhecimento da liberdade, bem como de outras garantias constitucionais previstas na Carta Magna de 1988. O art. 5º elenca da Constituição uma série de incisos correlatos que garantem o exercício de tal direito, dentre eles destacamos: II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; III – ninguém será submetido à tortura nem a tratamento degradante; IV – é livre a manifestação de pensamento (...); VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença (...); VIII – ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei; X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Lembramos que as garantias constitucionais supracitadas são direitos assegurados a todos os brasileiros e que tais direitos não são absolutos, além de que, encontram-se elencados como direitos e não como deveres. Então seguindo nossa linha de raciocínio, é assegura-

¹ Cf. BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testa-

do o direito à vida, e não o dever; portanto, seria débil admitir que o paciente fosse obrigado a se submeter, ou a não interromper, determinado tratamento médico, pois está ele protegido juridicamente pela garantia constitucional de direito à liberdade, à liberdade de consciência, à autonomia de vontade, à inviolabilidade da sua intimidade e vida privada.

Ademais, sob nossa óptica, não há direito absoluto em nosso ordenamento jurídico, nem mesmo o direito à vida encontra-se envolto por uma tutela absoluta e inviolável, posto que, diante do estado de necessidade, do estrito cumprimento de dever legal, do exercício regular do direito e da legítima defesa, o direito à vida sucumbe: se a vida é indisponível, indisponível também deveria ser a vida tirada no aborto (legal, decorrente de estupro), na guerra, ou na já mencionada legítima defesa — em todos esses casos nos referimos ao mesmo bem jurídico tutelado que, em virtude de situações excepcionálistimas, deixa de ser protegido pelo Estado.

A nosso ver, a eutanásia também deveria ser permitida pelo ordenamento jurídico pátrio, uma vez que, na conduta do agente, falta o dolo específico do homicídio, o *animus necandi*, ou seja, a vontade livre e consciente de matar: não há intenção de eliminar vidas, pois a intenção é de abreviar um sofrimento de uma doença incurável e cujo sacrifício não é exigido nem mesmo a um animal irracional.

Entretanto, a idéia de “sofrimento final” encontra-se enraizada na cultura nacional, uma vez que é pregado pela Igreja Católica, cuja ideologia encontra suporte naqueles últimos suspiros de Cristo na cruz do Calvário, bem como nos daquele que ao seu lado estava e ali encontrou o perdão divino. Logo, a sociedade tem a concepção de que o sofrimento daquele que padece enaltecerá a sua partida rumo à Eternidade.

Eutanásia, distanásia, e ortotanásia: uma distinção necessária

Etimologicamente, eutanásia vem do grego “boa morte” e consiste na prática da mor-

te visando atenuar o sofrimento de um enfermo crônico, e incurável, cujo fim é inevitável. Porém, *a priori*, não foi nesse sentido que o *euthanatos* foi idealizado: este era o nome que se dava a um processo que visava aliviar o sofrimento final da vítima e da família, como o acompanhamento psicológico, alguns cuidados paliativos do sofrimento, bem como o uso de outros meios de controle e alívio da dor física e psíquica. Também fazia parte do procedimento eutanásico interromper tratamentos incisivos e desarrazoados que até certo ponto foram úteis, mas que, na fase terminal, apenas prolongam a agonia. Em suma, a eutanásia não tinha como objetivo pôr fim à vida, mas deixar que se completasse seu ciclo da forma menos dolorosa possível.

Entrementes, atualmente prepondera o entendimento de que a eutanásia objetiva o término da vida de alguém mediante o seu consentimento expresso ou presumido. É a substituição, a pedido do ofendido, de um tratamento prolongado que estende sua existência por uma cessação imediata da vida, encurtando a sua aflição física e psíquica. Portanto, no caso, o autor age interferindo positivamente no curso causal, ou seja, dando causa à morte mediante sentimento de piedade à vítima.

Outro conceito intrinsecamente ligado a idéia da eutanásia é o de distanásia, que, para Diniz (2001, p. 307), “trata-se do prolongamento exagerado da morte de um paciente terminal ou tratamento inútil. Não visa prolongar a vida, mas sim o processo de morte”. É a obstinação terapêutica, seja pelo tratamento ou pela ciência. Ilustrativamente, temos o caso da equipe médica que, diante de uma situação extrema, não tem o conhecimento técnico necessário ou lhe falta qualquer previsão de cura ou melhora do paciente, mas que resolve “discutir o caso”, visando à busca de razões teleológicas, transformando o tratamento em estudo. Nesse caso, estamos diante de grave ofensa aos direitos e garantias constitucionais de liberdade, dignidade da pessoa, honra e à integridade física do doente.

Em oposição à distanásia, surge o conceito de ortotanásia, que etimologicamente vêm do grego *orto* (certo) e *thantos* (morte). Logo, a ortotanásia busca o não prolongamento artificial da morte, ou seja, busca garantir a morte natural e digna do que padece — e, a nosso ver, deve ser prática usual no ramo da medicina, pois em situação em que o enfermo já se encontra no processo natural de morte, o médico apenas contribui para que o estado desenvolva o seu curso.

Cordeiro dos Santos (1998, p. 107) entende que tal auxílio à morte “é lícito sempre que ocorra *sem* encurtamento da vida”. A autora chama a ortotanásia também de “auxílio médico à morte”, entendendo que “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”.

Resolução nº 1.805/06 do Conselho Federal de Medicina (CFM)

Diante do dilema enfrentado diuturnamente pela classe médica, principalmente nas UTIs, foi editada a resolução supra com o intuito de regular a ortotanásia, da qual faz parte o seguinte:

EMENTA: *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 seu representante legal.*

CONSIDERANDO o art. 1º, inc. III da Constituição Federal que elegeu o princípio da dignidade da pessoa humana

CONSIDERANDO o art. 5º, inc. III da Constituição Federal que estabelece que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”;

CONSIDERANDO que cabe ao médico zelar pelo bem-estar dos pacientes;

CONSIDERANDO que incumbe ao médico diagnosticar o doente como portador de uma enfermidade em fase terminal; (...)

Com base nessas premissas, foi que o Conselho, no uso de suas atribuições legais, decidiu:

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.

Em outras palavras, o CFM acabou com a polêmica que pairava sobre a eutanásia omissiva (ortotanásia), objeto deste estudo, pois de forma legítima regulamentou a matéria. Não há como sustentar que a prática da ortotanásia seja crime: deixar morrer, diante da impossibilidade terapêutica de cura e da inexistência de dever de manter procedimentos inócuos, não é matar.

A análise jurídica da conduta do médico nos mostra que não há como imputá-lo penalmente por homicídio, ainda que o artigo 13 do Código Penal faça a previsão do crime na sua forma omissiva:

Art. 13 O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

Tratando-se de doentes terminais, entende-se que não há mais recursos hábeis para reverter o seu quadro clínico, logo, a sua morte é inevitável. Dessa feita, a ação do médico não

Ademais, para que seja configurado homicídio, a omissão deverá ser penalmente relevante, nos termos do parágrafo 2º do artigo 13 CP:

§ 2º A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. (...)

Para que um crime omissivo possa ser praticado, é condição necessária que o omitente tenha possibilidade material de evitar o resultado danoso. Se o médico suspender algum tratamento, apenas será considerado o causador da morte do doente se o tratamento suspenso tivesse a possibilidade de evitar a morte. Mas, se não há possibilidade material de evitar a morte, a interrupção do tratamento não tipifica homicídio. Nesse sentido, se manifesta o juiz e professor *José Henrique Rodrigues Torres em texto publicado na revista do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (CREMESP):*

Ora, na hipótese prevista na resolução, o doente é terminal, a enfermidade é incurável e a morte é materialmente inevitável. Logo, se o médico interrompe procedimentos destinados somente a prolongar a vida do doente, haverá apenas uma omissão de assistência inútil, o que é irrelevante para o direito penal, diante da irreversibilidade da doença e da inevitabilidade da morte. Portanto, não é possível falar em tipificação do homicídio por omissão.

Lembramos que existem situações que parecem próximas, mas que na realidade são totalmente distintas. Uma coisa seria o médico deixar de adotar tratamento apto para salvar a vida de uma pessoa ferida, afastando-se do seu dever legal, hipótese em que poderá ser considerado o causador de eventual morte, pois ele *podia e devia* agir para evitá-la, mas omitiu-se. Já no caso do doente terminal, a situação é totalmente diferente: os procedimentos corriqueiros de UTI são meramente paliativos, voltados para a qualidade de vida tanto do paciente quanto de seus familiares, visando à prevenção e ao alívio do sofrimento, ou seja, não estão voltados para evitar a morte e não têm nenhum objetivo curativo — a situação é irreversível e não

transitória, portanto, é inadmissível falar em *dever* de manter esses procedimentos inúteis.

Conclusão

É bem verdade que a tônica do tema pode causar espanto a alguns, pois a matéria explorada esbarra em questões éticas, morais e também de cunho religioso, mas nosso objetivo principal é incitar à reflexão de todos, principalmente dos operadores do direito, cuja obrigação se pauta na aplicação da norma de acordo com a evolução da sociedade. Não há de se esperar por mudanças legislativas, pois a norma sofre o que alguns denominam de “mutação social”, ou seja, o texto normativo pode continuar o mesmo, mas sua interpretação deve amoldar-se aos critérios valorativos atuais.

Sob o ponto de vista legal, sustentamos a atipicidade da ortotanásia, pois, em situações extremas como essa, não existe mais bem jurídico a ser tutelado pelo Estado, e a vida só existe sob o aspecto meramente legal ou formal. Logo, o ordenamento jurídico não pretende assegurar um estado de vida vegetal, o qual em nada se parece com os padrões de existência mínima protegidos pelo constituinte originário. Além de que, conforme o exposto em linhas anteriores, seria tecnicamente errado enquadrar a ortotanásia como crime de homicídio na sua forma omissiva imprópria, pois a morte é materialmente inevitável e, sendo assim, desaparece o dever legal de quem nada mais pode fazer.

Conforme nosso pensamento, o ordenamento constitucional pátrio protege os padrões mínimos de uma existência digna, ou a sua possibilidade e potencialidade (na defesa do nascituro, por ex.), pois o Estado democrático de direito é fundamentado nos princípios do bem-estar, da solidariedade, da fraternidade como expresso no preâmbulo da Carta Constituinte: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como

valores supremos de uma sociedade fraterna,(...) fundada na harmonia social (...)”.

O mesmo pode-se notar fazendo uma interpretação sistemática da Constituição Federal, que enuncia alguns valores que se coadunam com essa idéia: art. 1º II, a cidadania; III, a dignidade da pessoa humana; art.3º e art. 4º II, prevalência dos direitos humanos; e, novamente, os incisos do art. 5º, III, ninguém será submetido à tortura nem a tratamento degradante, e X, são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas...

Na mesma linha, segue o pensamento de Capez (2005, p. 34): “É possível sustentar a atipicidade na eutanásia omissiva, sob o argumento de que, em situações extremas, não há bem jurídico a ser tutelado, já que a vida só existe do ponto de vista legal, mas em nada se assemelha aos padrões mínimos de uma existência digna, dado que a pessoa está apenas vegetando”.

Referências bibliográficas

- BIERRENBACH, Sheila de Albuquerque. *Crimes omissivos impróprios*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1996. p. 73.
- BIZATTO, José Ildefonso. *Eutanásia e responsabilidade médica*. 2 ed. Editora de Direito, 2000.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos (org.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: RT, 2001.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7571>>.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte especial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 2. p. 34.
- CUTAIT, Raul. Morte Digna. Disponível em: <<http://www.cienciaefc.org.br/jornal/0312/MT04.htm>>.
- DA SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

Vale salientar que, em alguns países da Europa, como a Holanda, desde abril de 2001, a forma omissiva (ortotanásia) não mais configura crime. Lamentavelmente não é o caso no Brasil, onde, embora seja prática usual no campo da medicina, a ortotanásia não encontra amparo legal.

Dessa feita, defendemos a ortotanásia como procedimento ao qual poderá se submeter um doente terminal desde que: não haja possibilidade de cura, a decisão tenha sido tomada após o paciente ter-se submetido à avaliação clínica de uma junta médica especializada e, mesmo assim, conste o seu consentimento expresso ou presumido, ainda que outorgado pelos seus representantes legais ou sucessores.

A obstinação terapêutica desenfreada, que utiliza a pessoa como “cobaia” para fins de pesquisa e avanço da medicina, deve ser frontalmente combatida, pois caracteriza grave perturbação dos direitos da personalidade, bem como da honra e da dignidade do ser humano que padece.

MEIRELLES, Jussara, TEIXEIRA, Eduardo Didonet. Consentimento livre, dignidade e saúde pública: o paciente hipossuficiente. In: RAMOS, Carmem Lúcia Nogueira *et al.* (orgs.), *Diálogos sobre direito civil: construindo uma racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

REVISTA SER MÉDICO. CREMESP, ano XI, n. 43, 2008.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. *O equilíbrio do pêndulo: a bioética e a lei, implicações médico-legais*. São Paulo: Ícone, 1998, p. 107.