

O FIM DA VIDA EM PACIENTES COM CÂNCER E SUAS QUESTÕES ÉTICAS E JURÍDICAS: UM DIÁLOGO ENTRE A ONCOLOGIA E O DIREITO PENAL

Graziela Zibetti Dal Molin¹

Rafaela Alban²

Resumo: A evolução da medicina tem propiciado o aumento da expectativa de vida, principalmente em doenças graves como o câncer, cuja incidência tem aumentado globalmente. Por outro lado, viu-se que a redução da mortalidade era conquistada diversas vezes às custas de procedimentos desnecessários e fúteis. Dada o câncer ser doença com alto risco de mortalidade, as discussões sobre interrupção de tratamento, cuidados paliativos e terminalidade são também necessárias. O objetivo deste trabalho é estabelecer um diálogo entre a oncologia e o Direito Penal, com o intuito de verificar os limites de um tratamento digno e as repercussões jurídico-penais da paralisação dos cuidados paliativos no paciente oncológico.

Palavras-chave: terminalidade; câncer; cuidados paliativos; Direito Penal.

Abstract: Medicine improvements has allowed the increase in life expectancy, especially in serious diseases such as cancer, whose incidence has increased globally. On the other hand, the reduction in mortality was achieved several times with unnecessary and futile procedures. As cancer is a disease with a high risk of mortality, discussions on withhold treatment, palliative care and terminal illness are also necessary. The objective of this paper is to establish a dialogue between oncology and criminal law, in order to verify the limits of decent treatment and the legal and criminal consequences of withhold palliative care.

Key-words: terminally ill, cancer, palliative care, criminal law.

1 INTRODUÇÃO

Ao longo do último século, a medicina passou por profundas mudanças. Avanços no conhecimento médico, com atenção especial às áreas de cirurgia, anestesia, medicina intensiva e infectologia propiciaram um controle ou erradicação de doenças até então nunca vistos. Mortes por causas infecciosas passaram a ser controladas, a expectativa de vida

¹ Médica oncologista clínica do Centro Oncológico Antônio Ermírio de Moraes em São Paulo/ SP. Possui graduação pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e residência em oncologia clínica pelo Hospital AC Camargo. grazieladalmolin@gmail.com

² Advogada criminalista e professora de Direito Penal, Direito Processual Penal e Prática Jurídica Penal em cursos de graduação e pós-graduação no Estado da Bahia. Possui Graduação em Direito pela Universidade Salvador (UNIFACS), Especialização em Ciências Criminais pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), Especialização em Direito Penal Econômico pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) e Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu da Universidade de Coimbra (IDPEE) e Mestrado em Direito Público, na linha de pesquisa de Direito Penal, pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Possui, ainda, Aperfeiçoamento em Ciências Criminais e Dogmática Penal Alemã pela *Georg-August Universität Göttingen* e Aperfeiçoamento em Direito Penal Italiano pela *Università degli Studi di Roma Tor Vergata*. rafaella_alban@yahoo.com.br

aumentou progressivamente e as doenças crônicas e degenerativas passaram a ser as principais causas de óbito em diversos países do mundo¹.

Se por um lado o aprimoramento da saúde permitiu o aumento da expectativa de vida e a melhora das condições de saúde da população, por outro lado viu-se que a redução da mortalidade era conquistada diversas vezes às custas de procedimentos desnecessários e sem utilidade terapêutica².

Nesse sentido, observa-se que, além das doenças associadas ao processo de envelhecimento, o câncer tem aumentado sua incidência globalmente. As causas são inúmeras, desde mudanças nos hábitos de alimentação da sociedade moderna, o incremento da obesidade, o aprimoramento dos métodos diagnósticos com aumento da detecção da doença em estádios mais precoces, entre outras³.

Dado tratar-se de doença muitas vezes grave e que acomete pacientes de todas as idades, as discussões sobre interrupção de tratamento, cuidados paliativos e terminalidade são também necessárias, de modo que o objetivo do presente trabalho é estabelecer, perpassando por definições éticas, um diálogo entre a oncologia e o Direito Penal, com o escopo de verificar os limites de um tratamento digno e as repercussões jurídico-penais da paralisação dos cuidados paliativos.

2 O PACIENTE COM CÂNCER TERMINAL E CONCEITOS RELACIONADOS À TERMINALIDADE

Na sociedade atual, o câncer é uma doença cujo estigma associado à morte é bastante elevado. Ao longo da história, diversas doenças apresentaram comportamento semelhante, como a lepra na época de Cristo. São *tabus* criados pela sociedade, que ensejam na ideia de que todo paciente com câncer será sempre incurável. Apesar de melhorias no diagnóstico precoce e avanços em técnicas cirúrgicas e em novos medicamentos, uma grande parcela dos pacientes oncológicos evoluirá com quadro clínico avançado, estando fora de possibilidades terapêuticas. Isso significa que os recursos utilizados com intuito curativo foram manejados e esgotados e que o paciente, nesse momento, deve ser considerado um paciente paliativo.

Com a progressão da doença, diversos sintomas - como dor, náuseas e falta de ar - evoluem progressivamente, muitas vezes sendo difícil o controle. Nesse momento, o ideal é

que os pacientes paliativos passem a ser acompanhados por uma equipe multiprofissional, composta por médicos, enfermeiros, psicólogos, fisioterapeutas, nutricionistas, assistentes sociais, entre outros. O objetivo da equipe multiprofissional é de auxiliar o paciente, bem como seus familiares, no acompanhamento ambulatorial ou hospitalar da fase terminal desta doença.

Dentro dessa discussão, cabe uma decisão complicada entre o prolongamento da vida através de instrumentos artificiais, a sua interrupção na tentativa de sanar o sofrimento ou de deixar a doença tomar seu curso natural. Para melhor decisão, é fundamental a compressão pelo paciente, familiares e profissionais de saúde dos conceitos de distanásia, eutanásia e ortotanásia.⁴

A distanásia, também conhecida como obstinação terapêutica, é a realização de tratamento considerado fútil ou inútil ao paciente, que causa somente prolongamento do sofrimento sem causar melhora na qualidade de vida do mesmo. Essa modalidade é vista com certa frequência na medicina moderna, com a utilização de procedimentos invasivos, como ventilação mecânica ou uso de aparelhos para manter órgãos em funcionamento de uma maneira artificial.

Já a eutanásia, também chamada de suicídio assistido, é compreendida como realização de ato com intuito de abreviar a vida, evitando ou ao menos aliviando o sofrimento do paciente. Apesar de autorizada em outros países, encontra vedação na legislação brasileira.

Por fim, a ortotanásia é associada à possibilidade de morte digna pelo paciente. Trata-se da atuação dos profissionais de saúde, junto ao paciente, com o intuito de paliar sintomas, evitar sofrimento e não realizar procedimentos invasivos que não se traduzam em melhora da qualidade de vida ou em aumento da sobrevida. Ao contrário da eutanásia, em que há o abreviamento da morte, na ortotanásia evita-se provocá-la, apenas a doença é mantida em seu curso natural sem sofrimento ao paciente.

Dentro do conceito de ortotanásia são embasados os princípios de cuidados paliativos. A criação de cuidados paliativos como especialidade médica tem como objetivo a realização de intervenções com foco no paciente e não em sua doença. A intenção é a do alívio dos principais sintomas estressores, a de trazer maior qualidade de vida durante o processo da morte e a de evitar a realização de procedimentos fúteis e de obstinação terapêutica.

A filosofia dos cuidados paliativos no paciente com câncer é a de minimizar os sintomas físicos, psicológicos e espirituais ao longo da doença. Os cuidados paliativos, ao

contrário da eutanásia, não são necessariamente o resultado de uma decisão autônoma do paciente, mas um conjunto de ações planejadas pela equipe multidisciplinar. Por outro lado, quando se consegue ofertar bons cuidados paliativos pode-se, em muitos casos, ajudar o paciente a encontrar sua melhor capacidade de decidir sobre sua vida, dependendo do tempo que se tem, e das suas condições de exercer sua competência decisória⁵.

É comum que os familiares de pacientes acometidos por câncer apresentem um estresse permanente decorrente da vivência com o sofrimento de seus entes queridos. Essa situação pode gerar um grande esgotamento emocional, principalmente quando a causa do motivo estressor é presenciar o paciente morrer sem sintomas controlados. Logo, não é incomum, neste momento, que o paciente terminal ou seu familiar deseje sua morte para evitar prolongar sua dor. E é aqui que surgem as principais dúvidas sobre qual a melhor conduta a ser implementada.

Nesse contexto, é importante examinar as questões que envolvem a decisão do paciente sobre sua morte e o seu direito a ter uma morte digna. O direito de morrer dignamente está associado à vontade de se ter uma morte humanizada, sem prolongamento artificial da vida ou com aumento do sofrimento decorrente de tratamentos fúteis. Por outro lado, o fato de o paciente ter o direito de decidir sobre sua morte é sinônimo de eutanásia ou, seja, suicídio assistido.

3 O ARCABOUÇO LEGISLATIVO SOBRE O FIM DA VIDA

É possível afirmar que os problemas advindos da decisão sobre vida ou morte dificilmente poderão ser regulados por meio de normas abstratas e o consenso entre proibido e permitido neste setor deve ser buscado em meio interdisciplinar, não se tratando de matéria exclusiva da medicina ou direito.

Por isso, o adequado enfrentamento do tema requer um exame conjunto das disposições presentes da legislação brasileira, notadamente no Código de Ética Médica e no Código Penal, que indicam, respectivamente, orientações quanto aos deveres médicos e tipificações quanto às condutas criminosas, que precisam ser apuradas de forma coerente, notadamente num arcabouço normativo que deve ser interpretado de forma conglobada e condizente com as dificuldades práticas da questão.

3.1 A ORIENTAÇÃO PALIATIVA DO CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA

No Brasil, as ações médicas em pacientes terminais foram contempladas no Código de Ética Médica (CEM) de 2010.⁶ O CEM prevê uma abordagem ética diferenciada junto aos pacientes terminais, com orientação no sentido de vetar a abreviação da vida (eutanásia) e a utilização de tratamentos fúteis (distanásia), promovendo cuidados paliativos (ortotanásia).

No âmbito da discussão presente neste artigo, o CEM conta com o art. 41, que assim explicita:

Art. 41. É vedado ao médico abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.

Parágrafo único: Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.

O Código ainda mostra os parâmetros da atuação do médico no fim da vida, como no Capítulo I, inciso XXII, no qual cita: *nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados.*

A partir das premissas do CEM, cabe ao médico evitar os conceitos de tratamento fútil e inútil (distanásia) e promover o controle de sintomas do paciente, através de cuidados paliativos (ortotanásia). Contudo, trata-se de uma orientação ampla, que não explicita os limites da prescrição médica ou o tipo de abordagem medicamentosa. Aborda que a vontade do paciente deve ser sempre considerada, entretanto não tece comentários claros sobre o suicídio assistido (eutanásia), bem como sobre o princípio de autonomia do paciente e demais princípios inerentes à ética médica.

Como cediço, apesar de haver trabalhos anteriores que discutam a questão, a ideia de uma bioética firma-se com o chamado principialismo, criado por Childress e Beauchamp. Através da sua obra *Principles of Biomedical Ethics* de 1978, os autores postularam essencialmente quatro princípios básicos que regeriam a ética médica: autonomia, beneficência, não-maleficência e justiça. A autonomia remonta construções clássicas da liberdade individual para representar o respeito às pessoas. A ideia de que, nas práticas médicas, é preciso haver consentimento do paciente é colorária de uma ideia anti-paternalista

da medicina, a qual tenta fugir de uma acepção mais passiva do termo “paciente”. Os princípios da beneficência e da não-maleficência têm sentidos correlatos, porém, de certo modo, opostos. O primeiro traz uma necessária ação em benefício, ou seja, uma obrigação moral que o médico tem de agir para fazer o bem para o paciente. A não-maleficência, por sua vez, é essencialmente uma omissão. Extraí-se desse princípio a noção ideal de se evitar causar o mal. Porém, um dos maiores conflitos da ética médica está diante da ponderação casuística da autonomia do paciente e o imperativo médico de buscar um suposto bem a quem atende, em abstrato. Em uma sociedade multicultural, torna-se cada vez mais difícil definir individualmente o que seria benéfico, mas a autonomia implica na liberdade do paciente escolher o seu tratamento. De todo modo, o princípio da justiça, também chamado de equidade, reflete um sentido de justiça distributiva e impõe um tratamento isonômico, proporcional, equilibrado e apropriado a cada caso. Um agir médico injusto seria aquele que trata diferente pacientes que estejam em condições similares, ou seja, cuja situação de saúde esteja em igual quadro.

Destarte, apesar de não haver dúvida que o CEM sugere que a questão do fim da vida dos pacientes terminais seja tratada sob o viés da ortotanásia, a complexidade dessa discussão envolve uma reflexão sobre as ações e as consequências dessas práticas, muito além da simples compreensão dos conceitos citados. A morte induzida ou o alívio da dor e do sofrimento são situações que exigem decisões complexas, por isso é necessário que sejam refletidas adequadamente, de uma maneira individualizada e ética, em prol do paciente.

3.2 A TIPIFICAÇÃO DA EUTANÁSIA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

O ordenamento jurídico brasileiro carece de dispositivo legal que trate expressamente da eutanásia, todavia, considerando que a discussão emblemática a respeito dos pacientes terminais transita na questão da antecipação da morte, verifica-se que o exame das suas repercussões jurídico-penais deve ser efetuado no âmbito dos crimes contra a vida e de conceitos da teoria geral do crime, essenciais para a subsunção do fato concreto à norma incriminadora e para a consideração ou não do caráter ilícito de determinadas condutas.

Apesar do Código Penal brasileiro não fazer referência ao termo eutanásia e tampouco tipificar a conduta de suicídio - ou seja, de não afirmar o caráter criminoso do comportamento de alguém que tenta tirar a própria vida -, além da previsão penal da conduta matar alguém,

mesmo que motivada por relevante valor moral ou social, há a criminalização da ação de induzir, instigar ou auxiliar alguém a se suicidar.

Nesse sentido, insta transcrever os artigos 121, §1º, e 122 do Código Penal:

Homicídio

Art. 121. Matar alguém:

Penal - reclusão, de seis a vinte anos.

§ 1º Se o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço. [...]

Induzimento, instigação ou auxílio a suicídio

Art. 122 - Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça:

Penal - reclusão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave.

Parágrafo único - A pena é duplicada:

I - se o crime é praticado por motivo egoístico;

II - se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência.

Em outras palavras, de acordo com o nosso sistema penal, constitui crime de homicídio, com direito a mera redução da pena, a conduta de matar alguém impellido por relevante valor moral ou social, ou seja, por motivo nobre, altruístico, merecedor de indulgência, relativo a princípios éticos particulares ou a interesses coletivos. De igual forma, caracteriza crime, o comportamento de prestar qualquer auxílio, moral ou material, para que alguém suprima a própria vida.

Isso significa, numa análise meramente perfunctória do ordenamento jurídico-penal, que a conduta do médico de, verificando que seu paciente se encontra em estado terminal de câncer, antecipar a sua morte ou auxiliá-lo a promover tal antecipação, estará conformada com os crimes de homicídio e induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, respectivamente, que poderão ser praticados, até mesmo, na forma omissiva.

Afirma-se, jurídico-criminalmente, que os deveres do profissional de saúde, de cuidado com o paciente, o incluem numa posição de “garantidor”, o que indica que sua conduta omissiva será penalmente relevante, ou seja, que poderá caracterizar um crime na forma de omissão imprópria, de comissão por omissão, de inatividade que equivale a uma ação (art. 13, §2º, do Código Penal).

É inquestionável, portanto, que a eutanásia encontra correspondência em tipo penal abstrato na legislação vigente. No entanto, as questões éticas e o dever do médico de “manter absoluto respeito pela vida humana, atuando sempre em benefício do paciente” impõem um

exame mais apurado das consequências jurídico-penais do comportamento de evitar o prolongamento da vida de pacientes terminais, cujo sofrimento diário torna a sua vida indigna e impinge demasiado desgaste aos seus familiares.

Insta notar que a mera subsunção de um fato a uma norma penal abstrata não é suficiente para a declaração da ocorrência de um crime (conceito composto pelos juízos de tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade), tampouco para a afirmação da simples tipicidade desta conduta, já que a doutrina mais abalizada, especialmente defendida por Eugenio Raúl Zaffaroni, já vem reforçando a necessidade de realização de um diálogo entre o direito e demais ciências para caracterização de uma normatividade que tenha relevância penal.

Com efeito, a solução mais adequada ao problema exorta um diálogo entre a medicina e o Direito Penal, a fim de identificar a incidência de institutos que venham, inclusive, a justificar – e, portanto, permitir – determinadas atuações médicas apenas *aparentemente* contrárias à vedação ética de “*abreviar a vida do paciente*” (art. 41, CEM) e à proibição criminal indireta da eutanásia (arts. 121 e 122, Código Penal).

4 SOLUÇÃO ADEQUADA AO TEMA: UM DIÁLOGO ENTRE A ONCOLOGIA E O DIREITO PENAL

Apesar do termo eutanásia poder ser utilizado para casos em que existe ou não a anuência do paciente, as situações em que o doente é morto independentemente da sua vontade, sendo abandonado ou tendo o seu tratamento interrompido, não necessitam de uma análise apurada quanto às suas repercussões, tendo em vista que não haveria que se falar numa autonomia do paciente que justificasse uma (re)interpretação dos conceitos jurídico-penais. É dizer, não há dúvida de que, havendo vontade do paciente no sentido da utilização de tratamentos paliativos, mesmo ante o diagnóstico de terminalidade da sua doença e do sofrimento decorrente dos seus sintomas, não cabe ao médico abreviar a sua vida contra a sua vontade. Tal conduta representaria, de forma inquestionável, a prática de homicídio, mesmo que justificado por eventuais relevantes valores morais ou sociais.

Nesse sentido, como afirma Claus Roxin, por eutanásia entender-se-á “a ajuda que é prestada a uma pessoa gravemente doente, a seu pedido ou pelo menos em consideração à sua

vontade presumida, no intuito de lhe possibilitar uma morte compatível com a sua concepção de dignidade humana”³.

É inquestionável que a utilização de tratamentos paliativos com o auxílio de equipe multidisciplinar (ortotanásia) denotam, em oposição aos inúteis tratamentos artificiais da distanásia, um claro respeito à dignidade humana. Contudo, os limites entre o respeito à dignidade e a autonomia do paciente que não deseja mais sofrer é extremamente tênue.

Em cumprimento aos deveres médicos, é importante que o oncologista e a equipe multidisciplinar reforcem ao paciente e aos familiares a ideia de que, nos casos em que o câncer evolui para um estágio terminal, não há mais chance de cura. Quando os tratamentos oncológicos - cirurgia, radioterapia e quimioterapia – encontram-se esgotados, o foco do atendimento não será mais o combate à doença, mas sim o controle dos sintomas apresentados pelo paciente. O processo de terminalidade deve ser realizado de maneira a manter a dignidade do paciente, com o intuito de evitar dor, sintomas não controlados e sofrimento.

O tempo de sobrevida dos pacientes depende de características inerentes à neoplasia, como a agressividade da doença, o acometimento de órgãos-alvo (como pulmões, fígado, rins e cérebro) e subtipo de câncer. É também relacionado a características do próprio paciente, como as doenças associadas e ao seu quadro clínico, de modo que apenas será possível indicar um tempo estimado de sobrevida.

E nos casos em que os pacientes reconhecem a terminalidade da sua doença e simplesmente não desejam aguardar a sobrevida com controle de sintomas e sofrimento pessoal e de familiares? Não há dúvida de que o médico não poderá, violando o princípio da autonomia do paciente, compeli-lo a realizar o tratamento paliativo sugerido pelo CEM. Mas, como se pode decidir entre, de um lado, a proibição da eutanásia decorrente da vedação de abreviação da vida do paciente e, do outro, o dever de manter absoluto respeito pela vida humana (digna) com atuação de beneficência e a autonomia do paciente que deseja antecipar a sua morte?

Noutras palavras, é preciso examinar qual o limite existente entre a aparente vedação da eutanásia e a obrigação médica de respeitar a autonomia do paciente e de zelar pela vida humana dotada de dignidade com utilização de tratamento que lhe beneficie.

³ ROXIN, Claus. **A apreciação jurídico-penal da eutanásia**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v.32, a.9, out. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

Nesse diapasão, forçoso trazer a baila concepção desenvolvida pelo renomado jurista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, segundo o qual a ordem normativa deve ser concebida como um “conjunto de normas que guardam entre si uma certa ordem”, não sendo possível admitir que uma “norma ordene o que outra proíbe”⁴.

Zaffaroni revela que

[...] uma ordem normativa, na qual uma norma possa ordenar o que a outra pode proibir, deixa de ser ordem e de ser normativa e torna-se ‘desordem’ arbitrária. As normas jurídicas não ‘vivem’ isoladas, mas num entrelaçamento em que umas limitam as outras, e não pode ignorar-se mutuamente⁵.

Trasladando o citado posicionamento teórico para a questão prática analisada, observa-se que existe um emaranhado de normas que precisa ser interpretado de forma unitária e coerente. Se, por um lado, o CEM afirma que “*é vedado ao médico abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal*”, por outro, o mesmo código indica que o médico tem o dever de “*manter absoluto respeito pela vida humana, atuando sempre em benefício do paciente, nunca se utilizando dos seus conhecimentos para gerar constrangimentos ou sofrimentos físicos ou morais ao ser humano*”, situação que precisa ser interpretada sob a esteira dos princípios da autonomia e beneficência, bem como a luz da previsão da Constituição Federal de que será assegurado a todos a dignidade da pessoa humana (vida digna).

Como visto, o princípio ético da autonomia do paciente significa a liberdade conferida ao paciente de escolher o seu tratamento, ou seja, a ideia de que “sobre si e seu corpo o paciente é soberano”⁶ e a beneficência traduz a obrigação moral que o médico tem de agir para fazer o bem para o paciente. Neste contexto, surge uma nova indagação: retirar o direito a morte com a manutenção da sobrevida significa respeitar a vida digna e não impingir sofrimentos físicos ou morais ao ser humano? Certamente não.

Apesar de grande divergência doutrinária, defende-se que a clara contradição entre os deveres médicos mencionados indica, com utilização do suporte teórico desenvolvido por Zaffaroni, a impossibilidade de consideração do caráter criminoso da conduta do médico que,

⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 4.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 395-396.

⁵ Ibidem, p. 395.

⁶ RODRIGUES, Carlos Frederico Almeida; STYCHNICKI, Adriano Seiki; BOCCALON, Bernardo; CEZAR, Guilherme da Silva. Morte encefálica, uma certeza? O conceito de “morte cerebral” como critério da morte. **Revista BioEthicos**. Centro Universitário São Camilo: 2013, p. 276.

atendendo a pedido do seu paciente, deixa de aplicar tratamentos paliativos (ortotanásia) e, até mesmo diretamente, abrevia a morte do mesmo (eutanásia).

A exclusão do caráter criminoso deste comportamento pode ser efetuada no âmbito da própria tipicidade penal, que, para a doutrina tradicional, cinge-se a mera subsunção de um fato concreto a uma norma penal incriminadora, no caso o homicídio ou induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio. Isto porque, na construção da Teoria da Tipicidade Conglobante, Zaffaroni observa que “tipicidade implica antinormatividade (contrariedade à norma)” e que, portanto, apenas poderá haver tipicidade penal quando o ajuste típico vier associado a uma efetiva antinormatividade, ou seja, quando o direito penal proíba algo que não seja permitido ou fomentado pelo ordenamento normativo em geral.

Com efeito, a tipicidade penal somente é alcançada com a estipulação de um corretivo à tipicidade legal, que é denominado de “tipicidade conglobante” e consiste “na averiguação da proibição através da indagação do alcance proibitivo da norma, não considerada isoladamente, e sim conglobada na ordem normativa”⁷.

Nas palavras de Zaffaroni,

*el análisis de la tipicidad penal no se agotará, pues, con el de la tipicidad legal, sino que habrá menester de la consideración de una segunda forma de tipicidad penal, que será la **tipicidad conglobante**, establecida a la luz del tipo legal, conglobado ahora en la legislación a la que pertenece y, por ende, también conglobada la norma que se le antepone dentro del resto del orden normativo*⁸ (grifos do autor).

Destarte, a “tipicidade conglobante” agrega-se à “tipicidade legal” para incorporação do critério da antinormatividade, delineando a “tipicidade penal” ao impedir, como uma espécie de parâmetro interpretativo, que uma norma proíba o que outra norma ordene ou fomenta, que incrimine uma conduta que esteja fora do poder repressivo do Estado por disposição constitucional ou, até mesmo, uma lesão insignificante ao bem jurídico⁹.

Se o Direito Penal exorta o princípio da taxatividade/reserva legal indicando que não é crime aquilo que não esteja expressamente previsto, se o tipo penal não fala claramente em eutanásia e se o CEM reafirma o respeito à dignidade humana e a impossibilidade de adoção

⁷ Ibidem, p. 396.

⁸ A análise da tipicidade penal não se esgotará, pois, com a da tipicidade legal, já que será necessária a consideração de uma segunda forma de tipicidade penal, que será a **tipicidade conglobante**, estabelecida a luz do tipo legal, conglobado agora na legislação a que pertence, e, por fim, também conglobada a norma a que se contrapõe dentro do resto da ordem normativa (tradução nossa) (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: EDISIR, 1988, v.III, p. 235).

⁹ Ibidem, p. 230.

de comportamentos que denotem sofrimentos ao paciente, não se pode falar em conduta criminosa, já que inexistente a antinormatividade no caso.

De igual modo, a violação ético-profissional no sentido da infração à vedação de *abreviar a vida do paciente* também é rechaçável, pois tal afronta denota, simultaneamente, o cumprimento do dever de “*manter absoluto respeito pela vida humana, atuando sempre em benefício do paciente, nunca se utilizando dos seus conhecimentos para gerar constrangimentos ou sofrimentos físicos ou morais ao ser humano*”. Ora, não se pode punir a violação de um dever efetivada em cumprimento de outro dever.

Como já se manifestou a Câmara Federal de Médicos alemã, “no caso de pessoas que estão a morrer, o alívio da dor pode ser tão importante, que seja permitido aceitar uma diminuição da vida possivelmente inevitável” (NJW 1998, p. 3406).

5 CONCLUSÃO

As indagações práticas e teóricas abordadas demonstram, claramente, que a aplicabilidade da eutanásia na medicina brasileira é questão de um profundo debate que impõe um estudo interdisciplinar, no qual seja reconhecido que a questão da decisão entre vida e morte não pode ser regulada por meio de normas abstratas e estanques.

Considerando as omissões e contradições verificadas no arcabouço legislativo que enfrenta – indiretamente – a questão do fim da vida no ordenamento brasileiro, defende-se, em que pese vasto posicionamento doutrinário e jurisprudencial em contrário, que não é possível afirmar a tipicidade penal – ou seja, caracterizar como crime – a conduta do médico de, em atendimento à vontade do seu paciente, abreviar a sua vida para garantia de uma morte digna e não sofrida.

De fato, nos casos de diagnóstico de doenças terminais, a decisão entre sobrevida e direito a morte precisa ser efetuada, casuisticamente, pelo profissional de saúde, sob a orientação do respeito à vida e dignidade da pessoa humana, de forma compatível com a autonomia do paciente (ou de seus familiares, nos casos em que aqueles carecem de condição cognitiva de responder pelos seus atos), tendo em vista que constitui dever do médico manter absoluto respeito à vida humana (digna) e não provocar sofrimentos físicos e morais aos seus pacientes.

Ressalte-se, todavia, que, como se trata de questão extremamente complexa e de difícil enfrentamento no âmbito teórico, não se pretende – e não se pode – indicar uma resposta aos profissionais de saúde acerca dos limites dos tratamentos paliativos e da possibilidade ou não de utilização da eutanásia nas situações concretas. Objetiva-se, tão somente, fomentar discussões e apontar incongruências no ordenamento jurídico que justificam a aplicabilidade de eutanásia solicitada por pacientes terminais e extraem o seu caráter criminoso.

Com isso, podem surgir questionamentos a respeito do grupo de pacientes que poderiam ser alcançados por esta prática. Somente pacientes com doenças crônicas terminais? Pacientes que sofreram acidentes automobilísticos, por exemplo, com trauma medular e quadros de paraplegia ou tetraplegia e sequelas múltiplas? Portadores de doenças raras ou agressivas completamente refratárias a qualquer tratamento? Sem dúvida, essas são situações vistas diariamente que geram angústia, tanto nas equipes de cuidados paliativos, quanto nos pacientes e familiares. Todavia, é importante observar que a vida humana é um bem indisponível e, nos casos em que não haja a iminência de morte (terminalidade), lamentavelmente ou não, falar em eutanásia seria um contrasenso jurídico, mesmo em face da ausência de dignidade na vida mantida.

Referências

AGUIAR, Mônica. **Modelos de autonomia e sua (in)compatibilidade com o sistema de capacidade civil no ordenamento positivo brasileiro**: reflexões sobre a Resolução 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=69c7e73fea7ad35e>>. Acesso em: 25 abr. 2016.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Código de Ética Médica. Resolução CFM número 1.931, de 17 de setembro de 2010. Brasília: CFM, 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 22 fev. 2016.

BRASIL. Código Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 07 dez. 1940. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 22 fev. 2016.

FELIX, Zirleide Carlos. **Eutanásia, distanásia e ortotanásia**: revisão integrativa da literatura. *Ciência e Saúde Coletiva*, 18(9):2733-2746, 2013.

FLORIANI, Ciro Augusto. Moderno movimento *hospice*: kalotanásia e o revivalismo estético da boa morte. **Revista Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2013, p. 397-404.

_____. **Cuidados paliativos**: interfaces, conflitos e necessidades. *Ciência e saúde coletiva*, 13(sup 2): 2008, p. 2123-2132.

GIRONDE, Juliana Balbinot Reis. **Sedação, eutanásia e o processo de morrer do paciente com câncer em cuidados paliativos**: compreendendo conceitos e inter-relações. *Cogitare Enferm*, 11(3): 2006, p. 258-263.

JUNGES, José Roque. Reflexões legais e éticas sobre o final da vida: uma discussão sobre a ortotanásia. **Revista Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2010, p. 275-288.

KOVÁCS, Maria Julia. **A caminho da morte com dignidade no século XXI**. *Ver. Bioética*, 22(1): 94-104, 2014.

PESSINI, Leo. Lidando com os pedidos de eutanásia: a inserção do filtro paliativo. **Revista Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2010, p. 549-560.

RODRIGUES, Carlos Frederico Almeida; STYCHNICKI, Adriano Seiki; BOCCALON, Bernardo; CEZAR, Guilherme da Silva. Morte encefálica, uma certeza? O conceito de “morte cerebral” como critério da morte. **Revista BioEthicos**. Centro Universitário São Camilo: 2013, p. 271-281.

ROXIN, Claus. **A apreciação jurídico-penal da eutanásia**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v.32, a.9, out. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: EDISR, 1988, v.III.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.