

FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE

DENISE ALVES DOS SANTOS

O DIREITO DO PACIENTE TERMINAL DE RECUSAR TRATAMENTOS MÉDICOS
CONSIDERADOS FÚTEIS

Aracaju

2014

DENISE ALVES DOS SANTOS

O DIREITO DO PACIENTE TERMINAL DE RECUSAR TRATAMENTOS MÉDICOS
CONSIDERADOS FÚTEIS

Monografia apresentada à Faculdade de Administração e
Negócios de Sergipe, como um dos pré-requisitos à
obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Msc. Vitor Condorelli dos Santos

Aracaju
2014

DENISE ALVES DOS SANTOS

O DIREITO DO PACIENTE TERMINAL DE RECUSAR TRATAMENTOS MÉDICOS
CONSIDERADOS FÚTEIS

Monografia apresentada à Faculdade de
Administração e Negócios de Sergipe, como
um dos pré-requisitos à obtenção do grau de
bacharel em Direito.

Orientador: Msc. Vitor Condorelli dos Santos

Aprovada em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Msc. Vitor Condorelli dos Santos
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Esp. Alessandro Buarque Couto
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Msc. Luiz Eduardo Alves de Oliva
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Ao Autor da Vida

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço à Trindade Eterna por ter deliberadamente criado o homem a sua imagem e semelhança e como se isso não bastasse, ter se aproximado o suficiente para que hoje pudéssemos conhecê-lo por Emanuel: o Deus que está sempre conosco.

Aos meus pais, Cícero e Dijalma, pelo incentivo e credibilidade, pela autonomia e confiança depositada desde muito cedo, regada pela liberdade de decidir o caminho que gostaria de trilhar. Especialmente a meu pai, por ter respeitado minha decisão de primeiro me graduar em jornalismo e apenas agora, no tempo perfeito de Deus, estar me formando em Direito.

Aos meus irmãos, Tiago e Simone, por serem extremamente acolhedores, por me distraírem nos momentos certos, por não me deixarem surtar e me impulsionarem adiante, essa conquista também é de vocês.

Ao meu orientador Vitor Condorelli, um dos primeiros professores que tive o prazer de conhecer no decorrer do curso e que com a sua facilidade em manusear a Constituição a tornou extremamente atraente para mim e como se não bastasse aceitou sumariamente me orientar na construção desta monografia, espero ter correspondido às expectativas!

Ao demais mestres que me acompanharam nessa jornada e cada um com seu jeito, suas manias e seus posicionamentos me ajudaram a chegar até este ponto, em especial aos professores José Carlos, Sandro Costa, Kleidson Nascimento, Matheus Dantas, Pedro Durão.

E por último, sou eternamente grata aos amigos de caminhada. Nós sofremos juntos, sonhamos juntos, sorrimos juntos, brigamos também e nos perdoamos mutuamente. O meu muito obrigada aos atuais concludentes José Renato, Carolyne Stefany e Elaine Marinho, garanto que se nada mais tivesse dado certo, conhecer vocês teria sido o bastante.

Àqueles que perto ou longe, sabedores ou não, me formaram, me moldaram, me construíram, me inspiraram... o meu muito obrigada!

Soli Deo gloria!

Há um tempo certo para cada coisa debaixo do sol [...]

Há tempo de nascer, e tempo de morrer.

(Livro de Eclesiastes capítulo 3 versos 1 e 10)

RESUMO

Elevado à categoria de norma constitucional, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana exige novos comportamentos e correta delimitação de qual seja o efetivo objeto de proteção quando relacionado ao direito fundamental à vida. Compreende-se que tal proteção abrange, inclusive, a garantia da dignidade da pessoa humana no processo de morrer. Tal discussão se faz essencial considerando o atual avanço tecnológico ocorrido na área das ciências médicas que levantam novas discussões sobre eutanásia, distanásia e ortotanásia, e necessitam da correta definição e diferenciação entre estes termos, para a partir deles se verificar a possibilidade de adequação entre estas práticas médicas e o ordenamento jurídico brasileiro. A possibilidade jurídica do paciente diagnosticado em estado terminal de escolher entre quais tratamentos médicos deseja se submeter em seus últimos momentos de vida, juntamente com a possibilidade de recusar aqueles que não podem restaurar-lhe a saúde, mas tão somente, prolongar o doloroso processo de morrer, é fruto da quebra de paradigmas no próprio relacionamento médico-paciente, que paulatinamente abandona a cultura paternalista até então majoritária, voltando-se para um relacionamento que valorize a autonomia do paciente através do consentimento esclarecido. Resoluções do Conselho Federal de Medicina, decisões proferidas por Tribunais de Justiça e projetos de Lei em andamento buscam positivar o direito do paciente terminal de recusar tratamentos médicos considerados fúteis preservando-lhe a dignidade nos últimos momentos de vida.

PALAVRAS-CHAVE: direito à vida; ortotanásia; morte digna

ABSTRACT

Elevated to constitutional rule, the principle of Human Dignity requires new behaviors and correct delineation of which is the actual object of protection when related to the fundamental right to life . It is understood that such protection covers , including the guarantee of human dignity in the dying process . Such discussion is essential considering the current technological advancement occurred in the area of medical science that raise new discussions on euthanasia , medical futility and orthotanasia and need the correct definition and differentiation between these terms , for from them to check the fit between these medical practices and the Brazilian legal system . The legal possibility of the diagnosed terminally ill patient to choose between what medical treatments you want to submit in his last moments of life , along with the ability to deny those who can not restore him to health , but only prolong the painful process of die , is the result of breaking paradigms in doctor-patient relationship itself , which gradually abandon the paternalistic culture hitherto majority , turning to a relationship that values patient autonomy through consent . Resolutions of the Federal Medical Council , decisions of the Courts of Justice Act and projects in progress seek to make positive terminal patient's right to refuse medical treatment considered futile preserving her dignity in the last moments of life .

KEYWORDS: right to life; orthothanasia; dignified death

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2. PRINCÍPIOS, DIREITOS E GARANTIAS.....	14
2.1. Normatividade dos Princípios.....	14
2.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	17
2.3 Direitos e garantias fundamentais	19
2.3.1 Direitos Fundamentais da primeira dimensão	22
2.4 Do Direito Fundamental à vida	23
3. MODALIDADES DE DISPOSIÇÃO DA VIDA	26
3.1 Mistanásia.....	28
3.2 Suicídio Assistido	28
3.3 Eutanásia Ativa.....	31
3.4 Distanásia.....	32
3.5 Ortotanásia ou eutanásia passiva.....	34
4. BIOÉTICA.....	37
4.1 Princípios da Bioética.....	39
4.1.1 Princípio da Justiça ou equidade.....	40
4.1.2 Princípio da Beneficência/não maleficência.....	41
4.1.3 Princípio da Autonomia.....	42
4.1.4 Consentimento Informado	45
5. O ATUAL TRATAMENTO JURÍDICO DA ORTOTANÁSIA NO BRASIL.....	48
5.1 A Resolução nº 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina.....	50
5.2 O Novo Código de Ética Médica	54
5.3 Projetos de Lei em andamento	55
6 CONCLUSÃO.....	58
REFERÊNCIAS.....	61
ANEXOS.....	65

1 INTRODUÇÃO

Morreremos. Apesar de todos os esforços humanos de driblar a morte e de todas as drogas inventadas ainda não deciframos a fórmula para juventude. Contudo como ressalta Pessini e Barchifontaine (2007, p. 351), se no “começo do século o que existia era a morte aguda, ou se morria ou se ficava curado. As pessoas não ficavam ‘morrendo durante muito tempo’. O espaço de tempo entre o adoecer e o morrer era de cinco dias”. Atualmente, com o avanço tecnológico na área das ciências médicas, “esse espaço de tempo entre o momento da descoberta da doença até a morte aumentou-se de cinco dias para cinco anos e mais do que se falar em morte, fala-se do processo de morrer.”

As novas possibilidades de intervenção médica, desencadearam questionamentos quanto aos limites de tal intervenção. Até quando deve a técnica intervir sobre o processo de morte? E quando, conforme critérios definidos pela medicina, o processo de morte estiver irreversivelmente instalado, pode-se escolher quais tratamentos médicos aceita ou não se submeter?

Num país onde o que se vê diariamente é exatamente a falta de tratamento em postos de saúde e hospitais, no qual grande parte da população possui dificuldade de acesso a médicos e exames, falar sobre a possibilidade de recusar tratamento pode parecer contraditória e irrelevante.

Contudo, o que não compõe os noticiários é a agonia de quem sofre uma morte lenta em um leito de UTI, afastada do contato familiar e privada de sua dignidade e autonomia, pois “já não se morre em casa em meio aos entes queridos, mas sozinho no hospital (UTI)” (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2007, p. 354), sendo-lhe tolhida a possibilidade jurídica de escolher quais tratamentos deseja no seu processo de morte.

Os avanços da medicina e sua mecanização, culminando no prolongamento artificial da vida, tornou as decisões de final de vida um desafio tanto para os médicos quanto para os pacientes, na medida em que precisam decidir quanto ao alcance e reais benefícios dos tratamentos disponíveis.

Implica, inclusive em ressignificar o relacionamento entre o médico e o paciente. Antes pautado na postura paternalista, na qual o médico, único detentor do saber científico decide unilateralmente quais terapias aplicar ao doente,

atualmente cede lugar ao paradigma da autonomia, no qual o paciente é esclarecido pelo médico sobre as opções que lhe estão disponíveis, e “à luz destes esclarecimentos, os dois tomam em comum as decisões terapêuticas necessárias” (PESSINI, 2007, p.22), conferindo assim ao paciente respeito sobre as decisões que envolvem ao seu próprio corpo e dignidade.

Permanece contudo, a dificuldade em limitar juridicamente quais sejam os tratamentos médicos considerados fúteis, conceito que requer das ciências médicas, aprimoramento e consenso, o que foge ao alcance deste trabalho, o qual se limita a análise das atitudes tomadas após a declaração científica de morte irreversível.

Além do interesse pessoal do pesquisador, o tema é de relevante interesse social, uma vez que o reconhecimento do direito de recusa a tratamentos médicos considerados fúteis – conforme diagnóstico da própria ciência médica – modifica, não apenas a relação médico-paciente, mas também altera a repercussão jurídico-social das atitudes tomadas, ao subsidiar as decisões da equipe médica e respeitar a vontade do paciente terminal.

O progresso científico ocorrido no último século tornou realidade situações antes só possíveis em filmes de ficção científica. Clonagem, reprodução assistida, engenharia genética, o Projeto Genoma com o mapeamento do DNA humano e suas possíveis utilizações práticas, além da possibilidade de prolongamento indefinido da vida por meio de máquinas são questões que devem ser enfrentadas pelos operadores do direito.

O paradigma de que a vida humana deve ser sempre salva, exige na atualidade o questionamento sobre que tipo de vida está sendo salva. Dessa forma busca-se com a presente pesquisa analisar de que forma a vida e a vontade do doente deve ser respeitada com relação a sua decisão particular da forma de morrer e a compatibilização de tais decisões com o ordenamento jurídico atual.

Desse modo, tem-se como objetivo geral analisar a possibilidade do paciente terminal de recusar tratamento médicos fúteis no atual ordenamento jurídico brasileiro, por envolver questões tais como dignidade da pessoa humana, direito à vida, princípio da autonomia na relação médico-paciente e em consequência, direito a um morrer digno.

Como objetivos específicos, se fará a distinção entre os termos eutanásia, distanásia e ortotanásia que fazem parte do dia-dia de médicos, pacientes terminais

e familiares, além dos diferentes tratamentos jurídicos conferidos a cada modalidade de morte com intervenção.

Busca-se responder se há a possibilidade de compatibilizar o direito constitucional à vida e a dignidade da pessoa humana com o princípio bioético da autonomia do paciente no processo de morrer.

Afinal, a vida deve ser preservada a qualquer custo? Mesmo que para tanto acabe por causar mais dor e sofrimento ao paciente? Existe então o direito a uma morte que digna?

Para a elaboração da presente pesquisa faremos uma revisão bibliográfica sobre o assunto no que toca aspectos jurídicos do tema proposto, para isso recolheremos grande parte do material em publicações especializadas, tais como livros e periódicos eletrônicos.

Em auxílio à compreensão do tema relacionado tanto à área do biodireito quanto a área constitucional faremos uma análise conjunta dos dois ramos do direito de modo melhor compreender os limites entre ambos e estabelecer requisitos de validade essencial.

Contaremos também com pesquisa legislativa sobre projetos de lei em andamento que buscam compatibilizar a realidade social à realidade legal do país.

Enfim, não se pretende com o presente trabalho de pesquisa esgotar tão controvertido tema, antes contribuir para o debate sobre a possibilidade de recusa pelo paciente terminal, em seus últimos momentos de vida, de tratamentos médicos considerado fúteis preservando-lhe a dignidade que lhe é inerente.

Dessa forma, no primeiro capítulo será analisada a força normativa conferida aos princípios na era pós-positivista, com destaque para o princípio da dignidade da pessoa humana, claramente presente na Constituição Federal Brasileira de 1988, como base e fundamento de seu texto. Ainda nesse primeiro capítulo será feita uma breve análise dos direitos fundamentais, sua evolução e características do qual o direito à vida é o principal.

No segundo capítulo tratará sobre as 'modalidades de disposição da vida', também conhecida como 'morte com intervenção', diferenciando os conceitos de Eutanásia, Distanásia, Mistanásia, Suicídio Assistido e ortotanásia.

O terceiro capítulo será dedicado especificamente os princípios bioéticos da beneficência, da não maleficência, da autonomia e do consentimento esclarecido e

as mudanças operadas na relação médico-paciente no abandono do modelo paternalista e crescente valorização da autonomia do paciente.

Por fim, no quarto e último capítulo será analisada as orientações do Conselho Federal de Medicina em especial a Resolução 1.805/2006 cuja edição provocou grande debate jurídico sobre a ortotanásia, em conjunto com projetos de lei em trâmite no Legislativo brasileiro que visam alterar o Código Penal no que se refere ao tratamento jurídico conferido à ortotanásia.

2 PRINCÍPIOS, DIREITOS E GARANTIAS

Os direitos e garantias fundamentais presentes na Constituição Federal Brasileira de 1988 derivam-se da positivação de princípios nos quais estão assentados o pensamento jurídico contemporâneo, especialmente o princípio da dignidade da pessoa humana.

2.1. Normatividade dos Princípios

Etimologicamente, a palavra princípio deriva do latim *Principium* e segundo o Aurélio Online significa: “Começo, origem, fonte./ Regra da conduta, maneira de ver. Regras fundamentais admitidas como base de uma ciência, de uma arte etc”. Conceito do qual se aproxima o dicionário Priberan Online “Frase ou raciocínio que é base de uma arte, de uma ciência ou de uma teoria.”

De acordo com Miguel Reale (2012, p.303), princípios são “certos enunciados lógicos admitidos como condição base ou de validade dos demais. Asserções que compõem dado campo do saber”.

O mesmo autor referindo-se aos princípios gerais do direito diz: “a nosso ver, princípios gerais do direito são enunciados normativos de valor genérico que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico” (REALE, 2012, p.304)

José Afonso da Silva (1994, p.93) ao tratar sobre o conceito de princípio conforme o Título I da Constituição Federal Brasileira afirma que o “princípio exprime a noção de mandamento nuclear de um sistema”.

F. Clemente (apud BONAVIDES, 2004, p. 256) destaca que “assim como quem nasce tem vida física, esteja ou não inscrito no Registro Civil, também os princípios 'gozam de vida própria e valor substancial pelo mero fato de serem princípios'.”

De acordo com os enunciados acima citados, os princípios são ideias basilares de um determinado contexto histórico-cultural que permeia o pensamento de seus integrantes.

Entende Bonavides (2004, p.259) que “a juridicidade dos princípios passa por três distintas fases: a jusnaturalista, a positiva e a pós-positiva.” Assim é que na

primeira fase, a jusnaturalista, os princípios são tidos por condutas éticas consensuais que guiam a elaboração dos códigos, das leis, sem possuírem eles próprios força impositiva. São “idéias que inspiram os postulados de justiça”.

Nessa fase os princípios são reconhecidos como importantes fontes do direito, contudo carecem da segurança jurídica presente no texto escrito. Com o fortalecimento da fase juspositivista e a importância conferida aos textos jurídicos, percebe-se também a impossibilidade do texto escrito conter a descrição específica de todas as relações jurídicas passíveis de ocorrerem no mundo concreto, criando-se por demais lacunas legislativas.

Dessa forma, ao reconhecer que o texto positivado era insuficiente na previsão legislativa específica e ao mesmo tempo, sem abdicar da importância conferida ao texto escrito, foi que os princípios passaram a ser inseridos em Códigos como 'válvulas de segurança' segundo Gordillo Cañas (apud BONAVIDES, 2004, p. 262):

Os princípios entram nos códigos unicamente como 'válvulas de segurança', e não como algo que se sobrepusse à lei, ou lhe fosse anterior, senão que, extraídos da mesma, foram ali introduzidos 'para estender sua eficácia de modo a impedir o vazio normativo'.

Cabe destacar que os princípios na fase positivista estão inseridos nos Códigos Jurídicos como normas programáticas, como fonte de interpretação e inspiração do Direito, norteador na direção a ser seguida pelo ordenamento jurídico, tratando-se de orientações em busca do ideal de justiça, contudo, eles próprios, sem força impositiva.

É somente na fase pós-positivista, que a construção da ideia dos princípios com força normativa começa a ser fortalecida. Com a evolução do pensamento quanto a classificação dos princípios, chega-se a conclusão de que “os princípios são normas, e as normas compreendem igualmente os princípios e as regras” (BONAVIDES, 2004, p. 271)

Nesse período, os princípios deslocam-se do âmbito civil, juscivilista, e passam a ser inseridos nas novas Constituições promulgadas, juspublicista. Nesse momento, segundo Bonavides (2004, p. 272), os princípios passam a se dividir em duas categorias: “a dos que assumem o caráter de ideias jurídicas norteadoras, postulando concretização na lei e na jurisprudência, e a dos que, não sendo apenas

ratio legis, mas, também, *lex*".

Percebe-se então que, os princípios deixam de ser vistos apenas como normas programáticas, com efetividade diluída face a relatividade da imposição pleiteada, passando a ser analisados como normas não-programáticas, de natureza concreta. Com a sua positivação e inserção nas Constituições, passam a ter forma impositiva, devendo ser obedecidos independente de seu grau de generalidade. Nesse sentido,

[...] fica para trás, já de todo anacrônica, a dualidade, ou, mas precisamente o confronto princípio versus norma, uma vez que pelo novo discurso metodológico, a norma é conceitualmente elevada à categoria de gênero, do qual as espécies vêm a ser o princípio e a regra. (BONAVIDES, 2004, p. 276)

Característica de diferenciação entre regras e princípios, apontada por Robert Alexy (apud Bonavides, 2004, p.277) encontra-se quando da aplicação prática de ambas ao caso concreto. Se em determinado momento duas regras entram em conflito, lutando para serem aplicadas à realidade, entende Alexys que uma delas deve ser declarada nula, visto que desequilibram o ordenamento jurídico e impossível a validade simultânea de ambas, criadas para regerem um mesmo caso específico.

O contrário ocorre com os princípios em face de sua generalidade. Se dois princípios podem ser aplicados na solução do caso concreto, segundo o mesmo autor, não há a necessidade de declaração de nulidade de um princípio frente ao outro. Neste caso, o confronto deve ser resolvido em torno do conceito de valor. Uma vez definido qual deles é o mais importante na solução do conflito específico, deve um, momentaneamente, ceder espaço para a aplicação do outro, permanecendo ambos válidos no ordenamento jurídico, podendo, em outro momento de análise de um novo caso concreto, terem suas posições invertidas.

Desse modo, conclui Bonavides (2004, p.291) que "os princípios constitucionais outra coisa não representa senão os princípios gerais do Direito, ao darem estes o passo decisivo de sua peregrinação normativa, inaugurada nos Códigos, acaba na Constituição."

É no reconhecimento dos princípios enquanto norma de aplicação concreta e na busca pela resolução dos possíveis conflitos existentes entre eles - igualmente

importantes, igualmente tutelados - que encontra-se o verdadeiro desafio hermenêutico da atualidade, especialmente na ponderação existente entre o direito à vida e o direito à liberdade de modo a garantir o respeito à dignidade da pessoa humana.

2.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Em 10 de dezembro de 1948 foi proclamada a Declaração Universal dos Direitos Humanos. O documento é fruto do assombro causado pela descoberta do modo como milhares de judeus, comunistas, ciganos e homossexuais foram tratados durante a segunda guerra mundial pela Alemanha Nazista. Mais do que um documento é por um lado a expressão da repulsa de tais comportamentos e por outro o compromisso assumido de que eles jamais sejam novamente praticados por homens contra os próprios homens.

Entendemos que a noção de dignidade da pessoa humana não surge com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, nem a ela se restringe, ao contrário, a ela prescinde e a ela sobrevive visto tratar-se de um atributo inato ao próprio Ser Humano e com ele presente enquanto raça humana existir, conforme dispõe Sarlet ao tratar da origem da dignidade da pessoa humana. Segundo ele a dignidade “não existe apenas onde é reconhecida pelo direito e na medida que este a reconhece, já que constitui dado prévio” (SARLET, 2006b, p. 42)

Apesar de não ter sido o primeiro documento histórico a tratar sobre os “direitos naturais e imprescritíveis do homem”, já registrados em 1789 na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão da França, que reconhecia no art. 2 “A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a prosperidade, a segurança e a resistência à opressão.”, estando tais direitos presentes inclusive na noção cristã da vida humana - criada a imagem e semelhança do criador -, a Declaração Universal torna-se um marco na positivação da dignidade da pessoa humana, pois foi o primeiro documento escrito a assumir status internacional de compromisso dos Estados signatários na efetivação prática de direitos que garantissem o exercício da Dignidade.

Assim o é que, várias novas constituições promulgadas após a elaboração

da Declaração Universal, a exemplo do Brasil, inseriram claramente o princípio da Dignidade da Pessoa Humana em seus textos. A Constituição Federal Brasileira de 1988 em consonância com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, dispõe no artigo primeiro que constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, base para a elaboração dos direitos e garantias fundamentais.

A Declaração torna-se certamente um marco na História da humanidade e do Direito ao conter até então, a mais clara disposição de que a Dignidade deve ser promovida e preservada através do estabelecimento estatal mínimo dos direitos fundamentais.

Mas não significa que a Declaração encerra nela mesma, em seus trinta artigos, a plena compreensão de quais sejam os direitos fundamentais que compreendem a dignidade inerente ao ser humano, nem que encerra em seu texto todas as garantias para o seu pleno desenvolvimento, visto tratar-se de um processo de descoberta e compreensão que ainda está em andamento.

O próprio termo 'direitos fundamentais' extremamente relacionados com os direitos humanos, com eles não se confundem e são a expressão prática de como a concretização dos direitos humanos está sendo construída.

Scarlet (2006a) entende que os direitos fundamentais são aqueles que estão atualmente positivados e reconhecidos no ordenamento jurídico atual de cada ente Soberano, passíveis de modificações temporais alinhadas com a compreensão cultural de cada momento histórico.

Os direitos fundamentais são assim, a base concedida a todo homem para que este possa desenvolver-se em liberdade e concretizar todo seu potencial sob a proteção e fomento do Estado.

Conceitos como o direito à vida, à liberdade e a igualdade largamente conhecidos e apregoados em pleno século XXI, necessitaram de um longo caminho de construção e enfrentamento para que fossem admitidos como direitos inerentes a todos os seres humanos e dever do Estado protegê-lo, com apregoado o artigo VII da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.”

Nesse sentido, a Declaração é também e antes de tudo, resultado de um processo de desenvolvimento histórico no reconhecimento de tal dignidade inerente a todos os homens. Para tanto, basta lembrar que em um passado não muito distante o próprio conceito de pessoa não era atribuído a todo ser humano, a exemplo de negros e mulheres que não possuíam o seu reconhecimento como pessoa livre, independente e autônoma, senão em contraposição aos seus senhores e maridos/pais, entendimento ainda presente em alguns países. Por isso,

[...] afirma-se que os direitos fundamentais são um conjunto de faculdade e instituições que somente faz sentido num determinado contexto histórico [...] o caráter da historicidade, ainda explica que os direitos possam ser proclamados em certa época, desaparecendo em outras ou que se modifiquem no tempo ((MENDES; BRANCO; COELHO, 2009, p. 275)

Como percebe-se os conceitos de Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais são fruto de uma evolução histórica que esse trabalho não pretende esgotar, estando intimamente relacionados à defesa dos direitos que pacientes terminais possuem, enquanto pessoas de direitos, de exercerem a sua dignidade na escolha de quais tratamentos médicos desejam ou não se submeter durante os últimos dias de suas vidas, utilizando-se para tanto de sua autonomia e liberdade nesse processo.

Uma vez que foi preciso o conhecimento de casos de assassinatos para que o direito à vida e a sua dignidade fosse inserido em textos como a Declaração Universal, talvez seja preciso o conhecimento sobre casos de prolongamento exagerado da vida para que possamos reconhecer o direito inerente a todo ser humano de ter um processo de morte digna preservando a dignidade durante os últimos dias de vida.

2.3 Direitos e garantias fundamentais

Tratados como sinônimos e aplicados como tal, apesar da proximidade entre os institutos, eles não se confundem e possuem conceitos distintos como se verá adiante.

Sánchez Viamonte (apud BONAVIDES, 2004, p. 527), assim define garantia:

“Garantia é a instituição criada em favor do indivíduo, para que, armado com ela, possa ter ao seu alcance imediato o meio de fazer efetivo qualquer dos direitos individuais que constituem em conjunto a liberdade civil e política”.

Como se percebe o conceito de garantia elaborado pelo autor citado acima, estabelece uma relação direta entre garantia e direito, ao mesmo tempo que estabelece sua diferenciação.

Uma vez que a garantia é meio de proteção, para que exista pressupõe-se um direito que precisa ser protegido. A ausência de uma garantia não invalida o direito nem o torna menos obrigatório, talvez menos eficaz. Ao passo que a ausência do direito torna a garantia inócua. Assim, podemos concluir que a garantia é meio acessório, enquanto que o direito, principal.

A garantia é portanto uma ferramenta criada em favor do indivíduo para que este possa dela se utilizar, caso um direito que lhe é assegurado venha a sofrer ou ser ameaçado de sofrer lesão.

Exemplo de garantia constitucional é o *Habeas corpus*, instrumento manuseado pelo indivíduo, com vista a proteger um direito, no caso, o direito constitucional assegurado à liberdade de locomoção. Na mesma categoria podemos citar o *Habeas data*, o Mandado de Segurança e o Mandado de Injunção.

Conclui então Bonavides (2004, p. 532) que “de nada valeriam os direitos ou as declarações de direitos se não houvesse pois as garantias constitucionais para fazer reais e efetivos esses direitos”.

Com relação aos direitos aqui tratados, esclarecemos ser os direitos fundamentais, como disposto no texto constitucional: “Art. 5º 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”.

Alexandre de Moraes (2006, p. 163) ao tratar sobre o assunto entende por direitos fundamentais “um conjunto de faculdades e instituições que em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humana”.

Cabe aqui uma diferenciação entre direitos humanos e direitos fundamentais. Não ignorando o debate doutrinário sobre o tema, se tratam ou não de termo sinônimos, nos posicionamos conforme o pensamento de Sarlet (2006a, p.

36), no Livro a Eficácia dos Direitos Fundamentais, que assim distingue as duas expressões:

O termo 'direitos fundamentais' se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão 'direitos humanos guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal [...]

Pensamento corroborado por Paulo Gustavo G. Branco(2009, p. 266) ao afirmar que “A sedimentação dos direitos fundamentais como regras obrigatórias é resultado de maturação histórica, o que também permite compreender que os direitos fundamentais não sejam os mesmos em todas as épocas”.

Assim, apesar de todo direito fundamental ser a positivação de um direito humano, nem todos os direitos humanos encontram-se devidamente positivados nas constituições dos Estados.

Os direitos fundamentais quando inseridos no ordenamento jurídico de um Estado possui algumas características, e segundo classificação proposta por Moraes (2006) e Silva (1994), podemos citar: a historicidade, pela qual entende-se, como acima exposto, que os direitos são frutos da evolução histórica. A Imprescritibilidade dos direitos fundamentais, visto que possibilidade de punição à violação de tais direitos não se perde com o decurso do tempo.

E com destaque especial para o tema deste trabalho, são ainda características dos direitos fundamentais a irrenunciabilidade/indisponibilidade, que conforme Silva(1994), tais direitos podem até não serem exercidos mas nunca renunciados e a inalienabilidade, através da qual não se permite a transferência, seja ela gratuita ou onerosa de tais direitos a uma terceira pessoa.

Segundo Branco (2009, p.276) “A inalienabilidade trás uma consequência política importante, a de deixar claro que a preterição de um direito fundamental não estará sempre justificada pelo mero fato de o titular do direito nela consentir.” Exemplo de inalienabilidade claramente presente na Constituição Federal de 1988 de inalienabilidade é a proibição da comercialização de órgãos inserida no parágrafo 4º do art. 199, independente da vontade da pessoa a quem pertence o corpo, a Constituição determina que os órgãos são um bem fora do comércio.

2.3.1 Direitos Fundamentais da primeira dimensão

Os Direitos Fundamentais de primeira dimensão são aqueles relacionados à liberdade do indivíduo. Na atual Constituição Federal de 1988, considerada a mais cidadã das Constituições Brasileiras, elaborada logo após a redemocratização do País, ela é a primeira a dedicar um título específico aos direitos fundamentais que estão expressos no artigo quinto, são eles: o direito à vida, a liberdade, à propriedade e a igualdade.

Cabe ressaltar, contudo, que o capítulo no qual estão inseridos os direitos fundamentais de primeira geração, também comporta os outros direitos fundamentais que não serão objeto de estudo no presente trabalho.

Os direitos fundamentais são, pois a própria razão de ser do Estado Democrático de Direito. É com vistas a concretização dos ideais de igualdade, liberdade, propriedade e proteção da vida do cidadão, que este concorda em outorgar o poder que lhe é próprio à instituição Estado, este, tem como dever a garantia da criação de uma ambiente favorável ao desenvolvimento da vida em segurança e liberdade.

Assim, os direitos reconhecidos constitucionalmente como fundamentais ao indivíduo são ao mesmo tempo norma subjetiva, direito de pessoa em sua dignidade, e norma objetiva ao guiar o Estado na concretude dos tais.

Esta incumbência por sua vez desemboca na obrigação de o Estado adotar medidas positivas da mais diversa natureza (por exemplo, por meio de proibições, autorizações, medidas legislativas de natureza penal, etc.) com o objetivo precípua de proteger de forma efetiva o exercício dos direitos fundamentais (SARLET, 2006a, p. 174)

Apesar da importância do caráter objetivo dos direitos fundamentais, cabe lembrar que é o no aspecto subjetivo, enquanto direito pertencente ao sujeito, que reside a finalidade de seu estabelecimento. Uma vez que os direitos fundamentais são antes de tudo direitos do indivíduo, os tais só possuem sentido se analisados enquanto direitos inerentes a pessoas humana e derivados da sua dignidade, sendo ela a causa e consequência de sua criação e portanto estando a seu serviço.

Dá também decorre a impossibilidade de delimitação de quais sejam os

direitos fundamentais do homem, devendo estes ser analisados em perspectiva histórica, como pertencentes a um determinado tempo e época, fruto da evolução do pensamento até então alcançado.

A vedação ao retrocesso, enquanto característica própria dos direitos humanos e transferida aos direitos fundamentais não admite a supressão de qualquer um deles uma vez constitucionalizados. Contudo, com o avanço tecnológico vivenciado, o modo de fruição de alguns direitos, exige novas posturas e novos debates, como recentemente ocorreu na aprovação da Lei de Biossegurança e o Aborto de fetos anencéfalos.

A seguir trataremos especificamente o direito humano à vida, positivado enquanto direito fundamental, buscando compreender se existe ou não um direito à morte compatível com a dignidade da pessoa humana.

2.4 Do Direito Fundamental à vida

Estabelece o Código Civil Brasileiro de 2002 no artigo segundo que “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”

Com o avanço tecnológico vivenciado nos últimos anos, o próprio conceito de vida e morte tem sido temas discutidos tanto no âmbito das ciências naturais, quanto na ciência jurídica.

Com a rapidez das revoluções operadas pelas ciências biomédicas e com o surgir das difíceis questões ético-jurídicas por elas suscitadas, o direito não poderia deixar de reagir, diante dos riscos a que a espécie humana está sujeita, impondo limites à liberdade de pesquisa, consagrada pelo Art. 5º, IX, CF/88.

A realidade demonstra que os avanços científicos do mundo contemporâneo tem enorme repercussão social trazendo casos de difícil solução, por envolverem muita polêmica, o que desafia a argúcia dos juristas e requer a elaboração de normas que trazem respostas e abram caminhos satisfatórios, atendendo às novas necessidades ora surgidas e defendendo a pessoa humana da terrível ameaça de reificação. (DINIZ, 2011, p.30-31)

Pesquisas envolvendo engenharia genética, a real possibilidade científica de clonagem humana, reprodução assistida, utilização de embriões e prolongamento artificial da vida, tem provocado importantes discussões no Supremo Tribunal

Federal sobre assunto delicados.

São exemplos a Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 3.510 que discutiu a se haveria violação do direito à vida no uso de embriões excedentes em pesquisas científicas com células-tronco para fins terapêuticos, conforme o art. 5º da Lei de Biossegurança e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, que tratou sobre a interrupção da gravidez de feto anencéfalo, se tal conduta seria tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal.

Ambos os debates giraram em torno do início da vida, apesar de não terem chegado a um consenso sobre o marco temporal, as questões deixaram claro que o mundo está repleto de novos fatos sociais que exigem novos posicionamentos jurídicos sobre tais temas.

Visto que, conforme exposto em parágrafos anteriores, a vida humana, uma vez concebida, está associada a toda dignidade que lhe é inerente, pois, a vida protegida pela Constituição, não está limitada a esfera biológica, antes, conforme argumenta Moraes (2006, p.176): “o direito humano fundamental à vida deve ser entendido como direito a um nível de vida adequado com a condição humana, ou seja, direito à alimentação, vestuário, assistência médico-odontológica, educação, lazer e demais condições vitais.”

Assim, a Dignidade da Pessoa Humana é ao mesmo tempo pressuposto da própria vida e fundamento da sua existência, garantindo-lhe o sentido e valor que deve permear todo o viver humano em suas relações com as coisas e com os outros iguais.

O direito à vida é considerado o direito basilar de todos os demais direitos, visto que sem a existência com vida não há que se falar nos direitos fundamentais que lhe são subsequentes, como direito à liberdade, igualdade, segurança e propriedade presentes no art. 5º da Constituição.

Dessa forma, é com o objetivo de proteger a vida, que a participação do Estado na criação de um ambiente favorável ao desenvolvimento do homem, é condição primordial para a concretização de fato dos direitos e princípios tidos como essenciais. Essa linha de pensamento é defendida por Sarlet (2006, p. 47) quando trata do assunto: “Como tarefa (prestação) imposta ao Estado, a dignidade da pessoa reclama que este guie suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente quanto objetivando a promoção da dignidade[...].”

É partindo de tal raciocínio, que os Direitos fundamentais, especialmente por suas características de indisponibilidade e irrenunciabilidade, devem ser protegidos pelo Estado de toda ameaça para sua plena satisfação. São exemplos de tal proteção a criação de códigos penais para defesa dos bens jurídicos sensíveis e a legitimação do Estado para punir aqueles que atentam contra a vida, a liberdade e a propriedade alheia, em defesa da dignidade. “A incriminação da conduta não apenas presta para reprimir o comportamento contrário ao valor central da vida para o ordenamento jurídico, como igualmente contribui para que se torne nítida a antijuridicidade do comportamento vedado” (MENDES; BRANCO; COELHO 2009, 400)

Contudo, tal interferência estatal não pode em contrapartida, desrespeitar a condição humana daquele que é punido, sendo-lhe garantido, por exemplo, o devido processo legal e a não submissão a tratamento desumano ou degradante. Assim, duas são as faces do Estado, enquanto promotor e garantidor do direito à vida e da sua dignidade.

Todavia, até que ponto deve o Estado interferir – sob a fundamentação de proteger a vida - na decisão pessoal do doente terminal em relação a quais tratamentos médicos deseja se submeter quando já instaurado o processo de morte.

Questões como as elaboradas por André Santo em dissertação de Mestrado intitulada 'ortotanásia e o direito a vida digna', carecem reflexão: “Independente da sua qualidade, da vida humana deve ser sempre preservada? Há de serem empregados todos os recursos biotecnológicos para prolongar um pouco mais a vida de um paciente terminal?” (SANTO, 2009, p.49)

Para tanto, para melhor compreensão do tema deste trabalho, faz-se necessário uma análise das possíveis modalidades de disposição da vida ou como denomina Barroso e Martel (2012) de quais sejam as modalidades de morte com intervenção.

3 MODALIDADES DE DISPOSIÇÃO DA VIDA

Cumprе salientar que tal discussão emerge do crescente desenvolvimento técnico científico operado nas ciências da saúde, especialmente com a criação de aparelhos de suporte artificial da vida com o poder de prolongá-la indefinidamente.

Ninguém duvida da importância do respirador: ele reduziu a mortalidade de recém-nascidos de 70% para 10% e foi o primeiro passo para a criação das Unidades de Terapia Intensiva, as UTIs, concluídas na década de 1970 com equipamentos que reproduzem a função de órgãos. Aparelhos de diálise substituíram os rins, aspiradores deram conta das secreções. As batidas do coração passaram a ser controladas por estímulos elétricos do marcapasso e reanimadas pelo desfibrilador. O conceito de morte ficou ainda mais bagunçado. (MUTO; NARLOCH, 2005, [n.p.])

Morrer se tornou tão complexo que se faz necessário a definição de alguns conceitos sobre as modalidades de disposição da vida. Primeiramente é preciso esclarecer que todas as modalidades de disposição da vida aqui expostas, ou morte com intervenção como também são conhecidas, estão relacionadas ao paciente em estado terminal.

Uma vez que o conceito de paciente terminal circunscreve-se ao âmbito das ciências da saúde, a elas cabe a sua definição. Para Jefferson Pedro Piva e Paulo R. Antonacci Carvalho, médicos e professores da Faculdade de Medicina da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS):

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. [...] O momento em que o paciente deixa de ser salvável e passa a fazer parte do período de morte inevitável é impreciso, variável e dependente de uma série de fatores, sendo arbitrado de maneira diferente por cada um de nós. (PIVA; CARVALHO, 2009, [n.p])

Segundo Gutierrez (2001, [n.p]) em artigo publicado na Revista da Associação Médica Brasileira, admite a dificuldade de conceituação do termo entre a

classe médica e admite:

Talvez, a dificuldade maior esteja em objetivar este momento, não em reconhecê-lo [...] Abre-se a perspectiva de discussão deste conceito caso a caso: um paciente é terminal em um contexto particular de possibilidades reais e de posições pessoais, sejam de seu médico, sua família e próprias. Esta colocação implica em reconhecer esta definição, paciente terminal, situada além da biologia, inserida em um processo cultural e subjetivo, ou seja, humano.

Como se percebe, a definição de quem seja um paciente terminal deve ser analisada caso a caso pela equipe médica responsável pelo acompanhamento do paciente, tarefa que exige a observância de critérios específicos no dia-dia médico, trabalhando com conceitos que extrapolam a ciência do direito e os objetivos deste trabalho. Nos limitaremos aqui à análise das condutas adotadas e a sua adequação ao ordenamento jurídico após a definição médica de encontrar o paciente em estado terminal.

Para tanto, nos utilizaremos do conceito proposto por Cimon Hendrigo Burmann de Souza (2002, p.153), ao tratar sobre as modalidades de disposição da vida entende por paciente terminal “aquele que não é mais ‘salvável’, ou seja, aquele que está em processo de morte inevitável, ainda que disponha de todos os recursos científicos a serviço da medicina.”

É voltado para este paciente, em estado terminal, que analisaremos neste trabalho, as possíveis modalidades de disposição de vida ou de morte com intervenção, quando a vida “é mais um processo (processo vital) que se inaugura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade até que muda de qualidade, deixando então, de ser vida, para ser morte” (SILVA, 1994, p. 194)

É nesse momento, quando a vida está cedendo lugar a morte, que surge a inquietação que deu origem a elaboração deste trabalho: Haveria para o doente terminal a possibilidade de recusar tratamento médico incapaz de restaurar-lhe a saúde? E qual o tipo de tratamento se poderia recusar? Seria a eutanásia sua única opção?

Segundo Souza (2002) que o termo Eutanásia foi utilizado pela primeira vez por Francis Bacon em 1623 na obra *Historia Vitae et mortis*, tendo aceção ampla.

Significando desde a atitude de terceiro que movido por compaixão pelo outro põe fim ao seu sofrimento, até a atitude tomada pela própria pessoa que devido à dor insuportável, pretende pôr fim a sua vida.

Contudo, o desenvolvimento científico obtido nas últimas décadas, exigiu uma conceituação mais precisa sobre práticas diversas. Surgiram então novos termos, para descrever decisões de final de vida com consequências ético-jurídicas diferenciadas, tais como eutanásia ativa, eutanásia passiva, mistanásia, distanásia e suicídio assistido, que passaremos a analisar adiante.

3.1 Mistanásia

O termo mistanásia tem conotação social. Trata-se da morte ocorrida por falta de acesso aos meios ordinários de tratamento de saúde em hospitais, postos de atendimento, não fornecimento de medicamentos, entre outros fatores econômicos e políticos.

A mistanásia atinge a população mais carente do país que se vê excluída da simples possibilidade de lutar pela própria vida, pois lhes falta meios econômicos para tanto. A falta de investimento político na rede de assistência à saúde tornou-se uma espécie de modalidade de disposição da vida, contudo, sem o consentimento do próprio paciente, pois não se ofertou sequer a este, o direito de escolher entre permanecer vivo ou não. A mistanásia condena sumariamente à morte pelo sistema vigente.

A mistanásia é uma eutanásia social, para Martin (2009, p. 191) ela ocorre quando uma grande parcela da população é praticamente condenada a morte, por falta de tratamento para doenças inicialmente consideradas de simples resolução, que devido ao descaso social complicam-se desencadeando a morte do paciente.

3.2 Suicídio Assistido

De acordo com Souza (2002), o suicídio assistido se caracteriza pela morte provocada pela ação do próprio paciente, recebendo este orientação, auxílio ou sendo apenas observado por terceiro.

Difere da instigação ao suicídio tipificada no art. 122 do Código Penal

Brasileiro, visto que o desejo de matar-se tem origem na vontade do próprio paciente, contudo adequa-se ao previsto no mesmo artigo no que diz respeito ao verbo 'auxiliar', sendo portanto, uma prática claramente incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro na atualidade.

Desse modo, no Brasil, aquele que auxilia um paciente em estado terminal, mesmo com o objetivo de poupar-lhe o sofrimento responde pelo crime acima tipificado no Código Penal.

A prática do suicídio assistido é ainda condenada pelo novo Código de Ética Médica aprovado em 2009 pelo Conselho Federal de Medicina que dispõe no artigo 41 ser vedado ao médico: "Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal", dispositivo que está em harmonia com o juramento de Hipócrates: "A ninguém darei por prazer, nem remédio mortal nem um conselho que induza a perda. Do mesmo modo não darei a nenhuma mulher uma substância abortiva".

Exemplo mundial de auxílio ao suicídio é o do médico americano Dr. Jack Kevorkian, que ficou conhecido por Dr. Morte. Ele defendia a possibilidade de pacientes em estado de grave sofrimento físico pudessem escolher entre continuar a viver ou não. Para tanto, ele criou duas máquinas que manuseadas pelo próprio paciente podiam pôr fim a sua vida, chegando a ajudar 130 pacientes nos Estados Unidos a cometerem suicídio (BURGIERMAN, 2001)

Tendo sido julgado e absolvido três vezes pelo auxílio ao suicídio fornecido, acabou condenado por homicídio ao aplicar ele mesmo a droga em um de seus pacientes o que caracterizou a eutanásia ativa, cumprindo onze anos de pena, segundo dados da Revista IstoÉ. (TEIXEIRA, 2010)

Segundo Fortes (2001), o estado do Oregon nos Estados Unidos e a Holanda aceitam legalmente o suicídio assistido por médicos, desde que seja solicitado pelo paciente que esteja em fase terminal após a opinião de um segundo médico e que se ateste o discernimento do paciente ao solicitar tal procedimento.

Sobre o mesmo assunto trata Maria Helena Diniz (2011, p.442):

A conduta médica conforme a esses critérios passou a ser ética, indicando que a sociedade holandesa caminhava a passos largos para a regularização da eutanásia, pois o parlamento em 2002 aprovou lei que legalizava não só a eutanásia, como também o suicídio assistido.

Apesar de prática já aceita em tais países, Alexandre de Moraes (2006, p.180), discorda com a aceitação de tais procedimentos, independente do estado de saúde do paciente em questão, para ele:

o direito à vida não engloba portanto, o direito subjetivo de exigir a própria morte no sentido de mobilizar o poder público para garanti-la, por meio, por exemplo, de legislação que permita a eutanásia ou ainda que forneça meios instrumentais para a prática de suicídios

É com base na proteção do direito fundamental à vida que o suicídio assistido é inadmitido por grande parte da legislação mundial, posturas como a da Holanda e Oregon nos Estados Unidos ainda constituem exceção seja relacionado ao suicídio ou a eutanásia ativa como veremos adiante.

3.3 Eutanásia Ativa

O termo eutanásia, de origem grega significa *eu*(boa) e *Thanatos*(morte), ou seja, significaria 'boa morte, morte piedosa, morte benéfica', como esclarece Oliveira (2012, [n.p.]). Apesar do debate sobre a eutanásia ativa ter se acentuado nos últimos anos diante da crescente preocupação com a preservação da dignidade da pessoa humana e a proteção do direito à vida, ela é uma prática milenar.

Segundo Souza (2002), era comum na Índia Antiga que os doentes incuráveis fossem jogados no rio Ganges. Sob o argumento da utilidade social, os brâmanes e os gregos antigos legitimavam a prática da eutanásia, que possuía um conceito diferente do adotado na atualidade.

A eutanásia ativa é hoje conceituada como a prática médica que, movida por compaixão, põe fim a vida do paciente em estado terminal ou em grave situação de sofrimento.

Cumpramos observar algumas peculiaridades para a caracterização da Eutanásia. Ela precisa ser primeiramente requisitada pelo paciente. Esse pedido do paciente irá diferenciar a Eutanásia do assassinato puro e simples.

Contudo, o pedido do paciente não impede a eutanásia ativa de ser considerada crime no Brasil, existindo, contudo, a possibilidade da atenuação da pena prevista no §1º do art. 121, do Código Penal ao configurar o homicídio privilegiado, caso seja reconhecido que a atitude de pôr fim à vida do paciente for

provocada por motivo de relevante valor social ou moral.

Desse modo, além da presença imprescindível do pedido do paciente, a eutanásia deve ser executada por compaixão pelo profissional da medicina. A motivação é fato importante na descaracterização do homicídio simples enquadrando-o como 'motivo de relevante valor social ou moral'. É que nesse caso, o profissional de saúde se inclina a antecipar o processo de morte.

Acrescenta ainda Maria de Fátima Freire de Sá (2005, p. 39), que para a caracterização da eutanásia, além dos dois requisitos acima, o paciente deve padecer de doença incurável e que cause grave sofrimento.

A Eutanásia ativa diferencia-se do suicídio assistido pois neste caso, o que levará a morte será a atitude comissiva do profissional da medicina e não do próprio paciente.

Importante salientar que na eutanásia ativa o processo de morte ainda não está instalado, não é sua consequência natural ou imediata, o que existe é a presença de grave sofrimento causado pela doença que, sensibilizando terceiro, toma a atitude de abreviar-lhe não apenas o sofrimento, como a própria vida ao antecipar a morte.

Legalizada em países como Holanda, Bélgica, Uruguai, Colômbia e alguns estados dos Estados Unidos, o assunto ainda gera acaloradas discussões sobre os limites da disposição da própria vida, hora concedendo perdão judicial a quem pratica (Uruguai), hora tratando como homicídio privilegiado (Itália).

A Holanda aprovou em 2002 lei que descriminalizou a prática da eutanásia impedindo que médicos fossem processados por familiares caso praticada obedecendo os vários procedimentos definidos em Lei. Desse modo o país se tornou o primeiro do mundo a legalizar oficialmente a prática da eutanásia ativa.

O Código Penal Uruguaiano prevê como causa de impunidade o homicídio piedoso, desde que o o agente tenha sido levado por compaixão, mediante reiteradas súplicas da vítima. Esse Código, no art. 37 e o da Colômbia no art. 365, concedem o benefício do perdão judicial em caso de eutanásia ativa, se realizada com a anuência do paciente terminal. (DINIZ, 2011, p. 441)

Conforme a mesma autora, posicionamento próximo ao praticado no Brasil, é o adotado pela Alemanha e Suíça, estes "entendem em disposições especiais, que

a eutanásia é um homicídio atenuado em atenção ao motivo piedoso, mas não chegam a admitir a absolvição, nem o perdão judicial.” (DINIZ, 2011, p.442)

Do mesmo modo que o suicídio assistido, a eutanásia ativa é considerada uma afronta ao direito à vida e um atentado contra a dignidade humana. Considerando sua indisponibilidade “não se confundindo com mera liberdade, não se inclui no direito à vida a opção por não viver. Na medida em que os poderes públicos devem proteger esse bem, a vida há de ser preservada, apesar da vontade contrária do seu titular” ((MENDES; BRANCO; COELHO, 2009, p. 398)

Deve-se então empregar todos os meios disponíveis para o prolongamento da vida independente dos reais efeitos a serem obtidos com tais tratamentos? Não caracterizaria tal atitude como uma obstinação terapêutica e consequente desrespeito a dignidade do paciente terminal?

3.4 Distanásia

Segundo Dicionário de Bioética (MENEZES, 2009, [n.p]), distanásia é a “morte difícil ou penosa, usada para indicar o prolongamento do processo da morte, através de tratamento que apenas prolonga a vida biológica do paciente”. Também conhecida por obstinação terapêutica, tratamento inútil ou tratamento fútil, a Distanásia, se caracteriza segundo Barroso e Martel (2012, [n.p.]) pela “tentativa de retardar a morte o máximo possível, empregando, para isso, todos os meios médicos disponíveis [...] mesmo que isso signifique causar dores e padecimentos a uma pessoa cuja morte é iminente e inevitável.”

Pessini (2004, [n.p.]) assim conceitua a Distanásia:

Entendemos distanásia como uma ação, intervenção ou procedimento médico que não atinge o objetivo de beneficiar a pessoa em fase terminal e que prolonga inútil e sofridamente o processo do morrer, procurando distanciar a morte. Os europeus a chamam de obstinação terapêutica; e os norte-americanos, de medicina ou tratamento fútil e inútil.

Note-se que o objeto da obstinação terapêutica (Distanásia) não é o prolongamento da vida, como possa parecer numa primeira leitura, visto que o paciente já fora diagnosticado em estado terminal de acordo com os critérios de

avaliação médica, o que indica que qualquer tratamento aplicado apenas retardará o processo de morte inevitavelmente instalado.

Segundo Namba (2009, p. 173), a distanásia busca combater a morte como se essa fosse 'o último inimigo que deve ser vencido', empregando-se todos os meios disponíveis para este fim, sejam eles ordinários ou extraordinário, proporcionais ou não. Entende-se nesse caso que o que se prolonga é o processo de morte e não a vida:

[...] O conhecimento biológico e científico serviram apenas para tornar mais problemático nosso morrer. É que a medicina, na tentativa de conferir longevidade à vida, elege como objetivo somente a busca da saúde, encarando a morte como uma falha, que por isso, está fora de seu escopo científico. (SOUZA, 2002, p.153)

A prática da distanásia agravou-se com o avanço da técnico-científico aplicado à medicina em conjunto com a formação acadêmica do médico. De acordo com Santo (2009, p.15), os profissionais da saúde tendem a associar a morte com fracasso, e em busca de salvar a vida do paciente empregam todas as técnicas e meios disponíveis para alcançar o tal objetivo, sejam eles ordinários ou extraordinários.

Ao desenvolverem novas formas de tratamento acabam por submeter pacientes irrecuperáveis a tratamentos que não possuem mais qualquer serventia para o doente além do prolongamento desumano da dor, uma vez que, a cura é tida por impossível.

Entende-se por meios extraordinários aqueles “incapazes de ensinar a melhora ou a cura, mas hábeis a prolongar a vida, ainda que agravando sofrimentos, de forma tal que os benefícios previsíveis são muito inferiores aos danos causados” (BARROSO; MARTEL, 2012), por isso são considerados tratamentos fúteis ou inúteis.

Segundo Pessini (1996) as UTIs, tem se tornado verdadeiras ‘catedrais do sofrimento humano’ pensamento corroborado por Maria Helena Diniz (2011, p.41) “A ciência é um poderoso auxiliar para que a vida do homem seja cada vez mais digna de ser vivida, logo nem tudo o que é cientificamente possível é moral e juridicamente admissível”.

A prática da distanásia é refutada inclusive por organizações tradicionais

como a Igreja Católica que totalmente contrária a práticas como aborto e eutanásia, entende ser opção do paciente não se submeter a tratamentos extraordinários como expresso na Encíclica *Evangelium Vitae*:

Há, sem dúvida, a obrigação moral de se tratar e procurar curar-se, mas essa obrigação há-de medir-se segundo as situações concretas, isto é, impõe-se avaliar se os meios terapêuticos à disposição são objectivamente proporcionados às perspectivas de melhoramento. A renúncia a meios extraordinários ou desproporcionados não equivale ao suicídio ou à eutanásia; exprime, antes, a aceitação da condição humana defronte à morte.

Desse modo, a distanásia tem sido um dos maiores desafios da ética médica na modificação de uma cultura determinada a salvar a qualquer custo, sopesando os benefícios do tratamento a disposição e a qualidade de vida proporcionada. “A valorização da vida tende a se traduzir numa preocupação com o máximo de prolongamento da quantidade de vida biológica e no desvio de atenção da questão da qualidade da vida”. (NAMBA, 2009, p. 173)

Como exemplos de situações em que acontecem os cuidados fúteis são apontados: 1) Coma irreversível ou estado vegetativo persistente; 2) Doente terminal e a aplicação de procedimentos de sustentação de vida que serviriam somente para adiar a artificialmente o momento da morte; 3) Dependência permanente de cuidados de terapia intensiva. (PESSINI, 2007, p.82)

Enquanto que a eutanásia busca acabar com o sofrimento do paciente ao retirar-lhe a vida, a distanásia, ao tentar obstinadamente preservar a vida, acaba por aumentar o sofrimento do paciente terminal. Em busca do equilíbrio entre a eutanásia ativa e a distanásia surge a ortotanásia, cujo significado do termo em grego significa *orto*(correto) e *thanatos*(morte), a morte no tempo certo, a morte conforme a natureza.

3.5 Ortotanásia ou eutanásia passiva

A ortotanásia é uma tentativa de compatibilização entre a eutanásia e a distanásia, ao aceitar a morte como etapa da própria natureza humana. A ortotanásia defende que o processo de morrer deve ocorrer naturalmente quando já

instalado, sem o prolongamento exagerado da vida.

“A ortotanásia não antecipa o momento da morte, mas tão somente a morte em seu tempo natural e sem a utilização de recursos extraordinários posto à disposição pelo estado atual da tecnologia” (PENALVA, 2009, p.531).

Para Maria de Fátima Freire de Sá (2005), a ortotanásia é sinônimo da eutanásia passiva, enquanto que para Luciana Dadalto Penalva (2009) os dois termos são distintos, uma vez que o ato de abrir mão de tratamentos ineficientes, não se caracteriza eutanásia pois não há de fato uma atitude por parte do médico nem do paciente visando acelerar o processo de morte, mas tão somente uma aceitação e não interferência no processo natural de morrer.

A ortotanásia não retira do paciente o direito ao tratamento médico, mas permite ao paciente recusar se submeter a tratamentos fúteis e entrar em cuidados paliativos. Segundo Sanchez (2012) os cuidados paliativos “devem garantir que essas pessoas possam decidir sobre o seu tratamento, incluindo o direito de escolher onde morrer e como morrer, o alívio da dor e do sofrimento inútil.”

A Encíclica *Evangelium Vitae* assim se posiciona:

Distinta da eutanásia é a decisão de renunciar ao chamado « excesso terapêutico », ou seja, a certas intervenções médicas já inadequadas à situação real do doente, porque não proporcionadas aos resultados que se poderiam esperar ou ainda porque demasiado gravosas para ele e para a sua família. Nestas situações, quando a morte se anuncia iminente e inevitável, pode-se em consciência « renunciar a tratamentos que dariam somente um prolongamento precário e penoso da vida, sem, contudo, interromper os cuidados normais devidos ao doente em casos semelhantes ».

A recusa a tratamento extraordinários não implica no não-tratamento do paciente abandonando-o sozinho ao processo de morte. Antes, trata-se de um replanejamento da intervenção médica, não mais em busca da cura, mas do alívio do sofrimento do paciente terminal em seus últimos momentos de vida, que é chamado de cuidados paliativos.

Os cuidados paliativos são reconhecidos pelo novo Código de Ética Médica quando trata dos princípios fundamentais da medicina: “XXII - Nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua

atenção todos os cuidados paliativos apropriados.”

A Organização Mundial de Saúde entende que cuidados paliativos são: “uma abordagem que melhora a qualidade de vida [...] através da prevenção e alívio do sofrimento por meio de identificação precoce e avaliação impecável e tratamento da dor e outros problemas físicos, psicossocial e espiritual.”

Muda-se o paradigma da necessidade de curar o paciente para dele cuidar, o que exige uma nova postura pelos profissionais da saúde em repensar qual seja o papel da medicina no processo de morte do paciente terminal em respeito à sua dignidade.

A ortotanásia está relacionada aos princípios bioéticos da justiça, autonomia, beneficência e não-maleficência que serão abordados no próximo capítulo.

4 BIOÉTICA

De acordo com Sgreccia(2009) o termo bioética surge nos Estados Unidos em 1970 utilizado pela primeira vez pelo oncologista Van Potter ao referir-se a necessidade de contenção de abusos cometidos na experimentação da ciência.

Cita o referido autor exemplos verídicos de experimentos utilizando cobaias humanas, quando em 1963 no Brooklin, foram injetadas células cancerígenas em pacientes idosos sem o consentimento deles, além da experimentação de vacina contra hepatite viral em crianças deficientes nos anos de 1965 a 1971 na cidade de Nova York.

Novo impulso no desenvolvimento da bioética ocorreu na década de 90 com o progresso técnico-científico da medicina que culminou no projeto Genoma. Segundo Mayana Zatz, professora de Genética Humana e Médica do Departamento de Biologia do Instituto de Biociências da Universidade de São Paulo, o Projeto Genoma teve por finalidade “identificar todos os genes responsáveis por nossas características normais e patológicas”, para possíveis e futuras manipulações.

Diante de tais perspectivas acentua-se a preocupação com questões éticas que envolvem o ser humano, seu patrimônio genético e os limites da intervenção tecno-científica no início e fim da vida.

Em 2005 foi publicada pela a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, fruto do reconhecimento de que “as questões éticas suscitadas pelos rápidos progressos da ciência suas aplicações tecnológicas devem ser examinadas tendo o devido respeito pela dignidade da pessoa humana e o respeito universal e efectivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais”.

Trata-se de um importante documento na definição e limitação dos poderes que a ciência alcança a cada dia, através do compromisso assumido pelos Estados-membros de modo a combater abusos que possam surgir “reconhecendo que a presente Declaração deve ser entendida de uma forma compatível com o direito nacional e internacional em conformidade com o direito relativo aos direitos humanos” (Declaração Universal Sobre Bioética)

Com o intuito de estudar problemas éticos e serem fontes de educação para o público em geral sobre assunto que envolvam o desenvolvimento científico e a saúde, foi que diversos comitês de bioética se estruturaram ao redor do mundo.

Primeiramente nos Estados Unidos, alcançando posteriormente a Europa e em seguida a América Latina, Sgreccia (2009, p. 28-30), cita o Center for Bioethics, o Kennedy Institute e o Pope John XXIII Center nos Estados Unidos, que trabalham divulgando pesquisas na área da bioética, além da Instituto Borja de bioética e o Grupo de Investigación Bioética de Galicia na Espanha e o Instituut voor Gezondheidsethiek nos Países Baixos.

No Brasil a Sociedade Brasileira de Bioética declara ter a “principal missão da SBB é a de contribuir para a difusão da Bioética no Brasil” ao “reunir pessoas de diferentes formações, interessadas em fomentar a discussão e difusão da Bioética e estimular a produção de conhecimento em Bioética”.

Por ser um ramo da ética relativamente novo, seu conceito e limites não estão claramente definidos. Pessini (2009, p. 33), cita o conceito de bioética adotado pela Encyclopedia of Bioethics: “Estudo sistemático da conduta humana no campo das ciências biológicas e da atenção de saúde, na medida em que esta conduta seja examinada à luz dos valores e de princípios morais.”

De acordo com Sgreccia(2009, p.46), constitui finalidade da bioética a “análise racional dos problemas morais ligados à biomedicina e sua conexão com as áreas do direito e das ciências humanas”

A Declaração Universal Sobre Bioética(2006), expõe no artigo primeiro, que a bioética “trata das questões de ética suscitadas pela medicina, pelas ciências da vida e pelas tecnologias que lhes estão associadas, aplicadas aos seres humanos, tendo em conta as suas dimensões social, jurídica e ambiental”

Pessini (2009, p.12) entende que a Bioética pode ser analisada por três diferentes e interdependentes categorias, transcultural, social e clínica. A Bioética transcultural busca compreender o conceito que o próprio termo assume nos diversos países, por exemplo, “a bioética pensada no ocidente valoriza sobretudo o indivíduo, enquanto que no oriente o acento está na comunidade”.

Enquanto que a bioética social busca criar mecanismos políticos-sociais de acesso aos sistemas de saúde, de modo que estes sejam igualmente ofertados a todos os seres humanos sem distinção de classe social. A bioética social é uma preocupação especial dos países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, que carecem de recursos básicos, onde direitos de todos à saúde, ecologia, saneamento básico e meio ambiente equilibrado, ainda são gravemente desrespeitados.

Ainda segundo o mesmo autor, a bioética clínica debruça-se para o relacionamento entre profissional e o paciente, “sobre a morte e o morrer (morte cerebral), eutanásia, transplantes, consentimento informado, comitês multidisciplinares de bioética, tecnologias reprodutivas conceptivas, etc.”

A bioética clínica tem como objetivo discussões éticas aplicadas aos cuidados a pessoas doentes, refletindo sobre dilemas que envolvem diagnóstico e tratamento. Busca-se respeito à dignidade do ser humano e seus valores pessoais, expressos no exercício da autonomia (KOVÁCS, 2014)

É voltado para este último aspecto da bioética, a bioética clínica, e sem a intenção de esgotar tão importante tema, que o presente trabalho analisará os princípios que fundamentam a bioética, em especial os princípios da justiça, beneficência e autonomia, como forma de compreender se há por parte do paciente terminal o direito de recusar tratamento médicos considerados fúteis.

4.1 Princípios da Bioética

Os Estados Unidos, por ter iniciado as pesquisas em bioética, construiu os fundamentos principiológicos deste campo, estando assentados no ‘Tripé bioético’, os princípios da autonomia ou do respeito as pessoas, beneficência/não maleficência e no princípio da justiça ou equidade.

A importância conferida aos princípios deriva do reconhecimento por parte da comunidade médica da impossibilidade de previsão legal das posturas a serem tomadas diante dos mais variados casos concretos. Assim, os princípios “deveriam guiar o médico na sua relação com o paciente e em geral em toda ação ou escolha no campo biomédico” (SGRECCIA, 2009, p.182).

Os três princípios acima citados não são os únicos reconhecidos pela bioética, contudo por terem sido os primeiros princípios identificados e até hoje serem reconhecidos pelos estudiosos da área, dos quais os demais derivam, é que nos ateremos ao seu estudo.

Por essa razão e diante da limitação deste trabalho, nos limitaremos a analisar apenas os princípios da justiça, beneficência e da autonomia, com o desdobramento do consentimento informado que dele deriva.

4.1.1 Princípio da Justiça ou equidade

Através do princípio da Justiça ou equidade busca-se a distribuição adequada do acesso de todos os seres humanos ao sistema de saúde.

Tal princípio relaciona-se ao que fora disposto na Declaração Universal da Bioética nos artigos 10,14 e 15, quando assim dispõe:

Art. 10. A igualdade fundamental de todos os seres humanos em dignidade e em direitos deve ser respeitada para que eles sejam tratados de forma justa e equitativa.

Art. 14 Atendendo a que gozar da melhor saúde que se possa alcançar constitui um dos direitos fundamentais de qualquer ser humano, sem distinção de raça, religião, opções políticas e condição económica ou social, o progresso da ciência e da tecnologia deve fomentar: (a) o acesso a cuidados de saúde de qualidade e aos medicamentos essenciais, nomeadamente no interesse da saúde das mulheres e das crianças, porque a saúde é essencial à própria vida e deve ser considerada um bem social e humano.

Art. 15. Os benefícios resultantes de qualquer investigação científica e das suas aplicações devem ser partilhados com a sociedade no seu todo e no seio da comunidade internacional, em particular com os países em desenvolvimento.

Como pode se perceber, trata-se de um princípio em sintonia com Declaração dos Direitos Humanos, e fundamenta-se na dignidade da pessoa humana, repelindo qualquer discriminação no acesso e possibilidades dentro do sistema de saúde e dos recursos a ele inerentes. No Brasil a Constituição de 1988 declara no art. 6º ser a saúde um direito fundamental a todos disponibilizado.

Esse é um princípio violado especialmente nos países com baixo desenvolvimento, onde o sistema de saúde ainda é precário e grande parte da população não dispõe de acesso aos meios adequados de tratamento ou são deles preteridas.

Importante relembrar que o direito fundamental a vida e a sua garantia perpassa a indissociável vida com saúde e para tanto se requer os meios de acesso aos recursos necessários seja, para a prevenção de doenças seja, ao tratamento das enfermidades, sob pena de violação do próprio direito à vida.

O princípio da justiça ou da equidade é um princípio bioético extremamente relacionado à bioética social e funciona como base para os princípios seguintes pois deles não há como se falar sem que haja em primeiro plano ao médico e ao

tratamento disponível.

4.1.2 Princípio da Beneficência/não maleficência

O princípio da Beneficência do latim *Bonum Facere*, significa, fazer o bem e está de acordo com o juramento de Hipócrates “Aplicarei os regimes para o bem do doente segundo o meu poder e entendimento, nunca para causar dano ou mal a alguém.

De acordo com Diniz (2011, p. 39) “Baseia-se na tradição hipocrática de que o profissional de saúde, em particular o médico, só pode usar o tratamento para o bem o enfermo, segundo sua capacidade e juízo, e nunca para fazer o mal ou praticar a injustiça.”

Segundo o Glossário de Bioética (Acosta, 2011) é “Uno de los principios de la bioética. Promover el bienestar o el mejor interés de una persona. Hacer el bien o ayudar a otro . En medicina, ayudar al paciente, favorecer, beneficiar”¹.

O princípio da Beneficência está relacionado ao princípio da não-maleficência, que segundo o mesmo dicionário “prohíbe infringir daño o herida sin beneficios compensatorios [...] se relaciona com a máxima *primum non nocere* (ante todo, primeiramente, no dañar)”².

Enquanto que o a beneficência requer do profissional de saúde uma atitude comissiva, ao avaliar os recursos a disposição para o tratamento do paciente, escolher aquele que melhor resultado trará. O princípio da não-maleficência exige uma conduta omissiva, ao não realizar um procedimento que venha a causar mais mal do que bem na análise do caso concreto. Surge então a pergunta: A quem cabe decidir qual o melhor tratamento a ser adotado? Ao médico somente? Ao paciente? A ambos?

Uma vez que limitamos o nosso estudo ao paciente terminal adulto com capacidade de discernimento e detentor de suas faculdades mentais, estaria este apto a escolher qual o tratamento que deseja se submeter e recusar tratamento que

1

Um dos princípios da bioética. Para promover o bem-estar ou melhores interesses de uma pessoa. Faça o bem ou ajudar o outro. Na medicina, ajudando pacientes, favor, benefício.

² Proíbe infligir dano ou lesão sem benefícios compensatórios [...] se relaciona com a máxima *primum non nocere*, (Antes de tudo, não cause dano)

ele considere fúteis?

Mudança operada há menos de 30 anos ao prever a possibilidade de conceder ao paciente a possibilidade de opinar sobre qual tratamento deseja receber é “Segundo Edmund Pellegrino, notável bioeticista americano, nos anos 1980 a maior questão da ética profissional nos estados Unidos foi a adaptação da profissão médica com a participação dos pacientes e famílias nas decisões clínicas” (PESSINI, 2007, p. 160)

Pessini (2009, p.40) entende que o princípio da beneficência/não maleficência “encontra-se limitado por quatro fatores: a necessidade de se definir o que é o ‘bem’ do paciente. A não aceitação do paternalismo contido na beneficência, o surgimento do critério de autonomia e das novas dimensões da justiça na área de saúde”.

4.1.3 Princípio da Autonomia

De acordo com Pessini (2009, p. 40) a autonomia “como critério ético, significa a própria emancipação da razão humana, a legislação do próprio sujeito de sua vida e de suas atitudes”.

Glossário de Bioética (Acosta, 2011) define este princípio como a permissão para que o paciente “escolha se aceita ou rejeita tratamentos médicos específicos”³, para tanto pressupõe a existência de uma pessoa com capacidade para tomada de decisões e habilidade para colocar em prática tais decisões.

O reconhecimento da autonomia como princípio básico da bioética é derivação do reconhecimento da dignidade da pessoa humana no paciente, aqui especificamente referimos-nos ao paciente terminal, uma vez que busca garantir o respeito de suas decisões enquanto sujeito de direitos que o é.

O princípio da autonomia envolve então alguns parâmetros para sua concretização. Primeiro o reconhecimento de tratar-se de uma pessoa com capacidade de decisão. Não é o objetivo deste trabalho analisar a aplicação do princípio da autonomia para pessoas que o Código Civil considerem incapazes ou relativamente capazes.

Limitamos-nos, portanto, ao exercício da autonomia por aqueles com “o

³ escolher se aceita ou rejeita tratamentos médicos específicos.

direito de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente a própria personalidade” (BARROSO; MARTEL, 2012). Segundo o mesmo autor, “significa o poder de realizar as escolhas morais relevantes, assumindo a responsabilidade pelas decisões tomadas”.

A Declaração Universal sobre Bioética no artigo cinco trata sobre a ‘Autonomia e responsabilidade individual’ e assim expressa:

A autonomia das pessoas no que respeita à tomada de decisões, desde que assumam a respectiva responsabilidade e respeitem a autonomia dos outros, deve ser respeitada. No caso das pessoas incapazes de exercer a sua autonomia, devem ser tomadas medidas especiais para proteger os seus direitos e interesses.

Em segundo lugar, para o exercício da autonomia no entender de Barroso e Martel (2012), faz preciso que haja “condições para o exercício da autodeterminação”, isso significa que a autonomia só será efetivamente exercida pelo paciente quando este possuir dados reais que o embasem na tomada de decisão.

Desta forma, a manifestação de vontade do paciente só será de fato livre e o seu consentimento válido quanto as alternativas a sua disposição forem claramente expostas pelo profissional de saúde, no caso, o médico, criando um ambiente de diálogo, no qual a relação médico-paciente deixa de ser vertical, passando a horizontalidade ao reconhecer as pessoas capazes com quem se relaciona, abrindo mão do paternalismo médico até então adotado pelos profissionais da medicina.

Acosta (2011), no Glossário de Bioética, indica que o termo paternalismo deriva da relação de subordinação familiar onde o pai exerce a autoridade sobre o filho, este submisso a sua vontade. Tal modelo foi transferido das relações familiares para os modelos políticos, religiosos, educacionais e também para a relação médico-paciente.

Pelo modelo paternalista, o médico, assim como o pai, é detentor de todo o saber e decide qual o melhor tratamento a ser dispensado ao paciente, este hipossuficiente, e sujeito a todas as decisões médicas sem possibilidade de discussão. “Na prática o médico representa também o tutor do paciente e as suas escolhas prevalecem sobre a própria autonomia do paciente” (SGRECCIA, 2009, p.214).

Com o fortalecimento da dignidade da pessoa humana, tal paradigma começou a ceder espaço para o reconhecimento da autonomia do paciente. “A visão da dignidade como autonomia valoriza o indivíduo, sua liberdade e seus direitos fundamentais. Com ela são fomentados o pluralismo, a diversidade e a democracia de uma maneira geral”. (BARROSO; MARTEL, 2012).

O princípio da autonomia modifica a relação médico-paciente, pois o médico deixa de ser o único sujeito da relação em contraposição ao paciente que era tratado como mero objeto da prática médica em sua busca pela cura da doença e ambos agora, se tornam sujeitos decidindo conjuntamente qual o melhor tratamento a ser adotado caso a caso.

Roberto Luiz d’Avila, em texto de abertura do novo código de ética médico editado pelo Conselho Federal de Medicina em 2009, declara:

O Código de Ética Médica se estabelece também como indutor de transformações no campo da política, sem, contudo, negar sua principal contribuição para a sociedade: o reforço à autonomia do paciente. Ou seja, aquele que recebe atenção e cuidado passa a ter o direito de recusar ou escolher seu tratamento. Tal aperfeiçoamento corrige a falha histórica que deu ao médico um papel paternalista e autoritário nessa relação, fazendo-a progredir rumo à cooperação – abordagem sempre preocupada em assegurar a beneficência das ações profissionais em acordo com o interesse do paciente.

Permanece contudo, o modelo paternalista em situações excepcionais, como quando o paciente corre risco de vida ou está incapacitado de tomar decisões, ou conforme Almeida (1999), “quando envolve categorias especiais de pessoas, tais como crianças, doentes mentais severos, senis e pessoas com distúrbios mentais moderados. Nesses casos, existiria ou uma ausência ou uma diminuição da capacidade autônoma da pessoa.”

De outra forma, valorizando a autonomia do paciente, o paternalismo cede espaço para um novo modelo de relação médico-paciente, o modelo informativo. Neste modelo o paciente deixa de ser tratado como objeto da prática médica e é elevado à condição de sujeito.

Para que haja uma real prática da autonomia, saliente-se que lhe é inerente por derivação da dignidade da pessoa humana, faz-se necessário o fornecimento de informações nas quais a decisão se pautará, ou seja, o paciente precisa ser

esclarecido sobre sua real condição e opções disponíveis. Desse modo “a interação com o paciente serve para que o médico forneça a ele informações relativas ao diagnóstico, às terapias e aos riscos de cada um.” (SGRECCIA, 2009, p.225).

É nesse contexto que surge derivado do princípio da autonomia, um quarto princípio bioético, o consentimento esclarecido.

4.1.4 Consentimento Informado

O Consentimento informado é requisito imprescindível para a prática real do Princípio da Autonomia como vimos acima, trata-se segundo o Glossário de Bioética (ACOSTA, 2011), da “elección que realiza un adulto particular, de aceptar tratamiento médico, participar como sujeto en una investigación, o enfrentar adecuadamente un problema de salud”.⁴

Segundo, Simoes (2010), o termo Consentimento Informado foi utilizado pela primeira em 1957 nos Estados Unidos, em uma sentença no Estado da Califórnia e desde então se tornou um importante instrumento no relacionamento entre médico e paciente.

Para seu exercício plenamente válido Acosta salienta que “el consentimiento debe estar extento de violencia y basarse en información adecuada sobre los riesgos y beneficios del tratamiento al igual que sobre las opciones disponibles”⁵.

Sgreccia (2009, p. 225) complementa afirmando que “como técnico perito, o médico tem a obrigação de dar a informação mais completa, de manter e atualizar a sua competência, de consultar outros peritos quando for necessário”.

Para isso, o médico deve adaptar a linguagem empregada de modo a ser compreendido pelo paciente, de modo que este entenda plenamente os riscos e benefícios envolvidos e possa tomar uma decisão de forma esclarecida.

No entender do mesmo autor, o direito a verdade sobre o estado de saúde e os tratamentos disponíveis não se limitam ao primeiro contato médico, devendo o paciente ser atualizado sobre o andamento do tratamento escolhido, e consultado novamente sobre posteriores intervenções.

⁴ Escolha que faz um determinado adulto, a aceitar o tratamento médico, participar como sujeito em uma investigação, ou tratar adequadamente um problema de saúde.

⁵ O consentimento deverá ser isento de violência e com base em informações adequadas sobre os riscos e benefícios do tratamento, bem como sobre as opções disponíveis

Tais informações são ainda mais cruciais quando o paciente se encontra em fase terminal e as decisões tomadas podem as últimas. Em pesquisa com pacientes portadores do vírus da AIDS, Martin (2009, p. 195), conclui que:

Do ponto de vista ético o problema maior parece estar não tanto no fato de contar, mas, sim, na maneira de contar.

Para esta tarefa o médico precisa de empatia e de prudência e precisa ser capaz de adaptar-se às necessidades de cada doente. O importante é ajudar a pessoa a apropriar-se da sua verdade.

A verdade não consiste apenas numa simples comunicação fria de dados e de informações objetiva. O apropriar-se do significado dos dados e a facilitação desta apropriação são dimensões importantes no processo de contar a verdade.

A Declaração Universal sobre Bioética já assinalava para os países membros da necessidade de respeito ao consentimento informado conforme disposto no art. 6 do referido documento: “Qualquer intervenção médica de carácter preventivo, diagnóstico ou terapêutico só deve ser realizada com o consentimento prévio, livre e esclarecido da pessoa em causa, com base em informação adequada”

O Novo Código de ética médica em harmonia com a Declaração prevê a necessidade do consentimento quando trata das vedações do médico assim dispõe: É vedado ao médico: “Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.”

Como pode se perceber o paradigma do paternalismo tem sido substituído pelo da autonomia através do consentimento informado, valorizando a participação do paciente no processo de cura e estabelecendo uma relação mais humanitária durante o tratamento.

Importante destacar que a não obtenção do consentimento informado tem sido causa de diversos processos judiciais de indenização por erro médico como o exemplo dos julgados a seguir, o que só reforça ainda mais, a mudança de comportamento do paciente, antes totalmente passivo, para o seu desejo de participar ativamente das decisões médicas tomadas.

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO POR ERRO MÉDICO. FALTA DE COMPROVAÇÃO. FALTA DE CONSENTIMENTO INFORMADO. SENTENÇA MANTIDA. I - De acordo com o disposto no art. 37, § 6º, da CF, o Estado responde

objetivamente pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem. II - Em que pese o fato de a autora ter desistido da produção da prova pericial, a prova testemunhal e os demais documentos carreados aos autos demonstram que houve a necessidade de realização de uma segunda cirurgia decorrente de complicações advindas da primeira realizada. III - O Estado não se desincumbiu do ônus de demonstrar que a perda da visão decorreu de particularidades da paciente e que ela foi previamente cientificada acerca dos riscos inerentes ao procedimento. Falta de consentimento informado. Nexo causal demonstrado. IV - Recurso da UFMG e remessa oficial tida por interposta a que se nega provimento. Sentença mantida. (TRF-1 - AC: 15462 MG 2002.38.00.015462-1, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JIRAIR ARAM MEGUERIAN, Data de Julgamento: 04/03/2013, SEXTA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.213 de 18/03/2013)

RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. CIRURGIA OFTALMOLÓGICA. COMPLICAÇÕES NÃO CIENTIFICADAS À PACIENTE. FALTA DE TERMO DE CONSENTIMENTO INFORMADO. CIRURGIA EXPERIMENTAL. Não se viu nos autos qualquer advertência à autora da gravidade de sua doença. Tampouco foi alertada, pormenorizadamente, dos riscos da cirurgia. Recurso parcialmente provido para condenar o réu ao pagamento de indenização por danos morais. (TJ-SP - APL: 01034565020068260100 SP 0103456-50.2006.8.26.0100, Relator: Carlos Alberto Garbi, Data de Julgamento: 29/04/2014, 10ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 14/05/2014)

Haveria então o reconhecimento do direito do paciente terminal, de recusar tratamentos médicos considerados fúteis, afastando a possível tentação médica de utilizar todos os meios tecnológicos disponíveis porém ineficientes, tornando o paciente um mero objeto de pesquisa e experimentação?

Negar-lhe tal possibilidade não seria uma forma de violação da dignidade da pessoa humana e uma anulação do direito que lhe é inerente de autodeterminar-se exercendo portanto, a sua autonomia nos últimos momentos de vida?

5 O ATUAL TRATAMENTO JURÍDICO DA ORTOTANÁSIA NO BRASIL

A aceitação de que a morte é parte inerente do processo de viver, se faz imprescindível para compreensão do tema tratado durante este trabalho. Uma vez que conforme expressa Pessini (1996) “a única questão a ser colocada é quando e como, e não se, vamos morrer. Se a morte é parte do ciclo da vida humana, então cuidar do corpo que está morrendo deve ser parte integral dos objetivos da medicina.”

Como vimos anteriormente, a doutrina classifica as possibilidades de disposição da vida por parte do paciente em suicídio assistido, eutanásia e ortotanásia, uma vez que a mistanásia é resultado do mau gerenciamento do sistema de saúde e a distanásia - tentativa de curar a qualquer custo - uma consequência da deficiência na formação profissional do médico.

Assim, restaria ao paciente optar pelo suicídio assistido, eutanásia ou ortotanásia. Pelos motivos expostos nos capítulos anteriores, podemos verificar que o suicídio assistido e a eutanásia são completamente rechaçados pelo ordenamento jurídico brasileiro pois claramente estão em confronto com os artigos 122 e 121 do atual Código Penal.

A discussão portanto gira em torno da possibilidade jurídica da prática da ortotanásia no atual ordenamento jurídico brasileiro. Desse modo, no que toca a ortotanásia existe divergência doutrinária quanto às consequências jurídicas de sua prática. Para Branco (2009, p.398) entende que “sendo um direito, e não se confundindo com mera liberdade, não se inclui no direito à vida a opção por não viver. Na medida em que os poderes públicos devem proteger esse bem, a vida há de ser preservada, apesar da vontade contrária do seu titular.”

Já Mendes (2009, p.399) expressa com relação a ortotanásia que “ante a irreversibilidade de um estado terminal, não configurará eutanásia a suspensão de tratamentos extraordinários aplicados ao paciente”, pensamento compartilhado por Penalva (2009, p. 531) ao considerar que “a ortotanásia não antecipa o momento da morte, mas permite tão somente a morte em seu tempo natural e sem utilização de recursos extraordinários postos à disposição pelo estado atual da tecnologia.”

Nas palavras de Santo (2009, p.116), “a vida está sendo retirada pela doença de que padece o doente”, e no caso do paciente considerado em estado

terminal, não há mais nenhum recurso a ser utilizado que possa vir a curá-lo, uma vez que o processo de morte é inevitável.

Desse modo, não defendemos aqui a plena disposição da vida quando esta é viável e a doença curável através dos tratamentos disponíveis, mas tão somente o direito do paciente em estado terminal de utilizando-se de sua autonomia, a partir do consentimento informado, optar por não postergar o processo de morte como pretendido pela distanásia.

Defende-se aqui o direito do paciente insurgir-se contra terapêuticas que, por alguma razão – convicção religiosa, traumas não suportabilidade dos efeitos advindos da intervenção, dentre outros – lhe seriam mais prejudiciais física ou emocionalmente do que conviver com a moléstia sofrida, sem que pretenda ele, com recusa, promover a própria morte. (ACHAR, 2008, p. 81)

No dizer de Pessini (2004):

Não há nenhuma obrigação de iniciar ou continuar uma intervenção terapêutica quando o sofrimento ou o esforço gasto são desproporcionais aos benefícios reais antecipados. Neste caso, não é a interrupção da terapia que provoca a morte da pessoa, mas o processo patológico previamente existente.

Como podemos perceber, o paciente não busca a própria morte, visto que esta é iminente e inevitável, mas procura com a recusa a tratamentos fúteis ou inúteis, que não possuem mais a capacidade de restaurar-lhe a saúde, desfrutar dos últimos momentos de vida do modo mais humano e digno possível, próximo aos familiares e entes queridos.

No dizer de Sgreccia (2009, p. 717) quando a morte torna-se inevitável apesar “é lícito em consciência tomar a decisão de renunciar a tratamentos que ofereçam um prolongamento precário e difícil da vida, sem interrupção todavia dos tratamentos normais devidos aos doentes em casos semelhantes.”

Complementando o pensamento de Sgreccia, Penalva (2009, p. 528) defende a mesma ideia: “Em outras palavras na eutanásia passiva provoca-se a morte, enquanto a suspensão do esforço terapêutico permite que ela ocorra de modo natural, o que por conseguinte, é denominado de ortotanásia.”

Sendo então considerada uma humanização do processo de morrer, a

ortotanásia vem sendo alvo de iniciativas para regulamentação legal de sua prática com o objetivo de fornecer segurança jurídica ao paciente terminal e especialmente a equipe médica envolvida.

A crescente importância da participação do paciente no processo de tratamento médico dá-se na medida em que, devido ao progresso técnico-científico aplicado à saúde, o processo de morrer tem se expandido exageradamente, situação reconhecida pelo próprio Conselho Federal de Medicina ao afirmar que:

Se no início do século XX o tempo estimado para o desenlace após a instalação de enfermidade grave era de cinco dias, ao seu final era dez vezes maior. Tamanho é o arsenal tecnológico hoje disponível que não é descabido dizer que se torna quase impossível morrer sem a anuência do médico.

Como atualmente o Código Penal silencia especificamente quanto a prática da ortotanásia, e sendo a conduta médica guiada pelo Código de Ética Médico, o disposto no artigo 32 que estabelece ser vedado ao médico “Deixar de usar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente.”, acaba por incentivar a prática da distanásia por receio de serem processados por omissão de socorro (Art. 135 Código Penal).

Ao unir a possibilidade de processo judicial por omissão com a formação acadêmica voltada grandemente para a cura do paciente, somando-se às possibilidades terapêuticas disponíveis, cria-se o excesso de utilização de UTIs presentes nos hospitais modernos, “aprendemos muito sobre tecnologia de ponta e pouco sobre o significado ético da vida e da morte.”, situação reconhecida pelo Conselho Federal de Medicina.

Com o intuito de melhor orientar a prática médica quando o paciente for diagnosticado em estado terminal, compatibilizando o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e o princípio bioético da autonomia, foi que o Conselho Federal de Medicina, editou em 2006 a Resolução nº 1.805 que passaremos a analisar.

5.1 A Resolução nº 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina

A Resolução nº 1.805/2006 foi editada tendo por base a preservação da

dignidade da pessoa humana e o seu respeito à autonomia nos momentos finais da vida, conferir ao paciente terminal a possibilidade de recusa de tratamento médico fútil e ao médico o respaldo para respeitar tal decisão, como expresso no texto da mesma:

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.

Na exposição dos motivos para edição da referida Resolução o texto indica ainda que:

despreparados para a questão, passamos [os médicos] a praticar uma medicina que subestima o conforto do enfermo com doença incurável em fase terminal, impondo-lhe longa e sofrida agonia. Adiamos a morte às custas de insensato e prolongado sofrimento para o doente e sua família.

Por isso, o artigo primeiro da Resolução afirma que: “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.”

O Ministério Público Federal em 09 de maio de 2007, por entender ser inconstitucional a Resolução 1.805/2006, propôs perante a 14ª Vara da Justiça Federal, sediada em Brasília, ação judicial distribuída sob o número 2007.34.00.014809-3, com o pedido de decretação de nulidade da Resolução, tendo como pedido alternativo de alteração da mesma para que se definissem critérios a serem seguidos em caso de ortotanásia.

Em sede de antecipação de tutela por equiparar a ortotanásia ao homicídio previsto no art. 121 do Código Penal, não teria o Conselho Federal de Medicina legitimidade para tratar sobre o assunto por meio de Resolução, senão pelo trâmite parlamentar devido. Estando presentes os requisitos da antecipação, *fumus bonis iuris* e o *periculum in mora*, entendeu o juiz federal Dr. Roberto Luis Luchi Demo, pela antecipação do pedido e suspendeu a eficácia da Resolução no dia 23 de

outubro de 2007.

O processo teve seu trâmite regular até que em 01 de dezembro de 2010, três anos depois, foi prolatada sentença que reconheceu a improcedência do pedido formulado pelo Ministério Público Federal e o reconhecimento jurídico de não caracterizar crime a prática da ortotanásia conforme argumentos presentes na sentença emanada e abaixo transcritos, por serem de extrema importância para compreensão do tema proposto por este trabalho.

Grande parte da discussão travada durante o processo pautou-se na diferenciação prática entre a eutanásia e a ortotanásia, nos moldes do que foi apresentado nos capítulos anteriores.

A petição inicial pautou-se principalmente no entendimento equivocado de que eutanásia e ortotanásia seriam sinônimos, situação modificada após a audiência realizada no dia 03/10/2008, de modo que em sede de alegações finais “tanto o Ministério Público Federal como o Conselho Federal de Medicina pugnaram pela improcedência do pedido.”

Durante o processamento do feito após esclarecimentos feitos pelo Conselho Federal de Medicina, compreendeu-se haver diferenças substanciais entre a prática da eutanásia e da ortotanásia, alterando o entendimento da Procuradoria da República “conforme passaremos a explicar, ousamos discordar do posicionamento externado na inicial”.

Nossa posição [Ministério Público Federal] se resume, brevemente, em três premissas: 1) o CFM tem competência para editar a Resolução nº 1805/2006, que não versa sobre direito penal e, sim, sobre ética médica e consequências disciplinares; 2) a ortotanásia não constitui crime de homicídio, interpretado o Código Penal à luz da Constituição Federal; 3) a edição da Resolução nº 1805/2006 não determinou modificação significativa no dia-a-dia dos médicos que lidam com pacientes terminais, não gerando, portanto, os efeitos danosos propugnados pela inicial; 4) a Resolução nº 1805/2006 deve, ao contrário, incentivar os médicos a descrever exatamente os procedimentos que adotam e os que deixam de adotar, em relação a pacientes terminais, permitindo maior transparência e possibilitando maior controle da atividade médica; 5) os pedidos formulados pelo Ministério Público Federal não devem ser acolhidos, porque não se revelarão úteis as providências pretendidas, em face da argumentação desenvolvida.

O próprio autor da ação admitiu ser a ortotanásia uma prática considerada

ética no contexto médico brasileiro e pugnou pela atipicidade da prática, que não se amoldaria nem ao homicídio privilegiado nem a omissão de socorro:

Do ponto de vista constitucional, portanto, é plenamente possível e razoável sustentar-se a atipicidade (homicídio privilegiado ou omissão de socorro) da conduta médica de deixar de adotar procedimentos terapêuticos excepcionais para prolongar artificialmente o processo de morte do paciente terminal.[...] É que a Resolução não trata de direito penal. Não descrimina qualquer coisa, mas apenas põe o médico a salvo de contestação ético-disciplinar, caso decida adotar procedimentos que configurem a ortotanásia.

Importante ressaltar que o reconhecimento da prática da ortotanásia pela equipe médica, no dia-dia dos hospitais e tratamento com pacientes terminais, estando alinhada ao princípio da dignidade da pessoa humana e respeito a autonomia, possibilitando o registro correto nos prontuários médicos.

A Resolução em foco busca apenas dar mais transparência a uma prática que já é comum, mas que é frequentemente escamoteada pelos médicos, por medo de que venham a sofrer represálias éticas ou jurídicas, dada a incompreensão que muitas vezes cerca o assunto. [...]Pode-se dizer então que a Resolução nº 1805/2006 deve, ao contrário, incentivar os médicos a descrever exatamente os procedimentos que adotam e os que deixam de adotar, em relação a pacientes terminais, permitindo maior transparência em sua atuação e possibilitando inclusive maior controle de sua atividade.

Acatando não apenas a contestação apresentada pela Conselho Federal de Medicina mas também o pedido pela improcedência formulado pelo Ministério Público Federal é que o Juiz Dr. Roberto Luis Luchi Demo, concluiu pela improcedência do pedido entendendo que a Resolução 1.805/2006 “realmente não ofende o ordenamento jurídico posto”. O processo encontra-se arquivado desde 02/06/2014.

Desse modo, a Resolução nº 1.805/2006 está em vigor e como normalmente ocorre, antecipa-se a produção legislativa do País reconhecendo como ética a conduta médica que respeita a decisão do paciente terminal, de recusar tratamentos fúteis que em nada pode beneficiá-lo ao simplesmente prolongar a agonia da morte, não interferindo no processo natural desta.

5.2 O Novo Código de Ética Médica

Após os debates travados quando da edição da Resolução 1.805/2006, em 2009 foi editado o Código de Ética Médica que trás em seu novo texto a previsão expressa no inciso XXII, do princípio fundamental de respeito ao processo de morte inevitável, desestimulando a realização de procedimentos desnecessários e ineficientes no caso concreto.

O Novo Código alinha-se também ao novo relacionamento médico-paciente de respeito à autonomia, abandonando o paradigma paternalista ao prever no seu texto no artigo 24 a possibilidade do paciente “de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo”.

Sob a nova ótica, o paciente em estado terminal tem o direito de ser informado de sua real condição de saúde e escolher entre submeter-se a mais tratamentos, mesmo que estes não tenham qualquer condição de restaurar-lhe a saúde, cientificando-se dos riscos que lhe são inerentes ou quanto a possibilidade de entrar em cuidados paliativos, garantindo-lhe a proximidade com seus familiares e um morrer mais digno, dentro da sua compreensão de vida, morte, religião, cultura e família.

O artigo 41 do mesmo Código veda ao médico que este abrevie “a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.” O que caracterizaria eutanásia ou suicídio assistido, e como vimos, tais atitudes não são atualmente admitidas pelo ordenamento jurídico brasileiro, adequando-se a práticas claramente previstas no atual código Penal como crime, o que ensejaria as punições legais cabíveis.

Em contrapartida o parágrafo único do artigo 41, dispõe que:

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

Tal dispositivo aceita como ética a prática da ortotanásia, que não viola em momento nenhum o direito à vida, preceito constitucionalmente consagrado como direito fundamental de qualquer ser humano, antes alinha-se a compreensão de que

a vida para além do aspecto biológico, deve ser resguardada em toda sua dignidade, inclusive quando esta se finda.

Tal posicionamento é coerente com a Resolução anteriormente editada e considerada pela justiça como aceitável e em sintonia com o princípio da dignidade da pessoa humana ao preservar nos últimos momentos de vida, a autonomia do paciente em determinar-se durante o processo de morrer tendo sua vontade respeitada.

Ocorre, contudo que tais normas não garantem a completa isenção de responsabilidade médica uma vez que ainda há quem considere a ortotanásia sinônimo de eutanásia o que poderia provocar o acionamento judicial para decidir sobre condutas médicas consideradas aceitas pela ética médica mas interpretativamente contrárias ao ordenamento jurídico.

Deste modo, o principal objetivo prático do debate em torno da ortotanásia é quanto a imprescindível necessidade de aprovação no novo Código penal da cláusula de despenalização ou de clara atipicidade na conduta que amolde-se à ortotanásia, alinhando a lei ao já consagrado fazer diário, oferecendo maior segurança jurídica em especial a equipe médica envolvida no processo.

5.3 Projetos de Lei em andamento

No Brasil o Projeto de Lei do Senado nº 116, de 2000, de autoria do Senador Gerson Camata, tem o objetivo de excluir de ilicitude a prática da chamada ortotanásia, incluindo o artigo 136-A, no Código Penal:

Art. 136-A. Não constitui crime, no âmbito dos cuidados paliativos aplicados a paciente terminal, deixar de fazer uso de meios desproporcionais e extraordinários, em situação de morte iminente e inevitável, desde que haja consentimento do paciente ou, em sua impossibilidade, do cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão.

§ 1º A situação de morte iminente e inevitável deve ser previamente atestada por 2 (dois) médicos.

§ 2º A exclusão de ilicitude prevista neste artigo não se aplica em caso de omissão de uso dos meios terapêuticos ordinários e proporcionais devidos a paciente terminal.

O projeto foi distribuído para a Câmara dos Deputados em dezembro de

2009 onde tramita sob o nº 6715/2009, tendo sido realizada audiência pública em 21/06/2012, com a presença de médicos e advogados que após discutir conceitos concluíram pela importância do tema para o País “onde ainda lamentavelmente muitas pessoas não têm acesso pleno ao direito constitucional da saúde, este debate, para muita gente, pode parece secundário, mas não é; é um debate central do ponto de vista da qualidade da nossa legislação.”

O projeto está desde maio de 2013 na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania com o Deputado João Campos (PSDB-GO).

Paralelamente, existe também o projeto de lei do senado, nº 524 de 2009, de autoria do mesmo Senador, Gerson Camata, ainda em trâmite na Casa que prevê no art. 6º a possibilidade do paciente ou do seu representante legal pedir “a limitação ou a suspensão, pelo médico assistente, de procedimentos desproporcionais ou extraordinários destinados a prolongar artificialmente a vida.”, que desde abril de 2013 está ao Senador Antônio Carlos Valadares, para emitir relatório.

Enquanto os tais projetos ainda tramitam no Senado e Câmara, diante da urgência prática no dia-dia de médicos e pacientes, o Código de Ética Médica e a Resolução 1.805/2006 continuam a ser os principais guias para tomadas de decisões que envolvam pacientes terminais e a ortotanásia.

Contudo, há quem entenda como Santo (2009, p. 141), da desnecessidade de tal alteração legislativa.

Entende-se que a iniciativa de inclusão deste parágrafo no Código Penal, reflete a cultura da “super normatização” do direito brasileiro. Revela um costume (impregnado inclusive na formação dos magistrados brasileiros) de procurar sempre criar uma norma para todo e qualquer fenômeno social. A inclusão do parágrafo não seria (e não é) necessária. O texto constitucional já oferece resposta suficiente ao ‘problema’. Um simples exercício interpretativo da Constituição Federal é bastante para reconhecer que a ortotanásia é conduta absolutamente constitucional e lícita.

Por outro lado, nos filiamos com o pensamento defendido por Martinelli ([2011]), que apesar de entender que os direitos à liberdade e à dignidade humana já estarem previstos na Constituição Federal “devem ser aplicados na interpretação do Código Penal. No entanto, a previsão expressa em lei da ortotanásia como fato

atípico (ou lícito) colocaria fim nas discussões a respeito de sua permissão.”

Entendemos que a sua positivação da ortotanásia além de gerar a sensação de segurança jurídica por parte dos envolvidos nas decisões de final de vida, incentivaria a divulgação dos temas envolvidos, tais como cuidados paliativos, consentimento informado e autonomia do paciente que contribuirão para a educação da população brasileira e sua maior participação não apenas em decisões de final de vida, mas na alteração do relacionamento médico-paciente.

6 CONCLUSÃO

A discussão em torno do direito à vida em confronto com a preservação da dignidade no processo de morte é recente e fruto do desenvolvimento tecnocientífico operado na ciência médica.

A ortotanásia surge como ponto de equilíbrio entre a eutanásia e a distanásia, pois nela converge o modo de morrer que busca respeitar a vida humana em toda sua dignidade sem o prolongamento injustificados do processo de morte, quando o paciente assim decide.

Não defende-se a simples disposição da vida enquanto ainda existir a possibilidade de cura e tratamentos ordinários claramente eficientes na recuperação plena do paciente, como pretende a eutanásia, mas a aceitação da finitude da existência humana, permitindo a cada indivíduo decidir como deseja viver a própria morte.

Da mesma forma não se aceita o prolongamento artificial da vida por meio de tratamentos médicos que não possuem mais condições de recuperação do paciente, antes e tão somente o doloroso prolongamento do processo de morrer, como atua a distanásia.

Aceitar a morte como parte da própria vida humana, sem a exagerada intervenção tecnocientífica fruto do século XXI, faz parte do desafio moderno tanto para os profissionais da área médica quanto para os familiares.

Como visto, requer antes de tudo uma nova formação acadêmica para aqueles que lidam com o tratamento de doentes, no abandono da cultura paternalista, na qual a decisão está centralizada na pessoa do médico, desconsiderando a opinião do paciente quanto a aplicação das terapias disponíveis, abrindo espaço para um novo paradigma de diálogo e consentimento para com os pacientes e familiares, que exige respeito às decisões tomadas de modo consciente, esclarecido e conjuntamente.

A disponibilidade de recursos médicos e econômicos não implica em um final de vida mais tranquilo e pacífico, e a sua aplicação desmedida antes, pode conferir ao doente maior sofrimento e angústia no final da vida ao ver-se cobiado de tratamentos que em nada pode ajuda-lo, mas somente retardar dolorosamente o inevitável processo de morte.

Aceitar a morte no tempo certo, ortotanásia, não implica por outro lado o abandono do paciente em estado terminal à doença do qual padece. Ao contrário, implica o necessário cuidado desse paciente ao proporcionar-lhe conforto respeitando a sua finitude. Para tanto, o paradigma dos cuidados paliativos se faz urgente.

O aprimoramento dos cuidados paliativos, e a criação de ambientes propícios aos mesmos, requer a sensibilidade de preparar o doente, tanto fisicamente, ao tratar especialmente a dor provocada pela doença, quanto psicologicamente ao aproxima-lo dos familiares e entes queridos nos últimos momentos de vida.

Tal atitude alinha-se à proteção conferida constitucionalmente à dignidade da pessoa humana, e dela deriva, pois parte da compreensão de que a vida humana protegida constitucionalmente como direito fundamental, não se limita simplesmente ao manter-se vivo, antes, abrange todas as instâncias que circunscrevem o viver, e consequentemente o morrer.

A ideia de que a vida humana deve ser preservada a todo custo, independente de sua qualidade, não encontra respaldo no ordenamento jurídico brasileiro, quando interpretada à luz da dignidade da pessoa humana.

Entretanto o respeito as decisões de pacientes em estado terminal quanto ao não prolongamento artificial da vida e a recusa de submeter-se a tratamento fúteis, após o devido esclarecimento por parte da equipe médica, ainda encontra empecilhos diante da confusa interpretação legal que possa dela advir.

Podendo ser acusados desde omissão de socorro à homicídio privilegiado, a classe médica acaba por desconsiderar o desejo do paciente em estado terminal e utiliza-se de todos os mecanismos disponíveis de prolongamento artificial para preservação da vida.

Ao elaborar a Resolução 1.805/2006, o Conselho Federal de Medicina buscou orientar as decisões da comunidade médica e conferir respaldo ético ao respeito da decisão de não prolongamento artificial e recusa aos tratamentos pelo paciente terminal.

Em 2006, com o ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade que após esclarecimentos feitos por especialistas no assunto, o próprio autor da ação, o Ministério Público Federal, em sede de alegações finais, entendeu que tal Resolução

não feria o direito à vida, antes preservava-lhe a dignidade nos momentos finais, entendimento aceito pelo poder judiciário que concluiu pela improcedência do pedido.

Contudo, tal decisão não implica na descriminalização da ortotanásia. Para tanto estão em andamento os projetos de lei nº 116, de 2000 e o nº 524 de 2009, que buscam oficialmente legalizar a ortotanásia no Brasil. Apesar de alguns doutrinadores considerarem desnecessária a alteração no Código Penal, diante da cultura positivista dos julgadores brasileiros, tal modificação virá a conferir maior segurança jurídica a todos os envolvidos.

Com vistas a conferir aplicação prática da dignidade da pessoa humana, enquanto princípio fundamental a ser obedecido por todo Estado Democrático de Direito, necessário se faz que tal dignidade seja respeitada durante todo o viver, seja ele saudável ou não.

Nada justifica a retirada da possibilidade de auto-determinação da pessoa quando esta encontra-se doente e em estado terminal, pois preserva a sua condição de pessoa e portanto a condição de decidir sobre seus últimos momentos de vida.

Como podemos perceber, a ortotanásia faz parte do dia-dia de milhares de brasileiros que convivem com a iminência da morte em seu processo natural de vida e envolve tanto os pacientes em estado terminal e seus familiares quanto a equipe médica, não podendo mais ser negligenciada pelo poder legislativo.

Espera-se que o presente trabalho tenha contribuído para que em um futuro não muito distante, seja legalmente previsto aos pacientes em estado terminal, o direito fundamental de viver seus últimos dias com a liberdade de escolher entre os procedimentos médicos aos quais deseja se submeter.

REFERÊNCIAS

ACHAR, Vivian Letícia. **O direito de recusa do paciente a tratamento médico À luz da bioética e dos direitos fundamentais constitucionais**. [monografia] Biguaçu, 2008. Disponível em <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Vivian%20Leticia%20Achar.pdf>> Acesso em 20 set. 2014.

ACOSTA, Rafael Torres. **Glosario de bioética**. Ecimed: La Habana, 2011.

ALMEIDA, José Luiz Telles de. **Respeito à autonomia da paciente e consentimento livre e esclarecido: uma abordagem principialista da relação médico-paciente**. Rio de Janeiro, 1999. Tese (Doutorado) - Escola Nacional de Saúde Pública, Fundação Oswaldo Cruz. Disponível em: <http://portalteses.cict.fiocruz.br/transf.php?script=thes_cover&id=000025&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 04. abr. 2006.

BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. Dignidade e autonomia individual no final da vida. **Consultor Jurídico**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-11/morte-ela-dignidade-autonomia-individual-final-vida>>. Acesso em 07 ago. 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14 ed. São Paulo: Malheiros editores, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em 30 out. 2014.

_____. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm> Acesso em 30 set. 2014.

_____. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em 22 mai. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 3.510**. Distrito Federal. 29/05/2008. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>> Acesso em 21 ago. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Distrito Federal. 12/04/2012. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/acordao-interruptao-gravidez-anencefalo.pdf>> Acesso em 21 ago. 2014.

_____. Tribunal Regional Federal (14ª Região) Sentença. Processo nº 2007.34.00.014809-3. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Conselho Federal De

Medicina. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf>> Acesso em 10 ago. 2014.

BURGIERMAN, Denis Russo. O direito de morrer. **Superinteressante**. Mar. 2001. Disponível em <<http://super.abril.com.br/ciencia/direito-morrer-441996.shtml>> Acesso em 29 set. 2014.

CARTA ENCÍCLICA EVANGELIUM VITAE DO SUMO PONTÍFICE JOÃO PAULO II . Libreria Editrice Vaticana, 1995 Disponível em <http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents> Acesso em 31 ago. 2014.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM n. 1931, de 17 de setembro 2009-Código de ética. Brasília, 2010. Disponível em <http://www.cremers.org.br/pdf/codigodeetica/codigo_etica.pdf> Acesso em 29 abr. 2014.

_____. Resolução 1.805 de 28 de novembro de 2006. Brasília, 2006. Disponível em <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm> Acesso em 10 abr. 2014.

Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos. Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura: Portugal, 2006. Disponível em <<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>> Acesso em 20 ago. 2014.

DICIONÁRIO DO AURÉLIO ONLINE. Disponível em <<http://www.dicionariodoaurelio.com/Principio.html>> Acesso em 18 ago. 2014.

DICIONÁRIO PRIBERAM DA LÍNGUA PORTUGUESA. Disponível em <<http://www.priberam.pt/DLPO/principio>> Acesso em 18 ago. 2014.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FORTES, PAULO ANTONIO. O suicídio assistido e o paciente terminal. **Rev. Assoc. Med. Bras.** [online]. 2001, v.47, n.3. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-42302001000300010> Acesso em 15 ago. 2014.

GUTIERREZ, Pilar L. O que é o paciente terminal?. **Revista da Associação Médica Brasileira**. São Paulo, v.47 n.2. Abril-junho 2001. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-42302001000200010> Acesso em 25 ago. 2014.

KOVÁCS, M.. A caminho da morte com dignidade no século XXI. **Revista Bioética**. Brasília, v.22, n.1, abr. 2014. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/886/978>. Acesso em: 15 set. 2014.

MARTIN, Leonard, M. Código brasileiro de ética médica e os direitos dos doente na

fase final da AIDS. In: **Fundamentos da Bioética**. 4 ed. São Paulo: Paulus, 2009. P. 189-205.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **A ortotanásia e o direito penal brasileiro**. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, [2011]. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em 12 set. 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Martines. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENEZES, Milene Barcellos de; SELLI, Lucilda e ALVES, Joseane de Souza. Distanásia: percepção dos profissionais da enfermagem. **Revista Latino Americana. Enfermagem** [online]. 2009, v.17, n.4, pp. 443-448. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1590/S0104-11692009000400002>> Acesso em 15 ago. 2014.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MUTO, Eliza; NARLOCH, Leandro. Uma nova morte. **Superinteressante**. Dez. 2005. Disponível em < <http://super.abril.com.br/ciencia/nova-morte-446150.shtml>>. Acesso em 30 out. 2014.

NAMBA, Edison Tetrizo. **Manual de Bioética e biodireito**. São Paulo: Atlas, 2009.

OLIVEIRA, Aluísio Santos de. O direito de morrer dignamente. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 17, n. 3146, 11 fev. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21065>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

PENALVA, Luciana Dadalto. Declaração prévia de vontade do paciente terminal. **Revista Bioética**, Brasília, v.17, n.3, mar. 2009. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/515>. Acesso em: 31 Out. 2014.

PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de bioética**. 7. ed. São Paulo: Loyola, 2007.

PESSINI, Leocir. **Distanásia: até quando prolongar a vida?**. 2 ed. São Paulo: Loyola, 2007.

PESSINI, Leo. Distanásia: algumas reflexões bioéticas a partir da realidade brasileira. **Revista Bioética**. Brasília, v.12, n.1, set. 2004. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/120/125>. Acesso em: 10 set. 2014.

_____. Distanásia, até quando investir sem agredir? **Revista Bioética**. Brasília, v. 4, N. 1. 1996 Disponível em <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/394/357> Acesso em: 10 set. 2014.

_____. **Fundamentos da Bioética**. 4ª ed. São Paulo: Paulus, 2009.

PIVA, Jefferson Pedro; CARVALHO, Paulo R. Antonacci. Considerações éticas nos cuidados médicos do paciente terminal. **Revista de Bioética**. 2009. Disponível em <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/491/308> Acesso em 28 set. 2014.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de Morrer: Eutanásia, suicídio assistido**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SANCHEZ Y SANCHES, Kilda Mara. **Ortotanásia: uma decisão frente à terminalidade**. 2012. Dissertação (Mestrado) - Cátedra Unesco de Bioética, Faculdade de Ciências da Saúde da Universidade de Brasília, Brasília. 2012. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1590/S1414-32832013000100003>>. Acesso em 30 set. 2014.

SANTO, André Mendes Espírito. **Ortotanásia e o direito à vida digna**. (monografia) São Paulo: PUC, 2009. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp086624.pdf>> Acesso em 25 ago. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006a.

_____, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa humana e direitos fundamentais**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006b.

SGRECCIA, Elio. **Manual de Bioética**. 3 ed. São Paulo: Loyola, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 10. ed., rev. e atual. São Paulo, SP: Malheiros, 1994.

SIMÕES, Luiz Carlos Séllos. Consentimento informado: o desafio médico-jurídico de nossos dias. **Revista Brasileira de ortopedia** [online]. 2010, v.45, n.2, pp. 191-195. Disponível em < <http://www.scielo.br/pdf/rbort/v45n2/15.pdf>>. Acesso em 20 set. 2014.

SOUZA, Cimon Hendrigo Burmann de. Eutanásia, distanásia e suicídio assistido. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.141-183.

TEIXEIRA, Rafael. A Redenção do Dr. Morte. **Revista IstóÉ**. Set. 2010. Disponível em <http://www.istoe.com.br/reportagens/102441_A+REDENCAO+DO+DR+MORTE>. Acesso em 22 mai. 2014.

ANEXOS



RESOLUÇÃO CFM Nº 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 nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, alterada pela Lei nº 11.000, de 15 de dezembro de 2004, regulamentada pelo Decreto nº 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 nº 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.



CFM
CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

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.

EDSON DE OLIVEIRA ANDRADE
Presidente

LÍVIA BARROS GARÇÃO
Secretária-Geral



14ª Vara

Federal

Fls. _____

96.000.02-B

PODER JUDICIÁRIO

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

SENTENÇA Nº : _____/2010 - TIPO "A"

PROCESSO Nº : 2007.34.00.014809-3

AUTOR : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RÉU : CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

SENTENÇA

Trata-se de ação civil pública com pedido de antecipação de tutela ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra o CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA pleiteando o reconhecimento da nulidade da Resolução CFM n. 1.805/2006 e alternativamente sua alteração a fim de que se definam critérios a serem seguidos para a prática da ortotanásia.

Aduz que: [i] o Conselho Federal de Medicina não tem poder regulamentar para estabelecer como conduta ética uma conduta que é tipificada como crime; [ii] o direito à vida é indisponível, de modo que só pode ser restringido por lei em sentido estrito; [iii] considerado o contexto sócio-econômico brasileiro, a ortotanásia pode ser utilizada indevidamente por familiares de doentes e pelos médicos do sistema único de saúde e da iniciativa privada.

Intimado, o Conselho Federal de Medicina apresentou informações preliminares, asseverando a legitimidade da resolução questionada e a inexistência dos requisitos necessários à concessão da antecipação de tutela.

A antecipação de tutela foi deferida para suspender os efeitos da Resolução CFM n. 1.805/2006. O Conselho Federal de Medicina agravou de instrumento.

Devidamente citado, o Conselho Federal de Medicina contestou asseverando que: [i] a resolução questionada não trata de eutanásia, tampouco de distanásia, mas sim de ortotanásia; [ii] a ortotanásia, situação em que a morte é evento certo, iminente e inevitável, está ligada a um movimento corrente na comunidade médica mundial denominado Medicina Paliativa, que representa uma possibilidade de dar conforto ao paciente terminal que, diante do inevitável, terá uma morte menos dolorosa e mais digna; [iii] a ortotanásia não é considerada crime; e [iv]



14ª Vara

Federal

Fls. _____

96.000.02-B

PODER JUDICIÁRIO

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

o direito à boa morte é decorrência do princípio da dignidade humana, consubstanciando um direito fundamental de aplicação imediata.

A prova testemunhal requerida pelo Conselho Federal de Medicina foi deferida e produzida em audiência.

Em alegações finais, tanto o Ministério Público Federal como o Conselho Federal de Medicina pugnaram pela improcedência do pedido.

É o relatório. **Decido.**

Sobre muito refletir a propósito do tema veiculado nesta ação civil pública, chego à convicção de que a Resolução CFM n. 1.805/2006, que regulamenta a possibilidade de o médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis, realmente não ofende o ordenamento jurídico posto. Alinho-me pois à tese defendida pelo Conselho Federal de Medicina em todo o processo e pelo Ministério Público Federal nas suas alegações finais, haja vista que traduz, na perspectiva da resolução questionada, a interpretação mais adequada do Direito em face do atual estado de arte da medicina. E o faço com base nas razões da bem-lançada manifestação da ilustre Procuradora da República Luciana Loureiro Oliveira que, com sua habitual percuciência, esgotou o objeto da lide, *verbis*:

“A matéria posta em questão é certamente polêmica e encerra dilemas não apenas de ordem jurídica, como de cunho religioso, social e cultural.

Possivelmente, a diretriz a ser adotada por todos quantos a analisem será influenciada fortemente pela maior importância que se confira a cada uma daquelas condicionantes.

Realmente, a edição de uma tal norma pelo Conselho Federal de Medicina é, para os padrões culturais do Brasil, extremamente impactante, vindo a gerar, como gerou, grande celeuma.

O Ministério Público Federal entendeu que a norma ultrapassou as competências do CFM, por pretender regramento que não comportava tal regramento, seja pelos limites jurídicos, seja pelos limites culturais que o Ilustre subscritor da inicial julga vigentes no Brasil.

Nesse sentido, é sem dúvida pertinente a discussão ampla do tema, já que a Resolução impugnada, pelo seu caráter normativo,



14ª Vara

Federal

Fls. _____

96.000.02-B

PODER JUDICIÁRIO

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

poderia, na visão do DD. signatário da inicial, produzir efeitos incompatíveis com valores culturais e sociais caros à sociedade brasileira, importando, inclusive, em contrariedade às leis penais vigentes.

Entretanto, conforme passaremos a explicar, ousamos discordar do posicionamento externado na inicial, sem embargo da profundidade dos argumentos que sustentam a tese.

Nossa posição se resume, brevemente, em três premissas: 1) o CFM tem competência para editar a Resolução nº 1805/2006, que não versa sobre direito penal e, sim, sobre ética médica e consequências disciplinares; 2) a ortotanásia não constitui crime de homicídio, interpretado o Código Penal à luz da Constituição Federal; 3) a edição da Resolução nº 1805/2006 não determinou modificação significativa no dia-a-dia dos médicos que lidam com pacientes terminais, não gerando, portanto, os efeitos danosos propugnados pela inicial; 4) a Resolução nº 1805/2006 deve, ao contrário, incentivar os médicos a descrever exatamente os procedimentos que adotam e os que deixam de adotar, em relação a pacientes terminais, permitindo maior transparência e possibilitando maior controle da atividade médica; 5) os pedidos formulados pelo Ministério Público Federal não devem ser acolhidos, porque não se revelarão úteis as providências pretendidas, em face da argumentação desenvolvida.

À guisa de introdução, teceremos comentários sobre conceitos que influenciam diretamente a opinião ministerial ora externada e o desfecho desta ação.

Considera-se **eutanásia** a provocação da morte de paciente terminal ou portador de doença incurável, através de ato de terceiro, praticado por sentimento de piedade. Na hipótese, existe doença, porém sem estado de degeneração que possa resultar em morte iminente, servindo a eutanásia, para, justamente, abreviar a morte, por sentimento de compaixão.

A eutanásia não conta com autorização legal em nosso país, configurando a prática o crime de homicídio doloso, podendo ser tratado como modalidade privilegiada, em razão do vetor moral deflagrador da ação.

Já a **distanásia** é o prolongamento artificial do estado de degenerescência. Ocorre quando o médico, frente a uma doença incurável e ou mesmo à morte iminente e inevitável do paciente, prossegue valendo-se de meios extraordinários para prolongar o estado de "mortificação" ou o caminho natural da morte. A



14ª Vara

Federal

Fls. _____

96.000.02-B

PODER JUDICIÁRIO

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

distanásia é, frequentemente, resultado da aplicação de meios não ortodoxos ou usuais no protocolo médico, que apenas retardarão o momento do desenlace do paciente, sem trazer-lhe chances de cura ou sobrevida plena, e, às vezes, provocando-lhe maior sofrimento.

No meio das duas espécies, 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.

A ortotanásia não se confunde com a chamada eutanásia passiva. É que, nesta, é a conduta omissiva do médico que determina o processo de morte, uma vez que a sua inevitabilidade ainda não está estabelecida. Assim, os recursos médicos disponíveis ainda são úteis e passíveis de manter a vida, sendo a omissão do profissional, neste caso, realmente criminoso.

A eutanásia, assim, na forma ativa ou passiva, é prática que provoca a morte do paciente, pois ainda não há processo de morte instalado, apesar do sofrimento físico e/ou psicológico que possa atingir o paciente. No entanto, a omissão em adotar procedimentos terapêuticos extraordinários quando a morte já é certa (ortotanásia), não produz a morte do paciente, uma vez que nenhum ato do médico sobre ele poderá evitar o evento do desenlace.

Por sua vez, a **mistanásia**, também chamada de "eutanásia social", é a morte provocada por problemas de infra-estrutura da saúde pública, que atinge direta e conscientemente a parcela mais pobre da população, que menos tem acesso a adequados recursos. Nem de longe tem relação com a ortotanásia, que é prática adotada pelo médico, com a anuência de quem de direito, não por imperativos de falta de mecanismos (aqui, sequer de anuência se cogita), mas por



14ª Vara

Federal

Fls. _____

96.000.02-B

PODER JUDICIÁRIO

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

imperativo - ético e de consciência - de que, sendo inútil a adoção de recursos terapêuticos extraordinários, é desnecessário impor maior sofrimento ao paciente terminal.

Diante de tais conceitos, passemos a contrariar a tese central desta demanda, segundo a qual a ortotanásia constituiria crime de homicídio.

E, aqui, recorreremos, de início, à doutrina do penalista Luiz Flávio Gomes:

"Na nossa opinião, mesmo de lege lata (tendo em vista o ordenamento jurídico vigente hoje), desde que esgotados todos os recursos terapêuticos possíveis e desde que cercada a morte de certas condições razoáveis (anuência do paciente, que está em estado terminal, sendo vítima de grande sofrimento, inviabilidade de vida futura atestada por médicos etc), a eutanásia (morte ativa), a morte assistida (suicídio auxiliado por terceiro) e a ortotanásia (cessação do tratamento) não podem ser enfocadas como um fato materialmente típico porque não constitui um ato desvalioso, ou seja, contra a dignidade humana, senão, ao contrário, em favor dela (no sentido de que a ortotanásia é juridicamente irreprovável cf. Luís Roberto Barroso, Folha de São Paulo de 04.12.06, p. C4) (...) A essa conclusão se chega quando se tem presente a verdadeira e atual extensão do conceito de tipo penal (dado pela teoria constitucionalista do delito, que sustentamos com base em Roxin, Frisch e Zaffaroni), que abrange (a) a dimensão formal-objetiva (conduta, resultado naturalístico, nexos 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). A "morte digna", que respeita a razoabilidade (quando atendida uma série enorme de condições), elimina a dimensão material-normativa do tipo (ou seja: a tipicidade material), porque a morte, nesse caso, não é arbitrária, não é desarrazoada. Não há que se falar em resultado jurídico desvalioso nessa situação" (Artigo "Eutanásia, morte assistida e ortotanásia: dono da vida, o ser humano é também dono da sua própria morte?" Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1305, 27 jan 2007, fls. 539/541).

Em seguida, o pensamento do sempre luminar Luís Roberto Barroso, sobre a resolução impugnada:

"(...) uma tese melhor é que o Código Penal deve ser interpretado à luz da Constituição, sob princípios como o da dignidade da pessoa humana e o da liberdade. A liberdade envolve



14ª Vara

Federal

Fls. _____

96.000.02-B

PODER JUDICIÁRIO

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

direito à autodeterminação, desde que o exercício dessa liberdade seja lúcido e não interfira no direito de uma outra pessoa. O segundo princípio que legitima a resolução é o da dignidade da pessoa humana, que compreende, além do direito a uma vida, o direito a uma morte digna. Não há nenhuma dúvida, nem ética, nem jurídica, à luz dos valores sociais e dos princípios constitucionais, de que a ortotanásia é legítima. A resolução é uma interpretação adequada da Constituição" (fls. 528/535)

Vê-se, pois, que se chega à conclusão da atipicidade material do suposto crime de homicídio, ainda que privilegiado, decorrente da prática de ortotanásia, levando-se em consideração que a falta de adoção de terapêuticas extraordinárias, pelo médico, para prolongar um estado de morte já instalado em paciente terminal (desde que autorizado por quem de direito) não conduz a um resultado desvalioso no campo penal, considerando a necessária interação que os princípios constitucionais - todos derivados da diretriz primordial da preservação da dignidade da pessoa humana - têm de estabelecer com a moderna teoria do fato típico, balizando a interpretação do direito penal vigente.

De outro lado, a própria configuração da omissão de socorro, que se poderia pensar decorrente da prática da ortotanásia, é igualmente descartada por Mário Roberto Hirschheimer e Clóvis Francisco Constantino, em artigo publicado pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM (fls.735/739) :

"O art. 135 do CP conceitua o crime de omissão de socorro como: "Deixar de prestar assistência...à criança abandonada ou extraviada, ou a pessoa inválida ou ferida, ao desamparo, ou em grave e iminente perigo; ..."Muitos entendem que suspender ou não indicar medidas de suporte de vida caracteriza, em qualquer circunstância, omissão de socorro. Estimula tal atitude o que diz o art. 13 do CP: "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". Partindo da premissa de que pacientes terminais estão em processo inexorável de morte e não há como salvar suas vidas, é permitido entender que o art. 135 do CP não se aplica a estes casos. Prestar assistência na forma de atenções para o bem-estar físico, social, mental e espiritual do paciente, com apoio, informações e esclarecimentos apropriados a ele e a seus familiares não significa "deixar de prestar assistência".

O que os autores acima estabelecem é, na verdade, a quebra do nexo causal entre a ação do médico e o resultado (morte inevitável), circunstância que retira, assim, a tipicidade penal da conduta. O mesmo raciocínio aplica-se à interpretação do tipo



14ª Vara

Federal

Fls. _____

96.000.02-B

PODER JUDICIÁRIO

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

homicídio à prática da ortotanásia, uma vez que, também nesta hipótese típica, não haverá crime se a conduta do indigitado autor não contribuir, em última análise, para a causação do resultado morte.

Outras considerações, desta feita no âmbito da bioética ou do biodireito podem ser úteis à compreensão do tema. Por exemplo, a opinião de Tereza Rodrigues Vieira:

*"Ortotanásia significa morte correta, ou seja, a morte pelo seu processo natural. Neste caso o doente já está em processo natural da morte e recebe uma contribuição do médico para que este estado siga seu curso natural. Assim, ao invés de se **prolongar artificialmente o processo de morte** (distanásia), deixa-se que este se desenvolva naturalmente (ortotanásia). Somente o médico pode realizar a ortotanásia, e ainda não está obrigado a prolongar a vida do paciente contra a vontade deste e muito menos aprazar sua dor. A Ortotanásia é conduta atípica frente ao Código Penal, pois não é causa de morte da pessoa, uma vez que o processo de morte já está instalado. Desta forma, diante de dores intensas sofridas pelo paciente terminal, consideradas por este como intoleráveis e inúteis, o médico deve agir para amenizá-las, mesmo que a consequência venha a ser, indiretamente, a morte do paciente" (Bioética e direito. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999, p. 90.).*

E a visão do Ilustre Promotor de Justiça Diaulas Costa Ribeiro, sobre o assunto:

"Mas a suspensão do esforço terapêutico tem suporte, entre nós, na Constituição Federal (art. 1º, III, e art. 5º, III), que reconhece a dignidade da pessoa humana como fundamento do estado democrático brasileiro e diz expressamente: ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante; no Código Civil (art. 15), que autoriza o paciente a recusar determinados procedimentos médicos; na Lei nº 8080/90 (art. 7º, III), que reconhece o direito à autonomia do paciente; e no Código de Ética Médica, que repete esses mesmos princípios legais e ainda proíbe ao médico realizar procedimentos terapêuticos contra a vontade do paciente, fora de um quadro de emergência médica de salvação, o que não é o caso de um quadro irreversível, sem nenhuma resposta a qualquer tipo de tratamento" (fls. 112/120).

Releva notar que o Ministério da Saúde, na Portaria nº 675/GM, de 30 de março de 2006, aprovou a Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde, entre eles o de consentimento ou a recusa de forma livre, voluntária e esclarecida, depois de adequada



14ª Vara

Federal

Fls. _____

96.000.02-B

PODER JUDICIÁRIO

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

informação, a quaisquer procedimentos diagnósticos, preventivos ou terapêuticos, salvo se isso acarretar risco à saúde pública. Foi-lhe também assegurado, como afirma novamente Diaulas Ribeiro, "*o direito de opção pelo local de morte, que contempla o direito de opção pelo tempo da morte. Esse direito atende à reivindicação de desospitalização do paciente, recusada por médicos sob o temor de estarem, com a alta a pedido, concorrendo para a sua morte, o que também é inerente ao paternalismo e já não tem razão de ser neste novo contexto*" (fl. 119).

Do ponto de vista constitucional, portanto, é plenamente possível e razoável sustentar-se a atipicidade (homicídio privilegiado ou omissão de socorro) da conduta médica de deixar de adotar procedimentos terapêuticos excepcionais para prolongar artificialmente o processo de morte do paciente terminal.

Assim, a pecha de que a Resolução nº 1805/2006, do CFM, viola a ordem jurídica, porque descriminaliza conduta penal, já não tem lugar na presente discussão.

De outra parte, mesmo que nos dispuséssemos a não fazer uma interpretação constitucional da lei penal e, assim, considerássemos criminosa a ortotanásia, ainda assim parece-nos que a citada norma não mereceria a reprovação que a inicial lhe imprimiu.

É que a Resolução não trata de direito penal. Não descrimina qualquer coisa, mas apenas põe o médico a salvo de contestação ético-disciplinar, caso decida adotar procedimentos que configurem a ortotanásia. Desse modo, cai por terra o argumento, alinhavado na inicial, de que o Conselho Federal de Medicina não teria competência para normatizar o tema.

Se considerarmos que a Resolução visa a conferir maior segurança e tranquilidade ao médico, em face de possíveis posteriores ameaças de ser enquadrado no Código Penal pátrio como homicida ou autor de omissão de socorro, não se poderá objetar o seu poder regulamentar, já que se trata de regramento do ato médico, dos limites do proceder médico em face dos princípios regentes da profissão (autonomia, beneficência, não-maleficência, entre outros), em prol do bem comum, da função social da Medicina e da higidez ética no trato da vida e da morte.

Em resumo, na hipótese de que cuida a Resolução nº 1805/2006, o médico até poderá vir a ser responsabilizado por eventual crime cometido (que, em tese, pode ser descartado, como afirmamos, mas, em algum caso concreto, poderá ser apurado e



14ª Vara

Federal

Fls. _____

96.000.02-B

PODER JUDICIÁRIO

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

constatado), mas é certo que estará a salvo do questionamento ético-disciplinar, porque este é o limite da "autorização" prevista na resolução impugnada.

Portanto, o Conselho Federal de Medicina não exorbitou de seu poder regulamentar, certo que tem atribuição legal para expedir normas disciplinares da profissão e da conduta médica.

Tal é ponto de vista de Maria Elisa Villas Boas:

"Recentemente publicada, a Resolução, a rigor, não era necessária. Ela não permite nada. Só ratifica o que já é permitido. Vem, todavia, afinal dirimir algumas dúvidas, mais comuns no lidar com pacientes em final de vida. Foi preciso muita discussão e maturamento para se chegar à conclusão - algo óbvia, é de se dizer - de que ninguém é obrigado a morrer intubado, usando drogas vasoativas (para o coração se manter, a duras penas, batendo) e em procedimentos dialíticos numa UTI. O Direito não pode obrigar isso. O Direito não tem por que obrigar isso. Não, não é crime morrer em casa, ou sob cuidados que mais se aproximem dos domiciliares" (...) A ortotanásia pregada na Resolução 1805/2006 não é a morte antecipada, deliberadamente provocada, como na idéia atual de eutanásia. É a morte mais natural e humana, quando já não se a pode evitar ou adiar a contento (...) Dizer que é ilegal a ortotanásia assim empreendida - quando, esgotados os recursos úteis, restam a mera futilidade e a obstinação terapêutica - significa dizer que é obrigatória a distanásia: a morte adiada a todo custo, às expensas de agonia, abuso terapêutico e desnecessário sofrimento, como numa tortura final, que condena o paciente à morte solitária, isolado dos seus entes queridos, nega-lhes a participação no processo de morrer, submete o paciente a mais e mais desconfortos, ainda que se os saiba incapazes de reverter o quadro mórbido e o processo de morte instaurados" (fl. 688).

A nosso ver, aliás, e em conformidade com a idéia acima exposta, a edição da Resolução nº 1805/2006 não determinou modificação significativa no dia-a-dia dos médicos que lidam com pacientes terminais, não gerando, portanto, os efeitos danosos propugnados pela inicial.

A Resolução em foco busca apenas dar mais transparência a uma prática que já é comum, mas que é frequentemente escamoteada pelos médicos, por medo de que venham a sofrer represálias éticas ou jurídicas, dada a incompreensão que muitas vezes cerca o assunto.



14ª Vara

Federal

Fls. _____

96.000.02-B

PODER JUDICIÁRIO

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

No particular, é preciso entender que a ortotanásia se insere num contexto científico mais amplo denominado "medicina paliativa", que representa, em verdade, uma correção de rumos e certa quebra de paradigmas da medicina tradicional.

É cediço que devem reger a atividade do médico, dentre outros, os princípios da autonomia, da beneficência e da não-maleficência.

O **princípio da autonomia** reclama o envolvimento consciente do paciente no processo terapêutico e propugna o respeito às suas decisões. É direito do usuário do serviço de saúde, inclusive previsto na legislação brasileira, devendo, pois, ser sempre respeitado. Nesse prisma, para resguardar o princípio da autonomia no tratamento oferecido aos pacientes terminais, que, em geral, não apresentam estados mentais que permitam decidir conscientemente sobre as terapias possíveis, é sempre necessário recorrer à decisão da família ou do responsável legal, que passam a "falar" pelo paciente.

Saliente-se que a Resolução impugnada obedece a esse princípio, estabelecendo que o próprio paciente terminal ou sua família devem estar conscientemente envolvidos na decisão de suspender cuidados extraordinários que já não se mostrem úteis, uma vez considerado irreversível o processo de morte. E sempre terão direito a recorrer a outras opiniões médicas, caso não se sintam suficientemente esclarecidos para tomar esta ou aquela diretriz.

Quanto ao **princípio da beneficência**, é intuitivo concluir que compete ao médico fazer tudo quanto estiver ao seu alcance para melhorar as condições de vida do paciente. Mesmo que determinado tratamento possa lhe causar sofrimento, se houver chance de cura e possibilidade de êxito, deverá o médico procurar beneficiar o paciente.

Já o **princípio da não-maleficência** propugna que as atividades médicas, tanto quanto possível, não devem causar mal ao paciente ou devem causar-lhes apenas o mal necessário para que se restabeleça a sua saúde.

Normalmente, deve o médico por em destaque, numa escala de prioridades, o princípio da beneficência. Se há chances de salvar a vida do paciente, o remédio, por mais amargo que lhe pareça, deve-lhe ser aplicado, apesar dos incômodos que venha a causar. Ninguém discorda de que um tratamento quimioterápico provoca certos males ao paciente, que, no entanto, são suportados em prol



14ª Vara

Federal

Fls. _____

96.000.02-B

PODER JUDICIÁRIO

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

do benefício que poderá gerar - a cura do câncer.

Pois bem. Quando se lida com pacientes terminais, de acordo com os conceitos da moderna medicina paliativa, invertem-se as perspectivas e, poderíamos dizer, o peso que os princípios da beneficência e da não-maleficência possuem.

É que, diagnosticada a terminalidade da vida, qualquer terapia extra se afigurará ineficaz. Assim, já não se pode aceitar que o médico deva fazer tudo para salvar a vida do paciente (beneficência), se esta vida não pode ser salva. Desse modo, sendo o quadro irreversível, é melhor - caso assim o paciente e sua família o desejem - não lançar mão de cuidados terapêuticos excessivos (pois ineficazes), que apenas terão o condão de causar agressão ao paciente. Daí é que se pode concluir que, nessa fase, o princípio da não-maleficência assume uma posição privilegiada em relação ao princípio da beneficência - visto que nenhuma medida terapêutica poderá realmente fazer bem ao paciente.

Então, o que propugna a medicina paliativa, em cujo contexto está a ortotanásia, é que, na impossibilidade de salvar a vida, deve-se deixar correr o processo natural - e irreversível - da morte, conferindo-se ao paciente o maior conforto que possa ter nos seus últimos dias (o que pode se limitar ao alívio da dor ou chegar até a desospitalização, se esta for a vontade do próprio paciente e de sua família).

Como se disse alhures, se é exato que os médicos que lidam com pacientes terminais, em sua maioria, já antepunham ao princípio da beneficência o da não-maleficência, há de se concluir que, do ponto de vista prático, nada mudou com a resolução do CFM. A conclusão deriva, além da análise dos numerosos estudos e artigos constantes destes autos, também dos preciosos depoimentos prestados em audiência de instrução, a saber:

À fl.824, o médico José Eduardo de Siqueira esclarece que *"a partir do diagnóstico da terminalidade, que é relativamente fácil e seguro, a postura médica tem sido a de ouvir uma equipe multidisciplinar, que inclui psicólogo, enfermagem, assistente social na busca de uma decisão sobre o tratamento mais adequado para aquela situação; que pode mencionar o caso de profissionais que, após conversar com a família e equipe multidisciplinar, decidem não aplicar o procedimento de ressuscitação, mas para se resguardar, registram no prontuário que aplicou esse procedimento, mas não obteve sucesso; que é correto dizer que a resolução não alterou a prática médica, mas tão somente ensejou uma tranquilidade para os médicos registrarem, especialmente no*



14ª Vara

Federal

Fls. _____

96.000.02-B

PODER JUDICIÁRIO

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

prontuário, o procedimento adotado conforme a realidade, sendo que, com suspensão da vigência da resolução, os médicos em nada alteraram a sua prática, mas omitem o registro efetivamente foi feito, existindo aí um pacto de silêncio".

À fl. 823, o padre Leocir Pessini afirma *"que vários códigos de ética médica que foram revisados recentemente passaram a incluir, ao lado da vedação da eutanásia ativa, a vedação da obstinação terapêutica ou distanásia, a exemplo de Portugal, Canadá, Estados Unidos, Espanha e Itália".*

À fl. 822, a médica Cláudia Burlá sugere *"que na vigência da resolução a depoente observou que a publicação dessa norma deu uma maior tranquilidade para os médicos, que passaram então a procurar conhecer mais sobre o tratamento paliativo"*

À fl. 825, a médica Maria Goretti Sales Maciel assevera *"que durante a vigência da resolução, ou seja, do final de 2006 até o final de 2007, não observou alteração alguma na prática médica, enfatizando somente que pode ter ocorrido mudança no registro prontuário, pois às vezes ocorria de o médico de plantão que vinha constatar o óbito do paciente registrar que aplicou procedimento que não foram aplicados na realidade, como procedimento de ressuscitação".*

E à fl. 826, o médico Roberto Luiz D'Ávila diz *"que a resolução não é impositiva nem proibitiva de uma conduta (...), sendo que o objetivo real da resolução foi permitir que os médicos interrompessem ou não iniciassem tratamentos desproporcionais à doença e que de nada adiantariam, com tranquilidade no sentido de não serem punidos eticamente" .*

Pode-se dizer então que a Resolução nº 1805/2006 deve, ao contrário, incentivar os médicos a descrever exatamente os procedimentos que adotam e os que deixam de adotar, em relação a pacientes terminais, permitindo maior transparência em sua atuação e possibilitando inclusive maior controle de sua atividade.

Além disso, o receio de que os médicos viriam a encerrar indiscriminadamente os procedimentos terapêuticos de quaisquer pacientes ou de que poderiam errar no prognóstico também cede à constatação de que, na prática médica, o "expert", em virtude de sua experiência, tem quase absoluto grau de segurança para identificar a terminalidade da vida. Ainda segundo Roberto Luiz D'Ávila, no depoimento prestado nestes autos (fl. 826), *"existem diversas doenças que implicam o estado terminal, e todo médico está habilitado para reconhecer esses estados em cada doença*



14ª Vara

Federal

Fls. _____

96.000.02-B

PODER JUDICIÁRIO

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

específica, de maneira que se fosse regulamentar todos esses casos, a resolução seria muito longa e fatalmente incorreria em omissão, além disso a ortotanásia ocorre, como já salientado, em um ambiente de confiança entre o paciente, sua família e o médico". Adiante, acrescenta que "a maioria dos casos se refere à oncologia e os médicos têm conhecimento sobre o prognóstico de cada tipo de câncer, e no que se refere às outras doenças degenerativas, pela falência progressiva dos órgãos, é possível fazer esse prognóstico de morte próxima e iminente".

Tanto maior será essa segurança quanto mais profissionais estiverem envolvidos no processo de discussão, daí a possibilidade de se buscar uma segunda opinião - como prevê a resolução - e a conveniência de se tomar tal tipo de decisão sempre em equipe, como se busca fazer nos melhores centros terapêuticos.

Frise-se que nem mesmo o receio de "o médico estar errado" ou a possibilidade - ainda que remotíssima - de "um milagre reverter o quadro" de um doente terminal impediu o Vaticano de realizar a vontade do Papa João Paulo II, de não mais se submeter a tratamento com sofrimento e que não lhe traria a cura para uma doença já terminal, em estado avançado. E, atente-se, estamos falando da Igreja Católica, que aceita a ortotanásia, não obstante reconheça a sacralidade do valor da vida.

Com efeito, a posição manifestada pela CNBB - Conferência Nacional dos Bispos no Brasil se baseia na Encíclica *Evangelium vitae* (O Evangelho da Vida, 1995), que permite ao doente renunciar ao "excesso terapêutico", quando este não lhe possa trazer mais benefícios (fls. 357/358).

Vale salientar que a dificuldade em estabelecer a terminalidade não é menor ou maior que outras dificuldades enfrentadas pelos profissionais da medicina, ao diagnosticar uma doença rara ou ao optar por um tratamento em lugar de outros, sabendo-se que uma posição não exata poderá trazer consequências distintas para o paciente. Isso porque não existe 100% de certeza na medicina. Assim, desejar que os médicos atuem frente a um doente terminal com absoluta certeza da inevitabilidade da morte não é um argumento válido para recusar a legitimidade da ortotanásia, porque a exigência é incompatível com o próprio exercício da Medicina, que não pode se obrigar a curar o paciente, mas pode comprometer-se a conferir-lhe a maior qualidade de vida possível, diante do seu estado e dos recursos técnicos existentes.

A Resolução guerreada é, pois, uma manifestação dessa nova



14ª Vara

Federal

Fls. _____

96.000.02-B

PODER JUDICIÁRIO

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

geração da ética nas ciências médicas, que quebra antigos tabus e decide enfrentar outros problemas realisticamente, com foco na dignidade humana.

Na medicina atual, há um avanço no trato do doente terminal ou de patologias graves, no intuito de dar ao paciente não necessariamente mais anos de vida, mas, principalmente, sobrevida com qualidade.

A medicina deixa, por conseguinte, uma era paternalista, super-protetora, que canalizava sua atenção apenas para a doença e não para o doente, numa verdadeira obsessão pela cura a qualquer custo, e passa a uma fase de preocupação maior com o bem-estar do ser humano.

E, repise-se, não se trata de conferir ao médico, daqui pra frente, uma decisão sobre a vida ou a morte do paciente, porque ao médico (ou a equipe médica, tanto melhor) apenas caberá identificar a ocorrência de um estado de degeneração tal que indique, em verdade, o início do processo de morte do paciente. Trata-se, pois, de uma avaliação científica, balizada por critérios técnicos amplamente aceitos, que é conduta insita à atividade médica, sendo completo despautério imaginar-se que daí venha a decorrer um verdadeiro "tribunal de vida ou morte", como parece pretender a inicial.

Por tudo isto é que os pedidos deduzidos na presente demanda não devem ser acolhidos." (fls. 853-867, negritos no original)

Nessa ordem de considerações, pelas quais não entrevejo ilegitimidade alguma na Resolução CFM n. 1.805/2006, é de se rejeitar assim o pedido principal de se reconhecer sua nulidade, bem como o pedido alternativo de sua alteração.

Do exposto, revogo a antecipação de tutela anteriormente concedida e **JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO**. Sem condenação em honorários advocatícios nem custas processuais (art. 18, da Lei 7.347/85).

P. R. I.

Brasília, 1º de dezembro de 2010.



14ª Vara

Federal

Fls. _____

96.000.02-B

PODER JUDICIÁRIO
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

ROBERTO LUIS LUCHI DEMO
Juiz Federal Substituto da 14ª Vara/DF

**TEXTO FINAL APROVADO PELA COMISSÃO DE
CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA**

PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 116, DE 2000

Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para excluir de ilicitude a ortotanásia.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar acrescido do seguinte art. 136-A:

“Art. 136-A. Não constitui crime, no âmbito dos cuidados paliativos aplicados a paciente terminal, deixar de fazer uso de meios desproporcionais e extraordinários, em situação de morte iminente e inevitável, desde que haja consentimento do paciente ou, em sua impossibilidade, do cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão.

§ 1º A situação de morte iminente e inevitável deve ser previamente atestada por 2 (dois) médicos.

§ 2º A exclusão de ilicitude prevista neste artigo não se aplica em caso de omissão de uso dos meios terapêuticos ordinários e proporcionais devidos a paciente terminal.”

Art. 2º Esta Lei entra em vigor após decorridos 180 (cento e oitenta) dias de sua publicação oficial.



SENADO FEDERAL

PROJETO DE LEI DO SENADO

Nº 524, DE 2009

Dispõe sobre os direitos da pessoa em fase terminal de doença

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre os direitos da pessoa que se encontre em fase terminal de doença , no que diz respeito à tomada de decisões sobre a instituição, a limitação ou a suspensão de procedimentos terapêuticos, paliativos e mitigadores do sofrimento.

Art. 2º A pessoa em fase terminal de doença tem direito, sem prejuízo de outros procedimentos terapêuticos que se mostrarem cabíveis, a cuidados paliativos e mitigadores do sofrimento, proporcionais e adequados à sua situação.

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, são adotadas as seguintes definições:

I – pessoa em fase terminal de doença: pessoa portadora de doença incurável, progressiva e em estágio avançado com prognóstico de ocorrência de morte próxima e inevitável sem perspectiva de melhora do quadro clínico mediante a instituição de procedimentos terapêuticos proporcionais;

II – procedimentos paliativos e mitigadores do sofrimento: procedimentos que promovam a qualidade de vida do paciente e de seus familiares, mediante prevenção e tratamento para o alívio de dor e de sofrimento de natureza física, psíquica, social e espiritual;

III – cuidados básicos, normais e ordinários: procedimentos necessários e indispensáveis à manutenção da vida e da dignidade da pessoa, entre os quais se inserem a ventilação não invasiva, a alimentação, a hidratação, garantidas as quotas básicas de líquidos, eletrólitos e nutrientes, os cuidados higiênicos, o tratamento da dor e de outros sintomas de sofrimento. IV – procedimentos proporcionais: procedimentos terapêuticos, paliativos ou mitigadores do sofrimento que respeitem a proporcionalidade entre o investimento de recursos materiais, instrumentais e humanos e os resultados previsíveis e que resultem em melhor qualidade de vida do paciente e cujas técnicas não imponham sofrimentos em desproporção com os benefícios que delas decorram;

V – procedimentos desproporcionais: procedimentos terapêuticos, paliativos ou mitigadores do sofrimento que não preencham, em cada caso concreto, os critérios de proporcionalidade a que se refere o inciso IV;

VI – procedimentos extraordinários: procedimentos terapêuticos, ainda que em fase experimental, cuja aplicação comporte riscos.

Art. 4º Na aplicação do disposto nesta Lei, os profissionais responsáveis pela atenção à pessoa em fase terminal de doença deverão promover o alívio da dor e do sofrimento, com preservação, sempre que possível, da lucidez do paciente, de modo a permitir-lhe o convívio familiar e social.

Art. 5º É direito da pessoa em fase terminal de doença ou acometida de grave e irreversível dano à saúde de ser informada sobre as possibilidades terapêuticas, paliativas ou mitigadoras do sofrimento, adequadas e proporcionais à sua situação.

§ 1º Quando, em decorrência de doença mental ou outra situação que altere o seu estado de consciência, a pessoa em fase terminal de doença estiver incapacitada de receber, avaliar ou compreender a informação a que se refere o *caput*, esta deverá ser prestada aos seus familiares ou ao seu representante legal.

§ 2º É assegurado à pessoa em fase terminal de doença, aos seus familiares ou ao seu representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica.

Art. 6º Se houver manifestação favorável da pessoa em fase terminal de doença ou, na impossibilidade de que ela se manifeste em razão das condições a que se refere o § 1º do art. 5º, da sua família ou do seu representante legal, é permitida, respeitado o disposto no § 2º, a limitação ou a suspensão, pelo médico assistente, de procedimentos desproporcionais ou extraordinários destinados a prolongar artificialmente a vida.

§ 1º Na hipótese de impossibilidade superveniente de manifestação de vontade do paciente e caso este tenha, anteriormente, enquanto lúcido, se pronunciado contrariamente à limitação e suspensão de procedimentos de que trata o *caput*, deverá ser respeitada tal manifestação.

§ 2º. A limitação ou a suspensão a que se refere o *caput* deverá ser fundamentada e registrada no prontuário do paciente e será submetida a análise médica revisora, definida em regulamento.

Art. 7º Mesmo nos casos em que houver a manifestação pela limitação ou suspensão de procedimentos a que se refere o art. 6º, a pessoa em fase terminal de doença continuará a receber todos os cuidados básicos, normais ou ordinários necessários à manutenção da sua vida e da sua dignidade, bem como os procedimentos proporcionais terapêuticos, paliativos ou mitigadores do sofrimento, assegurados o conforto físico, psíquico, social e espiritual e o direito à alta hospitalar.

Art. 8º Esta Lei entra em vigor após decorridos noventa dias da data da sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

Os avanços tecnológicos ocorridos especialmente nos dois últimos séculos em várias áreas do conhecimento humano resultaram no aumento da expectativa de vida da população. Na Europa dos séculos XVI e XVII, a expectativa de vida ao nascer não alcançava os cinquenta anos. Em Londres, a média desse indicador para as classes mais favorecidas situava-se em 43,5 anos. Em Genebra, os números eram ainda mais desfavoráveis: 18,5 anos para a classe baixa, 24,7 anos para a classe média e 35,9 anos para a classe alta. Atualmente, em alguns países, a exemplo do Japão, a esperança de vida ao nascer supera os oitenta anos.

O aumento da prevalência de doenças crônico-degenerativas é uma das consequências do envelhecimento da população. Câncer, diabetes, doença pulmonar obstrutiva crônica, cardiopatias, doença de Alzheimer e acidente vascular cerebral são apenas alguns exemplos de doenças que acometem a população mais idosa e que podem causar intenso sofrimento nos estágios mais avançados. Além dessas doenças, cujas causas geralmente são naturais outros agravos à saúde podem causar intenso sofrimento.

Não raras vezes, os procedimentos terapêuticos instituídos nos casos de doenças incuráveis são infrutíferos. Especialmente nos casos avançados de doenças incuráveis e progressivas que levam ao prognóstico de que a morte é iminente e

inevitável, a manutenção da vida por meios artificiais pode representar sofrimento para o doente e para os seus familiares e amigos.

As leis brasileiras não dispõem sobre a matéria. No âmbito infralegal, dois atos normativos do Conselho Federal de Medicina (CFM) tratam do assunto: o Código de Ética Médica, de 1988, e a Resolução CFM nº 1.805, de 28 de novembro de 2006.

O art. 130 do Código de Ética Médica veda ao médico *realizar experiências com novos tratamentos clínicos ou cirúrgicos em paciente com afecção incurável ou terminal sem que haja esperança razoável de utilidade para o mesmo, não lhe impondo sofrimentos adicionais*. Por sua vez, a Resolução CFM nº 1.805, de 2006, permite ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal de enfermidade grave e incurável. Entretanto, essa Resolução teve seus efeitos suspensos por decisão liminar no âmbito da Ação Civil Pública nº 2007.34.00.014809-3, da 14ª Vara Federal, movida pelo Ministério Público Federal.

A suspensão ou a limitação de procedimentos terapêuticos desproporcionais ou extraordinários destinados unicamente a protelar a ocorrência de um evento natural – a morte – é conhecida como ortotanásia, palavra de etimologia grega que significa “morte natural” ou “boa morte” ou “morte sem sofrimento”. É o *deixar morrer em paz* a que se refere a Declaração de 5 de maio de 1980, da Congregação para a Doutrina da Fé, do Vaticano.

Diferentemente da ortotanásia, a distanásia, segundo o eminente médico e advogado José Antonio Martinez, é a morte que ocorre a despeito da “obstinação terapêutica” ou da instituição de “excesso terapêutico”. É o prolongamento da vida do paciente, “criando situações que lhe são verdadeiramente cruéis, mediante certas intervenções médicas.”

As leis brasileiras não permitem a eutanásia, que é a morte decorrente de ato destinado a abreviar a vida do paciente. Em alguns casos, a eutanásia é praticada a pedido ou com o consentimento do paciente, situação em que ela passa a ser considerada suicídio assistido.

Geralmente, as religiões praticadas por grande parte da população mundial, entre elas as católicas romana e ortodoxa, o islamismo, o judaísmo, o budismo e o hinduísmo, rejeitam a eutanásia, mas condenam o prolongamento artificial e infrutífero da vida de pacientes em estado terminal de doença. Todavia, na Holanda, na Austrália, na Bélgica e no estado americano do Oregon a eutanásia é legalmente permitida ou foi descriminalizada.

O Estado da Califórnia (EUA) reconheceu, em 1976, mediante o *Natural Death Act* (Lei da Morte Natural), que as pessoas adultas têm “o direito fundamental de controlar as decisões em relação ao cuidado médico que se lhes pode prestar, incluindo a decisão de que não se lhes apliquem, ou se lhes retirem, as medidas que mantêm sua vida em casos de uma situação terminal”.

O projeto que submetemos à apreciação dos senhores Parlamentares tem a finalidade de permitir, nas condições que especifica, que o paciente, os seus familiares ou o seu representante legal possam solicitar a limitação ou a suspensão de procedimentos terapêuticos destinados exclusivamente a protelar a morte inevitável e iminente que sobrevém a doença incurável, progressiva e em fase terminal. A medida proposta tem a finalidade de evitar que o sofrimento do paciente que se encontre nessas situações, e até mesmo a angústia e o sofrimento dos seus familiares e amigos, se estenda por tempo indefinido.

Embora o fator econômico-financeiro não deva ser utilizado como parâmetro para a tomada de decisões quanto à manutenção, à limitação ou à suspensão de procedimentos terapêuticos, a medida proposta acarretará efeitos nesse particular, visto que a maioria das medidas destinadas a prolongar artificialmente a vida tem custo elevadíssimo e sobrecarrega o orçamento público para a saúde ou aumenta sobremaneira os gastos de planos privados de assistência à saúde. Nos casos em que a família se responsabiliza pelo pagamento das despesas médico-hospitalares, a internação de um paciente em uma unidade de terapia intensiva (UTI) durante alguns dias pode acarretar a extinção do patrimônio familiar amealhado durante anos.

A convicção de que a medida proposta concorrerá para sanar a vacância legal no que diz respeito ao direito de o paciente, seus familiares ou seu representante legal decidirem sobre a limitação ou a suspensão de tratamentos desnecessários, desumanos, infrutíferos e dispendiosos leva-nos a contar com o apoio dos Parlamentares de ambas as Casas Legislativas do Congresso Nacional para a aprovação do projeto.

Sala das Sessões,

Senador **GERSON CAMATA**

(Às Comissões de Constituição, Justiça e Cidadania e de Assuntos Sociais, cabendo à última a decisão terminativa.)

Publicado no **DSF**, em 26/11/2009.

Secretaria Especial de Editoração e Publicações do Senado Federal – Brasília-DF
OS: 18782/2009