



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE DIREITO**

EMYLLE KAYNAR LOPES DA SILVA PIRES

ORTOTANÁSIA E O DIREITO À MORTE DIGNA

FORTALEZA

2017

EMYLLE KAYNAR LOPES DA SILVA PIRES

ORTOTANÁSIA E O DIREITO À VIDA DIGNA

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito. Área de concentração: Bioética e Biodireito

Orientadora: Prof. Maria José Fontenelle Barreira Araújo

FORTALEZA

2017

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

P1o PIRES, EMYLLE KAYNAR LOPES DA SILVA PIRES.
ORTOTANÁSIA E O DIREITO À VIDA DIGNA / EMYLLE KAYNAR LOPES DA SILVA PIRES
PIRES. – 2017.
59 f. : il. color.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito,
Curso de Direito, Fortaleza, 2017.

Orientação: Prof. Me. MARIA JOSÉ FONTENELLE BARREIRA ARAÚJO.

1. BIODIREITO. I. Título.

CDD 340

EMYLLE KAYNAR LOPES DA SILVA PIRES

ORTATANÁSIA E O DIREITO À VIDA DIGNA

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito. Área de concentração: Bioética e Biodireito

Aprovada em: ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Mestre Maria José Fontenelle Barreira Araújo (orientadora)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Mestranda Beatriz Lima Nogueira
Universidade Federal do Ceará (UFC)

A Deus.

A minha mãe, Viltânia.

“Sem a liberdade de deixar esta vida, viveríamos sem a liberdade de viver porque, não tendo a liberdade de morrer, não estaríamos na vida por escolha, mas encarcerados como uma prisão”.

(Marcel Conche)

RESUMO

O objetivo principal desta pesquisa é compreender a ortotanásia e o direito à vida digna, e os objetivos específicos são analisar a Constituição e seus princípios, verificar a aplicação dos princípios, direitos e garantias fundamentais, estudar o Novo Código de Ética Médica e a ortotanásia, investigar a tipificação do paciente terminal à luz da Medicina moderna e teorizar sobre a aplicação da dignidade da pessoa humana no caso da ortotanásia. A metodologia utilizada é a revisão de literatura, através da pesquisa bibliográfica. Conclui-se que a escolha pela morte através da ortotanásia é baseada, essencialmente, no conceito subjetivo do próprio doente com doença terminal ou incurável, levando sempre em conta o respeito à dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Ortotanásia. Dignidade da pessoa humana. Ética Médica.

ABSTRACT

The main objective of this research is to understand orthothanasia and the right to a dignified life, and the specific objectives are to analyze the Constitution and its principles, verify the application of principles, rights and fundamental guarantees, study the New Code of Medical Ethics and orthonasia, investigate the typification of the terminal patient in the light of modern medicine and theorize about the application of the dignity of the human person in the case of orthasia. The methodology used is literature review, through bibliographic research. It is concluded that the choice of death through orthothasiasis is essentially based on the subjective concept of the patient with terminal or incurable disease, always taking into account respect for the dignity of the human person.

Key words: Orthonasia. Dignity of human person. Medical Ethics

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	4
2. A CONSTITUIÇÃO E SEUS PRINCÍPIOS	6
2.1 A Constituição Federal de 1988.....	8
2.2 Os princípios norteadores da Constituição Federal de 1988.....	9
3. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS, DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS	13
3.1 O direito fundamental à vida.	14
3.2 A dignidade da pessoa humana.....	16
3.3 O direito à liberdade.....	17
3.3.1 <i>A autonomia como princípio bioético.</i>	19
3.4 O direito à saúde.....	21
4. O NOVO CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA E A ORTOTANÁSIA	24
4.1 A necessidade de criação do novo Código de Ética Médica.	28
5. A TIPIFICAÇÃO DO PACIENTE TERMINAL À LUZ DA MEDICINA MODERNA	31
5.1 Conceito de ortotanásia	34
5.2 A tipificação e permissão da ortotanásia no Brasil.....	35
5.2.1 <i>Entendimento Jurisprudencial.</i>	37
6. A APLICAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A ORTOTANÁSIA	41
6.1 A dignidade da pessoa humana como princípio norteador da ortotanásia.	41
6.2 As cautelas e os fatos na possibilidade da ortotanásia.....	44
7. CONSIDERAÇÕES FINAIS	49
REFERÊNCIAS	50

1 INTRODUÇÃO

Neste trabalho aborda-se a tão mistificada morte como um processo natural da vida, que merece atenção especial por parte da sociedade e dos profissionais médicos e juristas quando se está diante de um paciente com doença terminal ou incurável. Nessa situação, a morte certa e inevitável recebe novos contornos, com a possibilidade de dar-se mais importância para a qualidade da vida que ainda resta em detrimento da adoção de tratamento médico. Tudo isso em razão da revogação da antecipação da tutela, em 1º de dezembro de 2010, que tinha, anteriormente, suspenso a eficácia da Resolução CFM nº 1.805 (BRASIL, 2006).

Esta resolução permitia ao médico, nessas condições, a limitação ou suspensão de procedimentos e tratamentos que prolongassem a vida do paciente, desde que com o seu consentimento ou de seu representante legal, permissão, esta, repetida pelo Novo Código de Ética Médica (BRASIL, 2009), prevendo a não-punição ético-disciplinar do médico que pratica a ortotanásia.

O estudo envolveu aspectos relacionados ao Direito Constitucional, ao Biodireito e à Hermenêutica Jurídica, considerando o direito fundamental à vida, assim como a dignidade da pessoa humana, interpretadas e aplicadas no âmbito do Biodireito em situação de fim de vida, em que se vislumbre a possibilidade da prática da ortotanásia.

Visou-se compreender a dignidade da pessoa humana, entendida subjetivamente, como princípio norteador do paciente com doença terminal ou incurável, na sua decisão de escolha pela morte, seja através de tratamento médico, seja através de tratamento paliativo. Buscou-se analisar a escolha pela morte, por parte do doente terminal, pela perspectiva de compreensão da dignidade do próprio doente terminal, expressada pelo paciente (quando consciente) ou pelo seu representante legal, considerando o estilo de vida e crenças do doente até o momento que antecedeu à inconsciência.

Para a realização desta pesquisa, foi utilizado o método lógico dedutivo, aplicando racionalmente os métodos lógicos de interpretação. As fontes de pesquisa basearam-se na legislação brasileira, na doutrina e na jurisprudência brasileira.

Desta forma, o objetivo principal é compreender a ortotanásia e a aceitar o direito à vida digna, sendo objetivos específicos os de analisar a Constituição e seus princípios, verificar a sua aplicação, direitos e garantias fundamentais, estudar o Novo Código de Ética Médica e a ortotanásia, investigar a tipificação do paciente terminal à luz da Medicina moderna e teorizar sobre a aplicação da dignidade da pessoa humana no caso da ortotanásia.

Inicialmente, foram expostos os conceitos de Constituição e de princípio constitucional, bem como uma sucinta explicação sobre os mesmos. Além disso, também foram apresentados os princípios norteadores da Constituição Federal (BRASIL, 1988), assim como o direito fundamental à vida e a dignidade da pessoa humana, por serem essenciais no estudo da aplicação da ortotanásia.

Avançando para o cerne da pesquisa, apresentou-se a Resolução CFM nº 1.805 (BRASIL, 2006), assim como o Novo Código de Ética Médica (BRASIL, 2009), sendo textos legais pioneiros na previsão da possibilidade de aplicação da ortotanásia, sem que se proceda à punição ético-disciplinar do médico, e, também, a batalha judicial enfrentada para revogar a antecipação da tutela que suspendeu a possibilidade de sua aplicação.

Nesse sentido, discorreu-se acerca da realidade com que se deparavam os pacientes com doença terminal ou incurável, seus familiares e médicos, até antes da previsão de permissão de prática da ortotanásia, com a finalidade de entender a necessidade de criação do Novo Código de Ética Médica (BRASIL, 2009). Para tanto, foi necessário compreender o que é entendido por paciente terminal à luz da Medicina moderna.

Neste passo, chegou-se a um ponto crucial para a conclusão da presente pesquisa: estudou-se a ortotanásia em si, o seu conceito, a sua tipificação e permissão no Brasil. Ao final, o estudo voltou-se para a dignidade da pessoa humana como princípio norteador da ortotanásia, chegando a ponto de sustentar a legitimidade do apelo à boa morte.

2 A CONSTITUIÇÃO E SEUS PRINCÍPIOS

Várias são as acepções para a palavra “Constituição”. Pode-se entendê-la como o ato de constituir, como sinônimo de organização ou de modo de ser (dependente da fundação ou organização) ou, ainda, como a lei fundamental que regula os direitos e deveres dos cidadãos.

Mais especificamente no âmbito da ciência do Direito, a Constituição é considerada a lei fundamental do Estado, o complexo de regras fundamentais de uma determinada organização social. Morbidelli (2008, p. 31-32), em seu discurso, afirma que:

O termo “Constituição” é empregado referindo-se às regras fundamentais da organização originária e soberana, isto é, do Estado. Entretanto, o autor considera mais correto definir a constituição como a lei fundamental do Estado, que, inclusive, constitui aquele particular tipo de Estado, ditando-lhe as regras essenciais, desde as de convivência até as de exercício de poderes públicos.

Trata-se, ainda, de uma definição incompleta, visto que na noção de Constituição há a confluência de significados históricos, sociológicos, ideológicos, filosóficos, políticos, dos quais não se pode desvencilhar, os quais impedem de “fechar” a Constituição em uma sintética definição.

Silva (2007, p. 39), novamente, corrobora tal posicionamento, defendendo que uma definição de Constituição que considere somente um aspecto peca pela unilateralidade. Por este motivo, vários autores procuram formular um conceito único, que agregue as suas normas com a totalidade da vida coletiva.

Aprofunda Silva (2007, p. 39), afirmando que:

O sentido jurídico de Constituição não se obterá, se a apreciarmos desgarrada da totalidade da vida social, sem conexão com o conjunto da comunidade. Pois bem, certos modos de agir em sociedade transformam-se em condutas humanas valoradas historicamente e constituem-se em fundamento do existir comunitário, formando os elementos constitucionais do grupo social, que o constituinte intui e revela como preceitos normativos fundamentais: a Constituição.

Entretanto, a noção de Constituição como expressão das normas fundamentais do Estado de Direito não opera somente como um produto teórico-cultural, apontando relevância, também, no âmbito do direito positivo.

Assim, além de norma fundamental, a Constituição brasileira, em razão da sua rigidez, também goza de soberania sobre a legislação infraconstitucional. De acordo com Moraes

(2007, p. 11), juntamente com a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos, a supremacia das regras constitucionais, no ordenamento jurídico brasileiro, exige a preferência de interpretação do regramento infraconstitucional de acordo com a Constituição Federal, quando, é claro, for o caso de norma com mais de uma interpretação possível.

Nesse sentido, Canotilho (2001, p. 1.131):

A Constituição é uma lei dotada de características especiais. Tem um brilho autônomo expresso através da forma, do procedimento de criação e da posição hierárquica das suas normas. Estes elementos permitem distingui-la de outros actos com valor legislativo presentes na ordem jurídica. Em primeiro lugar, caracteriza-se pela sua posição hierárquico-normativa superior relativamente às outras normas do ordenamento jurídico. [...] a superioridade hierárquico-normativa apresenta três expressões. 1) as normas constitucionais constituem uma *lex superior* que recolhe o fundamento da validade em si própria (autoprímazia normativa); (2) as normas de constituição são normas de normas (*normae normarum*) afirmando-se como uma fonte de produção jurídica de outras normas (leis, regulamentos, estatutos); (3) a superioridade normativa das normas constitucionais implica o princípio da conformidade de todos os atos dos poderes públicos com a Constituição.

É nesse contexto que se inserem os princípios constitucionais, por integrarem a base de um ordenamento jurídico. Com referência neles desenvolvem-se as demais regras infraconstitucionais orientadoras da sociedade. Nas palavras de Bonavides (2008, p. 271), “os princípios são normas e as normas compreendem igualmente os princípios e as regras”.

Para iniciar, Bonavides (2008, p. 255-256), ao conceituar princípio, afirma que:

A ideia de princípio, segundo Luís-Diez Picazo, deriva da linguagem da geometria, “onde designa as verdades primeiras”. Logo, acrescenta o mesmo jurista que exatamente por isso são “princípios”, ou seja, “porque estão ao princípio”, sendo “as premissas de todo um sistema que se desenvolve *more geométrico*”.

Silva (2007, p. 91), no entanto, discorda de tal aceção quando se utiliza a expressão “princípios fundamentais do Título I da Constituição”, por entender que:

A palavra princípio é equívoca. Aparece com sentidos diversos. Apresenta a aceção de começo, de início. Norma de princípio (ou disposição de princípio), por exemplo, significa norma que contém o início ou esquema de um órgão, entidade ou programa, como são as normas de princípio institutivo e as de princípio programático. Não é nesse sentido que se acha a palavra princípios da expressão princípios fundamental do Título I da Constituição. Princípio aí exprime a noção de “mandamento nuclear de um sistema”.

Recorremos mais uma vez à lição de Canotilho (1986, p. 66), segundo a qual “os princípios fundamentais visam essencialmente definir e caracterizar a coletividade política e o

Estado e enumerar as principais opções político-constitucionais”. Afirma ainda que os artigos que os consagram “constituem, por assim dizer, a síntese ou matriz de todas as restantes normas constitucionais, que àquelas podem ser directa ou indirectamente reconduzidas”.

Bonavides (2008, p. 286) faz coro, declarando que:

A proclamação da normatividade dos princípios em novas formulações conceituais e os arestos das Cortes Supremas no constitucionalismo contemporâneo corroboram essa tendência irresistível que conduz à valoração e eficácia dos princípios como normas-chaves de todo o sistema jurídico; normas das quais se retirou o conteúdo inócuo de programaticidade, mediante o qual se costumava neutralizar a eficácia das Constituições em seus valores reverenciais, em seus objetivos básicos, em seus princípios cardeais.

Assim, os princípios fundamentais são juridicamente valorados diferentemente das demais normas do ordenamento jurídico. Silva (2007, p. 96), novamente afirma, como se percebe a seguir:

Algumas são normas-síntese ou normas-matriz cuja relevância consiste essencialmente na integração das normas de que são súmulas, ou que as desenvolvem, mas têm eficácia plena e aplicabilidade imediata, como as que contêm os princípios da soberania popular e da separação de poderes (arts. 1º, parágrafo único, e 2º).

Inicia-se, pois, a partir de agora, o estudo propriamente da Constituição Federal (BRASIL, 1988), seus fundamentos e princípios norteadores.

2.1 A Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal (BRASIL, 1988) veio como resultado da insatisfação do anterior regime de exceção, que restringia ou até mesmo ignorava direitos fundamentais. Tal Constituição portou alento ao povo, assegurando diversas garantias fundamentais.

Silva (2007, p. 88) sintetiza o momento histórico em que se encontrava a nação até poucos anos antes do Estado Democrático de Direito:

A luta pela normalização democrática e pela conquista do Estado Democrático de Direito começara assim que se instalou o golpe de 1964 e especialmente após o AI5,

que foi o instrumento mais autoritário da história da política no Brasil. Tomara, porém, as ruas, a partir da eleição dos Governadores em 1982. Intensificara-se, quando, aos comícios em prol da eleição direta do Presidente da República, interpretando o sentimento da Nação, em busca do reequilíbrio da vida nacional, que só poderia consubstanciar-se numa nova ordem constitucional que refizesse o pacto político-social.

Ao surgir, a Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988) trazia em seu bojo uma redação moderna, com atendimento a inovações de grande relevância constitucional para a nação.

O Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988), promulgada em 05.10.1988, tem o seguinte enunciado:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte, para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

Importante ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.076/AC, decidiu que o Preâmbulo não tem valor jurídico-normativo, pois possui natureza política, retratando a posição ideológica do poder constituinte.

O que se percebe, pois, é que o preâmbulo da Constituição Federal (BRASIL, 1988) apresenta-se como instrumento de proclamação de princípios, que rompe com o ordenamento constitucional anterior, anunciando o surgimento de um novo ordenamento jurídico estatal.

2.2 Os princípios norteadores da Constituição Federal de 1988

Sobre os princípios constitucionais, Paulo Márcio Cruz (CRUZ, 2003, p. 99) elucida:

Princípios Constitucionais são normas jurídicas caracterizadas por seu grau de abstração e de generalidade, inscritas nos textos constitucionais formais, que estabelecem os valores e indicam a ideologia fundamental de determinada Sociedade

e de seu ordenamento jurídico. A partir deles todas as outras normas devem ser criadas, interpretadas e aplicadas.

Ainda segundo o referido autor (2003, p. 99), os princípios constitucionais são dotados das seguintes características:

- I – Condicionarem toda criação, interpretação e aplicação do Direito, ou seja, por serem gerais;
- II – Condicionarem os outros princípios constitucionais, ou seja, por serem primários;
- III – Condicionarem os valores expressos em todo ordenamento jurídico, ou seja, por sua dimensão axiológica.

A Constituição Federal (BRASIL, 1988) trouxe como princípios próprios (a) a República Federativa do Brasil, (b) o Poder e Divisão de Poderes, bem como (c) o Estado Democrático de Direito. O primeiro dos princípios, a República Federativa do Brasil, identifica a forma de Estado (Federal) e de Governo (República), além de dar nome ao Estado brasileiro. O segundo, o Poder e Divisão de Poderes, traduz, no Poder, “[...] um fenômeno sociocultural. Quer isso dizer que é fato da vida social [...]” (SILVA, 2007, p. 106); e, na Divisão de Poderes, exprime as funções legislativa, executiva e judicial.

O terceiro, o Estado Democrático de Direito, por fim, Dantas (2014, p. 65-66) apresenta como:

“conjugação do Estado de Direito com o regime democrático. Trata-se, portanto, do Estado submetido ao império da lei, ou seja, a um conjunto de normas que criam seus órgãos e estabelecem suas competências, que preveem a separação dos poderes, e que também fixam direitos e garantias fundamentais para a proteção do indivíduo contra eventuais arbitrariedades estatais, e no qual também se garante o respeito à denominada soberania popular, permitindo que o povo (o titular do poder) participe das decisões políticas do Estado, seja por meio de representantes eleitos, seja por meio de mecanismos de democracia direta.” (DANTAS, 2014, p. 65-66).

Esse Estado Democrático de Direito é, atualmente, o último estágio na evolução do Estado de Direito. Este priorizava os direitos do homem/cidadão livre; carrega em seu bojo as características básicas de submissão à imperatividade legal, de divisão dos poderes e de enunciado e garantia dos direitos individuais, de acordo com Silva (2007, p. 112-113).

Contudo, a submissão à lei transfigurou a ideia primeira do Estado de Direito, pois “se o Direito acaba se confundindo com mero enunciado formal da lei, destituído de qualquer conteúdo, sem compromisso com a realidade política, social, econômica, ideológica enfim

[...], todo Estado acaba sendo Estado de Direito, ainda que seja ditatorial”, conforme ensinamentos de Silva (2007, p. 114-115).

Após a frustrada experiência do Estado de Direito, exsurgiu o Estado Social de Direito, como luta contra as “imensas injustiças [...] desvelando a insuficiência das liberdades burguesas” (SILVA, 2007, p. 115).

Com essa patente necessidade de consciência da necessidade de justiça social, o Estado Social de Direito tolhe o individualismo e substitui-o pela consciência social, pelo coletivo. Elías Díaz citado por Silva (2007, p. 116), destaca o ponto suspeito do Estado Social de Direito:

Ainda que institucionalizado no chamado Estado Social de Direito, permanece sempre sob este - representada por seus grupos políticos e econômicos mais reacionários e violentos - essa tendência e propensão do capitalismo ao controle econômico monopolista e à utilização de métodos políticos de caráter totalitário e ditatorial, visando a evitar, sobretudo, qualquer eventualidade realmente socialista.

Diante disto, nasce o Estado Democrático, que visa “realizar o princípio democrático como garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana” (SILVA, 2007, p. 117). Este também já evoluiu para o Estado Democrático de Direito, que afigura no artigo 1º da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Mais uma vez, Silva (2007, p. 119) apresenta as diretrizes desse último conceito:

A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de idéias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício.

Aparecem, atrelados ao princípio do Estado Democrático de Direito da Constituição Federal, cinco princípios fundamentais da República Federativa do Brasil¹, como a dignidade

¹ O título I da Constituição Federal de 1988 é denominado “Dos Princípios Fundamentais” e prevê que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em um Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos cinco princípios, que são fundamentos da República Federativa do Brasil. São eles a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

da pessoa humana, apresentado no inciso III do artigo 1º da referida Constituição Federal (BRASIL, 1988), bem como inúmeros direitos e garantias fundamentais, dentre eles o direito à vida, previsto no caput do artigo 5º da mesma Constituição, que serão estudados a seguir.

3 APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS, DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

A Constituição Federal do Brasil de 1988 instituiu princípios fundamentais e direitos e garantias, também fundamentais. Para Silva (2007, p. 178), a melhor expressão para abarcar ambos os conceitos é Direitos Fundamentais do Homem, visto que:

[...] além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do homem, não como o macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana. Direitos fundamentais do homem significa direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos fundamentais.

Por figurarem tais direitos fundamentais do homem na Carta Magna, não podem, em hipótese alguma, ser ignorados. Ocorre que, quando mais de um de tais direitos fundamentais do homem colidem, de forma que a aplicação de um tem como consequência a frustração da garantia do outro (ou outros), não há alternativa senão sopesar-los e buscar a aplicação proporcional menos danosa ao caso.

No mesmo sentido Humberto Ávila (2005, p.96) assevera que:

Esse postulado surge da coexistência de valores que apontam total ou parcialmente para sentidos contrário. Daí se falar em dever de harmonizar os valores de modo que eles sejam protegidos ao máximo. Como existe uma relação de tensão entre os princípios e as regras constitucionais, especialmente entre aqueles que protegem cidadãos e aqueles que atribuem poderes ao estado, deve ser buscado um equilíbrio entre eles.

Assim, ao deparar-se com a situação de conflito de direitos fundamentais, deve-se utilizar o princípio da concordância prática ou da harmonização, que representa a tentativa de ponderação e compatibilização simultânea de todos esses direitos, ao invés de prevalência de um sobre o(s) outro(s).

Para Alexy (2008, p.90), os princípios constituem “mandados de otimização”. Isso significa que podem ser satisfeitos em graus variados, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Ao contrário das regras, que não permitem uma gradação em seu cumprimento, ou são cumpridas ou descumpridas, os princípios admitem que sejam postos em prática na maior

medida do possível. Enquanto as regras consistem em mandados de determinação, os princípios são de otimização.

Desse modo, percebe-se que a aplicação de um não exclui necessariamente a do outro, sendo preciso buscar a solução mais adequada ao caso concreto. Eles devem ser sopesados, ponderados, não se lhes aplicando a solução do “tudo ou nada”, adotada para os conflitos entre regras.

3.1 O Direito Fundamental à Vida

Aparentemente, o “direito à vida” e o “direito sobre a vida” têm acepções iguais. Entretanto, tais expressões não traduzem a mesma situação. Isso porque a primeira expressão coloca a vida em primeiro plano, deixando o seu titular em situação secundária, por considerar a vida como bem absolutamente indisponível. Já a segunda expressão permite ao seu titular a disponibilidade do bem, que é a vida, não o permitindo, entretanto, a terceiros. Desta forma, esta segunda expressão admite a supressão da vida apenas pelo seu titular, o que é inadmissível no caso da primeira expressão. Para esclarecer, cita-se Sztajn (2007, p. 148):

Quem diz direito à vida, de que cada pessoa é titular, reconhece a existência de uma relação subjacente entre um sujeito e um determinado bem, bem esse cuja indisponibilidade é absoluta. O bem vida não está ligado ao titular para outro fim que o de gozo, por isso acabar com a própria vida é inadmissível. Quem diz direito sobre a vida entende que a indisponibilidade desse direito afeta terceiros, não, porém, o titular. Logo, partindo da ideia de direito à vida, tanto o suicídio quanto a eutanásia estarão, desde logo, descartados, condenados pela sociedade e assim refletidos nas normas jurídicas. Já com base na ideia de direito sobre a vida é possível fazer-se outra análise e admitir, em certos casos, a interrupção da vida por vontade do interessado.

Assim, apesar de apresentar-se mais adequada, para este estudo, a expressão “direito sobre a vida”, em razão de a Constituição Federal brasileira vigente utilizar “direito à vida”, por ora, adotar-se-á também esta expressão.

Na dicção do artigo 5º da Constituição Federal do Brasil de 1988, “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]” Isto é, todos os que estiverem em território brasileiro, sendo

nacionais ou estrangeiros, são destinatários das proteções decorrentes do referido artigo constitucional, pressuposto que é da própria organização da vida em sociedade.

Moraes (2007, p. 31) desmembra o dever do Estado de assegurar o direito à vida em dois, quais sejam: “o primeiro é relacionado ao direito de continuar vivo, e o segundo, relacionado à vida digna quanto à subsistência”.

Não se objetiva, com isto, afirmar que os indivíduos vivem por concessão da Constituição Federal (BRASIL, 1988), mas apenas que esta Constituição garante o direito à vida porque tal direito já existe anteriormente. Afinal, a vida existiria sempre.

Paulo Gustavo Gonet Branco (2010, p. 441), em seu livro *Direito Constitucional*, afirma:

“A existência humana é o pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades disposto na Constituição e que esses direitos têm nos marcos da vida de cada indivíduo os limites máximos de sua extensão concreta. O direito a vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte; não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito estar vivo para usufruí-lo. O seu peso abstrato, inerente à sua capital relevância, é superior a todo outro interesse”.

Sendo a vida humana direito fundamental, pode-se defender que tal direito é universal, recebendo amparo, inclusive, no artigo III da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948, p. 1), que proclama que “todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.” Entretanto, mesmo sendo um direito fundamental e universal, não é absoluto.

Para esclarecer, ensina Alarcón (2004, p. 183) que “[...] em alguns Estados há pena de morte, e com relação a questões como aborto e eutanásia, um debate jurídico de elevado nível.”

Existem situações tipificadas no ordenamento jurídico brasileiro que prevêm a possibilidade de interrupção/cessação do direito à vida, nas chamadas exclusões de ilicitudes, como no estado de necessidade e na legítima defesa, sem que haja punição no âmbito penal a quem provoca tal privação. Extraí-se da lição de Capez (2005, p. 273):

Conceito: causa de exclusão da ilicitude da conduta de quem, não tendo o dever legal de enfrentar uma situação de perigo atual, a qual não provocou por sua vontade, sacrifica um bem jurídico ameaçado por esse perigo para salvar outro, próprio ou alheio, cuja perda não era razoável exigir. No estado de necessidade existem dois ou mais bens jurídicos postos em perigo, de modo que a preservação de um depende da destruição dos demais. Como o agente não criou a situação de ameaça, pode escolher, dentro de um critério de razoabilidade ditado pelo senso comum, qual deve ser salvo.

Para além do âmbito das exclusões de ilicitude, também existe a situação do paciente terminal que escolhe a morte por considerá-la mais digna, o que merece especial atenção, pois coloca frente a frente o valor constitucional da vida com o valor, igualmente constitucional, da dignidade humana. Em razão disto, merece ser debatido este conceito de dignidade da pessoa humana, a fim de estabelecer o seu real alcance e superar o aparente conflito entre esses dois valores consagrados na Constituição.

3.2 A Dignidade da Pessoa Humana

A amplitude de determinados conceitos está estreitamente ligada à sua vagueza. Quanto mais uma ideia é universalmente aceita, mais existe a possibilidade de que surjam significados distantes, senão opostos, atribuídos a esta. Tal consideração parece assumir um significado singular ao referir-se ao conceito de dignidade da pessoa humana.

Isso porque, essencialmente, o conceito de dignidade da pessoa humana é particular, ainda que tenha origem semelhante e que se volte para um fim também símile. O que uma pessoa entende como digno pode não corresponder ao entendimento de outra. É o caso do paciente com doença terminal ou incurável. Não raramente se percebe que tais pacientes contrariam a ordem natural e instintiva de um ser vivo, que deseja e luta para manter-se vivo a qualquer custo, e, em situação de morte inevitável, racionalmente escolhe morrer. O que fundamenta tal decisão é o seu entendimento de vida e dignidade da pessoa humana.

Note-se que na Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948) já se reconhece a dignidade da pessoa humana entre os fundamentos da liberdade, da justiça e da paz no mundo, enquanto Dworkin (1977 apud DINIZ, 2009, p. 98), por exemplo, sustenta como a primeira coisa que se deve aceitar para “levar a sério” os direitos seja justamente “a vaga, mas poderosa ideia de Direitos Humanos”.

Na Constituição Federal brasileira de 1988, a dignidade da pessoa humana vem declarada como fundamento da República Federativa do Brasil, no seu artigo 1º, inciso III. (BRASIL, 1988)

Já Alarcón (2004, p. 177) afirma que:

Trata-se de um valor intangível, que dota de sentido o futuro leque de positividade suprema que concentra outros valores recolhidos pela Constituição, e que, por isso, ostenta uma força normativa superior dentro do ordenamento jurídico.

Lima (2010, p. 276), ao tratar do assunto, defende que:

[...] a dignidade aparece como fundamento e, em razão disso, pode ser caracterizada como a fonte dos direitos fundamentais. Tal princípio é de importância ímpar para o estudo dos direitos da personalidade, tanto é assim, que Orlando Gomes insere-o em sua definição da expressão “direitos da personalidade”, definição que é transcrita in verbis “Sob a denominação de direitos da personalidade, compreendem-se direitos considerados essenciais à pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina, a fim de resguardar a sua dignidade.”

O que se nota, afinal, é que conceito de dignidade, por ser subjetivo, ganha formas diversas, de acordo com cada sujeito, quando da sua expressão. E, por ser assim multifacetário (ou “vago”, para utilizar palavra anteriormente versada), parece somente ser realmente aplicado ao ser respeitado o conceito individual e subjetivo da pessoa objeto do referido fundamento constitucional. Em outras palavras, não há que se falar em dignidade da pessoa humana quando se a aplica de acordo com o que um determinado grupo entende ser digno, se quem sofrerá as consequências de tal aplicação não tiver o mesmo entendimento. Entretanto, por óbvio, não há que se falar em respeito a dignidade da pessoa humana se o comportamento pretendido contrariar princípios ou fundamentos constitucionais. Em meio a isto, cita-se, novamente, Lima (2010, p. 277):

Aliás, o fundamento constitucional dos direitos da personalidade é a dignidade da pessoa humana, segundo aponta a doutrina. O Código Civil Francês, no art. 16, assegura a primazia da pessoa e a lei impede todos os atos atentatórios à dignidade da pessoa humana, garantindo o respeito do ser humano desde o começo de sua vida. No sentido, portanto, todo e qualquer tratamento a que deva ser submetido um paciente deve ser feito tendo em vista a dignidade da pessoa humana.

3.3 O Direito à Liberdade

O conceito de liberdade pode assumir vários contornos. Liberdade pode significar autodomínio, vontade livre, livre-arbítrio, capacidade de autodeterminação. (MENDES, 2006, p.534).

Conforme o pensamento clássico, a ideia de liberdade está intrinsecamente ligada à ideia de autonomia. Uma sociedade livre seria aquela que se sujeita às leis por ela concebidas. A palavra autonomia é derivada do grego *auto* (próprio) e *nomos* (lei). Significa autogoverno.

Desse modo, refere-se à possibilidade de cada indivíduo gerir a sua existência da maneira que achar conveniente, sem interferências externas.

De acordo com o pensamento de Kant, a liberdade só pode existir por meio da autonomia da vontade. Para ele, a liberdade constitui o núcleo essencial do direito. Defende ainda que a liberdade é o único direito natural, sendo um fim em si mesma. Nesse caso, o direito atua como um meio de tornar possível a convivência das vontades por meio da lei universal das liberdades. (GOMES, 2004, p. 149)

Para o constitucionalista José Afonso da Silva, é por intermédio da liberdade que:

[...] o homem dispõe da mais ampla possibilidade de coordenar os meios necessários à realização de sua felicidade pessoal. Quanto mais o processo de democratização avança, mais o homem se vai libertando dos obstáculos que o constroem, mais liberdade conquista. (SILVA 2007, p. 234).

Sob este ponto de vista, Ronald Dworkin estabelece que:

A concepção de autonomia centrada na integridade não pressupõe que as pessoas competentes tenham valores coerentes, ou que façam as melhores escolhas, ou que sempre levem vidas estruturadas e reflexivas.

[...] A autonomia estimula a capacidade geral das pessoas de conduzir suas vidas de acordo com uma concepção individual de seu próprio caráter, uma percepção do que é importante para elas. (DWORKIN, 2009, p. 319).

Neste sentido, Dworkin (2003, p.307) ainda afirma que levar alguém a morrer de uma maneira que outros aprovam, mas que para ele representa uma terrível contradição de sua própria vida, é uma devastadora e odiosa forma de tirania.

É preciso ressaltar ainda que, caso o paciente não tenha a sua vontade respeitada, poderá até mesmo o profissional da saúde incorrer em crime de cárcere privado, constrangimento ilegal ou lesões corporais, tipificados nos artigos 146, 148 e 129 respectivamente, do Código Penal Brasileiro.

Nesse sentido, podemos citar Roxana Borges:

A inobservância dessa vontade, por parte dos médicos, pode caracterizar cárcere privado, constrangimento ilegal e até lesões corporais, conforme o caso. O paciente tem o direito de, após ter recebido a informação do médico e ter esclarecidas as perspectivas da terapia, decidir se vai submeter ao tratamento ou, tendo esse já iniciado, se vai continuar com ele (2001, p. 295)

Dessa forma, ter liberdade é ter autonomia, sendo esta entendida como o direito de o indivíduo tomar decisões a respeito de sua vida, mesmo que essas opções aparentem configurar más escolhas. Com base nisso, em respeito ao princípio da liberdade, as escolhas feitas pelos enfermos devem ser respeitadas, mesmo que se afigurem imprudentes, pois se presume que o indivíduo sabe o que é melhor para si.

3.3.1 A autonomia como um princípio bioético

Existem alguns princípios básicos que devem ser levados em consideração quando da aborgadem de um paciente em estágio terminal. Entre eles, utiliza-se o princípio da autonomia como um mecanismo de enfrentamento de questões éticas.

É preciso ressaltar que esse princípio encontra embasamento no Código de Ética Médica Brasileiro (Capítulo V, Artigo 31), segundo o qual é vedado ao médico “Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte”.

Joaquim Clotet identifica o princípios da autonomia com as teorias filosóficas dos ingleses Jonh Locke e John Stuart Mill:

O princípio da autonomia, denominação mais comum pela qual é conhecido o princípio do respeito às pessoas, exige que aceitemos que elas se autogovernem, ou sejam autônomas, quer na sua escolha, quer nos seus atos. O princípio da autonomia requer que o médico respeite a vontade do paciente ou do seu representante, assim como seus valores morais e crenças. Reconhece o domínio do paciente sobre a própria vida e o respeito à sua intimidade. Limita, portanto, a intromissão dos outros indivíduos no mundo da pessoa que esteja em tratamento. [...] (CLOTET, 1993, p. 5)

Pode-se afirmar que o princípio da autonomia resulta da própria ideia de dignidade da pessoa humana, se contrapondo ao “paternalismo médico”, no qual o paciente é obrigado a se sujeitar a todas as determinações do médico. O paternalismo impede que o paciente atue como agente de seu próprio tratamento e resolva sobre seu próprio destino.

Sobre a referida expressão, Joaquim Clotet (CLOTET, 2006, p. 143) elucida: “Com essa expressão nos referimos à atitude desviada do terapeuta que, visando o bem do paciente, prescinde da vontade e liberdade do doente, tendo este último a capacidade de exercer ambas as faculdades”.

O ideal é a existência de um modelo participativo, no qual cabe ao médico informar, orientar e aconselhar o paciente sobre a tomada de decisões livres. Nesse modelo, paciente e médico atuam como agentes ativos no processo de decisão, por meio do compartilhamento de informações e de escolhas responsáveis.

Nesse sentido, cabe mencionar um importante texto normativo aprovado pelo Congresso do Estados Unidos, em 1991, que trata das relações entre médico e paciente. Sobre o tema, Joaquim Clotet (2206, p. 76) teceu os seguintes comentários:

O Estado da Califórnia reconheceu, em 1976, o direito do paciente de recusar o tratamento que o mantinha com vida, Natural Death Act. Em 1983, a Comissão Presidencial para o Estudo de Problemas Éticos na Medicina publicou o informe *Deciding to Forego Life Sustaining Treatment*, que expõe as opiniões claras e razoáveis da Bioética na forma de recomendações. Em 1985, a Sociedade Médica de Massachusetts aprovou a seguinte resolução, motivada pelo caso Paul Brophy: ‘A Sociedade Médica de Massachusetts reconhece o direito de autonomia dos pacientes terminais e dos indivíduos em estado vegetativo que tenham manifestado previamente sua vontade de recusar o tratamento, incluído o uso da hidratação parenteral e alimentação enteral por sondas entéricas. O cumprimento desta resolução por um médico não constitui uma prática contrária à ética, sempre que o médico e a família estejam de comum acordo quanto ao tratamento a ser prestado’. Em 1986, o Conselho de Assuntos Éticos e Judiciais da Associação Médica Americana publicou, entre outras, as seguintes orientações: ‘Ainda no caso em que a morte não seja iminente, mas no qual o estado de coma do paciente é, sem dúvida alguma, irreversível, existindo garantias para confirmar a precisão do diagnóstico, e contato e assessoria daqueles que têm a responsabilidade do cuidado do paciente, não é contrário à ética sustar o tratamento médico que prolonga a vida.

A partir disso, o princípio da autonomia da vontade foi gradativamente ganhando respaldo, culminando com a criação das diretivas antecipadas da vontade². Tais documentos, que tiverem sua origem nos Estados Unidos da América, constituem na manifestação de vontade do paciente relacionada a cuidados e tratamentos médicos em caso de internação, permitindo, assim, que antecipe decisões a respeito de sua vida.

Essas diretivas da vontade podem ser divididas em duas formas: a) living will; b) durable power of attorney for health care. Enquanto a primeira, conhecida como “testamento em vida”, objetiva estabelecer os tratamentos médicos indesejados ante um diagnóstico de terminalidade, a segunda, traduzida como “mandado duradouro”, visa nomear uma pessoa para tomar decisões relativas a tratamentos médicos pelo indivíduo quando este não fosse mais capaz, seja de forma permanente ou temporária.

² Importante mencionar que ainda não existe no Brasil legislação específica sobre as Diretivas Antecipadas da Vontade. Atualmente, o instituto encontra-se previsto no Código de Ética Médica e na Resolução CFM n. 1.995/2012, e é com base nesse conjunto normativo e nos princípios constitucionais mencionados, que as Diretivas Antecipadas têm sido realizadas e, muitas vezes, registradas em Cartórios de Notas.

3.4 Direito à Saúde

A saúde é direito fundamental previsto no art. 196 da Constituição Federal, e apresenta-se como direito de todos e dever do Estado:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

O Brasil já ratificou importantes documentos de alcance internacional, tais como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Convenção dos Direitos da Criança e a Convenção Americana dos Direitos Humanos.

A Constituição de 1988 trata em vários contextos da saúde, pois, embora a tenha concebido como direito social, a elevou como direito fundamental à sobrevivência. Isso implica no respaldo dado pelo legislador constituinte para que o Estado garanta de forma igualitária a prestação desse direito. Assim, como assevera Afonso da Silva:

Os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. (SILVA, 2007, p. 286).

Posto isso, o direito à saúde goza de status constitucional trazido na Carta como direito fundamental e dever do Estado na prestação desse serviço. A Constituição enfatiza reiteradas vezes ao longo do texto sobre a saúde, tratando-a como direito social atrelado ao princípio da dignidade da pessoa humana, ou seja, demonstra a perspicácia do legislador constituinte, para que a Administração trate-a de forma a atender o mínimo existencial exigido.

No plano teórico, a saúde goza de igualdade formal e material, sendo aquela a previsão positiva no ordenamento jurídico, como garantia fundamental e privilégio normativo constitucional em relação às outras normas. Já no plano material, é a própria relevância desse bem jurídico, sendo vital para manutenção da vida, e vida com dignidade (SARLET, 2007, p. 3).

Quanto ao sentido dimensional, o direito fundamental à saúde encontra-se na segunda geração (ou dimensão), a qual “pode ser considerado como constituindo simultaneamente

direito de defesa, no sentido de impedir ingerências indevidas por parte do Estado e terceiros na saúde do titular.” (SARLET, 2007, p. 9). Na visão do autor, essa defesa constitui-se de forma que:

Impondo ao Estado a realização de políticas públicas que busquem a efetivação desse direito para a população, tornando, além disso, o particular credor de prestações materiais que dizem com a saúde, tais como atendimento médico e hospitalar, fornecimento de medicamentos, realização de exames de mais variada natureza, enfim, toda e qualquer prestação indispensável para realização concreta deste direito à saúde. (SARLET, 2007, p. 8).

Em relação ao paciente terminal, pode-se afirmar que qualidade de vida e direito à saúde são fatores que se encontram diretamente interligados. Sob a influência da Constituição Federal, a ortotanásia, o direito de morrer com dignidade e o direito à saúde podem ser relacionados da seguinte forma:

Assim, infere-se que a saúde deve ser assegurada desde a prevenção até o estágio final da doença, o que não significa dizer usar, às vezes inutilmente, todos os meios existentes para a manutenção da vida do doente, sob pena de ofensa à dignidade da pessoa humana, permeada no artigo 1º, inciso III da Carta Magna. (BOMTEMPO, 2011, p. 174).

Em caso de terminalidade de vida, a concretização do direito à saúde vai muito além da ideia de cura ou prevenção da doença. A efetivação desse direito abrange também o conforto e o bem-estar do paciente.

É imprescindível também que haja a correta alocação dos recursos e o estabelecimento de políticas públicas direcionadas. Quando se utiliza verbas públicas, pode-se afirmar que a inadequada destinação dos recursos para tratamento da saúde (o que pode ocorrer com a futilidade terapêutica) gera, muitas vezes, a precariedade no tratamento de outros pacientes, pondo em risco o respeito à dignidade humana. Nesses termos, a professora Sztajn faz menção à correta alocação dos recursos como forma de efetivação do direito à saúde:

Ora, a destinação de recursos que envolvem o final da vida das pessoas - aqui incluídos pacientes terminais -, quando se prolonga a vida já bastante fragilizada, comprometida, sem qualidade de vida, e, por alguns, considerada desperdício, particularmente se empregados recursos públicos, visto que o efeito sobre a distribuição geral dos serviços de saúde prejudica a muitos. Mais ainda, as despesas com saúde no caso de tratamentos fúteis é extremamente elevadas [sic] se comparada com a média de gastos com outras medidas e, como as consequências sobre a economia de saúde interessam a todos, o problema demanda solução que não represente custo social. Ou seja, é preciso encontrar solução que atenda ao interesse geral, ainda que em detrimento do individual. (SZTAJN, 2009, p. 247).

O que se estudará a seguir é justamente a possibilidade trazida pela Resolução CFM n° 1.931 (BRASIL, 2009), que se consubstancia no Novo Código de Ética Médica, em vigor desde 13 de abril de 2010, de proceder-se à ortotanásia, como tratamento paliativo aos pacientes em situação de doença terminal, em demonstração de respeito pela dignidade da pessoa humana e pelo exercício da autonomia do paciente também na escolha pela morte.

4 O NOVO CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA E A ORTOTANÁSIA

Anteriormente à publicação da Resolução CFM n° 1.931 (BRASIL, 2009), cujo anexo consubstancia-se no Novo Código de Ética Médica, o Conselho Federal de Medicina criou, em 2006, a Resolução CFM n° 1.805, publicada no Diário Oficial da União, em 28 de novembro de 2006, com entrada em vigor na mesma data.

A Resolução CFM n° 1.805 (BRASIL, 2006), no caput do seu artigo 1º, passou a permitir ao médico a possibilidade de limitar ou suspender procedimentos e tratamentos médicos que prolonguem a vida do paciente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da própria pessoa ou de seu representante legal. Noutras palavras, foi regulamentada a possibilidade de prática da ortotanásia. Esta permissão foi concedida aos médicos por decisão plenária do Conselho Federal de Medicina, realizada em 9 de novembro de 2006.

A motivação de tal permissão está no respeito à dignidade da pessoa humana, prevista no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal (BRASIL, 1988), bem como na previsão constitucional do artigo 5º, inciso III, que determina que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.”

Por ser uma Resolução pouco extensa e deveras importante para o presente trabalho, toma-se a liberdade de apresentá-la na íntegra:

RESOLUÇÃO CFM n. 1.805/2006

(Publicada no D.O.U., 28 nov. 2006, Seção I, pg. 169)

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.

O Conselho Federal de Medicina, no uso das atribuições conferidas pela Lei n° 3.268, de 30 de setembro de 1957, alterada pela Lei n° 11.000, de 15 de dezembro de 2004, regulamentada pelo Decreto n° 44.045, de 19 de julho de 1958, e

CONSIDERANDO que os Conselhos de Medicina são ao mesmo tempo julgadores e disciplinadores da classe médica, cabendo-lhes zelar e trabalhar, por todos os meios ao seu alcance, pelo perfeito desempenho ético da Medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exerçam legalmente;

CONSIDERANDO o art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, que elegeu o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil;

CONSIDERANDO o art. 5º, inciso III, da Constituição Federal, que estabelece que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”;

CONSIDERANDO que cabe ao médico zelar pelo bem-estar dos pacientes;

CONSIDERANDO que o art. 1º da Resolução CFM n° 1.493, de 20.5.98,

determina ao diretor clínico adotar as providências cabíveis para que todo paciente hospitalizado tenha o seu médico assistente responsável, desde a internação até a alta;

CONSIDERANDO que incumbe ao médico diagnosticar o doente como portador de enfermidade em fase terminal;

CONSIDERANDO, finalmente, o decidido em reunião plenária de 9/11/2006,

RESOLVE:

Art. 1º É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal.

§ 1º O médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação.

§ 2º A decisão referida no caput deve ser fundamentada e registrada no prontuário.

§ 3º É assegurado ao doente ou a seu representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica.

Art. 2º O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se as disposições em contrário.

Brasília, 9 de novembro de 2006. (BRASIL, 2006, p. 01)

Essa Resolução é, pois, ato emanado pelo Conselho Federal de Medicina, uma autarquia, e, portanto, trata-se de um ato administrativo, que goza de imperatividade e vincula todos os seus administrados. Nas palavras de Meirelles (1991, p. 126):

Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública, que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direito, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.

Em assim o sendo, por ser ato administrativo, a princípio, goza de presunção de legitimidade e está forçosamente submetido à lei, porquanto seja a legalidade um dos pressupostos essenciais às práticas administrativas (BRASIL, 1988). Conforme lição de Di Pietro (2010, p. 197-198):

[...] um dos atributos do ato administrativo, a presunção de legitimidade diz respeito à conformidade do ato com a lei; em decorrência desse atributo, presumem-se, até prova em contrário, que os atos administrativos foram emitidos com observância da lei.

Dessa forma, portanto, a Resolução CFM nº 1.805 (BRASIL, 2006) está formalmente de acordo com a Constituição Federal, bem como com demais normas infraconstitucionais, até que se questionem e discutam sejam juridicamente inconsistentes suas determinações cujo alcance é, nitidamente, de interesse humano maior.

Não obstante, a Resolução CFM nº 1.805 provocou a propositura de uma Ação Civil Pública, em nove de maio de 2007, pelo Ministério Público Federal, contra o Conselho Federal de Medicina, distribuída perante a Décima Quarta Vara Federal do Distrito Federal – autos n. 2007.34.00.014.809-3. O MPF alegava a incompetência do Conselho Federal de Medicina para legislar sobre o tema, além de não poder regulamentar uma conduta caracterizada como crime. Em 1º de dezembro de 2010, a Ação Civil Pública foi julgada improcedente³, ao argumento de que a prática da ortotanásia não poderia ser considerada crime.

É preciso ressaltar que o Magistrado prolator da decisão, Roberto Luis Luchi Demo, argumentou com base nas diferenciações entre eutanásia (morte antecipada provocada por terceiro, por motivo de compaixão), distanásia (prolongamento artificial do processo de morte por meio de tratamentos desnecessários), mistanásia (morte miserável, antes do momento, conhecida também como eutanásia social) e ortotanásia (morte natural, ocorrida no momento certo). Nas palavras do juiz Roberto Luis Luchi Demo:

"Sobre muito refletir a propósito do tema, chego à convicção de que a resolução, que regulamenta a possibilidade de o médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente na fase terminal, realmente não ofende o ordenamento jurídico"

Desse modo, foi reconhecida a validade da Resolução 1805, do Conselho Federal de Medicina, tendo o referido Conselho instituído, em 2006, uma Câmara Técnica de Terminalidade de Vida e Cuidados Paliativos, composta por médicos e juristas, a fim de revisar o Código de Ética Médica.

No dia 24 de setembro de 2009, o Diário Oficial da União publicou a Resolução CFM nº 1.931 (BRASIL, 2009), cujo anexo consubstancia-se no Novo Código de Ética Médica. Este Novo Código de Ética Médica sofreu posteriores alterações, publicadas em 13 de outubro 2009, e teve, afinal, como marco inicial de vigência, o dia 13 abril de 2010, após praticamente 22 anos de aplicação do antigo Código de Ética Médica.

As sete considerações para o seu desenvolvimento estão relacionadas na própria Resolução do Conselho Federal de Medicina. Uma delas é de grande importância para este estudo, a qual segue transcrita: “CONSIDERANDO a busca de melhor relacionamento com o paciente e a garantia de maior autonomia à sua vontade.” Percebe-se, pois, que o Novo Código de Ética Médica (BRASIL, 2009) propõe-se a garantir maior autonomia de vontade

³ Disponível na íntegra em: <https://www.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf> Acesso em 12/11/2017.

do paciente. Noutras palavras, propõe-se a retirar entraves legais que impediam um maior respeito pelo paciente, reafirmando a proposta da Resolução CFM nº 1.805, do Conselho Federal de Medicina, de 2006.

O parágrafo único do artigo 41 do Novo Código de Ética Médica (BRASIL, 2009) tem o seguinte texto:

Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.

Nota-se, pois, que o legislador desenhou a figura da ortotanásia nesse parágrafo, que, sinteticamente, pode ser definida como “deixar morrer” um paciente com doença terminal ou incurável, sem lhe impor a continuidade de uma vida que não poderá vencer a morte, a qual, para este, já não se faz tão longínqua, porque de logo anunciada para advir. E fê-lo de modo a atender àquela consideração norteadora, que busca um melhor relacionamento com o paciente e a garantia da autonomia da sua vontade. Além disso, fê-lo sem deixar espaço que pudesse gerar a possibilidade de “escorregar” e promover a eutanásia ativa.

Isso porque, primeiramente, como já estudado, o conceito de dignidade da pessoa humana é pessoal e muda conforme o sujeito que a declara. Assim, com esta diretriz do Novo Código de Ética Médica (BRASIL, 2009), abre-se a possibilidade de respeito àquilo que o paciente terminal entende por dignidade da pessoa humana. Dessa forma, além de garantir melhor relacionamento com o paciente, também se lhe garante autonomia de vontade.

Num rápido adendo, conceitua-se a eutanásia ativa como sendo aquela que “[...] consiste em fazer morrer, com a finalidade de interromper os sofrimentos da pessoa acometida de moléstia grave e incurável, sendo que o paciente está no estágio terminal da doença, e, cientificamente, não há possibilidade de reversão deste estado crônico [...]” (LIMA, 2010, p. 280).

Cabe conceituar, também brevemente, a ortotanásia, visto que a mesma será objeto de estudo mais aprofundado em seguida. Para tanto, cita-se Bergstein (2010, p. 259):

Já na ortotanásia - a correta eutanásia - está presente a atitude de omissão do médico, no sentido de não empregar todos os meios técnico- científicos hoje existentes, compreendendo-se aí a terapia medicamentosa, equipamentos e máquinas, que poderiam conduzir a um prolongamento da vida do paciente, sem, contudo, lhe proporcionar a cura ou a melhora de seus males.

Com isto, percebe-se que a diferença entre a eutanásia ativa e a ortotanásia é expressiva e clara. Num caso, provoca-se a morte; noutra, deixa-se morrer como um processo natural da vida, ministrando ao paciente somente paliativos para evitar dores lancinantes e sofrimentos desnecessários, porque isto se pode razoavelmente afastar.

A eutanásia ativa não é permitida no Brasil, por ser considerada crime de homicídio, tipificado no artigo 121 do Código Penal (BRASIL, 1940). Já a prática da ortotanásia, por ser figura atípica no ordenamento jurídico brasileiro, atrelada à interpretação dos preceitos constitucionais de dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988, art. 1º, inc. III) e da determinação expressa de que ninguém será submetido à tortura e nem a tratamento desumano ou degradante (artigo 5º, inciso III)], não tem o condão de punir criminalmente o médico que aplica tratamento paliativo ao paciente terminal; e, atualmente, nem mesmo o Conselho Regional de Medicina pune-o disciplinarmente, em razão da vigência do - necessário - Novo Código de Ética Médica (BRASIL, 2009).

4.1 A necessidade de criação do novo Código de Ética Médica

Neste ponto, considera-se importante voltar um pouco no tempo e discorrer brevemente sobre a realidade com que se deparavam os pacientes com doença terminal ou incurável, seus familiares e a comunidade médica, a qual motivou a grande mudança no Novo Código de Ética Médica de 2009: a não punição disciplinar do médico que promove a ortotanásia, que se materializa através de tratamento paliativo.

De acordo com Silva et al. (2010, p. 124), o movimento dos cuidados paliativos apresentou-se, no século XX, como possibilidade de humanização do processo de morrer, contrariando a ideia de que a morte deve ser “curada” a qualquer custo, fazendo com que a mesma retorne à sua condição natural: a morte como um processo da vida. Este movimento entende que, no adoecimento e no decorrer do tratamento, o que interessa é a qualidade de vida e o bem-estar, ainda que a cura não seja mais possível.

Mais adiante, Silva et al. (2010, p. 125) discorre sobre os cuidados paliativos e a sua origem, como se percebe:

Os cuidados paliativos abordam de forma objetiva a melhoria da qualidade de vida do paciente e de seus familiares diante de uma doença que ameaça a vida, por meio

da prevenção, alívio do sofrimento, identificação precoce, avaliação, tratamento da dor e outros problemas físicos, psicológicos e espirituais.

Conforme Simoni e Santos (2003), a origem do termo cuidado paliativo situa-se, na verdade, em uma discussão da prática médica sobre o lidar com pacientes considerados terminais. Desta forma, o cuidado paliativo difere do curativo pela noção médica de paciente terminal ou “fora de possibilidades terapêuticas. Importante relevância tem, também, a família do doente terminal. Isso porque, por óbvio, a família exerce papel fundamental na vida de qualquer pessoa, ficando especialmente evidenciada na situação de um ente querido no limiar entre a vida e a morte.

Novamente, Silva et al. (2010, p. 126) aborda o tema:

O envolvimento da família é primordial na abordagem dos cuidados paliativos, retomando o sentido de que esta exerce um papel importante no crescimento e desenvolvimento dos indivíduos e na sua recuperação da saúde. Particularmente, quando um indivíduo recebe um diagnóstico de que a doença está fora de possibilidade de cura, sua família sofre com ele e o impacto é sempre muito doloroso para ambas as partes.

Diante de situação especialmente frágil, que é a de lidar com pessoas que veem a morte aproximar-se, seja para levar a própria vida, seja para levar a vida de um familiar, os médicos também ficam em situação igualmente difícil.

Criou-se uma certa dependência da tecnologia no campo da Medicina. Segundo Silva et al. (2010, p. 126), “os médicos passaram a correr o risco de considerar a incorporação da tecnologia também uma exigência ética.” Na sequência, Silva et al. (2010, p. 126-127) explicam:

A evolução tecnológica da Medicina se impôs tanto que fez surgir no médico certo desconforto ao não utilizar a tecnologia. Com isso, houve uma inversão da relação entre Medicina e tecnologia, não mais esta a serviço da primeira, mas, ao contrário, a Medicina a serviço da tecnologia. Portanto, ao sentirem-se compelidos a usar uma técnica disponível, os médicos confundiram, de fato, uma possibilidade de agir, propiciada pela técnica, com um dever de agir, que só pode tirar sua justificação dentro de um sistema de valores, não de uma mera relação pragmática de otimização entre meios e fins.

Na evolução dessa inversão do escopo da tecnologia, Silva et al. (2010, p. 127) seguem sua reflexão no sentido de que “a morte e o morrer deixaram de ser uma questão ética para se tornarem questão puramente técnica. O foco passou a estar mais na tecnologia e na capacidade de operacioná-la do que para quem o homem a desenvolveu.”

Ao final, concluem Silva et al. (2010, p. 127) que “os cuidados paliativos surgem como uma nova maneira de abordar o processo de morte e morrer, sem que seja desrespeitada a ética da vida em prol das novas tecnologias.” Assim, nota-se que a nova postura ética nas ciências médicas é tendenciosa a preservar e valorizar a dignidade da pessoa humana, em detrimento de antigos conceitos de manutenção da vida a qualquer preço.

O que se percebe, pois, com a evolução da postura médica diante de pacientes terminais, e com a não punição disciplinar do médico que pratique a ortotanásia, é a possibilidade de deixar um paciente terminal morrer, ministrando-se-lhe apenas medicação paliativa, como analgésicos e ansiolíticos, para diminuir o seu sofrimento, quando este for desejo seu ou de seu representante legal, no caso de este não mais poder expressá-lo por conta própria. Isto posto, ponto crucial para a aplicação da ortotanásia parece ser justamente a definição de paciente terminal.

5 A TIPIFICAÇÃO DO PACIENTE TERMINAL À LUZ DA MEDICINA MODERNA

O conceito de paciente terminal ganha diversos contornos, de acordo com análises individuais. Graças aos avanços nas técnicas diagnósticas e de reanimação, o conceito cultural e jurídico de morte não é mais certo como tempos atrás.

As definições de morte são relativas e convencionais, baseadas em critérios assumidos previamente e sempre discutíveis. Explica-se: o conceito jurídico de morte, até o século 1.700, era considerado a exalação da última respiração, sendo seguido pelo conceito de morte ligado à cessação das atividades cardiocirculatórias, conforme ensinamentos de Oliveira (2010, p. 245):

Por muito tempo a morte foi considerada uma ocorrência caracterizada pela interrupção total das atividades vitais. Em especial, de senso comum, entendia-se a morte como a parada do coração, cientificamente: a interrupção irreversível dos batimentos cardíacos, cessação da circulação e da respiração significavam o fim da vida - a morte.

Por fim (atualmente), considera-se que a “[...] parada total e irreversível das funções encefálicas equivale à morte, conforme critérios já bem estabelecidos pela comunidade científica mundial”, conforme Resolução CFM nº 1.480 (BRASIL, 1997).

A título exemplificativo, a Lei nº 9.434 (BRASIL, 1997), que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, também tem como referência a morte encefálica, como se vê no seu artigo 3º:

Art. 3º A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.

Migliore (2010, p. 247) faz considerações técnicas a respeito da morte encefálica:

A morte encefálica, expressão da irreversibilidade das lesões do sistema nervoso central, adquiriu um estatuto próprio e sua definição passou a ser estabelecida por lei e normas complementares. No Brasil, a Resolução n. 1.480/97 do Conselho Federal de Medicina, a Lei n. 9.434/97 - Lei dos Transplantes e a Resolução CFM n. 1.826/07 são os instrumentos básicos que orientam sobre a morte encefálica.

Merece, entretanto, atenção para evitar equívocos: a morte encefálica é considerada morte, não se confundindo com a eutanásia. O desligamento de aparelhos, quando constatada a morte encefálica, não é prática de eutanásia ativa. De acordo com Sztajn (2007, p. 148):

O diagnóstico da morte encefálica cabe aos médicos e deve ser elaborado na forma da Lei de Transplantes. Ora, parece evidente que se a morte encefálica é considerada morte, para efeito de transplante, nos termos da respectiva lei, não pode constituir crime de homicídio a remoção de órgãos, aí incluído o coração que ainda bate, para transplante em outro ser humano. A parada cardiorrespiratória subsequente à morte encefálica não significa outra morte, nova morte. Pois afinal a vida é uma e a morte, igualmente, uma só.

Já a definição de paciente terminal não é tão objetiva quanto à de morte. Cita-se Gutierrez (2001):

A conceituação de paciente terminal não é algo simples de ser estabelecido, embora freqüentemente nos deparemos com avaliações consensuais de diferentes profissionais. Talvez, a dificuldade maior esteja em objetivar este momento, não em reconhecê-lo.

Entretanto, alguns critérios podem auxiliar na objetivação de tal momento, conforme descreve Gutierrez (2001):

[...] é evidente que alguns critérios podem tornar este momento menos impreciso, entre eles os clínicos (exames laboratoriais, de imagens, funcionais, anatomopatológicos), os dados da experiência que a equipe envolvida tem acerca das possibilidades de evolução de casos semelhantes, os critérios que levam em conta as condições pessoais do paciente (sinais de contacto ou não com o exterior, respostas ao meio, à dor), a intuição dos profissionais (suas vivências e experiências semelhantes). De qualquer forma, paciente, família e equipe situam-se neste ponto da evolução da doença frente a impossibilidades e limites, de maneira que reconhecer o fim parece ser a dificuldade maior.

O que se percebe, afinal, é que o essencial é reconhecer a situação em que a morte é irreversível e inevitável, e não formular um conceito único de paciente terminal. Para esclarecer, recorre-se a Piva e Carvalho (2009, p. 2):

Existe um determinado momento na evolução de uma doença que, mesmo que se disponha de todos os recursos, o paciente não é mais salvável, ou seja, está em processo de morte inevitável. Este conceito não abrange apenas a potencialidade de cura ou reversibilidade de uma função orgânica atingida, mesmo tratando-se de órgão nobre. Refere-se àquele momento em que as medidas terapêuticas não aumentam a sobrevida, mas apenas prolongam o processo lento de morrer. A terapêutica, neste caso, torna-se fútil ou pressupõe sofrimento. Neste momento, a morte não mais é vista como um inimigo a ser temido e combatido, muito pelo contrário, deve ser bem-vinda e recebida como um amigo que trará alívio aos sofrimentos.

É neste contexto subjetivo, embora guiado por critérios objetivos, de conceituação de paciente terminal que aparece a ortotanásia apresentada pelo Novo Código de Ética Médica (BRASIL, 2009).

A decisão de como enfrentar a morte recebe uma importância decisiva para o enfermo terminal, que sabe que não pode ser curado e, portanto, em tal situação, não está optando entre a morte e muitos anos de vida plena, mas entre morrer em condições que ele próprio escolhe ou morrer pouco tempo depois em circunstâncias dolorosas e que, no seu ponto de vista, são indignas.

O direito fundamental de viver de forma digna deve considerar o direito de morrer também dignamente. Isso porque obrigar alguém a prolongar a sua existência por breve tempo, quando assim não deseja e padece de profundas aflições, equivale não somente a um tratamento cruel e desumano que, destaque-se, já é proibido desde a Carta dos Direitos Fundamentais da Organização das Nações Unidas de 1948, passando pela Constituição Federal do Brasil de 1988, mas também traduz-se na anulação da sua dignidade e autonomia enquanto sujeito. Com isto, pasme-se (!), a pessoa ficaria reduzida a um instrumento para a preservação da vida como valor abstrato e desapegado da subjetividade humana.

Ora, nem sempre é benéfico prolongar a vida. Nas palavras de Palmer (2002, p. 56):

[...] dizer que alguém tem direito à vida, embora seja verdade, não significa necessariamente que exercer esse direito lhe trará benefícios, ou que os que a defendam sejam benfeitores. O que importa é a qualidade de vida e a atitude em relação a ela, casos que podem levar a contestar os deveres de não- interferência e serviço. Podem surgir casos nos quais o dever de não- interferência precise ser não só refreado no interesse de certos indivíduos - suas vidas são deliberadamente terminadas - mas refreado pelas mesmas pessoas que têm o dever de serviço para com eles.

Os deveres de não-interferência e de serviço, citados pelo autor, estão intimamente ligados ao direito à vida. O primeiro “[...] exige que ninguém interfira na vida de outro de uma maneira que a ameace.” (PALMER, 2002, p. 56). Já o segundo apresenta deveres que “[...] podem ser exigidos dos que estão encarregados de providenciar para que a minha vida seja mantida (médicos, bombeiros, salva-vidas).” (PALMER, 2002, p. 56).

Ocorre que nem sempre é melhor obedecer a tais deveres. Utiliza-se o exemplo apresentado pelo mesmo autor: um prisioneiro que sabe que será torturado até a morte certamente não gostaria de uma droga que lhe prolongasse a vida, de modo de que tortura

também se prolongasse para além das suas forças de resistências naturais (PALMER, 2002, p. 56). Neste caso, o dever de serviço, para o bem do próprio prisioneiro, deve ser ignorado.

Esse exemplo apresenta-se simples e de fácil compreensão, pois é consensual que a tortura é prática abominável. Não tão claro, mas tão intrusivo quanto, é a manutenção da vida de um paciente terminal quando este assim não o deseja. Também neste caso o dever de serviço deve ser reduzido à míngua a fim de que o desejo do doente terminal seja respeitado, para quem a manutenção da própria vida é mais importante.

Neste ponto, deixa-se de lado a atenção com as demais modalidades de supressão da vida através da atividade médica, como a eutanásia (ativa e passiva) e o suicídio assistido, para focar na prática da ortotanásia.

5.1 Conceito de ortotanásia

Não poucos são os conceitos de ortotanásia. Há quem a defina como eutanásia passiva, há quem diga que não se pode confundir as duas práticas. Primeiramente, cumpre observar que, com a utilização deste método de pôr fim à vida, diz-se que se alcança uma morte natural, sem apressar a sua chegada e nem, tampouco, retardá-la. Através da ortotanásia permite-se que a vida tome seu caminho natural, por estar diante de doença que tem a morte como destino inevitável. Em razão disto, é vista como sinônimo de morte natural.

É o que se extrai do artigo de Reiriz et al. (2006, p. 81):

Essa prática é, portanto, a atuação correta diante da morte, pois não apressa e nem prolonga o processo de morrer, mas proporciona condições de vida durante esse período, aliviando todos os tipos de sofrimentos (físico, espiritual e emocional) e permitindo um maior contato com as pessoas queridas do seu convívio a fim de proporcionar a despedida sem culpas e dúvidas.

A partir disto, passa-se à definição de eutanásia, visto ser esta uma das modalidades de definição da ortotanásia. A eutanásia é a chamada morte piedosa. Esta técnica é prevista tanto na modalidade ativa, quanto na passiva. Quando ativa, como já dito, ministram-se drogas para chegar ao fim da vida do paciente; quando passiva, deixa-se de ministrá-las, de forma que o paciente venha a falecer pela ausência de medicamento/tratamento. De acordo com Sztajn (2007, p. 147):

A antecipação da morte natural, a que decorreria dos desígnios de Deus, por médicos, faz com que se distingam diferentes formas de eutanásia conforme tal intervenção seja ativa ou passiva, isto é, seja comissiva ou omissiva na ministração de drogas. Eutanásia passiva implica omissão de cuidados médicos, não intervenção efetiva do profissional no sentido de provocar a morte do paciente.

Conforme Lippmann (2013, p. 83)

No meio das duas espécies (eutanásia e distanásia), figura a ortotanásia, que significa a morte “no tempo certo”, conceito derivado do grego “orthos” (regular, ordinário). Em termos práticos, considera-se ortotanásia a conduta omissiva do médico, frente a paciente com doença incurável, com prognóstico de morte iminente e inevitável ou em estado clínico irreversível. Neste caso, em vez de utilizar-se de meios extraordinários para prolongar o estado de morte já instalado no paciente (que seria a distanásia), o médico deixa de intervir no desenvolvimento natural e inevitável da morte. Tal conduta é considerada ética, sempre que a decisão do médico for precedida do consentimento informado do próprio paciente ou de sua família, quando impossível for a manifestação do doente. Tal decisão deve levar em conta não apenas a segurança no prognóstico de morte iminente e inevitável, mas também o custo-benefício da adoção de procedimentos extraordinários que redundem em intenso sofrimento, em face da impossibilidade de cura ou vida plena.

Neste passo, mostra-se importante diferenciar a eutanásia passiva e a ortotanásia, visto se tratarem, ambas, de formas de omissão médica. O ponto central é, nesse caso, o estado de saúde do paciente. O caso de paciente sem diagnóstico de morte certa, em que há a omissão médica, é chamado de eutanásia passiva.

No Brasil, o estado de doença do paciente é determinante para a adoção da ortotanásia, sendo permitida somente no caso de paciente que tem a morte como certa, sendo considerado crime de homicídio qualquer outra possibilidade. Ocorre que, noutras partes do mundo, tal permissão vai para muito além da omissão do médico em caso de paciente terminal.

5.2 A tipificação e permissão da ortotanásia no Brasil

Até dezembro de 2010, o médico que praticasse publicamente a ortotanásia, seria punido disciplinarmente e, ademais, responderia pelo crime de homicídio ou de omissão de socorro, previsto no artigo 121 e 135, respectivamente, do Código Penal (BRASIL, 1940).

Acontece que, com a não-punição ética, também se coloca em cheque o homicídio ou a omissão de socorro. Isso porque a omissão do médico em realizar o tratamento medicamentoso não mais pode ser considerado dever legal. É o que se depreende de Capez (2007, p. 7):

Não basta, portanto, o “não fazer”; é preciso que, no caso concreto, haja uma norma determinando o que devia ser feito. Essa é a chamada teoria normativa, a adotada pelo Código Penal. O art. 13, § 2º, do CP prevê três hipóteses em que está presente o dever jurídico de agir. Ausente este, não comete o agente crime algum.

O parágrafo 2º do artigo 13 do Código Penal (BRASIL, 1940) determina o que segue:

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. [...]

Relevância da omissão

§ 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.

Defende-se, nesse caso, que a retirada do tratamento médico não poderia configurar qualquer tipo homicídio, nem mesmo na modalidade privilegiada, visto que a indicação de certo tratamento se trata de decisão discricionária do médico, baseada na conveniência, verificada em cada caso concreto, não existindo, nesse caso, o dever de agir. Além disso, não existe a obrigatoriedade de o médico esgotar todos os recursos da medicina disponíveis, se o próprio paciente não deseja prolongar a sua existência de maneira artificial.

Percebe-se ainda que a conduta que médico que limita o uso da terapêutica não é matar o paciente, mas sim evitar a distanásia. Com base na Teoria Finalista da Ação, formulada por Hans Wezel, a ação ou omissão do autor deve ser combinada com o dolo para que a conduta possa ser imputada ao ele. Desse modo, faltando o *animus necandi* (dolo do matar), a conduta do profissional é atípica.

É possível chegar a essa mesma conclusão ao se fazer uma análise da atual extensão de tipo penal. Luiz Flávio Gomes (GOMES, 2007), defensor da Teoria Constitucionalista do Delito, explica o tipo penal da seguinte forma:

[...] abrange (a) a dimensão formal-objetiva (conduta, resultado naturalístico, nexo de causalidade e adequação típica formal à letra da lei); (b) a dimensão material-normativa (desvalor da conduta + desvalor do resultado jurídico + imputação objetiva desse resultado) e (c) a dimensão subjetiva (nos crimes dolosos).

Percebe-se, desde logo, que a morte digna elimina a dimensão material-normativa do tipo penal, vista que está fundada na razoabilidade. Nesse caso, não há um resultado jurídico

desvalioso da ação, retirando, assim, a tipicidade material da conduta do médico. (GOMES, 2007)

Com relação à dimensão axiológica da tipicidade, é preciso mencionar a Teoria da Imputação Objetiva, que surgiu como uma forma de limitar a responsabilidade penal, de modo que a atribuição de um resultado a um indivíduo é determinada pela realização de um risco proibido pela norma.

Nesse sentido, Greco (2005, p. 12):

O desvalor da ação, até agora subjetivo, mera finalidade, ganha uma face objetiva: a criação de um risco juridicamente proibido. Somente ações intoleravelmente perigosas são desvaloradas pelo direito. Também o desvalor do resultado é enriquecido: nem toda causação de lesão à bem jurídico referida a uma finalidade desvalorada; apenas o será a causação em que se realize o risco juridicamente proibido criado pelo autor. Ou seja, a imputação objetiva acrescenta ao injusto um desvalor objetivo da ação (a criação de um risco juridicamente desaprovado), e dá ao desvalor do resultado uma nova dimensão (realização do risco juridicamente desaprovado)

Com base nessa teoria, entende-se que o médico que restringe o tratamento de um paciente em estágio terminal, em grau já incontrolável, não está incrementando um risco juridicamente relevante e proibido e, portanto, sua conduta é atípica. Não foi a conduta do profissional que promoveu a morte do paciente, mas a própria enfermidade, que já estava num estágio irreversível. Decidiu-se apenas não retardar o processo de morrer, visto que tal conduta não traria ao paciente nenhuma vantagem em contrapartida.

5.2.1 Entendimento Jurisprudencial

O Poder Judiciário do Brasil reconhece a autonomia da vontade do paciente como forma de legalizar a prática da ortotanásia. A partir da análise das decisões encontradas, pode-se verificar que as ações propostas diziam respeito à discussão da validade das Diretivas Antecipadas de Vontade, manifestadas pelo paciente no leito hospitalar, quando ainda se encontravam em estágio de lucidez.

Embora ainda não existam decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça tratando sobre o tema objeto desse estudo, faz-se necessário expor dois acórdãos prolatados pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nos quais foi reconhecida a legalidade da ortotanásia como forma de assegurar a autonomia do paciente.

A primeira demanda judicial trata de um paciente em situação de risco de morte, que necessitava amputar um membro inferior, tendo em vista as severas complicações que enfrentava, como emagrecimento progressivo e anemia acentuada.

Apesar de o paciente ter se recusado a realizar o tratamento, o médico buscou auxílio do Ministério Público para ingressar com uma ação judicial, a fim de obter um alvará judicial autorizando a amputação do membro. O Ministério Público recorreu ao Tribunal, porquanto o pedido foi negado em primeira instância.

Em segunda instância, o Tribunal, por unanimidade, confirmou a decisão de primeiro grau, com base na Resolução n. 1.995, do Conselho Federal de Medicina, no princípio da autonomia e na dignidade do paciente.

Foi reconhecida ainda a validade do testamento vital, em conformidade com a Resolução 1.995, do Conselho Federal de Medicina, conforme se verifica na ementa⁴:

APELAÇÃO CÍVEL. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. BIODIREITO. ORTOTANÁSIA. TESTAMENTO VITAL. 1. Se o paciente, com o pé esquerdo necrosado, se nega à amputação, preferindo, conforme laudo psicológico, morrer para "aliviar o sofrimento"; e, conforme laudo psiquiátrico, se encontra em pleno gozo das faculdades mentais, o Estado não pode invadir seu corpo e realizar a cirurgia mutilatória contra a sua vontade, mesmo que seja pelo motivo nobre de salvar sua vida. 2. O caso se insere no denominado biodireito, na dimensão da ortotanásia, que vem a ser a morte no seu devido tempo, sem prolongar a vida por meios artificiais, ou além do que seria o processo natural. 3. O direito à vida garantido no art. 5º, *caput*, deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa, previsto no art. 1º, III, ambos da CF, isto é, vida com dignidade ou razoável qualidade. A Constituição instituiu o direito à vida, não o dever à vida, razão pela qual não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a tratamento ou cirurgia, máxime quando mutilatória. Ademais, na esfera infraconstitucional, o fato de o art. 15 do CC proibir tratamento médico ou intervenção cirúrgica quando há risco de vida, não quer dizer que, não havendo risco, ou mesmo quando para salvar a vida, a pessoa pode ser constrangida a tal. 4. Nas circunstâncias, a fim de preservar o médico de eventual acusação de terceiros, tem-se que o paciente, pelo quanto consta nos autos, fez o denominado testamento vital, que figura na Resolução nº 1995/2012, do Conselho Federal de Medicina. 5. Apelação desprovida. (Apelação Cível Nº 70054988266, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, Julgado em 20/11/2013)

Em 2015, o tribunal gaúcho julgou uma demanda semelhante intentada por uma unidade hospitalar, tendo em vista a decisão do juiz que negou autorização para realização de um procedimento cirúrgico urgente. Nesse caso, o paciente se recusava à terapêutica, tendo

⁴ Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A70054988266.%28s%3Acivel%29&as_q=#main_res_juris. Acesso em 12/11/2017

sido realizado um testamento vital, de maneira verbal, em prontuário médico, no gozo de suas faculdades mentais. Além disso, a madrastra do enfermo assinou um termo de compromisso, retirando da equipe médica eventual responsabilidade.

Na referida decisão prolatada pelos Desembargadores, foram utilizados como argumentos os princípios constitucionais anteriormente analisados e a validade da Resolução 1.995, do Conselho Federal de Medicina, conforme se verifica com a transcrição da ementa⁵:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. DIREITO À SAÚDE. AUTORIZAÇÃO PARA REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. NEGATIVA DO PACIENTE. NECESSIDADE DE SER RESPEITADA A VONTADE DO PACIENTE. 1. O direito à vida previsto no artigo 5º da Constituição Federal não é absoluto, razão por que ninguém pode ser obrigado a se submeter a tratamento médico ou intervenção cirúrgica contra a sua vontade, não cabendo ao Poder Judiciário intervir contra esta decisão, mesmo para assegurar direito garantido constitucionalmente. 2. Ademais, considerando que "não se justifica prolongar um sofrimento desnecessário, em detrimento à qualidade de vida do ser humano", o Conselho Federal de Medicina (CFM), publicou a Resolução nº 1.995/2012, ao efeito de dispor sobre as diretivas antecipadas de vontade do paciente, devendo sempre ser considerada a sua autonomia no contexto da relação médico-paciente. 3. Hipótese em que o paciente está lúcido, orientado e consciente, e mesmo após lhe ser explicado os riscos da não realização do procedimento cirúrgico, este se nega a realizar o procedimento, tendo a madrastra do paciente, a seu pedido, assinado termo de recusa de realização do procedimento em questão, embora sua esposa concorde com a indicação médica. 4. Por essas razões, deve ser respeitada a vontade consciente do paciente, assegurando-lhe o direito de modificar o seu posicionamento a qualquer tempo, sendo totalmente responsável pelas consequências que esta decisão pode lhe causar. NEGADO SEGUIMENTO AO RECURSO. (Agravado de Instrumento Nº 70065995078, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sergio Luiz Grassi Beck, Julgado em 03/09/2015)

Importante destacar que, com a edição da Resolução n. 1995, do Conselho Federal de Medicina, que trata das diretivas antecipadas da vontade, o Ministério Público Federal ingressou com uma Ação Civil Pública, contra o Conselho Federal de Medicina – autos n. 001039- 86.2013.4.01.3500, perante a Primeira Vara Federal em Goiânia, alegando a inconstitucionalidade e ilegalidade da referida Resolução. Os pedidos foram julgados improcedentes⁶, inclusive com rejeição liminar. Na ocasião, o Ministério Público Federal

⁵ Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a politica-site&wc=200&wc_mc=1 &oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3A%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfield=n%3A70065995078.%28s%3Acivel%29&as_q=#main_res_juris. Acesso em 12/11/2017

⁶ Disponível em: <http://testamentovital.com.br/wp-content/uploads/2014/07/senten%C3%A7a-ACP-testamento-vital.pdf>. Acesso em 15/11/2017.

interpôs Agravo de Instrumento, ocasião em que os autos foram remetidos ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região, onde aguardam julgamento⁷.

Em que pese a quantidade ínfima de decisões versando sobre esse assunto, pode-se verificar que há, na jurisprudência brasileira, uma tendência de uniformização do entendimento da constitucionalidade e legalidade da prática da ortotanásia, como manifestação do princípio da autonomia da vontade e da dignidade da pessoa humana.

⁷ Disponível em: <http://testamentovital.com.br/wp-content/uploads/2014/07/agravo-de-instrumento-resolucao-CFM-1995.pdf>. Acesso em 15/11/2017.

6 A APLICAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A ORTOTANÁSIA

O Estado não é indiferente à vida humana; aliás, tem o dever de protegê-la. Trata-se de direito fundamental, apresentado pela Constituição Federal Brasileira de 1988. Assim, em razão deste compromisso com a vida, deve oferecer a todas as pessoas, inclusive aos enfermos, todas as possibilidades de continuar vivendo. Ocorre que, nem sempre, esse dever de proteger a vida humana, como valor constitucional, coincide com a garantia de outros direitos fundamentais constitucionais, como é o caso da dignidade da pessoa humana.

No caso de doentes terminais, que enfrentam intensos sofrimentos, assim como seus familiares, a obrigação de proteger a vida humana digna materializa-se, também, através de tratamentos paliativos que conduzam a uma morte mais serena, quando assim o desejam. Isto é, diante da inexistência da possibilidade de continuidade da vida do doente, os cuidados paliativos devem ser empregados quando o doente terminal percebe que o seu conceito de dignidade está mais vinculado à morte natural do que a uma morte em momento posterior, acompanhada de maior sofrimento, de modo a não ter sua vida prolongada por meios artificiais, mas não curativos.

O ponto central da dignidade humana, sem dúvida, é a prioridade pela garantia da construção e proteção do sujeito moral. A dignidade, como valor objetivo-constitucional, não se desvincula do seu valor subjetivo-pessoal, e acompanha a pessoa independentemente das suas vicissitudes.

6.1 A dignidade da pessoa humana como princípio norteador da ortotanásia

O dever do Estado de proteger a vida deve ser compatível com o respeito à dignidade humana. É o que se apreende de Lima (2010, p. 278):

Neste sentido, o prolongamento artificial da vida é sustentado com base no princípio constitucional da inviolabilidade da vida. Todavia, não se pode defender a vida sem dignidade. Por isso, qualquer tratamento médico ou terapia que rebaixem a dignidade humana deve ser desestimulado.

Os doentes terminais passam por sofrimentos intensos, que nunca são ligados exclusivamente ao que a doença causa ao seu corpo; também perpassam pelo sofrimento

psíquico, afinal, a sapiência da morte certa e próxima, muitas vezes acompanhada da diminuição gradual das funções corporais, pode traduzir-se numa grande afronta à sua postura diante da vida. Cita-se, neste ponto, Diniz (2009, p. 290-291):

Com os notáveis avanços da Medicina, a tecnologia sofisticada e a modernização de aparelhos ressuscitadores, amplia-se a vida de um paciente terminal, prolongando sua angústia, ou seja, suscitando-lhe mais agonia do que vida. Existe direito ao prolongamento da vida? Há obrigação de prolongá-la indefinidamente? Seria admissível o culto idólatra à vida, que faz da fase terminal uma luta a todo custo contra a morte, submetendo o paciente a uma parafernália tecnológica? O médico tem o dever de empregar toda a terapêutica para acrescentar mais uma semana, ou alguns dias, a um paciente em situação de irreversibilidade da consciência? Tem a obrigação de manter, de modo indefinido, uma vida sem qualidade por meio de respiração artificial? Se há vida, mas esta veio a perder sua qualidade humana, conservaria ela, ainda, a sua identidade? Em que medida teria o médico o direito, ou o dever, de manter ligado o aparelho de sustentação artificial da vida humana, sem pôr em xeque a integridade de sua natureza psicofísica? O direito à vida implicaria o de ter assegurados pela sociedade todos os recursos médicos disponíveis?

Frente ao pedido do próprio doente terminal (ou do seu representante legal), que demonstra o desejo de morrer de forma digna, o Estado deve reduzir o seu paternalismo. Neste caso, o dever do Estado de proteger a vida reduz-se consideravelmente, em virtude da inevitabilidade da morte. Quando se trata de paciente terminal, qualquer tentativa de manter a vida humana (digna) resta absolutamente ineficaz.

Neste ponto, o que se vislumbra como possibilidade de manutenção da vida digna é a adoção de tratamento paliativo, que conduz à morte, quando assim o deseja o doente terminal. Pohier (1999, p. 140-141) faz o seu discurso na mesma linha ao citar a eutanásia voluntária, como se percebe:

Com efeito, a morte já está ali: não só porque, desde o instante em que há vida, a morte fica inscrita no programa do qual é uma etapa, mas também de forma muito mais precisa e concreta. Quando o cancro, a sida ou outras doenças graves estão presentes, quando a velhice avançada se instala, a escolha já não é entre a vida e a morte, mas entre dois modos de morrer. E dado que a morte faz parte da vida, trata-se igualmente de um dilema entre dois modos de viver: morrer em consequência de uma eutanásia voluntária é um modo de viver humanamente, porquanto alguém toma aí a cargo a sua própria morte, com a sua liberdade e a sua responsabilidade; morrer sem recorrer a uma eutanásia voluntária é outro modo, visto que se toma aí a sua morte a cargo - embora diferentemente -, com a sua liberdade e a sua responsabilidade.

O que se nota é que não é razoável, diante da situação de morte inevitável e de grande sofrimento por parte do doente terminal e seus familiares, que o Estado se oponha à decisão do indivíduo que não deseja mais seguir vivendo, por passar por um sofrimento que considera

incompatível com o que entende por dignidade, e que demonstra desejar que a sua vida tome o rumo natural, qual seja, a morte.

A partir da constatação de impossibilidade de cura, em razão da debilidade do corpo ou da agressividade da doença, o médico não tem mais a obrigação ética de manter a vida até o limite imposto pela tecnologia, mas, sim, até o limite imposto pelo próprio paciente em relação à sua doença, que, na sua subjetividade, pode entender mais digno para si morrer sem a interferência decisiva de aparelhos; o paciente terminal pode entender que a morte aumentará a sua qualidade de vida nos seus últimos dias. Neste ponto, é instigante o posicionamento de Sztajn (2007, p. 150):

É preciso deixar claro, nessa matéria, titularidade da vida, que se não há dono da vida, também não há dono da morte e, portanto, ninguém pode prolongar a vida de outrem, evitando-lhe a morte, à custa de sofrimentos ou do uso de meios extraordinários para mantê-la, quando a qualidade de vida esteja irremediavelmente comprometida e restem ao paciente poucas das funções essenciais. Já se explicou que avanços científicos e tecnológicos permitem, em muitos casos, manter batimentos cardíacos e ventilação de forma artificial, o que parece indicar manter a vida. (Lembre-se que no caso de morte encefálica, para garantir órgãos para transplante, muitas vezes essas técnicas são utilizadas.) Ora, pergunta-se: será vida a manutenção artificial de certas funções vitais sem que haja vida de relação?

Vale ressaltar que a prática da ortotanásia não se traduz em negligência do Estado, em razão do seu dever de proteger a vida, mas em reconhecer que esta obrigação não se traduz na preservação da vida somente como um fato biológico e distante da subjetividade humana.

O que a ortotanásia permite é o respeito da vontade do paciente que sofre de uma doença terminal, que lhe produz grandes padecimentos, e que, por desejo próprio ou de seu representante legal, não quer mais prolongar a sua dolorosa vida.

Com o reconhecimento da impossibilidade de cura do enfermo, após o pedido do doente, o médico pode dedicar toda a sua atenção ao trabalho de aliviar seus padecimentos, mediante o emprego de recursos científicos e técnicos. Desta forma, busca-se proporcionar dignidade e qualidade de vida ao enfermo, de maneira a aliviar-lhe dor, ansiedade, sem buscar, direta e intencionalmente, a sua morte, mas culminando com esta, naturalmente. Novamente, Sztajn (2007, p. 150) vem ajudar na elucidação do ponto discutido:

Aqui surge como elemento integrador da discussão a qualidade de vida e os problemas daí decorrentes. Dizer qualidade de vida implica reconhecer que se trata de matéria fortemente influenciada por apreciação subjetiva (para quem nunca dançou ou correu, deixar de caminhar pode não representar perda significativa de qualidade de vida). Mas dizer pouca ou nenhuma qualidade de vida, pensar em intenso sofrimento é suficiente para garantir às pessoas o direito de morrer, de provocar ou solicitar a morte?

Sabe-se, indubitavelmente, que o Estado tem o dever do Estado de preservar e garantir o direito à vida. Tal dever é inafastável quando se está diante da possibilidade de manutenção da vida, admitindo exceção como no caso de guerra declarada.

No entanto, obrigação diferente aparece quando já se está diante de uma situação de morte inevitável e de perda gradual da qualidade de vida, como mostra Diniz (2009, p. 396):

Gilman, médico, em estado de agonia, afirmou: “Quando toda utilidade desaparece, quando se está consciente de uma morte iminente e inevitável, é simplesmente um direito humano escolher entre uma morte fácil e rápida no lugar de permitir uma morte lenta e horrível”.

Neste caso, possibilitar ao doente terminal decidir o momento da sua morte é demonstração de respeito pelas suas capacidades mentais, além de garantia do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, que é um conceito subjetivo.

6.2 As cautelas e os fatos na aplicação da ortotanásia

Muitas vezes já foi afirmado ao longo do presente trabalho que a prática da ortotanásia, nos moldes do parágrafo único do artigo 41 do Novo Código de Ética Médica (BRASIL, 2009), é demonstração de respeito pelo paciente terminal. E é demonstração de respeito, porque, ao permitir a decisão pela escolha do momento da morte quando já não existe mais perspectiva de vida, reconhece-se a capacidade reflexiva e decisória daquilo que o paciente terminal entende como mais digno, quando ainda consciente, ou o seu representante legal, por conhecê-lo profundamente e opinar com muita propriedade sobre a sua postura se pudesse decidir por si só, quando já inconsciente.

Inicia-se, pois, com a análise, ainda que não muito aprofundada, do consentimento esclarecido do paciente terminal, ao declarar o desejo da sua morte. Isto significa que o paciente terminal deve saber da completude do seu quadro de saúde para, então, decidir sobre o destino de sua vida. Neste ponto, cita-se Diniz (2009, p. 405-406):

Pela Carta dos Direitos do Paciente da Associação Americana de Hospitais, de 1973, “o paciente tem o direito de receber do médico informações completas do seu estado real, a respeito de seu diagnóstico, tratamento e prognóstico, em termos que possa entender”, com o que concordamos, pois o doente tem direito à verdade sobre as atividades terapêuticas ligadas à saúde e sobre os riscos possíveis, para que possa

tomar uma decisão consciente e bem esclarecida, que afeta sua vida e sua integridade físico-psíquica, recusando, ou não, certo tipo de tratamento. Só um consentimento esclarecido pode garantir a autonomia do paciente, por estar ela ligada à racionalidade, isto é, à capacidade de pensar, decidir e agir de modo livre e consciente.

Assim, sendo o doente a pessoa mais interessada na sua própria doença e no seu estado físico-psíquico, quando diante de uma doença terminal, é razoável que saiba que se trata de situação insolucionável, bem como as implicações, contra-indicações, efeitos colaterais em caso de eventual tratamento, investimento econômico, etc. E, após estar ciente, tome a sua decisão de levar adiante um tratamento curativo - vez que não terá o condão de curar, apenas de retardar o inevitável - ou, alternativamente, adote o tratamento paliativo, e aguarde a morte chegar de forma natural.

No caso de doente inconsciente, o médico, por óbvio, não pode tomar a decisão por conta própria; deve consultar o seu representante legal. Veja-se o que fala Diniz (2009, p. 407) a esse respeito:

Se o doente estiver nos serviços de reanimação ou for incapaz, não terá o poder nem o direito de decidir sobre o seu tratamento. Tal decisão competirá ao seu representante legal ou parente. Se a equipe médica observar que o responsável legal não está agindo de acordo com os interesses do paciente, terá o dever ético-legal de solicitar a revisão judicial daquela decisão.

Perceba-se, pois, que a responsabilidade do médico não termina com o início da ciência do representante legal do doente terminal. O médico ainda tem o dever de vigilância, para que se garanta que o consentimento do representante legal não seja, de qualquer maneira, viciado.

O mandado duradouro, modalidade de diretiva antecipada da vontade, é um documento no qual o paciente nomeia um procurador que deverá decidir pela realização ou não da terapêutica em caso de incapacidade – permanente ou temporária.

Para isso, é importante que esse procurador seja uma pessoa próxima do enfermo, uma vez que deverá se basear na vontade prévia do paciente. Nesse sentido, Naves e Rezende (2007, p. 145) entendem não ser possível que o procurador seja um terceiro imparcial, mas sim um parente próximo do incapaz, devendo saber exatamente qual a vontade do paciente, para que não corra o risco de decidir conforme os seus valores.

Defende-se a necessidade da lavratura desse mandado por escritura pública, perante um notário, tendo em vista a necessidade de garantir maior segurança jurídica ao documento.

Para isso, também se sugere a criação de um registro nacional das Diretivas Antecipadas da Vontade, da mesma forma como ocorreu na Espanha⁸ e em Portugal (DADALTO, 2013, p. 5).

Dadalto (2013, p. 6) aprofunda o assunto:

Esse procedimento poderá seguir as recomendações do Registro Central de Testamentos, do Colégio Notarial do Brasil, seção de São Paulo, dispostas no provimento CG 06/94, que objetiva implantar um registro único de testamentos em São Paulo. Modelo que tem-se estendido para outros estados do Brasil, como Minas Gerais, no qual o registro único ainda está em fase de implantação

Sabe-se que uma legislação específica é imprescindível para a efetivação e disseminação do instituto no Brasil, a fim de regulamentar os critérios de capacidade e/ou discernimento do outorgante, o conteúdo das DAV juridicamente válidas no Direito brasileiro, a existência (ou não) de prazo de eficácia, quem pode ser nomeado procurador para cuidados de saúde, bem como os aspectos formais de registro.

Entretanto, até que isso ocorra, é preciso uniformizar o registro desses documentos nos cartórios de notas de todo o território brasileiro. Isto porque o desconhecimento do tema tem provocado aberrações no registro das DAV, que possivelmente acarretarão a nulidade posterior do documento.

Sobre o modelo de Diretivas Antecipadas na legislação espanhola, Dadalto (2013, p. 108) aduz:

Em linhas gerais, as instruções prévias na Espanha devem conter orientações à equipe médica sobre o desejo de que não se prolongue artificialmente a vida, a não utilização dos chamados tratamentos extraordinários, a suspensão do esforço terapêutico e a utilização de medicamentos para diminuir a dor, entre outras. A Lei 41/02, possibilita que no documento de instruções prévias o outorgante nomeie um representante para que, quando aquele estiver impossibilitado de manifestar sua vontade, este terceiro possa fazê-lo em nome do subscritor do documento. Ou seja, a lei espanhola apresenta uma verdadeira diretiva antecipada, com a possibilidade de conter, em um único documento, o testamento vital e o mandato duradouro.

É preciso ressaltar ainda que os Tribunais brasileiros têm decidido com base nas Diretivas Antecipadas da Vontade. Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul julgou improcedente o pedido de autorização para realização de uma hemodiálise em um paciente em estado terminal, proposto por uma entidade hospitalar.

No caso em análise, havia uma divergência entre o filho e o neto da paciente quanto à realização do procedimento. O filho alegava que a vontade da paciente seria pela não realização do tratamento. Desse modo, o Tribunal entendeu que deveria ser considerada a vontade do enfermo, conforme se verifica na transcrição da ementa:

⁸ Sobre as normas relacionadas às Diretivas Antecipadas, primeiro podemos citar a Ley General de sanidad-14/1986, que reconhece o consentimento informado do paciente; temos também a Convenção de Oviedo de 1997 que reconheceu a autonomia do paciente e o seu direito em recusar tratamento médico; a Ley 41/2002 que defende a validade das instruções e, finalmente, o Decreto 124/07, que cria o Registro Nacional de Instrucciones Previa

CONSTITUCIONAL. MANTENÇA ARTIFICIAL DE VIDA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PACIENTE, ATUALMENTE, SEM CONDIÇÕES DE MANIFESTAR SUA VONTADE. RESPEITO AO DESEJO ANTES MANIFESTADO. Há de se dar valor ao enunciado constitucional da dignidade humana, que, aliás, sobrepõe-se, até, aos textos normativos, seja qual for sua hierarquia. O desejo de ter a "morte no seu tempo certo", evitados sofrimentos inúteis, não pode ser ignorado, notadamente em face de meros interesses econômicos atrelados a eventual responsabilidade indenizatória. No caso dos autos, a vontade da paciente em não se submeter à hemodiálise, de resultados altamente duvidosos, afora o sofrimento que impõe, traduzida na declaração do filho, há de ser respeitada, notadamente quando a ela se contrapõe a já referida preocupação patrimonial da entidade hospitalar que, assim se colocando, não dispõe nem de legitimação, muito menos de interesse de agir. (Apelação Cível Nº 70042509562, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, Julgado em 01/06/2011.

Ressalte-se que, como segundo ponto de análise, o médico também tem a faculdade de escusar-se, por motivo de consciência, de adotar tratamento que culmine com a morte do paciente. Aliás, não somente tratamento que leve o paciente à morte, mas qualquer que seja o tratamento.

Isso é o que prevê o Novo Código de Ética Médica (BRASIL, 2009) no seu Capítulo II, que trata dos direitos do médico, no inciso IX: “recusar-se a realizar atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência”, que tem texto idêntico ao artigo 28 do anterior Código de Ética Médica.

Novamente Diniz (2009, p. 411) discorre a respeito:

É direito do médico, pelo art. 28 do Código de Ética Médica, recusar a realização de atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência. Logo, pelo bom-senso, deve o profissional da saúde concluir, sempre que o tratamento for indispensável, estando em jogo o interesse de seu paciente, pela prática de todos os atos terapêuticos que sua ciência e consciência impuserem. Trata-se do direito à objeção de consciência, que, baseado no princípio da autonomia da pessoa, implica, por motivo de foro íntimo, a isenção de um dever geral e a recusa a uma ordem ou comportamento imposto.

Portanto, o que o autor defende é que a objeção de consciência somente pode ser invocada no caso em que o paciente queira evitar o tratamento, e não no caso contrário, visto ser a Medicina uma profissão a serviço da saúde. Por fim, o terceiro ponto de análise no tocante aos dois casos apresentados é justamente a dignidade da pessoa humana, como um conceito subjetivo.

Ao final, não se pode concluir outro que submeter à análise de uma Corte de Justiça a decisão sobre o que um doente terminal deve considerar digno, numa situação de ausência de vícios, é sujeitá-lo à submissão de um tratamento desumano. Isso porque, como muito já

explanado e como naturalmente se conclui, o conceito de dignidade é absolutamente pessoal e subjetivo. Isto é, não existe um conceito de dignidade que seja o certo.

Referencia-se, ainda, Diniz (2009, p. 414):

Estamos convencidos da finitude da vida e de que sem amor, sem uma palavra amiga, sem esperança, sem generosidade e sem alegria a própria vida é uma morte viva. Sabemos que a lei não pode resolver todos os problemas polêmicos aqui apontados, por serem tidos como um iceberg disfarçado de tensão social, mas apenas controlá-los, reduzindo-os, sem, contudo eliminá-los, propondo solidariedade humana e maior cuidado espiritual ao paciente terminal, respeitando sua dignidade como ser humano, auxiliando-o a exercer o seu direito a uma morte digna. Gostaríamos de enfatizar que, nesse estado de coisas, urge a edição de normas mais humanas e eticamente aceitas que acompanhem os avanços da medicina, apontando critérios para que o morrer dignamente seja uma realidade.

Nesse passo, obrigar um paciente terminal a submeter à apreciação de uma Corte de Justiça o seu conceito de dignidade para, ao final, receber como sentença a resposta de “certo” ou “errado”, é também submetê-lo a um tratamento desumano, especialmente quando se vislumbram situações em que a motivação do pedido é, em suma, idêntica, mas as respostas, opostas.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final da pesquisa proposta, assim como no seu decorrer, com a análise da legislação pátria, bem como através de reflexões pessoais, firmou-se o entendimento de que a escolha pela morte através da ortotanásia é baseada, essencialmente, no conceito subjetivo do próprio doente com doença terminal ou incurável a respeito da dignidade da pessoa humana.

Com o estudo realizado é possível perceber que, ainda que o Estado tenha o dever de proteger a vida humana, de acordo com o caput do artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), este dever não é arbitrário, pelo que deve ser examinado com cuidado quando da situação de morte iminente e inevitável. Neste caso, admite-se a necessidade de análise do fundamento também constitucional da dignidade da pessoa humana, prevista no artigo 1º, inciso III.

Desta forma, apreendeu-se que, em havendo proteção constitucional para a manutenção da vida, bem como para a conservação da dignidade da pessoa humana, diante de paciente com doença terminal ou incurável, em situação de ausência de vícios na declaração de vontade do paciente ou do seu representante legal, é imperioso que seja respeitada. Este mostrou ser, portanto, o ponto nodal para a garantia da dignidade da pessoa humana.

Afirma-se que o respeito caminha tanto no sentido da manutenção da vida através de tratamento paliativo, que resulte na ortotanásia, tanto quanto no tratamento médico, que prolongue a vida para além das suas forças naturais - a distanásia.

Assim, com a revogação da antecipação da tutela que impedia a não-punição ético-disciplinar do médico que praticasse a ortotanásia, prevista na Resolução CFM nº 1.805 (BRASIL, 2006), reafirmada no Novo Código de Ética Médica (BRASIL, 2009), vislumbra-se campo aberto para fazer valer o respeito por aquilo que o próprio paciente terminal entende como sendo mais digno para si, podendo optar, também, pela morte natural.

Portanto, tem-se que o respeito por aquilo que o paciente com doença incurável ou terminal considera melhor para si é fundamental para a garantia da sua qualidade de vida - ainda que curta - e, como tal, deve ser promovido como meio de humanização da morte, mesmo quando o doente opta por morrer através da prática da ortotanásia. Afinal, a medida da dignidade deverá ser a vontade livre, esclarecida e consciente deste paciente que sofre.

REFERÊNCIAS

- ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Patrimônio genético humano e a sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Editora Método, 2004.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4º. ed. Brasil: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2005
- BERGSTEIN, Gilberto. **Ortotanásia - Dignidade para morrer**. In: MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa et al. (Coord.). **Dignidade da vida humana**. São Paulo: LTr, 2010. p. 256-270.
- BOMTEMPO, Tiago Vieira. **A ortotanásia e o direito de morrer com dignidade: uma análise constitucional**. Revista Internacional de Direito e Cidadania, n. 9, fev. 2011,
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro Borges. **Direito de morrer de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado**. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 2017.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p.441.
- BRASIL. **Decreto-Lei N° 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del2848.htm>>. Acesso em: 2017.
- BRASIL. **Lei n° 9.434, de 4 de fevereiro de 1997**. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9434.htm>. Acesso em: 2017.
- BRASIL. **Resolução CFM n° 1.480, de 08 de agosto de 1997**. Dispõe sobre a constatação e documentação de morte encefálica e retirada de órgãos. Diário Oficial da União, Brasília, p. 28.227, 21 ago. 1997.

- BRASIL. **Resolução CFM n° 1.805, de 09 de novembro de 2006.** Diário Oficial da União, Brasília, Seção I, pg. 169, 28 nov. 2006.
- BRASIL. **Resolução CFM n° 1.931 de 17 de setembro de 2009.** Aprova o Código de Ética Médica. Diário Oficial da União, Brasília, Seção I, p. 90, 24 set. 2009.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional.** 4. ed. Coimbra: Almedina, 1986.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição.** 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte especial.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral (arts. 1° a 120).** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CLOTET, Joaquim. **Por que Bioética?** Revista Bioética. 1993
- CLOTET, Joaquim. **Bioética: uma aproximação.** Porto Alegre: edipucrs. 2006
- CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional.** 2 ed. Curitiba: Juruá, 2003.
- DADALTO, Luciana. **Reflexos jurídicos da Resolução CFM 1.995/12.** Revista Bioética, 2013, p. 106-112.
- DADALTO, Luciana. **Aspectos registrais das diretivas antecipadas de vontade. Civilistica.com.** Rio de Janeiro, a. 2, n. 4, out.-dez./2013. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Dadalto-civilistica.com-a.2.n.4.2013.pdf> .
- Data de acesso: 13/11/2017
- DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Atlas, 2014.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais.** 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009
- GOMES, Alexandre Travessoni. **O Fundamento de Validade do Direito: Kant e Kelsen.** 2ª ed., Belo Horizonte: Mandamentos, 2004
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal.** 5. ed., rev., Niterói: Impetus, 2005.
- GUTIERREZ, Pilar. **O que é o paciente terminal?.** Revista da Associação Médica Brasileira, v. 47, n. 2. jun. 2001.

- LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. **Aspectos constitucionais relativos ao prolongamento artificial da vida**. In: MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa et al (Coord.). **Dignidade da vida humana**. São Paulo : LTr, 2010. p. 271-186.
- LIPPMANN, Ernesto. **Testamento vital**. São Paulo: Matrix, 2013.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- MENDES, Alexandre Fabiano. Liberdade. In: **Dicionário de Filosofia do Direito**. Vicente de Paulo Barretto. Rio de Janeiro: Renovar, 2006
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007.
- MORBIDELLI, Giuseppe. **Direito Público Comparado**. 2. ed. Torino: Giappichelli, 2007.
- OLIVEIRA, Reinaldo Ayer de. Terminalidade da vida - Dignidade da pessoa humana. In: MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa et al. (Coord.). **Dignidade da vida humana**. São Paulo: LTr, 2010. p. 245-255.
- Naves BTO, Rezende DFC. A autonomia privada do paciente em estado terminal. In: Fiúza C, Naves BTO, Sá MFF. **Direito civil: atualidades II**. Belo Horizonte: Del Rey; 2007. p.105.
- PALMER, Michael. **Problemas morais em Medicina: curso prático**. São Paulo: Edições Loyola, 2002.
- PIVA, Jefferson Pedro; CARVALHO, Paulo R. Antonacci. Considerações éticas nos cuidados médicos do paciente terminal. **Revista Bioética**, v. 1, n. 2, nov. 2009.
- POHIER, Jacques Marie. **A morte oportuna: o direito de cada um decidir o fim da sua vida**. Lisboa : Notícias, 1999.
- REIRIZ, André Borba et al. Cuidados paliativos, a terceira via entre eutanásia e distanásia: ortotanásia. **Prática hospitalar**, ano VIII, nov.-dez. 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista eletrônica sobre a reforma do Estado*, n. 11, set/nov. Salvador. 2007. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/rere-11-setembro-2007-ingo_sarlet_1.pdf
Acesso em 10/11/2017.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- SILVA, José Vitor da; DIAS, Ewerton Naves; VITORINO, Luciano Magalhães. Os cuidados paliativos no contexto da bioética. In: SILVA, José Vitor da (Coord.) **Bioética: visão multidimensional**. São Paulo: Iátria, 2010. p. 123-129.

SZTAJN, Rachel. Eutanásia e meios extraordinários de prolongamento da vida. In: COHEN, Claudio; GARCIA, Maria (Org.). **Questões de bioética clínica: pareceres da Comissão da Bioética do Hospital das Clínicas de Medicina da Universidade de São Paulo**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 147-154.

SZTAJN, Rachel. **Terminalidade da vida: a ortotanásia e a constitucionalidade** da Res. CFM 1.805/2006. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 01/2009 a 03/2009, Português. v. 17. N. 66