

# A responsabilidade penal pela suspensão de nutrição e hidratação artificiais de paciente em estado vegetativo persistente

## *Criminal liability for withdrawal of artificial nutrition and hydration from a patient in a persistent vegetative state*

Artigo recebido em 27/02/2024 e aprovado em 11/03/2024.

### Flávia Siqueira

Doutora em direito penal pela UFMG (2019), com período sanduíche na Universität Augsburg (2016 | SWE/CNPq/DAAD) e estâncias de pesquisa na Humboldt-Universität zu Berlin (2017 e 2018). Tese laureada com o Prêmio UFMG de melhor tese do Programa de Pós-Graduação em Direito e Menção Honrosa do grupo de Ciências Humanas, Sociais Aplicadas, Linguística, Letras e Artes. Durante o doutorado, foi bolsista da CAPES, no Brasil, bem como do CNPq e do DAAD, na Alemanha. Pós-doutorado pela UFMG, com pesquisa financiada pelo programa CAPES Print. Agradada pela Fundação Alexander von Humboldt (AvH), em parceria com a CAPES, com bolsa para realização de pesquisa pós-doutoral na Humboldt-Universität zu Berlin. Professora de direito e processo penal na FGV Direito SP (2023-atual) e na Universidade Presbiteriana Mackenzie/SP (2017-atual).

### Heloisa Estellita

Professora associada da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (SP) onde é coordenadora do Grupo de Pesquisa em direito penal econômico e da Empresa. Foi agraciada com a Humboldt Research Fellowship em parceria com a CAPES para realização de pós-doutorado na Alemanha, na Ludwig-Maximilians-Universität de Munique e na Augsburg Universität. Estadas de pesquisa pós-doutorais na Universidade Pompeu Fabra (Barcelona, Espanha), financiada pela CAPES Print, e na Universidade Humboldt de Berlin (Alemanha), financiada pela Alexander von Humboldt Stiftung. Doutora em direito penal pela Universidade de São Paulo. Mestre em direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho – UNESP.

### Resumo

A dogmática penal “não cresce do deserto, mas apenas no solo fértil e firme de um intenso e sofisticado debate sobre problemas concretos”, afirmou o homenageado (Greco, 2009, p. 3). Este texto dá testemunho disso ao analisar caso envolvendo dois grandes temas da dogmática da teoria geral do delito: o consentimento (presumido) e a omissão imprópria. Ele analisa caso que envolvia uma investigação por tentativa de homicídio em razão da *suspensão de hidratação e nutrição de paciente em estado vegetativo persistente*, analisando a responsabilidade de cada um dos envolvidos. As autoras concluem que, por tratar-se de comportamento omissivo, a suspensão de nutrição e hidratação artificiais de paciente em estado vegetativo persistente não caracteriza participação em suicídio tampouco eutanásia ativa, mas hipótese de ortotanásia, que somente poderia ser punível a título de omissão imprópria. O médico que tratava a paciente e seu curador eram garantes de proteção (art. 13, § 2º, “b” do Código Penal), cujo feixe de deveres, porém, não envolvia o dever genérico de prolongar indefinidamente a vida ou o processo de morte de pacientes, devendo sua atuação ser limitada pela vontade da paciente, em respeito à sua autonomia. Por ser paciente inconsciente, a legalidade da intervenção dependia da análise da vontade presumida, fundada no critério do melhor interesse. Não havia, no caso, dever concreto de agir para autorizar a continuidade da nutrição e da hidratação artificiais, do que decorre a atipicidade da conduta do médico de tratamento e do curador e, em virtude da acessoriedade da participação, também a do médico parecerista e do advogado que aconselhou o curador.

**Palavras-chaves:** crime omissivo impróprio; direito penal; homicídio; medicina; ortotanásia; tentativa.

## Abstract

The doctrine of criminal responsibility “is not born in the desert, but only in the fertile and firm soil of an intense and sophisticated debate on concrete problems”, as the honoree stated (GRECO, 2009, p. 3). This text analyzes a case that involves two significant issues within the doctrine of criminal responsibility: (presumed) consent and improper omission. It examines a case involving an investigation of attempted homicide for withdrawing hydration and nutrition from a patient in a persistent vegetative state. It analyzes the responsibility of each person involved. The authors conclude that withdrawing artificial nutrition and hydration from a patient in a persistent vegetative state is an act of omission. Therefore, it does not constitute participation in suicide or active euthanasia. Instead, it is a case of orthothanasia, which can only be punished as an improper omission. The attending physician and the patient’s legal guardian were guarantors of protection (Article 13, § 2, “b” of the Criminal Code), whose bundle of duties, however, did not include the general duty to prolong the life or dying process of patients indefinitely. Their actions should be restricted by the patient’s will, respecting their autonomy. In cases where the patient is unconscious, the lawfulness of any intervention is dependent on an analysis of his/her presumed will, based on the criteria of the patient’s best interest. In this case, the attending physician and the legal guardian did not commit a criminal offense as there was no concrete duty to authorize the continuation of artificial nutrition and hydration. The consulting physician and attorney advising the guardian also did not commit any offense due to the accessory nature of participation.

**Keywords:** improper omissive crime; criminal law; murder; medicine; orthothanasia; attempt.

## 1 Introdução

Dentre as contribuições inestimáveis já prestadas pelo prof. dr. Luís Greco à ciência jurídica, em especial à dogmática penal e processual penal, escolhemos destacar, nesta homenagem, uma que tem sido objeto de seus esforços especialmente direcionados ao nosso país, com o qual dialoga constantemente por meio de publicações e por meio do contato acadêmico com dezenas, senão centenas, de estudantes e pesquisadores que acolhe em sua cátedra na Universidade Humboldt, de Berlim. Trata-se de seus esforços em tornar acessível e, em alguma medida, mundana a dogmática penal, e, com isso, restaurar sua importância para uma aplicação do direito mais justa, porque racional, explícita, rigorosa e igualitária (Greco, 2009, p. 3-4). Ensinada em nossas faculdades, majoritariamente, como uma ciência das grandes teorias, dos grandes temas, que maneja conceitos altamente abstratos, com pouca ou nenhuma conexão com a realidade ou com o dia a dia dos aplicadores da lei, e que penetra no linguajar dos operadores jurídicos apenas por meio de rótulos, invocados a modo de fórmulas mágicas ou adornos retóricos, a dogmática penal é vista entre nós, majoritariamente, como algo inacessível e inútil, quando não como forma de postular a manutenção do *status quo* ou mesmo como expressão vaidosa de algum acadêmico exibicionista.

O texto que escolhemos para homenageá-lo dá testemunho de que seus esforços para demonstrar que a dogmática penal “não cresce do deserto, mas apenas no solo fértil e firme de um intenso e sofisticado debate sobre problemas concretos” (Greco, 2009, p. 3). Os frutos estão sendo gerados. Ele é produto de parecer elaborado pelas autoras, envolvendo justamente os temas – consentimento e omissão imprópria – que foram objeto de pesquisas desenvolvidas sob a tutela do homenageado em suas cátedras, em Augsburg e em Berlim.

O caso envolvia uma investigação por tentativa de homicídio em razão da *suspensão de hidratação e nutrição de paciente em estado vegetativo persistente*. A paciente havia sofrido um acidente vascular cerebral, tendo sido, posteriormente, diagnosticado o estado vegetativo persistente. Seguindo a orientação jurídica de um *advogado* e parecer técnico de um *médico paliativista*, o *marido e curador* da paciente optou pela determinação da suspensão da hidratação e da nutrição artificiais, que foi realizada após a prescrição do *médico do tratamento*, que cuidava da paciente no hospital. Em razão da interferência de terceiros, a hidratação e a nutrição artificiais foram posteriormente retomadas, de modo que a paciente continuou internada no mesmo estado vegetativo crônico. Diante desses fatos, questionava-se: a supressão de nutrição e hidratação em pacientes em estado vegetativo permanente nos contornos acima narrados subsomem-se à figura típica resultante da combinação dos arts. 121 c/c o 13, § 2º e 14, II, CP?

A resposta a esse questionamento envolveu a análise do caráter omissivo da conduta e dos pressupostos de punibilidade para cada um dos envolvidos, com especial destaque para a determinação do dever concreto de agir em casos de suspensão de nutrição e hidratação e a não punição da participação em fato atípico.

Foi no solo fértil desse dramático caso que pusemos à prova a utilidade da dogmática para uma aplicação do direito mais justa, porque racional, explícita, rigorosa e igualitária, e, assim, homenageamos o nosso querido professor.

## 2 Conceitos fundamentais

Antes de analisarmos as questões dogmáticas relevantes para definir a responsabilidade penal em decorrência da suspensão de nutrição e hidratação artificiais em pacientes em estado vegetativo persistente, faz-se necessário tecer alguns esclarecimentos sobre os conceitos fundamentais inerentes à problemática, elucidando-se em que medida tal comportamento pode ou não se amoldar a tipos penais previstos na legislação penal brasileira.

Segundo a literatura médica, o *estado vegetativo persistente ou crônico*<sup>1</sup> (= EVP) é uma condição neurológica em que o paciente, a despeito de não possuir qualquer consciência de si ou do ambiente, preserva os ciclos sono-vigília e a capacidade de reagir de maneira reflexa ou espontânea a determinados estímulos (Royal College of Physicians, 2020, p. 25).<sup>2</sup> Assim, o paciente mantém suas funções biológicas, mas em um estado de aperceptividade, sem qualquer atividade cognitiva. É possível que permaneça muitos anos nessa condição, mas, para isso, precisa ser submetido, pelo menos, aos tratamentos invasivos de nutrição e hidratação artificiais, já que, em regra, não possui a capacidade de exercer plenamente as funções vitais de deglutição e hidratação (Simões, 2003, p. 72).

Sob a perspectiva médica, no entanto, nem sempre a manutenção da dieta enteral e a hidratação parenteral será indicada para pacientes nessa condição (Simões, 2003, p. 81-82)<sup>3</sup>, sobretudo quando for considerada uma intervenção essencialmente fútil ou desproporcional, isto é, capaz apenas de *prolongar o processo de morte*, mas não de curar ou melhorar a qualidade de vida (Barroso; Martel, 2010, p. 73), além de não ser livre de riscos e poder provocar danos e desconfortos ao paciente.

Assim, a depender do quadro clínico e dos valores do paciente, a suspensão de dieta enteral e/ou de hidratação parenteral em pacientes que se encontram em estado vegetativo persistente pode constituir medida de *cuidados paliativos*, destinada a aliviar o sofrimento inerente a um agravo ameaçador da vida.<sup>4</sup> Ocorre que o desfecho da suspensão da nutrição e da hidratação artificiais nesses pacientes será, inevitavelmente, a sua morte, de modo que a decisão pela retirada ou pela manutenção do suporte artificial de vida acaba tangenciando figuras como a eutanásia, a ortotanásia e a distanásia.

Em sua origem etimológica, a *eutanásia* (vocábulo derivado de *eu* [bom] e *thanatos* [morte], que significa “boa morte”) refere-se à provocação da morte de alguém de forma indolor, sem sofrimento (Carvalho, 2001, p. 17).<sup>5</sup> Em termos gerais, a *eutanásia* pode ser concebida como a “ajuda que é prestada a uma pessoa gravemente doente, a seu pedido ou pelo menos em consideração à sua vontade presumida, no intuito de lhe possibilitar uma morte compatível com a sua concepção de dignidade humana” (Roxin, 2020, p. 129-130).

Para a análise penal, a conduta médica que pode de fato ser considerada *eutanásica* vincula-se à *contribuição ativa* para a morte do paciente, ou seja, às hipóteses em que o médico atua para provocar ou acelerar o processo de morte, tratando-se, assim, de um comportamento comissivo.<sup>6</sup> Além disso, é essencial que o ato mortal seja executado pelo médico em consonância com a vontade do paciente, que pode ter sido manifestada expressamente ou, em

<sup>1</sup> Utilizaremos indistintamente ambas as expressões, mas, em termos técnicos, pode haver uma diferenciação entre as duas condições (cf. Academia Nacional de Cuidados Paliativos, 2022).

<sup>2</sup> Importante diferenciar o estado vegetativo persistente ou crônico do coma, que consiste em um estado de inconsciência profunda de si e do ambiente “em que os olhos estão fechados, os ciclos de sono-vigília ausentes e o doente não pode ser despertado” (Simões, 2003, p. 73).

<sup>3</sup> Isso especialmente nas situações em que o estado do paciente é irreversível, sem prognóstico de melhora, de modo que a continuidade da nutrição e da hidratação artificiais pode ser considerada apenas um prolongamento do processo de morrer.

<sup>4</sup> A Organização Mundial de Saúde (2018, p. 5) define os cuidados paliativos como “prevenção e alívio do sofrimento de pacientes adultos ou pediátricos e suas famílias ao lidar com problemas associados a doenças ameaçadoras da vida” (nossa tradução).

<sup>5</sup> A noção se vincula originalmente ao tratamento de pacientes em estado terminal, embora assuma atualmente, para alguns, contornos mais amplos.

<sup>6</sup> Para Barroso e Martel (2010, p. 72), a noção mais atual da eutanásia se vincula apenas a essa concepção, referindo-se à “forma ativa aplicada por médicos a doentes terminais cuja morte é inevitável em um curto lapso.

determinados casos, ser presumida. Nota-se, assim, que há ao menos dois aspectos essenciais que caracterizam a eutanásia: a *provocação ativa da morte* por um terceiro e a sua realização com base na *vontade do paciente*.<sup>7</sup> Além disso, em sua concepção tradicional, a eutanásia em sentido estrito vincula-se à antecipação da morte de pacientes que padecem de enfermidades graves incuráveis ou irreversíveis, principalmente em estágio terminal (Siqueira, 2019, p. 369).

Por sua vez, como a manutenção da vida biológica, em muitos casos, deixa de ser algo eminentemente natural, especialmente em um contexto médico pautado cada vez mais por novas tecnologias, o potencial de prolongamento artificial da vida pode nem sempre ser desejado pelo paciente. De fato, o prolongamento da vida (ou do processo de morrer) obtido por meio de intervenções médicas não garante que o paciente tenha *qualidade de vida* e pode representar, na verdade, um processo de muito *sofrimento*, de modo que deixar de intervir pode tornar-se a melhor opção para o paciente no caso concreto. Afinal, a *morte* não necessariamente representa um *dano* ao bem jurídico do paciente, mas, na maioria das vezes, constitui apenas o momento final e inevitável do ciclo natural da vida.

A *ortotanásia* (vocábulo derivado de *orthos* [correto] e *thanatos* [morte], que significa “morte no tempo correto”) ocorre nas situações em que o tratamento médico é *interrompido ou nem sequer é iniciado, com o objetivo de evitar o sofrimento do paciente*, considerando a impossibilidade de efetivamente alcançar a cura da enfermidade, levando em conta a vontade real ou presumida do paciente (Barroso; Martel, 2010, p. 74; Siqueira, 2019, p. 370).<sup>8</sup> Trata-se, assim, de situações em que o *médico se omite e deixa de realizar medidas extraordinárias e prolongadoras da vida (ou, melhor dizendo, do processo de morte)*, permitindo “que a morte siga seu curso natural” (Carvalho, 2011, p. 166).

Em suma, portanto, na *eutanásia* o médico *antecipa* a morte do paciente, ao passo que, na *ortotanásia*, ele *deixa* o paciente morrer naturalmente, sem interferências, no tempo natural. Há, aqui, uma diferença essencial entre *matar*, no caso da eutanásia, e *deixar morrer*, no caso da ortotanásia, que pode possuir reflexos penais.

É também possível, contudo, que o médico atue no sentido oposto ao da ortotanásia, o que constitui *distanásia*. Nessas hipóteses, são empregadas *medidas médicas interventivas desproporcionais ou extraordinárias*, que não são capazes de alcançar a cura ou a melhora do estado de saúde do paciente. A *distanásia* caracteriza-se pelo emprego de *tratamentos fúteis*, que não trazem qualquer benefício ao paciente, e pela *obstinação terapêutica*, que se refere à busca desmedida e a qualquer custo do prolongamento da vida biológica, desconsiderando-se a dor e a angústia causadas ao paciente (Barroso; Martel, 2010, p. 73). Como ressalta Carvalho (2011, p. 165), “o que se prolonga não é, portanto, a vida humana em si mesma, mas sim o processo de morte”. Com efeito, a manutenção de suporte artificial de vida, quando passa a ser considerada *fútil* ao invés de realizada com a finalidade de alcançar a cura da enfermidade ou a melhora da condição clínica do paciente, caracteriza prática de *distanásia*.

Não há, no Brasil, um tipo penal específico que discipline questões relativas à eutanásia, de modo que a análise da punibilidade desses comportamentos gira ao redor do crime de *homicídio*, previsto no art. 121 do CP.<sup>9</sup> De acordo com a doutrina amplamente majoritária, ainda que a vida esteja muito próxima do fim, a execução de qualquer *ato que provoque a diminuição do tempo de vida* poderia caracterizar um homicídio, independentemente do consentimento do paciente ou da finalidade de pôr fim ao seu sofrimento. Diante disso, a prática da *eutanásia ativa* poderia se amoldar à conduta típica de “matar alguém” e o atendimento da vontade do paciente ou a compaixão pelo seu sofrimento constituiria, no máximo, uma causa de diminuição de pena referente ao motivo de relevante valor moral, conforme o § 1º do art. 121 do Código Penal (Bitencourt, 2016, p. 77).

<sup>7</sup> Não há dúvida que o conceito de eutanásia não se confunde com o programa nazista de “eliminação de vidas indignas de viver”, que envolvia a morte *involuntária* de indivíduos inocentes (Roxin, 2020, p. 166-167).

<sup>8</sup> Apesar de não haver pleno consenso na doutrina (penal) sobre as distinções conceituais entre eutanásia passiva e ortotanásia, não há dúvida de que a *recusa de tratamentos médicos* nem sempre constituirá ortotanásia. Na verdade, a recusa pode ser *ampla*, quando feita por pacientes que ainda possuem condições de recuperar a sua saúde, ou *estrita*, nos casos de pacientes que não têm prognóstico de cura ou melhora da condição de saúde. Apenas esta última, também chamada 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 (ONR), pode ser concebida como ortotanásia.

<sup>9</sup> “Art. 121. Matar alguém: Pena – reclusão, de seis a vinte anos.”.

Em contrapartida, para que seja possível imputar o crime de homicídio ao médico que *deixa de realizar uma intervenção prolongadora da vida biológica* do paciente dependerá do preenchimento, no caso concreto, dos pressupostos da omissão imprópria (art. 13, § 2º do CP<sup>10</sup>). De qualquer forma, há um consenso científico no sentido de que a *ortotanásia* é prática legítima e que não merece ser punida – isso não apenas sob a perspectiva ética, o que é reforçado pelos inúmeros posicionamentos dos Conselhos de Medicina<sup>11</sup> nesse sentido, mas, também, sob a perspectiva jurídico-penal.<sup>12</sup> Analisaremos os fundamentos desta conclusão no momento oportuno. O essencial, por ora, é esclarecer que se, por um lado, a *eutanásia ativa* pode ser considerada como um fato típico de homicídio no ordenamento jurídico brasileiro, a *ortotanásia*, por outro, não caracteriza fato criminoso.

A prática da *distanásia*, por sua vez, também pode ser considerada punível a título de lesão corporal (art. 129, CP<sup>13</sup>) e/ou de constrangimento ilegal (art. 146, CP<sup>14</sup>), especificamente quando a manutenção de tratamentos fúteis e desproporcionais é realizada em desacordo com a vontade real (ou presumida) do paciente. Trata-se, inegavelmente, de uma invasão ilegítima da esfera corporal e, com isso, da integridade física do paciente, que pode caracterizar, também, uma violação da sua liberdade pessoal, a depender das circunstâncias do caso concreto (Siqueira, 2020, p. 19).<sup>15</sup> Disso decorre, logicamente, que a prática da ortotanásia é não apenas juridicamente legítima, como, na verdade, pode constituir até mesmo um *dever* (de abstenção) do médico (Siqueira, 2019, p. 386), derivado do respeito à autonomia do paciente e da proibição da interferência não consentida na esfera corporal alheia. Em outras palavras: diante da opção de submeter o paciente a tratamentos fúteis e dolorosos em desacordo com a sua vontade, o médico tem o dever de não fazê-lo, sob pena de ser punido pela prática de lesões corporais e/ou constrangimento ilegal.

Esclarecidas as questões conceituais mais relevantes para a solução do caso, a análise dos reflexos penais da *suspensão da nutrição e da hidratação artificiais de paciente em estado vegetativo crônico* dependerá, em um primeiro momento, da definição da sua natureza omissiva (infra 3); a seguir, da configuração (ou não) da posição de garantidor dos envolvidos (infra 4.1) e, por fim, da determinação do dever concreto de agir, considerando-se que a paciente em questão não possuía capacidade atual de expressar a sua vontade (infra 4.2).

### 3 O caráter omissivo da interrupção da nutrição e hidratação artificiais

A diferenciação entre ação e omissão mostra-se necessária porque os pressupostos de punição nos dois casos são distintos (Estellita, 2020, p. 99), o que corresponde, respectivamente, ao tratamento penal diferenciado conferido à eutanásia ativa e à ortotanásia. À luz do caso concreto, a pergunta é: a interrupção da dieta enteral promovida por uma sonda e da infusão de hidratação parenteral pela via venosa constitui comportamento ativo (*ação*) ou passivo (*omissão*)?

Os casos de interrupção de um tratamento que promove o suporte artificial de vida de um paciente são particularmente controvertidos na doutrina por envolverem a utilização de aparelhos que realizam continuamente, e no lugar do profissional de saúde, a função vital almejada. É o que ocorre nos casos de interrupção da ventilação

<sup>10</sup> “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.”

<sup>11</sup> Cf., por exemplo, a Resolução 1.805/2006 do CFM e a recente Resolução 355/2022 do CREMESP, que abordam a limitação e suspensão de procedimentos e tratamentos prolongadores da vida.

<sup>12</sup> Há diferentes soluções dogmáticas possíveis que conduzem à atipicidade da ortotanásia. Por exemplo, para Reale Jr. (2016, p. 220) a ortotanásia constituiria fato atípico em decorrência da sua adequação social, considerando sobretudo sua permissibilidade ética. Cf. também o posicionamento de Barroso e Martel (2010, p. 77), que entendem haver argumentos penais e constitucionais em favor da legitimidade da Resolução do CFM que autoriza a ortotanásia.

<sup>13</sup> “Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena – detenção, de três meses a um ano.”

<sup>14</sup> “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.”

<sup>15</sup> A respeito do amoldamento das intervenções médicas arbitrárias – isto é, dos tratamentos não consentidos ou realizados contra a vontade do paciente – aos tipos de lesão corporal e de constrangimento ilegal.

mecânica: o médico que desliga o aparelho que promove a respiração artificial do paciente<sup>16</sup> realiza um movimento corpóreo, empregando energia para apertar o botão que desliga o aparato, mas se omite no que se refere a um possível dever de agir para dar continuidade ao tratamento.

Em uma análise inicial, baseada exclusivamente nas teorias mais tradicionais que diferenciam a ação e a omissão (Estellita, 2020a, p. 103)<sup>17</sup> – segundo as quais o *emprego de energia causal* para o resultado caracterizaria a ação e o *não emprego* de energia causal para o resultado caracterizaria a omissão –, a realização de um movimento corpóreo de apertar o botão que desliga o aparelho ventilador poderia indicar que há, aqui, uma *ação*. A essa visão exclusivamente causal-naturalista da distinção entre ação e omissão são tecidas contundentes críticas (Siqueira; Kasecker, 2022, p. 236).

No caso da suspensão de tratamentos médicos, ainda que realizada por meio do desligamento de aparelhos de suporte artificial de vida, considera-se que se trataria em essência de uma *omissão*<sup>18</sup> já que o profissional de saúde, na verdade, deixa de realizar ulteriores atividades prolongadoras da vida, o que em tese poderia caracterizar apenas uma violação de um preceito mandamental, de um dever de agir para manter a máquina funcionando e continuar o tratamento.<sup>19</sup>

No presente caso, porém, a situação é diversa: na interrupção da dieta enteral e da hidratação o profissional de saúde *deixa de promover a inserção da dieta na sonda e a infusão da solução com eletrólitos para hidratação no acesso venoso da paciente*. Aqui, como se vê, nutrição e a hidratação *não são renovadas automaticamente* por meio de aparelhos, mas *dependem de uma atuação ativa, manual e repetitiva do profissional de saúde no sentido de prescrever e inserir, diariamente, a nova dieta na sonda ou a nova solução no acesso venoso da paciente*.<sup>20</sup> Há, nesse caso, uma *omissão* por parte do profissional de saúde, que deixa de prescrever e/ou de inserir uma nova dieta na sonda e uma nova solução no acesso venoso. Ele deixa de empregar energia causal e de movimentar-se no sentido de inserir as substâncias no corpo do paciente e, com isso, descumprir um suposto dever de agir e é o descumprimento desse dever de agir, ou seja, a omissão, que constitui o centro de gravidade da conduta. O significado causal e social da suspensão de tratamento no presente caso, portanto, reside na *omissão*.<sup>21</sup> Disso decorre que, para determinar a responsabilidade penal dos investigados por tentativa de homicídio, deve-se analisar o atendimento aos pressupostos de punibilidade da omissão imprópria.

<sup>16</sup> O chamado *caso do respirador (Respirator-Fall)*, inspirado em uma decisão do BGH (tribunal alemão equivalente ao nosso STJ) que, na verdade, tratava justamente da suspensão de nutrição artificial de uma paciente com lesão cerebral irreversível, é paradigmático para este debate na doutrina internacional (cf. BGHSt 40, 257).

<sup>17</sup> Referimo-nos, sobretudo, ao critério do emprego de energia e da causalidade.

<sup>18</sup> Essa é a postura dominante na doutrina, conforme ressalta Roxin (2003, § 31, 115).

<sup>19</sup> Em termos gerais, o aparelho de suporte artificial de vida pode ser considerado a *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.” De fato, compreender o desligamento dos aparelhos que promovem o suporte artificial de vida como uma ação conduziria a uma contradição manifesta e insuperável, já que o médico que 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 (Siqueira; Kasecker, 2014, p. 202). Essa mesma contradição mantém-se quando comparamos o desligamento de aparelhos e a suspensão de outros tipos de tratamento que dependem da atuação ativa do médico, como é o caso da nutrição e da hidratação artificiais. Nas situações de suspensão de tratamentos, a solução do caso concreto exclusivamente com base no critério do emprego causal de energia acabaria sendo injusta, porquanto a caracterização de uma eutanásia ativa punível e de uma ortotanásia impunível seria meramente contingencial (Estellita, 2020, p. 117). Isso tornaria preferível, por exemplo, desenvolver aparelhos que dependessem da reativação periódica por um profissional da saúde exclusivamente para não caracterizar uma ação penalmente relevante. Não há muito sentido, portanto, em pautar a solução da questão em voga apenas por um critério causal.

<sup>20</sup> Ainda que a sonda ou o acesso venoso sejam eventualmente retirados do corpo da paciente, a possível conduta penalmente relevante seria caracterizada, nesse caso, pela *não inserção de dieta na sonda* e pela *não infusão da solução no acesso venoso*, já que o tubo em si não possui o potencial de promover automaticamente a alimentação e a hidratação. A respeito dessa questão, cf. os argumentos utilizados no julgado do caso Tony Bland: “[...] há uma outra razão pela qual a remoção da sonda nasogástrica no presente caso não poderia ser considerada como um ato positivo causador da morte. O tubo em si, sem que o alimento seja fornecido através dele, não faz nada. A remoção do tubo por si só não causa a morte, pois ele por si só não sustenta a vida.” (nossa tradução) (Reino Unido, 1993, p. 881).

<sup>21</sup> Nesse mesmo sentido, o BGH considerou, em uma decisão proferida em 1994, que a interrupção da alimentação de uma paciente em estado vegetativo persistente seria uma conduta *omissiva*. Cf. BGHSt 40, 257.

## 4 Pressupostos de punibilidade da tentativa de homicídio, por omissão imprópria (art. 121 c/c o art. 14, II e art. 13, § 2º, todos do Código Penal)

Conforme se depreende do art. 13 do Código Penal, a omissão é uma das formas de realização do comportamento típico.<sup>22</sup> O crime de homicídio descreve a *ação* de *matar* e somente é possível punir alguém pela prática desse crime a título de *omissão* por força da cláusula geral instituída pelo art. 13, § 2º do Código Penal, que define que a omissão é penalmente relevante quando o agente *devia* e *podia* agir para evitar o resultado. Àquele que não dispara a arma de fogo no homicídio, que não desfere os socos nas lesões corporais ou que não realiza intervenções médicas possíveis para evitar a morte de um enfermo que chega ao hospital após um acidente, e vem posteriormente a falecer, só se pode atribuir responsabilidade penal por esses resultados se, não tendo-lhes dado causa por ação, tinha, porém, o dever de agir para os evitar.

Nesse sentido, a tipicidade objetiva da omissão imprópria tentada somente pode ser afirmada por meio do preenchimento dos seguintes pressupostos (Estellita, 2017, p. 79): a) pré-análise: ausência de consumação; b) situação de perigo; c) posição de garantidor<sup>23</sup>; d) início da execução (art. 14, II, CP): não realização da ação concreta de salvamento (Campana, 2023).

Quanto ao primeiro pressuposto (a), não há dúvida de que está preenchido, pois a paciente continua viva, assim mantida por meio de suporte artificial de vida. Quanto ao segundo (b), em algum momento temporal ulterior ao início da omissão de lhe administrar dieta enteral e da hidratação<sup>24</sup>, configurou-se uma situação de perigo para sua vida, cuja manutenção dependia dessa intervenção humana continuada. Resta analisar o próximo e central pressuposto (c): a configuração da posição de garantidor, que é o fundamento da existência de um dever de agir para evitar o resultado (art. 13, § 2º do CP), fundada, segundo a legislação brasileira, na lei, na assunção ou na ingerência.<sup>25</sup>

### 4.1 Em relação aos *médicos*

A despeito de haver certo automatismo ao atribuir-se a *médicos* a posição de garantidor, é imprescindível definir, antes, o *fundamento jurídico* que lhes impõe um dever especial de agir. Não nos parece acertada a visão segundo a qual a posição de garantidor do médico derivaria automaticamente da *profissão médica* (Bittencourt, 2008, p. 239)<sup>26</sup> ou do *contrato* firmado entre o médico e o hospital ou o paciente. Ainda que se admita a validade de tal dever ético-profissional ou contratual, ele nada mais é do que um dever *extrapenal*, que não é suficiente, por si só, para atribuir relevância penal à omissão. Afinal, a posição de garantidor é um vínculo jurídico-penal – e não ético (Silva Sánchez, 2004, p. 65) –, e por isso necessita, no mínimo, de uma determinação feita por *lei penal*, sob pena de violar o princípio da legalidade (Estellita, 2020b, p. 199).

<sup>22</sup> “Art. 13. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.”

<sup>23</sup> Entendemos que faz muito mais sentido iniciar a apreciação dos pressupostos da omissão imprópria a partir da posição de garante, para evitar análises desnecessárias (cf. Estellita, 2017, p. 78).

<sup>24</sup> Não poderíamos deixar de mencionar a controvérsia doutrinária acerca da punibilidade da tentativa nos *crimes omissivos impróprios*. Para alguns, há, aqui, um problema de cunho prático, que é a determinação do momento do início da tentativa: seria o início da tentativa o momento da criação de um perigo para um bem jurídico? Seria a perda da primeira ou da última possibilidade de atuar? Essa indeterminação tornaria impossível, para parte da doutrina, a punição da tentativa nesses casos. São contrários a essa possibilidade, por exemplo, Busato (2015, p. 669) e Santos (2014, p. 385). Por outro lado, admitem a tentativa nos crimes omissivos impróprios, sem, no entanto, traçar critérios claros e objetivos que possam caracterizar o início da tentativa punível: Bittencourt, 2008, p. 407; Galvão, 2016, p. 892-893 e Zaffaroni; Pierangeli, 1995, p. 115. Alguns argumentam também que o critério trazido pela lei brasileira (no art. 14, II do CP – o *início da execução*) impediria a punibilidade da tentativa, pois nos crimes omissivos não haveria qualquer processo executivo, mas sim uma omissão de ação mandada. Sobre essa discussão, cf., por todos, Campana (2023).

<sup>25</sup> Sobre a inadequação dessa “tríade” para fundamentar posições de garantidores, cf. Estellita (2017, p. 79).

<sup>26</sup> Nesse sentido, para Bittencourt (2008, p. 239), o exercício de atividades que “têm implícita a obrigação de cuidado ou vigilância ao bem alheio”, como ocorre com a profissão médica, fundamenta um dever legal de atuar, calcado no art. 13, § 2º, “a” do CP.

Deve-se ressaltar que a profissão médica é livre e privada e seria excessivo impor ao médico um dever especial de proteção de pessoas que ele em nenhum momento se comprometeu a tratar (Silva Sánchez, 2004, p. 65). Além disso, seria incoerente conceber, por exemplo, que a mera nulidade do contrato entre o médico e o paciente ou uma eventual rescisão do contrato entre o médico e o hospital poderiam afastar a posição de garante (Estellita, 2020b, p. 200), o que já explicita mais uma fragilidade dessa concepção.

O fato de que a lei ou o contrato não fundamentam, por si, um dever penal de agir, é algo já suficientemente demonstrado pela doutrina, especialmente, com o exemplo da babá.<sup>27</sup> Imagine-se uma babá que, assumindo os cuidados da criança quando os pais saem para o trabalho, receba, pouco depois, um telefonema do pai da criança rescindindo o contrato imediatamente. A alguém ocorreria dizer que, com o telefonema, cessa seu dever de cuidar da criança e pode deixá-la sozinha à própria sorte? Na via contrária, imaginemos que quem assume a custódia da criança é um vizinho, que o faz para “dar uma mão” para os pais naquele dia atribulado, e que é informado, por seu advogado, de que não tem qualquer dever contratual de cuidar da criança. Novamente, a alguém ocorreria dizer que nunca teve o dever legal de cuidar da criança e pode deixá-la sozinha à própria sorte? Esses exemplos mostram que não é um vínculo formal (lei ou contrato) que estabelece um dever especial de agir para evitar resultados danosos a terceiros, mas a assunção fática do cuidado sobre uma pessoa ou mesmo sobre uma fonte de perigo (um cão bravo, uma arma etc.).

Não se pode afirmar que o médico, apenas por ser médico, torna-se permanentemente garantidor universal dos bens jurídicos de todo e qualquer paciente, independentemente da assunção do tratamento e, com isso, da função de proteção. É imprescindível determinar um fundamento material para a posição de garantidor do médico (Estellita, 2017, p. 83).

Diante disso, podemos afirmar que é a *assunção fática da função de proteção* (Kreuzer, 1971, p. 222; Figueiredo Dias, 2007; p. 941-942; Costa, 2017, p. 162; Estellita, 2020b, p. 202; Martinelli; De Bem, 2021, p. 700; Santos, 2014, p. 207; Siqueira, 2019, p. 386; Souza, 2006, p. 236; Tavares, 2012, 329), baseada na alínea “b” do art. 13, § 2º do Código Penal, que fundamenta a posição de garantidor do médico. O fundamento material desse dever do médico é o seu *domínio sobre o desamparo da vítima* (Schünemann, 1971, p. 372), o qual, no caso, decorre do *ato de confiança* do próprio paciente ou de um garante originário (Schünemann, 1971, p. 352), como o pai com relação aos filhos menores ou o curador com relação ao incapaz. É justamente esse ato de entrega da proteção do paciente ao médico e a sua consequente assunção do tratamento que faz com que o paciente (ou o garantidor originário) deixe de recorrer a outras medidas de proteção, como a busca pelo auxílio de algum outro médico ou por outro atendimento hospitalar (BGHSt 7, p. 212).

A confiança fática do paciente ou do garantidor originário na atuação do médico não apenas *fundamenta*, mas também define, simultaneamente, os *limites* do dever de custódia deste em relação àquele (Kreuzer, 1971, p. 222). O médico somente passa a ocupar a posição de garantidor com o início efetivo do tratamento (Schünemann, 1971, p. 340) e deixa de ocupá-la quando a sua ajuda não é mais esperada pelo paciente (Kreuzer, 1971, p. 223), sobretudo com o fim do tratamento ou com a assunção da função de proteção por outro profissional.

Diante disso, podemos concluir que o médico pessoalmente responsável pelo tratamento e cuidados de saúde da paciente assumiu, de fato, a função de proteção e pode ser considerado garantidor da paciente. O mesmo não ocorre com o médico paliativista, já que ele era apenas um consultor da clínica onde estava internada a paciente e emitiu um parecer sobre o caso. Em nenhum momento, assumiu pessoalmente os cuidados de saúde da paciente, tomando para si a responsabilidade de dar ou não continuidade ao tratamento, mas tão somente opinou sobre a melhor conduta para o caso concreto. Não tinha o dever de dar continuidade ao tratamento, ou seja, de prescrever ou inserir periodicamente a dieta na sonda e a solução de hidratação no acesso venoso. Isso quer dizer que, por ter dado a opinião técnica que embasou o ato médico, ele poderia, no máximo, responder como partícipe (infra 6), mas definitivamente não como autor.

<sup>27</sup> Já Schünemann, 2009, p. 99-100; entre nós, Bierrenbach, 1996, p. 79-80; Munhoz Neto 1982, p. 22; Tavares, 2012, p. 325; Estellita; 2017, p. 86-87.



## 4.2 Em relação ao curador e cônjuge

Não há dúvida de que a paciente não possuía capacidade para tomar decisões médicas por si, eis que não tinha qualquer consciência ou condições de se expressar na época dos fatos. Trata-se de incapacidade permanente e irreversível inerente ao estado vegetativo persistente, que a impede de exercer seu direito à autodeterminação e, com isso, de conceder o consentimento para a realização de intervenções médicas em seu corpo. Diante disso, a concessão do consentimento e a tomada de decisões referentes ao tratamento médico da paciente deverão ser realizadas por um representante (Siqueira, 2019, p. 241)<sup>28</sup>, sempre com base na vontade presumida e nos interesses e valores pessoais da paciente.<sup>29</sup>

Em termos gerais, a representação, no caso de adultos incapazes, é realizada por meio do instituto da *curatela*. O art. 1.767, I do Código Civil estipula que estão sujeitos à curatela “aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade” e, em seu art. 1.775, deixa claro que o cônjuge é, “de direito”, o curador do outro. A despeito de o novo regime das incapacidades traçado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015) limitar o alcance da curatela a atos negociais e patrimoniais, especificamente no que se refere a pessoas que não possuem qualquer capacidade de agir, como no presente caso, é possível que também recaia excepcionalmente sobre os cuidados de saúde (Menezes, 2015, p. 22).<sup>30</sup> Nesses casos, o curador que assume jurídica e factualmente a responsabilidade pela tomada de decisões sobre cuidados em saúde torna-se *receptor originário dos deveres de proteção* do paciente incapaz, possuindo, portanto, o dever de proteger a vida, a saúde e a integridade física do curatelado segundo a vontade presumida deste (Hoffmann, 2010, p. 153).

Por mais que a curatela seja regulamentada por lei, instituindo-se determinados deveres do curador em face do curatelado, sobretudo a sua limitação a atos negociais e patrimoniais não nos permite afirmar, com segurança, que existe, de fato, um *dever legal* de proteção do curador em relação à vida do curatelado.<sup>31</sup> Por sua vez, o fato de que o curador é, também, cônjuge da curatelada até permitiria recorrer aos deveres recíprocos instituídos por

<sup>28</sup> Essa conclusão está em consonância com o disposto na *Convenção de Direitos Humanos e Biomedicina* do Conselho da Europa de 1997, que estipula, em seu art. 6º, 3, que “sempre que, nos termos da lei, um maior careça, em virtude de deficiência mental, de doença ou por motivo similar, de capacidade para consentir numa intervenção, esta não poderá ser efetuada sem a autorização do seu representante, de uma autoridade ou de uma pessoa ou instância designada pela lei.”

<sup>29</sup> Importante ressaltar que o corpo e a vida dos incapazes pertencem a eles próprios, assim como a autonomia é personalíssima e não pode ser “transferida” para o representante legal. Por essa razão, o representante somente pode consentir validamente quando decidir em consonância com a necessária proteção dos valores e interesses pessoais do incapaz individualmente considerado. A respeito, *cf.* item 5.

<sup>30</sup> Diante das inovações trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, surgem alguns problemas no que se refere ao tratamento jurídico da curatela em casos de intervenções médicas, os quais decorrem sobretudo de certas incoerências internas da lei. A curatela (art. 1.767 e ss do Código Civil), de acordo com o art. 85 do Estatuto, somente afeta os atos negociais e patrimoniais e não pode alcançar, por exemplo, direitos existenciais do curatelado, como o direito ao próprio corpo. Também o art. 12 da mesma lei estipula que o “consentimento prévio, livre e esclarecido da pessoa com deficiência é indispensável para a realização de tratamento, procedimento, hospitalização e pesquisa científica.”. No entanto, o art. 11, após definir que “a pessoa com deficiência não poderá ser obrigada a se submeter a intervenção clínica ou cirúrgica, a tratamento ou a institucionalização forçada”, estipula em seu parágrafo único que “o consentimento da pessoa com deficiência em situação de curatela poderá ser suprido, na forma da lei”. Além disso, o art. 13 prevê que “a pessoa com deficiência somente será atendida sem seu consentimento prévio, livre e esclarecido em casos de risco de morte e de emergência em saúde, resguardado seu superior interesse e adotadas as salvaguardas legais cabíveis”. Ou seja, se por um lado a lei parece afastar totalmente a curatela dos atos existenciais, por outro, permite que a pessoa com deficiência em situação de curatela tenha o seu consentimento suprido e seja tratada sem consentimento em casos de risco de morte e emergências em saúde. No presente caso, estamos diante de uma situação em que a paciente não possui *qualquer consciência*, e, portanto, definitivamente não tem condições de compreender e decidir. Contudo, não se trata de decisões exclusivamente emergenciais, mas de cuidados básicos de saúde de uma paciente que está permanentemente em situação de incapacidade. Nesses casos, o curador pode ser o responsável por suprir o consentimento, até porque, se assim não fosse, não faria sentido a lei mencionar especificamente as pessoas em situação de curatela nos dispositivos referentes às intervenções médicas.

<sup>31</sup> O art. 1.781 do Código Civil, que disciplina a curatela, faz remissão aos dispositivos que regulamentam a tutela, os quais vinculam-se mais à administração dos bens e prestação de contas (art. 1.741 a 1.752 do CC). O art. 1.740, por sua vez, não define qualquer dever específico em relação à proteção da vida e da saúde, limitando-se a dizer que o tutor tem o dever de garantir a educação, a defesa, os alimentos e demais deveres que normalmente incumbem aos pais. É difícil dizer, contudo, que esse dispositivo específico se aplica à curatela, pois aborda deveres próprios do poder familiar, que pouco têm a ver com a figura da curatela. O dispositivo que talvez mais se aproxime de um dever legal de proteção da vida, da saúde e integridade física do curatelado é o art. 758 do Código de Processo Civil, que define que “o curador deverá buscar tratamento e apoio apropriados à conquista da autonomia pelo interdito”.

força do casamento (Hilgendorf; Valerius, 2019, p. 338), como o dever de mútua assistência (Tavares, 2012, p. 324), definido pelo art. 1.566 do Código Civil.<sup>32</sup>

De qualquer forma, é importante frisar, mais uma vez, que não basta a existência de um mero vínculo formal, mas exige-se uma relação fática baseada na prestação de assistência ao curatelado/cônjuge (Hilgendorf; Valerius, 2014, p. 338). A existência, de fato, de uma sociedade conjugal faz com que os cônjuges tenham entre si uma relação de confiança e assumam uma função de proteção mútua, de modo que se um deles vier a se acidentar ou ficar doente, caberá ao outro um dever de evitar resultados lesivos indesejados por aquele – como o de buscar um médico para realizar os cuidados devidos ou chamar uma ambulância (Roxin, 2003, § 32, 45). No que se refere a cuidados em saúde, é possível considerar que, na constância da sociedade conjugal, *os cônjuges são garantidores de proteção*, sobretudo diante de um estado de inconsciência do outro, e devem tomar medidas para que sejam salvaguardados bens jurídicos e respeitada a autonomia do cônjuge inconsciente.

Com a curatela, a posição de garantidor torna-se ainda mais evidente. Com efeito, *o curador torna-se garante* a partir do momento em que é nomeado pelo juiz e assume, de fato, essa incumbência. A posição de garantidor deriva, assim, da *assunção fática da função de proteção* (art. 13, § 2º, “b” do Código Penal), a qual é delimitada a partir dos *deveres concretos instituídos no ato de nomeação do curador no processo de curatela* (Seichter, 2019, p. 140).

No presente caso, parece claro que o curador e marido da paciente era, na época dos fatos, juridicamente responsável pela tomada de decisões de saúde e havia, de fato, assumido essa função. Disso decorre que, na verdade, o médico responsável pelos cuidados de saúde da paciente era garantidor *derivado*, que recebeu a função de proteção a partir do consentimento e das decisões exaradas pelo curador/cônjuge, garantidor originário. Destarte, podemos concluir que o curador e cônjuge *também era garantidor de proteção* da paciente.

#### 4.3 Em relação ao advogado

O advogado procurado pelo representante da paciente teria dado parecer verbal no caso, opinando pela permissibilidade jurídica da realização da suspensão da nutrição e da hidratação da paciente. Em tese, se um advogado dá uma opinião jurídica para alguém, que, com base nela, realiza um fato criminoso, poderíamos até investigar se haveria, a depender do caso, uma possível participação punível ou mesmo uma hipótese de autoria mediata ou coautoria (Caruso, 2020, p. 206 e 234). No entanto, a pergunta que aqui se coloca é outra: será que o advogado, simplesmente por ser consultado pelo representante legal da paciente, passa a ter o dever de agir para garantir que a nutrição e a hidratação artificiais sejam mantidas no caso concreto?

Entendemos que não, por duas principais razões. Em primeiro lugar, *o advogado, em nenhum momento, assumiu uma função de proteção em relação à paciente*, ou seja, não havia ali uma relação de entrega e confiança, cliente-advogado, que impusesse a esta quaisquer deveres de proteção. E isso especialmente no que diz respeito à vida e à saúde, bens jurídicos, cuja proteção está, em regra, fora da função que se espera de um advogado. Ademais, é questionável que um parecer emitido por um advogado possa torná-lo garantidor até mesmo dos bens jurídicos do próprio cliente. A nosso ver, isso somente poderia ocorrer em situações muito específicas, como se o advogado tivesse assumido pessoalmente o papel de representante dos cuidados de saúde, o que não ocorreu no caso examinado. Assim, ao emitir um parecer jurídico, o advogado somente poderia ser eventualmente responsabilizado por sua contribuição ativa para uma conduta injusta principal do garantidor de proteção (infra 6).

#### 4.4 Conclusão parcial

Até aqui, a nosso ver, o médico parecerista e o advogado não ocupavam posições de garantidores e, portanto, não se lhes poderia atribuir responsabilidade penal, por omissão imprópria. Resta avançar no tratamento do dever concreto de agir do médico que tratava a paciente e do representante legítimo, que eram, em nosso entendimento, garantidores, para, então, analisar a possibilidade de punição da participação do médico parecerista e do advogado.

<sup>32</sup> Para os defensores da teoria das fontes formais do dever de garantidor, isso seria suficiente para fundamentar um dever de agir derivado da lei com base no art. 13, § 2º, “a” do Código Penal.

## 5 A determinação do dever concreto de agir em casos de suspensão de nutrição e hidratação artificiais de pacientes em estado vegetativo persistente

O art. 13, § 2º do Código Penal não é uma norma incriminadora completa e depende da referência a alguma figura típica para que possamos delimitar os contornos da responsabilidade penal omissiva imprópria (Estellita, 2017, p. 252). No caso, o tipo penal de referência é o art. 121 do Código Penal, de modo que a nossa análise limita-se à identificação de um *dever concreto de ação para prolongar a vida e, com isso, evitar a morte* da paciente.

Afirmar que o médico que tratava a paciente e o curador ocupavam a posição de garantidor não implica, em definitivo, dizer que são automaticamente responsáveis por *qualquer* omissão. Com efeito, a premissa de que o médico e/ou o curador teriam sempre, em qualquer situação, um dever de agir para evitar a morte do paciente/curatelado a qualquer custo é, em si, equivocada. Se assim fosse, seria possível, por exemplo, não apenas legitimar intervenções de *obstinação terapêutica* contrárias à vontade de pacientes terminais, como a submissão não consentida a procedimentos dolorosos e invasivos exclusivamente com o fim de prolongar a vida biológica e o processo de morrer, mas na verdade até mesmo punir a título de homicídio, por omissão imprópria, todos os médicos que deixam de praticar distanásia. O profissional que deixa de reanimar consecutivamente um paciente terminal que sofre há anos de câncer, mesmo que em respeito à sua vontade, seria punível por homicídio; e aquele que realiza incontáveis intervenções contrárias à vontade desse mesmo paciente permaneceria impune. Seria o mesmo que impor ao médico um dever de torturar todos os pacientes moribundos, o que viola incontáveis direitos humanos e fundamentais e o mais mundano senso de respeito e dignidade.

Nesse contexto, é essencial a *concretização do dever de agir do garantidor*, definindo-se quais eram exatamente as *ações determinadas e juridicamente exigidas*. Alega-se, no presente caso, que o curador teria o dever de consentir na realização da nutrição e da hidratação artificiais e que o médico teria, então, o dever de prescrever ou inserir a dieta na sonda e a solução de hidratação no acesso venoso da paciente. No entanto, a questão que se coloca é: será que esses deveres, de fato, existiam?

Nos casos de intervenções médicas, sendo a posição de garantidor de proteção por assunção fundamentada no domínio sobre o desamparo da vítima e na relação de confiança fática entre ela e o garantidor, como vimos, os *limites* do dever de atuação são determinados, entre outros fatores, pela *vontade – real ou presumida – do indivíduo a ser tratado*. Isso porque só há um *ato de entrega* do paciente ao médico ou ao curador, que faz surgir a confiança de que será amparado e receberá a proteção e os cuidados esperados, *se o sujeito a ser tratado de fato deseja (ou desejaria) ser submetido ao tratamento*. Afinal, definitivamente, *não existe um dever do paciente de ser tratado*, tampouco, um *direito do médico de tratá-lo ou do curador de submeter o curatelado a todo e qualquer tratamento*. A submissão do paciente adulto a intervenções médicas em seu benefício dependerá sempre de seu consentimento, real ou presumido.

Esse raciocínio é o ponto de partida para a análise do dever concreto de agir dos garantidores no presente caso. Para explicá-lo, torna-se essencial analisar, ainda que brevemente, os fundamentos de legitimidade das intervenções médicas nos corpos dos pacientes (infra 5.1), mais especificamente em casos de adultos inconscientes, que não possuem capacidade atual de tomar decisões médicas (infra 5.2), para, posteriormente, determinar os contornos do dever de agir do curador e do médico (infra 5.3), levando também em consideração a permissibilidade ética da ortotanásia (infra 5.4).

### 5.1 O paradigma de respeito à autonomia do paciente como ponto arqui-médico para a determinação da legitimidade das intervenções médicas

O que torna legítimas as intervenções médicas nos corpos dos pacientes?

A resposta a essa pergunta é fundamental para determinar em que hipóteses os médicos ou os representantes legítimos *podem ou não* atuar em favor de alguém e interferir em sua esfera corporal. Afinal, se chegamos à conclusão de que a atuação *não é autorizada*, é logicamente impossível afirmar um *dever* de realizar uma intervenção para proteger os bens jurídicos do paciente.

Apesar de ainda hoje não faltarem autores que, numa perspectiva paternalista<sup>33</sup>, defendam um *direito* médico de tratar os pacientes conforme sua convicção, como se estes não tivessem qualquer voz sobre o destino de suas vidas e de seus próprios corpos<sup>34</sup>, o crescente reconhecimento do direito à autodeterminação ensejou, desde o século passado, uma importante mudança de paradigma na bioética (Rosenau, 2016, p. 266).<sup>35</sup> O *respeito à autonomia* e, com isso, à *vontade do paciente* passou a adquirir cada vez mais relevância para determinar a legitimidade das intervenções médicas e, portanto, para responder à questão colocada. Os fundamentos desse “novo” paradigma fundado no respeito à *autonomia* do paciente podem ser extraídos, em última instância, da Constituição Federal e dos documentos internacionais de direitos humanos.

Em sua origem etimológica, *autonomia* significa *determinação das próprias regras* (Feinberg, 1986, p. 27). No plano jurídico, respeitá-la implica reconhecer que cada indivíduo possui o direito de viver segundo a sua própria concepção de vida boa (Greco; Siqueira, 2020, p. 649; Greco, 2011, p. 278-279) e que, com isso, há uma esfera nuclear da vida privada dentro da qual somente ele poderá tomar decisões, sem a interferência de terceiros. A autonomia – ou, juridicamente, o direito à autodeterminação – é um elemento indissociável da *dignidade humana* (art. 1º, III, CF)<sup>36</sup>, do direito à *liberdade* (art. 5º, *caput*, CF)<sup>37</sup> e do direito à *vida privada* (art. 5º, X, CF).<sup>38</sup> Mais especificamente no contexto médico, a autonomia confere aos indivíduos o domínio soberano sobre o território do seu próprio corpo (o *direito ao próprio corpo*, cf. Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2016, p. 44) e, por conseguinte, o seu direito de tomar suas próprias decisões médicas (Siqueira, 2019, p. 71). O direito do paciente à autodeterminação abrange, assim, o direito de não ser submetido a tratamentos contra a sua vontade ou sem o seu consentimento, bem como o de recusar intervenções médicas.

Esses direitos adquirem peculiar relevância nas situações de fim de vida. Afinal, no contexto da medicina atual, pautada pelo surgimento consecutivo e constante de novas tecnologias, torna-se cada vez mais possível o prolongamento quase que indefinido da vida (ou do processo de morrer), por meio de suporte artificial. Contudo, as medidas de suporte artificial de vida implicam, não raras vezes, mais sofrimento do que “a possibilidade de viver com um mínimo de dignidade” (Academia Nacional de Cuidados Paliativos, 2022, p. 12), tendo o paciente o direito de escolher até que ponto deseja ser submetido a elas. Assim, o direito de recusar tratamentos vincula-se, também,

<sup>33</sup> 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. As proibições paternalistas no direito penal são altamente questionáveis justamente por ignorarem a autonomia do titular do bem jurídico (Feinberg, 1986, p. 12; Estellita, 2007, p. 333-341; Siqueira, 2019, p. 93).

<sup>34</sup> De acordo com essa concepção, as intervenções médicas seriam justificadas por um exercício regular de direito. Essa tese, defendida por autores brasileiros tradicionais como Aníbal Bruno (1967, p. 11), acabou sendo endossada, sem muita reflexão, por autores contemporâneos. Para críticas a essa concepção, considerada ultrapassada e incompatível com os direitos humanos e fundamentais cf. Siqueira, 2019, p. 131.

<sup>35</sup> Especialmente o *Código de Nuremberg*, de 1947, e a *Declaração de Helsinque sobre a investigação médica*, de 1964, editada pela Associação Médica Mundial, representaram o rompimento com a ética tradicional paternalista e a ascendência de um novo paradigma no contexto pós-guerra, fundado especialmente na exigência do consentimento para realização de pesquisas em seres humanos. Em 1981, foi consagrado em nível internacional o reconhecimento da autonomia do paciente referente a todo e qualquer tratamento médico, por meio da *Declaração de Lisboa sobre os direitos do paciente*, o que foi corroborado posteriormente pela *Convenção de Direitos Humanos sobre Biomedicina* do Conselho da Europa de 1997 e pela *Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO* de 2005 (Siqueira, 2019, p. 54).

<sup>36</sup> A dignidade humana é também consagrada em diferentes documentos internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948; em especial no que se refere à bioética, é prevista na *Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO* de 2005, cujo art. 3º estabelece que, na prática da Medicina, a “dignidade humana, os direitos humanos e as liberdades fundamentais devem ser plenamente respeitados”. Compreender a *dignidade como autonomia* significa reconhecer a individualidade das pessoas – concebidas como seres únicos, dotados de livre arbítrio e de capacidade para fazer suas próprias escolhas – e, com isso, a existência de um núcleo intangível da vida privada. Isso, por um lado, garante à pessoa o direito de autodeterminar-se e de eleger seus próprios projetos de vida, e, por outro, também impede que o Estado ou a maioria imponha um modo de vida baseado em valores que lhe são externos. Se a *dignidade* é da *pessoa humana*, e não da sociedade ou de terceiros, a *autonomia* se torna um pressuposto do seu verdadeiro reconhecimento.

<sup>37</sup> Além disso, adotando-se uma interpretação ampliada, é possível extrair o direito à liberdade do art. 7º da *Convenção Americana de Direitos Humanos* da OEA de 1969 (cf. Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2016, p. 46).

<sup>38</sup> O *direito à privacidade ou à vida privada*, também consagrado no *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos* da ONU de 1966 e na *Convenção Americana de Direitos Humanos* da OEA de 1969, garante o direito individual de viver a vida livremente conforme suas próprias concepções e, assim, o direito de recusar tratamentos médicos, inclusive aqueles necessários ao prolongamento da vida. De acordo com essa visão, segundo Albuquerque (2016, p. 121) “o paciente tem o direito de conduzir sua própria vida sem interferência em seu corpo e em suas escolhas pessoais, salvo em situações excepcionais legalmente cobertas”. Essa perspectiva é amplamente difundida na jurisprudência internacional das cortes de direitos humanos (Wicks, 2001, p. 26). Vide também a decisão do paradigmático caso Terry Schiavo (cf. Estados Unidos, 2004, p. 6).

à proibição constitucional de submeter indivíduos a tratamentos desumanos ou degradantes, consagrada no inciso III do art. 5º da CF (Albuquerque, 2016, p. 107).

Não há qualquer conflito entre o direito à autodeterminação, na perspectiva aqui colocada, e o direito à vida, até porque, mais uma vez, esse *direito* não impõe aos indivíduos um *dever de ter a sua vida ou o processo de morte prolongado a qualquer custo* (Engländer, 2011, p. 513 e 514)<sup>39</sup>, como se a morte fosse um mal a ser combatido. Na verdade, a proteção da vida possui, *prima facie*, apenas uma dimensão inequívoca, qual seja, a que “impõe ao Estado o dever de proteção da vida humana frente às suas próprias agressões e às agressões de terceiros” (Carvalho, 2011, p. 167). Com efeito, o direito à vida só pode ser efetivamente protegido se estiver em consonância com a autonomia e a dignidade do paciente, a quem incumbe a definição do destino da sua *vida biográfica*, que não se exaure na mera existência de *vida biológica*.<sup>40</sup> Definir o significado da vida – e em que situações o indivíduo está disposto a sacrificar sua integridade física e seu bem-estar para prolongá-la – não depende apenas de constatações fisiológicas, *v.g.*, a pulsação do sangue, a respiração ou o funcionamento dos órgãos vitais, mas sobretudo dos valores pessoais do paciente concreto (Siqueira; Kasecker, 2022, p. 230).

Partindo dos direitos instituídos na Constituição, portanto, não há dúvida de que *existe um direito fundamental de recusar intervenções médicas*. A princípio, o médico somente possui autorização para intervir quando obtém o *consentimento livre e esclarecido do paciente*, que afastará o injusto dos crimes de lesão corporal (art. 129, CP) e de constrangimento ilegal (art. 146, CP). O médico não possui, em definitivo, um direito originário (Greco; Siqueira, 2020, p. 652) ou um dever, decorrente unicamente da sua condição de médico, de tratar ou de prolongar indefinidamente a vida das pessoas.

É claro que nem sempre será possível obter previamente o consentimento válido do paciente concreto, mas isso não quer dizer que a sua autonomia não deva ser respeitada, na maior medida possível. Em casos pediátricos, é possível recorrer à figura do *consentimento por representação*.<sup>41</sup> Por sua vez, em casos como o presente, em que a paciente adulta está inconsciente e não possui condições atuais de expressar a sua vontade, é o *consentimento presumido* que poderá legitimar a atuação médica (Costa Andrade, 2004, p. 117-148). Essa causa de justificação, situada dogmaticamente entre o consentimento e o estado de necessidade, baseia-se na *vontade presumida* do indivíduo afetado pela intervenção para legitimá-la. Ou seja, deve-se realizar um juízo hipotético sobre qual seria a decisão que ele tomaria para si, a partir de suas preferências subjetivas, caso estivesse em condições de consentir. A ponderação subjetiva de interesses inerente ao consentimento presumido permite que seja feito um esforço no sentido de respeitar a autonomia do sujeito concreto, razão pela qual se fundamenta, também, no seu direito à autodeterminação.

Conclui-se, assim, que é o *consentimento* que atribui legitimidade às intervenções médicas, ou, excepcionalmente, o *consentimento por representação* e o *consentimento presumido*. Se a intervenção médica – ou sua continuidade – não for autorizada por uma dessas figuras, será considerada ilegítima e, portanto, *prima facie*, punível. Diante disso, os contornos do dever de agir dos médicos e dos curadores encontrarão seus limites justamente no âmbito de extensão do consentimento. Isso quer dizer que, *em casos de pacientes adultos inconscientes, se a intervenção não representar a sua vontade presumida, não terá o médico um dever de atuação*. Com outras palavras: só há dever de agir nos limites do consentimento, tudo além disso pode ser captado pelo direito penal (como crime de lesões corporais, constrangimento ilegal etc.). Resta determinar, portanto, quais são os critérios para levantar a vontade presumida da paciente no caso concreto.

<sup>39</sup> Nesse sentido, também a Corte Europeia de Direitos Humanos já reconheceu que o direito à vida não impõe um dever de viver (*cf.* Wicks, 2001, p. 20-21).

<sup>40</sup> Podemos mencionar, aqui, o tão citado trecho de José Afonso da Silva (2003, p. 196) a “vida, no texto constitucional (art. 5º, *caput*), não será considerada apenas no seu aspecto biológico de incessante autoatividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva”.

<sup>41</sup> A respeito das figuras dogmáticas do consentimento e do consentimento por representação (*cf.* Siqueira, 2019, p. 169 e 240).

## 5.2 A vontade presumida dos pacientes em estado vegetativo persistente

A tomada de uma decisão médica em casos de pacientes adultos inconscientes deve, sempre que possível, ser orientada pelas manifestações de vontade já expressadas por eles, bem como por suas convicções éticas e religiosas e seus valores pessoais. O paciente deve ser sempre tratado como sujeito – e não objeto – da intervenção, não havendo dúvida de que as incapacidades momentâneas ou permanentes não podem servir como pretexto para a imposição de decisões fundadas em valores que lhe são externos (Roxin, 1974, p. 451).

Em termos gerais, para identificar a vontade presumida de um paciente, deve-se recorrer, em primeira instância, a circunstâncias concretas que indiquem suas eventuais preferências pessoais, baseando-se em *parâmetros subjetivos*. A forma mais segura de aferir a vontade de um paciente inconsciente se dá, certamente, por meio de consulta ao *testamento vital*<sup>42</sup> eventualmente elaborado por ele, no qual define, de modo prévio, as intervenções a que deseja ou não se submeter. No entanto, diante da inexistência de uma manifestação de vontade escrita, é possível também que o representante legítimo ou o médico, de forma subsidiária, oriente-se pela vontade verbalmente expressada pelo paciente (BGHSt 40, p. 263) ou até mesmo consulte outros familiares e pessoas próximas para procurar conhecer melhor suas preferências pessoais. Excepcionalmente, caso não haja qualquer vontade previamente manifestada, resta ao curador ou ao médico tomar decisões orientadas por *parâmetros objetivos*, já que, na maior parte das vezes, os pacientes desejam ser submetidos ao tratamento medicamente indicado (Siqueira, 2019, p. 325).<sup>43</sup>

Os casos de suspensão de tratamentos em pacientes em estado vegetativo persistente, contudo, são especialmente difíceis: a uma, pois envolvem indivíduos totalmente incapazes de consentir que, muitas das vezes, não expressaram previamente suas vontades de maneira clara por testamento vital; a duas porque se trata de uma decisão existencial<sup>44</sup> que possui como consequência irreversível o fim da vida biológica do paciente, fator que, por si só, exige indícios particularmente fortes para presumir-se uma recusa de uma intervenção médica.

A despeito dessas dificuldades, a solução desses casos com base na *vontade (presumida)* do paciente – legitimando-se a suspensão do suporte artificial de vida quando condizente com a decisão que o paciente tomaria para si caso pudesse decidir – é perfeitamente possível e amplamente difundida na jurisprudência internacional.

Na Alemanha, a legitimidade da interrupção da nutrição artificial de paciente com lesão cerebral irreversível, fundada na vontade presumida de recusa da intervenção, foi reconhecida em um julgado proferido pelo BGH (tribunal alemão equivalente ao nosso STJ) em 1994. Na decisão de natureza penal, estabeleceu-se que os efeitos de uma vontade presumida de não ser tratado são tão vinculativos quanto uma recusa de tratamento expressamente

<sup>42</sup> O testamento vital é uma espécie de diretiva antecipada de vontade regulamentada pelo Conselho Federal de Medicina por meio da Resolução 1.995/2012. Nessa normativa, as diretivas antecipadas de vontade são definidas 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). No art. 2º, *caput*, da Resolução, estabelece-se que “o médico levará em consideração [as] diretivas antecipadas de vontade” quando o paciente não puder se comunicar e, no § 3º, estipula-se que as diretivas “prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares”.

<sup>43</sup> Sob o ponto de vista ético, e tendo por base os padrões desenvolvidos por *Beauchamp* e *Childress*, o consentimento presumido pode se referir a *standards de julgamento substituto*, de *autonomia pura* ou de *melhor interesse*. De acordo com o modelo de julgamento substituto, os valores e preferências do paciente devem ser respeitados ainda que ele não tenha capacidade de exercer esse direito e, assim, aquele que delibera em substituição ao paciente deve decidir assim como este teria decidido, caso detivesse competência. Esse, contudo, é um *standard* fraco de autonomia. Um *standard* forte somente pode derivar da *autonomia pura*, decorrente da decisão tomada pelo próprio paciente quando ele ainda estava em condições de consentir. Por fim, o modelo do *melhor interesse* é aplicável aos casos em que as preferências do paciente autônomo são desconhecidas, devendo a decisão substituta basear-se naquilo que é mais provavelmente benéfico ao paciente (Beauchamp; Childress, 2013, p. 226-229).

<sup>44</sup> Para *Roxin* (1974, p. 468), esse seria um grupo de casos específico de consentimento presumido, ao qual se aplicam regras diferenciadas em razão de uma peculiaridade: trata-se de questões sobre vida ou morte.

manifestada; frisou-se, contudo, que em casos de perda irreversível da consciência, a vontade presumida deveria ser aferida sob pressupostos rigorosos.<sup>45</sup>

Os fundamentos dessa decisão acabaram servindo de inspiração para ulteriores decisões<sup>46</sup> sobre a temática e para a alteração do Código Civil (§§ 1901a, 1901b e 1904 BGB) promovida pela terceira lei para modificação das regras referentes à assistência de incapazes de 2009<sup>47</sup>, que colocou declaradamente a vontade dos pacientes incapazes no centro da determinação da legitimidade das intervenções médicas a que são submetidos.

Pouco depois da promulgação dessa lei, foi proferida pelo BGH outra decisão paradigmática referente justamente à interrupção da nutrição artificial de uma paciente em estado vegetativo persistente.<sup>48</sup> A paciente, após ter sido questionada por sua filha na ocasião em que o pai desta havia sofrido uma hemorragia cerebral, manifestou claramente o seu desejo de não ser submetida a medidas de prolongamento da vida como nutrição ou respiração artificiais. No caso, reconheceu-se a legitimidade da interrupção da nutrição artificial fundada na vontade da paciente e na existência de uma doença ameaçadora da vida<sup>49</sup>, de modo que a vontade verbalmente expressada foi considerada suficiente para fundamentar a limitação de esforço terapêutico. O acusado, advogado da representante da paciente, que, na condição de especialista em direito da medicina, recomendou a medida, foi devidamente absolvido da acusação de tentativa de homicídio.<sup>50</sup>

Também nos Estados Unidos há diferentes julgados que consagram a prevalência da vontade do paciente, ainda que incapaz, para determinar a legitimidade das intervenções médicas, autorizando a limitação de esforço terapêutico. Nesse sentido, a relevância da vontade (presumida) de pacientes em estado vegetativo persistente para recusar tratamentos extraordinários, em respeito ao direito à privacidade e à autodeterminação dos sujeitos incapazes para consentir, foi corretamente reconhecida, entre outros, nos emblemáticos casos de Nancy Cruzan

<sup>45</sup> BGHSt 40, 257. Segundo consta na decisão, a paciente de 70 anos havia sofrido, em setembro de 1990, uma parada cardíaca seguida de reanimação que a deixou com danos cerebrais graves e irreversíveis. Ela passou a ser submetida, desde então, à nutrição artificial por sonda. A paciente não respondia mais desde o final de 1990. Em março de 1993, a interrupção da alimentação por sonda foi prescrita pelo médico, com a anuência do representante legal da paciente. No entanto, o chefe do serviço de enfermagem, que desconfiava da legalidade da medida, acionou o Poder Judiciário. Na ocasião, o tribunal não autorizou a interrupção da intervenção e a paciente acabou falecendo em dezembro de 1993 em decorrência de um edema pulmonar. Na decisão, que julgava o médico e o filho da paciente pela tentativa de homicídio, o tribunal considerou que a vontade presumida de recusa não estava clara, devendo-se, para o BGH, presumir o consentimento da paciente na manutenção da nutrição artificial. O caso foi posteriormente devolvido à instância inferior. O LG de *Kempten* acabou concluindo, enfim, pela absolvição, por identificar outras circunstâncias fáticas capazes de fundamentar a vontade presumida da paciente no sentido da limitação do esforço terapêutico. A respeito do caso (cf. Roxin, 2020, p. 145).

<sup>46</sup> Cf. OLG Frankfurt NJW 1998, 2749; LG München NJW 1999, 1788; BGHZ 154, 205; 163, 195.

<sup>47</sup> Regime mantido posteriormente pela lei para reforma do direito de assistência de incapazes de 4 de maio de 2021. Disponível em: <https://dip.bundestag.de/vorgang/gesetz-zur-reform-des-vormundschafts-und-betreuungsrechts/267744>. Acesso em: 25 abr. 2023.

<sup>48</sup> BGHSt 55, 191. Esse caso julgado pelo BGH é muito similar ao objeto deste artigo: “uma paciente que estava em estado vegetativo persistente devido a uma hemorragia cerebral ocorrida cinco anos antes, e cujo estado de saúde não tinha mais expectativa de melhora, era alimentada artificialmente em uma clínica de repouso por meio da chamada sonda PEG. Um mês antes da hemorragia cerebral, ela havia dito à sua filha que recusava medidas de prolongamento da vida na forma de nutrição e ventilação artificial. A filha, que havia sido designada como representante legal, concordou com o médico responsável que a alimentação artificial deveria ser interrompida; a administração da clínica de repouso se opôs a isso, tendo ameaçado, entre outras coisas, com uma proibição de acesso. Por recomendação do seu advogado, que posteriormente foi acusado de homicídio, a filha cortou a sonda PEG. Os profissionais de enfermagem ainda conseguiram reconectar a paciente à sonda, evitando a morte” (Roxin; Greco, 2020, § 18, 25 e ss).

<sup>49</sup> BGHSt 55, 191 (p. 192).

<sup>50</sup> BGHSt 55, 191 (p. 206).

(Greif; Merz, 2007, p. 259; Estados Unidos, 1990)<sup>51</sup> e de Theresa Schiavo (Greif; Merz, 2007, p. 357-358)<sup>52</sup>, as quais, ainda que após extensos litígios judiciais, tiveram garantido o direito à morte digna.

Na Itália, podemos mencionar um caso muito similar em que o pai de Eluana Englaro, paciente em estado vegetativo persistente, teve reconhecido, pela Suprema Corte Italiana, o direito de interromper a nutrição e a hidratação artificiais. Na decisão, admitiu-se a legitimidade da suspensão do suporte artificial de vida em casos de pacientes em estado vegetativo persistente, contanto que a condição médica seja irreversível e que fique demonstrado que prolongar artificialmente a vida seria inconsistente com os desejos expressos ou perspectiva de vida do paciente (Bifulco; Servillo, 2009, p. 1129-1131). Mais uma vez, a vontade (presumida) da paciente é colocada em primeiro plano para solucionar a questão.

Em contrapartida, na jurisprudência do Reino Unido, dá-se prevalência ao critério da *futilidade objetiva do tratamento*. No caso de Anthony Bland, que também se encontrava em estado vegetativo permanente, foi autorizada a interrupção da nutrição e hidratação artificiais porque, considerando que o paciente estava inconsciente e não havia qualquer prognóstico de melhora do seu estado clínico, a continuidade do tratamento seria, sob a perspectiva médica, considerada *fútil* e, portanto, a retirada do tubo que o alimentava representaria o seu *melhor interesse* (Reino Unido, 1993, p. 881 e ss).<sup>53</sup> Apesar de ser frisada a relevância dos direitos à autodeterminação e de recusar tratamentos médicos, o critério do melhor interesse foi invocado tendo em vista se tratar de paciente com deficiência mental, que não possui condições de consentir (Reino Unido, 1993, p. 882). Ao analisar a possível responsabilidade penal por homicídio, considerou-se que a interrupção de tratamento caracterizaria uma omissão, não havendo, no caso, um dever de agir em razão da futilidade do tratamento médico.<sup>54</sup>

Conforme entendemos, ambos os critérios não são excludentes, de modo que tanto as manifestações prévias de vontade quanto a futilidade objetiva do tratamento podem servir de parâmetro para a determinação da legitimidade da suspensão da nutrição e hidratação artificiais em casos como o presente.

Na casuística objeto deste artigo, a paciente não havia elaborado um testamento vital, de modo que não é possível aferir com total segurança a sua vontade presumida. Isso, no entanto, não implica dizer que não deve ser feito o maior esforço possível no sentido de respeitar a sua autonomia. Na ausência de um documento escrito,

<sup>51</sup> Sobre o caso: “Em *Cruzan v. Director, Missouri Dept. of Health*, a Suprema Corte Americana decidiu em 1990 que o Estado de Missouri poderia exigir evidências ‘claras e convincentes’ sobre as preferências do paciente sobre a suspensão do tratamento antes de permitir a retirada de um tubo de alimentação. A decisão também reafirmou o direito de recusar tratamento médico. No caso, os pais de Nancy Cruzan solicitaram autorização para retirar nutrição e hidratação para permitir a morte da sua filha, que estava em estado vegetativo persistente. O estado negou o pedido porque a Sra. Cruzan não havia deixado claro seu desejo. O Estado de Missouri também impediu que os pais transportassem a Sra. Cruzan para uma unidade de saúde em outro Estado. Após a decisão da Suprema Corte, seus pais obtiveram informações adicionais para apoiar o seu pedido e a Sra. Cruzan foi autorizada a morrer.” (nossa tradução). A Lei de Autodeterminação do Paciente (*Patient Self-Determination Act, PSDA*), de 1990, foi promulgada após o caso Cruzan, garantindo aos pacientes o direito de elaborar diretivas antecipadas sobre cuidados em saúde.

<sup>52</sup> Cf. uma das decisões do caso, tomada pelo *Sixth U.S. Circuit Court* da Flórida (Estados Unidos, 2004, p. 6 e ss). O caso, que envolveu grande polêmica na mídia e a edição de uma lei específica que determinava a recolocação da sonda na paciente, após ter sido retirada com autorização judicial, teve como desfecho, após um longo litígio judicial pautado pela divergência de opiniões entre o marido da paciente e a sua família, o fim do processo de morte de Theresa Schiavo no dia 31 de março de 2005, treze dias após a interrupção da nutrição e da hidratação artificiais. Conforme frisam os autores, no contexto do direito norte-americano, “o direito de recusar tratamento médico está bem estabelecido no Direito e na Medicina, e os médicos têm que obter consentimento antes de realizar procedimentos médicos” (nossa tradução) (p. 358), e o mesmo raciocínio se aplica também a casos de pacientes que não têm capacidade atual para decidir, os quais devem ter sua autonomia igualmente respeitada.

<sup>53</sup> Cf. sobretudo o voto de Lord Goff, p. 862 e ss (866). (Cf. Reino Unido, 1989).

<sup>54</sup> Cf. trecho do voto do Lord Browne-Wilkinson: “Anthony Bland sofreu uma lesão cerebral irreversível: a mais distinta opinião médica é unânime de que não há nenhuma perspectiva de que a condição mude para melhor. Ele não tem consciência de nada. Se a alimentação artificial continuar, ele não sentirá nada; se a alimentação artificial for interrompida e ele morrer, não sentirá nada. Quer ele viva ou morra, ele não sentirá dor ou angústia. Todas as considerações puramente físicas indicam que é inútil continuar com o suporte de vida. Somente se os médicos responsáveis por seus cuidados tivessem a opinião de que, embora ele não tenha consciência de nada, há algum benefício, para ele, em permanecer vivo, haveria algo que indicasse que é para seu benefício continuar os cuidados médicos invasivos. No caso de Anthony Bland, os médicos não têm essa opinião. A interrupção do suporte vital estaria de acordo com as propostas contidas no documento de Tratamento de Pacientes em Estado Vegetativo Persistente, publicado em setembro de 1992 pelo Comitê de Ética Médica da Associação Médica Britânica (British Medical Association). Portanto, o requisito de Bolam é satisfeito. Nessas circunstâncias, é perfeitamente razoável que os médicos responsáveis concluam que não há benefício afirmativo para Anthony Bland em continuar os procedimentos médicos invasivos necessários para sustentar sua vida. Tendo assim concluído, eles não têm direito nem dever de continuar tais cuidados médicos. Portanto, eles não serão culpados de homicídio se interromperem tais cuidados.” (nossa tradução) (p. 883-884).



podemos recorrer a manifestações verbais previamente expressadas por ela, conforme nos ensinam as histórias acima mencionadas – em nenhum deles, havia um testamento vital disponível para avaliar a vontade presumida, mas isso não impediu que ela fosse respeitada.

Devemos reconhecer, contudo, que um único comentário realizado há muito tempo e apenas uma vez na vida, no sentido de que não gostaria de viver dessa forma, não é, via de regra, suficiente para se presumir a recusa de tratamento em casos de decisões existenciais de pacientes adultos inconscientes, conforme foi reconhecido no precedente alemão.<sup>55</sup> Portanto, é importante aferir se há, de fato, evidências concretas que demonstrem que a paciente, quando consciente, manifestou claramente o seu desejo de não ser submetida a medidas de manutenção artificial de vida caso se encontrasse nessa situação.<sup>56</sup> Se assim for, haverá uma recusa presumida de tratamento com base em um *standard of julgamento substituto*<sup>57</sup>, que impede que o médico e o curador deem continuidade a uma intervenção presumidamente não desejada pela paciente.

De qualquer forma, ainda que haja dúvida sobre a manifestação de vontade da paciente, o critério derradeiro a ser utilizado, diante da inexistência de evidências seguras sobre as preferências subjetivas, é justamente a *indicação médica e o melhor interesse do paciente*. Por tratar-se de uma decisão existencial, a dúvida sobre a vontade do paciente incapaz faz presumir que, caso pudesse decidir, optaria pela intervenção medicamente recomendada. Afinal, a maioria das pessoas costuma fazer a opção por aquilo que é objetivamente mais benéfico e cientificamente indicado.

Sob a perspectiva da medicina, tudo indica que, nos casos de pacientes que comprovadamente se encontram em EVP irreversível, a limitação de esforço terapêutico, mais especificamente, a interrupção da nutrição e hidratação artificiais, pode ser cientificamente recomendada, tendo como objetivo aliviar o sofrimento do paciente e deixar de prolongar o processo de morte. O contrário caracterizaria obstinação terapêutica, porquanto tratar-se-ia de uma intervenção *fútil*, incapaz de curar ou melhorar a qualidade de vida do paciente e que traria mais danos do que benefícios. É claro que essa análise deve ser individualizada e depende das circunstâncias do caso concreto, de modo que a indicação médica somente pode ser identificada de maneira inequívoca por um profissional de saúde especialista que teve contato com a paciente e conhece as peculiaridades do caso.

De qualquer forma, parece haver algumas constatações importantes na literatura médica a respeito das questões aqui envolvidas. Em primeiro lugar, o estado vegetativo persistente é considerado *incurável e irreversível* em danos cerebrais não traumáticos, como o presente, após decorridos 3 meses do seu início, não havendo prognóstico de recuperação da consciência (Academia Nacional de Cuidados Paliativos, 2022, p. 11). Em segundo lugar, a interrupção desse tipo de tratamento *não significa deixar que o paciente vivencie um processo de morte com sofrimento*, passando fome e sede, pois ele não possui qualquer percepção da dor (Reino Unido, 1993, p. 849).

Por fim, a dieta enteral e a hidratação parenteral são, de fato, considerados tratamentos médicos, o que torna possível a análise sobre a existência ou não de indicação médica da intervenção, a partir da avaliação clínica (Academia Nacional de Cuidados Paliativos, 2022, p. 14; Reino Unido, 1993, p. 844; Estados Unidos, 1990). Ou seja, é possível determinar objetivamente se o procedimento é ou não benéfico para o paciente no caso concreto, não se tratando de cuidados básicos, que não poderiam ser interrompidos. Não faltam vozes na literatura médica que constatarem que a nutrição e hidratação artificiais em pacientes em estado vegetativo permanente, com quadro irreversível, é um tratamento *fútil* e, portanto, não indicado (Schneiderman; Jecker, 2011, p. 17).<sup>58</sup>

<sup>55</sup> BGHSt 40, 257. No caso, o BGH frisou expressamente que um comentário esparso realizado pela paciente quando assistia a um programa televisivo não seria suficiente para presumir a recusa de tratamento (cf. Roxin; Greco, Strafrecht AT1, § 18, 25).

<sup>56</sup> Esse é, em termos gerais, o parâmetro utilizado nos casos aqui mencionados. Nesse sentido, a exigência de evidências claras para determinar a vontade presumida de recusar tratamentos também foi ressaltada, por exemplo, pela Suprema Corte Americana, no caso Nancy Cruzan.

<sup>57</sup> Cf. nota 43.

<sup>58</sup> Nesse sentido, conforme esclarecem *Scheiderman e Jecker*, “o tratamento de uma paciente como Nancy Cruzan em estado vegetativo permanente é, por definição, *fútil*, porque ela é incapaz de vivenciar, muito menos apreciar, qualquer coisa que esteja sendo feita com ela.” (nossa tradução). No processo do caso de Anthony Bland, foi ouvido como *expert* o renomado prof. Bryan Jennett, o qual cunhou originalmente o termo “estado vegetativo persistente”. Ele atestou que a retirada do tubo que alimenta um paciente nessa condição constitui boa prática médica quando não há qualquer perspectiva de retomada da função cognitiva, já que a manutenção do tratamento não traz qualquer benefício para o paciente. (Reino Unido, 1993, p. 827).

A possibilidade de indicação da suspensão da hidratação e da nutrição artificiais em casos como o aqui debatido já foi reconhecida por diferentes Associações Médicas, no Brasil e no exterior. Recentemente, a *Academia Nacional de Cuidados Paliativos* (ANCP) (2022, p. 18) posicionou-se expressamente sobre os casos de não implementação ou retirada de dieta em paciente em estado vegetativo crônico, chegando à seguinte conclusão:

É ético e legal a renúncia à dieta artificial (não instalação ou retirada), diante de situação de estado vegetativo crônico onde haja clareza, após o devido processo de avaliação diagnóstica e prognóstica por equipe interdisciplinar experiente no manejo de pacientes com distúrbios prolongados de consciência, de que as possibilidades de recuperação da consciência e/ou da funcionalidade são mínimos e haja evidências obtidas através de diretivas antecipadas de vontade ou de relatos de familiares e entes queridos do paciente de que, para o mesmo, em função de seus valores pessoais, ser mantido indefinidamente em tais condições representaria algo pior do que a própria morte. Nestes casos, a retirada/não introdução da nutrição e hidratação por via artificial não correspondem nem a eutanásia nem ao suicídio.

Também a *Associação Médica Britânica* (*British Medical Association* [BMA]) editou em 2020 as diretrizes para tratamento de distúrbios prolongados de consciência após lesão cerebral, nas quais constata-se que descontinuar a nutrição como parte de um programa de cuidados paliativos é prática comum, recomendada a depender as circunstâncias do caso e após conversa com a família (Royal College of Physicians, 2018, p. 51).

No presente caso, o médico parecerista reafirmou o diagnóstico de estado vegetativo persistente e o fato de que, na situação concreta, trata-se de condição irreversível e incurável. Esses dois fatores – o diagnóstico de EVP e a irreversibilidade – são os parâmetros objetivos que legitimam a suspensão de nutrição e hidratação, diante da possível ausência de evidências fortes sobre a vontade presumida da paciente.

### 5.3 A permissibilidade ética da ortotanásia

Em sendo a interrupção de nutrição e de hidratação artificiais uma *conduta omissiva*, conforme concluímos acima, e levando em conta que o estado vegetativo persistente pode ser considerado, após transcorrido o tempo mínimo estipulado pela literatura médica, uma enfermidade grave, incurável e terminal<sup>59</sup>, deixar de promover a inserção da dieta na sonda e a infusão da solução para hidratação no acesso da paciente caracteriza hipótese de *ortotanásia*. Há, sob a perspectiva ético-profissional, pleno consenso de que a ortotanásia é comportamento não apenas permitido, mas recomendado, sobretudo quando o tratamento pode causar mais danos do que benefícios.

Nesse sentido, a Resolução 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina estipula, em seu art. 1º, que na *fase terminal de enfermidades graves e incuráveis* é permitido ao médico *limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente*, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal.

Também no Código de Ética Médica (Resolução CFM 2.217/2018), o princípio fundamental XXII define que *nas situações clínicas irreversíveis e terminais*, o médico *evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários* e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados.

Sob a perspectiva ética, portanto, não há dúvida que a não implementação ou suspensão de tratamentos extraordinários ou fúteis é medicamente adequada (Academia Nacional de Cuidados Paliativos, 2022, p. 18) Ainda que isso não seja *determinante* para a análise da responsabilidade penal dos envolvidos, constitui, pelo menos, um

<sup>59</sup> Em termos gerais, uma pessoa é considerada em estado “terminal” quando “se esgotam as possibilidades de resgate das condições de saúde do paciente e a possibilidade de morte próxima parece inevitável e previsível. O paciente se torna ‘irrecuperável’ e caminha para a morte, sem que se consiga reverter este caminhar.”. Apesar da controvérsia acerca do conceito, numa perspectiva que enxerga o paciente em sua individualidade, ele será considerado “terminal” “em um contexto particular de possibilidades reais e de posições pessoais, sejam de seu médico, sua família e próprias.” Ou seja, é possível pensar em uma definição de terminalidade “situada além da biologia, inserida em um processo cultural e subjetivo, ou seja, humano.” (Gutierrez, 2001, p. 92).

indício de que tais comportamentos não devem ser considerados puníveis sob a perspectiva do direito penal.<sup>60</sup> É imprescindível, contudo, determinar os exatos fundamentos dogmáticos para concluir pela atipicidade da ortotanásia, os quais residem precisamente na delimitação dos contornos do dever concreto de agir dos garantidores.

#### 5.4 Contornos do dever concreto de agir do médico e do curador

Sob a perspectiva jurídico-penal, os fundamentos acima delineados evidenciam que, ainda que se admita a doutrina da santidade da vida – que, em essência, é um dos principais alicerces da proibição da eutanásia e da participação em suicídio no ordenamento jurídico brasileiro –, *o que se proíbe é a provocação da morte de indivíduos inocentes*, não se impondo aos médicos ou ao curador um dever de “esgotar, em todas as circunstâncias, os meios para prolongar a existência” (Simões, 2003, p. 80).

Dogmaticamente, a ausência de consentimento real ou presumido *impede* a caracterização do dever de agir ou o *afasta*, caso tenha sido previamente constituído (Hirsch, 1987, p. 600). Ainda que o médico e o curador sejam, de fato, garantidores, a *recusa total* de tratamento afasta por completo o dever de agir, ao passo que a *recusa parcial*, que tem por objeto intervenções específicas, limita esse vínculo protetivo aos tratamentos que foram devidamente consentidos. *Tanto a recusa quanto o consentimento, sejam reais ou presumidos, definem os contornos da atuação médica legítima, seja fundamentando-a ou limitando-a* (Siqueira, 2019, p. 389). De acordo com esse raciocínio, portanto, a ortotanásia caracteriza fato atípico por não preencher os pressupostos de punição da omissão imprópria, contanto que realizada em consonância com a vontade real ou presumida do paciente.

Mais concretamente, nos casos de suspensão de nutrição e hidratação artificiais em paciente em estado vegetativo persistente, *não haverá dever concreto de agir para evitar a morte do enfermo* quando o tratamento não corresponder à sua *vontade presumida*, conforme os critérios definidos acima (tópico 5.2), já que se trata de indivíduo que não possui capacidade atual de tomar suas próprias decisões médicas. O que existe, na verdade, é um *dever de se abster e de respeitar a vontade (presumida) do paciente* (Weißbauer; Opderbecke, 1973, p. 104), que decorre da proibição de interferência não consentida na esfera corporal alheia.

De todo o exposto, podemos concluir que, em termos gerais, a suspensão do suporte vital de pacientes em estado vegetativo, em casos como o presente, constitui ortotanásia e é penalmente *atípica*, a não ser na remota e improvável hipótese de a paciente ter manifestado anteriormente sua vontade no sentido de permanecer indefinidamente ligada a aparelhos para manutenção da sua vida biológica. Se não existirem dúvidas acerca da irreversibilidade do quadro da paciente, sendo adequadamente constatado que se encontra em estado vegetativo persistente, a indicação médica no caso concreto permite que seja *presumida a recusa de tratamento* com base no critério do melhor interesse, *tornando ilegítima a continuidade da intervenção*.

Nosso entendimento é, pois, o de que o representante legítimo não tinha o dever de autorizar a continuidade da nutrição e da hidratação artificiais, tanto quanto o médico não tinha o dever de prescrever ou inserir a dieta na sonda e a solução de hidratação no acesso venoso da paciente. Trata-se de *fato objetivamente atípico* em relação ao art. 121 do Código Penal: nenhum dever de agir foi descumprido por inexistir dever de emitir tal autorização ou fazer tal intervenção no corpo da paciente.

## 6 A impunibilidade da participação em fato atípico

Considerando que a omissão do médico e do representante legítimo constitui fato objetivamente atípico, e dada a *acessoriedade da participação* no concurso de pessoas, segundo a qual “a possibilidade de punição do

<sup>60</sup> Há quem afirme que, em razão da permissibilidade ética da ortotanásia, consagrada pelas normativas do CFM, o médico que pratica tal comportamento atuaria justificado pelo exercício regular de um direito, previsto no art. 23, III do CP. Discordamos de tal concepção por duas razões. A uma, pois, antes mesmo da análise da antijuridicidade, podemos chegar à conclusão de que se trata de fato atípico, conforme esclareceremos na sequência. A duas, porque o recurso a essa causa de justificação requer, a nosso ver, a existência de uma lei em sentido estrito que fundamente e defina, simultaneamente, os limites do exercício do direito. Diante disso, a resolução de um órgão de classe não possui o condão de, por si só, afastar o injusto de um fato típico.

partícipe é derivada da conduta atribuída ao autor do crime” (Camargo, 2020, p. 194)<sup>61</sup>, são impuníveis as possíveis contribuições morais do médico parecerista e do advogado. Apesar de ser até possível questionar a dimensão qualitativa da acessoriedade – isto é, quais pressupostos devem ser preenchidos pela conduta do autor para que a do partícipe passe a ser punível –, não há qualquer controvérsia sobre a necessidade de que *o comportamento praticado pelo autor seja, pelo menos, típico*, para que possamos começar a investigar a punição da participação. É a letra do art. 29, *caput*, do CP, que determina a punição de todos que concorram “para o crime”.

A ninguém ocorreria, por exemplo, punir o amigo que aconselha alguém a se submeter a uma cirurgia estética validamente consentida, já que a realização da intervenção pelo médico nesse caso evidentemente não constitui injusto penal. Da mesma forma, o instrumentador cirúrgico que auxilia esse mesmo médico não pode ser punido a título de participação pela sua contribuição material para o fato, já que, mais uma vez, o comportamento do médico é atípico (ou, pelo menos, lícito). Tanto é que o legislador brasileiro optou por editar o art. 122 do CP, pois, de outra forma, não seria possível punir aquele que contribui para o suicídio alheio, uma vez que o suicídio, em si, constitui fato evidentemente atípico.

A inequívoca dependência da participação em relação à autoria pode ser depreendida dos arts. 30 e 31 do CP (Camargo, 2000, p. 194), segundo os quais “não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime”; e “o ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado”. Dessa forma, considerando a atipicidade da conduta dos únicos possíveis autores (garantes) do fato principal, os comportamentos da advogada e do médico que emitiram pareceres no caso não são, igualmente, puníveis.

## 7 Considerações finais

Diante do exposto, concluímos que:

1. Por tratar-se de comportamento omissivo, a suspensão de nutrição e hidratação artificiais de paciente em estado vegetativo persistente não caracteriza participação em suicídio, tampouco eutanásia ativa, mas hipótese de ortotanásia, que somente poderia ser punível a título de omissão imprópria.
2. O médico que cuidava da paciente e o curador eram garantes por assunção fática da função de proteção (art. 13, § 2º, “b” do Código Penal).
3. Inexiste dever genérico de médicos e curadores de prolongar indefinidamente a vida ou o processo de morte de pacientes. Considerando que a posição de garantidor de proteção por assunção fundamenta-se no domínio sobre o desamparo da vítima e na relação de confiança fática entre ela e o garantidor, os limites do dever de atuação são determinados pela vontade da paciente, em respeito à sua autonomia (art. 1º, III; art. 5º, *caput*, III, X, todos da Constituição da República). Toda atuação fora dos limites dessa vontade pode ser passível de sanção penal.
4. Tendo em vista um paciente inconsciente, a legalidade da intervenção – e, conseqüentemente, a imposição de um dever de agir – dependerá da análise da vontade presumida. Diante da inexistência de evidências concretas sobre a decisão que a paciente tomaria caso pudesse decidir, a ausência de indicação médica para continuar a intervenção, considerando o diagnóstico de estado vegetativo permanente e a irreversibilidade do quadro, é suficiente para determinar a recusa presumida, fundada no critério do melhor interesse. Não havia, no caso, dever concreto de agir para autorizar a continuidade da nutrição e da hidratação artificiais, no que se refere ao curador, e de prescrever ou inserir a dieta na sonda e a solução de hidratação no acesso venoso da paciente, no caso do médico.
5. O médico parecerista e o advogado não assumiram pessoalmente os cuidados em saúde da paciente e, assim, não ocupavam a posição de garantidores, razão pela qual não tinham dever especial de agir para dar continuidade à intervenção médica. Eles somente poderiam ser eventualmente punidos em razão da contribuição ativa para o fato, consubstanciada na ação de emitir um parecer técnico ou jurídico.

<sup>61</sup> No Brasil, a doutrina e jurisprudência amplamente majoritárias adotam a *teoria da acessoriedade limitada*, segundo a qual a punição da participação depende de um fato principal antijurídico – ou seja, o comportamento do autor deve ser, pelo menos, típico e ilícito, mas não necessariamente culpável.

6. Tendo em vista a atipicidade objetiva do comportamento principal – do representante legítimo e do médico –, não é possível punir a contribuição (sempre acessória) dos partícipes (arts. 30 e 31 do Código Penal).

## 8 Referências

ACADEMIA NACIONAL DE CUIDADOS PALIATIVOS. *Posicionamento ANCP: não implementação ou retirada de dieta em paciente em estado vegetativo crônico*. Disponível em: <https://paliativo.org.br/ancp/posicionamento-da-ancp>. Acesso em: 25 nov. 2022.

ALBUQUERQUE, Aline. *Direitos humanos dos pacientes*. Curitiba: Juruá, 2016.

BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. *Panóptica*, v. 19, p. 69-104, 2010.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Principles of biomedical ethics*. 7. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013.

BIERRENBACH, Sheila. *Crimes omissivos impróprios: uma análise à luz do código penal brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal, parte especial: crimes contra a pessoa*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 2.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v 1.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. II.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CAMARGO, Beatriz Corrêa. Concurso de pessoas. In: SOUZA, Luciano Anderson. *Código penal comentado*. São Paulo: RT, 2020.

CAMPANA, Felipe L. *A tentativa nos crimes omissivos: um estudo sobre o desvalor da conduta na omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2023.

CARUSO, Tiago. *Responsabilidade penal nas decisões embasadas em pareceres técnicos ou jurídicos*. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

CARVALHO, Gisele Mendes de. Autonomia do paciente e decisões ao final da vida. In: ROMEO CASABONA, Carlos Maria; SÁ, Maria de Fátima Freire de Sá (org.). *Direito biomédico: Espanha-Brasil*. Belo Horizonte: PUC Minas, 2011. p. 161-183.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso I.V. vs. Bolívia*, nov. 2016.

COSTA ANDRADE, Manuel da. Consentimento em direito penal médico: o consentimento presumido. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, v. 14, p. 117-148, 2004.

COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. *Crimes omissivos impróprios: tipo e imputação objetiva*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

ENGLÄNDER, Armin. Von der passiven Sterbehilfe zum Behandlungsabbruch. *JZ*, p. 513-520, 2011.

ESTADOS UNIDOS. *Cruzan v. Director, Missouri Dept. of Health*, 497 U.S. 261, 279, 1990.

ESTADOS UNIDOS. *Schiavo v. Bush*. Case n. 03-008212-CI-20, U.S Circuit Court, 2004.

- ESTELLITA, Heloísa. Paternalismo, moralismo e direito penal: alguns crimes suspeitos em nosso direito positivo. *Revista Brasileira de Filosofia*, v. LVI, n. 227, p. 333-341, 2007.
- ESTELLITA, Heloísa. A distinção entre ação e omissão no caso dos comportamentos ambivalentes: uma notícia sobre a discussão e as soluções propostas. In: REALE JÚNIOR, Miguel; MOURA, Maria Thereza de Assis (coord.). *Coleção 80 anos do Código Penal*: parte geral. São Paulo: RT, 2020a. p. 99. v. 1.
- ESTELLITA, Heloísa. Contornos da responsabilidade omissiva imprópria dos médicos plantonistas. In: SIQUEIRA, Flávia; ESTELLITA, Heloísa. *Direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2020b. p. 195-218.
- ESTELLITA, Heloísa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*. São Paulo: Marcial Pons, 2017.
- FEINBERG, Joel. Harm to Self. *The moral limits of criminal law*. New York: Oxford University Press, 1986. p. 12. v. 3.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal*: parte geral 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. t. I.
- GALVÃO, Fernando. *Direito penal*: parte geral. 7. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.
- GRECO, Luís. Duas formas de fazer dogmática jurídico-penal. *Boletim IBDPE*, v. 1, n. 1, p. 3-4, 2009.
- GRECO, Luís. Strafbare Pornografie im liberalem Staat – Grund und Grenzen der §§ 184, 184a-d StGB, *Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung*, v. 2, n. 1, p. 278-279, 2011.
- GRECO, Luís; SIQUEIRA, Flávia. Promoção da saúde ou respeito à autonomia? Intervenção cirúrgica, exercício de direito e consentimento no direito penal médico, *Studia Juridica*, v. 108, p. 649, 2017.
- GREIF, Karen F.; MERZ, Jon F. *Current controversies in the biological sciences*. Cambridge: MIT Press, 2007.
- GUTIERREZ, Pilar L. O que é o paciente terminal? *Revista da Associação Médica Brasileira*, v. 47, p. 92, 2001.
- HILGENDORF, Eric. *Introdução ao direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.
- HILGENDORF, Eric; VALERIUS, Brian. *Direito penal*: parte geral. Tradução Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019.
- HIRSCH, Hans Joachim. Behandlungsabbruch und Sterbehilfe. In: KÜPER, Wilfried; PUPPE, Ingeborg; TENCKHOFF, Jörg (org.). *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag*. Berlin: Walter de Gruyter, 1987. p. 597-620.
- HOFFMANN, Birgit. *Strafrechtliche Verantwortung für das Unterlassen des Schutzes einwilligungs(un-)fähiger Erwachsener*. *Betreuungsrechtliche Praxis*, 2010. p. 151-156. v. 4.
- KREUZER, Arthur. Ärztliche Hilfeleistungspflicht in der Sicht des Strafrechts. In: MERGEN, Armand (org.). *Die juristische Problematik in der Medizin: Ärztliche Aufklärungs- und Schweigepflicht*. München: Wilhelm Goldmann, 1971. p. 217-254. v. 2.
- MARTINELLI, João Paulo; DE BEM, Leonardo Schmitt. *Direito penal, lições fundamentais*: parte geral. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.
- MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do estatuto da pessoa com deficiência. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 4, n. 1, jan./jun. 2015.
- MORATTI, Sofia. The Englaro case: withdrawal of treatment from a patient in a permanent vegetative state in Italy. *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, n. 19, p. 372-380, 2010.

- MUNHOZ NETO, Alcides. Os crimes omissivos no Brasil, *Revista de Direito Penal e Criminologia*, v. 33, 1982.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. *Integrating palliative care and symptom relief into primary health care: a WHO guide for planners, implementers and managers*. Geneva: World Health Organization, 2018.
- REALE JÚNIOR, Miguel. Consentimento, ortotanásia e adequação social. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 121, p. 220, 2016.
- REINO UNIDO. Airedale NHS Trust v Bland, AC 789, 1993, p. 881 e ss. Disponível em: <https://www.globalhealthrights.org/wp-content/uploads/2013/01/HL-1993-Airedale-NHS-Trust-v-Bland.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2023.
- REINO UNIDO. F v. West Berkshire Health Authority, 2 All E. R. 545, House of Lords, 1989.
- ROSENAU, Henning. Informed consent: illusion oder Realität im Medizinrecht? In: *JAHRBUCH für Recht und Ethik: Neue Entwicklungen in Medizinrecht und -ethik*. Berlin: Duncker & Humblot, 2016. p. 266.
- ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. Tradução Luís Greco e Flávia Siqueira. In: SIQUEIRA, Flávia; ESTELLITA, Heloisa. *Direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 129-167.
- ROXIN, Claus. Die Mitwirkung beim Suizid – ein Tötungsdelikt? In: JESCHECK, Hans-Heinrich; LÜTTGER, Hans (org.). *Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag* 29. Berlin: Walter de Gruyter, 1977. p. 331-355.
- ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. München: Beck, 2003. band II.
- ROXIN, Claus. Über die mutmaßliche Einwilligung. In: STRATENWERTH, Günter KAUFMANN, Armin; GEILEN, Gerd; et al. (org.). *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*. Berlin: De Gruyter, 1974, p. 447-475.
- ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 5. ed. München: C. H. Beck, 2020. band I.
- ROYAL COLLEGE OF PHYSICIANS. *Clinically-assisted nutrition and hydration (CANH) and adults who lack the capacity to consent: guidance for decision-making in England and Wales*. Londres, 2018. 51 p.
- ROYAL COLLEGE OF PHYSICIANS. *Prolonged disorders of consciousness following sudden onset brain injury: National clinical guidelines*. London: RCP, 2020.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014.
- SCHNEIDER, Christian. *Tun und Unterlassen beim Abbruch lebenserhaltender medizinischer Behandlung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1997.
- SCHNEIDERMAN, Lawrence J.; JECKER, Nancy S. *Wrong medicine: doctors, patients, and futile treatment*. 2. ed. Baltimore: The John Hopkins University Press, 2011. 17 p.
- SCHÖCH, Heinz. Unterlassene Hilfeleistung. In: ROXIN, Claus; SCHROTH, Ulrich (org.). *Handbuch des Medizinstrafrechts*. 3. ed. Stuttgart: Richard Boorberg Verlag, 2007. p. 109-126.
- SCHÜNEMANN, Bernd. *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia: con una aportación a la metodología del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2009.
- SCHÜNEMANN, Bernd. *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte: Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre*. Göttingen: Otto Schwarz & Co., 1971.
- SEICHTER, Jürgen. *Einführung in das Betreuungsrecht*. 5. ed. Berlin: Springer, 2019.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Estudios sobre los delitos de omisión*. Lima: Grijley, 2004.

SIMÕES, José Augusto Rodrigues. A paragem da alimentação artificial nos doentes em estado vegetativo persistente. *Acção médica*, p. 69-86, 2003.

SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

SIQUEIRA, Flávia. O paradigma de respeito à autonomia do paciente e suas implicações no direito penal da medicina: em especial sobre a ilegitimidade das intervenções médicas arbitrárias. In: SIQUEIRA, Flávia; ESTELLITA, Heloisa. *Direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 19.

SIQUEIRA, Flávia; KASECKER, Izabele. Cuidados paliativos e a responsabilidade penal do médico por omissão em casos de suspensão de suporte artificial de vida. In: DADALTO, Luciana (coord.). *Cuidados paliativos: aspectos jurídicos*. Indaiatuba: Foco, 2022.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. O médico e o dever legal de cuidar: algumas considerações jurídico-penais. *Revista Bioética*, v. 14, n. 2, p. 236, 2006.

STRIANO, Pasquale; BIFULCO, Francesca; SERVILLO, Giuseppe. The saga of Eluana Englaro: another tragedy feeding the media. *Intensive Care Med*, 35, p. 1129-1131, 2009.

TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

WEIßAUER, Walther; OPDERBECKE, Hans. Tod, *Todesbestimmung und Grenzen der Behandlungspflicht*, BÄ, 1973, p. 104.

WICKS, Elizabeth. The right to refuse medical treatment under the european convention on human rights. *Medical Law Review*, n. 9, p. 26, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. *Da tentativa: doutrina e jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.