



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A responsabilidade civil do médico e sua conduta em face da Eutanásia, da Ortotanásia e da Distanásia

Amanda Andre Delgado

Rio de Janeiro
2014

AMANDA ANDRE DELGADO

**A responsabilidade civil do médico e sua conduta em face da Eutanásia, da Ortotanásia
e da Distanásia**

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Arthur Gomes

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2014

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO E SUA CONDUTA EM FACE DA EUTANÁSIA, DA ORTOTANÁSIA E DA DISTANÁSIA

Amanda Andre Delgado

Graduada em Direito pela Universidade IBMEC. Advogada. Pós-graduando pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (Emerj).

Resumo: Nos dias atuais, ante a intensa evolução biotecnológica, é possível prolongar artificialmente a existência de um doente, ainda que a Medicina não lhe possa oferecer nenhuma expectativa de cura ou mais conforto nesse fim de vida prolongado ou, antecipar a morte de um paciente incurável diante de seu sofrimento. O presente trabalho discute os novos aspectos médicos e jurídicos que influenciam as intervenções no final da vida humana, seja para interromper a vida de um paciente ou para possibilitar que chegue ao fim da vida, sem que sejam utilizados os modernos recursos de prolongamento vital, em face da legislação penal brasileira. A indicação ou contraíndicação de uma medida é decisão médica, que deverá ser discutida com o paciente e sua família, para garantir a dignidade da pessoa humana em final de vida. Assim, o trabalho propõe-se a analisar a responsabilização civil do médico que pratica a ortotanásia, a distanásia e a eutanásia e a licitude ou ilicitude dessas condutas.

Palavra-chave: Responsabilidade civil do médico. Ética médica. Morte digna. Dignidade da pessoa humana. Licitude. Ilicitude. Eutanásia. Ortotanásia e Distanásia. Conduta do médico. Vontade do paciente.

Sumário: Introdução. 1. Da responsabilidade no âmbito do Direito Civil. 2. Da responsabilidade no âmbito do Direito Penal. Conclusão. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Atualmente, há um crescimento cada vez maior no que se refere aos estudos referentes ao fenômeno da morte e as atitudes do homem diante dela, alcançando as mais variadas áreas do conhecimento, como a Psicologia, a Antropologia, a História, a Sociologia, o Direito, a Medicina, dentre outras.

Importante mencionar que o desenvolvimento técnico da Medicina ensejou ao médico muitos recursos para prolongar a morte (ou a vida) a pontos extremos, o que permite concluir que o médico “pode”, por outro lado, decidir o momento em que ela deve ocorrer. Esta situação faz surgir o foco central que será discutido no presente trabalho: a Eutanásia, a Distanásia e a Ortotanásia.

Para tanto, é importante destacar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que será de extrema importância para a análise dos institutos acima referidos, além de ser basilar na Carta Magna. Assim, é possível discutir que, se a Constituição da República Federativa do Brasil protege o referido princípio e o direito à vida, estaria, de maneira implícita, protegendo também o direito à morte digna. Entretanto, o sistema jurídico brasileiro não possui norma federal que disponha sobre o tema.

Considerando que a morte digna envolve questões polêmicas dos pontos de vista jurídico, religioso, social, médico e filosófico, cabe dizer que, se considerada uma lacuna normativa, geraria uma insegurança jurídica relevante, ocasionando um receio de os médicos sofrerem punição judicial pela prática da Ortotanásia, por exemplo – mesmo quando sabem que a prática é, de fato, lícita.

Nesse sentido, o presente estudo pretende analisar, sob a ótica do Direito Civil e do Direito Penal, os elementos essenciais à responsabilidade civil do médico e a conduta que esse deve ter diante de uma situação de doença grave ou terminal de um paciente, beirando a

morte, sopesando a vontade do paciente e de sua família e aquilo que seria considerado permitido na seara jurídica.

Importante conceituar brevemente os institutos que serão ponderados antes de ser iniciada qualquer discussão. Primeiramente, a Ortotanásia pode ser definida como um caminho natural que o paciente deva seguir para a morte, sem prolongar a vida de forma artificial, ou seja, apenas o acompanhamento para que a morte seja menos sofrível possível e de forma natural. Já a Distanásia é o ato de prolongar a vida do paciente, seja por drogas de qualquer tipo para esse fim, seja por meio de aparelhos de forma inútil, uma vez que a morte já é uma sentença e não uma probabilidade, enquanto a Eutanásia é o ato de diminuir o tempo de vida do paciente, forçando-lhe de alguma forma a morte, uma vez que não é de sua vontade ou de sua família permanecer com aquele sofrimento.

Ocorre que o Código de Ética Médica, em vigor a partir do ano de 2010, autoriza a Ortotanásia, inclusive recomendando aos profissionais que evitem exames ou tratamentos desnecessários nos pacientes em estado terminal. Deste modo, em vez de ações “inúteis ou obstinadas”, como diz o texto, aconselha a adoção de cuidados paliativos, que reduzem o sofrimento do doente.

Para tanto, serão avaliados pareceres médicos, bem como doutrina e jurisprudência acerca do tema, a fim de se verificar quais as posições atuais tanto de juristas quanto de médicos, de modo que possa ser examinada a questão de forma ampla e por meio de diferentes opiniões, principalmente por integrarem profissões distintas e possuírem olhares divergentes sobre o assunto.

1. DA RESPONSABILIDADE NO ÂMBITO DO DIREITO CIVIL

O presente capítulo abordará a responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro no âmbito do Direito Civil. Primeiramente, ter-se-á um breve histórico sobre a responsabilidade civil, a partir da doutrina mais erudita sobre o tema. Em seguida, será abordado o tema mais especificamente quanto à responsabilidade civil dos médicos e suas consequências no mundo dos fatos.

1.1. Breve histórico sobre a responsabilidade civil

Entende-se por responsabilidade civil a reparação de danos injustos, resultantes de violação de um dever geral de cuidado, com a finalidade de recomposição do equilíbrio violado. Para que alguém possa ser compelido a indenizar, importante verificar os pressupostos caracterizadores da responsabilidade civil subjetiva, quais sejam: (i) ato ilícito; (ii) culpa; (iii) dano; e (iv) nexo causal.

A responsabilidade civil objetiva, por sua vez, exclui a culpa como elemento, uma vez que a vítima necessita apenas provar o fato, o dano e o nexo de causalidade, estando exonerada de demonstrar o elemento culpa.

O Código Civil de 2002 (“CC”), diploma vigente atualmente, apresenta três cláusulas gerais que deverão nortear o aplicador do direito, elencadas nos artigos 187, 927, parágrafo único e 931. O artigo 186 do CC é uma cláusula aberta que prevê o ato ilícito, definido como uma conduta contrária ao ordenamento jurídico, composto pela antijuricidade e imputabilidade.

A antijuricidade é o elemento objetivo do ato ilícito, contrária ao direito, que ofende a norma por meio de uma ação ou omissão, enquanto a imputabilidade é o elemento subjetivo que significa “atribuir, censurar”, implicando no discernimento, composto pela maturidade e sanidade.

Importante destacar que para a fixação do *quantum* a ser indenizado, o magistrado não analisa a culpa do agente, mas sim a extensão do dano, conforme prevê o artigo 944, caput e parágrafo único do CC, sendo que para este último artigo haverá possibilidade de redução da indenização a partir de uma cláusula geral de equidade. Assim sendo, se houver desproporção entre o dano e o grau de culpa, o juiz utilizando-se do princípio da equidade, poderá reduzir a indenização. De acordo com o Enunciado 46 da I Jornada de Direito Civil¹, o referido artigo tem de ser interpretado restritivamente apenas para reduzir a indenização e não para fixação desta, que segue transcrito:

Enunciado 46, CJP (Art. 944): a possibilidade de redução do montante da indenização em face do grau de culpa do agente, estabelecida no parágrafo único do art. 944 do novo Código Civil, deve ser interpretada restritivamente, por representar uma exceção ao princípio da reparação integral do dano, não se aplicando às hipóteses de responsabilidade objetiva.

O artigo 187 do CC, adotando a teoria do ato emulativo, equiparou a ato ilícito o abuso do direito, que pode ser definido quando o agente exerce o direito subjetivo ou o potestativo de modo desproporcional, ferindo o princípio da boa-fé objetiva. Neste caso, o juiz é quem aponta o que seria ilícito.

Nesse sentido, uma vez adquirido o direito, seu exercício deve basear-se nos limites jurídicos impostos pelo seu fim econômico e social, pelo mencionado princípio da boa-fé objetiva e pelos bons costumes. Analisados tais parâmetros, o titular age no exercício regular do direito. Entretanto, se ultrapassadas as limitações que o ordenamento jurídico prevê, o exercício do direito passa a ser abusivo sendo emulativa a conduta e equiparando-se ao ato ilícito, desta vez, por determinação legal.

¹ Enunciado 46 da I Jornada de Direito Civil, realizada nos dias 12 e 13 de setembro de 2002.

No que diz respeito à segunda cláusula geral prevista no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, esta aborda a responsabilidade civil objetiva por danos ocasionados por atividades que, via de regra, implicam risco para os direitos de outrem, já que o risco é inerente à atividade.

Assim sendo, se o risco for permitido não produzirá dever de indenizar, o que só ocorreria se ficasse configurado um ato ilícito, em consequência do princípio da segurança jurídica que o destinatário do serviço deverá possuir.

Quanto à terceira cláusula geral presente no artigo 931 do CC, que versa sobre o fato do produto, o dano pode provir de um acidente com determinado produto por ser considerado defeituoso ou perigoso, o que gera de certa forma uma insegurança previsível.

Importante destacar que o instituto da responsabilidade civil em muito evoluiu até os dias atuais para conseguir abarcar cada vez mais situações em que um agente causador do dano é obrigado a indenizar a vítima em virtude de seu ato ilícito. Pela forte influência francesa e italiana na elaboração do Código Civil vigente, adotou-se um sistema de responsabilidade civil muito semelhante àqueles diplomas, de maneira que se utilizou um conceito amplo de dano, sem delimitar as espécies abrangidas, consoante o art. 186 do Código Civil² que versa: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ilícito”.

Pela simples leitura do supracitado artigo, é possível visualizar três pressupostos necessários para o cometimento de um ato ilícito, que serão abordados a seguir.

Pode-se dizer que o primeiro pressuposto para a responsabilização civil de um agente é a sua conduta comissiva ou omissiva que seja voluntária e que consiga produzir resultado no mundo jurídico. A conduta comissiva, ou seja, a ação de uma pessoa, é a forma mais comum de exteriorização da conduta, uma vez que esta reflete o próprio resultado para o qual o agente

² BRASIL. Código Civil. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

manifestamente concorreu. Um exemplo disso seria um atropelamento causado pela dificuldade de frenagem em virtude do excesso de velocidade de uma pessoa com o seu carro em uma via em que sabidamente havia um grande número de pedestres.

A conduta por omissão não pode ser considerada como algo intangível para a responsabilização de alguém somente pelo fato de não produzir aparentemente nenhum resultado. Em inúmeras situações, o agente possui um dever jurídico de agir para impedir um determinado dano. Cite-se, por exemplo, a hipótese de um policial que não age quando se depara com uma situação de flagrante delito.

Ademais, merecem destaque as hipóteses nas quais um terceiro, que esteja sob guarda de alguém, também realize uma conduta comissiva ou omissiva que gere um ato ilícito. São as hipóteses em que os pais respondem pelos atos de seus filhos incapazes.³

Ainda quanto à conduta, para que essa seja passível de indenização, é necessário que seja voluntária ou que evidencie uma negligência ou imprudência. O direito faz a separação da conduta voluntária, que caracteriza o dolo, da conduta culposa, que é observada pela quebra do dever de cuidado de um determinado agente, seja por sua negligência em antever o resultado, ou sua imprudência em realizar uma determinada conduta seja pela sua imperícia em operar algo que sabia que não era apto. Para o Direito Civil não há a menor importância para diferenciação de conduta dolosa ou culposa, já que independentemente da motivação da pessoa, ela responderá pelos seus atos à medida que concorreu para o resultado, por isso considera-se como culpa tanto a conduta dolosa quanto a culposa.

O nexa causal, também chamado de relação de causalidade, nada mais é do que a relação de causa e efeito da conduta do agente e do dano causado à vítima.⁴ Ou seja, para que uma pessoa seja responsabilizada, é necessário que a sua conduta tenha dado ensejo ao dano. O nexa causal acaba sendo o primeiro aspecto a ser analisado nos casos que envolvem matéria

³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.33.

⁴ *Ibidem*, p.34.

de responsabilidade civil, já que, se não houve um comportamento do agente capaz de causar o dano à vítima, não haverá uma relação de causalidade, e, com isso, a obrigação de indenização.

Embora imputar o nexos causal pareça algo de simples aferição, sua atribuição tem se mostrado cada vez mais complicada, à medida que aumenta a complexidade dos casos cotidianos, como, por exemplo, quando existem vários agentes nas passeatas, nas greves, etc. Por isso, foram criadas inúmeras teorias no Direito a fim de que haja uma correta adequação da relação de causalidade em todos os possíveis casos concretos existentes. O ordenamento jurídico brasileiro acolheu a teoria da causalidade adequada, que nada mais é do que se analisar o resultado a partir de sua causa mais relevante. Portanto, se foram várias as condições que concorreram para a causa, será analisada apenas aquela que foi de maior relevância à produção concreta do resultado.

Por fim, tem-se o dano como último pressuposto da responsabilidade civil, vide o trecho “causar dano a outrem” retirado do referido artigo, conforme mencionado inicialmente.

O dano deve ser considerado o cerne da questão da responsabilidade civil. Sem ele, não haveria que se falar em indenização. Como bem conceitua o prestigiado doutrinador Sérgio Cavalieri⁵:

Conceitua-se, então, o dano como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc.

Quanto ao tipo de dano, este pode ser dividido em dano patrimonial ou material e extrapatrimonial⁶. Sobre o patrimonial, tal dano se subdivide em dano emergente, que “caracteriza-se como sendo aquilo que a vítima efetivamente perdeu⁷” e lucros cessantes, que “consiste na perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro, na diminuição

⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p.73.

⁶ Ibidem, p.74-75

⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 4ª triagem. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.155.

potencial do patrimônio da vítima⁸”. Já o dano extrapatrimonial, mais conhecido como dano moral diz respeito “à reparação de violações causadas a direitos da personalidade⁹”. Para a referida autora, ao contrário do que preleciona a CRFB em seu art. 5º, X, o dano extrapatrimonial deverá ser compensado e não indenizado, uma vez que não se pode devolver à vítima o seu estado anterior.

Assim, sobre a reparação dos danos, a partir de seus pressupostos, temos o princípio da reparação integral, que vislumbra um restabelecimento do *status quo ante* da vítima do dano, ou seja, a melhor reparação é aquela em que a vítima retoma o seu estado anterior à ofensa. Porém, como nem sempre é possível o restabelecimento do estado anterior, é necessário, pelo menos, que seja assegurado equilíbrio entre o dano causado e a sua reparação, de modo que a indenização seja a mais justa possível.

Melhor define esse princípio o trecho retirado da obra do ilustre autor Sérgio Cavalieri¹⁰:

O anseio de obrigar o agente, causador do dano, a repará-lo inspira-se no mais elementar sentimento de justiça. O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no *statu quo ante*. Impera neste campo o princípio da *restitutio in integrum*, isto é, tanto quanto possível, repõe-se a vítima à situação anterior à lesão. Isso se faz através de uma indenização fixada em proporção *ad dano*. Indenizar pela metade é responsabilizar a vítima pelo resto (Daniel Pizzaro, in *Daños*, 1991). Limitar a reparação é impor à vítima que suporte o resto dos prejuízos não indenizados.

Cabe ressaltar que o instituto da responsabilidade civil, ainda hoje, principalmente nos códigos liberais, está intimamente ligado à moral. A conduta negligente, imprudente ou imperita remete a uma definição de culpa com evidente cunho psicológico e moral. Desse modo, aquele que cometeu uma conduta reprovável moralmente, terá o dever moral de repará-la.

⁸ *Ibidem*, p.155.

⁹ *Ibidem*, p.155.

¹⁰ CAVALIERI FILHO, *Ob. cit.*, p.13.

Nas palavras do prestigiado doutrinador Anderson Schreiber¹¹:

A atribuição, em maior ou menor grau, de um caráter moral à noção de culpa influenciou profundamente a construção do sistema moderno de responsabilidade civil, assegurando uma justificativa ética ao próprio dever de indenizar, que encontra sua mais célebre abordagem na lição de Georges Ripert: como a obrigação moral de não causar prejuízo existe para com o próximo, a vítima é titular dum direito à reparação e é um direito subjetivo que figura no seu patrimônio e que pode transmitir em certas condições. Existe de fato ‘um poder próprio da vontade humana’; é poder de exigir o cumprimento do dever moral de reparação.

Com a evolução pragmática da sociedade, viu-se que o modo conservador e tradicional de reparação de dano não se prestava e não atendia a todas as situações cotidianas. Logo, pelo dinamismo da vida moderna, surgiram outros métodos para a reparação dos danos.

Conforme foi visto, há um conceito amplo de dano, sem que se delimitem quais seriam as suas espécies. Pela leitura do art. 927 do Código Civil¹² tem-se que aquele que por ato ilícito, realize uma conduta culposa e que por meio dessa haja um dano, causando uma subtração de um bem jurídico a outrem, será obrigado a repará-lo na sua integralidade.

1.2. Da responsabilidade civil médica

A responsabilidade civil do médico advém da regra geral de responsabilidade civil vista anteriormente. Trata-se de responsabilidade civil subjetiva, em que o médico deverá atuar de forma diligente, utilizando-se dos meios adequados para atingir seu objetivo. Deve ser indenizado aquele que por erro médico agir com culpa, por imprudência, imperícia ou negligência para com seu paciente resultando em prejuízos no seu tratamento.

Por negligência, entende-se tratar de uma conduta omissiva, em que o médico deixa de fazer algo que sua profissão indica como o meio correto, podendo ter evitado o resultado danoso. Já a imprudência, tem uma característica comissiva no momento em que o agente age

¹¹ SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p.16

¹² Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

de forma precipitada sem prever sequer as consequências daquele ato, faltando com a cautela necessária na sua atividade profissional. Por fim, a imperícia, também proveniente de uma conduta comissiva, configura-se a partir do instante em que se evidencia a incapacidade técnica para o exercício da profissão, portanto, um desconhecimento teórico e prático acerca de sua conduta.

Tal responsabilidade subjetiva decorre da previsão consumerista no artigo 14, §4º: “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”, ou seja, não poderá ficar inerte o Poder Judiciário diante de uma conduta culposa que gere danos à outrem. Porém, caso o autor não logre êxito em provar uma das modalidades de culpa descritas, fica afastada a obrigação do médico de indenizar.

É necessário que sejam abordadas para melhor compreensão, ainda, as obrigações de meio e de resultado, decorrentes do Direito das Obrigações. Na primeira, o agente se compromete apenas a desempenhar sua obrigação de forma a utilizar de todos os meios possíveis para atingir seu resultado, ou seja, se compromete a realizar sua conduta da melhor maneira possível, mesmo que não atinja o resultado esperado, o importante é que se esforce para tanto. Já na segunda, o resultado deverá ser atingido e, caso isso não ocorra, o credor poderá reivindicar uma indenização, cabendo ao devedor se escusar da responsabilidade civil provando que ocorrera uma das excludentes legais, quais sejam, força maior, caso fortuito e culpa exclusiva da vítima ou de terceiros.

A partir dessa explanação, pode-se concluir que a responsabilidade civil médica se caracteriza como de meio, na medida em que o médico deverá se utilizar de todos os instrumentos e precauções para evitar danos previsíveis, agindo de forma prudente. Portanto, um paciente não pode exigir a cura de sua doença ou a perfeição em determinado tratamento, devendo ter a certeza que aquele médico fará o que estiver ao seu alcance para atingir o melhor resultado.

Entretanto, a doutrina majoritária brasileira entende existir especialidades que não se incluem como de meio, como por exemplo, as cirurgias plásticas, que decorrem da estética e a anestesia, afirmando que, em ambos os casos, o profissional se compromete com o resultado final, portanto, tratando-se de obrigações de resultado.

Nesse sentido, é o entendimento pacífico dos Tribunais Superiores, conforme ementa a seguir transcrita¹³:

AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. ERRO MÉDICO. CIRURGIA PLÁSTICA EMBELEZADORA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. SÚMULA 83/STJ. POSSIBILIDADE DE O PROFISSIONAL DE SAÚDE ELIDIR SUA CULPA MEDIANTE PROVA. PERÍCIA QUE COMPROVA O NEXO DE CAUSALIDADE. REEXAME DE PROVAS. ANÁLISE OBSTADA PELA SÚMULA 7/STJ. QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO COM RAZOABILIDADE. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. De acordo com vasta doutrina e jurisprudência, a cirurgia plástica estética é obrigação de resultado, uma vez que o objetivo do paciente é justamente melhorar sua aparência, comprometendo-se o cirurgião a proporcionar-lhe o resultado pretendido.

2. A reforma do aresto no tocante à comprovação do nexo de causalidade entre a conduta médica e os danos experimentados pela recorrente, demandaria, necessariamente, o revolvimento do complex fático-probatório dos autos, o que encontra óbice na Súmula n. 7/STJ.

3. A revisão da indenização por danos morais só é possível em recurso especial quando o valor fixado nas instâncias locais for exorbitante ou ínfimo, de modo a afrontar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Ausentes tais hipóteses, incide a Súmula n. 7/STJ a impedir o conhecimento do recurso.

4. No caso vertente, verifica-se que o Tribunal de origem arbitra o quantum indenizatório em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), pelos danos morais que a recorrida experimentou em decorrência do erro médico produzido pelo recorrente, que além de ter contrariado as expectativas da paciente com os resultados alcançados na cirurgia íntima de natureza estética a que foi submetida, gerou-lhe prejuízos em sua saúde.

5. Agravo regimental não provido.

Assim, é possível concluir que precisam estar presentes os requisitos do nexo causal, da conduta médica de ação ou omissão, do dano e da culpa, caracterizando-se como responsabilidade subjetiva, configurada pela presença da negligência, imperícia ou

¹³ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg nos EDcl no AREsp n. 328110/RS. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. Julgamento em: 19 set. 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=obriga%E7%E3o+resultado+m%E9dico&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=5>. Acesso em: 01 set. 2014.

imprudência, além de que, na maioria das situações é encarada como obrigação de meio, em que o médico deverá agir com a máxima cautela e esforço possível para atingir o resultado.

A partir de então, no capítulo seguinte, será analisada a conduta do médico no âmbito penal diante de uma situação de doença grave ou terminal de um paciente e até onde este e sua família poderão interferir.

2. DA RESONSABILIDADE NO ÂMBITO PENAL

O presente capítulo abordará a responsabilidade no âmbito do Direito Penal. Nesse sentido, serão analisados institutos da Eutanásia, Distanasia e Ortotanásia e a conduta do médico diante dessas condutas para, em seguida, abordar se a vontade do paciente deve prevalecer diante do médico.

2.1. A conduta do médico diante da Eutanásia, da Ortotanásia e da Distanásia e a vontade do paciente

A eutanásia, segundo Rogerio Greco¹⁴, “diz respeito à prática do chamado homicídio piedoso, no qual o agente antecipa a morte da vítima, acometida de uma doença incurável, com a finalidade, quase sempre, de abreviar-lhe algum tipo de sofrimento”. Na maioria dos casos, tal conduta é praticada a pedido da vítima ou com seu consentimento. Para o doutrinador Fernando Capez¹⁵, pode ser entendida como “boa morte”.

Já a distanásia pode ser caracterizada como uma morte lenta, prolongada de modo artificial, com muito sofrimento, sem perspectiva de cura ou melhora, geralmente mantendo o

¹⁴ GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 6. ed. Nitéroi, Rio de Janeiro: Impetus, 2012. p. 288.

¹⁵ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v.2. p. 34.

paciente vivo por meio de aparelhos e medicações. Trata-se, portanto, de um prolongamento do processo de morrer.

Por sua vez, a ortotanásia quer dizer uma forma de suspender meios que mantém vivo o paciente em coma irreversível, isto é, naqueles em que já ocorreu, segundo Genival Veloso¹⁶, “a morte encefálica, quando há grave comprometimento da coordenação da vida vegetativa e da vida de relação”.

Neste caso, para evitar o prolongamento de um sofrimento desnecessário e atendendo à vontade do paciente, sob um ponto de vista da Medicina, o Conselho Federal de Medicina (CFM) publicou a resolução 1995/2012, denominada de “Testamento Vital”, que prevê a possibilidade de uma decisão antecipada do paciente que passa por esse processo de ortotanásia, ou seja, a sua decisão deve ser tomada antecipadamente, de forma consciente, antes de ser iniciada a fase mais crítica da doença, demonstrando-se que a vontade do doente deve prevalecer sobre a vontade dos parentes e dos médicos que o auxiliam.

Ao registrar sua vontade em cartório, o paciente estaria participando ativamente na tomada de decisão quanto à sua vida, bem maior tutelado pela Constituição da República Federativa do Brasil. Ocorre que, infelizmente, o Código Penal vigente não vem acompanhando o progresso da Medicina, até porque trata-se de um diploma legal de 1940, devendo ser analisada a prática da ortotanásia caso a caso, sendo de extrema relevância a relação médico-paciente, pois pode acabar prejudicando a carreira de um médico se este não agir de forma cautelosa, evitando, por exemplo, a cassação de seu registro profissional, apesar de não ser considerada crime como a eutanásia.

Abordando o tema da imputação objetiva, é importante se verificar quando o médico deve responder pelo resultado proveniente de sua conduta ou se os resultados não impedidos devem ser imputados ao autor da interrupção do salvamento do paciente.

¹⁶ FRANÇA, Genival Veloso de. *Fundamentos de medicina legal*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2005. p. 200.

No que diz respeito à eutanásia, tal instituto pode ser enquadrado no Código Penal como homicídio, porém, abarcado pelo caso de diminuição de pena, uma vez que o médico compelido pelo sentimento de compaixão age sob motivo de relevante valor moral ao perceber o sofrimento do paciente, que, na maioria das vezes, sente muitas dores decorrentes da doença.

Fernando Galvão¹⁷ entende de forma diversa, fazendo uma distinção entre ação e omissão afirmando que, “havendo conexão do paciente aos respirados artificiais, fica evidente que a distinção entre ação e omissão possui singular relevância(...) Caso se entenda que o desligamento dos aparelhos constitui omissão, não se poderá imputar ao médico a prática de homicídio, pois este não está obrigado a intervir para prolongar a agonia do paciente”. Para ele, se não houver possibilidade de se reverter o quadro do indivíduo, mesmo sendo o médico considerado agente garantidor, não haveria omissão penalmente relevante. Em sentido contrário, caso o médico vislumbre uma maneira de salvar a vida do paciente, deverá ser punido por homicídio omissivo impróprio. Por fim, assevera que, caso se entenda que tal procedimento se trate de ação e não de omissão, ao desligar os aparelhos, deverá, portanto, responder por homicídio.

Importante destacar que essa diferenciação entre conduta comissiva e omissiva se restringe ao médico, que é destinatário de especial dever de agir, ressaltando-se que, se a conduta é praticada por outra pessoa, não se poderia falar em omissão.

Sendo assim, de acordo com a Medicina, estando o doente terminal em estado de inconsciência, a conduta do médico deverá se basear na vontade do paciente demonstrada anteriormente ou na de sua família e, caso não haja ninguém, deverá se valer de seu próprio julgamento científico e humanitário decorrente de sua profissão, que tem a responsabilidade de salvar uma vida.

¹⁷ GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 337.

Sob um ponto de vista ético, pode-se concluir que, inexistindo manifestação de vontade do paciente ou diante da ausência de consenso entre ele e seus familiares e nem existindo representante nomeado pelo doente, o médico poderá recorrer ao Comitê de Bioética da Instituição onde o paciente estiver internado ou à Comissão de Ética Médica ou, ainda, ao Conselho Regional de Medicina, para melhor orientação da atitude que deva tomar. Porém, sua conduta deverá sempre ser analisada diante do Direito, que tem o condão de responsabilizá-lo penalmente ou não, ficando evidente existir uma linha tênue entre aquilo que é ético, de bom senso e aquilo que é vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

CONCLUSÃO

O presente trabalho procurou demonstrar as controvérsias acerca da polêmica no que diz respeito aos institutos da Eutanásia, Ortotanásia e Distanásia. Primeiramente, foi feita uma análise no âmbito do Direito Civil quanto às características da responsabilidade civil e, mais especificamente, quanto à responsabilidade civil do médico que age baseado numa dessas condutas.

Em seguida, ficou demonstrada a responsabilidade no âmbito do Direito Penal e as consequências que os referidos institutos podem acarretar tanto na vida do profissional de saúde quanto no paciente internado em estado grave. Ocorre que tal debate apresenta divergências doutrinárias, inclusive a depender da área de conhecimento em que se é especializado, seja na Medicina ou no Direito.

É importante destacar que a evolução da ciência ajudou muito na elaboração do presente artigo, principalmente, na precisão e celeridade de diagnosticar precisamente o estágio de doença do paciente, se compatível ou não com a irreversibilidade. Restou demonstrado que o tema em análise requer um estudo não só da área médica, mas também

envolvendo outros ramos da ciência, como o Direito, a Psicologia, a Nutrição, a Fisioterapia, a Enfermagem, entre outros.

Apesar de difícil decisão, é necessário que a conduta a ser tomada seja discutida desde o momento em que a equipe médica diagnosticou a irreversibilidade ou terminalidade da doença, ficando o médico numa situação de extrema responsabilidade e, muitas vezes, de extremo desconforto, pois está lidando com a vida e com o futuro de uma pessoa e com o sentimento da família que o acompanha.

Sendo assim, pode acontecer um contraponto de interesses entre a vontade do médico, do paciente e daqueles envolvidos nessa delicada situação, devendo o médico atuar de acordo com o Código de Ética Médica e com sua convicção, por meio de exames, imagens, e tudo aquilo que o avanço da Medicina lhe proporciona, sendo importante não sobrepor sua vontade nem acatar qualquer decisão que vá de encontro com aquilo que acredita ser o mais adequado a ser feito, agindo com toda cautela que essa situação requer.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Código Civil. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg nos EDcl no AREsp n. 328110/RS. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. Julgamento em: 19 set. 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=obriga%E7%E3o+resultado+m%E9dico&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=5>. Acesso em: 01 set. 2014.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v.2.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Fundamentos de medicina legal*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2005.

GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 6. ed. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. v.2. 5. ed. Niterói: Impetus, 2008.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 4ª triagem. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.