

Cuidados paliativos e a responsabilidade penal do médico por omissão em casos de suspensão de suporte artificial de vida*

di Flávia Siqueira e di Izabele Kasecker**

Abstract IT: Le autrici indagano la questione della configurabilità della sospensione del supporto vitale artificiale come cura palliativa, e della punibilità di tale condotta.

Abstract EN: The authors investigate the question of whether the suspension of artificial life support can be configured as palliative care, and the legal implications of this conduct.

Sommario: 1. Introdução. – 2. O paradigma de respeito à autonomia do paciente como ponto arcuimédico para a solução da controvérsia. – 3. A suspensão del suporte artificial de vida: comportamento ativo ou omissivo?. – 3.1. Esclarecimentos conceituais; 3.2 Responsabilidade do médico por homicídio por comissão (art. 121, CP)? A controvérsia em torno dos comportamentos ambivalentes. – 4. A responsabilidade penal do médico por omissão em casos de suspensão de suporte artificial de vida. - 4.1 Pode o médico ser punido por homicídio por omissão?. - 4.2 Pode o médico ser punido por omissão de socorro? – 5. Conclusões.

1. Introdução.

Os cuidados paliativos compreendem, em termos gerais, uma pluralidade de medidas cujo emprego tem como finalidade promover a qualidade de vida e o conforto físico, psíquico e espiritual de pacientes que se encontrem no fim da vida, em casos de doenças terminais.¹ Realizadas por equipe multidisciplinar,

* Artigo originalmente publicado em: Dadalto (Org.), Cuidados paliativos: aspectos jurídicos, Indaiatuba, 2021, 191-212.

** Doutora em Direito Penal pela UFMG, com período sanduíche na Universität Augsburg e estâncias de pesquisa na Humboldt-Universität zu Berlin. Pós doutorado pela UFMG, com pesquisa financiada pelo programa CAPES PrInt. Professora de Direito Penal na Universidade Presbiteriana Mackenzie/SP; Docente-assistente junto à Cátedra de Direito Penal, Direito Penal Econômico e Direito Processual Penal da Bucerius Law School (Hamburgo). Doutoranda pela Humboldt-Universität zu Berlin, com apoio da Coordenação de

tais práticas destinam-se, principalmente, ao alívio da dor e do sofrimento dos pacientes durante o processo da morte; no entanto, podem encerrar uma série de intervenções que acabam tangenciando diferentes modalidades de eutanásia – seja a ativa, a passiva ou a indireta. Nesse sentido, é possível, a depender do quadro médico e dos valores do paciente concreto, que a suspensão de suporte artificial de vida seja concebida, também, como um cuidado paliativo – o que faz emergir a indagação acerca da punibilidade dessa conduta segundo a legislação vigente.

Nosso intuito no presente trabalho é, portanto, investigar precisamente essa questão. Para atingir esse objetivo, traremos, primeiramente, algumas reflexões sobre o paradigma de respeito à autonomia do paciente, explicitando a relevância da vontade do enfermo no âmbito das intervenções médicas e apontando quais são as suas consequências no tratamento do problema (2). Em seguida, procederemos aos esclarecimentos conceituais necessários para a adequada compreensão do tema, para então discutirmos se a suspensão de suporte artificial de vida deve ser concebida como uma conduta ativa ou omissiva – trata-se, aqui, de uma questão teórica que, além de bastante complexa, projeta efeitos concretos e significativos na definição da responsabilidade penal do médico (3). Posteriormente, analisaremos a eventual responsabilidade do médico por homicídio por omissão ou por omissão de socorro nos casos de suspensão de suporte artificial de vida (4). Por fim, apresentaremos as nossas conclusões (5).

2. O paradigma de respeito à autonomia do paciente como ponto arcuimédico para a solução da controvérsia.

O pano de fundo do debate em torno da responsabilidade penal dos médicos que suspendem o suporte artificial de vida de seus pacientes vincula-se, em última instância, a uma pergunta mais abrangente relativa às bases do Direito Penal da Medicina: qual o fundamento que atribui legitimidade às intervenções médicas? Em termos gerais, as intervenções médicas podem se amoldar aos tipos penais da lesão corporal (art. 129, CP²) e/ou do constrangimento ilegal (art. 146, CP³), porquanto podem constituir *prima facie* tanto uma afetação da

Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Mestra (LL.M.) em Direito alemão pela Universität Augsburg.

¹ A OMS define os cuidados paliativos como a “prevenção e alívio do sofrimento de pacientes adultos ou pediátricos e suas famílias ao lidar com problemas associados a doenças ameaçadoras da vida” (Tradução nossa). Cfr. WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Integrating palliative care and symptom relief into primary health care: a WHO guide for planners, implementers and managers*. Geneva: World Health Organization, 2018, 5.

² “Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano”.

³ “Art. 146 - 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: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa”.

integridade física quanto da liberdade do paciente.⁴ Por sua vez, as hipóteses em que o médico se omite e deixa de realizar o tratamento indicado podem, em tese, ensejar a punição pelos crimes de homicídio ou lesão corporal por omissão imprópria (arts. 121 ou 129 c/c art. 13, par. 2º, CP⁵) ou, ainda, por omissão de socorro (art. 135, CP⁶).

Para saber em que situações os crimes acima mencionados são de fato puníveis, é importante definir se o que legitima a intervenção médica é o *consentimento* do paciente ou um *dever* ou *direito profissional médico* de promover a saúde e prolongar a vida dos pacientes a qualquer custo, independentemente da vontade do sujeito afetado. De acordo com a primeira concepção, fundada no paradigma de *respeito à autonomia do paciente*, apenas o consentimento (real ou presumido) do paciente poderia legitimar as intervenções médicas e, com isso, afastar o injusto dos crimes de lesão corporal e/ou constrangimento ilegal, e a omissão seria punível apenas em casos de tratamentos indicados e desejados pelo paciente, caso preenchidos os demais pressupostos típicos.⁷ De acordo com a segunda concepção, fundada precipuamente em uma *ética paternalista*⁸, a justificção das intervenções indicadas decorreria de um *direito* profissional do médico de tratar somado à atuação conforme a *lex artis*, independentemente da existência do consentimento válido do paciente. Caso um tratamento fosse indicado para promover a saúde ou prolongar a vida do indivíduo doente, estipular-se-ia para o médico um *dever* profissional de agir, de sorte que sua omissão, nessa perspectiva, poderia ser punível.⁹

⁴ Por um lado, as intervenções médicas recaem sobre o corpo e a saúde do paciente, independentemente do resultado a que se chega, atingindo a sua substância corporal, seja pela incisão feita com um bisturi, pelo furo na pele realizado com uma seringa ou até mesmo pela alteração do funcionamento do corpo provocado por um tratamento medicamentoso. Por outro, a decisão do paciente em favor ou contra a realização de um tratamento médico representa o exercício da sua liberdade e autodeterminação, de modo que a não observância dos estritos limites abrangidos pela sua vontade pode vir a constituir um constrangimento ilegal. A esse respeito, cfr. F. SIQUEIRA, *Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, 347 ss.

⁵ “Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos”; Art. 13 “§ 2º A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado”.

⁶ “Art. 135 - Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa”.

⁷ A respeito, cfr. capítulo 4.

⁸ O paternalista rígido é aquele que, ignorando a vontade do sujeito afetado, limita a sua liberdade com o objetivo de promover o seu próprio bem. A respeito do paternalismo, cfr. sobretudo J. FEINBERG, *Harm to Self. The moral limits of Criminal Law*. vol. 3. New York: Oxford University Press, 1986, 12.

⁹ Segundo essa tese tradicional, adotada amplamente pela doutrina brasileira, as intervenções médicas seriam justificadas por um exercício regular de direito ou, a depender do caso, pelo estrito cumprimento do dever legal. Nesse sentido, cfr. por todos A. BRUNO, *Direito Penal: Parte Geral*. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1967, 11. L. A. S. BRODT, *Do estrito cumprimento do dever legal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, 190. Para críticas a essas concepções, cfr. sobretudo F. SIQUEIRA, *Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina*, 131 ss..

Muito embora ainda não exista no Brasil uma lei que estabeleça os direitos dos pacientes¹⁰ e que, além de definir concretamente os fundamentos de legitimidade das intervenções médicas, esclareça qual o melhor tratamento jurídico a ser conferido a casos limítrofes, podemos partir dos valores consagrados em abstrato pela Constituição de 1988 para encontrar a melhor solução para essas situações. De fato, segundo uma leitura conjunta dos direitos à *dignidade humana* (art. 1º, III, CFR)¹¹ e à *liberdade* (art. 5º, caput, CFR), dos quais se extrai o imperativo de *respeito à autonomia do paciente*, não é mais possível admitir a prevalência de um modelo paternalista na relação médico-paciente, pois isso afastaria o sujeito a ser tratado do domínio sobre o seu próprio corpo.¹²

A autonomia confere ao indivíduo o “direito de viver segundo a [sua] própria concepção de uma vida boa”¹³ e permite que se reconheça uma esfera nuclear da vida privada no âmbito da qual apenas ele próprio pode tomar decisões. No contexto da Medicina, respeitar a autonomia do paciente significa reconhecer o seu direito à autodeterminação sobre o seu corpo e a sua mente e, por conseguinte, o seu direito de tomar suas próprias decisões médicas.¹⁴ Essa ideia é incompatível com a ética paternalista, que atribui ao médico (ou ao Estado) o direito de definir o destino do paciente e, em muitos casos, o dever de atuar para promover a vida e a saúde do enfermo, ainda que contra a sua vontade.

Muitos argumentam, no entanto, que o direito à autonomia individual não seria absoluto e que poderia ser flexibilizado quando confrontado, por exemplo, com os direitos à vida ou à saúde, os quais, de acordo com essa concepção, possuiriam maior gradação segundo um juízo objetivo de ponderação de

¹⁰ O Projeto de Lei 5559/2016 visa a consagrar, no Brasil, um Estatuto dos Direitos dos Pacientes. A aprovação desse projeto, de fato, representaria um importante passo rumo à consagração e delimitação dos direitos dos pacientes.

¹¹ A concepção da dignidade como autonomia, na nossa visão, possui total consonância com o contexto em que foi elaborada a Constituição de 1988, a qual, além de explicitar “uma ruptura com o modelo ditatorial intervencionista, constituindo o marco inicial da reconstrução democrática do Brasil”, também deu ênfase às liberdades individuais, consagrando um “longo elenco de direitos individuais e garantias procedimentais”. L. A. BARROSO, *Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais*, in A. V. AZEVEDO; W. R. LIGIERA, (Orgs.). *Direitos do paciente*. São Paulo: Saraiva, 2012, 354.

¹² É possível encontrar na legislação pátria diferentes dispositivos que permitem interpretações paternalistas. A título de exemplo, podemos mencionar o art. 146, § 3º, CP, que autoriza a realização de intervenções médicas sem consentimento quando houver risco para a vida do paciente, ou o art. 122, CP, que criminaliza toda forma de auxílio a suicídio, ainda que de pacientes capazes. Não obstante, a constitucionalidade da interpretação tradicional desses dispositivos é duvidosa, devendo-se, cada vez mais, buscar limitar a aplicação desses dispositivos a partir de uma interpretação condizente com o respeito à autonomia do paciente.

¹³ L. GRECO, F. SIQUEIRA, *Promoção da saúde ou respeito à autonomia? Intervenção cirúrgica, exercício de direito e consentimento no direito penal médico* in *Studia Juridica*. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade (vol 1), v. 108, 2017, 649; L. GRECO, *Was lässt das Bundesverfassungsgericht von der Rechtsgrundsatzlehre übrig? Gedanken anlässlich der Inzestentscheidung des Bundesverfassungsgerichts*, in *ZIS*, n. 5, 2008, 237.

¹⁴ F. SIQUEIRA, *Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina*, 71 ss..

direitos fundamentais.¹⁵ No entanto, esse argumento é equivocado – e isso sobretudo por duas razões. Em primeiro lugar, há, aqui, um desvirtuamento e consequente esvaziamento da autonomia individual, que – porque confere ao paciente capaz justamente o *direito de hierarquizar* os seus próprios valores segundo as suas concepções – é negada em sua essência nas situações em que uma hierarquização externa é imposta ao indivíduo.¹⁶ A autonomia, de fato, confere ao paciente o direito de nem sempre decidir em favor da promoção da sua saúde ou do prolongamento indefinido de sua vida, já que isso pode ser perfeitamente condizente com a sua concepção de vida boa. Em segundo lugar, é importante ressaltar que o direito à vida *não* impõe ao paciente um *dever de continuar vivendo*.¹⁷ Pelo contrário, esse *direito* somente pode ser protegido se estiver em consonância com a autonomia e a dignidade do próprio sujeito, cabendo apenas a ele definir o destino da sua *vida biográfica*, a qual não se exaure na mera existência de *vida biológica*.¹⁸ De fato, o significado da vida – e a definição de se ela de fato prepondera em relação a outros valores individuais relevantes – não depende apenas de constatações fisiológicas como a pulsação do sangue, a respiração ou o funcionamento dos órgãos vitais, e sim do juízo pessoal do indivíduo concreto.

Diante disso, conclui-se que é o *consentimento livre e esclarecido* do paciente capaz que possui o condão de legitimar as intervenções médicas em seu corpo, afastando, com isso, o injusto dos crimes de lesão corporal e constrangimento ilegal. O médico não possui um direito originário¹⁹ ou um dever, decorrente unicamente da sua condição de médico, de tratar ou de prorrogar indefinidamente a vida das pessoas. Quando não for possível colher o consentimento real do paciente – como ocorre nas hipóteses em que, a despeito de a intervenção ser necessária, o enfermo está inconsciente –, poderá o médico realizar o tratamento por meio do recurso ao *consentimento presumido*. A *vontade presumida* do paciente, que deve ser aferida segundo um juízo hipotético, refere-

¹⁵ Cfr., por exemplo, D. SARMENTO, *Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada*, *Boletim Científico ESMPU*, v. 14, 2005, 185. No STJ, por ocasião do julgamento do Habeas Corpus nº 268459/SP, argumentou-se não apenas que a autonomia não seria um valor absoluto, mas também, aparentemente, submeteu-se a autonomia a um juízo de ponderação. Não obstante, o caso em questão refere-se à recusa de transfusão de sangue por parte dos pais de uma menina de 13 anos. Assim, em vez de realizar tal “ponderação”, mais correto seria apenas reconhecer a legitimidade uma intervenção de paternalismo moderado para proteger a paciente, que, *in casu*, não possuía capacidade de autodeterminação. Sobre o paternalismo moderado (*soft paternalism*), cfr. J. FEINBERG, *Harm to Self*, 12.

¹⁶ “A autonomia que se pondera não é mais autonomia, porque a ponderação é orientada de forma heterônoma. Autonomia é o direito de ponderar; ponderá-la é transformá-la em heteronomia”. L. GRECO; F. SIQUEIRA, *Promoção da saúde ou respeito à autonomia?*, 655.

¹⁷ K. ENGLÄNDER, *Von der passiven Sterbehilfe*, 513 e 514.

¹⁸ Cabe citar, aqui, o tão mencionado trecho de José Afonso da Silva, que esclarece que a “vida, no texto constitucional (art. 5º, *caput*), não será considerada apenas no seu aspecto biológico de incessante auto-atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva”. J. A. SILVA, da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2003, 196.

¹⁹ L. GRECO, F. SIQUEIRA, *Promoção da saúde ou respeito à autonomia?*, 652.

se à decisão que ele tomaria para si, a partir de suas preferências subjetivas, caso estivesse em condições de consentir.²⁰ Nos casos pediátricos, prevalece a concepção de que é o *consentimento por representação* que legitima as intervenções médicas, o qual encontra fundamentos e limites na promoção do melhor interesse do menor.²¹

3. A suspensão del suporte artificial de vida: comportamento ativo ou omissivo?

Antes de adentrarmos a discussão sobre o tratamento dogmático da suspensão de suporte artificial de vida, é oportuno que procedamos ao esclarecimento dos conceitos fundamentais que orbitam a problemática para, em seguida, apresentarmos uma breve análise sobre a controvérsia referente aos comportamentos ambivalentes, a fim de determinar se a conduta do médico que desliga os aparelhos que mantêm ativas as funções vitais do paciente deve ser concebida como uma ação ou como uma omissão.

3.1. Esclarecimentos conceituais.

Como já mencionamos, o debate acerca dos cuidados paliativos pode se tornar problemático na medida em que alguns dos comportamentos destinados ao alívio da dor e à promoção de conforto para o paciente podem aproximar-se de diferentes categorias de eutanásia. Concebe-se por *eutanásia* o auxílio médico à morte realizado segundo a vontade real ou presumida do paciente.²² Apesar de limitar-se, tradicionalmente, a pacientes terminais, referindo-se ao auxílio prestado após o início ou na iminência do processo de morte, atualmente esse conceito pode adquirir, para alguns, contornos mais abrangentes, vinculando-se também às situações em que o paciente, apesar de ainda possuir condições de viver por mais tempo, não deseja fazê-lo.²³

A concepção tradicional de eutanásia vincula-se, usualmente, à *eutanásia ativa*, referindo-se às hipóteses em que é praticada por meio de um comportamento comissivo. Na eutanásia ativa *direta* o médico atua com a finalidade precípua de abreviar a vida do enfermo, ao passo que na eutanásia ativa *indireta*²⁴ executam-se medidas que visam à diminuição ou alívio da dor, como a aplicação de morfina, o que, no entanto, pode antecipar o momento da morte. Fala-se, ainda, em *eutanásia passiva* nas situações em que a morte do paciente ocorre em razão

²⁰ A respeito das figuras do consentimento e do consentimento presumido, cfr. F. SIQUEIRA, *Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina*, 169 ss. e 312 ss..

²¹ A respeito, cfr. I. KASECKER, *A responsabilidade penal do médico por omissão diante da recusa de tratamento pelo paciente menor de idade ou por seu representante legal*, in F. SIQUEIRA, H. ESTELLITA, *Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2020, 79-99.

²² C. ROXIN, *A apreciação jurídico-penal da eutanásia*. Trad. Luís Greco e Flávia Siqueira. In.: F. SIQUEIRA, H. ESTELLITA, *Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2020, 129.

²³ Cfr. C. C. ROXIN, *A apreciação jurídico-penal da eutanásia*, 130.

²⁴ M.D.F. F. SÁ, D. L. MOUREIRA, *Autonomia para morrer: eutanásia, suicídio assistido, diretivas antecipadas de vontade e cuidados paliativos*, Belo Horizonte: Del Rey, 2015, 86.

de uma omissão do médico, que deixa de iniciar ou dar continuidade a um tratamento²⁵ e, com isso, de prolongar a vida que se aproxima de seu fim, permitindo “que a morte siga seu curso natural”²⁶. A *ortotanásia*, que para muitos é sinônimo de eutanásia passiva, na verdade possui conotação mais restritiva, referindo-se, via de regra, apenas à omissão em relação a pacientes em situação de terminalidade²⁷.

Esses conceitos, por sua vez, podem ser contrapostos à *distanásia*, que se refere à tentativa obstinada de retardar a morte, que é inevitável e iminente, por meio do emprego de medidas médicas interventivas, até mesmo aquelas consideradas desproporcionais ou extraordinárias, que não são capazes de alcançar a cura ou a melhora do estado de saúde do paciente. Essa noção é frequentemente associada à de *tratamento fútil* e de *obstinação terapêutica*, que, vinculada à busca desmedida pelo prolongamento da vida, desconsidera a dor e a angústia causadas ao paciente²⁸.

Os *cuidados paliativos* opõem-se diametralmente à *distanásia*. Partindo-se da aceitação da ideia de que o fim da vida é inevitável, eles têm o objetivo de tornar o processo da morte o menos desconfortável possível para o paciente – o que ocorre por meio do emprego de medidas destinadas ao alívio da dor e do sofrimento, seja ele físico, psíquico ou espiritual²⁹. No entanto, conforme esclarece *Dadalto*, definir, de um lado, o que são os tratamentos fúteis ou extraordinários que caracterizam a *distanásia* e, de outro, as intervenções ordinárias, inerentes aos cuidados paliativos, nem sempre é tarefa fácil e pode depender, em última instância, de uma série de fatores.³⁰ Apesar da necessidade de analisar as circunstâncias do caso concreto, em geral são considerados fúteis, quando realizados em pacientes em fim de vida, “a internação em Unidades de Tratamento Intensivo (UTI), a traqueostomia, a ventilação mecânica, a

²⁵ M.D..F. F. SÁ; D. L. MOUREIRA, *Autonomia para morrer*, 87.

²⁶ G. M. CARVALHO, *Autonomia do paciente e decisões ao final da vida*, in C. M. ROMEO CASABONA, M.D..F. F. SÁ, (Orgs.). *Direito Biomédico: Espanha-Brasil*. Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2011, 166.

²⁷ Segundo *Starling*, a eutanásia passiva ensejaria uma antecipação do momento da morte do paciente, por meio da omissão de intervenções úteis que seriam capazes de salvar-lhe a vida, ao passo que a *ortotanásia* referir-se-ia à omissão de tratamentos fúteis, que em nenhuma hipótese conduziriam à cura ou à melhora da condição de saúde do paciente. S. C. D. S. STARLING, *Direito à morte: eutanásia e suicídio assistido no Direito Penal Brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2020, 52. A respeito, cfr. M. E. VILLAS-BÔAS, *A ortotanásia e o Direito Penal brasileiro*. *Revista Bioética*, v. 16, 2008, 63-64.

²⁸ L. R. BARROSO, L. D. C. V. MARTEL, *A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida*. *Panóptica*, v. 19, 2010, 73.

²⁹ Importante frisar que os cuidados paliativos, em termos gerais, abrangem, segundo esclarecem Sá e Moureira, não apenas a promoção do conforto do próprio enfermo, mas também daqueles “que estão à sua volta e compartilham do sofrimento, ainda que em outra dimensão”. M.D..F. F. SÁ; D. L. MOUREIRA, *Autonomia para morrer*, 188. Essa concepção está em consonância com o conceito de cuidados paliativos firmado pela Organização Mundial de Saúde. Cfr. WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Integrating palliative care and symptom relief into primary health care*, 5.

³⁰ L. DADALTO, *Testamento Vital*. 5 ed. Indaiatuba: Foco, 2020, 38-39.

oxigenação extracorpórea, técnicas de circulação assistida, tratamentos medicamentosos com drogas vasoativas, antibióticos, diuréticas, derivados sanguíneos etc.”³¹.

As hipóteses em que o cuidado paliativo se vincula à ministração de medicamentos de alívio da dor ou até mesmo à sedação paliativa podem aproximar-se da eutanásia indireta, a qual, via de regra, é considerada impunível³². Os casos de suspensão de suporte artificial de vida, no entanto, envolvem um debate mais complexo e encontram-se em uma zona limítrofe entre a eutanásia ativa e a passiva³³. Nesse sentido, o suporte artificial de vida refere-se à utilização de aparelhos que promovem a manutenção de funções vitais do paciente que, por alguma razão, não possui condições, momentâneas ou permanentes, de exercê-las espontaneamente. Tais funções vitais compreendem, por exemplo, a circulação sanguínea, a respiração – que pode ser artificialmente realizada por meio da intubação e vinculação do paciente a um ventilador pulmonar, em casos de insuficiência respiratória – ou até mesmo a nutrição e a hidratação³⁴. Se algum desses procedimentos já está em andamento, é possível conceber o desligamento dos aparelhos, a depender dos critérios adotados, como *eutanásia ativa* ou, ainda, como *eutanásia passiva*³⁵.

Considerando a inexistência de um tipo penal específico que discipline questões relativas à eutanásia, a análise da punibilidade desses comportamentos vincula-se, no Brasil, principalmente ao crime de *homicídio*, previsto no art. 121 do CN. No entanto, esse tratamento genérico de questões existenciais acaba deixando várias questões em aberto. Em termos gerais, considera-se que mesmo que a vida do paciente esteja muito próxima do fim, a execução de qualquer ato que provoque a diminuição do tempo de vida poderia caracterizar um homicídio. Diante disso,

³¹ L. DADALTO, *Testamento Vital*, 39.

³² Sobre os possíveis fundamentos para a não punibilidade da eutanásia indireta, cfr. C. ROXIN, *A apreciação jurídico-penal da eutanásia*, 133.

³³ Apesar de o termo “eutanásia” carregar consigo um viés negativo – o que motiva muitos autores a tentarem desenvolver uma concepção consideravelmente restritiva de eutanásia, com o objetivo de legitimar tudo aquilo que estiver fora do espectro do conceito –, entendemos que denominar um comportamento como eutanásico não necessariamente conduz à conclusão de que seria proibido pelo nosso ordenamento jurídico. Mais importante, a nosso ver, é a definição dos pressupostos da punição desses comportamentos – e não a sua categorização ou não como eutanásia.

³⁴ Há, no entanto, uma polêmica no que se refere à suspensão da nutrição e da hidratação artificial do paciente. Segundo muitos autores, “a alimentação e a hidratação são necessidades permanentes e inarredáveis da condição humana”. M. E. VILLAS-BÓAS, *A ortotanásia e o Direito Penal brasileiro*. *Revista Bioética*, v. 16, 2008, 63-64. Assim, interrompê-las equivaleria a deixar o paciente morrer de fome ou de sede, de sorte que a suspensão desse tipo de intervenção seria considerada “indigna” e, via de regra, inadmissível, podendo ser indicada apenas em casos excepcionais. Dadalto menciona, por sua vez, que, de acordo com *James Drane*, há estudos que demonstram que o paciente inconsciente não sente fome ou sede, de modo que a suspensão da nutrição ou hidratação artificial não provocaria sofrimento. L. DADALTO, *Testamento Vital*, 40. Em muitos casos de pacientes que se encontram em estado vegetativo persistente, a única alternativa pode ser justamente a suspensão dessas intervenções.

³⁵ Discorrem sobre a problemática, por exemplo, A. ENGLÄNDER, *Von der passiven Sterbehilfe zum Behandlungsabbruch*. *JZ*, 2011, 514; F. CZERNER, *Das Abstellen des Respirators an der Schnittstelle zwischen Tun und Unterlassen bei der Sterbehilfe*, *JR*, 2005, 95.

segundo a doutrina brasileira, a prática da eutanásia ativa direta amolda-se à conduta típica de “matar alguém”, e o atendimento à vontade do paciente ou a compaixão pelo seu sofrimento pode constituir, no máximo, uma causa de diminuição de pena referente ao motivo de relevante valor moral (§ 1º do art. 121, CP)³⁶.

Por sua vez, a eventual punição da eutanásia passiva ou da omissão do médico que respeita uma recusa de tratamento dependerá do preenchimento, no caso concreto, dos pressupostos da omissão imprópria (art. 13, § 2º do CP), para que seja possível imputar o crime de homicídio – ou, para alguns, de auxílio a suicídio (art. 122, CP)³⁷ –, ou dos requisitos da omissão de socorro (art. 135, CP), aos quais nos voltaremos adiante mais detidamente. De qualquer forma, adiantamos que – por mais que parte da doutrina brasileira tente fundamentar a responsabilidade do médico por omissão nos casos em que ele, respeitando a recusa do paciente, deixa de realizar tratamentos capazes de conduzir à cura ou à melhora da condição da sua saúde –, partindo de uma fundamentação genérica da posição de garante do médico³⁸ ou de uma análise paternalista (ou coletivista) do tipo da omissão de socorro, há um certo consenso no sentido de que a ortotanásia não deveria ser punida, por se referir a pacientes em estágio terminal de uma doença grave e incurável. A nosso ver, contudo, tendo como base o modelo de respeito à autonomia do paciente, acima delineado, essas duas situações não devem ser diferenciadas, havendo bons fundamentos para considerar que a omissão do médico, nessas duas hipóteses, constitui um comportamento via de regra atípico³⁹.

3.2. Responsabilidade do médico por homicídio por comissão (art. 121, CP)? A controvérsia em torno dos comportamentos ambivalentes.

Enquanto a proibição de ofender bens jurídicos alheios por meio de uma conduta ativa se destina a todos os indivíduos, a exigência de que um sujeito pratique uma ação para evitar que um bem jurídico alheio seja violado requer, no caso dos crimes omissivos impróprios, a existência de um dever especial de agir (art. 13, § 2º CP).⁴⁰ Assim, a distinção entre ação e omissão é necessária

³⁶ Cfr. por todos C. R. BITENCOURT, *Tratado de direito penal*, 77. Deve-se ressaltar, contudo, que o desligamento de aparelhos destinados à manutenção artificial da vida de um paciente diagnosticado com morte encefálica não é considerado uma conduta eutanásica, pois nesses casos o paciente já se encontra clinicamente morto.

³⁷ Há quem sustente que, em se afirmando positivamente a posição de garante do médico e demais pressupostos da punição, responderia ele por *participação em suicídio por omissão imprópria* (art. 122 c/c art. 13, ambos do CPB), já que o médico não impediu, quando deveria, a consecução do resultado de um suicídio. Nesse sentido, cfr. por exemplo, G. M. D. CARVALHO, *Autonomia do paciente e decisões ao final da vida*, 172.

³⁸ Cfr. nota 77.

³⁹ Cfr. capítulo 4.

⁴⁰ Nesse sentido W. KARGL, *Zur kognitiven Differenz zwischen Tun und Unterlassen*, GA 1999, 460.

sobretudo porque os pressupostos de punição do agente, em cada uma dessas hipóteses, são distintos⁴¹.

Em alguns grupos de casos, no entanto, essa diferenciação é problemática – especialmente quando se trata de comportamentos ambíguos ou ambivalentes, que, a depender do critério adotado, podem ser compreendidos como condutas ativas ou omissivas.⁴² É precisamente nesse grupo de casos que se insere a suspensão de tratamentos médicos,⁴³ que constitui objeto de candentes debates, especialmente na literatura alemã.⁴⁴ Paradigmático, nesse contexto, parece ser o caso do respirador (*Respirator-Fall*)⁴⁵, em que um médico desliga, por meio do apertar de um botão, o aparelho ventilador de um paciente inconsciente que não tem perspectiva de melhora. Aqui, questiona-se: o ato de apertar o botão para suspender o tratamento configura uma conduta ativa de abreviação da vida ou uma omissão em relação a um despropositado prolongamento da vida?⁴⁶ Como

⁴¹ W. KARGL, *Zur kognitiven Differenz zwischen Tun und Unterlassen*, GA 1999, 459 s.; N. BOSCH, *Abgrenzung von Tun und Unterlassen*, in A. SCHÖNKE, H. SCHRÖDER (Orgs.). *Strafgesetzbuch Kommentar*. 30ª ed., München: C. H. Beck, 2019, Vor §§ 13 s., nm. 158.

⁴² K. ENGISCH, *Tun und Unterlassen*, in K. LACKNER, H. LEFERENZ, E. SCHMIDT, J. WELP, *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag*. Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1973, 167.

⁴³ Como observam expressamente, ex., C. SCHNEIDER, *Tun und Unterlassen beim Abbruch lebenserhalten medizinischer Behandlung*, Berlin: Duncker & Humblot, 1997, 295 e W. KARGL, *Zur kognitiven Differenz zwischen Tun und Unterlassen*, 461.

⁴⁴ Na Alemanha, a distinção entre ação e omissão é especialmente relevante, por diferentes razões. A principal delas, talvez, decorre do fato de que, por mais que o agente responda pelo mesmo crime tanto em caso de ação como de omissão imprópria, nesta última hipótese ele poderá receber uma diminuição de pena, nos termos do § 13, Abs. 2, StGB. Além disso, nos casos de que aqui tratamos, a distinção entre ação e omissão conduz a respostas penais totalmente diferentes, porquanto a eutanásia ativa é proibida e a eutanásia passiva constitui fato atípico se decorrente de uma recusa livre de tratamento. Diante desse cenário, resta claro que a distinção entre ação e omissão possui importantes consequências práticas, razão pela qual essa questão é objeto de intensos debates na literatura alemã. No Brasil, no entanto, além de não haver previsão de diminuição de pena em casos de omissão, boa parte da doutrina ainda considera que a eutanásia passiva seria proibida, de modo que a distinção parece não chamar tanto a atenção dos nossos autores. Abordam essa controvérsia, sobretudo: J. TAVARES, *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*. Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal, 1996, 43 s.; J. TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, 283 s.; H. ESTELLITA, *A distinção entre ação e omissão no caso dos comportamentos ambivalentes*, in M. R. JUNIOR, M. T. D. A. MOURA, (Orgs.). *Coleção 80 anos do Código Penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, 97-121. Não obstante, partindo-se do paradigma de respeito à autonomia do paciente – segundo o qual são legítimas as omissões médicas realizadas de acordo com a vontade do enfermo –, a diferenciação entre ação e omissão assume especial relevância para a definição da responsabilidade penal do médico nos casos de suspensão de suporte artificial de vida. Por essa razão, é extremamente pertinente a análise das contribuições da doutrina alemã para a solução do problema.

⁴⁵ Abordado, por exemplo, por W. KARGL, *Zur kognitiven Differenz zwischen Tun und Unterlassen*, 461; F. F. CZERNER, *Das Abstellen des Respirators an der Schnittstelle zwischen Tun und Unterlassen bei der Sterbehilfe*, 97.

⁴⁶ Defendem a primeira perspectiva, ex., H. BOCKELMANN, *Strafrecht des Arztes*, Stuttgart: Georg Thieme, 1968, 112, W. KARGL *Zur kognitiven Differenz zwischen Tun und Unterlassen*, p.458-481; E. E. SAMSON, *Begehung und Unterlassung*, in G. STRATENWERTH, A. KAUFMANN, G. GEILEN et. alii (Orgs.). *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*. Berlin/New York: Walter

já afirmamos alhures, não se trata, aqui, de uma pergunta relevante apenas teoricamente. Como pretendemos demonstrar, a resposta a essa questão influirá diretamente na definição da responsabilidade penal do médico. A análise dos critérios de distinção entre ação e omissão requer, no entanto, um passeio, ainda que breve, por algumas das teorias que mais encontram ressonância no Brasil⁴⁷. Uma das abordagens mais difundidas é aquela fundada sobre o *critério do emprego de energia*. Segundo essa teoria, enquanto a conduta ativa se caracteriza pelo dispêndio de energia (em um determinado sentido), a omissão pressupõe o não emprego de energia (em um determinado sentido)⁴⁸ ou, em outras palavras, a inércia do agente em relação àquilo que é dele esperado – e não em relação a outras possíveis ações que ele eventualmente esteja a praticar.⁴⁹ O conceito de energia, segundo *Engisch*, não deve ser compreendido em um sentido exclusivamente físico ou fenomenológico, mas deve abranger também “uma energia voltada para dentro”⁵⁰, que se manifesta na forma de uma “potência” (*Leistung*) ou de um “esforço” (*Anstrengung*), como o simples concentrar-se ou o estar ansioso⁵¹. Nesse sentido, segundo a concepção do autor, a suspensão de tratamentos médicos se aproxima da omissão, uma vez que, embora o médico pratique uma ação – apertar o botão – para interromper o tratamento, o *significado da sua conduta* indica que ele não mais deseja empregar energia ou

de Gruyter, 1974, 602 s. Argumentam a favor da segunda, ex., C. ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. München: C.H.Beck, 2003, § 31 nm. 115 s.; K. ENGISCH, *Tun und Unterlassen*, 178.

⁴⁷ O escopo do presente trabalho não consiste em abordar de forma aprofundada essa complexa discussão, porquanto seria tarefa impossível proceder, no pouco espaço de que dispomos, a uma investigação minuciosa – ou mesmo a uma detalhada apresentação descritiva – da problemática e de todas as teorias existentes. Na literatura brasileira, algumas das teorias já desenvolvidas podem ser encontradas em J. TAVARES, *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*, 43 s.; J. E. X. J. TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, 283 s.; H. ESTELLITA, *A distinção entre ação e omissão no caso dos comportamentos ambivalentes*, 97-121. Um panorama mais abrangente sobre as teorias existentes pode ser encontrado, ex., em C. SCHNEIDER, *Tun und Unterlassen beim Abbruch lebenserhalten medizinischer Behandlung*, Berlin: Duncker & Humblot, 1997; K. STOFFERS, *Die Formel “Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit” bei der Abgrenzung von Tun und Unterlassen?* Berlin: Duncker & Humblot, 1992; ou, ainda, de forma bastante sintética, em T. ENGISCH, *Tun und Unterlassen*, 169 s. É importante consignar, ainda, uma importante e controvertida decisão (BGHSt 55, 191) do BGH (O *Bundesgerichtshof* ou BGH é o tribunal alemão equivalente ao nosso Superior Tribunal de Justiça.), proferida no ano de 2010, sobre um caso de interrupção de tratamentos médicos. Nela, o BGH entende que o decisivo, na definição da responsabilidade penal do médico, é que a suspensão do tratamento corresponda à vontade real ou presumida do paciente, sendo a distinção entre ação e omissão irrelevante para esse fim. Afinal, se um paciente pode exigir que o médico se abstenha de iniciar um tratamento, ele também pode exigir que um tratamento seja, ativa ou passivamente, interrompido. A solução oferecida pelo BGH para o caso concreto se assentou, portanto, fundamentalmente, sobre a figura do consentimento do paciente. Sobre a decisão, cfr. A. ENGLÄNDER, *Von der passiven Sterbehilfe zum Behandlungsabbruch*, 513-520; V. HAAS, *Das (nicht mehr ganz) neue Institut des Behandlungsabbruchs*, JZ, 714-723, 2016.

⁴⁸ K. ENGISCH, *Tun und Unterlassen*, 170, 174.

⁴⁹ K. ENGISCH, *Tun und Unterlassen*, 174.

⁵⁰ K. ENGISCH, *Tun und Unterlassen*, 171.

⁵¹ K. ENGISCH, *Tun und Unterlassen*, 171 ss.

esforçar-se nessa atividade – o que, em última análise, se coadunaria com a ideia reitora da omissão⁵².

No entanto, a teoria do emprego de energia é, por vezes, criticada por seu caráter subjetivo e discricionário, porquanto sujeita a análise da conduta à atribuição de um significado⁵³. Assim, alguns autores associam essa teoria a outros critérios, como o do *movimento corporal*, o da *causalidade*, entre outros.⁵⁴ No cenário brasileiro, por exemplo, autores como *Estellita* parecem aliar o critério do emprego de energia ao do movimento corporal, concebendo que “há *ação* ali onde uma pessoa interfere no mundo externo, na forma de um movimento muscular voluntário que causa o resultado típico, e há *omissão* quando não interfere (não emprega energia), embora pudesse fazê-lo, em um curso causal em andamento”⁵⁵. Vinculando, ainda, esse critério ao componente da causalidade, *Estellita* afirma que os crimes comissivos se caracterizariam pela interferência “no mundo externo, na forma de um movimento muscular voluntário que causa o resultado típico”, ao passo que os delitos omissivos se definiriam pela não intervenção em um curso causal que já se encontra em andamento⁵⁶. Isso levaria a compreender a suspensão do suporte artificial de vida como *eutanásia ativa*, já que o médico, ao apertar o botão para desligar o aparelho que mantém ativas as funções vitais do paciente, estaria realizando um movimento muscular voluntário que conduziria à produção do resultado típico “morte”.

Outro critério bastante debatido é o referente ao *centro de gravidade da reprovabilidade*.⁵⁷ Segundo os seus defensores, a distinção entre ação e omissão requer uma valoração, não devendo depender exclusivamente da configuração externa do acontecimento.⁵⁸ Nesse sentido, esse critério impõe a aferição, a partir do sentido social e das características concretas do comportamento analisado, de qual o centro ou o foco da censura penal.⁵⁹ Com fundamento nesse critério, *Weißauer* e *Opderbecke* afirmam que, no casos de suspensão de suporte artificial de vida, o médico apenas deixa de retardar, ainda mais, uma morte que já é inevitável.⁶⁰ Nesse sentido, “o centro de gravidade do comportamento, que orienta a censura penal, reside claramente nessa omissão, e não na conduta ativa que a acompanha

⁵² K. ENGISCH, *Tun und Unterlassen*, 178. Crítica a essa concepção em W. KARGL, *Zur kognitiven Differenz zwischen Tun und Unterlassen*, 465 ss.

⁵³ E. SAMSON, *Begehung und Unterlassung*, 587.

⁵⁴ Como observa C. SCHNEIDER, *Tun und Unterlassen beim Abbruch lebenserhalten medizinischer Behandlung*, 57 ss.

⁵⁵ H. ESTELLITA, *A distinção entre ação e omissão no caso dos comportamentos ambivalentes*, 105 s.

⁵⁶ Cfr. H. ESTELLITA, *A distinção entre ação e omissão no caso dos comportamentos ambivalentes*, 106.

⁵⁷ H. ESTELLITA, *A distinção entre ação e omissão no caso dos comportamentos ambivalentes*, 104. J. TAVARES fala em “ponto de reprovabilidade da conduta” (J. J. TAVARES, *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*, 46).

⁵⁸ Cfr. C. SCHNEIDER, *Tun und Unterlassen beim Abbruch lebenserhalten medizinischer Behandlung*, 75.

⁵⁹ H. ESTELLITA, *A distinção entre ação e omissão no caso dos comportamentos ambivalentes*, 104; R. RENGIER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*. München: C.H.Beck, 7. ed. 2015, § 48, nm. 10.

⁶⁰ W. WEIßAUER, H. T. OPDERBECKE, *Todesbestimmung und Grenzen der Behandlungspflicht*, BA 1973, 112.

[...]”⁶¹. Esse critério costuma ser criticado, sobretudo, por sua indeterminação,⁶² que cria uma ampla margem de discricionariedade e produz insegurança jurídica⁶³.

Um terceiro critério bastante utilizado remete à controversa figura da *omissão por ação* – embora o instituto da *ação por omissão* seja amplamente aceita, o da *omissão por ação* não o é.⁶⁴ Roxin – um dos maiores defensores do recurso a essa construção para os casos de interrupção de tratamentos médicos –, afirma que, via de regra, a distinção entre ação e omissão deve se fundar sobre critérios ôntico-fenomenológicos: enquanto a ação se caracteriza por um emprego de energia causal para o resultado, a omissão implica um não emprego de energia causal para o resultado⁶⁵. No entanto, ainda segundo Roxin, nada obsta a que, por razões normativas, uma ação seja punida como uma omissão em situações específicas⁶⁶ – e uma delas se refere precisamente à hipótese de suspensão de suporte artificial de vida. Nesse sentido, quando o tratamento não mais for indicado – ou seja, quando, devido à ausência de perspectiva de melhora do estado de saúde do paciente, o prolongamento da vida se revelar inútil⁶⁷ –, o desligamento do aparelho possuiria a estrutura de uma omissão – a despeito de manifestar-se, fenomenologicamente, na forma de uma conduta ativa.⁶⁸ Em análise crítica dessa concepção, Schneider registra, talvez acertadamente, que o instituto da “omissão por ação” deveria ser denominado, na verdade, de “omissão *apesar da ação*” (*Unterlassen trotz Tun*), já que uma das críticas

⁶¹ W. WEIBAUER; T. OPDERBECKE, *Todesbestimmung und Grenzen der Behandlungspflicht*, 112.

⁶² Nesse sentido, a observação de H. ESTELLITA, *A distinção entre ação e omissão no caso dos comportamentos ambivalentes*, 104, com ulteriores referências. Cfr. igualmente F. CZERNER, *Das Abstellen des Respirators an der Schnittstelle zwischen Tun und Unterlassen bei der Sterbehilfe*, 94. Cfr. também W. KARGL, *Zur kognitiven Differenz zwischen Tun und Unterlassen*, 462 e C. ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 31 nm. 79 s., que rejeita esse critério também por sua circularidade, já que, antes de determinar qual é o foco da censura penal, é necessário que se saiba se se trata de uma ação ou de uma omissão.

⁶³ Nesse sentido também J. TAVARES, *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*, 50, que defende que a “solução não parece encontrar-se num critério único, senão em duas possibilidades: ou na conjugação do critério do ponto de gravidade com o critério da causalidade [...] ou mediante referência ao conteúdo axiológico emprestado ao fato.”

⁶⁴ Como observa H. MEYER-BAHLBURG, *Unterlassen durch Begeben*, GA 1968, 49, que, apesar de reconhecer o caráter polêmico do instituto, apresenta diversos cenários em que a sua aplicabilidade lhe parece evidente. C. ROXIN também reconhece que se trata de figura bastante controversa (C. ROXIN, *Die Sterbehilfe im Spannungsfeld von Suizidteilnahme, erlaubtem Behandlungsabbruch und Tötung auf Verlangen*, NStZ 1987, 349; *idem*, C. ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 31 nm. 100). Contrário à afirmação da existência da “omissão por ação”, N. BOSCH, *Abgrenzung von Tun und Unterlassen*, Vor §§ 13 s., nm. 159. Críticas ao instituto em C. SCHNEIDER, *Tun und Unterlassen beim Abbruch lebenserhalten medizinischer Behandlung*, 138-140.

⁶⁵ Cfr. C. ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 31 nm.78 e 99.

⁶⁶ Quais sejam: participação ativa em delito omissivo, *omissio libera in causa*, interrupção de cursos causais salvadores e suspensão técnica de tratamentos (C. ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 31 nm. 100.) No Brasil, sobre as três últimas situações, cfr. H. ESTELLITA, *A distinção entre ação e omissão no caso dos comportamentos ambivalentes*, 97-121.

⁶⁷ C. ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 31 nm. 117.

⁶⁸ Cfr. C. ROXIN, *Die Sterbehilfe im Spannungsfeld von Suizidteilnahme, erlaubtem Behandlungsabbruch und Tötung auf Verlangen*, 349; *idem*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 31 nm.117.

frequentemente dirigidas a essa concepção se refere à pretensa imprecisão do conceito⁶⁹.

A despeito da abrangência e complexidade do debate, acreditamos que há boas razões – não apenas dogmáticas, mas sobretudo político-criminais – para que a suspensão do suporte artificial de vida seja concebida como uma *omissão*. De fato, compreender tal conduta como uma ação conduziria a uma contradição manifesta e insuperável: o médico que nem sequer inicia o tratamento receberia um tratamento jurídico-penal mais benéfico do que aquele que, tendo iniciado o tratamento e atestado a sua improficuidade, o interrompe.⁷⁰ Ademais, o aparelho de suporte artificial de vida pode ser considerado, na verdade, *longa manus* do médico: não fossem as benesses da tecnologia, o profissional de saúde teria de executar, *manual e ativamente*, manobras diárias para prolongar a vida do paciente – e, se assim fosse, ninguém contestaria que a suspensão de tratamento configuraria uma omissão. Considerando isso, *Roxin* afirma, acertadamente, que não importa de que maneira a interrupção do tratamento ocorre; caso contrário, os aparelhos teriam de ser construídos de forma que o seu funcionamento dependesse de um impulso ativo diário, o que tornaria dispensável a suspensão ativa⁷¹. Nesse sentido, parece-nos que, em essência, o dever que o médico em tese violaria ao deixar de dar continuidade a um tratamento seria, na verdade, um *dever de agir*, isto é, de manter a máquina funcionando para continuar prolongando a vida do paciente. Assim, é coerente a observação de *Tavares*, que argumenta que o desligamento do aparelho realizado por um médico constituiria uma violação a um preceito mandamental (de manter a máquina funcionando), ao passo que, se esse mesmo comportamento fosse realizado por um terceiro, a conduta seria concebida como uma ação, já que estará vinculada a um preceito proibitivo (não desligar a máquina)⁷².

4. A responsabilidade penal do médico por omissão em casos de suspensão de suporte artificial de vida.

⁶⁹ C. SCHNEIDER, *Tun und Unterlassen beim Abbruch lebenserhalten medizinischer Behandlung*, 139. Nesse sentido também F. CZERNER, *Das Abstellen des Respirators an der Schnittstelle zwischen Tun und Unterlassen bei der Sterbehilfe*, 98.

⁷⁰ Apesar disso, há quem, concebendo tal conduta como ativa, defenda o direito do paciente a uma “morte natural”. Nesse sentido, E. SAMSON, *Begehung und Unterlassung*, 602. Essa postura não nos parece de todo equivocada, mas, partindo do ordenamento jurídico brasileiro, que institui, segundo a posição majoritária, uma proibição geral da eutanásia ativa, há que se esclarecer as razões pelas quais seria possível afastar, nesses casos, a tão difundida máxima da indisponibilidade da vida – que invalidaria o consentimento do paciente – e, conseqüentemente, o injusto do delito de homicídio. Na nossa visão, há boas razões para a defesa dessa concepção, mas a solução da questão não é assim tão simples, já que se corre o risco de, a depender da argumentação utilizada, legitimar *in totum* o homicídio a pedido, o que não nos parece adequado.

⁷¹ C. ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 31 nm. 116.

⁷² J. TAVARES, *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*, 47 s.. Chegam a essa mesma conclusão, a partir de outros argumentos, H. WEIßAUER, T. OPDERBECKE, *Todesbestimmung und Grenzen der Behandlungspflicht*, 112.

Concebendo-se a suspensão de suporte artificial de vida como uma omissão e partindo das conclusões inerentes ao paradigma da autonomia, acima delineadas, impõe-se investigar se e em que situações esse comportamento poderia amoldar-se ao crime de homicídio por omissão (*infra* 4.1.) ou omissão de socorro (*infra* 4.2.).

4.1. Pode o médico ser punido por homicídio por omissão?

A afirmação da responsabilidade do médico por omissão imprópria requer o preenchimento dos pressupostos de punibilidade previstos no art. 13, § 2º, b, CP. Para isso, é necessário aferir não apenas se, nas circunstâncias específicas do caso, o médico realmente possui um dever especial de proteção em relação ao paciente, mas também a extensão desse dever e as suas possibilidades concretas de ação.

A relação médico-paciente é caracterizada por um vínculo de proteção e confiança⁷³: ao assumir o tratamento, o profissional de saúde desperta a confiança do paciente, que espera, legitimamente, a devida proteção⁷⁴. É, portanto, a partir da *assunção fática do tratamento* – e não da existência de um dever profissional⁷⁵ ou da celebração de um contrato válido⁷⁶ – que o médico se torna garante do paciente e avoca a responsabilidade de impedir a ocorrência do resultado danoso⁷⁷. Como esclarece *Schünemann*, o fundamento material do dever de garante do médico é o seu *domínio sobre o desamparo da vítima*,⁷⁸ o qual, no caso, decorre do *ato de confiança do próprio paciente ou de um garante originário*⁷⁹

⁷³ Cfr. H. BOCKELMANN, Paul. *Strafrecht des Arztes*, 19; LIPP, *Arztrecht*, CaIV nm. 4; J. C. D. SANTOS, *Direito Penal: Parte Geral*, 5ª ed., Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, 203 e 204. Cfr. também K. ULSENHEIMER, in A. LAUFS, B. R. KERN, (Orgs.). *Handbuch des Arztrechts*, 5ª ed., München: C. H. Beck, 2019, § 151 nm. 2 ss.

⁷⁴ L. M. BLEILER, *Strafbarkeitsrisiken des Arztes bei religiös motiviertem Behandlungsveto*. Heidelberg: Springer, 2010, 113-115.

⁷⁵ Apesar de essa ser uma fundamentação recorrente na jurisprudência brasileira, parece absurdo crer que o médico, apenas por ser médico, torna-se permanentemente garantidor universal dos bens jurídicos de todos os pacientes, independentemente da assunção do tratamento e, com isso, da função de proteção. Muitos julgados sequer fundamentam a posição de garante do médico (cfr., por exemplo, o RESE 1.0153.07.070027-0/001, julgado pelo TJMG); outros, a fundamentam numa suposta *lei*, sem, contudo, especificá-la (cfr., por exemplo, RESE 1.0114.05.055657-9/001, também do TJMG).

⁷⁶ H. ESTELLITA, *Contornos da responsabilidade omissiva imprópria dos médicos plantonistas*, in F. SIQUEIRA, H. ESTELLITA, *Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2020, 199-200; V. LIPP, *Arztrecht*, CaIV nm. 4; L. M. BLEILER, *Strafbarkeitsrisiken des Arztes bei religiös motiviertem Behandlungsveto*, 110.

⁷⁷ H. ESTELLITA, *Contornos da responsabilidade omissiva imprópria dos médicos plantonistas*, 200-202; J. C. D. SANTOS, *Direito Penal: Parte Geral*, 5ª ed., Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, 203 e 204; F. SIQUEIRA, *Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina*, 386; H. BOCKELMANN, *Strafrecht des Arztes*, 19; V. LIPP, *Volker. Die ärztliche Hilfepflicht*, in A. LAUFS, C. KATZENMEIER, V. LIPP, (Orgs.). *Arztrecht*. München: C. H. Beck, 7ª ed., 2015, CaIV nm. 4 s.; L. M. BLEILER, *Strafbarkeitsrisiken des Arztes bei religiös motiviertem Behandlungsveto*, 109-110.

⁷⁸ B. SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte: Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre*. Göttingen: Otto Schwarz & Co., 1971, 342 ss..

⁷⁹ B. SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, 352.

(como dos pais em relação aos filhos menores). A assunção fática do tratamento está condicionada à existência do consentimento, real ou presumido, de modo que a ausência de consentimento ou o expresso dissentimento do paciente *impedirá* a configuração de uma eventual posição de garantia do médico ou a *afastará*, caso tenha sido previamente constituída⁸⁰.

Na hipótese em que o médico tiver, de fato, assumido o tratamento do paciente e ocupar, portanto, a posição de garante, ele poderá ser punido caso não aja para impedir o agravamento do estado de saúde ou a morte do paciente.⁸¹ No entanto, a responsabilização penal por lesão corporal ou homicídio por omissão estará condicionada não apenas à comprovação donexo causal e da inevitabilidade do resultado lesivo, mas também à possibilidade fática de ação do profissional de saúde⁸².

Considerando-se, no entanto, que não existe um “dever de viver”, não pode o indivíduo ser obrigado a submeter-se a tratamentos indesejados pelo simples fato de que eles lhe salvariam ou prolongariam a vida.⁸³ É importante frisar, nesse sentido, que a posição de garante do médico e, com isso, o dever de proteção anteriormente existente são afastados pela recusa *completa* de tratamento pelo paciente⁸⁴. A rejeição *parcial* de tratamentos, que tem por objeto intervenções específicas – e não todas as medicamente indicadas – por sua vez, não afasta esse vínculo protetivo⁸⁵, mas conduz, ainda assim, à limitação dos deveres do médico. Nesse caso, o médico não poderá ser responsabilizado por omissão imprópria se a concretização do resultado típico decorrer precisamente da sua abstenção em relação ao(s) tratamento(s) rejeitado(s).⁸⁶ Afinal, *tanto a*

⁸⁰ H. J. HIRSCH, *Behandlungsabbruch und Sterbehilfe*, in W. KÜPER, I. PUPPE, J. TENCKHOFF, (Orgs.). *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag*. Berlin: Walter de Gruyter, 1987, 600. D. DÖLLING, *Gerechtfertigter Behandlungsabbruch und Abgrenzung von Tun und Unterlassen: Zu BGH*, Urt. v. 25.6.2010 – 2 StR 454/09, *ZIS*, n. 5, 2011, 347. H. SCHÖCH, *Unterlassene Hilfeleistung*, in C. ROXIN, U. SCHROTH, (Orgs.), *Handbuch des Medizinstrafrechts*, 3. ed. Stuttgart: Richard Boorberg Verlag, 2007, 111. De acordo com *Carvalho*, haverá, nesses casos, o “cancelamento” da posição de garante. G. M. D. CARVALHO, *Autonomia do paciente e decisões ao final da vida*, 176.

⁸¹ V. LIPP, *Arztrecht*, CaIV nm. 2; F. SIQUEIRA, *Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina*, 384.

⁸² K. K. ULSENHEIMER, *Handbuch des Arztrechts*, § 151 nm. 3 s.

⁸³ B. ENGLÄNDER, *Von der passiven Sterbehilfe zum Behandlungsabbruch*, 514.

⁸⁴ C. KNAUER, J. BROSE, *Strafgesetzbuch (StGB)*, in A. SPICKHOFF, (Org.). *Medizinrecht*. München: C.H. Beck, 3ª ed. 2018, StGB §§ 211, 212 nm. 7; V. LIPP, *Arztrecht*, CaIV nm. 5; L.M. BLEILER, *Strafbarkeitsrisiken des Arztes bei religiös motiviertem Behandlungsveto*, 111 s.; F. SIQUEIRA, *Autonomia, Consentimento e Direito Penal da Medicina*, 388.

⁸⁵ V. LIPP, *Arztrecht*, CaIV nm. 6; L. M. BLEILER, *Strafbarkeitsrisiken des Arztes bei religiös motiviertem Behandlungsveto*, 115 s..

⁸⁶ F. SIQUEIRA, *Autonomia, Consentimento e Direito Penal da Medicina*, 389. Ainda que haja alguma controvérsia e um forte resquício paternalista em nossa doutrina e jurisprudência no que se refere ao debate sobre a admissibilidade das chamadas *recusas amplas de tratamentos* realizadas por pacientes que ainda possuem perspectiva de cura ou melhora, a legitimidade da *recusa estrita de tratamento*, que ocorre nos casos de pacientes terminais – como os que aqui se discute –, é amplamente aceita (L. R. BARROSO, V. MARTEL, *A morte como ela é*, 74. Sobre a admissibilidade da ortotanásia, cfr. por todos M. REALE JR., *Consentimento - Ortotanásia e adequação social*, in *RBCCrim*, v. 121, 2016, 214 s.). Esses casos, que se aproximam da ortotanásia

*recusa quanto o consentimento definem os contornos da atuação médica legítima, ora a fundamentando, ora a limitando*⁸⁷.

Em relação aos casos vinculados à suspensão de suporte artificial de vida, isso significa, concretamente, que, quando o paciente revoga o seu consentimento no tratamento, declarando o seu desejo de morrer e, com isso, de interromper o funcionamento do aparelho que mantém suas funções vitais ativas, afasta-se a posição de garante do médico⁸⁸, que não poderá ser punido por sua omissão. O mesmo ocorre quando a revogação do consentimento se funda na vontade presumida do paciente. Além disso, é importante frisar que, partindo-se do paradigma de respeito à autonomia do enfermo (*supra* 2), o médico que mantém o suporte artificial de vida mesmo após a revogação do consentimento pelo paciente pratica, na melhor das hipóteses, um constrangimento ilegal e, na pior das hipóteses, um crime de lesão corporal, uma vez que se trata de uma interferência indevida – porquanto realizada na ausência do consentimento real ou presumido – na integridade física do paciente.

É importante anotar, nesse contexto, que o registro prévio de uma *diretiva antecipada de vontade* pode constituir um importantíssimo instrumento para garantir o respeito a autonomia do paciente⁸⁹, porquanto permite que o indivíduo manifeste a sua vontade e esclareça previamente a quais intervenções deseja ou não se submeter e em que hipóteses deseja que seja realizada a suspensão do suporte artificial de vida. Esse documento, também chamado, nesses casos, de *testamento vital*⁹⁰, poderá auxiliar o médico na tarefa de aferir a vontade presumida do paciente, caso ele se encontre em estado de inconsciência

e são também designados de *limitação consentida de tratamento* ou *suspensão de esforço terapêutico*, da qual fazem parte a retirada de suporte vital, a não-oferta de suporte vital e as ordens de não-ressuscitação ou de não reanimação (cfr. L. R. BARROSO, V. MARTEL, *A morte como ela é*, 74.), são talvez os únicos que não enfrentam forte oposição paternalista no debate sobre a proteção penal da vida. As orientações do Conselho Federal de Medicina, delimitadas pela Resolução nº 1.805/2006, também estão em consonância com a nossa conclusão. De acordo com seu 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”. Além disso, o seu art. 2º assegura ao doente, expressamente, o direito da alta hospitalar. Também o Código de Ética Médica de 2018 (Resolução CFRM nº 2.217), ao proibir a eutanásia, esclarece, em seu art. 41, parágrafo único, que “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”.

⁸⁷ V. LIPP, *Arztrecht*, CaIV nm. 6; F. SIQUEIRA, *Autonomia, Consentimento e Direito Penal da Medicina*, 389. Existe, na verdade, um dever do médico de respeitar a vontade do paciente. Nesse sentido, W. WEIBAUER, T. OPDERBECKE, *Todesbestimmung und Grenzen der Behandlungspflicht*, 104.

⁸⁸ T. CEFFINATO, *Die Beendigung von Garantenstellungen*, NStZ 2021, 68.

⁸⁹ A legitimidade das diretivas antecipadas de vontade é reconhecida pela Resolução CFRM nº 1.995/2012, que as define como “o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade” (art. 1º).

⁹⁰ Cfr. L. DADALTO, *Testamento Vital*, 55.

– o que ocorre com frequência nas situações em que a suspensão paliativa do suporte artificial de vida é de fato considerada como uma opção⁹¹.

No entanto, caso não haja uma manifestação prévia de vontade, é inevitável o recurso a um *standard de julgamento substituto*⁹², devendo o médico orientar a sua atuação por um juízo hipotético acerca da vontade do paciente, a partir da investigação sobre qual comportamento melhor reflete seus desejos. Se na diretiva antecipada de vontade for constituído um *procurador para cuidados de saúde*⁹³, esse indivíduo nomeado tomará decisões orientadas pela vontade (subjetiva) do enfermo. Em casos de pacientes menores, por sua vez, há que se recorrer ao *standard do melhor interesse*⁹⁴.

Importa sublinhar, em relação a esse cenário, que a recusa presumida do tratamento – e, portanto, a vontade presumida do paciente de suspender o suporte artificial de vida – também tem o poder de afastar o dever de garante do médico nos casos em que o enfermo se encontra em estado de inconsciência⁹⁵.

4.2. Pode o médico ser punido por omissão de socorro?

Caso o médico não ocupe a posição de garante e não tenha, portanto, um dever especial de proteção em relação ao paciente, ou caso os demais pressupostos de punição não estejam preenchidos⁹⁶, ele não poderá ser punido pelo resultado produzido a título de omissão imprópria.⁹⁷ Isso, no entanto, não afasta a possibilidade de que o profissional de saúde seja eventualmente punido por

⁹¹ O médico apenas poderá desconsiderar o conteúdo do testamento vital se houver uma razão concreta para acreditar que ela não mais condiz com as preferências atuais do enfermo. A confecção de um testamento vital permite a aplicação de um *standard de pura autonomia* – segundo a denominação de *Beauchamp* e *Childress* (cfr. T. L. BEAUCHAMP, J. F. CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*. 7. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013, 227-228) – que possibilita a observância das preferências reais do paciente no caso concreto.

⁹² T. L. BEAUCHAMP, J. F. CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*, 227.

⁹³ A respeito, cfr. L. DADALTO, *Testamento Vital*, 49.

⁹⁴ A respeito desse conceito, cfr. T. L. BEAUCHAMP, J. F. CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*, 228-229.

⁹⁵ A aferição da vontade presumida no caso concreto pode ser demasiado complexa. Não obstante, ainda que o paciente não tenha elaborado um testamento vital – que consiste no instrumento mais seguro para se conhecer a real vontade do enfermo de se submeter ou não a intervenções médicas específicas –, poder-se-á, diante da ausência de ulteriores indícios, partir de um juízo subjetivo de ponderação, segundo os valores do próprio paciente, para definir se, caso ele pudesse manifestar a sua vontade, desejaria ou não a suspensão do suporte artificial de vida. É essa análise que permitirá definir a existência ou não da posição de garantia do médico no caso concreto.

⁹⁶ “Também nas situações em que não fica demonstrado que, caso o médico garante tivesse agido, teria evitado a morte ou a piora da saúde do paciente, não há *nexo de causalidade* entre a omissão e o resultado, o que afasta a punição por omissão imprópria, mas não impede a caracterização da omissão de socorro, tipo que não exige a ocorrência do resultado lesivo. F. SIQUEIRA, *Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina*, 391.

⁹⁷ Nesse sentido I. KASECKER, *A responsabilidade penal do médico por omissão diante da recusa de tratamento pelo paciente menor de idade ou por seu representante legal*, 94.

omissão de socorro,⁹⁸ já que todos os cidadãos, independentemente de suas qualificações profissionais, estão obrigados, com base em um *dever geral de solidariedade*, a prestar assistência à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa ferida ou inválida, ao desamparo ou em situação de grave e iminente perigo, quando, sem risco pessoal, for possível fazê-lo (art. 135, CP)⁹⁹. De fato, a ausência de *dever especial* de evitar o resultado na situação concreta não afasta o *dever geral* de assistência do médico perante a sociedade, que obriga qualquer pessoa a prestar socorro a quem se encontrar em qualquer das situações adversas previstas no tipo penal. A punição do médico pelo delito de omissão de socorro requer, fundamentalmente, o preenchimento dos seguintes pressupostos: a *situação típica* (paciente ao desamparo), a *possibilidade concreta de ação* sem risco pessoal e a *omissão dolosa* da assistência devida¹⁰⁰.

A nosso ver, a solução dos casos em que o médico se omite em respeito à recusa, real ou presumida, de um tratamento requer uma incursão no *fundamento material* do crime previsto no art. 135, CNesse sentido, a omissão de socorro poderia ser compreendida, fundamentalmente, de duas formas: caso se conceba que ela se funda em um dever que possui um *viés coletivo* e que se vincula a um *sentimento abstrato e objetivo de solidariedade*, seria possível impor não apenas ao médico, mas à sociedade como um todo, o dever de “salvar” (ou prolongar a vida) mesmo daqueles que não desejam ser salvos (ou ter sua vida prolongada); no entanto, caso se conceba que ela se destina à proteção de *bens jurídicos individuais*, tem-se que o seu âmbito típico se limitaria às hipóteses em que a vítima se encontra *involuntariamente* carente de auxílio – ou seja, em que ela efetivamente *deseja* que a assistência seja prestada pelo terceiro.

Seguindo a lógica do primeiro fundamento, boa parte da doutrina brasileira ainda defende que o médico que deixa de salvar a vida de um paciente capaz, mesmo diante de uma recusa livre de tratamento, pratica uma omissão de socorro punível¹⁰¹. Essa postura, no entanto, é nitidamente paternalista e incompatível com o modelo de respeito à autonomia. Além disso, parece-nos

⁹⁸ H. BOCKELMANN, *Strafrecht des Arztes*, 19; V. LIPP, *Arztrecht*, CaIV nm. 11. Cfr. também K. ULSENHEIMER, *Handbuch des Arztrechts*, § 151 nm. 4 e, criticamente, nm. 9 s..

⁹⁹ V. LIPP, *Arztrecht*, CaIV nm. 11; K. ULSENHEIMER, *Handbuch des Arztrechts*, § 151 nm. 4. No Código Penal alemão, o requisito da exigibilidade encontra previsão legal expressa (§ 323c StGB). Embora se trate de um pressuposto interessante, cuja *ratio* é também, em algumas hipóteses, diretamente aplicável no Brasil, ele não está explicitamente insculpido no art. 315 do Código Penal brasileiro. Cfr. sobretudo F. SIQUEIRA, *Autonomia, Consentimento e Direito Penal da Medicina*, 391 ss..

¹⁰⁰ Cfr. N. HUNGRIA, H. C. FRAGOSO, *Comentários ao Código Penal* v. V, 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979, 441 s.; F. SIQUEIRA, *Autonomia, Consentimento e Direito Penal da Medicina*, 392.

¹⁰¹ Nesse sentido, cfr., por exemplo, B. C. FERREIRA, *Manual prático de bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Livre Expressão, 2013, 99. G. V. D. FRANÇA, *Direito médico*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, 222. Em geral, recorre-se ao argumento da indisponibilidade da vida para fundamentar esse posicionamento, de modo que, segundo essa perspectiva, apenas nos casos em que a recusa constituir um “óbice intransponível” à prestação de auxílio seria possível afastar a tipicidade da omissão de socorro. Cfr. por todos, C. R. BITENCOURT, *Tratado de direito penal: parte especial*. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2016, 316. Críticas contundentes a esse posicionamento em G. M. D. CARVALHO, *Autonomia do paciente e decisões ao final da vida*, 174.

que essa argumentação foi concebida para casos em que o médico possui, de fato, condições de *salvar* a vida do paciente – e não apenas de *prolongá-la*, como ocorre nos casos em que o paciente é acometido por doença terminal. De qualquer forma, o crime de omissão de socorro não pode servir como uma forma de impor, por uma via indireta, um dever do indivíduo de ser tratado contra a sua vontade, porquanto isso violaria o pressuposto básico de um modelo de respeito à autonomia do paciente: a proibição de que uma intervenção seja realizada sem a obtenção de consentimento. O médico que cumprisse esse “dever” (positivo), intervindo no corpo do paciente em situação em que não foi autorizado, descumpriria o dever (negativo e, portanto, precípua), de não cometer lesões corporais ou constrangimento ilegal contra o seu paciente. Há que se reconhecer, portanto, que a configuração do delito de omissão de socorro estará sempre condicionada à vontade livre do *indivíduo* de receber a assistência, uma vez que se trata crime que tutela a vida e a saúde – e, portanto, bens jurídicos *individuais*.

Assim, no que se refere à suspensão de suporte artificial de vida realizada em consonância com a vontade (real ou presumida) do paciente, a atipicidade da conduta decorre da *inexistência de uma situação típica* de omissão de socorro. No contexto de que ora tratamos, particularmente relevante é a situação típica do *desamparo*, cuja configuração requer que a vítima se encontre privada de socorro ou seja incapaz de obtê-lo por si mesma¹⁰². Tomando como base o paradigma de respeito à autonomia do paciente, não há que se falar em *privação* de auxílio ou *incapacidade de obtenção* de auxílio na hipótese em que o paciente *recusa* a assistência, já que, nessas circunstâncias, a vítima se encontra, de fato, diante de um profissional preparado e disposto a lhe prestar a assistência necessária, mas simplesmente não a deseja¹⁰³. Considerando-se, portanto, que a ausência de auxílio, aqui, é reflexo de um desejo do paciente, não há que se falar em situação de desamparo¹⁰⁴.

Por sua vez, a situação típica autônoma de *perigo grave ou iminente* à pessoa, que se caracteriza pela existência de ameaça atual à vida ou à incolumidade física ou fisiológica do paciente, também é relevante no contexto médico.¹⁰⁵ Diferentemente do que ocorre na hipótese de desamparo, o perigo deve ser avaliado *in concreto*¹⁰⁶. É certo que, em casos de recusa de um tratamento vital indicado e necessário, o paciente estará, não raramente, em situação que pode representar perigo grave e iminente para a vida, porquanto a não realização do tratamento levará à morte. Entretanto, nos casos de recusa de assistência pelo paciente capaz, não haverá uma omissão de socorro punível. Isso porque, também aqui, a renúncia válida à proteção afastará um eventual dever de atuação

¹⁰² N. HUNGRIA, H. C. FRAGOSO, *Comentários ao Código Penal* v. V, 439 ss..

¹⁰³ F. SIQUEIRA, *Autonomia, Consentimento e Direito Penal da Medicina*, 396.

¹⁰⁴ G. M. D. CARVALHO, *Autonomia do paciente e decisões ao final da vida*, 177; F. SIQUEIRA, *Autonomia, Consentimento e Direito Penal da Medicina*, 396.

¹⁰⁵ N. HUNGRIA, H. C. FRAGOSO, *Comentários ao Código Penal* v. V, 442 ss.

¹⁰⁶ N. HUNGRIA, H. C. FRAGOSO, *Comentários ao Código Penal* v. V, 442.

do médico¹⁰⁷, já que a legitimidade de qualquer intervenção depende, em última análise, do *consentimento* do paciente¹⁰⁸. Portanto, o médico que, em respeito à vontade real ou presumida do paciente, suspende o suporte artificial de vida não pratica uma omissão de socorro, uma vez que o seu comportamento é atípico.

5. Conclusões.

Para analisar o fundamento de legitimidade da suspensão do suporte artificial de vida, partimos de um *modelo de respeito à autonomia do paciente*, do qual se extrai não apenas que somente o consentimento, real ou presumido, é capaz de legitimar as intervenções médicas em indivíduos capazes, mas também que, nos casos de ausência ou mesmo de revogação do consentimento, o médico não pode intervir ou dar continuidade a um tratamento médico.

Para determinar o tratamento dogmático mais adequado a ser dispensado aos casos em que o médico deixa de dar continuidade a uma intervenção destinada à preservação das funções vitais do paciente, procuramos investigar se esse comportamento constitui uma ação ou uma omissão. Apesar de essa discussão ser bastante complexa e controvertida, a nosso ver existem bons argumentos, de caráter dogmático e político-criminal, para que a suspensão do suporte artificial de vida seja concebida como uma *omissão*, porquanto o médico, nesses casos, violaria *in thesi* um (possível) dever de agir para prolongar a vida do paciente, ou seja, um preceito mandamental.

Ao analisar a responsabilidade do médico por sua omissão nos casos de suspensão *consentida* de suporte artificial de vida, concluímos não apenas que a conduta do profissional de saúde é impunível, mas também que a vontade – real ou presumida – do paciente estabelece, na verdade, um *dever do médico de se abster* de realizar a intervenção não desejada pelo enfermo. Nessa hipótese, portanto, o médico omitente *não responderá por homicídio por omissão nem por omissão de socorro*. A punição do profissional de saúde por *omissão imprópria* não é possível porque a ausência de consentimento válido ou a recusa expressa da manutenção do suporte artificial estabelece os contornos – e, nesse caso, os limites – do dever do médico de agir, podendo, inclusive, afastá-lo definitivamente da sua posição de garante. Além disso, tampouco é possível que o médico seja punido por omissão de socorro, uma vez que a configuração desse delito requer que o indivíduo afetado consinta, real ou presumidamente, na assistência a ser prestada pelo terceiro.

Para que fique claro: a Medicina não pode possuir como objetivo principal a longevidade desmedida, e deve, pelo contrário, compreender e aceitar a finitude da vida, inerente à condição humana. Assim, o *médico não possui um dever de prolongar obstinadamente a vida ou de evitar a morte dos seus pacientes a qualquer custo*. O seu dever principal é o de respeitar a autonomia dos indivíduos e deixar que a

¹⁰⁷ F. SIQUEIRA, *Autonomia, Consentimento e Direito Penal da Medicina*, 416; K. ULSENHEIMER, *Handbuch des Arztrechts*, § 151 nm. 41.

¹⁰⁸ V. LIPP, *Arztrecht*, CaIV nm. 17; K. ULSENHEIMER, *Handbuch des Arztrechts*, § 151 nm. 41 ss. Cfr., igualmente, duas importantes decisões do BGH: BGHSt 65, 121 e BGHSt 64, 135.

doença siga o seu curso natural, caso isso reflita a vontade livre e esclarecida do enfermo. Essa conclusão fica ainda mais evidente nos casos em que a suspensão de suporte artificial de vida é realizada como cuidado paliativo, porquanto a intervenção médica, nessas circunstâncias, não alcançaria a cura de uma enfermidade, mas apenas a prorrogação de um – muitas vezes penoso – processo de morte.