

Sistema Penal & Violência

Revista Eletrônica da Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS

Porto Alegre • Volume 3 – Número 1 – p. 112-119 – janeiro/junho 2011

Editor

RODRIGO GHIRINGHELLI DE AZEVEDO

Organização de

PAULO VINICIUS SPORLEDER DE SOUZA

NEREU JOSÉ GIACOMOLLI

ALINE MARIA MONTEIRO

A TIPLICIDADE CONGLOBANTE E A ORTOTANÁSIA¹ NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: CAMINHO POSSÍVEL?

Marcus Vinícius Boschi

Professor de Direito e Processo Penal da PUCRS.
Doutorando e Mestre em Ciências Criminais na PUCRS. Advogado.

Gustavo Noronha de Ávila

Professor de Direito e Processo Penal do Centro Universitário Ritter dos Reis.
Doutorando e Mestre em Ciências Criminais na PUCRS. Membro da SORBI. Advogado.

Resumo

Há um direito à morte? Esta pergunta tem sido feita com frequência pelos juristas de todas as áreas. Os da esfera penal, como não poderia deixar de ser diferente, discutem se existiria um fundamento para tal resposta. Cunhada dentro de uma escola realista e crítica do direito penal, a tipicidade conglobante tem ganho destaque por reforçar a ideia de limitação punitivo do Estado. Em linhas gerais, tem-se que o ordenamento jurídico não pode ser contraditório entre si, permitindo e vedando ao mesmo tempo determinada conduta. Parece-nos claro que a abstenção ou a retirada de tratamentos eminentemente fúteis, segundo avaliação médica e do próprio interessado, não ofende a qualquer das leis penais em vigor, as quais, por definição, são exceção dentro do universo permitido de condutas.

Palavras-chave: Ortotanásia; Tipicidade conglobante; Política criminal.

Abstract

The conglobante criminal system and the orthothanasia in Brazilian legal system: Possible way?

Is there a right to die? This question has been asked frequently by researchers in all areas. Those in the criminal sphere discuss whether there was a basis for such a response. Coined in a realistic and critical school of criminal law, conglobante criminal system view has gained prominence by reinforcing the idea of limiting punitive state. In general, it has been that the legal system can not be contradictory to each other, allowing and prohibiting certain conduct at the same time. It seems clear that the withholding or withdrawal of treatments eminently futile, according to medical evaluation and the person concerned not to offend any of the criminal laws, which, by definition, are an exception within the universe of permissible conduct.

Keywords: Orthothanasia; Conglobate criminal system; Criminal policy.

INTRODUÇÃO

Há um direito à morte? Esta pergunta tem sido feita com frequência pelos juristas de todas as áreas. Os da esfera penal, como não poderia deixar de ser diferente, discutem se existiria um fundamento para tal resposta.

Cunhada dentro de uma escola realista e crítica do direito penal, a tipicidade conglobante tem ganho destaque por reforçar a ideia de limitação punitivo do Estado. Em linhas gerais, tem-se que o ordenamento jurídico não pode ser contraditório entre si, permitindo e vedando ao mesmo tempo determinada conduta.

Em relação ao fim da vida, o Conselho Federal de Medicina possui regulamentação no sentido de propiciar a interrupção do tratamento quando o quadro do paciente for irreversível clinicamente e os esforços para mantê-lo vivo forem inúteis, não lhe trazendo nada além do que sofrimento. Nestas linhas, discutimos, então, a possibilidade de aplicação da teoria da tipicidade conglobante para fundamentar a prática da ortotanásia.

1 A PROBLEMÁTICA DO FINAL DA VIDA E O DIREITO PENAL

Dentro daqueles temas tratados em Bioética, tem se utilizado a classificação de emergentes para designar aqueles recentes ou envas de problematização (como aqueles advindos dos avanços da genética) e persistentes, no sentido de referir aos que existem há bastante tempo, mas pendem de um possível (?) consenso. Neste grupo é possível incluir a temática do aborto (e suas possibilidade ou não), transplantes de órgãos (e os critérios de distribuição de órgãos humanos) e a eutanásia (eu- “boa”, thanatos – “morte”). Para aprofundar o debate, passa-se ao debate das suas modalidades e, posteriormente, sua fundamentação extrapenal.

A partir do momento em que a Medicina, notadamente do século XIX, passou a tratar obstinadamente a doença, o foco anterior, a saúde em sua asseção global (OMS), fica em segundo plano.² Com a notada obstinação terapêutica, caracterizada pela adoção de todas as medidas possíveis para manter o paciente vivo, passou-se a questionar se todo e qualquer esforço seria necessário. Hoje, a estas medidas extraordinárias e fúteis, no sentido não trazer benefício algum para o paciente, são chamadas de *distanásia*. Para a *distanásia* não restam maiores discussão acerca de sua inviabilidade.

A *eutanásia ativa* pode ser definida como aquela na qual o profissional da saúde, ao perceber ser impossível a recuperação do paciente, para abreviar seu sofrimento, age comissivamente. Exemplo frequentemente citado deste tipo de situação é a injeção letal.

O Tribunal Federal alemão a reconheceu expressamente, em 1996. A eutanásia indireta pode ser harmonizada com a punibilidade, prevista no Direito alemão, do homicídio a pedido da vítima, se interpretarmos esse dispositivo de maneira adequadamente restritiva. O doente não pede, aqui, sua morte, mas uma anestesia, não almejando a possível diminuição da vida, mas assumindo o risco de que ela ocorra. Isso é permitido em virtude não só da vontade real ou presumida do paciente, mas também de uma ponderação objetiva, pois uma vida um pouco mais curta sem dor vale mais do que uma vida não muito mais longa sob dores dificilmente suportáveis. O Direito brasileiro, apesar de não apresentar dispositivo expresso tipificando o homicídio a pedido da vítima, abarca tal conduta no próprio homicídio simples ou no privilegiado (art. 121, *caput* e § 1º, CP). Ao que me parece, a problemática coloca-se de modo idêntico, podendo ser solucionada da mesma forma, interpretando restritiva o alcance dos dispositivos mencionados.³

Diferentemente da eutanásia ativa, que exige uma ação positiva de terceiro, visando a ajudar o paciente em fase terminal a morrer, encurtando-lhe a vida, a eutanásia passiva permite que a morte sobrevenha naturalmente após a retirada de meios terapêuticos extraordinários, cujo efeito cinge-se a prolongar o sofrimento do moribundo.⁴ Na eutanásia passiva a morte do paciente ocorre ou porque não se inicia uma ação médica ou pela interrupção de uma medida extraordinária, com o objetivo de minorar o sofrimento. A eutanásia passiva caracteriza-se pela interrupção dos cuidados médicos ou farmacológicos ao doente a fim de que a sua vida seja abreviada por si mesmo, sem se tentar por todos os meios mantê-lo vivo. Morte que ocorre devido a uma omissão que pode se dar pela não utilização de aparelhos, como o da respiração artificial ou pela mera omissão do tratamento indispensáveis à manutenção da vida.⁵

Tem sido vinculado o uso da expressão eutanásia passiva a da ortotanásia (do grego *orthos*: normal, correta + *thanatos*: morte), que indica a omissão voluntária do médico em aplicar ou interromper meios terapêuticos extraordinários ao paciente acometido de doença incurável e que sofre terrivelmente, em respeito

à autonomia de vontade do moribundo. Em outros termos, pode-se dizer que a “ortotanásia ou paraeutanásia – conhecida por eutanásia por omissão – indica a omissão voluntária, pelo médico, dos meios terapêuticos, visando a deixar o paciente que sofre doença incurável e terrível agonia encontrar a morte”.⁶

De Swiderek se extrai que “a ortotanásia, diferentemente da distanásia, é sensível ao processo de humanização da morte e alívio das dores, não incorrendo em prolongamentos abusivos com a aplicação de meios desproporcionados que imporiam sofrimentos adicionais”. Tanto que a autora afirma em seu trabalho que “*Ortotanásia é igual à Eutanásia Genuína*”.⁷ [grifo nosso]

A designação ortotanásia demanda a introdução da noção de morte iminente que, embora se assemelhe a de terminalidade, deve ser interpretada de forma menos ampla. O conceito de iminência serve para afastar a tipicidade da conduta do médico que omite ou suspenda medida fútil ou meramente protelatória da morte e cuja manutenção importa em mais prejuízos e agonias do que em benefícios para o paciente. Sua restrição possibilita que a morte advinha da própria doença, sem que se submeta o doente a novas abordagens que já não têm como produzir qualquer melhoramento quanto à enfermidade⁸.

A doença terminal pode ser considerada como a fase final de inúmeras enfermidades crônicas progressivas. A situação de terminalidade acontece quando não há mais possibilidade de resgate das condições de saúde do paciente e a probabilidade de morte próxima se torna inevitável e previsível. A inculpabilidade também pode levar a caracterização de paciente terminal. É quando se esgotam todos tratamentos disponíveis e se alcança o nível vital de irreversibilidade. Essa situação pode ser identificada por algumas características: presença de enfermidade avançada incurável pelos meios técnicos existentes; impossibilidade de resposta a tratamentos específicos; presença de sintomas múltiplos, multifatoriais e cambiantes que condicionam a estabilidade evolutiva do paciente; impacto emocional devido à iminência da morte no paciente, na família e na equipe terapêutica; prognóstico de vida breve inferior a seis meses. A terminalidade se instala quando a expectativa de morte, como consequência direta da enfermidade, aparece na mente do paciente, da família e da equipe médica⁹.

Os motivos constituem a pedra de toque do crime, sua significação, de modo que não há delito sem motivo. Boas intenções, porém, não levam sempre a bons resultados pois, embora movido pela compaixão, o fato é que a morte acaba por tirar da pessoa não apenas a possibilidade de sentir dor, aniquilando qualquer outra possibilidade existencial¹⁰. Por óbvio, ainda, seria fundamental o consentimento do paciente. Aqui, procuramos definir limites ao poder punitivo relativamente a disposições livres e esclarecidas que só podem ser obtidas quando o paciente tem plena capacidade para decidir.

A ortotanásia é a modalidade que vem provocando maior preocupação e, pode-se dizer assim, uma certa pressão de importantes setores sociais no sentido de sua efetivação. Tal prática é corrente nos corredores de hospitais o que poderia, até mesmo, levar a uma discussão relativamente a sua *adequação social*.

Apesar de frequente, recente pesquisa demonstrou que os termos trabalhados acima são de pouca familiaridade entre os profissionais da saúde. Em pesquisa realizada com 27 enfermeiros, no Estado de São Paulo, Nenhum enfermeiro soube conceituar eutanásia, metade conceituou distanásia e apenas um terço a ortotanásia. Do total, 65,39% reconhecem algum desses processos em sua prática diária, 25,9% afirmam não acreditar que o enfermeiro pode contribuir sabendo desses conceitos e sua aplicabilidade, 82,36% relataram ser importante saber os princípios bioéticos, mas somente 14,81% souberam citá-los. O fundamento do agir profissional dos enfermeiros não foi homogêneo e o conhecimento acerca do tema ainda é limitado. A busca pela ortotanásia, os princípios bioéticos e a humanização da assistência deveriam ser fundamentos de sua assistência.¹¹

2 TIPICIDADE CONGLOBANTE: PREMISSAS E POSSIBILIDADES

A chamada teoria geral do delito se consolidou tomando como referencial teórico a divisão dogmática do crime a partir de três institutos completamente distintos: a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade. Evidentemente que cada um deles, a partir da essência da tripartição aqui referida, foi desmembrado para que as mais diversas abordagens fossem possíveis.

A partir disso, a tipicidade não encontraria pontos de ligação com a ilicitude ou com a culpabilidade da mesma forma que essa não se aproxima daquelas, de modo que, ao fim e ao cabo, nenhuma se aproxima da outra, pertencendo, pois, a universos que parecem distintos. Bem por isso que a chamada teoria do crime é compreendida, a grosso modo, e numa representação bastante rudimentar, como se fosse os degraus de uma escada, na qual aquele que sobre ela transita – aqui, o aplicador do direito penal – somente avança ao segundo degrau se o primeiro estiver superado e, assim, sucessivamente até que se chegue ao terceiro, que é o da culpabilidade.

Com isso, diante da prática de um dado acontecimento da vida, v.g., a morte, para se perquirir acerca da prática de um crime e da aplicação da pena ao seu autor, há que se percorrer, sob esse viés, um necessário caminho pré-ordenado, no qual antes de qualquer coisa, se deve indagar se a conduta é típica; após, se está ou não acobertada por qualquer excludente de antijuridicidade e, ao final, se o agente merece pena, donde a análise de faz desde a culpabilidade.

Não obstante essa forma “*comum*”, ou melhor, consolidada de se pensar o crime, o autor argentino Eugenio Raúl Zaffaroni propõe, há algum tempo, um enfrentamento da tipicidade em compasso com a ilicitude e, porque não se dizer, pela via reflexa, também com a culpabilidade.

A partir de um giro que ele imprime sobre a teoria do delito, passa a sustentar a *Tipicidade Conglobante*, que nada mais é do que uma forma bastante particular de compreender a tipicidade e a ilicitude não como “degraus distintos de uma mesma escada”, mas sim como instituto diretamente vinculados, já que “*no puede negarse la absoluta irracionalidad de pretender prohibir lo que no lesiona a nadie (porque no hay lesión, porque no es significativa o porque el sujeto pasivo no es tal, sino que acuerdo con la conducta del agente o asumió el riesgo del resultado), o prohibir lo que se ordena hacer, lo que se fomenta y recomienda o lo que es realización de riesgos que no se prohíben porque son consecuencia necesaria de actividades lícitas fomentadas*”¹².

Essa ideia, para além de tentar a racionalização a teoria do crime, pretende, sinteticamente, criar um sistema, que reclama como pressuposto de existência, a compatibilidade lógica dos diversos institutos que dele fazem parte ou em seu entorno gravitam.

É por isso que, buscando justificar a teoria em análise, o autor afirma que, desde a perspectiva do oficial de justiça que cumpre ordens legais e nos exatos termos em que foi lançada pelo magistrado para sequestrar um quadro a fim de satisfazer o crédito de seu devedor, atuaria o servidor amparado sob o estrito cumprimento do dever legal, não obstante, a conduta fosse considerada típica. Por isso que diz:

Para boa parte da doutrina, o oficial de justiça teria atuado ao amparo de uma causa de justificação, isto é, que faltaria a antijuridicidade para a conduta, mas que ela seria típica¹³.

Incomodado com essa solução, que na sua ótica, rompe com a necessária e intrínseca harmonia de um sistema jurídico, pergunta-se Zaffaroni se é razoável que um dado ordenamento normativo – e, no caso, refere-se ao Direito Penal – proíba e permita, ao mesmo tempo, a mesma conduta?

A partir da resposta negativa à pergunta, diz o autor que a ordem que as normas “devem guardar entre si impede que uma norma proíba o que a outra ordena, como também impede que uma norma proíba o que a

outra fomenta. A lógica mais elementar nos diz que o tipo não pode proibir que o direito ordena e nem o que ele fomenta”¹⁴.

Isso nos indica, segue o autor dando, desde já a síntese do que entende por tipicidade conglobante,

que o juízo de tipicidade não é um mero juízo de tipicidade legal, mas que exige um outro passo, que é a comprovação da tipicidade conglobante, consistente na averiguação da proibição através da indagação do alcance proibitivo da norma, não considerada isoladamente e sim conglobada na ordem normativa. A tipicidade conglobante é um corretivo da tipicidade legal, posto que pode excluir do âmbito do típico aquelas condutas que apenas aparentemente estão proibidas, como acontece no caso exposto do oficial de justiça, que se adequa ao ‘subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel’, mas que não é alcançada pela proibição de não furtarás¹⁵.

Desde a ideia sustentada por Zaffaroni, nos parece que, nos moldes da Teoria da Imputação Objetiva, funciona a tipicidade conglobante como um elemento restritivo à incidência punitiva, de forma que, para ser possível a configuração típica de dada conduta, não que incidir, simultaneamente, a tipicidade formal e a tipicidade conglobante. Com isso, somente será considerada como tipicamente perfeita a ação ou omissão que, além de estarem previstas no ordenamento positivado como tais, ainda não sejam, pelo mesmo ou outro ramo do direito, fomentadas ou toleradas.

Como decorrência desse raciocínio, e para se manter coerente com a premissa da ideia, não poderia o autor afirmar outra coisa que não, a partir da tipicidade conglobante, que se impede o “absurdo de afirmar que o policial que detém um suspeito comete uma privação ilegal de liberdade justificada, ou que o oficial de justiça que sequestra uma coisa móvel comete furto justificado, ou que o médico que cumpre com o dever de denunciar uma doença infecciosa comete uma violação de segredo profissional justificada etc. Essas condutas”, arremata, “são diretamente atípicas”¹⁶.

Fixada a ideia geral acerca da tipicidade conglobante, Zaffaroni demonstra, implicitamente, a preocupação em dar vida prática à sal teoria, passando, por conta disso, a enfrentar algumas situações fáticas específicas para solucioná-las nos moldes do que prega.

Assim, trabalha com as situações de intervenção cirúrgica, para dizer, desde logo, que nesse âmbito, o tipo penal objetivo e subjetivo estão completos, pois que é inegável que o cirurgião causa a lesão – ao realizar o procedimento cirúrgico – e, ainda, também, que possui a vontade de fazê-lo. Mais ainda: não há como se negar, também, que as intervenções médicas nas quais o cirurgião é obrigado a praticar dado procedimento (atividades terapêuticas) são fomentadas pela ordem jurídica. E nem precisaríamos recorrer à legislação sanitária, como propõe o autor para comprovar o fomento que o Direito empresta à dadas intervenções. Bastaria que nos socorrêssemos do artigo 13 do Código Penal que coloca o profissional da saúde na condição de agente garantidor do paciente que lhe é entregue.

Dessa forma, as lesões eventualmente praticadas pelo médico, se realizadas com observância da *lex artis*, não lhe são imputadas porque agiu sob o amparo de causa de justificação, mas sim porque, conglobantemente, a conduta não é típica. Essa ideia ainda é aplicada pelo autor às hipóteses de lesão desportiva nas quais lesões são praticadas dentro dos estritos limites impostos pelas regras de regência¹⁷.

3 SISTEMA BIOÉTICO E TIPICIDADE CONGLOBANTE: OUTROS PONTOS RELEVANTES

Uma das consequências mais notáveis do caso de Karen Ann Quinlan foi a criação dos chamados *Comitês de Bioética* nos Estados Unidos. Em 31 de março de 1976, o juiz Richard Hughes, da Suprema Corte de Nova

Jersey, Estados Unidos, respondeu à solicitação de suspensão da respiração artificial feita pelos pais de Karen assinalando que devia ser consultado o comitê de ética do hospital no qual ela se achava internada. A *Morris View Nursing Home*, instituição na qual se encontrava em coma Karen Quinlan, constituiu um comitê de ética composto por dois representantes do clero, o diretor da instituição, uma assistente social, um médico que não participava do tratamento de Karen e o representante legal dessa. O caso Quinlan adquiriu ressonância pública e os Comitês de Ética tornaram-se uma novidade associada ao surgimento da Bioética nos Estados Unidos da América¹⁸.

Esta área do saber, então, nasce de uma necessidade. Necessidade de definir casos difíceis, onde, notadamente, são necessários vários saberes para uma dimensão minimamente compreensível dos problemas-dilemas¹⁹. A ampliação do debate leva ao reconhecimento da mais variada gama de conhecimentos: jurídicos, psicológicos, médicos, religiosos, filosóficos, dentre outros. No entanto, apesar deste campo pregar, acertadamente, o reconhecimento e absoluto respeito à pluralidade, não é possível imaginar-se que o confronto de posicionamentos leve à inércia.

Explicamos: é necessário um certo pragmatismo atribuível aos debates, sob pena de torná-los *hipócritas*, no sentido radical/etimológico do termo. Desta forma, fundamental discutir a efetiva descriminalização de condutas socialmente aceitas e que, não raro, são produtos de *certo* consenso entre os estudiosos da área, já que, sabemos, a *unanimidade* é mais do que uma utopia para os dilemas bioéticos.

O indivíduo é devedor da comunidade, porém somente enquanto vive; em compensação, não está obrigado perante a comunidade a viver, traz Kaufmann. Claro que aqui não se pretende pôr em Dúvida a indisponibilidade da vida em sua fundamentação religiosa e quiçá até mesmo moral. Mas isso não permite fundamentar uma norma penal estatal. Sobre o suicídio e sobre o consentimento do homicídio, cada indivíduo tem de decidir por si mesmo [...] Isto não é assunto do Estado²⁰.

A autonomia do indivíduo e o direito ao próprio corpo, neste sentido, são corolários da *dignidade da pessoa humana*, para os casos em que o sofrimento é insuportável. É necessário termos em mente que a possível apreciação jurídico-penal da ortotanásia não está desvinculada, em absoluto, de critérios médico-objetivos.

Não se ignora que a tentativa de definir ou conceituar dignidade humana leva, necessariamente, à reduções, incompatíveis com a própria importância de seu sentido. Desde uma concepção *kantiana*, onde o corpo do paciente é um meio para atingir sua saúde e qualidade de vida, e não um fim em si mesmo, uma batalha entre vida e morte, onde a vaidade do profissional é prioritária, o mesmo sentido de dignidade é possível se encontrar em outras fundamentações.

Diz Ricardo Timm de Souza que:

A distância incomensurável que separa o conceito de morte do corpo morto é *tudo* o que se tem da realidade e, portanto, é o espaço onde se pode dar a obsessiva busca pela justiça, ou seja, a vida. É neste *intervalo* que o exercício da dignidade – dignidade humana, expressão de dignidade do mundo, dignidade do mundo, transbordamento generoso da dignidade humana – é unicamente Possível; é neste *intervalo* que o humano pode se reencontrar consigo, apesar de tudo.²¹

Também em sentido semelhante, SOUZA: “Os valores que compõem a ideia de direitos humanos são, portanto, a dignidade humana, a paz, a justiça e a democracia e estes estão assentados na noção fundamental de alteridade”²².

Necessário referir, nestes sentidos, a Resolução 1.805/06 do Conselho Federal de Medicina (CFM). Cumpre assinalar, nessa senda, que referendando a interpretação ora defendida – qual seja, a de que as condutas

de ortotanásia são lícitas em nosso ordenamento – o CFM publicou, em novembro de 2006, a citada resolução, assim ementada:

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.

Desde o início essa norma foi alvo de críticas por setores jurídicos, a nosso ver infundadas, culminando com sua suspensão liminar, requerida pelo Ministério Público Federal do Distrito Federal, em 2007.

No entanto, no final de Agosto de 2010, surgiu a notícia de que a própria procuradoria federal desistiu da ação. Segundo a procuradora, nas suas alegações, “não se trata de conferir ao médico uma decisão sobre vida ou morte. [...] Trata-se pois de uma avaliação científica, balizada por critérios técnicos amplamente aceitos, sendo completo despautério imaginar-se que daí venha a decorrer um verdadeiro tribunal de vida ou morte, como parece pretender a (ação) inicial”²³.

Ainda segundo a procuradora, o CFM tem competência para fazer a resolução e sua redação não mudou o cotidiano dos médicos ou trouxe danos. A procuradora solicitou à Justiça que julgue improcedente ação do próprio MPF, apontando equívoco do colega que a antecedeu²⁴.

Desta forma, tendo havido a desistência da ação, está em pleno vigor a resolução 1.805/2006. Como órgão competente para regulamentar a atividade médica, especialmente em seu atuar de acordo com ditames da ética, não se pode olvidar da legitimidade de tal normativa emanada do Conselho Federal de Medicina. Ainda que se considere como norma de caráter subsidiário, critérios hermenêuticos servem para aventar a possibilidade de interpretar a norma específica como a aplicável à situação da vida, já que as normas de caráter hierarquicamente superior nada prevêm sobre estas situações particulares. Parece ser este o caso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o dito, parece-nos claro que a abstenção ou a retirada de tratamentos eminentemente fúteis, segundo avaliação médica e do próprio interessado, não ofende a qualquer das leis penais em vigor, as quais, por definição, são exceção dentro do universo permitido de condutas. Já se disse que a ciência e a tecnologia não podem ser punição ao doente que nasceu no tempo presente, sobretudo quando se considera que tratamentos e medicações efetivamente necessários sequer são disponibilizados a todos os que realmente deles precisam.

Desta forma, possível a aplicabilidade da teoria da tipicidade conglobante para excluir da possibilidade da apreciação penal condutas que estejam abarcadas na Resolução 1.805/2006, do Conselho Federal de Medicina, considerando-as atípicas. É (mais do que) tempo de o Direito Penal ocupar-se de situações que efetivamente sejam compatíveis com a gravosidade que gera sua incidência, sob a pena de sua total e mais absoluta irrelevância em tempos contemporâneos.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Marco Antônio Oliveira de. *Bioética fundamental*. Porto Alegre: Tomo Editorial, 2002.

BIONDO, Chaiane Amorim; SILVA, Maria Júlia Paes da; SECCO, Lígia Maria Dal. O Conceito de Eutanásia na ótica da enfermagem. In: *Rev Latino-am Enfermagem*, v. 17, n. 5, p. 613-919, set./out. 2009. Disponível em: <<http://www.eerp.usp.br/rlae>>. Acesso em: 30 out. 2010.

CASADO, Maria. *La eutanásia: aspectos éticos y jurídicos*. Madrid: Editorial Reus, 1994.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Justica Valida Resolução 1805, que trata sobre ortotanásia. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21154:justica-valida-resolucao-1805-que-trata-sobre-ortotanasia&catid=3>. Acesso em: 13 abr./dez. 2011.

JAKOBS, Gunther. *Suicídio, eutanásia e direito penal*. São Paulo: Manole, 2003.

KAUFMANN, Arthur. *Stafrecht zwischen gestern und Morgen*. 1983. p. 137-144. [Apud JAKOBS, Gunther. *Teoria da pena e suicídio e homicídio a pedido*. São Paulo: Manole, 2003. p. 30-31].

RAMOS, Augusto Cesar. *Eutanásia: aspectos éticos e jurídicos da morte*. Florianópolis: OAB/SC, 2003.

RAÚL ZAFFARONI, Eugenio; PIERANGELI, Jose Henrique. *Manual de direito penal*. Parte geral. São Paulo: RT, 1999.

ROXIN, Claus. *A tutela penal da vida humana*. São Paulo: Damásio de Jesus, 2003.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. Bioética e direitos humanos: novos desafios para os direitos humanos de solidariedade. In: SOUZA, Ricardo Timm de. *Ciência e ética: os grandes desafios*. Porto Alegre: Edipucrs, 2006.

SOUZA, Ricardo Timm de. *A justiça em seus termos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SWIDEREK, Laura. *Análise jurídico-penal da eutanásia: em busca da morte digna*. 2007. 166 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007.

NOTAS

¹ Nestas breves linhas restringiremos a análise apenas aos problemas relativos à eutanásia e suas variantes, sobre homicídio a pedido e auxílio ao suicídio. Sobre estes temas sugere-se a leitura de JAKOBS, Gunther. *Suicídio, eutanásia e direito penal*. São Paulo: Manole, 2003, p. 23-31; ROXIN, Claus. *A tutela penal da vida humana*. São Paulo: Damásio de Jesus, 2003, p. 24-25.

² De acordo com a Organização Mundial de Saúde o conceito atual de saúde é: “saúde é o estado de mais completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de enfermidade”. *O Conceito de Saúde*. Disponível em: <<http://www.cds.ufsc.br/~osni/saude.htm>>. Acesso em: 01 out. 2010.

³ ROXIN, Claus. *A tutela penal da vida humana*. São Paulo: Damásio de Jesus, 2003, p. 22-23.

⁴ CASADO, Maria. *La eutanásia: aspectos éticos y jurídicos*. Madrid: Editorial Reus, 1994, p. 21.

⁵ SWIDEREK, Laura. *Análise jurídico-penal da Eutanásia: em busca da morte digna*. 2007. 166 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, PUCRS, 2007, p. 86.

⁶ RAMOS, Augusto Cesar. *Eutanásia: aspectos éticos e jurídicos da morte*. Florianópolis: OAB/SC, 2003, p. 114.

⁷ SWIDEREK, L., op. cit., p. 87.

⁸ Idem, p. 90.

⁹ Ibidem.

¹⁰ Idem, p. 93.

¹¹ BIONDO, Chaiane Amorim; SILVA, Maria Júlia Paes da; SECCO, Ligia Maria Dal. O conceito de eutanásia na ótica da enfermagem. In: *Rev Latino-am Enfermagem*, v. 17, n. 5, p. 613-619, set./out. 2009. Disponível em: <<http://www.eerp.usp.br/rlae>>. Acesso em: 30 out. 2010.

¹² RAÚL ZAFFARONI, Eugenio. *Derecho penal*. Parte general. Buenos Aires: Argentina, 2002, p. 485.

¹³ RAÚL ZAFFARONI, Eugenio; PIERANGELI, Jose Henrique. *Manual de direito penal*. Parte geral. São Paulo: RT, 1999, p. 458.

¹⁴ Idem, p. 459.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Idem, p. 553.

¹⁷ Idem, p. 558.

¹⁸ AZEVEDO, Marco Antônio Oliveira de. *Bioética fundamental*. Porto Alegre: Tomo Editorial, 2002, p. 34-35.

¹⁹ Note-se que o próprio Supremo Tribunal Federal ainda está discutindo a Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 54/2004, cujo objeto centra-se no aborto seletivo. Para tanto, convocou a primeira audiência pública de sua história democrática.

²⁰ KAUFMANN, Arthur. *Stafrecht zwischen gestern und Morgen*, 1983, p. 137-144 apud JAKOBS, Gunther. *Teoria da pena e suicídio e homicídio a pedido*, São Paulo: Manole, 2003, p. 30-31.

²¹ SOUZA, Ricardo Timm de. *A justiça em seus termos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 153-154.

²² SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Bioética e direitos humanos: novos desafios para os direitos humanos de solidariedade*. p. 126. In: SOUZA, Ricardo Timm de. *Ciência e ética: os grandes desafios*. Porto Alegre: Edipucrs, 2006.

²³ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Justiça valida Resolução 1805, que trata sobre ortotanásia. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21154:justica-valida-resolucao-1805-que-trata-sobre-ortotanasia&catid=3>. Acesso em: 13 abr. 2011.

²⁴ Ibidem.