

FIM DA VIDA – DISCIPLINA JURÍDICA DA DISTRÂNÁZIA NO BRASIL E OS LIMITES AO PROLONGAMENTO ARTIFICIAL DA VIDA

Janna Queiroz de Oliveira, Isabela Rebouças Maia, Marcela Montenegro de Oliveira Freitas, Rhuan Teixeira França, Susane Munique de Almeida Santos e Tayse Magalhães Souza do Amor Divino.¹

RESUMO

As reflexões deste artigo concentram-se na análise da distanásia no Brasil que consiste, basicamente, no prolongamento artificial da vida através de tratamentos fúteis e inúteis. O presente artigo disporá acerca dos limites, princípios e regras do ordenamento jurídico pátrio que circundam esta matéria, da possibilidade do paciente manifestar a sua vontade no que tange aos tratamentos que lhe serão aplicados no estágio terminal através do que chamamos de “testamento vital” e, principalmente, vamos discorrer acerca da responsabilização do médico nos diferentes âmbitos do Direito brasileiro.

Palavras-chave: Distanásia. Tratamentos fúteis e inúteis. Estágio terminal. Testamento vital. Responsabilidade.

SUMÁRIO: 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS; 2. TERMINALIDADE DA VIDA; 2.1 DISTANÁZIA *VERSUS* EUTANÁZIA; 2.2 DISTANÁZIA *VERSUS* ORTOTANÁZIA; 3. O TESTAMENTO VITAL E A RESOLUÇÃO 1.995 DO CFM; 3.1 REQUISITOS PARA ELABORAÇÃO DO TESTAMENTO; 3.2 QUESTIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS; 4. A RESPONSABILIDADE DO MÉDICO FRENTE À DISTANÁZIA; 4.1 A RESPONSABILIDADE DO MÉDICO NO ÂMBITO PENAL; 4.1.1 O FIM DA VIDA NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO PENAL; 4.2 A RESPONSABILIDADE DO MÉDICO NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO; 4.3 A RESPONSABILIDADE DO MÉDICO NO ÂMBITO CÍVEL; 4.3.1 O DANO PATRIMONIAL; 4.3.2 O DANO MORAL; 4.3.3 EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE CIVIL; 4.4 A CONDUITA MÉDICA E OS TRATAMENTOS FÚTEIS OU INÚTEIS; 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Assim como todas as questões eminentemente delineadas pela moral, o estágio final de uma vida humana e todas as implicações que deste fato provém, demandam um enfrentamento delicado e minucioso por parte do Direito. Por vir acompanhada de imenso sofrimento, a questão do fim da vida e da intervenção da medicina nesta fase têm gerado discursos polarizados na sociedade e suscitado acalorados debates, tendo em vista a presença das polêmicas técnicas da distanásia, eutanásia e ortotanásia.

A distanásia (do grego *dis*, mal, algo mal feito, e *thánatos*, morte) consiste na utilização dos meios que a medicina tem a seu dispor, para prolongar a vida de paciente em estágio terminal, ainda que tais procedimentos venham causar sofrimento desproporcional e desnecessário ao moribundo, sendo, por vezes, ineficazes no propósito de manutenção da sua vida. A distanásia é, por assim, dizer, o prolongamento desproporcional do processo de morrer.

¹ Acadêmicos do Curso de Direito da Universidade Salvador (UNIFACS).

A princípio, constatando-se a inutilidade, ineficácia e o efetivo sofrimento acarretado ao paciente, não haveria qualquer dificuldade em se rechaçar a prática da distanásia. No entanto, quando se está diante de uma situação concreta, observa-se por vezes a existência de um liame muito sutil entre a prática da distanásia e a utilização de meios efetivamente idôneos a proporcionar uma melhora no quadro do enfermo. Esta zona obscura intensifica-se na medida em que o Conselho Federal de Medicina determina ao médico que utilize de todos os meios possíveis para salvar a vida humana.

Nada obstante o tema da distanásia ser pouco discutido na mídia, sobretudo se comparado à questão da eutanásia, observa-se que sua prática é muito mais frequente no Brasil que a desta última. Isso ocorre, em parte, por influência das novas tecnologias que estão sendo aplicadas na medicina a fim de prolongar a vida dos pacientes, as chamadas técnicas de prolongamento artificial da vida. Nesse ínterim, deve-se frisar a necessidade do uso racional destes novos aparatos tecnológicos, para que não exorbitem sua função.

Assim, em face da complexidade do assunto, entram em destaque questões como a responsabilidade do médico na distanásia, a utilização de novas tecnologias que se desenvolvem a favor da medicina como possíveis meios aptos a prolongar a vida, a questão do binômio “qualidade *versus* quantidade” no fim da vida, e a discussão acerca do testamento vital, provinda do Direito norte-americano. O presente estudo se dispõe a enfrentar estas questões, analisando as nuances que envolvem o tema da distanásia em face do ordenamento jurídico pátrio.

2 TERMINALIDADE DA VIDA

Antes, contudo, de adentrar nas questões mais pertinentes sobre o referido tema, mister se faz analisar o conceito de distanásia em confronto aos conceitos da eutanásia e da ortotanásia que, apesar de ser frequentemente analisado em conjunto, com eles não se confunde.

2.1 DISTANÁSIA *VERSUS* EUTANÁSIA

A eutanásia, traduzida literalmente do alemão *sterbehilfe* como “ajuda para morrer”, para o autor Claus Roxin², é conceituada como o auxílio prestado a uma pessoa gravemente doente, por sua vontade expressa ou presumida, no intuito de lhe possibilitar uma morte compatível com a sua concepção da dignidade humana.

Há na eutanásia um aspecto crucial que o diferencia da distanásia: o seu elemento subjetivo. Esse especial fim de agir não visa o mero prolongamento da vida do paciente, mas, acima de tudo, tem o propósito de pôr fim ao sofrimento deste, provocando uma morte sem dor.

2.2 DISTANÁSIA *VERSUS* ORTOTANÁSIA

No que tange à ortotanásia, conceitua-se como o tratamento pelo qual se ministram ao paciente meios lenitivos que não possuem efeitos de diminuir-lhe o tempo de vida, mas apenas tem o intuito de amenizar o sofrimento deste. Em relação ao seu elemento subjetivo, não se confunde com os demais tratamentos, pois não causa a morte da pessoa, uma vez que o processo de morte já está instalado, como também não visa estender o sofrimento do paciente, se utilizando de meios para isso.

² ROXIN, Claus. **A Apreciação Jurídico Penal da Eutanásia**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. RBCCrim 32/2000. out.dez 2010

Segundo a Bióloga, especialista em Educação Ambiental, Mariana Araguaia, a ortotanásia seria um tratamento intermediário entre a eutanásia e a distanásia, assim esclarecendo:

“A ortotanásia seria, então, simplificada falando, o meio-termo entre esses dois procedimentos. É dela a ideia da promoção da morte no momento certo (orto: certo, thanatos: morte) – nem antes, como ocorre no caso eutanásia; nem depois, como na distanásia. Assim, ela opta por restringir, ou descartar, tratamentos agressivos e ineficientes, que não reverterão o quadro em questão.”³

A distanásia, tema tratado no presente artigo, se distingue da ortotanásia por caracterizar-se pela utilização de todos os meios possíveis com o único objetivo de prolongar a vida. Seu elemento subjetivo não consiste em subtrair a vida do sujeito, mas atrasar o máximo possível a morte, mesmo que não haja esperança de cura e que o indivíduo se encontre em grande sofrimento. É fortemente criticado na doutrina e até mesmo considerado como um tratamento fútil e inútil.⁴

Ademais, a ortotanásia não é tipificada como crime pelo Código Penal, tendo em vista que não é causa da morte do paciente, que decorre de um processo natural, diferentemente da eutanásia e do auxílio ao suicídio, que são atualmente considerados como condutas ilícitas.

Vale ainda ressaltar o disposto na Resolução 1.805 do Conselho Federal de Medicina, que permite a utilização da ortotanásia em determinados casos, com a devida anuência do paciente⁵. Nesse sentido, questiona-se: a não incriminação da ortotanásia não seria uma forma de vedação à distanásia? Com acerto, a professora Roxana Cardoso Borges entende que a ortotanásia seria um procedimento utilizado para se afastar a distanásia, concluindo que “ao invés de se prolongar artificialmente o processo de morte (distanásia), deixa-se que este se desenvolva naturalmente (ortotanásia)”.⁶

Desse modo, há entre os dois procedimentos uma divergência diretamente proporcional à escolha do tratamento utilizado. Não se visa o prolongamento artificial da vida humana a qualquer custo na ortotanásia, e sim a busca pela dignidade física e psíquica do paciente, por meio de tratamentos paliativos, que não interferem na morte natural deste. É, portanto, um meio que impede a realização da distanásia, vedando sua utilização de tratamentos fúteis como forma de adiamento da morte do paciente.

3 O TESTAMENTO VITAL E A RESOLUÇÃO 1.995 DO CFM

Diante dos esforços da medicina no sentido de desenvolver tratamentos médicos com o fim de tentar adiar ao máximo o evento morte, surgiu a discussão quanto à possibilidade de o paciente manifestar a sua vontade no sentido de se submeter ou não a estes tratamentos em caso de encontrar-se em estado de inconsciência.⁷ Esta discussão está fundada, principalmente, no art. 15 do Código Civil, que é expresso no sentido de que “ninguém pode

³ ARAGUAIA, Mariana. **Ortotanásia**.

⁴ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

⁵ Resolução 1805 - “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.”

⁶ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Eutanásia, ortotanásia e distanásia: breves considerações a partir do biodireito brasileiro.

⁷ BOMTEMPO, Tiago Vieira. **Diretivas antecipadas: instrumento que assegura a vontade de morrer dignamente**.

ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”, no art. 146 do Código Penal, que tipifica a conduta de “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda” e no princípio da dignidade da pessoa humana, bem como no direito a uma vida digna, ambos constitucionalmente garantidos.

Para Dalva Yukie Matsumoto, diretora da Academia Nacional de Cuidados Paliativos, ter esses cuidados antes da morte é um direito que todo cidadão tem. “Pela Constituição, nós temos direito a uma vida digna e os cuidados paliativos dizem que a morte faz parte da vida. Então se a morte faz parte da vida, o cidadão tem direito também a uma morte digna.”⁸

Neste sentido, o Conselho Federal de Medicina editou, em agosto de 2012, a Resolução 1.995, que prevê regras que estabelecem os critérios acerca do uso de tratamentos considerados invasivos ou dolorosos, nos casos de pacientes que já se encontram em fase terminal, isto é, com quadro clínico já considerado irreversível pelos médicos⁹. Estes critérios serão estabelecidos pelo próprio paciente, enquanto ainda dispor de plena consciência, juntamente ao seu médico de confiança, num instrumento cujo nome formal é “diretiva antecipada de vontade”, mas que já se tornou conhecido como “testamento vital”. Trata-se, em outras palavras, de instrumento, já existente em diversos países¹⁰, no qual consta o registro do desejo expresso do paciente em documento, o que permitirá que a equipe que o atende tenha o suporte legal e ético para atender aos desejos do enfermo no que tange aos tratamentos a que será submetido quando se encontrar em fase terminal, por doença crônico-degenerativa.

Contudo, é importante destacar, no referido instrumento, o paciente não poderá dispor acerca da recusa dos cuidados paliativos, já que esta conduta configuraria uma afronta ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e ao direito de uma morte digna e tal instrumento tornar-se-á inválido se apresentar disposições contrárias ao ordenamento jurídico brasileiro.¹¹ Neste diapasão, somente serão consideradas válidas as recusas que se referirem a tratamentos considerados fúteis, ou seja, que não ofereçam benefícios ou que, embora ofereçam, estes benefícios sejam tão pequenos que o seu potencial maléfico o superem¹².

⁸ LEAL, Aline. **Decisão sobre testamento vital acende discussão sobre cuidados paliativos.** “Segundo Dalva, morte digna, na avaliação do cuidado paliativo, é uma morte em que você tem o controle adequado dos sintomas, tem o sofrimento acolhido, possa ter escolhas e possibilidade de escolhas e possa estar do lado de seus entes queridos.”

⁹ VITAL, Testamento. **Legislação brasileira.** “Ademais, saliente-se que paciente terminal é todo aquele cuja doença é irreversível, ou seja, com ou sem tratamento o paciente chegará ao óbito. Esta definição é importante pois a prática da eutanásia, em que se pratica atos para abreviar a vida, é vedada no Brasil. Ou seja, quando se fala disposição sobre interrupção ou suspensão de tratamento, esta-se falando da prática de ortotanásia, reconhecida como lícita pelo Conselho Federal de Medicina no artigo 41 do Código de Ética Médica e pela sentença do processo judicial de número 2007.34.00.014.809-3.”

¹⁰ MEDICINA, Portal Conselho Federal. **Pacientes poderão registrar em prontuário a quais procedimentos querem ser submetidos no fim da vida.** “A possibilidade de registro e obediência às diretivas antecipadas de vontade já existem em vários países, como Espanha e Holanda. Em Portugal, uma lei federal entrou em vigor neste mês de agosto autorizando o que chamam de “morte digna”. Na Argentina, lei que trata desse tema existe há três anos. Nos Estados Unidos esse documento tem valor legal, tendo surgido com o *Natural Death Act*, no Estado da Califórnia, em 1970. Exige-se que seja assinado por pessoa maior e capaz, na presença de duas testemunhas, sendo que a produção de seus efeitos se inicia após 14 dias da sua lavratura. É revogável a qualquer tempo, e possui uma validade limitada no tempo (cerca de 5 anos), devendo o estado terminal ser atestado por 2 médicos.”

¹¹ VITAL, Testamento. **Conteúdo.**

¹² MOTA, Joaquim Antônio Cesar. **Quando um tratamento torna-se fútil?**

Assim, por exemplo, disposições acerca da suspensão de hidratação e alimentação artificial também não serão válidas no ordenamento jurídico pátrio¹³. O mesmo não ocorre, entretanto, no que diz respeito aos procedimentos de ventilação mecânica, tratamentos dolorosos ou extenuantes ou até a reanimação na ocorrência de parada cardiorrespiratória.¹⁴ Esses detalhes serão estabelecidos na relação médico-paciente, com registro formal em prontuário.

Nesta senda, o presidente do Conselho Federal de Medicina, Roberto Luiz d'Avila, destaca:

“Com a diretiva antecipada de vontade, o médico atenderá ao desejo de seu paciente. Será respeitada sua vontade em situações com que o emprego de meios artificiais, desproporcionais, fúteis e inúteis, para o prolongamento da vida, não se justifica eticamente, no entanto, isso deve acontecer sempre dentro de um contexto de terminalidade da vida.”¹⁵

O testamento vital é um instrumento facultativo e poderá ser feito em qualquer momento da vida, mesmo por quem goze de perfeita saúde, embora somente possa se referir aos tratamentos aplicáveis na fase terminal. Além disso, pode ser modificado ou revogado a qualquer tempo.

Em que pese ainda não exista, no Brasil, legislação específica acerca do presente tema, a Resolução 1.995 do CFM estabeleceu que são aptos a expressar sua diretiva antecipada de vontade os pacientes de idade igual ou maior a 18 anos, ou emancipados judicialmente, desde que estejam em pleno gozo de suas faculdades mentais, lúcido e responsável por seus atos perante a justiça. Crianças e adolescentes não emancipados não podem elaborar o testamento vital, pois não gozam de plena capacidade civil e, do mesmo modo, não poderão os seus pais ou responsáveis elaborá-lo em seus nomes, pois, neste caso, o bem estar deles está sob a responsabilidade do Estado.¹⁶

3.1 REQUISITOS PARA ELABORAÇÃO DO TESTAMENTO

O testamento vital deve ser elaborado pelo paciente em conjunto com o seu médico de confiança, que tem o dever de conversar com o paciente e o informar acerca de quais tratamentos são ordinários e quais são extraordinários, bem como tirar as dúvidas que por ventura existam.¹⁷ O registro do testamento vital deve ser feito pelo médico na própria ficha ou prontuário médico do paciente, de forma gratuita, como parte do atendimento oferecido ao paciente. Não são necessárias testemunhas, vez que o médico, em face da profissão que exerce, goza de fé pública e, por isso, os seus atos gozam de efeito legal e jurídico.¹⁸

Caso seja da vontade do paciente, este testamento pode ser registrado em cartório. Todavia, este registro não será exigido pelo seu médico para o cumprimento das disposições nele contidas. O mero registro na ficha médica do paciente já é suficiente e sequer poderá ser contestada por familiares. O único legitimado a revogar ou alterar as disposições presentes no testamento vital é o próprio paciente e, aqui surgem as críticas acerca deste novo instituto.

Além disso, se considerar necessário, o paciente poderá nomear um representante legal para garantir o cumprimento do desejo expresso e registrado no testamento vital.¹⁹

¹³ VITAL, Testamento. Op. Cit.

¹⁴ MEDICINA, Portal Conselho Federal. Op. Cit.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ MEDICINA, Portal Conselho Federal. Ibidem.

¹⁷ VITAL, Testamento. **Profissionais a serem consultados.**

¹⁸ MEDICINA, Portal Conselho Federal. Op. Cit.

¹⁹ MEDICINA, Portal Conselho Federal. Ibidem.

3.2 QUESTIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS

Questiona-se se a vontade contida no testamento vital deve ser atendida a qualquer custo, haja vista que o quadro clínico de um paciente não é algo estável e estático, pelo contrário, é instável e dinâmico na sua essência, podendo sofrer mudanças radicais em espaços de tempo ínfimos. Assim, mesmo num cenário completamente diverso daquele existente quando da elaboração do testamento, as disposições nele contidas devem ser atendidas pelo médico sem qualquer questionamento? São realmente válidas as vontades expressas pelo paciente quando, embora lúcido e em pleno gozo das suas capacidades mentais, encontre-se emocionalmente abalado com o sofrimento decorrente do quadro clínico que se encontra? Essas e outras questões estão sendo levantadas pela doutrina, contudo, ainda sem respostas, especialmente por se tratar de instrumento novo, recém chegado no Brasil. Entendemos, todavia, que tais questionamentos são válidos, mas que não se pode pretender estabelecer respostas *in abstracto*, pois como já mencionado alhures, trata-se de questões eminentemente instáveis e dinâmicas e que, portanto, só podem ser decididas *in concreto*, a partir da ponderação das circunstâncias existentes em cada caso.

Ou seja, a nosso ver, embora seja louvável a possibilidade de o paciente poder escolher se será ou não submetido a tratamentos fúteis com o único objetivo de adiar a inevitável chegada da morte, entendemos que é necessário ponderar acerca do atendimento cego e inquestionado das disposições presentes no referido testamento quando, havendo significativa alteração no quadro clínico do paciente e este encontrar-se inconsciente. Entendemos que é necessário analisar se, naquele novo cenário, o paciente optaria pelos mesmos critérios presentes no testamento elaborado em momento cujo quadro clínico era diverso. A Resolução 1.995 do CFM, todavia, estabelece que se durante o tratamento surgirem novas opções terapêuticas, o especialista deve apresentá-las ao paciente, contudo, se o doente já determinou suas vontades e estiver inconsciente, seu desejo deve ser seguido da forma como disposto no testamento.²⁰

Outrossim, é necessário perceber, ainda, que a exigência de que no momento da elaboração do testamento vital o paciente encontre-se lúcido e em pleno gozo das suas capacidades mentais nem sempre será suficiente para garantir a idoneidade e validade da diretiva antecipada de vontade, haja vista que pode ocorrer de, embora atendidos tais requisitos, o paciente encontrar-se emocionalmente abalado de tal forma que a vontade expressa no testamento esteja viciada e, portanto, não deva ser considerada de forma absoluta.

4 A RESPONSABILIDADE DO MÉDICO FRENTE À DISTANÁSIA

O art. 5º, III, da Constituição Federal fala que: “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”. Como se percebe, essa norma jurídica é uma defesa ao princípio da dignidade da pessoa humana, que é um dos pilares do ordenamento jurídico brasileiro.

A distanásia, vale lembrar, é o prolongamento da vida de um paciente em estado terminal, sem a preocupação com a qualidade da mesma, ou seja, ignorando o sofrimento que este prolongamento pode causar no enfermo. Dessa forma, podemos dizer que tal procedimento fere o princípio da dignidade humana.

Assim, vislumbramos a possibilidade de responsabilização do médico em três esferas: penal, administrativa e civil.²¹

²⁰ VEJA, Revista. **Paciente poderá optar por tratamentos em testamento vital.**

²¹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte Especial.** Volume 2. Editora Revista dos Tribunais, 7ª edição, 2008.

4.1 A RESPONSABILIDADE DO MÉDICO NO ÂMBITO PENAL

Nas lições do mestre Luiz Regis Prado, a intervenção médica ou cirúrgica realizada por médico sem o consentimento do paciente ou de representante legal será um tratamento arbitrário, caracterizando o delito penal do Constrangimento Ilegal. Portanto, no âmbito penal, a conduta do médico que submete paciente em estado terminal a tratamento fútil ou inútil pode se enquadrar na norma do art. 146 do Código Penal que diz o seguinte: “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite ou a fazer o que ela não manda”.

Apesar de ser pacífico em doutrina o enquadramento da conduta no tipo penal supracitado, é difícil encontrarmos condenações nesse sentido. A maior barreira está na existência de uma excludente de ilicitude prevista na própria redação do tipo, no seu parágrafo 3º, inciso I, que prevê que não se compreende nas disposições do artigo “a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida.”. Dessa forma, aquele médico que pratica a distanásia e prolonga a vida do paciente, através de tratamentos inúteis, e contra a sua vontade, não seria penalmente responsabilizado.

Existiria, em tese, a possibilidade de se enquadrar aquele que pratica a conduta da distanásia em outros tipos penais. Parte isolada da doutrina penalista defende a possibilidade do enquadramento dessa conduta no crime de tortura, previsto na Lei nº 9455/97²², como também, com um certo esforço, nos crimes de Maus Tratos previsto no art. 136²³ desse diploma.

Para esses casos, assim como para o caso do enquadramento na conduta no Constrangimento Ilegal, cabe como meio de defesa a alegação da excludente de ilicitude com base no “estrito cumprimento do dever legal”. O médico, por conta do seu conhecimento técnico e das características peculiares da sua profissão, teria o dever legal de agir diante de situações que exigissem a sua atuação.

Existe, ainda, a possibilidade de se invocar a causa supra legal de excludente de ilicitude “inexigibilidade de conduta diversa”, segundo a qual deveria se analisar, diante do caso concreto, se é possível se exigir de um “homem médio” uma conduta diversa daquela que foi adotada. Esse instituto, todavia, ainda traz fortes discussões dentro da jurisprudência brasileira, apesar de ser admitido doutrinariamente.

Cabe, contudo, fazer uma análise de uma situação diversa dentro do âmbito penal. O que aconteceria com aquele médico que, comprovadamente, praticasse a distanásia apenas com a vontade dirigida a obter rendimentos com a internação e o tratamento daquele paciente? Para esses casos, parece pacífico conceber que não poderíamos falar em nenhuma das excludentes citadas acima, uma vez que aqui o médico já não atua mais através da medicina, exercendo a sua profissão de salvar vida, mas sim como empresário, visando, apenas, a obtenção de lucro. O *animus* nesse caso não seria de tentar manter uma vida ou de

²² Art. 1º, II, da Lei dos Crimes de Tortura. Constitui crime de tortura submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

²³ Art. 136 do Código Penal. Expor a perigo de vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessiva ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina.

cumprir o dever legal que é imputado ao médico. Aqui o que se trata é de uma conduta voltada apenas para a obtenção de lucro, o que inviabiliza a aplicação das excludentes.

4.1.1 O FIM DA VIDA NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO PENAL

O projeto de novo código penal nasce em um novo contexto de sociedade. Já existe, nesse cenário, uma discussão cada vez maior sobre a (in)disponibilidade dos bens jurídicos e a autonomia sobre o próprio corpo, e esse será o berço do projeto. Nesse sentido, o projeto tenta acompanhar essas mudanças que vem ocorrendo dentro da sociedade.

Como visto anteriormente, a ortotanásia é o contraponto da distanásia. A liberação e ampla aceitação do primeiro implicaria, como consequência lógica, uma vedação ao segundo.

O projeto tenta, de forma ainda falha, porém louvável, descriminalizar a prática da ortotanásia. O projeto traz no seu art. 132, §2º:

“Não há crime quando o agente deixa de fazer uso de meios artificiais para manter a vida do paciente em caso de doença grave irreversível, e desde que essa circunstância esteja previamente atestada por dois médicos e haja consentimento do paciente, ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão.”.

A grande falha nesse texto está na sua amplitude semântica e na falta de termos técnicos que permitam, de fato, caracterizar a prática, tal como os “cuidados paliativos”²⁴.

Ainda sim, a inserção desse parágrafo demonstra uma evolução e uma preocupação cada vez maior com o tema do fim da vida. Da mesma forma, o projeto traz a previsão de criminalização da eutanásia, porém com uma pena inferior a aplicada ao delito de homicídio e, também, do tipo em que é enquadrado no atual código, do “homicídio privilegiado”. Isso pode ser visto como um grande avanço no que toca a disciplina jurídica da matéria. Apesar de ainda não trazer de forma expressa uma vedação à prática da distanásia, os avanços do projeto já constituem um enorme ganho para a doutrina e, possivelmente, abrirá um caminho para que a jurisprudência, mais uma vez, caminhe com as próprias pernas e venha a disciplinar a matéria através de precedentes judiciais e do uso da hermenêutica moderna.

4.2 A RESPONSABILIDADE DO MÉDICO NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO

Já no âmbito administrativo, o Código de Ética Médica do Conselho Federal de Medicina traz normas humanísticas que visam regular a atividade do médico, que deve estar sempre voltada para o bem estar do paciente, *in verbis*:

VI - O médico guardará absoluto respeito pelo ser humano e atuará sempre em seu benefício. Jamais utilizará seus conhecimentos para causar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade.

É vedado ao médico:

Art. 14. Praticar ou indicar atos médicos desnecessários ou proibidos pela legislação vigente no País.

Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução da adiante discutida, da seguinte forma: á adiante discutida, da seguinte forma: á adiante discutida, da seguinte

²⁴ Nesse sentido: SILVA, Ronaldo Lastres. Eutanásia e Ortotanásia no Novo Código Penal. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-set-12/ronaldo-lastres-silvaeutanasia-ortotanasia-luz-projeto-codigo-penal>

forma: á adiante discutida, da seguinte forma: e práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.

Art. 35. Exagerar a gravidade do diagnóstico ou do prognóstico, complicar a terapêutica ou exceder-se no número de visitas, consultas ou quaisquer outros procedimentos médicos.

Art.41.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. (Código de Ética Médica - Res. 1931/2009)

De acordo com o Regimento Interno do CFM, compete ao Conselho Regional de Medicina de cada estado a aplicação de penalidades aos médicos que descumprirem as normas éticas dispostas naquele Código. Ainda, cabe ao Conselho Federal de Medicina deliberar, em grau de recurso, a respeito das penalidades aplicadas aos profissionais pelos Conselhos Regionais. As penalidades as quais os médicos estão sujeitos estão previstas no Estatuto para os Conselhos de Medicina CFM:

Art. 37 - Como pessoas físicas as penalidades aplicáveis aos médicos são as seguintes:

- a - advertência em aviso reservado;
- b - censura confidencial em ofício reservado;
- c - censura pública em publicação oficial e em jornal de grande circulação;
- d - suspensão do exercício profissional por até 30 dias;
- e - cassação do direito de exercício profissional, ad referendum do Conselho Federal de Medicina.

É necessário ressaltar que todo esse processo deve respeitar os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Além disso, cabe destacar que a condenação em âmbito administrativo não irá interferir no processo nos seus âmbitos cível e penal, porém, a condenação em âmbito penal irá refletir no processo administrativo contra aquele agente que praticou a distanásia.

4.3 A RESPONSABILIDADE DO MÉDICO NO ÂMBITO CÍVEL

Na esfera civil, segundo Rodolfo Pamplona Filho e Pablo Stolze, na obra que trata sobre a responsabilidade civil, o profissional de medicina, a depender da situação, assume obrigação de meio ou obrigação de resultado. Geralmente, a obrigação do médico para com seu paciente é do tipo meio, ou seja, o profissional se obriga a empregar todas as técnicas que estão à sua disposição, ao seu alcance naquele momento, utilizando-se de prudência e diligências normais para salvar a vida do paciente, por exemplo. Entretanto, na obrigação de resultado, o profissional se compromete, além de fazer uso das técnicas disponíveis, como também a produzir o resultado acordado entre ele e o paciente. Essa situação, dentro do âmbito médico, só é assumida pelos cirurgiões plásticos que lidam com cirurgia estética.

O elemento culpa, em ambos os casos, é relevante. Assim sendo, a responsabilidade do médico pelos danos causados ao paciente terá caráter subjetivo, uma vez verificada a “ausência total do comportamento exigido ou uma conduta pouco diligente, prudente e leal” por parte do profissional da medicina.²⁵ Dessa forma, só se caracterizará a responsabilidade civil do médico por um eventual dano se for comprovado, no caso concreto, a existência de

²⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil**. 9ª edição. Volume III. Editora Saraiva, 2011.

dolo ou de culpa. Faltando esses elementos não se poderia imputar ao médico a responsabilidade, no seu âmbito cível, por nenhum dos atos praticados.

Pode-se também falar da responsabilidade civil do médico decorrente do desrespeito ao direito à informação dentro da relação médico-paciente. O consentimento obtido para a realização de determinado procedimento deve ser obtido somente depois que o paciente receber toda a informação sobre o procedimento a ser realizado, os riscos e as alternativas.

“O consentimento informado é um direito do paciente, enquadrado entre os direitos da personalidade, representando a autonomia do paciente sobre sua integridade física e psicológica, consiste no poder de decidir esclarecidamente sobre eventual submissão ao tratamento diagnóstico médico, constitui garantia de proteção contra invasões na esfera de qualquer pessoa humana.”²⁶

O art. 927 do Código Civil de 2002 disciplina a matéria da reparação do dano, que será adiante discutida, com a seguinte redação: “aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Para completar o entendimento dessa norma temos que definir o que constitui o ato ilícito. A redação do art. 186 do CC/02 dispõe: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Essa redação é complementada pela redação do art. 187 que dispõe: “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”.

Diante de todas as considerações feitas acima a respeito da matéria, podemos concluir pela possibilidade de se responsabilizar civilmente o médico que realiza a prática da distanásia. Assim, vamos a seguir realizar algumas considerações sobre a configuração e o enquadramento do dano moral e do dano material.

4.3.1 O DANO PATRIMONIAL

O dano patrimonial se traduz pela lesão a bens e direitos economicamente apreciáveis pelo seu titular. Esse dano deve ser analisado através do que se chama de “lucros cessantes” e o “dano emergente”. Por dano emergente entende-se como aquilo que a vítima teve, efetivamente, de prejuízo em decorrência daquele dano. De forma diversa, temos os lucros cessantes, que dizem respeito àquilo que a vítima deixou de ganhar por conta do dano sofrido.

Ao falarmos da responsabilidade civil do médico que pratica a distanásia, especialmente nos casos em que o faz sem o consentimento dos pacientes, podemos vislumbrar a configuração desse dano material. Se, no caso fático, houve realmente um dano, uma conduta humana com vontade dirigida e um nexos causal entre estes, pode-se falar em uma responsabilização e reparação civil. A indenização só irá surgir diante da impossibilidade de voltar as coisas ao estado em que anteriormente se encontravam.

4.3.2 O DANO MORAL

Entende-se por dano moral:

“Consiste na lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida

²⁶ MALUF, Adriana Caldas. Curso de Bioética e Biodireito. São Paulo: Atlas S/A. 2010

privada, honra, dignidade e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente.”²⁷

Cabe, portanto, falarmos de um dano moral quando o tratamento fútil e inútil for lesivo aos direitos da personalidade do indivíduo. Essa configuração seria muito comum, pois esses tratamentos costumam envolver um tratamento humilhante e que provoca severo sofrimento para o paciente e para toda a sua família.

4.3.3 EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE CIVIL

Existe, apesar de podermos falar em uma possível reparação e responsabilidade civil, uma excludente de culpabilidade que impediria essa configuração. Aqui teremos, semelhante ao direito penal, a existência do estrito cumprimento do dever legal. Nestes casos, portanto, o médico, investido do dever de prestar socorro e assistência, e no exercício “regular” da sua profissão, poderia se utilizar dessa excludente para afastar a responsabilidade civil tanto por dano moral quanto por dano patrimonial.

4.4 A CONDUTA MÉDICA E OS TRATAMENTOS FÚTEIS OU INÚTEIS

Afinal, quais são os limites que definem se o tratamento que está sendo realizado pelo médico é realmente necessário, no sentido de que poderá beneficiar de alguma forma o paciente, ou se no estágio em que o paciente se encontra, isto é, estágio terminal, determinado tratamento não tem a mera finalidade de prolongar a vida e adiar a morte, sem ter sequer o condão de fornecer o mínimo de qualidade de vida para aquele paciente? Quando é que determinado tratamento pode ser considerado um tratamento fútil ou inútil?

Ab initio, é importante que exista um consenso da equipe médica acerca do estado terminal do paciente, e este consenso deve ser estendido à família do paciente, visto que deve prevalecer fundamentalmente o princípio da não-maleficência, isto é, tanto a família como os médicos devem ter em foco o bem estar do paciente.

Outrossim, a conduta da equipe médica sempre deve estar pautada nos princípios éticos e morais. O Código de Ética Médica proíbe o médico de submeter o paciente a sofrimento excessivo:

Art. 6º - O médico deve guardar absoluto respeito pela vida humana, atuando sempre em benefício do paciente. Jamais utilizará seus conhecimentos para gerar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano, ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade.

É necessário que tanto os médicos como a própria família do paciente reconheça que a vida tem um ciclo natural (nascer, crescer, reproduzir e morrer), que deve ser respeitado. A partir do momento que se verifica que todos os métodos que estavam ao alcance da medicina para tentar reverter o estado terminal do paciente já foram utilizados, faz-se mister o consenso entre os médicos e a família no sentido de que o enfermo não seja mais submetido a tratamentos que venham a causar mais sofrimento para ele e para a própria família, permitindo, assim, que ele tenha uma morte digna, haja vista que até mesmo neste trágico momento, o princípio da dignidade humana deve ser respeitado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista todos os aspectos referidos ao tema debatido no presente artigo, percebe-se que a totalidade dos questionamentos advindos da prática ou não da distanásia

²⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil. 9ª edição. Volume III. Editora Saraiva, 2011.

giram em torno de um problema central: a capacidade do ser humano se auto-afirmar e os limites desta. Teria o ser humano doente, abalado emocionalmente, ou até mesmo, em estado terminal de vida, plena capacidade para definir os rumos da sua “vida” (ou morte) futura?

A liberdade sempre se constituiu no direito mais celebrado pela humanidade desde os tempos em que a mesma era vedada à grande parte da sociedade. Com todos os méritos, a liberdade de disposição sobre a própria vida se tornou o baluarte do homem social frente às investidas do Estado na sua esfera jurídica. É fato evidente, notório e indiscutível que o ser humano detém a posse do seu corpo físico e pode fazer uso deste para realizar as mais variadas atividades. Porém, quando uma destas atividades consiste em deliberar sobre o funcionamento (in)correto e (des)harmônico do conjunto orgânico corpo humano, não se trata mais de fazer valer uma questão de ordem particular e de simples vontade manifestada, mas sim, de dar sustentação e validade a atos (médicos ou do paciente) que possam violar um bem inestimável, a saúde humana.

A distanásia é só mais um exemplo, dentre os muitos que estão presentes na nossa convivência em sociedade, destes atos já mencionados anteriormente que poderiam vir a danificar o bem “saúde humana”. Isto se deve ao fato da prática da mesma se situar exatamente no liame entre a consagração do direito constitucional à liberdade e o direito constitucional à saúde, originando um debate cognitivo entre os “construtores” do ordenamento jurídico no que tange a qual direito merece maior proteção.

Em verdade, nenhum dos direitos aqui discutidos é mais relevante do que o outro; a liberdade e a saúde devem ser tratados sob a diretriz da ponderação, de modo que a regulamentação jurídica adequada da prática distanásica deve necessariamente perpassar pela análise minuciosa e cuidadosa do caso concreto, somada a elaboração de um conjunto de regras técnicas mais eficaz no que diz respeito à delimitação do poder do médico em dispor sobre os rumos da vida do paciente. Conclui-se, portanto, que o direito legislado não avança na mesma proporção que a realidade social, constituindo-se, de certa forma, em mora com a mesma. Além disso, podemos inferir também que se deve passar a encarar a liberdade e saúde não mais individualmente, mas sim, em coletividade, tendo em vista que ambos, se ponderados com equilíbrio, são direitos que se coadunam para a celebração do nosso real bem maior, a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ARAGUAIA, Mariana. **Ortotanásia**. Brasil Escola. Disponível em: <<http://www.brasilecola.com/sociologia/ortotanasia.htm>> Acesso em 12 de set. de 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Curso de Direito Penal: Parte especial 2**. 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOMTEMPO, Tiago Vieira. **Diretivas antecipadas: instrumento que assegura a vontade de morrer dignamente**. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11206 > Acesso em 30 de set. de 2012.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Eutanásia, ortotanásia e distanásia: breves considerações a partir do biodireito brasileiro. Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 871, 21 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7571>>. Acesso em: 16 out. 2012.

BRASIL, Blog Saúde. **Testamento vital ou diretiva antecipada da vontade.** Disponível em: <<http://blogsaudefbrasil.com.br/2012/08/30/testamento-vital-ou-diretiva-antecipada-da-vontade/>> Acesso em 30 de set. de 2012.

BRASIL, Terra | Saúde. **Pacientes poderão decidir por "morte digna" em caso de situação terminal.** Disponível em: <<http://saude.terra.com.br/pacientes-poderao-decidir-por-morte-digna-em-casosituacaoterminal,cb02a11969979310VgnVCM4000009bcceb0aRCRD.html>> Acesso em 30 de set. de 2012.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional.** 5ª edição, Salvador: Juspodivm, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** São Paulo: Saraiva, 2001.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil.** 9ª edição. Volume III. Editora Saraiva, 2011.

LEAL, Aline. **Decisão sobre testamento vital acende discussão sobre cuidados paliativos.** Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2012-09-16/decisao-sobre-testamento-vital-acende-discussao-sobre-cuidados-paliativos>> Acesso em 30 de set. de 2012.

LIMA, Carolina; LOPES, Antonio e SANTORO, Luciano. **Eutanásia, Ortotanásia e Distanásia – Aspectos Médicos e Jurídicos.** 1ª edição. Rio de Janeiro: Atheneu, 2011.

MALUF, Adriana Caldas. **Curso de Bioética e Biodireito.** São Paulo: Atlas S/A, 2010.

MEDICINA, Portal Conselho Federal de. **Pacientes poderão registrar em prontuário a quais procedimentos querem ser submetidos no fim da vida.** Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=23197:pacientes-poderao-registrar-em-prontuario-a-quais-procedimentos-querem-ser-submetidos-no-fim-da-vida&catid=3> Acesso em 30 de set. de 2012.

MOTA, Joaquim Antônio Cesar. **Quando um tratamento torna-se fútil?** Disponível em: <<http://www.bioeticaefecrista.med.br/textos/tratamento.pdf>> Acesso em 30 de set. de 2012.

PESSINI, Leocir. **Distanásia: até quando prolongar a vida?** São Paulo: Loyola, 2011.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte Especial.** Volume 2. Editora Revista dos Tribunais, 7ª edição, 2008.

Resolução CFM nº 1.541/98. Disponível em: <<http://portal.cfm.org.br/images/stories/documentos/resolucaocfmn1541estatutodosconselhos.pdf>> Acesso em 14 de out. de 2012.

RESOLUÇÃO CFM nº 1.753/2004. Disponível em: <<http://portal.cfm.org.br/images/stories/documentos/resolucaocfmn17532004regimentocfm.pdf>> Acesso em 14 de out. de 2012.

ROXIN, Claus. **A Apreciação Jurídico Penal da Eutanásia.** Revista Brasileira de Ciências Criminais. RBCCrim 32/2000. Dez. 2010

SILVA, Ronaldo Lastres. **Eutanásia e Ortotanásia no Novo Código Penal.** Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-set-12/ronaldo-lastres-silvaeutanasia-ortotanasia-luz-projeto-codigo-penal>> Acesso em 08 de out. de 2012.

SUPER, User. **Requisitos Formais.** Disponível em: <<http://www.testamentovital.com.br/index.php/requisitos-formais>> Acesso em 30 de set. de 2012.

VEJA, Revista. **Paciente poderá optar por tratamentos em testamento vital.** Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/saude/testamento-vital-o-respeito-ao-desejo-do-paciente>> Acesso em 30 de set. de 2012.

VITAL, Testamento. **Conteúdo.** Disponível em: <<http://www.testamentovital.com.br/index.php/conteudo>> Acesso em 30 de set. de 2012.

VITAL, Testamento. **Legislação brasileira.** Disponível em: <<http://www.testamentovital.com.br/index.php/legislacao-brasileira>> Acesso em 30 de set. de 2012.

VITAL, Testamento. **Legislação estrangeira.** Disponível em: <<http://www.testamentovital.com.br/index.php/legislacao-estrangeira>> Acesso em 30 de set. de 2012.

VITAL, Testamento. **Profissionais a serem consultados.** Disponível em: <<http://www.testamentovital.com.br/index.php/profissionais-a-serem-consultados>> Acesso em 30 de set. de 2012.