

FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA – FDV
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO

JORGE ABIKAIK FILHO

**A ORTOTANÁSIA SOB A PERSPECTIVA DA DIGNIDADE DA
PESSOA HUMANA NO FIM DA VIDA**

Vitória

2013

JORGE ABIKAIK FILHO

**A ORTOTANÁSIA SOB A PERSPECTIVA DA DIGNIDADE DA
PESSOA HUMANA NO FIM DA VIDA**

Trabalho de dissertação desenvolvido no curso de Mestrado em Direito e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como requisito para aprovação e obtenção do título de mestre em Direito. Orientador: Prof. Dr. Daury César Fabriz

Vitória

2013

RESUMO

A presente dissertação visa analisar a ortotanásia, por meio de uma visão que abarca a dignidade à vida, presente no momento da morte que ocorre no tempo certo, sem interferências. A ortotanásia como veremos está constitucionalmente contemplada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, como um direito fundamental, como direito à vida, em conjunto com os princípios de liberdade e de autonomia de vontade, sem necessidade de uma produção legislativa positivada, pois não se apresenta como ilícito o instituto da ortotanásia. Apresentamos definições e diferenças da ortotanásia com institutos correlatos, para que não ocorra confusão, passamos por legislação existente, bem como uma resolução do Conselho Federal de Medicina a respeito do tema. Analisamos ética, bioética e bioconstituição no trato com a ortotanásia. Apresentamos a tutela do direito de personalidade, do direito à vida e do direito a dignidade humana. Apresentamos uma correlação da ortotanásia com os princípios bioéticos, com o dever fundamental, com a alteridade, com a solidariedade e com preceito éticos humanísticos necessários à compreensão e assimilação da ortotanásia. A ortotanásia respeita a liberdade individual e a autonomia de vontade traduzida pela diretriz antecipada de vontade do paciente dito terminal. A saúde passa a ser compreendida inclusive no momento da morte pela visão global do paciente fragilizado. Questionam-se os avanços tecnológicos e a obstinação terapêutica desenfreada, que prolonga de forma desnecessária e fútil o sofrimento e a agonia do processo natural de morrer. Acentuamos a necessidade de um cuidado e não o abandono puro e simples, pela visão humanitária do atendimento médico-profissional. Refuta-se aqui sobremaneira, e incessantemente qualquer outro instituto tipificado na lei como homicídio. Essa dissertação traz a necessidade de enfrentamento dessas novas questões atuais, levantadas pela bioética, multiplicada diariamente em novos e frequentes casos, que anseiam por uma atuação do Direito e uma interpretação constitucional condizente com as novas perspectivas, e que sustentem o instituto da ortotanásia como uma possibilidade real de aceitação pela nossa sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Ortotanásia, bioética, dignidade da pessoa humana, morte, consentimento informado, vida.

ABSTRACT

This thesis aims to analyze orthothanasia, without exhausting the subject, through a vision that embraces the dignity of life, present at death that occurs at the right time, without interference. Orthothanasia as we shall see is constitutionally contemplated by the principle of human dignity as a fundamental right such as the right to life, together with the principles of freedom and autonomy of will, without legislative output positively valued because it is not presented as illicit, the Institute of orthothanasia. We present definitions and differences of orthothanasia with related institutes, so that there is confusion, go through existing legislation, as well as a resolution of the Federal Council of Medicine on the subject. Analyzed ethics, bioethics and bioconstituição in dealing with orthothanasia. Here is the protection of the right personality, the right to life and the right to human dignity. We present a correlation of orthothanasia with bioethical principles, the fundamental duty, with otherness, with solidarity and humanistic ethical precept required for the understanding and assimilation of orthothanasia. Orthothanasia respects individual freedom and autonomy will translated by advance directive will of the patient stated terminal. Health begins to be understood even at the time of death for the patient's weakened global vision. Question to technological advances and therapeutic obstinacy rampant, which extends unnecessarily and futile suffering and agony of the natural process of dying. We stress the need for caution and do not simply abandon, the humanitarian vision of medical care and professional. Refutes up here greatly and unceasingly any other institute typified in the law as murder. This dissertation brings the need to confront these new current issues raised by bioethics, multiplied daily in new and frequent cases, longing for a role of law and constitutional interpretation consistent with new perspectives, and to support the institute's orthothanasia as a real chance of acceptance by our society.

KEYWORDS: Orthothanasia, bioethics, human dignity, death, advance directives, life.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CFM – Conselho Federal de Medicina

CREMESP – Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo

FDV – Faculdade de Direito de Vitória

CEM – Código de Ética Médica

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
-------------------------	----

CAPÍTULO I

BIOÉTICA, ÉTICA, PRINCÍPIOS E BIOCONSTITUIÇÃO	18
1.1 BIOÉTICA E PRINCÍPIOS GERAIS.....	18
1.2 ÉTICA E SUA RELAÇÃO COM A DEONTOLOGIA MÉDICA	24
1.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS E BIOÉTICA	28
1.4 BIOÉTICA E CONSTITUIÇÃO	31

CAPÍTULO 2

O PROBLEMA NAS CONCEITUAÇÕES E CONSIDERAÇÕES SOBRE ORTOTANÁSIA	34
2.1 PACIENTE TERMINAL.....	34
2.2 PROBLEMAS NA CONCEITUAÇÃO DE INSTITUTOS SIMILARES	36
2.3 ORTOTANÁSIA	42
2.4 CONSIDERAÇÕES SOBRE A RESOLUÇÃO 1.805/06 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA	50
2.5 COMPETÊNCIA DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA PARA EDITAR NORMAS DE REGULAÇÃO SOBRE A ORTOTANÁSIA.....	57

CAPÍTULO 3

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SUAS RAMIFICAÇÕES, TRABALHADO CONJUNTAMENTE COM A ORTOTANÁSIA63

3.1 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL FUNDAMENTAL63

3.2 NOÇÃO DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA70

3.3 O DIREITO À VIDA NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 E O DIREITO DE VIVER COM DIGNIDADE74

3.4 DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE77

CAPÍTULO 4

ATOS, LEGISLAÇÃO, PROJETO, CATEGORIA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA HORA DA MORTE.....82

4.1 A EXISTÊNCIA DE UMA LEGISLAÇÃO QUE ABORDA A ORTOTANÁSIA82

4.2 ORTOTANÁSIA NO ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO PENAL85

4.3 DA LEGITIMAÇÃO E APLICABILIDADE DA RESOLUÇÃO87

4.4 A ORTOTANÁSIA, UM DEVER FUNDAMENTAL E A ALTERIDADE93

4.5 A CONTEMPORARIEDADE DO DEBATE EM OUTROS PAÍSES98

4.6 UMA BREVE ANÁLISE DO CONSENTIMENTO INFORMADO E A RESOLUÇÃO DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA 100

4.6 O DIREITO À MORTE DIGNA DO PACIENTE TERMINAL103

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS108

REFERÊNCIAS115

ANEXO I	121
ANEXO II	127
ANEXO III	130
ANEXO IV	140
ANEXO V	142
ANEXO VI	160

INTRODUÇÃO

A ortotanásia é, na atualidade, um tema amplamente debatido e que se apresenta através de inúmeras situações conflitantes, ao ponto de vir a ser confundida com a eutanásia.

A temática abordada nessa dissertação tem com objetivo contribuir para superar as dificuldades que surgem na caracterização do que realmente é, e como se apresenta a ortotanásia na visão conceitual médica. A partir da inclusão da ortotanásia no ordenamento jurídico e a sua correlação com as legislações vigentes viabiliza a sua perfeita aceitação, na medida em que é um instituto lícito e inserido como um Direito Fundamental, dentro dos Direitos Humanos. Com isso, permite que, ao final da vida, tenha o paciente terminal a garantia de ter o seu direito a uma morte digna, assim como a vida que teve, estabelecido dentro dos princípios e garantias constitucionais, abarcada pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, pelo Princípio da Autonomia de Vontade e pelo Princípio do Direito à uma vida digna, inclusive no momento próximo a não ter mais a vida em sua concepção terrena.

A evolução científica biológica e o avanço tecnológico, a serviço do exercício da medicina, são tão significantes, que, hodiernamente, pela celeridade das mudanças quase que diariamente alcançadas, os meios terapêuticos e os armamentos diagnósticos, tornam a capacidade de ampliar a possibilidade de prolongamento da vida quase que de forma ilimitada.

A diversidade, especificidade, efetividade e, sobretudo a magnífica função curativa das drogas medicinais existentes hoje no mercado, e o arcabouço de aparelhagens de alta tecnologia, fazem com que a sobrevida do ser humano em relação a determinadas doenças seja dramaticamente prolongada, deixando-o com uma real e maior expectativa de vida.

Seja pela prevenção, seja pela informação, seja pelo diagnóstico ultra-acurado através de aparelhagens cada vez mais sofisticadas, ou seja, pelo tratamento mais eficaz e sensível individualizado para cada tipo de doença e de doente, essa realidade se apresenta de forma concreta.

Apesar desses avanços e as benesses advindas dessa evolução, existem pacientes que resistem em não responder aos tratamentos, pela história evolutiva natural de uma doença, e, por conseguinte, alcançam o óbito. A Medicina contemporânea, que é moderna e extremamente eficaz, encontra seu ápice dentro dos centros de tratamento intensivos, sejam estes para crianças ou adultos. Tenta-se a qualquer custo não deixar que o paciente chegue, com habitualidade, ao resultado morte, através de meios invasivos ou não de terapêutica. Essa instrumentalização para prolongar a vida, afeta sobremaneira à dignidade da pessoa humana, assim a ortotanásia entra como antagônica a essa situação, respeitando a dignidade da vida humana ao respeitar o processo da morte.

Com os recursos disponíveis atualmente, a morte pode ser adiada, às vezes até com a completa recuperação do enfermo. Por outro lado, existem situações, claramente definidas, em que haverá a inequívoca irreversibilidade do quadro, quando o doente pode ser mantido, por meio de aparelhos artificiais, em estado vegetativo, a fim de que sua vida seja postergada, podendo fazer com que a morte aconteça de forma injustificadamente lenta e dolorosa, tanto para o paciente como para seus familiares, participantes ativos desse problema. Surge assim o difícil dilema ético do momento adequado para se limitar essas medidas.

Nesse contexto surge a necessidade de se abordar o tema de extrema importância nessa problemática, denominado de Ortotanásia, desconhecido por muitos, pouco difundido e, na maioria das vezes, com entendimento e conceituações errôneas, e que é dessa forma passado de geração para geração, aumentando ainda mais as dificuldades em se trabalhar tema delicado, que abarca o momento da morte.

A dissertação tentará fazer a compreensão da ortotanásia, como sendo a busca por uma morte digna. A morte aqui considerada faz parte da vida, apresenta-se como um estágio evolutivo e único de cada pessoa, portanto, a morte é individual e não se repete, pois pertence a cada um de nós com suas próprias características que a individualizam e que a integram à dignidade e qualidade de vida.

Ortotanásia é conceituada como a morte no momento certo, a palavra ortotanásia é derivada de vocábulos gregos, que significam morte correta. *Orto: certo, thanatos: morte*. Nessa situação é sabido que nenhuma pessoa deu a partida aos eventos naturais que culminarão com a morte; aqui o paciente já se encontra em seu curso natural para o término da vida. Pode ser conceituada como a morte que vem no tempo certo, sem intervenções prejudiciais que a antecipem ou que a retardem de forma desnecessária.

A dificuldade de incorporação sociocultural histórica desse tema, em especial no âmbito jurídico, de novas perspectivas sobre o término da vida, bem como distorções na clareza conceitual da Ortotanásia, que não é tipificada no Código Penal, mas que, justamente por uma imprecisão técnica conceitual, é quase sempre caracterizada como homicídio, leva à existência de posicionamentos que se apresentam ora favorável, ora desfavorável, em relação à licitude do procedimento de Ortotanásia.

Muito embora haja uma significativa preocupação do Estado Brasileiro em proteger os direitos fundamentais e valorizar a vida humana, na medida em que estão declarados e tutelados no Texto Constitucional, é possível observar a imposição de limites dos referidos direitos pelo Estado e a degradação da vida humana quando não se pode ter a plena liberdade de decidir sobre sua própria vida, sobre o direito de onde e quando morrer.

Busca-se estabelecer características e diferenças, que permitam a compreensão e a distinção entre termos semelhantes, porém distintos em suas implicações, tais como eutanásia, distanásia e mistanásia.

Serão abordadas premissas e definições no sentido de esclarecer que a aceitação e a regulamentação da Ortotanásia não implicam de maneira nenhuma, e sob nenhuma hipótese, o abandono do doente em fase terminal. Pelo contrário, nesta situação, há o aumento da responsabilidade de se saber atuar dentro de preceitos éticos, jurídicos e profissionais, amparando-o e acolhendo-o no sentido único de fornecer-lhe um caminho seguro, longe da dor e do sofrimento que acometem esse tipo de doente, respeitando-lhe sempre sua dignidade e preservando, com uma

morte digna o seu direito à vida. Para tanto, implica o poder de optar pela morte digna, na tentativa de uma mudança de paradigma estritamente curativo e invasivo para um paradigma de cuidados de maneira reconfortante.

É de extrema relevância social a relação existente entre o tema Ortotanásia e a sua sustentação pelo princípio da dignidade da pessoa humana com os direitos fundamentais. Essa reciprocidade permite a concretização desse instituto e tornado constitucionalmente efetivo, para produzir direitos e deveres no contexto jurídico. Desse modo, a pessoa humana é merecedora da proteção do Estado e, ao mesmo tempo, de impor um limite à atuação do Estado sobre a sua liberdade autônoma racional de decisão, ativa ou passiva, através de terceiros, quando não lhe for mais possível a tomada de decisão.

Esta dissertação se propõe ao estudo da Ortotanásia sob a tutela dos princípios constitucionais do direito à vida e da dignidade da pessoa humana. Tentará discutir acerca do conceito de “vida” e tentará mostrar que a vida com a proteção constitucional do texto de 1988 não é qualquer vida, mas sim uma vida com direito a ser digna. A dissertação tem também como objetivo, refletir sobre o direito à liberdade e ao princípio da autonomia de vontade.

A ortotanásia, tema desta pesquisa trará contribuição para a sociedade, a partir de uma necessária ampliação da discussão relacionada aos limites da vida, sobre a sacralidade da vida e sobre a possibilidade de se permitir que o próprio paciente delibere sobre o seu próprio fim, debates e argumentações que encaminham para um equilíbrio dentro das complexas relações entre a vida e a morte.

O presente tema tem uma importante contribuição para o Direito, no sentido de que as discussões sobre a ortotanásia necessariamente deverão ser analisadas e interpretadas à luz do texto constitucional, a partir de princípios como da dignidade da pessoa humana, da liberdade, que abarcam categorias dos direitos e garantias fundamentais como o direito à vida, direito à autonomia de vontade, de se realizar escolha, de não optar por tratamento doloroso, prolongado e desnecessário. Toda essa discussão faz com que se amplie de forma plural, a necessária efetivação de

um direito fundamental, o direito à vida, que, até no momento da morte, deve ser tutelado juridicamente como direito à morte digna.

A dialética contemporânea será a metodologia aqui empregada, pois, absorveu o devir, estando sempre aberta a novas mudanças e superações a partir do momento em que se chega a uma síntese aproximada do que é a verdade. O conhecimento dialético se apresenta de maneira antidogmática, pois apresenta um questionamento permanentemente sujeito a alterações capazes de superar as deficiências que todo construir intelectual pode carregar, já que toda a verdade é possível de ser modificada, devido a sua precariedade.

A dialética numa visão de perspectiva, dentro de uma análise crítica da história, auxilia na compreensão mais adequada, e de uma maneira mais eficiente, que proporciona solidificar a longa estrada que se pretende percorrer. Isto permite que a humanidade dentro de uma postura ética, supere as contradições e os obstáculos históricos impeditivos de uma interculturalidade e, conseqüente, a sua reaproximação, que contribui para a superação dos abismos existentes para a concretização e efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

O múltiplo dialético, que se apresenta como sinônimo de mudanças se apresenta em uma perspectiva histórica, como facilitador de inclusão e de entendimento do que seja novo, ou pouco compreendido, ou até mesmo muito incompreendido pela complexidade da temática, através de uma reflexão, e por meio dessa reflexão mais contundente, pode avançar sempre ao mais próximo do que seria o ideal, como no caso da ortotanásia.

O marco teórico aqui utilizado em relação à dignidade da pessoa humana utiliza os autores Ingo Wolfgang Sarlet e Joaquín Herrera Flores e seus respectivos posicionamentos que se fundem harmoniosamente nas explanações por eles empregados, que ajuda a somar na abordagem da dignidade da pessoa humana, e que será apresentada no decorrer da dissertação.

Na parte de bioética será adotado o autor Daury César Fabríz, e que será seguido durante toda a dissertação nas abordagens e conceituações em que a bioética for necessária.

A ética e a parte filosófica terão como marco teórico os escritos de Aloísio Krohling, abordando a ética necessária a ser utilizada no instituto da ortotanásia, em que se apresenta claro e evidente a necessária visão do outro e sua aceitação para com o cuidado a ser desenvolvido em hora tão importante na vida de uma pessoa, que é a hora da finitude da vida humana, em que se faz tão premente e necessária a dignidade da pessoa humana a acompanhá-lo não somente como foi durante a vida, mas também, agora, no seu final.

A dissertação desenvolvida está inserida fielmente na área de concentração do mestrado proposto pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV), que é o programa desenvolvido em Direitos e Garantias Fundamentais e sua conjugação importante com o tema dos Direitos Humanos o que permite ampliar a visão para além do positivado.

A dissertação aqui presente é uma reflexão para o exercício de harmonização entre a vida, a liberdade e a dignidade, enquanto direitos fundamentais, e uma nova forma que se apresenta dentro da realidade evolutiva biomédica, a ortotanásia, com o objetivo de estudar esse fenômeno jurídico dentro da legalidade e proteção constitucional.

CAPÍTULO 1

BIOÉTICA, ÉTICA, PRINCÍPIOS E BIOCONSTITUIÇÃO

1.1 BIOÉTICA E PRINCÍPIOS GERAIS

Aproveitando esse assunto da maior importância, e considerando a dinâmica da vida, com mudanças repentinas e constantes de padrões nas relações interpessoais existentes, inicia-se por este importante e fundamental tópico que abordará a Bioética.

A ampliação do conceito de cidadania e de inclusão social dos cidadãos, o incremento e a ampliação da efetividade dos direitos humanos, conseqüentemente, dos direitos e garantias fundamentais, trouxe novas abordagens sobre o relacionamento ético entre médico e paciente, na superação da condição monolítica da antiga ética médica, ao contextualizar através do cenário mundial o enfrentamento dos novos desafios. Para tanto, busca-se uma teoria ética mais consistente, através de discussão social de maior espectro, que dê conta de compreender e enfrentar as questões relacionadas aos avanços biotecnológicos da medicina, ou seja, através da Bioética

O surgimento da Bioética ocorre numa época em que se mostrava premente adequar e humanizar a relação entre o profissional médico, o detentor do conhecimento, e o paciente, o ser humano fragilizado, angustiado, que vive e enfrenta a adversidade de uma doença ou enfermidade que o acomete significativamente. A Bioética é aqui enfrentada porque ela está umbilicalmente relacionada ao evento da ortotanásia, na medida em que a vida, assim como a morte, não se apresenta apenas como uma questão biológica, mas também, e antes de tudo, a vida e a morte são eventos de cunho pessoal.

A Bioética surge na tentativa de acompanhar, entender e responder as questões limites do direito à vida, direito este reconhecido universalmente como um direito superior, direito humano e fundamental. Por outro lado, os avanços no campo das ciências da saúde levam às inúmeras indagações multidisciplinares e interdisciplinares, sendo o direito à vida o objeto principal dessas questões.

Às ciências da vida cabe a responsabilidade de especular sobre diversas possibilidades terapêuticas e de acompanhamento que circulam no entorno do paciente terminal e que integram a vida como um todo. Por sua vez, ao direito cabe a responsabilidade de realizar e efetivar mecanismos de tutela para a preservação da vida e a sua promoção em benefício da integridade e dignidade da pessoa humana.

Assim, a Bioética vem discutir e aprimorar esse ineditismo das questões relacionadas aos direitos e deveres do paciente enfermo, a discussão sobre o melhor caminho para se abordar o ser humano frágil e vulnerável. A Bioética, ao considerar o ser humano em toda a plenitude de sua dignidade, propicia condições éticas, para além da ética médica, refletir sobre o sentido de se ter uma vida digna e, do mesmo modo, que essa não seja lembrada apenas na hora de sua finitude.

A Bioética possui princípios que devem nortear os conflitos éticos. Assim, em primeiro lugar encontra-se o princípio da autonomia que leva em consideração o respeito à capacidade de decisão de todo o ser humano, que possibilita à pessoa humana decidir por si mesma. Há, com isso, uma anuência para que o enfermo tenha a sua vontade respeitada ou, em sua incapacidade, através de seu representante, sempre de acordo com suas crenças e vontade. Adota-se, com isto, o reconhecimento do poder de domínio do paciente sobre a sua própria vida e, também, do reconhecimento do respeito à intimidade do paciente ¹.

O respeito à autonomia nada mais é do que o reconhecimento do direito do paciente em se autogovernar. O sujeito, a pessoa humana, tem o direito de estar livre de limitações e interferências, consubstanciado no princípio da autonomia, pois as suas escolhas não podem sofrer ingerências e interferências externas, mesmo que sejam

¹ SANTORO, Luciano de Freitas. **MORTE DIGNA** – O Direito do Paciente Terminal. 1ª ed. 2ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2012. p. 101.

para o seu próprio bem. Para tanto, é imprescindível o direito ao consentimento informado que assegura e promove o princípio da autonomia².

Em segundo lugar, encontra-se o princípio da beneficência, cuja palavra é proveniente do latim *bonum facere* (fazer o bem), que retrata fielmente a obrigação primeira de sempre se fazer o bem ao paciente, cujas máximas desse princípio se constituem em fazer o bem; cuidar da saúde; não causar dano; favorecer a qualidade de vida; manter sigilo médico.

Evidencia-se a relevante importância do princípio da beneficência na delimitação de padrões de conduta, porque serve de horizonte para uma adequada normatização jurídica, regulando situações específicas em que se asseguram direitos e deveres dos atores envolvidos. Desse modo, as ações envolvidas se tornam adequadas ao bem-estar e a melhoria da saúde, na proporção em que a dignidade da pessoa humana é a prioridade em relação aos demais interesses³.

Do desdobramento do princípio da beneficência se destaca, em terceiro lugar, o princípio da não maleficência, cuja palavra também é proveniente do latim, *non nocere* (não fazer mal). Significa não causar dano intencional ou não intencionalmente a alguém, ou seja, implica em não causar o mal. Embora geralmente esteja relacionado ao dano físico, o princípio da não maleficência corresponde não somente à ação que implica em dano atual, mas também, o dever de se evitar e não infligir danos futuros⁴.

A integração dos princípios de beneficência e da não maleficência é basilar e de fundamental importância para o tema aqui dissertado porque requer que os profissionais da área de saúde realizem seu trabalho com a devida consciência e com cuidado integral.

²JUNGES, José Roque. **BIOÉTICA – perspectivas e desafios**. 3. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2005. p. 42–43.

³FABRIZ, Daury Cesar. **Bioética e direitos fundamentais**: a bioconstituição como paradigma ao biodireito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 107–108.

⁴Ibid item 2. p. 49-51.

Assim, a ação médica é balizada através desses dois princípios quando diante do conflito que surge entre a dignidade humana e o direito à vida no momento da morte inevitável do paciente terminal. O princípio da não maleficência impede que o profissional utilize condutas inúteis e desnecessárias, impedindo a distanásia. Ao se abster de prolongar desnecessariamente a vida do paciente terminal, em seu processo natural de morte, e em consonância com o princípio da beneficência, o profissional da saúde é capaz de humanizar a morte, atuando de maneira sensata, com cuidados paliativos, que atenuam a dor e o sofrimento dos que se encontram fora de possibilidade terapêutica ⁵.

Finalmente, a Bioética se completa através do princípio da justiça, considerado o terceiro pilar da saúde que é a sociedade, demonstrando a dimensão social da Bioética. Pelo princípio da justiça, compreende-se a obrigação de se garantir uma distribuição igualitária, equitativa e de maneira universal dos bens, serviços e dos benefícios inerentes à área da saúde. É a prestação positiva da atuação do Estado, no contexto da cidadania, que se relaciona ao direito constitucional à saúde. O princípio da justiça está dentro da Bioética, lado a lado com o princípio da beneficência, já que ambos são sinalizadores para o bem entre as pessoas ⁶.

Existem vários posicionamentos e divergências a respeito do que seja a justiça. Todavia, o conceito de justiça deve ser entendido e construído a partir de uma perspectiva democrática e pluralista, partindo-se de um sentimento e de um consenso do que seja coletivo, do que seja o ideal e o que se espera desse ideal, para uma determinada comunidade ⁷.

A justiça tem a mutualidade e a reciprocidade como palavras-chave que denotam a *práxis* da justiça e da equidade no dia a dia da vida social e de inter-relacionamentos. Aqui se volta à forte influência da ética, pois a justiça é dependente do caráter da pessoa, da morada do ser. A justiça, e para consegui-la, requer que os homens busquem quotidianamente ações justas, atos de justiça para consigo

⁵SANTORO, Luciano de Freitas. **MORTE DIGNA** – O Direito do Paciente Terminal. 1ª ed. 2ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2012. p. 103-105.

⁶FABRIZ, Daury Cesar. **Bioética e direitos fundamentais**: a bioconstituição como paradigma ao biodireito.- Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. P 111-121.

⁷Idem item 6.

mesmos e nas relações para com o próximo. A justiça vem, intrinsecamente, da natureza humana, da ação humana, da prática cotidiana, exercícios e hábitos realizados de maneira sadia, edificados desde a infância e que devem perdurar por toda uma vida⁸.

Considera-se a justiça como sendo a igualdade para todos, mas, vive-se em um país de desigualdades e desigualdades gritantes, sendo, portanto, imperiosa a necessidade de se situar nesse contexto, não bastando que a justiça seja realizada tão somente com a característica de imparcialidade, demandando por uma sintonia entre a imparcialidade e a solidariedade, tema já abordado acima em outro tópico. Dessa maneira, a solidariedade colabora para romper com a frieza da imparcialidade e passa a orientar eticamente as ações nas condições extremamente desiguais em nosso país.

A justiça, como princípio da Bioética, é fundamental para a proteção, promoção e para o respeito às questões pertinentes ao direito fundamental de morrer com dignidade porque atua com igualdade para todos. A solidariedade, por sua vez, exige que a pessoa se coloque no lugar do outro, no caso, do paciente terminal, sequioso em ter sua autonomia de decisão e ter o seu direito a uma morte digna reconhecido. Assim, o bem-estar do outro permite, a quem faz a análise do caso, que adquira o alcance necessário e a visão, dentro dos princípios acima elencados da Bioética, fundamentais ao reconhecimento da questão da ortotanásia.

Para Ronald Dworkin, não se pode esperar por uma decisão coletiva que igualmente sirva a todos quando se refere ao final de uma vida vez que depende de interesses fundamentais de uma e de outra pessoa. E é assim que, pelos princípios de beneficência e de autonomia, o Estado não pode determinar por meio de lei soberana, a imposição de concepção única e geral relativa à morte e de como morrer. Ao Estado cabe incentivar para que as pessoas tomem as melhores providências, ainda em vida, relativas ao seu futuro individualmente considerado. E, nas situações em que não forem tomadas, que o Estado permita que as decisões estejam a cargo das pessoas mais próximas possuidoras dos interesses fundamentais dos doentes terminais, cuja percepção está muito mais apurada do

⁸KROHLING, Aloísio. **A Ética da Alteridade e da Responsabilidade**. Curitiba: Juruá, 2011.p. 27-28.

que qualquer outro juízo que se faça de maneira universal, teórico e abstrato proveniente de interesses e manobras políticas do Estado.⁹

A Bioética vem corroborar na árdua tarefa de reunir e efetivar direitos considerados como fundamentais objetivando harmonizar interesse individual e interesse estatal. A politização da vida, tema abordado por Giorgio Agamben, vem a ser apresentada como uma situação em que a vida humana se torna e se apresenta de forma inteiramente desamparada pelo Direito. Este hiato legislativo, por sua vez, pode provocar uma situação em que o Estado pode vir a ocasionar obstáculos para o cumprimento de uma de suas funções, quais sejam a de proteção e efetivação dos direitos humanos e de garantias fundamentais, entre elas a dignidade da vida.

O *homo sacer*, para Giorgio Agamben, era o que podia ser eliminado, sem ser considerado homicídio, e aquele que a sua morte não significa sacrifício, no sentido de ser uma oferta aos deuses, pois essa classe já significava estar sob posse dos deuses, assim não podiam ser considerados como oferendas. Para ele, a vida insacrificável e, todavia, matável, é a vida sacra. Portanto, abre uma esfera do agir humano que não é do *sacrum facere*. Assim, para esse autor, o espaço da soberania configura uma zona de indiferença entre sacrifício e homicídio, sendo essa esfera considerada como soberana, em que se pode matar sem cometer homicídio e sem celebrar um sacrifício, e sacra, pois é matável e insacrificável, é a vida que foi capturada nessa esfera, também chamada de vida nua¹⁰.

Ao politizar a morte Giorgio Agamben relata uma zona de indeterminação, onde as palavras “vida” e “morte” perderam seu significado e que, ao menos sob esse aspecto, não se apresenta muito dissimilar em relação ao espaço de exceção no qual habita a vida nua. Vida e morte hoje, para o autor, apresentam-se como conceitos políticos, adquirindo um preciso significado somente através de uma decisão. Apresentam-se como fronteiras biopolíticas, indicando que o exercício do poder soberano, encontra-se mais do que nunca a entrecruzar-se com as ciências

⁹DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida** – Aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. Jefferson Luiz Camargo; rev. Suzana Vieira. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 301.

¹⁰AGAMBEN, Giorgio. **HOMO SACER** – O poder soberano e a vida nua. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004. 1reimp. p. 79-81.

médicas e biológicas, em que a definição passa em qual vida pode ser morta sem que haja um homicídio ¹¹.

Com essa forma de exprimir seu posicionamento filosófico, Giorgio Agamben traz à tona a relevância de se discutir sobre a morte, como aqui se faz nesse tema sobre a ortotanásia. Agamben também enfatiza e questiona o poder da autonomia de decidir sobre a vida, ou sobre a morte. Se há formas de proteção à vida tuteladas pelo direito, qual o motivo de não se discutir e encaminhar discussões sobre a ortotanásia, que possam levar a decisões de como se pode e como se deve proceder no momento da morte?

Assim, a partir da ponderação sobre as vidas consideradas nuas é que se busca refletir sobre a importância da Bioética como mediadora dos conflitos decorrentes dos avanços médico-científicos e a decisão de como e em que momento se pode determinar sobre o término da vida de um doente terminal.

1.2 ÉTICA E SUA RELAÇÃO COM A DEONTOLOGIA MÉDICA

O advento da Bioética pressupõe sempre uma discussão multidisciplinar, envolvendo principalmente a área da saúde e os cuidados aos pacientes. Desse modo, a Bioética abrange o progresso tecnológico das áreas biomédicas e biológicas, demandando, no entanto, o estabelecimento de uma nova perspectiva que contemple a complexidade dos valores morais das pessoas humanas.

A ética médica se caracteriza por enquadrar a medicina como uma profissão voltada para o benefício incondicional da saúde do ser humano e da coletividade, a partir do incondicional respeito à vida humana, com a observância aos princípios e normas contidas na declaração internacional dos direitos humanos. Cabe ao profissional médico o cultivo de hábitos que promovam qualidades morais indispensáveis ao seu caráter.

¹¹Idem item 10. p. 167-172.

Hodiernamente vive-se uma grave crise ética médica na medida em que o modelo hipocrático demonstra ser insuficiente para dar conta dos conflitos éticos complexos decorrentes da realidade humana, onde a vida e a morte são valores considerados vitais, que engloba a ortotanásia.

A construção da nova ética médica implica em converter a ética médica antiga, de cunho paternalista e naturalista, em que o médico se insere como quase um semideus, em uma nova ética com um perfil normativista, de cunho autodeterminista, e de comportamento social e civil. Para tanto, a atuação médica é mais horizontalizada que permite ouvir outros setores disciplinares profissionais nas tomadas de decisões e no compartilhamento do conhecimento médico¹².

Vislumbra-se, até o momento, uma profunda relação existente entre os direitos humanos com os direitos e garantias fundamentais que, por sua vez, estão intimamente ligados ao direito a uma vida digna, o que remete a uma morte com dignidade, implicando, inexoravelmente, no respeito à ortotanásia.

Pondera-se sobre a presença matricial da ética na sua relação com a ortotanásia na medida em que nela, a ortotanásia, se concretiza de várias formas a ética da alteridade e da responsabilidade. O ato de humanismo na ortotanásia revela o compromisso do profissional médico, como o ser humano responsável pela humanização do processo, de morrer com dignidade, sempre e coerentemente dentro de um agir ético.

A medicina moderna, em sua prática cotidiana, demanda progredir com valores éticos, transformando-se em uma prática ética efetiva de alteridade e de responsabilidade. É incontestável que a medicina, por ser a profissão que cuida da saúde e da vida humana, é um dos elos e pilares da dignidade da vida humana.

O juramento de Hipócrates, que baliza a formação acadêmica de um médico, assegura que a formação técnica e científica de um aprendizado esteja aliada ao salutar exercício de uma ética alteral e responsável. A competência ética não se contrapõe à formação academicista técnica e científica do profissional médico, ao

¹²DRUMOND, José Geraldo de Freitas. O “ethos” médico. A velha e a nova moral médica. Minas Gerais: Unimontes, 2005. p. 62-64; 116-122;151-155 e 221.

contrário, formam-se uma aliança que dá sustentação à valorização da vida e da saúde do ser humano.

Vislumbra-se, neste sentido, a reflexão sobre a importância da presença forte do componente ético, diante de um momento de fragilidade e de vulnerabilidade do doente terminal que se encontra fora de possibilidade terapêutica e submetido a um tratamento desnecessário que só prolonga a dor e o sofrimento. Razão pela qual será abordada a questão da ética, estabelecendo o contraponto com a deontologia que compreende o estudo dos deveres de uma determinada categoria profissional, fornecido através de um código que baliza o comportamento dentro de uma área específica de atuação profissional.

A ética aqui considerada é a matriz rizomática ou o princípio originário e a diretriz da moralidade, seguindo o que preconiza Aloísio Krohling¹³, a partir da matriz heideggeriana. Desse modo, a ética, que está na constituição do ser humano, é considerada como a dimensão fontal, originária e ontológica de todo ser humano que requer, no entanto, o cuidado, no sentido de se posicionar com o devido respeito à dignidade do ser humano. Portanto, a ética, assim como o cuidado, é essencial ao ser humano, presente antes de qualquer atitude, sendo impossível de ser desvirtuada.¹⁴

A ética, de acordo com Aloísio Krohling, na esteira de Aristóteles, filósofo grego, significa a morada do ser e o caráter da pessoa humana, ou seja, o que é e representa uma indelével marca do que vai se afirmando na história de vida de cada ser humano. A ética é matriz rizomática dos direitos humanos fundamentais aqui abordados, encontrando-se ambos intimamente atrelados para que se legitime a ação dentro de um padrão de moralidade e responsabilidade no cumprimento dessas¹⁵.

¹³KROHLING, Aloísio. **A Ética da Alteridade e da Responsabilidade**. Curitiba: Juruá, 2011.p. 20.

¹⁴Idem item acima., p.22.

¹⁵ FILHO, Jorge Abikair; FABRIZ, Dauri César. **A TEORIA GERAL DA PRESTAÇÃO DO DEVER FUNDAMENTAL SOB A ÓTICA DE LÉVINAS**. Disponível em: <http://www.derechoycambiosocial.com/revista031/a_teor%C3%87%C3%83o.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2013, p.3.

A palavra-chave *rizoma*, que vem da Botânica, significa um feixe de raízes múltiplas, ramificadas e entrelaçadas, sem subordinação de uma com a outra e à busca do fundamento das raízes e dos princípios rizomáticos do Direito. Percebem-se os princípios da conectividade, da multiplicidade, da heterogeneidade e da horizontalidade, válidos para as relações dentro da natureza cósmica e humana.

O rizoma aplicado às vidas humanas, repletas de contradições e contrastes, de entradas e saídas, de fluxos e refluxos, avanços e recuos, sugere horizontalidade e potencialidade nas inter-relações entre humanos, tornando o dia a dia um devir multiplicador de sentidos e opções existenciais e coletivas. Neste contexto, a ética se torna rizomática, pois é a matriz fundamental do princípio originário fontal da dignidade da pessoa humana e dos princípios rizomáticos da alteridade, da cosmicidade, da corporeidade, da vida, da consciência crítica, da justiça, da liberdade e da igualdade nas relações do homem com o cosmo e com os outros homens¹⁶.

Portanto, ética é matriz fontal e originária da dignidade da pessoa humana, imbricada em todos os direitos humanos, e por isso, será aqui tratada como de íntima, importante e consistente relação com a ortotanásia e o comportamento médico-profissional em sua relação com o doente terminal.

Também corrobora esse entendimento Joaquín Herrera Flores, com o termo “Rizomaticamente” implicando uma busca permanente de novas raízes, construindo espaços ao entrar em contato com as novas raízes, estabelecendo novas relações, que complementem a falta do absoluto, surgindo daí novos lugares de expressão junto ao alheio e ao diverso¹⁷.

A ética encontra-se também em crise nos países ocidentalizados. Quando se fala em ética, assunto de modismo nas empresas e relações comerciais, hoje em dia, fala-se erroneamente em “ética nos negócios” e “ética empresarial”. A noção de moralidade que se passa para o público é que simplesmente basta aparecer como um indivíduo polido e cumpridor de regras sociais mínimas, para poder ser

¹⁶KROHLING, Aloísio; KROHLING, Beatriz STELLA Martins. Ética rizomática e teoria crítica do direito internacional dos direitos humanos. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito. UNISINOS. Vol5., N. 1 (2013), p. 87.

¹⁷HERRERA FLORES, Joaquín. Teoría Crítica dos Direitos Humanos: os direitos humanos como produtos culturais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 184-185.

considerado como ético. É a moral da sociedade capitalista: utilitarista e em busca de resultados. É a moral consequencialista¹⁸.

Desvela-se, portanto, porque os ensinamentos de ética médica baseados no código de ética médica se apresentam de maneira equivocada nas grades de graduação das escolas de medicina espalhadas por todo o Brasil. A matéria Deontologia Médica, como não possui base filosófica e nem diz respeito à ética, contempla tão-somente o comportamento do profissional ou do futuro profissional médico.

Por esta perspectiva, apresenta-se crucial a adoção da ética como raiz fontal, de fonte, de todos os nossos atos, na prática médica, a ética intrínseca, indissociável e impossível de ser desvirtuada do ser humano, para que assim possa o profissional médico agir, conforme a resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.805/06.

Agir de maneira humanizada, dentro dos conhecimentos científicos, a partir da ética, é que permite diferenciar o profissional capaz de lidar com os princípios da dignidade da pessoa humana, oportunizando a prestação dos serviços de proteção e promoção da saúde que resguarda o direito à vida digna. É o que se espera desse profissional no momento crucial da vida de alguém que é o momento final de sua existência física. A ética fornece a humanização suficiente, para o alcance e o discernimento de quando é o momento de não mais se permitir o sofrimento desnecessário e inútil de um paciente terminal, a distanásia, permitindo a evolução natural do processo de morrer.

1.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS E BIOÉTICA

Retornando a uma discussão importante, e como já apresentado antes, segue-se com a temática sobre direito fundamental à vida englobando a dignidade da pessoa humana, dentro da possibilidade de se reconhecer o direito à ortotanásia, a partir da reflexão da Bioética, é o que será descrito nesse tópico.

¹⁸Idem, item 15, p. 3.

As inúmeras e vastíssimas possibilidades surgidas com o avanço das técnicas e das pesquisas nas áreas de biomédicas conduzem invariavelmente a confrontos e conflitos de reflexões em situações ainda não definidas e que levantam quase que diuturnamente questões que necessitam de orientações e caminhos, quanto a saber quais são ou quais serão os limites de intervenção humana nas doenças apresentadas sem possibilidade de cura.

Essas reflexões são colocadas ante a um enorme complexo de princípios e de regras constitucionais, que se referem aos direitos fundamentais, já citados, em que o discurso assume e se apresenta como defensor da liberdade, e consequentemente como defensor da inviolabilidade da vida, porém, respeitando ao outro, em sua dignidade e em sua integridade ¹⁹.

Assim se apresenta a dignidade humana como referência normativa, legal, e juridicamente vinculante, sendo dever estatal tutelar e respeitar de forma expressa a dignidade humana.

Prossegue-se, na esteira de Ingo Wolfgang Sarlet, enfatizando que a dignidade é tarefa e limite, simultaneamente, na atuação estatal, bem como de toda a sociedade, na sua bidimensionalidade, defensiva e prestacional da dignidade da pessoa humana. A dignidade gera direito fundamental, que impõe limite contra atos que violem ou exponham o ser humano a graves ameaças. Como prestação decorre deveres de proteção concretos e de medidas positivas que promovam o respeito com a dignidade humana ²⁰.

Os princípios bioéticos são pilares da Bioética laica e ao Direito é dada a função de estabelecer normas para que bens, a exemplo da vida, sejam resguardados. Porém, na questão da ortotanásia, tem-se uma complexa situação de confronto entre a defesa da inviolabilidade da vida com o princípio da dignidade da pessoa humana. Nessa situação, prepondera o princípio da dignidade da pessoa humana na medida em que não basta viver com sofrimento na fase fina de sua existência porque é

¹⁹FABRIZ, op. cit., p. 326, nota 3.

²⁰SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: uma compreensão jurídico-constitucional aberta e compatível com os desafios da biotecnologia. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (Org.). **Direitos fundamentais e biotecnologia**. São Paulo: Método, 2008. p. 33.

imprescindível ter a morte natural, de forma digna. Está então o Estado legitimado para legislar, impondo lei que proíba ou que não permita a ortotanásia? Qual a maneira adequada para que os princípios bioéticos da beneficência e da autonomia possam se apresentar nesse caso? ²¹

Dessa maneira e nesse ponto de vista, enfatiza-se a dignidade na hora de morrer naturalmente, dentro da conceituação referida de ortotanásia que será abordada no Capítulo II. É uma introdução para uma reflexão em torno do debate ao direito de morrer com dignidade, já que está constitucionalmente tutelada a proteção da dignidade de uma vida ao ser humano com direito a uma vida cheia de realizações em toda a sua plenitude durante a sua existência física e biológica.

Os direitos fundamentais expressos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 traduzem a liberdade da pessoa humana frente ao Estado, que eleva ao seu reconhecimento como cidadão. A vida vivida com dignidade depende da participação de todos nós. Os direitos fundamentais, parte integrante e pilar de toda sociedade, que vive sob um Estado Democrático de Direito, são, dentro dos Direitos Humanos reconhecidos mundialmente, o elo que liga a efetivação e a viabilidade para se lograr uma vida digna protegida e efetivada pelo Direito.

Fica evidente a interligação entre os princípios bioéticos e os direitos fundamentais. O direito que assiste o paciente, através de sua liberdade de escolha e o princípio de autonomia, que se relaciona com a sua capacidade de ser livre e de se autodeterminar, levam ao entendimento de que, para que seja reconhecido o direito a uma morte digna, o paciente deve ser respeitado e sua decisão alcançada pelo Direito.

O direito fundamental da autonomia de vontade, ao recusar o prolongamento de seu tratamento, quando em fase terminal, deve ser abarcado pelo direito, pois, dessa forma, se reconhece como direito fundamental, já que a morte se apresenta de forma inexorável. Reconhecer a morte com dignidade, sem sofrimento, é reconhecer que a morte em seu processo evolutivo e natural está contemplada dentro do conceito de vida digna, que é direito fundamental e de proteção constitucional.

²¹FABRIZ, op. cit., p. 328-329, nota 3.

A complexa relação social e sua dinâmica arrebatadora concomitante aos enormes avanços e novos desafios que se apresentam dentro da ciência médica e da tecnologia, faz com que o direito e seu sistema jurídico, se apresentem sempre atentos e abertos a essas questões. Todavia, a dinâmica social é muito mais rápida e muito mais progressiva do que a nossa produção legislativa, principalmente nos novos casos de conflitos, ainda não enquadrados pelo direito, como a ortotanásia. O direito não pode se furtar de responder a esses anseios.

Maria Garcia coaduna com essa visão de regulação da biotecnologia pelo direito, ao afirmar que a liberdade de atuação científica e a vinculação de suas consequências, permanecem ainda, diante do direito, como uma realidade resistente a qualquer regulação, e que o direito deve então, assumir o seu papel, deixando de se pôr às margens da norma tecnocientífica, regulando-a e com isso lembrando que há a existência de limites, que devem ser respeitados dentro da legislação ²².

Enquanto não ocorrer a sua regulamentação pelo direito, buscam-se respostas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 porque ela é aberta, ensejando que novas situações fáticas sejam incluídas no universo jurídico normativo, como novos valores que se apresentam como direitos fundamentais. Portanto, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ao absorver valores e princípios de Bioética, que aliados aos direitos fundamentais, viabilizam o mecanismo de legitimação, para a proteção constitucional da dignidade da pessoa humana, no momento da morte, como na ortotanásia.

1.4 BIOÉTICA E CONSTITUIÇÃO

Ressalta-se a relevância da Bioética na sua relação com o tema da ortotanásia, para que a mesma seja incorporada ao texto constitucional, oportunizando acompanhar as dinâmicas mudanças que ocorrem na sociedade e que são carentes de

²²GARCIA, Maria. **Limites da ciência** – A dignidade da pessoa humana A ética da responsabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 89-90.

reconhecimento e tutela jurídica, notadamente quanto aos problemas fáticos bioéticos na sociedade, correlacionados com direitos fundamentais e com a dignidade da pessoa humana.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, segundo Daury César Fabriz, possibilita um elevado grau de eficácia a essas novas matérias advindas da sociedade, na medida em que as legislações ordinárias ou práticas biomédicas não podem contrariar o texto fundamental em seus comandos essenciais, que objetivam resguardar a vida, a dignidade e a integridade humana. As questões bioéticas importantes tais como a ortotanásia, devem ser suscitadas pela inexistência de normas constitucionais, e até mesmo de normas infraconstitucionais, mas, são questões que atingem princípios inerentes aos direitos humanos e, conseqüentemente, impõe limites ao constituinte originário e de reforma.²³

A dignidade da pessoa humana e a sua integridade, como direitos fundamentais, são os princípios basilares que devem reger a relação entre a Bioética e o texto constitucional. O que se pode denominar bioconstituição deve ter como base sólida os direitos humanos como o alicerce de sua estrutura na constituição. A bioconstituição deve ter como ponto base e fundamental, o ser humano, para que sejam tutelados os direitos irrenunciáveis da pessoa humana, frente às novas relações surgidas no contexto bioético, e que ainda não se encontram abarcadas e regulamentadas no nosso sistema de ordenamento jurídico.

A interpretação constitucional é de suma importância na incorporação da Bioética aos princípios constitucionais, tendo uma visão humanista, com o cuidado com o outrem, para que se faça da vida, uma vida digna, e que se proteja a integridade do ser humano, com dignidade e respeito, na hora da morte e, para isso, torna-se importante o debate e a proteção dentro dos princípios dos direitos fundamentais, o tema ortotanásia, abarcado pela bioconstituição.

A reformulação jurídica é imprescindível para a seriedade com que deve ser tratada a Bioética. É importante que se faça a inserção normativa, positivando e tutelando a Bioética dentro dos Direitos Humanos, positivados como Direitos Fundamentais.

²³FABRIZ, op. cit., p. 322, nota 3.

A Bioética trata dos novos desafios nos quais está inserida a pessoa humana e, conseqüentemente, a vida humana. Portanto, a Bioética deve ser enquadrada em normas constitucionais para que a categoria de um biodireito constitucional possa promover e tutelar essas novas relações e desafios nas quais se encontram implicadas ações que envolvam a vida e a dignidade do ser humano. Dessa forma, pretende-se assegurar o bem estar de todos aqueles que se encontram à margem dos direitos sociais e humanos, e que assim possa ter sua subjetividade a um direito e a sua cidadania reconhecidas dentro do texto constitucional, pela inclusão do biodireito.

É entendimento nesse texto até aqui desenvolvido, e que aqui pode ser considerado como sendo dois princípios que integram a bioconstituição, a dignidade da pessoa humana, presente na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 1º, inciso III, conjugado com a inviolabilidade do direito à vida, também presente em nosso texto constitucional, no *caput* do artigo 5º.

CAPÍTULO 2

O PROBLEMA NAS CONCEITUAÇÕES E CONSIDERAÇÕES SOBRE ORTOTANÁSIA

2.1 PACIENTE TERMINAL

Para a compreensão da ortotanásia, busca-se conhecer o conceito de paciente terminal que, no entanto, se torna uma tarefa árdua na proporção que a expressão “terminal”, no momento, é complexa e arriscada. Assim, um paciente portador de uma enfermidade de evolução fatal e grave pode, em determinados instantes, voltar às suas atividades, às vezes por tempo prolongado, graças ao avanço das terapêuticas que hoje são empregadas. Seu conceito, portanto, não é preciso, até porque a própria vida já é, por si mesma, terminal.

De acordo com Genival Veloso França:

[...] Definir paciente terminal não tem sido tarefa fácil. Inclusive a expressão terminal, no atual momento, é complexa e arriscada, porque um paciente portador de enfermidade de evolução fatal e grave pode, em determinados instantes, voltar às suas atividades. Seu conceito é impreciso, até porque a vida por si mesma é terminal.

Mesmo assim, a tendência é considerar paciente terminal aquele que, na evolução da doença, não mais responde a nenhuma medida terapêutica conhecida e aplicada, sem condições de cura ou prolongamento da sobrevivência, necessitando apenas de cuidados que lhe facultem o máximo de conforto e bem-estar. [...] ²⁴

Neste diapasão, estaria em fase terminal aquele paciente que apresentasse ao menos duas características fundamentais: a da incurabilidade e do fracasso terapêutico dos recursos médicos.

²⁴FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 8. ed. São Paulo: Fundo Editorial BYK, 2003. p. 422-423

Ninguém discute hoje os benefícios que a ciência médica traz na preservação, erradicação e cura das doenças, pois, sabe-se que devido ao avanço da tecnologia moderna doenças que antes eram consideradas incuráveis, hoje são perfeitamente tratáveis e ainda, que existem pacientes em situações gravíssimas, que podem ter, através de seus recursos médicos, o quadro clínico revertido, mesmo ante as situações mais adversas.

Mesmo que a morte seja a outra face inseparável da vida, o momento de sua materialização é um instante pessoal e único, pois a expectativa da morte iminente, o lugar em que se encontra a agonia, o sofrimento e os rituais que precedem a sua morte, está contida nos valores básicos que cada indivíduo crê, e nos costumes e tradições que envolvem este momento na cultura a que ele pertence.

Mas, o que ocorre na medicina atual é que, na medida em que se avança na possibilidade de salvar mais vidas, criam-se, inevitavelmente, cada vez mais tratamentos e recursos capazes de prolongar por muito tempo a vida dos pacientes que já se encontram com morte encefálica, o que pode levar a um demorado e penoso processo de morrer.

A rigorosa e moderna biotecnologia empregada vem mudando sobremaneira a face da morte, pois a sociedade passa a cobrar mais veementemente, a possibilidade de uma morte mais digna. Passa a atuação médica a conviver com questões de cunho solidário à dor e ao sofrimento dos pacientes e de seus entes familiares, tornando-se a sensibilidade um fator de decisão no momento de rever as opções de se conseguir derrotar o invencível, entendendo assim as penosas e graves dificuldades a serem enfrentadas ao final da vida.²⁵

Sendo assim, qualquer que seja o entendimento do médico em relação a um paciente terminal, é muito justo que toda conduta seja discutida com a família e, quando possível, com o próprio doente, levando em conta o que é melhor para assisti-lo. O que se discute a partir daí é a utilização de recursos ou procedimentos considerados inúteis e capazes de trazer desconforto e sofrimento ao paciente chamado terminal.

²⁵FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p.508.

O meio social admite que seja normal que a vida, como um todo, seja considerado e tratado como intocável. Entretanto, deve-se ponderar sobre a possibilidade de integrar a morte à vida das pessoas humanas uma vez que são protagonistas de suas vidas e a morte não é uma patologia. As pessoas humanas são definitivamente finitas em sua existência e essa finitude da vida não é um fracasso da atuação humana, nem mesmo uma falha, simplesmente um término.

Reflexões sobre a vida e morte são infindáveis, dentro de um largo espaço de discussão, reconhecido pelo Direito. A terminalidade da vida pode ser atestada e sendo um processo dinâmico pode ser modificada, porém, em um paciente terminal, a cura não mais é alcançada e é, nesse paciente, em que não se consegue mais o benefício, e sim apenas o sofrimento, é que se concentra a conceituação sobre a terminalidade. Aqui se enquadra o paciente sem chance de cura mesmo com e apesar do tratamento médico.

2.2 PROBLEMAS NA CONCEITUAÇÃO DE INSTITUTOS SIMILARES

Delineado o que se considera por paciente terminal, passa-se a outro tópico, para tentar dissipar as dúvidas existentes na utilização de diversos termos, que se confundem com a ortotanásia.

O termo EUTANÁSIA foi criado pelo filósofo inglês sir Francis Bacon, em 1623, em sua obra “História da vida e da morte”. Bacon sustentou a tese de que nas enfermidades consideradas incuráveis, era absolutamente humano e necessário dar uma boa morte e abolir o sofrimento dos enfermos. O termo deriva da expressão grega *euthanatos*, em que *eu* significa bom e *thanatos*, morte. Numa definição puramente etimológica, é a morte boa, a morte calma, piedosa e humanitária. Mas, em sentido amplo significaria “ajuda para morrer”²⁶.

A eutanásia, outrora admitida na antiguidade, só foi condenada a partir do estabelecimento do judaísmo e do cristianismo, religiões que se apresentavam com

²⁶LANA, Roberto Lauro. **Eutanásia: Mitos e Controvérsias Médicos Legais**. Disponível em: <http://www.smu.org.uy/dpmc/hmed/dm/revistaDM/eutan-rl.htm>. Acesso em: 20 mar. 2013.

o princípio de que a vida possuía o caráter de sagrada. No direito moderno é que a eutanásia adquiriu contornos de crime, pela proteção universal e irrecusável do bem considerado o mais valioso para o ser humano: a vida.

Verifica-se que, no Brasil, a chamada morte piedosa não tem recebido a devida atenção de nossa legislação, uma vez que não existe nenhuma norma que trate de forma específica sobre o assunto. Enquanto isso, a eutanásia é tipificada como homicídio previsto no artigo 121 do Código Penal Brasileiro, com a atenuante do motivo de relevante valor moral contido no parágrafo 1º do mesmo artigo e sua prática vem sendo ignorada pela sociedade. Para esta dissertação, a eutanásia é entendida e tratada como homicídio.

Vale ressaltar que a eutanásia não é objeto apenas da ciência jurídica, mas diz respeito também à moral, à ética, à religião, à medicina, enfim, à sociedade. O seu estudo interessa a toda coletividade a partir do momento que se questiona a disponibilidade da vida humana.

José Roberto Goldim propõe classificar a eutanásia a partir dos motivos e meios empregados na sua execução, bem como a pessoa que a realiza.

[...] Quanto ao tipo de ação:

- Eutanásia ativa: o ato deliberado de praticar a morte sem sofrimento do paciente, por fins misericordiosos.
- Eutanásia passiva ou indireta: a morte do paciente ocorre, dentro de uma situação de terminalidade, ou porque não se inicia uma ação médica ou pela interrupção de uma medida extraordinária, com o objetivo de minorar o sofrimento.
- Eutanásia de duplo efeito: quando a morte é acelerada como uma consequência indireta das ações médicas que são executadas visando o alívio do sofrimento de um paciente terminal.

Quanto ao consentimento do paciente:

- Eutanásia voluntária: quando a morte é praticada atendendo uma vontade do paciente.
- Eutanásia involuntária: quando a morte é provocada contra a vontade do paciente.
- Eutanásia não voluntária: quando a morte é provocada sem que o paciente tivesse manifestado sua posição em relação a ela. Esta classificação, quanto ao consentimento, visa estabelecer, em última

análise, a responsabilidade do agente, no caso o médico. Esta discussão foi proposta por Neukamp, em 1937.[...] ²⁷

Por sua vez, Paulo Daher Rodrigues menciona duas modalidades de eutanásia: ativa e passiva.

[...] a) a eutanásia ativa ou positiva resulta em uma ação direta de suprimir a vida do doente;
b) a eutanásia passiva ou negativa é a supressão de natureza inútil, cuja única função é o prolongamento de sofrimento. [...] ²⁸

As classificações expostas acima servem apenas para demonstrar que a doutrina não é pacífica no tocante às espécies de eutanásia, entretanto, para os fins do estudo ora proposto, ficar-se-á com a divisão estabelecida por Paulo Lúcio Nogueira²⁹, por ser mais objetiva, que classificou a eutanásia em três espécies:

A) Eutanásia libertadora ou terapêutica: "consiste na morte ministrada por médico a enfermo que, padecendo horrivelmente, não tem esperança de cura".

A eutanásia libertadora ainda se subdivide em ativa ou passiva:

A.1 Eutanásia passiva: também conhecida como ortotanásia, ocorre quando a morte do paciente é resultado direto da omissão ou da interrupção da terapia empregada.

Considera-se, nesta dissertação, não ser a ortotanásia sinônimo de eutanásia passiva, essa é, ao contrário, a própria eutanásia praticada por omissão, de maneira deliberada e premeditada, das medidas aplicadas a um determinado caso.

A ortotanásia é a supressão ou a não realização de condutas que já perderam a sua indicação para a recuperação dos doentes terminais, pois não terão mais benefício algum, são inúteis e desnecessárias, deixando dessa maneira evoluir o processo natural da morte, evitando-se o sofrimento desnecessário.

²⁷GOLDIM, José Roberto. **Tipos de Eutanásia.** Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/eutantip.htm>> . Acesso em: 20 mar. 2013.

²⁸RODRIGUES, Paulo Daher. **Eutanásia.** Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 65 e 66.

²⁹NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Em defesa da vida: aborto, eutanásia, pena de morte, suicídio, violência e linchamento.** São Paulo: Saraiva, 1995, p. 44.

A.2 Eutanásia Ativa: "consiste em fazer morrer, através de meios e medicamentos que suavizem os sofrimentos, e pode ser praticada por médico ou por leigos" ³⁰. Tal procedimento baseia-se em um processo no qual a morte do paciente é deliberadamente provocada em virtude do mesmo apresentar um quadro patológico incurável e que, em consequência disto, esteja padecendo muito e cuja morte seja iminente. Isso é considerado homicídio enfaticamente.

Na maioria dos países, com exceção da Holanda, como será demonstrada no decorrer deste estudo, a justiça não regulamenta a prática da eutanásia ativa, enquadrando-a na definição de homicídio simples ou privilegiado e, portanto, sujeito à pena de prisão o praticante de tal ato.

B) Eutanásia selecionadora ou eugênica: "Consiste na supressão de pessoas portadoras de deformidades, doenças contagiosas e de recém-nascidos degenerescentes cujo estado acarrete despesas inúteis. "Visa à melhoria da raça humana" ³¹.

Consiste, portanto, na eliminação de vidas consideradas indignas de serem vividas. Escapa, portanto, ao conceito da eutanásia e ao próprio sentido etimológico da palavra. Exemplo dessa prática desumana foi o que ocorreu na Alemanha nazista, que a pretexto de depuração da raça, eliminaram-se milhões de judeus, verdadeiro holocausto, que passou à história como um dos maiores crimes, senão o maior crime da humanidade³².

C) Eutanásia eliminadora ou econômica: "visa à morte dos loucos, dementes irrecuperáveis, anciãos imprestáveis, enfim de todos os que sejam inúteis e

³⁰NOGUEIRA, Paulo Lúcio Nogueira. **Em defesa da vida: aborto, eutanásia, pena de morte, suicídio, violência e linchamento**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 45.

³¹MENEZES, Evandro Corrêa. **Direito de Matar (eutanásia)**, 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos 1977, p. 54.

³²LANA, Roberto Lauro. **Eutanásia: Mitos e Controvérsias Médicos Legais**. Disponível em: <<http://www.jurinformatica.com.br/monografia/003.html>>. Acesso em: 22 mar. 2013.

incapazes para o trabalho"³³. Esse tipo de eutanásia também causa repúdio e, para muitos, fere o direito e a moral.

Neste sentido, essas são as palavras de Ariosto Licurzi *apud* Evandro Corrêa de Menezes:

[...] A adotar este critério chegar-se-ia a uma crueldade organizada como sistema social. E os sentimentos familiares, o amor filial, os mais nobres e caros índices de nossa evolução moral, se queimariam para aquecer o crisol das raças futuras; as quais, ainda chegando a ser mais formosa, mais fortes e mais inteligentes que as raças atuais, trariam uma grave e irreparável falta em sua constituição moral. A eliminação dos velhos - que ainda podem suportar os choques da ansiedade, confortados pelo afeto e respeito carinhoso dos familiares - atendem tão só a um critério econômico, nunca terá nossa adesão. Não é função da eutanásia a eliminação dos velhos. Pelo menos enquanto não se achem na miserável condição de enfermidade grave, dolorosa, insuportável, subjetiva e objetivamente considerada. [...]³⁴

Destarte, não se poderia tecnicamente considerar como eutanásia as modalidades selecionadora e eliminadora, que devem ser consideradas como autênticos homicídios, já que não possuem a finalidade altruística da "morte piedosa", pelo contrário, visam interesses econômicos ou seletivos da raça humana. Ademais, pode-se dizer que em nenhuma delas se configura a incurabilidade de qualquer doença e, muito menos, a presença de agonia insuportável.

A DISTANÁSIA é compreendida como sendo o retardar da morte ao máximo que se possa fazer. Utilizam-se dessa maneira todos os meios possíveis ao alcance da medicina para que se consiga postergar o evento morte. Esse adiamento independe de proporcionalidade nos meios empregados nessa tentativa. Independe se o paciente sofre, é definitivamente o prolongamento desnecessário e artificial da vida do paciente em que a morte é inevitável e iminente.

A distanásia tem como conduta principal o prolongamento do curso natural de morrer, não há prolongamento da vida. Está inserida na integração da morte à

³³ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Em defesa da vida: aborto, eutanásia, pena de morte, suicídio, violência e linchamento**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 44.

³⁴ MENEZES, Evandro Corrêa. **Direito de Matar (eutanásia)**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977, p. 57.

medicalização e à obstinação desenfreada pela cura. José Roque Junges entende que:

[...]“A obstinação terapêutica é um desvirtuamento da atitude médica, pois reduz a vida à sua dimensão biológica e tem dificuldade em aceitar a inevitabilidade da morte. A onipotência técnico-científica a serviço da medicina criou a ilusão da saúde perfeita que vence todas as doenças e soluciona todos os problemas. Por isso, não se concebe um fracasso diante da doença e da morte. Recorre-se obstinadamente a todos os meios possíveis para conservar, ao menos, a aparência da vida. A distanásia é um desrespeito à dignidade humana, porque instrumentaliza o ser humano a serviço de uma ideologia médica.” [...].³⁵

Um terceiro conceito similar e mal compreendido é a MISTANÁSIA, que remete a uma morte miserável, ou seja, àquela que acomete as pessoas que sequer possuíram a oportunidade de alcançar o atendimento médico-hospitalar, a infraestrutura de saúde presente no país. Atinge a uma grande parcela da população, atingida pelos conflitos sociais, aos quais está ainda negada a dignidade de viver como fundamento da existência humana. São mortes que haveria a possibilidade de serem evitadas, mas que por questões econômicas, políticas e sociais, impedem que as pessoas sejam incluídas e atendidas no sistema de saúde, levando ao êxito letal, que nada de bom e nem de indolor possui. Essa também é chamada de eutanásia social, bem caracterizada por Leonard M. Martin, como segue:

[...] Fatores geográficos, sociais, políticos e econômicos juntam-se para espalhar pelo nosso continente a morte miserável e precoce de crianças, jovens, adultos e anciãos: a chamada *eutanásia social*, mais corretamente denominada *mistanásia*. A fome, condições de moradias precárias, falta de água limpa, desemprego ou condições de trabalho massacrantes, entre outros fatores, contribuem para espalhar a falta de saúde e uma cultura excludente e mortífera. [...].³⁶

Considera-se como mistanásia ativa, aquela que tem uma notável importância na história mundial, pois se baseia em uma ideologia camuflada com o nome de ciência, a exemplo da prática nazista de extermínio racial, na procura de uma raça pura ariana, tão bem relatada por sobreviventes aos campos de concentração nazista.

³⁵ JUNGES, José Roque. **BIOÉTICA – perspectivas e desafios**. 3. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2005. p. 183.

³⁶ MARTIN, Leonard M. Eutanásia e Distanásia. In: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira. OSELKA, Gabriel. GARRAFA, Volnei, (Coordenadores). **Iniciação à bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 175.

A mistanásia também ocorre com as pessoas que apesar de conseguirem acesso ao sistema de saúde, são atingidos por imperícia, negligência ou imprudência, o famoso e mal falado erro médico. A má prática não se restringe aos médicos, ela é de todos os profissionais da área da saúde, atingindo igualmente a todos os pacientes submetidos à malícia desses profissionais.

2.3 ORTOTANÁSIA

Passa-se, nesse tópico, à ortotanásia que se encontra em sentido diametralmente oposto ao até aqui apresentado, que corresponde à morte no tempo exato e adequado, não se apresentando com o seu prolongamento desnecessário, como na distanásia, e nem se apressa o evento morte em seu curso natural, como na eutanásia, através de uma ação intencional e externa.

A ortotanásia permite que ao doente terminal seja dada a chance de estar face ao destino com uma perspectiva nova de paz, de tranquilidade e de saber que a morte faz parte da vida. É dado ao paciente o direito de escolher morrer com dignidade, da mesma forma com que vive. Para a ortotanásia é importante a dignidade na hora da morte, a sua humanização, no sentido de que permite o tempo e a maneira correta de se dar um ponto final à vida do doente terminal.

A palavra ortotanásia é derivada de vocábulos gregos, que significam morte correta. *Orto*: certo, *thanatos*: morte³⁷. Trata-se, portanto, de se reconhecer a atuação correta do profissional médico diante da morte, para que ela evolua de forma natural. Nessa situação não foi o médico que deu a partida aos eventos naturais que culminarão com a morte; aqui o paciente já se encontra em seu curso natural para o término da vida. Pode ser conceituada como a morte que vem no tempo certo, sem intervenções prejudiciais que a antecipem ou que a retardem de forma desnecessária.

³⁷LOPES, Antonio Carlos, LIMA, Carolina Alves de Souza e SANTORO, Luciano de Freitas. **EUTANÁSIA, ORTOTANÁSIA E DISTANÁSIA** – Aspectos médicos e jurídicos. São Paulo: Atheneu, 2011. p. 64.

José Alfredo de Oliveira Baracho diz que um dos acontecimentos de maior notabilidade em nosso tempo é a necessidade de redefinir a morte, e que o médico frente à morte torna-se tema constante em Bioética e o direito, porque apela para seus conhecimentos científicos. Argumenta que o médico deve reconhecer os limites de seu poder, na presença de uma doença fatal, evitando tratamentos desarrazoáveis e agressivos que descambem para uma terapêutica, que denomina de absurda, já que todo ser humano deve morrer em paz.³⁸

A ortotanásia tem a iniciativa de respeitar o bem-estar global das pessoas, garantindo, dessa maneira, a dignidade na vida como também no momento de morrer. Assim, passa-se a compreender a saúde não somente como uma ausência de doença, mas como um completo bem-estar global da pessoa, aqui considerada ser humano, e que se aliada ao bem-estar espiritual, inclui o cuidado e não o abandono, como muitos possam pensar, no contexto do doente terminal.

Ao redimensionar esse entendimento de saúde, pode-se fazer a ligação para a inclusão do doente terminal, em que não há perspectiva de cura, mas que agora faz total sentido e coerência para se falar no seu cuidado, para manter o seu bem-estar global, e assim desenvolver o conceito amplo de ortotanásia. A morte no tempo certo não é doença a ser curada, faz parte da vida.³⁹

Partindo da premissa que “a morte é parte integrante da vida”, o direito de morrer de forma digna, não restringe o direito à vida, pois àquele paciente em fase terminal é dada a liberdade para escolher até quando é confortável proteger a própria vida, podendo optar pela não terapêutica. No caso da ortotanásia, encontrando-se o paciente com uma patologia em que a morte se avizinha de maneira inevitável e iminente, passando por sofrimentos terríveis, deverá ter esse paciente o poder de decidir se quer morrer dignamente ou se quer prolongar o seu sofrimento, ou seja, se continua a terapêutica invasiva, que o mantém vivo artificialmente, ou se aborta esses procedimentos. No caso de estar o paciente inconsciente, como clinicamente

³⁸BARACHO, José de Oliveira. VIDA HUMANA E CIÊNCIA: complexidade do estatuto epistemológico da bioética e do biodireito. Normas internacionais da bioética. **Revista de Direito CONSTITUCIONALE INTERNACIONAL**. São Paulo, ano 14, nº 56, p. 117, julho-setembro de 2006.

³⁹PESSINI, Leocir. **DISTANÁSIA – Até quando prolongar a vida?** . 2. ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Loyola, 2007. p. 227-228.

em coma, para exemplificar essa decisão pode ser adotada pelos familiares, em nada se atentando contra o Direito à vida, pelo contrário, assim se preserva o Direito a um término normal de uma vida.

Assim, diferentemente do conceito de morrer no tempo certo, referente ao instituto da ortotanásia, a eutanásia é a abreviação, ou seja, a antecipação do evento morte, precipitando a evolução final de uma doença. A eutanásia é quando alguém causa a morte de outrem, por compaixão ou piedade. Esse agir tem a característica de ser realizado de forma consciente, com autonomia de vontade. Essa vontade de realizar o ato, consciente, aí sim é que se tipifica o ato, classificando-o como o homicídio. Etimologicamente eutanásia é derivada dos vocábulos gregos *eu: bem, bom e thanatos: morte*, significando ser uma boa morte⁴⁰.

Diante do exposto, chama atenção a definição sugerida pelo Genival Veloso França a respeito do tema;

[...] fica claro que a *eutanásia* – aquela na qual se utiliza meios ou que se facilita a supressão de uma vida, é prática condenável, e quando praticada pelo médico, constitui subversão de toda doutrina hipocrática e distorção do exercício da medicina, cujo compromisso é voltar-se sempre em favor da vida do homem, prevenindo doenças, tratando dos enfermos e minorando o sofrimento, sem discriminação ou preconceito de qualquer natureza[...].⁴¹

Outro conceito utilizado e confundido com a ortotanásia é a distanásia, que aqui também será abarcado para melhor entendimento do presente estudo. Também corrobora essa definição a conceituação de Leocir Pessini, que entende que:

[...] distanásia, etimologicamente, significa prolongamento exagerado da agonia, do sofrimento e da morte de um paciente. O termo também pode ser empregado como sinônimo de tratamento fútil e inútil, que tem como consequência uma morte medicamente lenta e prolongada, acompanhada de sofrimento. Com essa conduta não se prolonga a vida propriamente dita, mas o processo de morrer. No mundo europeu fala-se de “obstinação terapêutica” (*L'acharnement thérapeutique*), nos Estados Unidos de “futilidade médica” (*medical futility*), “tratamento fútil” (*futile treatment*) ou simplesmente “futilidade” (*futility*). [...] ⁴²

⁴⁰Idem item 37. p. 59.

⁴¹ França, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 8.ed. São Paulo:BYK Fundo Editorial BYK, 2003. p.434.

⁴²Pessini, Leocir. **DISTANÁSIA – Até quando prolongar a vida?** . 2. ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Loyola, 2007. p. 30.

A distanásia é definida como sendo o prolongamento artificial da fase terminativa da vida, em seu caminho evolutivo natural, através de tratamentos considerados desnecessários, permitindo o retardo do evento, estendendo a agonia e o sofrimento dos doentes terminais. Esses doentes são aqueles em que o saber médico-científico atual não é suficiente para oferecer a chance de cura ou sobrevida maior.

A abordagem do tema sobre a terminalidade da vida é complexa e contida em verdadeira linha tênue, segundo as análises dos profissionais de saúde nas questões a ela relacionadas. É sabido ser difícil prever o momento exato em que o médico pode intervir ou deixar de intervir em um doente terminal, por assim dizer, aquele que está fora de possibilidades terapêuticas. A modernidade e a evolução da ciência médica forneceram horizontes ampliados ao oferecer tratamentos nunca antes imaginados, e que não param de ser descobertos, os quais são assimilados, quase que à velocidade da luz, diariamente, deixando todos os profissionais envolvidos num dilema muito grande, qual seja, em saber qual o momento certo de interromper a terapêutica, para que o sofrimento deste doente não seja prolongado desnecessariamente.

O penalista Luiz Flávio Gomes, abordando a ortotanásia, se posiciona da seguinte maneira:

[...] Em nossa opinião, dono da vida, o ser humano deve ser também, dentro de determinadas circunstâncias e segundo certos limites, o dono da sua própria morte. Não há nenhuma censura (reprovação) ética ou jurídica na chamada "morte digna", que é a morte desejada por quem já não tem mais possibilidade de vida e que, em estado terminal, está sofrendo muito. A morte nessas circunstâncias, rodeada de vários cuidados (para que não haja abuso nunca), não se apresenta como uma morte arbitrária, ou seja, não gera um resultado jurídico desvalioso, ao contrário, é uma morte "digna", constitucionalmente incensurável. [...]⁴³

Cuida-se agora de explicitar que esses ganhos do arcabouço terapêutico, em disponibilidade para o tratamento das enfermidades, devem sempre ser utilizados de forma a se alcançar a cura, sem esquecer uma única, simples e primordial

⁴³GOMES, Luiz Flávio. **Eutanásia, morte assistida e ortotanásia**: dono da vida, o ser humano é também dono da sua própria morte? Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9437/eutanasia-morte-assistida-e-ortotanasia>>. Acesso em: 15 abr. 2013.

colocação, a de que quem deve ser tratado é o doente como um todo e não somente a doença, em assim sendo, torna-se imprescindível colocar sempre o doente em primeiro lugar, para que se obtenha, com a participação dele, a cura desejada por todos nesse processo. E, na impossibilidade de se alcançar tal feito, vale ressaltar, que o médico não deve insistir em tentar ir além de seus limites estabelecidos, deixando de lado o ser humano cliente, em torno de seus anseios, que talvez preferisse não ter o seu sofrimento postergado, caso fosse questionado.

Nesse sentido, também se posiciona o Vaticano de forma favorável, chamando a atenção para a dignidade humana e apresentando uma clara reprovação à distanásia, ao declarar ser lícito renunciar a tratamentos que terminariam em um prolongamento precário e penoso da vida humana, mostrando o humanismo da conduta do instituto da ortotanásia:

[...] É sempre lícito contentar-se com os meios normais que a medicina pode proporcionar. Não se pode, impor a ninguém a obrigação de recorrer a uma técnica que, embora já em uso, ainda não está isenta de perigos ou é demasiado onerosa. Recusá-la não equivale a um suicídio; significa, antes, aceitação da condição humana, preocupação de evitar pôr em ação um dispositivo médico desproporcionado com os resultados que se podem esperar, enfim, vontade de não impor obrigações demasiado pesadas à família ou à coletividade.

Na iminência de uma morte inevitável, apesar dos meios usados, é lícito em consciência tomar a decisão de 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. Por isso, o médico não tem motivos para se angustiar, como se não tivesse prestado assistência a uma pessoa em perigo. [...].⁴⁴

Ainda sobre o tema ortotanásia, segue abaixo transcrito, posicionamento também do Vaticano, mais uma vez alinhado de forma favorável, ao tema aqui dissertado, e que novamente nos remete à dignidade da pessoa humana, colocando-se radicalmente contrária à eutanásia e à distanásia, abordando também a necessidade das tomadas de decisões com autonomia por parte do enfermo interessado ou na sua

⁴⁴II, PP João Paulo, **Declaração Sobre Eutanásia, Sagrada Congregação Para a Doutrina da Fé**, Vaticano, 05 de maio de 1980. Disponível em <http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19800505_euthanasia_po.html> Acesso em 17abr. 2013.

impossibilidade pela decisão de seus responsáveis, analisando-se é claro cada caso de maneira individual e com as suas peculiaridades inerentes:

[...] Hoje é muito importante proteger, no momento da morte, a dignidade da pessoa humana e a concepção cristã da vida contra um « tecnicismo » que corre o perigo de se tornar abusivo. De facto, há quem fale de « direito à morte », expressão que não designa o direito de se dar ou mandar provocar a morte como se quisesse, mas o direito de morrer com toda a serenidade, na dignidade humana e cristã. Sob este ponto de vista, o uso dos meios terapêuticos pode, às vezes, levantar alguns problemas. Em muitos casos a complexidade das situações pode ser tal que faça surgir dúvidas sobre o modo de aplicar os princípios da moral. As decisões pertencerão, em última análise, à consciência do doente ou das pessoas qualificadas para falar em nome dele, como também aos médicos, à luz das obrigações morais e dos diferentes aspectos do caso. [...].⁴⁵

A igreja, contrariamente, ao que se imaginava, é de posição diametralmente oposta ao sofrimento, seja de quem for, defendendo com isso a dignidade da pessoa humana, centralizando no que há de mais precioso, que é a própria vida. A complexidade existente com o avanço tecnológico, que praticamente quase impede a morte de uma pessoa, faz com que apareçam essas manifestações e reflexões da doutrina católica, pela angústia que se apresenta sobre os limites da intervenção tecnológica sobre a vida humana.

Atualmente, a certeza dos avanços na medicina gera maiores possibilidades de vidas serem salvas, criando com isso, indubitavelmente, inúmeros e complicados dilemas éticos, os quais geram grandes dificuldades para uma conceituação mais específica sobre o fim da vida. O maior espectro de abrangência no âmbito de atuação dessas novas conquistas terapêuticas leva a questionamentos sobre parâmetros econômicos, ético-profissional e legal como consequência direta da utilização de forma desproporcionada dessas descobertas terapêuticas com suas possíveis inadequações em relação à sua indicação.

A morte, bem como o paciente terminal, direciona os profissionais de saúde a uma situação extremamente conflituosa nesse aspecto, pois os coloca no grande dilema principiológico sobre a questão de, ou se preserva a vida mantendo a dor e o sofrimento, ou interrompe, deixando-o seguir naturalmente o curso final da doença, visto assim como um morrer com dignidade diante do inevitável.

⁴⁵ Igual referência do nº 44.

É inquestionável o benefício dos avanços tecnológicos atingidos ao longo dos anos e, após extenuantes pesquisas, inclusive pela utilização do próprio ser humano. Porém, aqui não é cabível essa análise, o que se questiona, por ora, é a má utilização desses recursos, com a possibilidade de se afastar angústias, ansiedades e sofrimentos desnecessários, tanto do paciente, quanto de seus familiares.

A ortotanásia, sabidamente, atenua esse sofrimento, pois, como leciona Élide Séguin:

[...] Morrer deixou de ser um processo natural para transformar-se, quando o paciente tem recursos, em uma parafernália de equipamentos, procedimentos, exames e farmácias, ou seja, imensa fonte de receita para as clínicas e hospitais [...].⁴⁶

Essa situação, relatada na citação acima, ampliou-se consideravelmente, pela atual assistência hoje já fornecida ao doente sem condição financeira, em hospitais públicos de referência, que utilizam recursos de ponta, às vezes com equipamentos de última geração que, em nada devem aos hospitais ou estabelecimentos de saúde particulares. A insistência no sentido de se evitar a morte, leva a equipe médica à realização de procedimentos agressivos e, por demais invasivos, ajudando a perpetuar a mistificação da possibilidade da imortalidade, como se pudesse ser plausível e real. Essas medidas, que evitam a qualquer custo mortes iminentes, são responsáveis por deixarem milhares de doentes vivendo, através de aparelhos, de forma artificial, indefinida e sem limitação temporal, sobrevivendo assim, questões ético-profissionais comuns em nossa época.

Questões que, muitas das vezes, são pinçadas e levadas ao âmbito do poder judiciário, em que as partes envolvidas, se já não bastassem toda a carga emotiva de sofrimento, ainda travam intermináveis batalhas jurídicas, se acham filosoficamente com o direito subjetivo de tentar decidir o que é o melhor para aquele ente querido.

Tal fato pode ser demonstrado com o auxílio de um caso, mundialmente famoso, recentemente ocorrido nos Estados Unidos da América, sobre a disputa em torno da americana Terri Schiavo, lide na qual o marido afirmava que se viva ela estivesse não gostaria de se encontrar em tal situação, e, por outro lado, seus pais queriam

⁴⁶ SÉGUIN, Elida. **Biodireito**. 4ª ed. 2005. Ed. Lúmen Júris, p. 255.

que os aparelhos não fossem desligados, na esperança de que, após longos quinze anos, ela se recuperasse.

Esse caso, como muitos outros, mostram a preocupação mundial sobre esse apaixonante tema, visto que renomadas associações médicas em diversos países europeus e, principalmente, nos Estados Unidos se manifestam a respeito do assunto, invariavelmente impondo limites à prática médica em relação à ortotanásia, sem, entretanto, ter o significado de abandono do paciente por parte da equipe de saúde. Muito pelo contrário, essa abordagem se amplia de tal forma que se torna multidisciplinar, dando todo o conforto no tratamento e acompanhamento desses doentes, sem que necessariamente essa atuação se torne fútil.

A vida humana é um bem maior, protegido constitucionalmente, e o preservar a manutenção da vida deve ser feito indubitavelmente, sempre, seja em quaisquer situações, adversas ou favoráveis. Toda a competência médica profissional, aliada a todas as conquistas tecnológicas complementares, que auxiliem nessa árdua missão, devem ser colocadas à disposição do doente. A ortotanásia não é e não deve ser considerada uma omissão de agir, antes deve ser vista como uma correta atuação quando se depara diante do evento morte. Evento este em que sempre haverá uma batalha a ser travada, com o objetivo de se ganhar, sendo que o troféu a ser conquistado será a vida.

O debate a respeito do tema é oportuno para abrir debates sobre as questões propostas, visto que ainda se apresenta como um tabu diante da maioria da população. Diante desse contexto, surge a resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1805/06, que visa a balizar e a orientar a questão, a fim de que o profissional médico seja protegido, e não classificado como homicida, ao exercer sua profissão.

Cabe aqui nesse tópico uma consideração breve, mas relevante e fundamental para o entendimento e o convencimento sobre a importância do tema em questão, que é a diferenciação que deve ser feita entre o direito à morte e o direito de morrer de forma digna. Concisa, mas clara é a definição dessa distinção feita pela Dra. Roxana Cardoso Brasileiro Borges, como se verá a seguir:

[...] O direito de morrer dignamente não deve ser confundido com direito à morte.

O direito de morrer dignamente é a reivindicação por vários direitos e situações jurídicas, como a dignidade da pessoa, a liberdade, a autonomia, a consciência, os direitos de personalidade. Refere-se ao desejo de se ter uma morte natural, humanizada, sem o prolongamento da agonia por parte de um tratamento inútil.

Isso não se confunde com o direito de morrer. Este tem sido reivindicado como sinônimo de eutanásia ou de auxílio a suicídio, que são intervenções que causam a morte.

Defender o direito de morrer dignamente não se trata de defender qualquer procedimento que cause a morte do paciente, mas de reconhecer sua liberdade e sua autodeterminação. [...]⁴⁷

Mais uma vez é apresentada a presença da dignidade da pessoa humana no momento de morrer, seguindo um caminho evolutivo no processo natural sem interferências. Esse direito de morrer de maneira digna, não pode ser confundido com o direito à morte, e aqui, nesse trabalho isso não acontece, pois qualquer outra situação que leve à morte de um paciente é homicídio, e isso foi bem exposto pela autora Roxana Cardoso Brasileiro Borges, inclusive posicionando-se contrariamente à distanásia.

2.4 CONSIDERAÇÕES SOBRE A RESOLUÇÃO 1.805/06 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

Apresentados os tópicos em epígrafe, passa-se a analisar a resolução do Conselho Federal de Medicina, que versa e regulamenta o instituto da ortotanásia, tema nuclear desta pesquisa.

A Resolução 1.805/06 do Conselho Federal de Medicina (anexo I), que dispõe sobre ortotanásia, veio à tona após longos debates, na Câmara Técnica do referido conselho, sobre a terminalidade da vida, e que, antes de tudo, não exime o profissional médico, que atua de forma irresponsável, de ser punido. Pelo contrário,

⁴⁷BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Eutanásia, ortotanásia e distanásia**: breves considerações a partir do biodireito brasileiro. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7571/eutanasia-ortotanasia-e-distanasia>>. Acesso em 10 abr. 2013.

essa Resolução trata de um dever maior de responsabilidade, a cargo deste profissional, visto que, para se chegar a uma definição de que o doente é terminal, há uma enorme gama de fatores que devem ser considerados e avaliados, antes de se tomar a decisão de se conversar com o doente, ou na impossibilidade de manifestação da vontade deste, de se abordar o responsável.

Não se pode jamais dizer, após essa complexa constatação, que o doente será abandonado à própria sorte, porém, como já dito anteriormente, os esforços devem ser multiplicados e empregados no sentido de fornecer uma morte confortável e sem sofrimento a esse doente. Aumenta-se assim, mais ainda, a responsabilidade ético-profissional do profissional médico.

Discorrer-se-á agora sobre a Resolução em tela correlacionando-a com a situação clínica a ser enfrentada da ortotanásia. Diz a referida Resolução em seu artigo 1º 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.

Acrescenta ainda três parágrafos que ajudam a sustentar o *caput*, versando sobre a obrigação do médico em esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação. A decisão referida no *caput* do artigo 1º deve ser fundamentada e registrada no prontuário. Por último, o parágrafo terceiro assegura ao doente ou a seu representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica.

O artigo 1º fornece ao médico a permissão de atuar conforme os parâmetros clínicos em que se define a presença de um doente terminal, portador de uma enfermidade grave e incurável, desde e sempre que se respeite a vontade do doente como pessoa ou de seus representantes legais. Este é o caso em que o médico se encontra diante de uma situação em que não haja mais como se obter uma resposta às indagações, provenientes do próprio doente pelo estado avançado da doença, como por exemplo, se estiver em coma. O artigo 1º é autoexplicativo.

Esse regramento ético-normativo vem ao encontro dos anseios do profissional médico, em consonância com a carta constitucional, no sentido de proteção ao

doente e aos profissionais médicos que o atendem, sempre pautado no sentido de preservar a vida, não admitindo em hipótese alguma, a ortotanásia sem a oitiva da vontade do próprio doente ou de seu (s) responsável (eis).

A sequência de eventos regularizadores de trâmites que deve ser observada para a segurança da decisão clínica é contemplada nos parágrafos 1º e 2º do artigo 1º da referida Resolução. Finalmente, o parágrafo 3º trata da faculdade outorgada ao paciente, bem como a toda a família desse doente, de ouvir uma segunda opinião de profissional médico a respeito do doente que se encontrar ao término de sua vida. Vislumbra-se, neste particular, a possibilidade, não somente de uma segunda opinião, como também a possibilidade de uma junta de avaliação médica para se manifestar sobre o procedimento de ortotanásia do paciente terminal.

O artigo 2º da Resolução 1.805/06 dispõe que o doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurados a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar.

Aqui vale a pena iniciar as considerações, com as palavras de Alexandre Magno Fernandes Moreira, que assim expôs:

[...] Esse sintético normativo deixa claro que não há obrigação do médico em prolongar a vida do paciente a qualquer custo e que cabe a este ou a seu representante legal decidir a respeito da continuação do tratamento, contando com todas as informações disponíveis sobre as alternativas terapêuticas. Consegue-se preservar a autonomia individual e a dignidade do paciente, que receberá os cuidados necessários ao alívio de seu sofrimento. É dada, inclusive, a opção de requisitar alta do hospital, podendo morrer de maneira mais humana, ao lado de sua família. [...] ⁴⁸

Fica evidente que o profissional, contrariamente ao que se pensa, torne-se ainda mais responsável em sua atividade laboral, no que concerne aos cuidados ao doente por ele assistido, para que se alcance o objetivo almejado, de minorar o sofrimento, a dor, a angústia desse doente terminal, com a atuação multidisciplinar de outros profissionais.

⁴⁸MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. **A ortotanásia e a Resolução CFM N° 1.805/2006.** Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3373/A-ortotanasia-e-a-Resolucao-CFM-1805-2006>> Acesso em 20 abr. 2013.

A orientação referente ao tema da ortotanásia contida nesta Resolução não libera o profissional médico de sua atuação porque não significa a de abandono do paciente terminal e, sim, de ampliar os cuidados para a preservação de uma morte sem sofrimentos, morte digna.

Por sua vez, na análise dos artigos do Código de Ética Médica que corroboram a atuação ético-profissional do médico em relação aos doentes terminais em seu capítulo IV que trata sobre os direitos humanos e no capítulo V que trata da relação do médico com o paciente e os seus familiares (anexo II).

No capítulo IV observa-se o princípio da justiça sendo pautado por todos os seus incisos, já que se encontra determinadamente proibida a inobservância que possa atentar aos preceitos da dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais.

Portanto, no capítulo IV que trata dos direitos humanos dentro do Código de Ética Médica (anexo II), apresenta-se vedado ao médico deixar de obter o 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; tratar o ser humano sem civilidade ou consideração, desrespeitar sua dignidade ou discriminá-lo de qualquer forma ou sob qualquer pretexto; deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo; deixar de denunciar prática de tortura ou de procedimentos degradantes, desumanos ou cruéis, praticá-las, bem como ser conivente com quem as realize ou fornecer meios, instrumentos, substâncias ou conhecimentos que as facilitem; deixar de respeitar a vontade de qualquer pessoa, considerada capaz física e mentalmente, em greve de fome, ou alimentá-la compulsoriamente, devendo cientificá-la das prováveis complicações do jejum prolongado e, na hipótese de risco iminente de morte, tratá-la; desrespeitar a integridade física e mental do paciente ou utilizar-se de meio que possa alterar sua personalidade ou sua consciência em investigação policial ou de qualquer outra natureza; desrespeitar o interesse e a integridade do paciente em qualquer instituição na qual esteja recolhido, independentemente da própria vontade; e caso ocorram quaisquer atos lesivos à personalidade e à saúde física ou mental dos pacientes confiados ao médico, este estará obrigado a denunciar o fato à autoridade competente e ao Conselho Regional de Medicina; participar, direta ou indiretamente, da execução de pena de morte; e

por fim é terminantemente vedado ao médico usar da profissão para corromper costumes, cometer ou favorecer crime.

Todas as vedações acima citadas promovem os direitos humanos, tornando plausível a ética como fonte da dignidade da pessoa humana, no contexto da atuação médico-profissional na relação com a ortotanásia.

No capítulo V (anexo II) estão disciplinados os direitos dos pacientes e os princípios bioéticos da autonomia, da beneficência, da não maleficência e novamente o da justiça relacionados com o dever ser do médico em sua atuação profissional, nas relações com os pacientes e os seus familiares, expressos nas vedações que se positivaram dentro do Código de Ética Médica, descritas a seguir: desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte; deixar de usar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente; deixar de atender paciente que procure seus cuidados profissionais em casos de urgência ou emergência, quando não haja outro médico ou serviço médico em condições de fazê-lo; deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal; exagerar a gravidade do diagnóstico ou do prognóstico, complicar a terapêutica ou exceder-se no número de visitas, consultas ou quaisquer outros procedimentos médicos.

Também é vedado ao médico, abandonar o paciente que se encontra sob os seus cuidados, posicionamento adotado nesta dissertação, em que a ortotanásia não significa abandono do paciente terminal, antes se apresenta como uma maior necessidade de cuidados paliativos para que se alcance a dignidade na morte.

Há algumas situações previstas no Código de Ética Médica, dentro desse capítulo que permitem salvaguardar o médico, caso ocorram fatos que, a seu critério, prejudiquem o bom relacionamento com o paciente ou o pleno desempenho profissional, o médico tem o direito de renunciar ao atendimento, desde que comunique previamente ao paciente ou a seu representante legal, assegurando-se

da continuidade dos cuidados e fornecendo todas as informações necessárias ao médico que lhe suceder.

Desrespeitar o pudor de qualquer pessoa sob seus cuidados profissionais; opor-se à realização de junta médica ou segunda opinião solicitada pelo paciente ou por seu representante legal; aproveitar-se de situações decorrentes da relação médico-paciente para obter vantagem física, emocional, financeira ou de qualquer outra natureza; abreviar a vida do paciente, ainda que à pedido deste ou de seu representante legal; todas essas vedações constantes nesse parágrafo possuem íntima e direta relação com o instituto da ortotanásia, em consonância com o posicionamento adotado nessa dissertação. Finalmente, 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.

Continuando nesse entendimento, o Código de Ética Médica em seu Capítulo I, que aborda os Princípios fundamentais, inciso VI, diz que:

VI - O médico guardará absoluto respeito pelo ser humano e atuará sempre em seu benefício. Jamais utilizará seus conhecimentos para causar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade.⁴⁹

Como bem asseverado pelo artigo supra transcrito, a resolução em questão vem ao encontro do estatuto máximo que estabelece regras éticas para a categoria médica, no sentido de que a abordagem consciente sobre ortotanásia por parte do médico, corrobora o posicionamento de respeito para com o paciente. Continua a interpretação desse artigo favorecendo a Resolução, eis ser proibido ao médico, por determinação do código de ética, que utilize seus conhecimentos para gerar mais sofrimento, portanto está de encontro com o sentido que caminhou a resolução, sempre dentro da ética de atuação profissional, visando sempre o auxílio para que o doente venha a morrer com dignidade.

⁴⁹Código de Ética Médica <<http://www.portalmédico.org.br/novoportal/index5.asp>> Acesso em 20 abr. 2013.

A tortura a que se refere o artigo 25, bem como no inciso VI, Capítulo I do Código de Ética Médica diz respeito à inutilidade de se prolongar a vida do paciente terminal com terapêutica inadequada, a preservação de uma vida em estado vegetativo é conceitualmente uma tortura física e moral, portanto, proibido ao médico adotá-la.

O Código de Ética Médica, em conjunto com a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.805/06, assegura ao doente incurável, o direito inerente ao ser humano de morrer, assim como deveria ter vivido, com dignidade, fechando o ciclo da vida como ser humano.

Vê-se a seguir posicionamento dos membros da Câmara técnica de Bioética do CREMESP (Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo), em artigo publicado no jornal do referido órgão a respeito da Resolução do Conselho Federal de Medicina:

[...] No Brasil, o CFM reconheceu a dificuldade de lidar com doentes em fase terminal, e apontou para um desfecho ético e, sobretudo, humanístico. Sim, porque estamos tratando de vida na real dimensão do ser humano, procurando minimizar sempre o sofrimento provocado por sintomas da irreversibilidade do morrer, especialmente a dor. Durante muitos anos, considerou-se que a morte era uma ocorrência súbita, imprevisível, caracterizada pela interrupção total das atividades vitais. Em especial, o senso comum entendia a morte como a interrupção dos batimentos cardíacos – o coração parou e a pessoa morreu. [...] ⁵⁰

Nesse mesmo sentido, e na mesma publicação citada imediatamente acima, faz-se a seguinte leitura a respeito da Resolução 1.805/06 do Conselho Federal de Medicina:

[...] Esse dispositivo ético garante que 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. A resolução do CFM veio em resposta a certa resistência entre os médicos brasileiros diante de pacientes em fase terminal de doença grave. Há séculos Francis Bacon (1605) em *Do progresso e da promoção de saberes* já sugeria aos médicos que deveriam “ao mesmo tempo aperfeiçoar sua arte e dar assistência para facilitar e suavizar a agonia e os sofrimentos da morte”. [...] ⁵¹

⁵⁰ OLIVEIRA, Reinaldo Ayer de; OSELKA, Gabriel. **O DOENTE EM FASE TERMINAL**. Disponível em: <<http://www.cremesp.com.br/?siteAcao=Jornal&id=966>>. Acesso em 05 abr. 2013.

⁵¹ Igual referência do nº 50.

A referência ao Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (CREMESP) nesta pesquisa é feita pela dimensão e importância desse Conselho Regional, pois, ao abrigar o maior número de profissionais médicos de todo o Brasil, realça a importância do tema em questão, bem como a importância desse Conselho Regional posicionar-se também de forma favorável à Resolução do Conselho Federal de Medicina, assim como todos os outros Conselhos Regionais.

A Resolução emanada pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), não pode, em hipótese alguma, estar em desacordo com o Código de Ética Médica (CEM), que regula através de normas ético-profissionais, todo um comportamento médico, sendo que possui como âmbito de abrangência de sua aplicação todo o território nacional, sem a pretensão de tornar a Resolução, um ato de legislação do Conselho Federal de Medicina (CFM), pois essa não é a sua competência.

2.5 COMPETÊNCIA DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA PARA EDITAR NORMAS DE REGULAÇÃO SOBRE A ORTOTANÁSIA

Após a análise da resolução que trata da ortotanásia, emitida pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), adotando normatização necessária frente a casos concretos que porventura venham a permear o universo de atuação do profissional médico, frente ao doente terminal e seus familiares, faz-se necessário abordar, neste momento, a competência do Conselho Federal de Medicina (CFM) para editar a Resolução nº 1.805/2006, que vem regular para o profissional médico o instituto da ortotanásia.

A lei federal nº 3268, de 30 de setembro de 1957, publicada no Diário Oficial da União em 1º de outubro de 1957, dispõe sobre os Conselhos de Medicina, tornando-os conjuntamente uma autarquia e dando-lhes personalidade jurídica de Direito Público, conforme disposto em seu artigo 1º, com autonomia administrativa e financeira⁵².

⁵²Anexo III.

O Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, publicado no Diário Oficial da União em 25 de julho de 1958, entrando em vigor na data de sua publicação, aprova o regulamento do Conselho Federal de Medicina (CFM) e dos Conselhos Regionais de Medicina, o qual se refere a lei 3.268/57.⁵³

Essas duas legislações federais forneceram o necessário respaldo para que o Conselho Federal de Medicina (CFM) aprovasse o Código de Ética Médica, que tiveram suas edições efetivadas ao longo dos anos conforme se demonstra no breve histórico a seguir elencado: Código de Moral Médica (1929), Código de Deontologia Médica (1931), Código de Deontologia Médica (1945), Código de Ética da Associação Médica Brasileira (1953), Código de Ética Médica (1965), Código Brasileiro de Deontologia Médica (1984), Código de Ética Médica (1988) e sendo todos esses revogados por disposição expressa, através da Resolução CFM nº 1931/2009, que aprovou o novo Código de Ética médica e que vige até os dias atuais, publicada no D.O.U. em 24 de setembro de 2009, Seção I, p. 90, com retificação publicada no D.O.U. de 13 de outubro de 2009, Seção I, p.173. E que em seu art. 3º dispõe:

[...] Art. 3º O Código anexo a esta Resolução entra em vigor cento e oitenta dias após a data de sua publicação e, a partir daí, revoga-se o Código de Ética Médica aprovado pela Resolução CFM n.º 1.246, publicada no Diário Oficial da União, no dia 26 de janeiro de 1988, Seção I, páginas 1574-1579, bem como as demais disposições em contrário. [...]⁵⁴

Portanto, a edição da Resolução, se deu baseada de forma inconteste na competência atribuída ao Conselho Federal de Medicina e seus respectivos regionais, através da lei 3268/57, que em seu artigo 2º explícita que o Conselho Federal de Medicina (CFM) e os conselhos regionais de medicina, são os órgãos supervisores da ética profissional em todo o Brasil, disciplinadores da classe médica,

⁵³Decreto nº 44.045, de 19 de Julho de 1958. Disponível em :<http://www.cremesp.org.br/legislacao/leg_internet/44045_07_1958.htm>. Acesso em 11 set. 2008.

⁵⁴Código de Ética Médica. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20670:resolucao-cfm-no-19312009-&catid=9:codigo-de-etica-medica-atual&Itemid=122>. Acesso em 20 abr. 2013.

cabendo zelar pelo perfeito desempenho ético da medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exerçam legalmente⁵⁵.

Recentemente a mídia divulgou o afastamento da profissional médica intensivista do Estado do Paraná, acusada de homicídio por promover a eutanásia e, caso venha a ser julgada e comprovada sua intenção, vai frontalmente contra o que aqui se propõe, bem como aos ditames do Conselho Federal de Medicina (CFM) e de seus regionais. Evidencia-se a importância do instituto da ortotanásia, pela sua licitude e amparada pela ética porque busca preservar a dignidade da pessoa humana na hora da morte fornecendo os meios necessários à aceitação e regulação do direito de morrer dignamente, pertencente ao paciente em estágio terminal.

Há ainda que se ressaltar o disposto no art. 15, alíneas "h" e "j", da lei 3268/57, transcrita abaixo:

[...]Art. 15: São atribuições dos Conselhos Regionais:

[...] h) promover, por todos os meios e o seu alcance, o perfeito desempenho técnico e moral da medicina e o prestígio e bom conceito da medicina, da profissão e dos que a exerçam;

[...] j) exercer os atos de jurisdição que por lei lhes sejam cometidos [...] ⁵⁶

Não se pode alegar falta de competência do Conselho Federal de Medicina (CFM) até porque há o seu *múnus publicus*. Assim considera-se o estabelecimento da Resolução 1.805/06 um ato administrativo de dever-poder⁵⁷ do Conselho Federal de Medicina (CFM), buscando sempre o interesse público da Medicina, tutelando o interesse da profissão para uma adequada execução técnico-científica e ético-profissional do exercício médico, sempre em benefício do paciente.

Essa competência do Conselho Federal de Medicina (CFM) em editar resoluções é estabelecida por lei, encontrando acolhida na Constituição da República Federativa do Brasil vigente, em legislação infraconstitucional e na própria lei que criou os conselhos de Medicina.

⁵⁵Anexo III

⁵⁶Anexo III

⁵⁷Ato que é previsto em lei, relacionado à atuação do Conselho Federal de Medicina, em que a autarquia pratica o ato, imposto pela vinculação legal, sem necessidade de maiores considerações a respeito do porque da conveniência e oportunidade desse ato.

Nesse sentido a União, através da legislação supracitada, deu legitimidade ao Conselho Federal de Medicina (CFM) para regulamentação acerca dos temas de interesse à área médica, como no caso em questão da ortotanásia. Portanto, não se sustenta a tese acerca da inconstitucionalidade da Resolução, visto ser essa um ato administrativo, editado dentro da competência funcional do Conselho Federal de Medicina (CFM).

É dever-poder dos Conselhos de Medicina, que agem sempre em nome do interesse público, da medicina, buscar sempre os fins almejados pela lei nº 3.268/57 (doc. Nº em anexo). A competência do Conselho Federal de Medicina (CFM) se exterioriza, não somente com a abertura de processos éticos, mas principalmente, com a formulação de resoluções, com o escopo preventivo e de informação, atributos que norteiam a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.805/06. Assim, a Resolução em estudo não violou o princípio da legalidade, já que os Conselhos de Medicina são possuidores do poder de polícia, sendo a eles permitido editar normas norteadoras de comportamento técnico-profissional e ético-moral da medicina, a qual é estabelecida, conforme já demonstrado nos artigos. 2º, 5º e 15, “h” e “j”, da lei nº 3.268/57.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no *caput* do artigo 37, expressa disposição de que a administração pública só poderá atuar dentro do princípio da estrita legalidade, conforme transcrito a seguir:

[...] Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) [...] ⁵⁸

Assim procedeu a Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) de nº 1.805/06, pois não criou, não alterou e nem extinguiu nada. A Resolução em questão, como ato administrativo, tem o objetivo de orientar a classe médica, com alcance nacional, de pautar a ética médica no acompanhamento dos doentes denominados de terminais. É a inequívoca atividade de competência delegada ao

⁵⁸ **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.trt02.gov.br/geral/tribunal2/legis/CF88/TITULO_3.HTML#C7>. Acesso em 20 mar. 2013.

Conselho Federal de Medicina, respaldada constitucionalmente, na legislação infraconstitucional bem como na própria lei de criação dos Conselhos de Medicina.

Assim, sobre o tema em debate, registra-se aqui o posicionamento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

[...] “MANDADO DE SEGURANÇA. RESOLUÇÃO 19/87, DO CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO RIO DE JANEIRO. **O Conselho Regional de Medicina do Rio de Janeiro tem competência para baixar resoluções a respeito da profissão médica...** Recurso Especial conhecido e provido, em parte.” (grifou-se) – Resp n.º 8490 – RJ – Rel. Min. Ari Pargendler – (94/0003101-1) [...] ⁵⁹

Também, nesse sentido, decisão do TRF da 4ª Região, *in verbis*:

[...] “AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. RESOLUÇÃO Nº 1.636/2002. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. ATUAÇÃO DE MÉDICOS JUNTO AOS CFCS. - **Incumbe exatamente ao Conselho Federal de Medicina zelar pelo exercício da medicina. Assim, não se percebe qualquer ilegalidade na aludida resolução ou que a mesma tenha extrapolado a sua competência regulamentadora. A presunção de legalidade da Resolução emitida pelo Conselho Federal de Medicina, faz com que se cumpra com urgência suas deliberações, pois incumbe a este órgão zelar pelo exercício da medicina.** (grifou-se) - A permanência do atendimento realizado pelos médicos dentro do próprio Centro de Formação de Condutores (CFC), permite que o motorista realize uma escolha do profissional que irá periciá-lo. Escolha esta que atenta contra a isenção desse CFC. - Agravo de instrumento provido.” (TRF 4ª Região, Agravo de instrumento n 2003.04.01.000074-5/RS, 3ª Turma, Relatora: Maria de Fátima Freitas Labarrère, data da decisão 10/06/2003). [...] ⁶⁰

Em igual linha de entendimento, segue jurisprudência sobre o poder-dever atribuído ao Conselho Federal de Medicina (CFM) e regionais, na decisão de acórdão de apelação:

[...] EMENTA-CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. FISCALIZAÇÃO. CENTRO DE FORMAÇÃO DE CONDUTORES.

A competência do Conselho Federal de Medicina para zelar pelo exercício da medicina decorre de lei, não havendo qualquer eiva de ilegalidade ou

⁵⁹ D.J. da União do dia 07/08/2000. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199100031011&dt_publicacao=07-08-2000&cod_tipo_documento=2>. Acesso em 06 out. 2008.

⁶⁰ Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado_pesquisa.php> Acesso em 06 out. 2008.

inconstitucionalidade na Resolução CFM nº 1.636/2002, por meio da qual se buscou o aprimoramento da qualidade de infra-estrutura para médicos e pacientes, não existindo motivos para afastar a incidência daquela norma.

(Processo AC nº 2002.71.00.045012-2/RS-Des. Federal MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA – TRF- 4ª região – 3ª turma. Relatora para o acórdão – Porto Alegre. Data da decisão 26/08/08). [...] ⁶¹

Em outra situação parecida, envolvendo questão sobre a legalidade das resoluções emanadas do Conselho Federal de Medicina (CFM), vê-se posicionamento da Magistrada Dra. Isa Tânia Cantão Barão Pessoa da Costa, da MM. 13ª Vara Federal da Seção Judiciária do DF que asseverou:

[...] “... não há ilegalidade ou abuso de poder nos comandos proibitivos da referida resolução, porquanto editada de acordo com as prerrogativas legais conferidas ao CFM par a expedição de atos regulamentares da atividade médica...”(Processo AC nº 1999.34.00.008676-5/DF; Juíza Isa Tânia C. B. P. da Costa, publicada no DJ. 15/02/2005 TRF 1ª Região). [...] ⁶²

Em consonância com o que foi exposto acima, nesse tópico, e também levando em consideração as decisões judiciais relativas ao tema sobre a competência do Conselho Federal de Medicina (CFM) em legislar, não há o que olvidar a esse respeito, visto que é função dessa autarquia.

⁶¹ Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado_pesquisa.php> Acesso em 06 out. 2008.

⁶²D.J. da União. Acesso em 26 ago. 2008.

CAPÍTULO 3

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SUAS RAMIFICAÇÕES, TRABALHADO CONJUNTAMENTE COM A ORTOTANÁSIA

3.1 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL FUNDAMENTAL

O instituto da ortotanásia encontra-se umbilicalmente ligado ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana que é princípio fundante de nosso texto constitucional promulgado em 1988 e, desse modo, será adiante desenvolvido, para que se consiga, ao final, fazer uma interpretação constitucional, correlacionando com a ortotanásia.

Estabelece a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em seu artigo 1º, inciso III que a República Federativa do Brasil, constitui-se em Estado Democrático de Direito, tendo como fundamento (inciso III), a dignidade da pessoa humana ⁶³. Estabelece também a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em seu artigo 5º, *caput* e inciso III que:

[...]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, nos termos seguintes:

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante[...]⁶⁴

⁶³ **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.trt02.gov.br/geral/tribunal2/legis/CF88/Titulo_1.html. Acesso em 20 out. 2008.

⁶⁴ **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.trt02.gov.br/geral/tribunal2/legis/CF88/Titulo_2.html. Acesso em 20 set. 2008.

Há, ainda, expresso na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto nos artigos 170, 226, parágrafo 6º e no artigo 227, todos positivam a necessidade de observância ao princípio para a existência digna.

A respeito dessa previsão constitucional, esses enunciados possuem a natureza de serem caracterizados como princípios, pois estabelecem conceitos indeterminados e que podem ser alcançados por diversos meios, dependentes de cada momento histórico vivido pela nação. Relata Ana Paula de Barcellos que o núcleo da dignidade foi previsto pelo constituinte, sobretudo como limite à atuação das majorias, prossegue afirmando que a identificação desse núcleo e de sua eficácia jurídica se mostra da maior relevância ⁶⁵.

Ainda discorre a autora citada anteriormente, sobre a necessidade da existência de um mínimo existencial, sendo este o “... conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna...”, não apenas em condições básicas que propiciem o bem estar físico, mas também, o bem estar psíquico-intelectual do indivíduo assim considerado, que devem ser fornecidos e se não forem devem ser cobrados do Estado, pois são explícitos e implícitos por todo o texto de nossa Carta Magna.

Nesse mesmo pensamento leciona Daury César Fabríz que expressamente afirma ser a dignidade um valor espiritual e moral inerente à pessoa humana, que se manifesta na autodeterminação consciente e responsável da própria vida, exigindo o respeito por parte dos demais ⁶⁶.

Existe o reconhecimento pela doutrina nacional que a dignidade da pessoa humana, após a promulgação e início de vigência da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tornou-se o princípio determinante de toda a ordem jurídica e a finalidade precípua da atuação estatal. Sob a égide do indeterminismo conceitual

⁶⁵BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. – 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 230 .

⁶⁶ FABRIZ, Daury Cesar. **Bioética e direitos fundamentais**: a bioconstituição como paradigma ao biodireito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 278.

desse princípio, podem abrigar-se as conceituações das mais diversas possíveis, permitindo o exercício da democracia, na medida em que permite ao paciente decidir qual a melhor via a ser trilhada em relação à sua condição de paciente terminal, embora dentro dos parâmetros estabelecidos pela Resolução já analisada.

Relata Ana Paula de Barcellos que o "(...) efeito pretendido pelo princípio da dignidade da Pessoa Humana consiste, em termos gerais, em que as pessoas tenham uma vida digna."⁶⁷

Corroborando a jurista no sentido de se preservar o direito à liberdade, inerente aos direitos da pessoa, que se confundem com direitos da dignidade, respeita-se o direito de igualdade para todos, desde que preservada a identidade de cada um em sua liberdade de ser diferente, de poder decidir sobre a forma digna de se morrer, na medida em que é direito do paciente limitar a atuação do Estado em dispor sobre o seu próprio corpo, direito esse indisponível, intransmissível e inalienável.

A Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) nº 1.805/2006 tem como premissa e aborda em suas considerações preliminares, como garantia constitucional da edição da referida medida os artigos 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e o artigo 5º, *caput* e inciso III, também da Carta Magna pátria, acima transcritos.

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana vem inserido no Título I – Dos princípios Fundamentais, condizente com a sua vital importância dentro do Ordenamento Jurídico brasileiro. Esse fundamento é o parâmetro basilar do direito à vida que contempla o direito a uma morte digna. A concepção assimilada de que a dignidade somente deve ser utilizada quando relacionada especificamente aos cidadãos saudáveis também deve ser utilizada para alcançar os momentos finais da vida de uma pessoa. Atualmente, há uma maior responsabilidade e preocupação de todos os profissionais da saúde, no sentido de reivindicar uma morte com dignidade, não no sentido de abreviá-la sem critérios, mas, sim, de não prolongá-la de forma artificial, indo contra a dignidade do ser humano.

⁶⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana.** - 2. ed.- Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 352.

O que se tenta evitar é que as terapêuticas avançadas, hoje disponíveis, enfatizem de forma errônea e obstinada primeiramente a tecnologia em detrimento da pessoa, do ser humano. A Resolução coloca no centro da discussão o princípio fundamental, basilar da atual Constituição da República Federativa do Brasil de que se a pessoa tem o direito à vida, mas, também, terá o direito à morte, sem sofrer procedimentos desproporcionais e inúteis que, ao invés de auxiliarem, simplesmente aumentam o sofrimento do paciente terminal, de forma ultrajante à dignidade do ser humano.

A afirmação do direito à morte digna está sustentada, então, no fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana é assim definido por Luis Roberto Barroso:

“A liberdade envolve 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 à uma vida, o direito a uma morte digna”⁶⁸

A Constituição erige como fundamento a ser aplicado em nosso Estado Democrático de Direito o princípio da dignidade da pessoa humana, que deve ser analisado em sua amplitude, abrangendo a defesa dos interesses da pessoa humana. Como aqui se trata de um direito à vida porque se entende que a morte digna ainda faz parte da vida e o direito à vida também deve ser abarcado pelo princípio fundamental da dignidade humana.

O princípio da liberdade é inerente à pessoa humana em tomar suas próprias decisões e a liberdade de tomar a decisão sobre a vida não menospreza a dignidade de ninguém, muito pelo contrário, preserva-a, pois assim evita ou minora um sofrimento desnecessário.

Nesse mesmo sentido entende Luis Roberto Barroso:

⁶⁸BARROSO, Luis Roberto. Folha de S.Paulo – Entrevista: **Constitucionalista diz que lei amparaortotanásia no país - 04/12/2006.** Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0412200613.htm>>. Acesso em 21 set. 2008.

“Sempre que as pessoas estejam diante de uma matéria que envolva o que se denomina de desacordo moral razoável, ou seja, quando pensam de modo radicalmente oposto, o papel do Estado e do Direito deve ser o de respeitar a autonomia de vontade de cada um.”⁶⁹

O tratamento contra o desejo do paciente, atenta frontalmente contra a sua dignidade. Toda pessoa tem a proteção legal de sua dignidade, sendo primordial exercer a sua liberdade com o escopo de atingir a decisão sobre os últimos momentos da sua vida. Essa autonomia precisa ser respeitada.

O direito à vida, se não é considerado um princípio absoluto, com certeza o princípio fundamental da dignidade o é, e abarca esse bem como a todos os outros princípio e direitos constitucionais, admitidos como superiores.

O direito à vida como já demonstrado anteriormente é garantido constitucionalmente pelo Estado democrático brasileiro. O direito à vida e o direito à liberdade são considerados e classificados pela doutrina como princípios, que todos devem observar, com efeitos *erga omnes*. Segundo Daury César Fabríz, em momento que expressa sua posição sobre as ciências, diz que:

[...] “Se às ciências da vida cabe o livre exercício do especular em torno das várias possibilidades dos elementos que integram a vida, cabe ao Direito proceder ao enquadramento legal, no sentido de se preservar a integridade da vida e da pessoa humana.” [...] ⁷⁰

Em relação ao tema, assim se pronunciou Luiz Flávio Gomes:

[...]”Quando há interesse relevante em jogo, que torna razoável a lesão ao bem jurídico vida, não há que se falar em resultado jurídico desvalioso (ou intolerável). Ao contrário, trata-se de resultado juridicamente tolerável, na medida em que temos, de um lado, uma vida inviável, de outro, um conteúdo nada desprezível de sofrimento (do paciente terminal, da família,

⁶⁹ Igual a referência do nº 68.

⁷⁰ FABRIZ, Daury Cesar. **Bioética e direitos fundamentais**: a bioconstituição como paradigma ao biodireito.- Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 273.

etc.). Pode-se afirmar muita coisa em relação à denominada “morte digna”, menos que seja um caso de morte arbitrária.”[...]”⁷¹

Roxana Cardoso Brasileiro Borges, ao escrever sobre o tema, diz que voltou a “ocupar o debate atual sobre os limites do poder humano sobre o próprio processo de morte”, no sentido de que:

[...] “O livre desenvolvimento da personalidade humana está intrinsecamente ligado à idéia de autonomia do sujeito, de âmbito de autodeterminação jurídica, pois a liberdade é imprescindível para a materialização dos direitos de personalidade, para o livre desenvolvimento da pessoa, para sua dignidade.

É necessário refletir sobre o grau de autonomia jurídica que a pessoa tem quanto ao processo de morte. Afastando-se a eutanásia, a idéia de morte digna permite à pessoa a autodeterminação a respeito dos últimos momentos de sua vida, com poderes, inclusive, para elaborar documentos que vinculem terceiros, como no caso do testamento vital. O reconhecimento da autonomia da pessoa quanto a esses momentos é imprescindível para a garantia de sua dignidade. Por isso, embora no Brasil, atualmente, a eutanásia e o auxílio ao suicídio sejam considerados condutas ilícitas, não o é a ortotanásia, procedimento utilizado para se afastar a distanásia.

Deve-se compreender que a dignidade da pessoa humana não é um conceito objetivo, absoluto, geral, possível de ser abstraído em padrões morais de conduta e a serem impostos a todas as pessoas. Sem a consideração da alteridade e da tolerância, ignorando-se a pluralidade e a complexidade da sociedade atual, o uso do princípio da dignidade humana pode ser usado para a negação da pessoa, para a homogeneização dos indivíduos e para a negação da dignidade.” [...]”⁷²

A morte é fase final inseparável da vida e, portanto, demanda todas as garantias a ela pertencentes. A desvinculação do ser humano de sua existência denota toda a nossa fragilidade em relação ao evento morte, até mesmo para os médicos em que o êxito letal ainda é visto como sinal de fracasso.

⁷¹GOMES, Luiz Flávio. **Eutanásia, morte assistida e ortotanásia**: dono da vida, o ser humano é também dono da sua própria morte? Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>. 15 jan. 2007>. Acesso em 15 ago. 2008.

⁷² BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Eutanásia, ortotanásia e distanásia**: breves considerações a partir do biodireito brasileiro. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7571>>. Acesso em 10 out. 2008.

A morte passa a ter a sua dignidade violada, ainda quanto ao direito à vida, a partir do momento em que se desprezita o seu curso natural evolutivo, seja para mais ou para menos. A ortotanásia que a Resolução em questão do Conselho Federal de Medicina (CFM) tenta regular, nada mais é do que a busca ao correto desfecho biológico da vida, sem configurar, no entanto, o seu abandono.

A análise do artigo 5º, III da Constituição da República Federativa do Brasil fornece o caminho para a interpretação e hermenêutica da ortotanásia, frente aos preceitos constitucionais e legais vigentes no Estado Democrático de Direito, regido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 de que os pacientes em estágio terminal de vida, por doença incurável podem decidir no sentido de interromper uma terapêutica desnecessária e prolongada.

Um estudo hipotético de um caso clínico em que um paciente enquadrado nos requisitos da Resolução, se encontre em situação tal, que a sua vida seja totalmente dependente de uma respiração mantida artificialmente através de aparelhos, e que sem eles não conseguiria ficar com sinais vitais suficientes o bastante para se dizer: ele ainda está vivo.

Prosseguindo, que seja uma doença de conhecimento mais comum como o câncer, ainda na atualidade sem terapia de cura que seja capaz de interromper o curso evolutivo da doença, a qual já se encontra em dado momento. Que a título de ilustração se apresenta nas fases finais com total falta de coordenação respiratória, levando à falência de todas as funções que necessitem da ajuda central, como na respiração, em que paralisa diafragma, musculatura torácica (do tórax), levando à insuficiência respiratória, que apenas se mantém vivo respirando com ajuda de aparelhos.

Como poderia se definir a situação da família? E do paciente? Alvo maior da atenção médica e de toda a equipe de saúde. Será que seria fácil definir-se o que seria a tortura a que é submetido esse paciente? O confinamento definitivo desse paciente a uma máquina, em um leito frio de hospital, ou até mesmo nos modernos “assistência domiciliar” ou “*homecare*” (tratamentos médico-hospitalares na residência do necessitado), em que os próprios membros da família após certo tempo se sentem extenuados com a situação, parece ser algo semelhante a uma escravidão torturante.

A agora existência degradante e indigna desse paciente faz com que definitivamente se usurpe dele o direito de morrer com dignidade. E, se for considerado, ainda, a possibilidade dessa pessoa hipotética, vir a ter uma vida já cheia de limitações, essa seria certamente uma agressão ainda maior e torturante em toda a sua complexidade.

Aos ainda incrédulos bastam que tomem ciência do que representa para o paciente ser submetido à tortura diária de ser submetido às diversas invasões corporais infrutíferas e desnecessárias, totalmente desvinculadas de qualquer sentido terapêutico. Poderia aqui ser considerado o direito à vida ainda de forma absoluta?

3.2 NOÇÃO DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O sentido da explanação inicial dos ditames constitucionais que positivam o princípio da dignidade da pessoa humana foi feito com o intuito de permitir que se prossiga na intenção de aprofundamento sobre o liame entre a proteção constitucional da dignidade da pessoa humana e o instituto da ortotanásia.

A dignidade incorporada no texto constitucional, somente poderá ser entendida, se analisada como dignidade no sentido de ser humano vivente, o homem, distinto e diferente de todos os outros animais, permitindo uma interpretação extensiva e não uma interpretação restritiva, o que se apresenta de maneira condizente aos direitos fundamentais individualizados na pessoa de cada um de nós.

Considerada como norma jurídica fundamental, a dignidade da pessoa humana, necessita de ter a sua noção ampliada como pressuposto para a sua efetiva tutela constitucional, como norma jurídica que se apresenta. Denota uma dificuldade conceitual, pela imprecisão que carrega e pela grande e vasta aplicabilidade desse princípio. A dignidade é considerada, constitucionalmente como o respeito devido pelo Estado à pessoa individualmente considerada, que denota englobar todos os direitos fundamentais já conquistados, e os que ainda estão por vir, sempre em benefício dos Direitos Humanos.

Foi de extrema felicidade por parte do constituinte originário a realização da escolha da dignidade como pilar fundamental de nossa Constituição. Ajudou a consolidar nossa própria sociedade considerada em toda a sua universalidade. O reconhecimento com a sua positivação fez promover e tutelar constitucionalmente a dignidade, já que reconhecidamente a dignidade é anterior ao Direito.

A complexa natureza humana conjuntamente com o crescente pluralismo, e a alta diversidade dinâmica de valores presentes na sociedade, ainda aliados a uma mutação dinâmica, quase que diária nos paradigmas que carregam as grandes massas eleva ainda mais a dificuldade de se definir o que seja a dignidade.

Ingo Wolfgang Sarlet reconhece, também, essa crescente dificuldade, mas salienta que é preciso retomar a ideia nuclear de que a dignidade é uma qualidade intrínseca ao ser humano, inalienável e irrenunciável, o que qualifica o ser humano como tal. E prossegue:

[...] Assim, compreendida como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, a dignidade pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada), já que reconhecida e atribuída a cada ser humano como algo que lhe é inerente. [...]⁷³

Ao final, Ingo Wolfgang Sarlet, apresenta uma proposta conceitual:

[...] Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida. [...]⁷⁴

Ingo Wolfgang Sarlet prossegue afirmando a necessidade dessa proposta conceitual, ser sempre testada à luz da relação entre dignidade e direitos fundamentais, visto que mesmo que não haja uma identificação absoluta entre o

⁷³Sarlet, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais** – na Constituição Federal de 1988. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011. p. 52-53.

⁷⁴Idem item acima. p. 73.

conteúdo e a conceituação de ambas as noções, essa relação poderá se apresentar na concretude, apta a produzir consequências na esfera jurídica.

Apesar dessa conceituação mais abrangente, percebe-se que o conceito de dignidade é dinâmico e, portanto, sempre estará se reinventando e em construção, por ser a dignidade considerada como um produto cultural. Novos valores, bem como a reformulação, e até mesmo a evolução dos que já existem, são, manifestamente comuns nas sociedades modernas, que possui a dignidade como valor eficaz, e não apenas como um valor ilustrativo de suas respectivas cartas constitucionais.

Para Carlos Henrique Bezerra Leite, é factível se falar em dignidade, como qualidade intrínseca de todos os seres humanos, o que pressupõe a existência de direitos fundamentais que os protegem contra atos que violem a integridade física, psíquica e moral dos seres humanos. Pressupõe, ainda, a observância do respeito do direito à vida, à honra, ao nome, à limitação do poder, seja ele poder político ou econômico e, finalizando, também, pelo respeito às condições mínimas e necessárias para uma existência com liberdade, autonomia, igualdade e solidariedade.⁷⁵

Já citado anteriormente nos dizeres transcritos da autora Roxana Cardoso Brasileiro Borges, o conceito de dignidade da pessoa humana pode ser considerado mais complexo do que um conceito objetivo, geral e passível de se abstrair em padrões morais de conduta, pois, conforme apresenta Joaquín Herrera Flores a dignidade da pessoa humana se apresenta como um produto cultural, contradizendo a maneira intrínseca e inerente ao ser humano, e que, portanto, será aqui também incluída essa outra vertente como teoria da dignidade da pessoa humana, são duas teorias em que ambas se completam em sua contradição.

Os direitos humanos e a dignidade da pessoa humana apresentam-se como uma conquista histórica de lutas de cada época e de cada povo, promovendo um construir e um desconstruir, que aprimoram o contexto cultural dentro do qual se possa viver e ser vivenciado, sempre como uma conquista, em uma época ou

⁷⁵LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p 45.

geração futura usufruindo a vitória de uma luta libertadora de geração antecessora, e que tem como resultado um produto cultural que representa a dignidade da pessoa humana mais evoluída nos dias atuais. Essa complexa mutação dinâmica da dignidade é que ajuda a apresentação, assimilação, entendimento e aceitação dessa nova temática, aqui abordada que é a ortotanásia, a discussão de hoje, pode servir para a aceitação da ortotanásia amanhã.

Joaquín Herrera Flores relata ser o direito um produto cultural e que as normas positivadas ajudam a satisfazer ou a obstaculizar, uma mudança almejada. Portanto, para que se lute plural e diferenciadamente pela dignidade, é preciso realizar transformações que condicionem a satisfação das necessidades humanas em prol de um acesso mais igual e generalizado para todos, objetivando bens sociais. Segundo o autor isso permite avançar, no sentido de que se pode deixar de lado a concepção, de que somente o que se encontra positivado é o que vale, o pensamento crítico abre espaço para adaptação das normas às novas conquistas e mudanças de paradigmas sociais ⁷⁶, esse posicionamento favorece a aceitação da ortotanásia.

Pensar é conseguir pensar de outro modo, criar ou propor um novo problema á realidade. Pensar é poder abrir uma problemática e ver novas formas de se aproximar teórica e praticamente do mundo. Ao se criar um novo problema à realidade, afirma Joaquín Herrera Flores, reconhece-se a exterioridade do mundo, e também, abre-se a possibilidade de quem pensa e atua, possa questionar de forma positiva, as relações que se apresentam como imutáveis e/ou transcendentais às capacidades humanas de fazer e desfazer mundos ⁷⁷. Assim é que deve ser pensado a ortotanásia.

Joaquín Herrera Flores prossegue dizendo que os direitos humanos, como produtos culturais, representam a alavanca para a instituição da luta pela dignidade da pessoa humana, ou seja, aqui diferentemente da visão liberal, a liberdade da pessoa humana, começa onde começa a liberdade de todos os demais, isso obriga a todos o cuidado no desenvolvimento de todos ao mesmo tempo, é a alteridade facilitando

⁷⁶FLORES, Joaquín Herrera. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Tradução: Carlor Roberto Diogo Garcia; Antonio Henrique Graciano Suxberger; Jeferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. P. 64.

⁷⁷HERRERA FLORES, Joaquín. **Teoria Crítica dos Direitos Humanos**. Os Direitos Humanos como Produtos culturais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.p. 29.

a luta de forma plural e diferenciada por uma vida digna de ser vivida. Cria, dessa maneira, a possibilidade de novos caminhos de dignidade que se possam trilhar, enfrentando as falácias ideológicas que promovem o bloqueio de nossa capacidade cultural de propor alternativas⁷⁸.

Como a dignidade da pessoa humana constitui o pilar principal, o fio condutor dentro do princípio rizomático, para a legitimação, eficácia e efetividade dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, faz com que esses direitos tivessem se consolidado através dos tempos, oriundos de dezenas de pactos, convenções e tratados, que estabeleceram uma diretriz a ser seguida por todos os signatários em âmbito internacional, pavimentando dessa maneira a estrada para que pudesse ser transformados em direito posto, aqui no Brasil.

3.3 O DIREITO À VIDA NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 E O DIREITO DE VIVER COM DIGNIDADE

Passa-se agora a descrever sobre o bem jurídico protegido constitucionalmente, que é a vida, e que faz parte do desenvolvimento da ortotanásia, já que a morte natural é parte integrante da vida, e como tal, portanto, também está a morte natural, e conseqüentemente a ortotanásia, sob proteção legal constitucional.

O direito à vida é um bem, que por ser essencial ao ser humano, está protegido na constituição vigente do Brasil, e conseqüentemente se apresenta como um bem fundamental e jurídico em toda a existência do ser humano.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, datada de 1948, já reconhecia em seu artigo 3º, prioritariamente, no contexto que se seguia após a segunda Grande Guerra Mundial, que a todo homem é concedido o direito à vida, direito à liberdade e o direito à sua segurança pessoal.

⁷⁸Ibid item 77, p. 184-194.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 apresenta a proteção da dignidade da pessoa humana em seu artigo 5º, *caput*, considerada como cláusula pétrea, portanto, inatingível, e não sendo admitida qualquer proposta de emenda constitucional, para alteração da inviolabilidade do direito à vida. O direito à vida, no entanto, não é um direito absoluto por permitir a sua relativização no confronto entre dois ou mais direitos fundamentais, um deles terá de ser sacrificado.

A vida é protegida, não somente quando ocorre uma lesão, mas a ameaça já constitui a necessidade de se garantir esse direito fundamental. Ao Estado é dada a incumbência de garantir o bem jurídico da vida. À legislação infraconstitucional é dado o papel de regulamentar essa tutela constitucional, e assim é feito dentro do Código Civil de 2002 e dentro da legislação penal. As leis tipificam infraconstitucionalmente os tipos de condutas que devam ser consideradas ilícitas passíveis de ameaçar ou de lesionar o bem jurídico vida.

Como já dito acima, o direito à vida não é um direito absoluto, desde que esteja de acordo com a lei, que excluirá de ilicitude o que estiver expresso por opção legislativa. Esse posicionamento é salvaguardado inclusive constitucionalmente com a exceção permitida da pena capital, em situações extremas, constante no art. 5º, XLVII, “a” da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Uma vez tendo a proteção constitucional, e partindo de sua existência de vida, é concedida a todos os seres humanos viventes, a titularidade dos direitos fundamentais. O Brasil se apresenta como signatário dos tratados internacionais de proteção aos direitos Humanos, e que como consequência tutela também o direito à vida. Não somente à vida pura e simplesmente, mas a uma vida que deva e possa ser vivida dignamente.

O Direito à vida não abrange somente quanto aos aspectos físicos e biológicos, mas também quanto a todo um conjunto de fatores fundamentais e indispensáveis à sobrevivência, tais como os direitos de proteção ao bem estar psicológico e social do ser humano.

Constata-se que o direito à vida está associado à dignidade da pessoa humana como um valor supremo, e como uma análise e conclusão lógica nesse sentido têm

um direito que é viver com dignidade. Luciano de Freitas Santoro apresenta essa conjugação de direitos da seguinte maneira:

[...] A bem da verdade, tanto o direito à vida quanto o princípio da dignidade têm uma relação intrínseca, porque nascem com o ser humano e caminham juntos ao longo de toda a sua jornada, já que o que se pretende garantir, através do reconhecimento desses direitos fundamentais, são condições existenciais mínimas para o seu pleno desenvolvimento, sem a submissão a qualquer conduta degradante ou desumana. [...] ⁷⁹

A vida é o pilar fundamental e principal da dignidade da pessoa humana como viga mestre da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e dessa maneira não se pode suprimir a vida, pois é o coração da dignidade humana, e a vida para ser digna precisa ser plenamente vivida. Em resumo a vida pertence a cada um de nós, podendo usufruí-la com dignidade e respeito. O limite a esse direito, não merece prosperar, pois é uma visão equivocada particularmente quando vida e a dignidade estão particularmente relacionadas ao paciente terminal.

Inferem-se que a vida e os direitos fundamentais são prestações que devem ser oriundas do Estado, principalmente, bem como prestações advindas também de particulares, atuando, a vida e os direitos fundamentais, como limitadores às pretensões do Estado, de intervenção no âmbito privado do ser humano.

A proteção constitucional do direito à vida impõe ao Estado, o dever de respeitar e de tutelar esse direito, mais comumente contra agressões ilícitas de outrem contra a pessoa individualizada. Para tanto, o Estado tipifica através de leis, as condutas que lesionem ou atentem, e, portanto, exponha o bem jurídico vida, que é protegido constitucionalmente.

Luciano de Freitas Santoro pondera que o bem vida:

[...] é o mais importante bem do ser humano. Sem a vida não há nada. Não há liberdades. Não há propriedade. Não há felicidade. A fórmula é simples: o início é o início da vida; o fim é o fim da vida. A vida é, portanto, tudo. A vida humana condiciona todos os demais direitos da personalidade, como a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade. [...] ⁸⁰

⁷⁹ SANTORO, Luciano de Freitas. **Morte digna** – O Direito do Paciente Terminal. 1. ed. 2. reimpr. Curitiba: Juruá, 2012. p. 77.

⁸⁰Idem item 79. p.27.

José de Oliveira Baracho pontua que o direito à vida e a sua proteção, também são objetos de preocupação para a ciência contemporânea, de temática variada, e que também considera o direito à vida como direito humano e como direito fundamental. Ressalta-se a valoração devida à qualidade e à dignidade humana e a proibição de tratamentos humanos degradantes que repercutem no direito fundamental à vida e, ante os limites da vida humana, merece destaque os aspectos da licitude no exame do direito à própria morte⁸¹.

Por esse prisma entende-se que toda a vida deve ser pautada pela dignidade para vivê-la, não se podendo olvidar de que o processo evolutivo e natural da morte também deve ser guiado e norteado a partir da dignidade da pessoa humana. A observância e o efetivo respeito a uma morte digna leva a um processo mais humano da morte, o que confere à ortotanásia licitude, porque diz respeito ao direito à vida, a uma vida digna. Abordagem essa que será feita mais contundente à frente.

3.4 DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

São considerados direitos inerentes à pessoa humana, estando a ela ligados de maneira vitalícia, destacando-se entre esses direitos, o direito à vida, já debatido nesse presente estudo. Os direitos da personalidade são uma continuação do que se entende como necessário ao entendimento e assimilação, para a aceitação da ortotanásia, pois como direito intrínseco ao ser humano, individual, o que nos iguala a todos nós, e é a esse ser humano e somente a ele concedido o direito de decidir pela autonomia de vontade e pelo princípio de liberdade, em permitir ou não permitir a autorização para o início ou para o prosseguimento de um tratamento, desnecessário, para o paciente terminal fora da possibilidade terapêutica.

O Código Civil brasileiro de 2002 dedica um capítulo aos direitos da personalidade, a partir do artigo 11 ao artigo 21, protegendo-os sobre múltiplos e diferentes aspectos. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 direciona a compreensão de que a pessoa é o ser humano, consoante o artigo 1º, em seu inciso III, diferindo

⁸¹BARACHO, op. cit., p. 123-132, nota 38.

do tratamento dado pelo o Código Civil brasileiro, que considera “pessoa” somente quem é capaz ou que é suscetível a direitos e obrigações.

Os direitos da personalidade são direitos individuais, que tem relação direta como respeito à identidade de cada um e às diferenças entre cada indivíduo, porém, sem o condão de gerar desigualdade, na medida em que pertence a todos os cidadãos.

A ideia de indivíduo fornece a exata dimensão de que cada um pode ser quem quiser porque a individualidade é calcada na autonomia da vontade, com proteção através do princípio da liberdade, e que deve ser respeitada pelo Estado, princípio liberal, tutelando todas as pessoas humanas, de maneira igualitária e fraterna.

Os direitos individuais são muito importantes, a ponto de serem considerados como direitos fundamentais, possuindo, então, aplicação imediata, pois, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, esses são “direitos de defesa”, de eficácia plena oponíveis ao Estado, que “... deve abster de ingerir na esfera de autonomia pessoal ou, de modo geral, no âmbito de proteção do direito fundamental...” (SARLET, 2006: p.288).

Leciona ainda, nesse sentido, Ingo W. Sarlet que:

[...]“Além disso, a aplicabilidade imediata e a plena eficácia desse direito fundamentais encontram explicação na circunstância de que as normas que os consagram receberam do Constituinte, em regra, a suficiente normatividade e independem de concretização legislativa, consoante, aliás, já sustentava a clássica concepção das norma auto-executáveis.”[...]⁸²

Prossegue, ainda, Ingo W. Sarlet, afirmando que:

[...] “Justamente na esfera dos direitos de defesa, a norma contida no art. 5º, §1º, da CF tem por objetivo precípuo oportunizar a aplicação imediata, sem qualquer intermediação concretizadora, assegurando a plena justiciabilidade destes direitos, no sentido de sua exigibilidade em juízo.” [...]⁸³

Os direitos de personalidade possuem características discutidas amplamente pela doutrina pátria e consideradas como sendo essenciais, vitalícios, intransmissíveis, impenhoráveis, necessários, indisponíveis, imprescritíveis, inalienáveis e

⁸²SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais. 6.ed.Rev. Atual.e Amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.288.

⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais. 6. ed.Rev. Atual.e Amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.288.

irrenunciáveis. Portanto, ao se considerar todas essas características em sua totalidade e magnitude, logo se alcança a força desse direito.

Quanto aos direitos da personalidade em relação à ortotanásia, reflete Giovanni Vítório Baratto Cocicov que,

[...] "Dentre os principais direitos de personalidade, que perpassam a construção ortotanásica, destaca-se a vida, integridade psicofísica (que se atrela ao direito à saúde) e autodeterminação. Esta, revela espaço de decidibilidade e reivindicação à própria morte, a exemplo de rechaço a obstinações terapêuticas, escolha de tratamentos (ou mesmo não submissão), esfera que pressupõe a verdade e respeito ao enfermo. Ora, se elencam aportes das características dos direitos de personalidade à ortotanásia. A generalidade assinala que todos são dotados dos direitos de personalidade. A percepção faz-se imprescindível, a fim de rechaçar concepções que categorizam seres humanos e se inclinam à definição de dignidade como adjetivação, ora presente, ora não ao ser humano e sua vida. A escurreita perspectiva da generalidade refuta posturas (ainda que veladas) de desprezo ao ser humano, máxime em momentos de especial fragilidade, *in casu*, derradeira fase vital.

A vitaliciedade implica que enquanto vivo o ser humano presentes, necessariamente (necessidade), os direitos de personalidade, prescindindo condições de aderência. "Destarte, são inextinguíveis, salvo morte da pessoa." Destaque-se quão atreladas as características abordadas, o que assinala coerência e mister de ampla proteção e promoção. Eroulths Cortiano Júnior afirma que, da "generalidade decorrem a vitaliciedade e a necessidade dos direitos da personalidade. Já que são direitos gerais, são necessários para a existência digna do homem e, portanto, devem acompanhá-lo por toda a vida."

A generalidade (pertença indiscriminada a todos os seres humanos dos direitos de personalidade) vincula-se, outrossim, a peculiaridade de serem inatos. Quanto à terminologia (inatos), há críticas de denotar vertente "jusnaturalista, adotada por alguns autores, no sentido de que tais direitos preexistiriam à ordem jurídica, independentemente, portanto, do dado normativo."

Na medida em que, inerentes, os direitos de personalidade, não se sujeitam à disposição por parte do titular, sendo intransmissíveis. Destarte, inexistente a faculdade ou poder de definir "o destino do direito subjectivo, ou a faculdade de actuar sobre este mesmo direito segundo a própria vontade [...]. Os direitos da personalidade estão subtraídos à disposição individual tanto como a própria personalidade."

São os direitos de personalidade irrenunciáveis, na medida em que "devem necessariamente permanecer na esfera do próprio titular [...]. Ora bem: torna-se supérflua qualquer distinção, porque em nenhum caso o tempo pode produzir a extinção dos direitos da personalidade seja qual for a vontade do seu titular."

A despeito de poderem fomentar reflexos econômicos (máxime em sede de tutela jurisdicional ressarcitória), os direitos de personalidade, não são dotados de equivalência pecuniária. Detendo-se à carga que revela a extrapatrimonialidade, considerações de conjuntura, quer estrutura econômica, não se legitimam a vilipendiar mister de amparo ao ser humano, clamando apropriada reflexão crítica quando de discursos perniciosos de redução de custos à saúde. Os direitos de personalidade não se extinguem pelo decurso do tempo, inércia de defesa ou não uso (imprescritibilidade). Outrossim, não se sujeitam à execução forçada, sendo impenhoráveis. “Nem mesmo a exceção indireta por via de preceito cominatório, porque a revogabilidade, por resolução unilateral, é da natureza dos negócios jurídicos envolvendo essa classe de direitos, dado que ninguém pode ser compelido a dispor de bens concernentes à sua esfera de personalidade.” [...] ⁸⁴

A ampla abrangência dos direitos da personalidade, com a devida proteção legal a esse instituto, permite que seja utilizado favoravelmente como fundamentação ao discurso da possibilidade da utilização da Resolução em estudo, visto que as características pertencentes a esses direitos facilitam a ortotanásia nos moldes em que a questão foi colocada, pois é evidente que os direitos abarcados pela proteção dão garantia à morte digna para o paciente.

Luis Roberto Barroso em sua petição inicial, na ADPF 54, que trata da permissão de aborto para fetos anencéfalos, discorreu exemplarmente sobre dignidade da pessoa humana e direitos da personalidade, que analogamente ao presente trabalho que considera esses princípios como norteadores à permissão da aplicação da Resolução 1.805/06, podem perfeitamente aqui ser utilizada, engrandecendo sobremaneira a fundamentação arguida, assim segue abaixo a transcrição:

[...] a) Dignidade da pessoa humana. Analogia à tortura

27. A dignidade da pessoa humana foi alçada ao centro dos sistemas jurídicos contemporâneos. A banalização do mal (30) ao longo da primeira metade do século XX e a constatação, sobretudo após as experiências do fascismo e do nazismo, de que a legalidade formal poderia encobrir a barbárie levaram à superação do positivismo estrito e ao desenvolvimento de uma dogmática principialista, também identificada como pós-

⁸⁴COCICOV, Giovanni Vitória Baratto. **ORTOTANÁSIA**: Contribuições dos direitos de personalidade à dignidade da morte. Disponível em: <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/viewFile/720/555>> Acesso em 10 out.2008.

positivismo.(31) Nesse novo paradigma, dá-se a reaproximação entre o Direito e a Ética, resgatam-se os valores civilizatórios, reconhece-se normatividade aos princípios e cultivam-se os direitos fundamentais. Sob este pano de fundo, a Constituição de 1988 consagrou a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado democrático de direito (art. 1º, III).(32)

28.O princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. Relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito quanto com as condições materiais de subsistência. Aliás, o reconhecimento dos direitos da personalidade como direitos autônomos(33), de que todo indivíduo é titular(34), generalizou-se também após a Segunda Guerra Mundial e a doutrina descreve-os hoje como emanções da própria dignidade, funcionando como “atributos inerentes e indispensáveis ao ser humano.”(35) Tais direitos, reconhecidos a todo ser humano(36) e consagrados pelos textos constitucionais modernos em geral, são oponíveis a toda a coletividade e também ao Estado(37).

29.Uma classificação que se tornou corrente na doutrina é a que separa os direitos da personalidade, inerentes à dignidade humana, em dois grupos: (i) direitos à integridade física, englobando o direito à vida, o direito ao próprio corpo e o direito ao cadáver; e (ii) direitos à integridade moral, rubrica na qual se inserem os direitos à honra, à liberdade, à vida privada, à intimidade, à imagem, ao nome e o direito moral do autor, dentre outros.[...] ⁸⁵

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 proíbe terminantemente qualquer tipo de tortura, bem como a legislação infraconstitucional e é, com esse escopo, que vem a presente Resolução numa tentativa de se evitar a imposição de tamanho sofrimento ao paciente terminal, não lhe retirando, ou aos seus familiares a opção de poder, ao fim da vida, manter a dignidade e a liberdade, que conseguiu quase sempre com esforço sobre-humano durante toda a vida existencial prévia.

⁸⁵BARROSO, Luis Roberto. **EXORDIAL NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL**<http://georgemlima.blogspot.com/2007/09/adpf-54-aborto-fetos-anenceflicos.html>. Acesso em 16 nov. 2008.

CAPÍTULO 4

ATOS, LEGISLAÇÃO, PROJETO, CATEGORIA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA HORA DA MORTE

4.1 A EXISTÊNCIA DE UMA LEGISLAÇÃO QUE ABORDA A ORTOTANÁSIA

No Brasil, mais especificamente no Estado de São Paulo, é conhecida uma surpreendente e inovadora lei estadual paulista que legisla sobre ortotanásia.

O então governador do Estado de São Paulo, Mario Covas, digno representante da classe política nacional, veio a falecer de câncer, em sua residência já quando se encontrava em fase terminal. Ainda no exercício de suas funções como chefe do Executivo do Estado de São Paulo, já combalido pela doença veio a aprovar uma lei estadual, de autoria do deputado estadual à época, Roberto Gouveia, que vige até hoje, somente para o Estado de São Paulo, que aborda de forma explícita em seu texto o direito de escolha pelo paciente em continuar ou recusar seu tratamento, quando em fase terminal.

A lei é de 1999, e hoje já com quatorze anos de vigência, sem questionamentos jurídicos, sem sofrer nenhuma ação civil pública e sem nenhum questionamento legal sobre a existência de inconstitucionalidade, nem frente à Constituição Estadual de São Paulo, nem frente à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A lei, conhecida como “Lei Covas” (anexo IV), será transcrita no que interessa ao presente trabalho, levando em consideração o seu alto conteúdo sobre dignidade e soberania da decisão do paciente em decidir seu futuro. A presente lei é bastante pertinente, sucinta e humanitária na abordagem de tema tão complexo e se mostra,

até os dias atuais, extremamente bem vista na área de saúde no Estado de São Paulo.

[...] Artigo 2º - São direitos dos usuários dos serviços de saúde no Estado de São Paulo:

I - ter um atendimento digno, atencioso e respeitoso;

e) riscos, benefícios e inconvenientes das medidas diagnósticas e terapêuticas propostas;

f) duração prevista do tratamento proposto;

VII - consentir ou recusar, de forma livre, voluntária e esclarecida, com adequada informação, procedimentos diagnósticos ou terapêuticos a serem nele realizados;

XXIII - recusar tratamentos dolorosos ou extraordinários para tentar prolongar a vida; e

XXIV - optar pelo local de morte.⁸⁶

A respeito da lei comentou Maria Lúcia Zanelli, em seu artigo, que cita uma observação feita por Patrícia Bono, advogada especializada em Biodireito, a seguir transcrita:

[...] "A importância desta lei é que tira a responsabilidade do médico de um suposto homicídio, pois dá ao paciente, de forma clara, "a oportunidade de consentir ou recusar, de forma livre, voluntária e esclarecida, com adequada informação, procedimentos diagnósticos ou nele realizados" (artigo 2º, parágrafo VII). Esta lei paulista é a tradução do que é a ortotanásia, para os legisladores, morrer com dignidade, se a morte é inevitável, vamos torná-la um pouco mais doce, mais tranqüila, tanto para o paciente como para os familiares", disse a advogada." [...]⁸⁷

A presente lei teve ativa participação do então Governador Mário Covas, não somente como chefe do Executivo Estadual, como também por ser portador de um câncer incurável, em sua fase terminal, apresentando a ótica observadora de um

⁸⁶Lei Nº 10.241, de 17 de março de 1999. Estado de São Paulo. Disponível em :<http://www.al.sp.gov.br/staticfile/integra_ddilei/lei/1999/lei%20n.10.241,%20de%2017.03.1999.htm>. Acesso em 12 out. 2008. Anexo IV.

⁸⁷ZANELLI, Maria Lúcia. **Lei Estadual garante ao paciente em fase terminal uma morte mais digna.** Disponível em: <<http://www.sintoniasp.com/?acao=resp&id=35>> Acesso em 12 out. 2008.

paciente, que almejava sua dignidade em poder morrer junto aos seus familiares. Sempre com a presença médica, que não se afastou sequer um segundo até o seu último suspiro, consoante as diretrizes estabelecidas. Ao aprovar a lei, afirmou o governador Mário Covas, que a aprovava não apenas como governador, mas como paciente.

Essa lei vigente no Estado de São Paulo comporta um grito de esperança, realizado por um paciente, então à época, digno chefe do executivo do estado paulista, que por conviver intrinsecamente e bastante próximo do que é o sofrimento, relacionado à morte iminente, quis o destino, que se aproveitando de sua função como agente público, deixasse como um legado seu, uma proteção legal àqueles que optarem tal qual a edição da Resolução em questão, de serem assistidos de maneira confortável, sem abandono, e sem serem submetidos a medidas desnecessárias sem o propósito de cura, interferindo dessa maneira no curso natural do evento, típico de um paciente portador de câncer, em fase terminal, que é a morte dolorosa.

A lei em epígrafe representa um desenvolvimento embrionário do caminho que pode e deve ser percorrido, dentro da legalidade, para a efetiva aplicação e aceitação do instituto da ortotanásia, objetivando sempre a melhoria da assistência e da qualidade de vida fornecida a quem mais interessa, ou seja, aos pacientes.

A lei acima descrita por ser lei de legislação estadual, portanto, fora da competência federal, conseqüentemente não fere a legislação penal, que é de competência federal. O governador Mário Covas quis apenas garantir a digna despedida da vida, direito de todo cidadão. Torna-se uma atitude legislativa de exemplo, porque deixou o caminho a ser seguido, vivenciado por ele mesmo, e adotado no momento crucial, ao se recusar a se internar em um ambiente hospitalar, já que se encontrava com todas as opções de tratamento esgotadas, optando por permanecer sob cuidados paliativos em sua residência.

4.2 ORTOTANÁSIA NO ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO PENAL

Considerando que a ortotanásia já é possuidora de uma proteção legislativa, pois, presentes estão na Magna Carta os princípios aqui já abordados e utilizados na interpretação e efetiva proteção do instituto, portanto, não carece de mais nenhuma produção legislativa, porque não há lacuna a ser preenchida.

Considerando que ainda em nossa cultura é visível a existência de barreiras para a assimilação de tão complexo tema, já que aborda sentimentos e emoções, que podem ser manipulados em um debate com a participação popular, é, então, nesse sentido, salutar a presença concreta de um projeto de lei que dissipa dúvidas a respeito da licitude da ortotanásia, ao propor quando da promulgação do novo Código Penal, a positivação do instituto como excludente de tipicidade penal, descaracterizando definitivamente o instituto como homicídio.

Assim dispõe a redação do anteprojeto de alteração do código penal, em seu artigo 121, parágrafo 4º, parte especial, em relação à ortotanásia:

Ortotanásia, “exclusão da ilicitude”.

[...] § 4º. Não constitui crime deixar de manter a vida de alguém por meio artificial, se previamente atestada por dois médicos, a morte como eminente e inevitável, e desde que haja consentimento do paciente, ou na sua impossibilidade de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão. [...] ⁸⁸

Inova o anteprojeto, prevendo a Ortotanásia como causa excludente de ilícito penal. O anteprojeto está em tramitação no Congresso Nacional, alterando alguns dispositivos do Código Penal vigente, entre esses a inclusão desse parágrafo quarto ao artigo 121, visando regulamentar a exclusão de ilicitude em relação ao procedimento de ortotanásia, visto que não existia anteriormente qualquer menção a esse fato.

⁸⁸MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. **A ortotanásia e a Resolução CFM N° 1.805/2006.** Disponível em: <http://www.alexandremagno.com/read.php?n_id=214> Acesso em 15 out. 2008.

No entanto, a atipicidade tornar-se-á explícita em relação à ortotanásia, se necessária a sua prática, de acordo com a interpretação literal do disposto nesse parágrafo, se aprovado for, e a partir de sua vigência no ordenamento jurídico brasileiro.

É preciso salientar que não se constitui crime de conduta própria, ou seja, não necessita que a ortotanásia seja cometida por médicos, e sim que esses dois médicos apenas atestem a irreversibilidade de morte iminente, podendo ser praticada por qualquer outra pessoa.

Aqui cabe também, destacar a previsão de modo expreso da eutanásia, existente no anteprojeto de lei do novo Código Penal, na forma de homicídio privilegiado, determinando pena inferior à atualmente prevista, o que já demonstra uma assimilação quanto ao homicídio, quando praticado com a compaixão, necessária a abreviar o sofrimento de alguma doente, como expreso no artigo 121, parágrafo 3º:

[...] § 3º Se o autor do crime agiu por compaixão, a pedido da vítima, imputável e maior, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável, em razão de doença grave: Pena – Reclusão, de três a seis anos. [...] ⁸⁹

Essa previsão da inclusão do instituto da eutanásia no anteprojeto de lei do novo Código Penal vem de encontro às ideias aqui descritas de que eutanásia, bem diferente da ortotanásia, pode e deve ser considerada como homicídio, sendo que para esta dissertação não restam dúvidas de que assim deva ser considerado.

Essa nova proposta apresentada sobre a licitude da Ortotanásia, não deve ser considerada como descriminalizadora, porque como visto, nada havia anteriormente que tipificasse a conduta descrita como crime. O que acontece, e o que deve ser compreendido e assimilado na leitura e interpretação do artigo 121, em seu parágrafo 4º, é que passa a estar expreso que a Ortotanásia não é crime, posicionamento que se apresenta bastante esclarecedor, para que não sejam aplicadas consequências jurídicas na confusão entre Ortotanásia, que não é crime, e a eutanásia chamada de passiva, que é crime.

A proposta de alteração presente no anteprojeto em epígrafe, em relação ao tema em questão, vem em salutar hora no que diz respeito à necessária e imprescindível

⁸⁹ Idem item 88.

regulamentação jurídica desse tema. Ressalta evidenciar que a Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM), aqui debatida, não está fora do contexto, sendo necessário amplo debate em nível nacional, para que se chegue a um denominador comum sobre o assunto, e assim se possa regulamentar a ortotanásia no intuito de, ao legislar, conseguir minimizar os efeitos das discussões acaloradas, que em virtude da emoção nada acrescentam, ao contrário da razão quando dessa se utiliza.

De acordo com Luciano de Freitas Santoro, as alterações previstas no anteprojeto em epígrafe,

[...] Além disso, merece um último registro a correção na exigência do consentimento do paciente ou, na sua impossibilidade, de seus familiares – “*ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão*”. Trata-se, pois, do respeito ao princípio da autonomia da vontade, que é corolário da Dignidade da pessoa humana. Conclui-se, assim, que o Anteprojeto de reforma da parte especial do Código Penal, especialmente no pertinente à ortotanásia, está em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana e com o direito à vida. [...] ⁹⁰

4.3 DA LEGITIMAÇÃO E APLICABILIDADE DA RESOLUÇÃO

Parte-se para a análise sobre a legitimidade e a aplicabilidade da Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM), que regulamenta o instituto da ortotanásia, e que, por ser de ordem específica aos profissionais médicos, integrantes da categoria, e estando em estrita consonância com os ditames constitucionais até aqui apresentadas, não configuraria a necessidade dessa abordagem.

Entretanto, como esse instituto suscita ainda dúvidas e paixões, o que vem de encontro a esse tópico, que possui a função de esclarecer a quem está interessado

⁹⁰SANTORO, Luciano de Freitas. **MORTE DIGNA** – O Direito do Paciente Terminal. 1. ed. 2. reimpr. Curitiba: Juruá, 2012. p. 167.

na temática, e fornecer mais condição teórica e acadêmica na discussão e compreensão a respeito da ortotanásia.

São abordadas, na linha desse trabalho, considerações a respeito da efetiva praticidade em se aplicar a referida Resolução, sem configurar hipótese de ilegalidade, ilegitimidade ou até mesmo a inconstitucionalidade. Pretende-se demonstrar a ausência de tipificação penal da ortotanásia, motivo este que então essa Resolução não poderá ser considerada como uma facilitação a uma conduta homicida por parte do profissional médico.

No pórtico dessa dissertação as análises sobre a conceituação e diferenças significantes entre os institutos da eutanásia, distanásia e ortotanásia, tem o escopo de não deixar dúvidas a respeito de como pode ser definida a ortotanásia. Neste aspecto, as delimitações das suas diferenças permitem demonstrar que a ortotanásia definitivamente não pode ser considerada uma conduta criminosa, pois não se enquadra no tipo penal da eutanásia, essa sim uma conduta homicida. O exame sobre a condição de paciente terminal quanto aos aspectos da terminalidade da vida possibilita a percepção da maneira pela qual esse doente pode e deve ser abordado pela equipe que o assiste.

Como a Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) trata de questão que interessa diretamente à classe médica é nesta perspectiva que se busca refletir sobre a atuação dos profissionais médicos, carentes de um rumo norteador expresso nesse sentido.

Todavia, reafirma-se que a aceitação e a regulamentação da ortotanásia não implicam, sob nenhuma hipótese, o abandono do doente em fase terminal, porque representa um aumento da responsabilidade médica de saber atuar dentro de preceitos ético-profissionais, amparando-o, acolhendo-o, no único propósito de fornecer um caminho seguro, longe da dor e do sofrimento que acometem esse tipo de doente, respeitando-lhe sempre sua dignidade e preservando, com uma morte digna o seu direito à vida, que contempla o poder optar pela morte digna.

A providencial abordagem da definição entre a sacralidade da vida e a qualidade de vida propicia o entendimento de que a sacralidade da vida se sustenta de onde viemos e porque aqui estamos edificados na observância de nossa dignidade como

ser humano e a qualidade de vida diz respeito às nossas habilidades em nos mantermos dentro dessa dignidade. Somente a integração destas duas perspectivas é que viabiliza a exata compreensão da ortotanásia.

Este é o pensamento de Genival Veloso de França sobre o compartilhamento da sacralidade e da qualidade da vida,

[...] Nestas questões, existe uma interminável polêmica: deve prevalecer a sacralidade ou a qualidade da vida? A primeira representa aquilo que a vida humana tem na dimensão que exige a dignidade de cada homem e de cada mulher. E a qualidade da vida representa um conjunto de habilidades físicas e psíquicas que facultam o ser humano viver razoavelmente bem.[...]

[...] A qualidade e a sacralidade da vida são valores que podem estar aliados. É inaceitável essa desvinculação absoluta que se faz entre sacralidade e qualidade da vida. Estes princípios não se excluem.[...]

[...] Quando se defende a ética da *qualidade da vida*, diante de situações bem concretas, em confronto com a posição tradicional da *sacralidade da vida*, não se quer com isso desprezar os valores da natureza humana nem “coisificar” a pessoa que existe em cada um de nós. A vida humana, independente da sua qualidade e ainda que se venha tomar certas medidas, tem o mesmo valor e o mesmo direito de ser preservada em sua dignidade.[...]

Como tal se entende, permitir que alguém continue vivendo uma vida apenas biológica, mantida por aparelhos, sem levar em consideração o sofrimento do paciente e a inutilidade do tratamento, é agir contra a dignidade humana. Se alguém defende tal permanência, apenas por considerar a “santidade da vida”, certamente tem nessa obstinação uma forma indisfarçável de atentado à dignidade dessa pessoa. [...]⁹¹

A aplicabilidade da presente Resolução em estudo tem como exemplo ímpar em seu entendimento do que possa ser o doente terminal, o doente portador de doença cancerígena em estado terminal, ou seja, fora de possibilidades terapêuticas, onde não obstante o inegável avanço das ciências médicas chega o momento em que nada mais resta a fazer no sentido de reverter a evolução natural dessa doença, que se encaminha de forma inexorável ao êxito letal, restando ao profissional médico fornecer ao paciente o necessário para minimizar esse sofrimento.

O Conselho Federal de Medicina, autarquia Federal criada por lei, tem como objetivo regular a profissão médica, competindo a esse conselho a legitimidade de editar

⁹¹FRANÇA, Genival Veloso de. **No fim da vida: um itinerário de cuidados**. Disponível em: <http://adimes-rj.com.br/arquivo/art_pub_no_do_fim_da_vida_23d11d07.pdf>. Acesso em 31 out. 2008

essa Resolução de cunho estritamente administrativo e regulador do comportamento médico ético–profissional.

A análise do regimento interno do Conselho Federal de Medicina (CFM) possibilita a compreensão sobre a pertinência do referido Conselho em editar Resoluções sobre a sua função disciplinadora da classe médica, no sentido de que:

[...] TÍTULO DA NATUREZA E DOS FINS

Art. 1º O CFM, com sede na Capital Federal e jurisdição em todo o território nacional, conforme a Lei nº 3.268/57 de 30.9.57, regulamentada pelo Decreto nº 44.045 de 19.7.58, é dotado de personalidade jurídica de direito público, com autonomia administrativa e financeira, sem qualquer vínculo funcional ou hierárquico com os órgãos da Administração Pública.

Parágrafo único. O uso da sigla CFM é privativo do Conselho Federal de Medicina.

Art. 2º O Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina, hierarquicamente constituídos, são os órgãos supervisores da ética profissional em toda a República e, 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. [...]⁹²

O tema terminalidade da vida já possibilitou o surgimento de vários projetos de lei, bem como inúmeras imprecisões técnicas nas definições do que realmente seja ortotanásia, nesse contexto é que o Conselho Federal de Medicina vem regulamentar através dessa resolução, o comportamento ético do médico, frente à suspensão dos esforços terapêuticos frente ao doente terminal.

Repousa na constitucionalidade a Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) nº 1805/2006 porque ela buscou preservar o princípio fundamental da tutela da dignidade da pessoa humana. Consequentemente, quando a referida Resolução pretendeu preservar a não utilização de instrumentos tecnológicos que em nada alterariam o curso evolutivo natural de uma doença terminal, pretendeu preservar a dignidade da pessoa no momento final de sua vida. A dignidade de toda a vida bem

⁹² **REGIMENTO INTERNO DO CFM.** Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2004/1753_2004.htm>. Acesso em 28 out. 2008.

vivida está preservada na morte sem sofrimento e o prolongamento desnecessário ao ser evitado, ameniza a dor do enfermo, assim como dos seus familiares.

Os direitos de personalidade dizem respeito ao próprio paciente poder decidir o que para ele for a melhor opção, mesmo que, para isso, tenha que se suspender os tratamentos invasivos sem possibilidade de cura, a não ser para se manter apenas vivos os sinais vitais, pois ali, ao leito, já se esvai uma vida sem possibilidade de retorno, mesmo com acompanhamento médico

A existência de uma lei em plena vigência no estado de São Paulo, e não atacada pela sua inconstitucionalidade até o presente momento, por si só já falaria da ampla possibilidade da aplicação da presente Resolução.

É necessária a observação de que a ortotanásia não se encontra expressa no Código Penal, no capítulo referente aos crimes contra a vida. Daí também ser esta uma das fontes de grande controvérsia a respeito do tema, justamente pela ausência de texto escrito a respeito do mesmo, permitindo a confusão com a eutanásia, esta sim, tipificada como crime.

Importa ressaltar que a morte é uma consequência da doença e não proveniente do ato médico. Contudo, esse curso natural da doença por si só já afastaria a tipificação penal. Se o médico praticar a ortotanásia em favor do paciente, em cumprimento a um dever legal ou no exercício de sua profissão, pode-se invocar a inexigibilidade de conduta diversa da que foi adotada.

Assim entende Marco Antonio Rodrigues Nahum, pois,

[...] Ao homem normal, em situação fática de inexigibilidade, não lhe será exigido comportamento de acordo com a motivação do sistema normativo, porque sua motivação a agir conforme o direito não desaparece, mas se torna inoperante em virtude das circunstâncias que envolvem o fato; [...] ⁹³

Corroborando com a licitude da Resolução em estudo, deve ser utilizado o conceito de tipicidade conglobante de Zaffaroni que permite corrigir a tipicidade legal de uma conduta, ou seja, mesmo que se discuta a legalidade da resolução da ortotanásia, insistindo ser essa uma conduta de tipo penal, ela pode ser excluída da tipicidade

⁹³NAHUM, Marco Antonio R. **Inexigibilidade de Conduta Diversa**: causa supralegal: excludente de culpabilidade. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.126.

penal, simplesmente porque não é uma conduta alcançada pela proibição, ela apenas aparenta estar proibida. A ortotanásia, por não se encaixar no tipo penal, não está proibida; até porque a própria ordem normativa constitucional a ordena e a estimula.

O anteprojeto de alteração do novo Código Penal, ainda em discussão, passa a considerar, expressamente, a ortotanásia como causa de exclusão de ilicitude. Esse dispositivo, previsto no artigo 121, no seu parágrafo 4º do anteprojeto, é condizente com o texto proposto pela Resolução, a partir do momento em que o dispositivo dispõe que é necessária a presença de dois médicos, que obviamente não participam do tratamento do doente, que atestam que a morte é iminente e inevitável, não atentando contra a vida, e preserve a autonomia de vontade do enfermo e mantém em grau elevado a dignidade do doente em fase terminal.

Na esteira de Daury Cesar Fabriz,

[...] A dignidade constitui-se em um valor espiritual e inerente à pessoa humana, que se manifesta na autodeterminação consciente e responsável da própria vida, exigindo o respeito por parte dos demais. Em decorrência de sua absolutidade, a dignidade não pode ser afetada, seja qual for a situação em que a pessoa se encontre. Constitui-se no núcleo de onde irradia o *minimum* de qualidade de vida. [...] ⁹⁴

A questão da resolução 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina, de *per si*, não tem o condão de fornecer a legalidade da ortotanásia no Brasil, mas, serve para fomentar os debates sobre a questão, a partir das reflexões sobre a humanização da medicina ao encarar a questão dos limites éticos do atuar profissional, priorizando o paciente sempre, e não a terapêutica obstinada em que prevalece a prioridade da medicalização.

A resolução 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina foi alvo de ação civil pública impetrada pelo Ministério Público Federal do Distrito Federal requerendo sua suspensão, embora concedida por antecipação de tutela em 27 de outubro de 2007, foi julgada improcedente em dezembro de 2010 e já transitada em julgado.

⁹⁴ FABRIZ, Daury Cesar. **Bioética e direitos fundamentais**: a bioconstituição como paradigma ao biodireito.- Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 278-279.

Ao transitar em julgado, essa sentença, produziu efeitos *erga omnes* em que a resolução em questão se encontra reconhecida dentro de nosso ordenamento jurídico por uma decisão de sentença, de um juiz federal, valendo desde então para todos no território brasileiro, protegendo o direito de todos os brasileiros que se beneficiarem dessa resolução (anexo III).

Por fim, a dignidade da pessoa humana pertence a todos, e por ser inerente à vida dá a todos o direito de viver com dignidade e também estabelecer a opção de escolha em morrer com dignidade. Esse é o sentido da Resolução 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina.

4.4 A ORTOTANÁSIA, UM DEVER FUNDAMENTAL E A ALTERIDADE

O dever fundamental está constitucionalmente explícito e intimamente relacionado a um direito fundamental. A partir da percepção de que a ortotanásia é um direito fundamental, de morrer com dignidade, assim como foi, ou deveria ter sido em vida plena, no gozo da saúde, pode-se considerar a ortotanásia, também, como um dever fundamental do Estado em tutelar a ortotanásia, mantendo e propiciando meios facilitadores, e não incriminadores, que promova e mantenha a dignidade até mesmo na hora da morte, o dever assumido como um respeito ao que representa ou ao que representou toda uma vida vivida com dignidade.

É o dever fundamental, como um reconhecimento da luta pela dignidade, é o dever estatal para com a dignidade, para que o discurso universal dos direitos humanos, e conseqüentemente, a dignidade humana e os direitos humanos fundamentais, não se percam em uma retórica vazia, pela falta de compromisso do Estado em reconhecer o seu dever para com a dignidade de um importante momento da finitude da vida.

O dever fundamental, como uma categoria jurídico-constitucional, é fundada na solidariedade que implica na adoção de condutas que são impostas de maneira proporcional aos cidadãos submetidos a uma determinada ordem democrática, condutas essa passíveis ou não de sanções, com a finalidade de promoção de

direitos fundamentais, neste sentido, o direito à morte digna é tratado como dever fundamental.⁹⁵

Ingo Wolfgang Sarlet, ao refletir sobre os deveres fundamentais, classifica-os como sendo de regime jurídico-constitucional, por se encontrarem expressos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no Capítulo I do Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais -, demonstrando que os deveres fundamentais alcançam, não somente os individuais, mas também os coletivos (sociais, políticos, econômicos, culturais e ambientais). O reconhecimento dos deveres fundamentais implica no respeito aos valores constitucionais e aos direitos fundamentais e em conexão com a solidariedade⁹⁶. Esta assertiva corrobora a fundamentação de que se há o direito fundamental à uma vida digna, essa dignidade é também dever de se encontrar presente no momento da morte.

A autonomia de vontade e liberdade de escolha do paciente sustenta a autonomia humana, portanto, devem ser protegidas por parte dos particulares e do Estado, que não pode interferir na esfera de liberdade de um cidadão, dentro da legalidade.

Ao Estado cabe o dever fundamental constitucional de prover uma vida digna, previsto no *caput* do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no título de direitos e garantias fundamentais. A dignidade humana é o limite da atividade estatal que pertence de cada pessoa individualmente, e como tal, essa esfera tem de ser tutelada. Se a dignidade deixar de existir, então não haverá mais o limite a ser respeitado. Ao Estado cabe prover a dignidade em vida, o que evidentemente, contempla o evento morte. É um dever fundamental, uma prestação, e ao mesmo tempo, a dignidade humana é o limite desse dever, pois geram direitos fundamentais que impedem a violação da dignidade inerente à pessoa humana.

O dever fundamental, assim considerado, como descrito acima nesse tópico, envolve todos os cidadãos, bem como a comunidade. A solidariedade é a base do dever fundamental, e como comunidade pode se incluir o Conselho Federal de Medicina, que permite entender que cabe ao Conselho Federal de Medicina a tarefa,

⁹⁵Conceito desenvolvido no Grupo de Pesquisa Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais do Mestrado em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória – FDV, sobre deveres fundamentais, coordenado pelo Prof. Dr. em Direito Daury César Fabriz e assistido pelo Prof. Dr. em Direito Adriano Sant'ana Pedra.

⁹⁶SARLET, op. cit., p 226-231, nota 82.

o dever fundamental de proteção à dignidade humana, no momento da morte, pois, dada a impossibilidade do Estado abarcar, sozinho, todas as situações que necessitem de proteção e promoção da dignidade humana, são imprescindíveis ações da ordem comunitária organizada.

Os deveres fundamentais se encontram rizomaticamente ligados à dignidade da vida humana que, como um sobreprincípio, culmina com a promoção, proteção, organização e efetivação de diversas intervenções, estatais ou provenientes da sociedade constituída, em reverência ao ideal de vida digna. A ética se encontra como a raiz mãe, considerada o princípio fontal da dignidade da pessoa humana, sendo também o eixo axiológico fundante de todos os princípios rizomáticos do direito, portanto, a ética também é raiz fontal dos deveres fundamentais. A alteridade, atrelada à solidariedade, base e pilar da prestação do dever fundamental, é derivada do latim *alter*= outro. A alteridade, o cuidado com o outro, sempre incluindo o outro na condição de cidadão, é de fundamental importância para a compreensão de se colocar a ética como origem dos direitos humanos.⁹⁷

Atualmente constata-se uma difícil relação entre a sociedade e Estado, e nessa relação conflituosa se encontram os deveres fundamentais, reconhecidos como obrigações legais. Na ótica de uma cultura ocidental o dever fundamental não traz satisfação, funciona, na realidade, como uma imposição, como uma sanção de uma atividade estatal.

O dever fundamental precisa ser visto como elemento constitucional, para ser compreendido e visualizado como dever. Hoje é impossível a universalidade do entendimento dos deveres fundamentais, de forma individualista como protagonizava Kant, sem a preocupação para com o outro. Atualmente, há diversos e novos posicionamentos filosóficos, necessários para que se possa alcançar o entendimento e o reconhecimento do universal e do particular. O outro quando reconhecido e aceito, remete a uma necessária compreensão da existência de uma heterogeneidade e pluralidade dos atores sociais. Esse pluralismo social deve ser considerado para a prestação dos deveres fundamentais, como parte integrante e

⁹⁷ KROHLING, Aloísio. **A Ética da Alteridade e da Responsabilidade**. Curitiba: Juruá, 2011.p. 46 e 29.

primordial na promoção tutela e efetivação dos direitos humanos, já constitucionalmente elencados.

Esse tópico apresenta uma visão diferente de se prestar o dever fundamental pautado na alteridade, em que a responsabilidade passa a ser, não mais exercida de modo egocêntrico e individualista, mas com o envolvimento e com o acolhimento do outro, aproximando e diminuindo as diferenças e as indiferenças que persistem em existir, ainda na contemporaneidade, em que ainda subsiste o modelo individualista na prestação de um dever. Está a alteridade, a solidariedade para com o próximo, balançando a estrutura kantiana em sua teoria de prestação de um dever fundamental.

A alteridade e sua ética própria, correta, apresentam um contraponto, e uma criticidade em sua análise do que seja a maneira adequada na prestação de um dever fundamental. É uma diferente forma de integrar e conjugar uma pluralidade social e cultural, dentro de nossa própria cultura. Demonstra a existência de uma nova consciência na maneira de interpretação dos limites e das imposições, o que contribui sobremaneira para a diminuição das indiferenças.

É, nesse contexto, que o outro nos oferece um aprendizado atual e diferente. O próximo, que nos é estranho, não nos impede e nem se apresenta como uma barreira considerada intransponível para nos oferecer ensinamentos. O reconhecimento do outro atinge o que temos de maior nobreza em nossa relação humana, e assim nos remete à percepção de que o dever de prestar algo a alguém, não é uma mera imposição, não podendo ser reduzido a um simples conceito, esquecendo de que a obrigação tem de vir acompanhada com uma responsabilidade com as consequências para com quem não conhecemos.

O cuidado com o outro, a alteridade, tem de estar correlacionada com a prestação do dever fundamental, parte essencial no comportamento humano. A alteridade indubitavelmente é parte indissociável da existência humana, com origem na raiz considerada como fonte do modo de ser, de agir, e, portanto, base e fundamento principal do princípio da dignidade da pessoa humana, sustentáculo principiológico de nossa constituição cidadã. Princípio que integra os direitos humanos

fundamentais, e com uma enorme importância em todas as ações que envolvam prestações de deveres fundamentais.

Devemos, ao incluir o outro, ter atenção constante ao desafio ético, de correlacionar o fim da vida dentro de toda uma dimensão social da qual participou em sua trajetória, cada indivíduo por si só, porém dentro de uma sociedade que é coletiva. O interessante nessa trajetória é pensar a vida dentro de uma relação de cuidados que abre a oportunidade para o reconhecimento e espaço na identificação e inclusão do outro. Morrer de forma digna diz respeito e é uma consequência direta de ter vivido com dignidade, e não como muitos pensam ter uma sobrevivência sofrida.⁹⁸

O cuidado diz respeito ao amarás, que inclui cuidar da dor e do sofrimento humano, de quem em estágio terminal aceita a morte, é como se fosse um dever intrínseco do ser humano, pois se encontra ligado à ética, rizoma de todas as nossas atitudes. Aqui nessa conduta não se exige retorno, é de forma natural e gratuita. A garantia da dignidade pela solidariedade alia eficazmente a competência técnico-científica e humana a serviço do bem-estar do paciente terminal, garantindo com esse dever de alter, a dignidade no fim da vida.⁹⁹

A ética da alteridade, da solidariedade, relacionada com a teoria geral dos direitos fundamentais e dos deveres fundamentais, correlacionada com a dignidade da pessoa humana, apresenta-se real e possível análise, com uma visão crítica no reconhecimento e promoção da pluralidade sociocultural, na imensa diversidade de pessoas como indivíduos considerados e seus conceitos próprios e individuais, em um mundo cheio de conceitos já devidamente pré-formados, fatores que limitam a aceitação, o conhecimento e o compreender dessa diversidade. Caracteriza, nesse contexto, um novo modo de pensar e realizar os deveres, bem como, a forma e a maneira de uma nova relação que deva existir entre as pessoas.

O dever fundamental, requerido pelo cidadão na proteção de sua dignidade na vida e na morte, associado à solidariedade, à alteridade, no cuidado para com o próximo, promovem e protegem o bem-estar social, físico e psíquico requeridos pela pessoa humana.

⁹⁸PESSINI, op. cit., p. 338, nota 38.

⁹⁹PESSINI, op. cit., p. 339, nota 38.

O dever fundamental relacionado ao direito fundamental protege o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio básico na defesa da ortotanásia. O cuidado para com o próximo, em que se esquece da individualidade, do egoísmo e do egocentrismo, evita o tratamento inútil e desproporcionado, que apenas retarda o processo evolutivo e natural da morte, prolongando o sofrimento desnecessário em um paciente terminal.

4.5 A CONTEMPORARIEDADE DO DEBATE EM OUTROS PAÍSES.

A eutanásia está criminalizada em todos os países, com exceção da Holanda e da Bélgica. Nos Estados Unidos da América, a maioria de seus Estados, bem como no Canadá, há a devida permissão legal, em casos concretos, que se houver solicitação por parte do enfermo, ocorre então a suspensão do tratamento com a devida permissão do doente ou de seu representante legal.

Na Suíça não se permite a eutanásia, mas sim, o suicídio assistido, que é a modalidade em que o médico prescreve a medicação para o próprio doente cometer o ato, o que distingue da eutanásia. Na eutanásia é um terceiro que executa a ação.

Toda nova demanda por solicitação legal da autorização para a interrupção do tratamento leva a ampliar e se acalorar debates a respeito do tema, dos limites da vida e da autonomia de vontade e da liberdade de escolha.¹⁰⁰

Na Espanha há, desde 2011, um projeto em análise pelo governo, e até hoje não aprovado denominado de Lei reguladora dos direitos das pessoas frente ao processo final da vida, projeto proposto pelo Ministério da Saúde, Política Social e Igualdade. Possui como objetivos básicos a proteção da dignidade das pessoas

¹⁰⁰ MENEZES, Raquel Aisengart. Autonomia e decisões ao final da vida: notas sobre o debate internacional contemporâneo. In: PEREIRA, Tânia da silva; MENEZES, Raquel Aisengart; BARBOZA, Heloísa Helena. **Vida, morte e dignidade humana**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010. p. 15-16.

doentes, em fase terminal, garantindo o pleno respeito à tomada de decisões por esses doentes a respeito da própria saúde.¹⁰¹

Na Itália até o presente momento, não houve a conclusão para a aprovação, sobre o que lá chamam de “*biotestamentos*” ou “*testamentos biológicos*”, nada mais é do que o Direito de toda pessoa a se manifestar de forma antecipada em relação a sua vontade sobre cuidados e a assistência que deseja receber ao fim da vida.¹⁰²

Vale salientar que a suspensão dos tratamentos dos doentes que se enquadram na terminologia médica, como “*Fora de Possibilidade Terapêutica*”, não mais alcançam o êxito letal, como nos filmes, na vida real, no entanto, morre-se da doença que a ele, o doente, acometeu. A suspensão terapêutica, por sua vez, finaliza a obstinada e desenfreada busca pela cura impossível, pela imortalidade, somente isso, evitando-se, com isso, a distanásia, deixando sobrevir a ortotanásia, que é versada nos projetos de lei existentes, bem como nas leis já promulgadas, no Direito comparado internacional.

Esse tópico reduzido sobre o quadro internacional expõe bem o problema e o quão conflituoso é a temática, deixando o entendimento de que a ortotanásia é realmente um tema atual, de paixões, e ainda bastante aberto às discussões. Existem legislações com a total reprovação do tema, que caminha num espectro e outros que trilham sobre leis que excluem até mesmo a punição do ato ao agente.

¹⁰¹ D’AVILA, Roberto Luiz; RIBEIRO, Diáulas Costa. A terminalidade da vida: uma análise contextualizada da Resolução CFM nº 1.805/06. In: MORITZ, Rachel Duarte (org.). **Conflitos Bioéticos do Viver e do Morrer**. Brasília: CFM, 2011. P. 192-196.

¹⁰² Idem item 101.

4.6 UMA BREVE ANÁLISE DO CONSENTIMENTO INFORMADO E A RESOLUÇÃO DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

O paciente terminal, quando ciente do seu diagnóstico e de seu prognóstico, dos tratamentos e seus efeitos (benéficos e maléficos) associados tem a possibilidade de manifestar a sua vontade de forma consciente e, dessa maneira, de forma autônoma decidir sobre a sua própria vida.

Esse parágrafo parte do princípio de que houve previamente uma adequada informação passada ao paciente, de maneira clara, inteligível e de forma abrangente, permite a reflexão sobre o consentimento informado, que situa o paciente como um sujeito de direito, e não como um objeto à obstinada intervenção médica-terapêutica, consentimento esse que faz parte integrante do biodireito. O paciente, pela autonomia de vontade através do consentimento informado, permite ou impede a realização de intervenções em seu corpo, o que se liga necessariamente conjugar o lado psíquico do paciente terminal.

Como já enfatizado anteriormente nessa dissertação, os novos e frequentes recursos tecnológicos permitem medidas cada vez mais desproporcionais, no prolongamento da vida de um paciente terminal, gerando sofrimento desproporcional e inútil, ao paciente e aos seus entes queridos. A distanásia não traz nenhum benefício ao paciente em estágio terminal, e essa situação pode ser evitada pelo próprio, ao rejeitada antecipadamente através de uma manifestação prévia de sua vontade autônoma.

O consentimento esclarecido parte do princípio da informação adequada, sendo obtido de um paciente considerado capaz pelo Direito Civil, e, portanto, apto a decidir pelo princípio da autonomia e pelo princípio da liberdade, de maneira isenta de qualquer tipo de influência, sobre o que deseja em sua vontade de consentir ou não ao tratamento proposto.

É importante frisar que o primeiro consentimento (consentimento primário), não exclui a necessidade, se houver, de consentimentos secundários ou continuados.

Qualquer significativa mudança na abordagem terapêutica, sempre que houver, deve-se obter o consentimento continuado (princípio da temporalidade). Aqui cabe também, pelo princípio da revogabilidade, ao paciente é dado o direito de não mais consentir uma determinada conduta, mesmo que anteriormente consentida por escrito, podendo dessa maneira revogar a permissão anteriormente outorgada. Entende-se que o consentimento não pode ser considerado uma ato permanente e imutável.¹⁰³

Existem situações em que mesmo autorizado pelo paciente, o procedimento não se justifica, pois, tanto a norma ética, como a jurídica pode se impor a esse ato, contra a vontade consentida, já que o que legitima o ato médico é a indiscutível necessidade e não a simples permissão, na medida em que se adota o princípio da não maleficência. Na situação oposta ocorre no momento em que o paciente nega a autorização mas que, ante a imperiosa e necessária intervenção frente a um iminente perigo de vida, justifica o ato arbitrário, onde não se argui a antijuridicidade do constrangimento ilegal, porque se adota o princípio da beneficência¹⁰⁴.

O consentimento prévio informado até agora descrito está diretamente relacionado à capacidade do paciente, em estar consciente e apto para a tomada de decisões, concernente ao seu corpo, na esfera de sua autonomia privada e dentro de sua esfera de liberdade.

Em relação aos incapazes, o consentimento informado é parte de uma grande extensão temática, e de abrangência, ainda com grandes dúvidas e questionamentos tanto na esfera ética como na esfera jurídica.

Quanto aos menores de idade, o consentimento pode e deve ser transmitido pelos seus responsáveis legais, no caso os pais, em havendo divergência entre eles, a decisão judicial deve ser ouvida, sempre em observação e com o maior cuidado, relativo a alcançar o benefício ao menor. O representante legal de um enfermo incapaz de discernimento, e, portanto, incapaz de decidir por sua própria vontade, é matéria definida legalmente em jurisprudência e pelo Código Civil vigente. Deve-se

¹⁰³ FRANÇA, op.cit. p. 22, nota 24.

¹⁰⁴ Idem. Item 103, p. 22-23.

ter sempre a ideia concernente ao fato de que a incapacidade, suscita proteção, sendo essa proteção dentro da lei.

A resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.995/2012 (ANEXO IV) buscou suprir uma lacuna existente no código de ética médica, sobre as diretivas antecipadas de vontade do paciente dentro da prática médica diária que, por sua relevância nas relações médico-paciente, necessitava de uma regulamentação, para que se disciplinasse a conduta médica frente a essas situações.

Não se pode esquecer, o que já foi exaustivamente ponderado, que os novos recursos tecnológicos que fazem e permitem a adoção de medidas que prolongam a vida do paciente terminal, por vezes, desnecessárias e inúteis, sem benefício algum, e que, portanto, essa regulamentação das diretivas de vontade antecipadas, pelo Conselho Federal de Medicina tem disciplinado essa relação humana médico-paciente, permitindo que se possa antecipadamente rejeitar esses procedimentos, preservando a dignidade da pessoa humana.

A resolução em questão, nesse tópico, não engessa a atuação médica, já que em seu artigo 2º, em seu parágrafo 2º, permite ao médico deixar de levar em consideração essas diretivas de vontade prévia, se estiverem em desacordo com os preceitos éticos da deontologia médica, presentes no código de ética médica.

O consentimento livre prévio, esclarecido, as diretivas de vontade previamente definidas pelo paciente terminal, de forma consciente, relacionadas à ortotanásia, é de fundamental importância para a tutela da integridade física do corpo e da preservação da dignidade humana na hora da morte. A diretiva de vontade antecipada assume especial relevância nessa era de tecnologia avançada, em que seres humanos tornam-se objetos, viram coisas.

A diretiva antecipada de vontade retorna a humanização do tratamento do paciente terminal, levando em consideração sua vontade, e não deixa espaço, para o abandono desse paciente, e sim, um maior cuidado e atenção em consonância com a sua vontade previamente estabelecida. Faz com que torne legítima a autodeterminação da vontade livre do paciente, ajudando na construção e defesa de

sua esfera privada e intocável de liberdade, garantida constitucionalmente, e parte importante de seu direito fundamental de morrer com dignidade.

4.7 O DIREITO À MORTE DIGNA DO PACIENTE TERMINAL

Tentando seguir um enredo programado, chega nesse tópico em um ponto em que finalmente, amarrando todas as ideias até agora apresentadas e desenvolvidas, faz-se uma abordagem realmente sobre o que se pode aproximar do que possa ser concebido como uma morte com dignidade, no paciente terminal, em que possa o Direito abarcar o instituto da ortotanásia, tema central dessa dissertação.

Considerando que a dignidade da pessoa humana, é um direito fundamental, assim como o direito à vida, base fundamental e princípio mor de nossa constituição, parte integrante dos Direitos Humanos, é que se chega a uma conceituação e certeza aproximada de que a vida para ser vivida em sua plenitude, tem de ser digna, em todos os sentidos. A dignidade tem de ser dada e efetivada pelo Estado, e não só por ele, mas também com a participação de toda a sociedade civil, organizada ou não para a efetiva aplicação e tutela, de todos os direitos e garantias fundamentais já conquistados, bem como, no caso da ortotanásia, uma nova situação que por interpretação extensiva do texto constitucional, pode e deve ser tratada de forma condizente e responsável, à magnitude de tal temática.

Antes de se abordar especificamente a dignidade na hora da morte, é preciso enfatizar a existência do direito a uma vida digna, que, necessariamente, se situa antes do direito à morte digna. Como consequência lógica, não havendo a dignidade da pessoa humana durante sua existência terrena, dificilmente haverá dignidade ao morrer, porque ambas se encontram intimamente e fortemente atreladas. Deve, portanto, ser tutelado o direito à dignidade da pessoa humana, para que se forneça condição precípua à existência qualificada a todo o ser humano. Cabe ao Estado a responsabilidade de ofertar e promover as condições de dignidade expressas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a ausência dessa efetiva

participação estatal confere indignidade, o que afeta sobremaneira na hora da morte. Dignidade e vida andam de mãos dadas, caminhando inseparáveis até o momento da morte.

Assim, se o direito à dignidade for assegurado por toda a vida, deve ser efetivamente adequado e complementado com o direito à dignidade presente na hora da morte. A obstinação terapêutica conjuntamente com o prolongamento artificial e cruel da vida, não é justificável e não pode prosperar, nos casos em que a irreversibilidade do quadro do paciente considerado fora de possibilidade terapêutica, for considerada como certa. O carinho e a atenção nesse momento são mais importantes, pois se convertem em bem-estar, o que se mostra suficiente e confortável, para a prevalência e observância de princípio jurídico constitucional e direcionador de todo o ordenamento jurídico, e também dessa dissertação, qual seja, a dignidade da pessoa humana, que se apresenta relacionada com o instituto da ortotanásia.

O direito fundamental subjetivo de morrer com dignidade, irrenunciável da pessoa humana, está garantido por normas constitucionais, que limitam o poder estatal em atingir a esfera individual e de liberdade de cada um.

A ortotanásia não significa em nenhuma hipótese o abandono puro e simples da pessoa e, sim, o acompanhar com humanismo o paciente terminal que se encontra doente, e não simplesmente a doença. O prolongamento artificial da vida, fútil e desnecessário, leva ao sofrimento cruel e intenso do paciente e de seus familiares, portanto, como uma decisão e caminhar mais sensato se apresenta a ortotanásia, suspendendo os meios e medicamentos que artificializam a vida, o que permite o morrer no momento certo.

A pessoa humana é merecedora de respeito e de dignidade, até mesmo no momento da morte. Assim se entende que a sacralidade da vida e a qualidade de vida se aproximam e não se anulam, antes convivem harmoniosamente, corroborando o que foi expresso no parágrafo acima. Entende-se, dessa maneira, que permitir alguém em fase terminal, continuar vivendo apenas biologicamente, mantido por aparelhos, sem levar em conta o sofrimento e a inutilidade do tratamento é agir contra a dignidade humana.

Vinculando todas as ideias até aqui apresentadas com a real atualidade dos incrementos e desenvolvimento científico e tecnológico nas áreas biomédicas, o que inevitavelmente leva a novas situações, leva-se ao reconhecimento de que a obstinação terapêutica fere a integridade física e lesa a dignidade da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana, como princípio fundamental de nosso Estado Democrático de Direito, e base de nossa atual constituição, deve ser sempre considerado em atenção à necessária dignidade na hora da morte natural.

O direito subjetivo ao princípio da autonomia privada de vontade e ao princípio da liberdade de escolha de cada um que permite ao doente terminal recusar um tratamento médico, bem como suspender o tratamento em curso, se assim ele o desejar, para morrer de maneira mais digna de acordo com seu convencimento, é amparado constitucionalmente.

Para Ingo Wolfgang Sarlet, um dos papéis centrais do Direito e da Filosofia do Direito é assegurar, por uma adequada construção e compreensão o que seja dignidade humana, a necessária superação de qualquer visão reducionista e unilateral e, ao mesmo tempo, promover a proteção da dignidade de todas as pessoas em todos os lugares. Continua sua explanação dizendo que, nesse contexto do debate da atual coletânea e notadamente nos conflitos de alto impacto com outros bens constitucionais e a própria dignidade dos envolvidos no caso concreto, repudia-se qualquer forma de fundamentalismo e de sectarismo que resultar evidente. A isso se aplica em a discussão sobre a ortotanásia.¹⁰⁵

O processo de humanização da morte já citado algumas vezes anteriormente, consiste na compreensão de que não nos preparamos efetivamente para enfrentar a morte, mas devemos nos preparar para saber como aceitar a morte.

Letícia Ludwig Möller afirma ser a tolerância a via que possibilita uma coexistência pacífica no ambiente plural e díspare da assistência à saúde. Nesse sentido, nenhum argumento moral particular a favor da luta pela vida a qualquer custo pode ser imposto ao doente. Neste sentido, a obstinação terapêutica não pode ser imposta ao doente terminal, contrariamente ao seu desejo, porque o sofrimento e a

¹⁰⁵SARLET, op. cit., p. 39-40, nota 20.

dor física, não podem ser impostos ao doente terminal bem informado e que não queira sentir a dor e passar por um desnecessário sofrimento.

Prossegue a autora, dizendo que uma concepção individual do que é morrer com liberdade também não pode ser imposta. Dessa maneira, não se pode ter um consenso do que seja a morte digna. Defende frente a isso, que a morte digna deve poder ser determinada pelo indivíduo, de acordo com os seus valores e as suas crenças, e que o entrelaçamento entre a autonomia de vontade e a noção de dignidade, para definir morte ideal, parece ser a mais adequada por respeitar o pluralismo moral e a diversidade de concepções acerca da vida, da doença e da morte.¹⁰⁶

Morrer com dignidade significa morrer conforme a dignidade que é tutelada, e que pauta toda a vida. É o paciente que, apesar de ciente de toda a assistência que lhe é fornecida naquele exato momento, e sabedor de todas as informações sobre o estado terminal em que se encontra, decide não se submeter ou interromper aos cuidados terapêuticos ainda possíveis. Morrer com dignidade é pedir para ser escutado por todos, é aceitar o inexorável sem ser abandonado.

Ronald Dworkin escreve ser óbvio afirmar que se passa toda uma vida à sombra da morte, mas que devemos também ter a verdade de que morremos à sombra do que foi a nossa vida. Segundo Ronald Dworkin, a morte domina porque é o fim de tudo e que a ênfase que colocamos e situamos a dignidade ao morrer, está relacionada à forma como desejamos termos vivido, também dignamente, portanto, mostra a importância de que a vida termine de forma apropriada.¹⁰⁷

A ortotanásia não antecipa o tempo e o termo natural da existência da pessoa, a ortotanásia, permite que se viva apenas até o termo espontâneo, não permitindo um prolongamento artificial desmedido e a qualquer custo. A ortotanásia não tem caráter de homicídio nem de auxílio ao suicídio, apenas se dá ao direito de recusar algo que não o beneficiará no estágio em que se encontra. A ortotanásia é digna também na medida em que não está tipificada penalmente, e com um reconhecimento à custa

¹⁰⁶ MÖLLER, Leticia Ludwig. **Direito à morte com dignidade e autonomia**. 1 ed. 3ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2012. p. 150-152.

¹⁰⁷ DWORKIN, op. cit., p. 280, nota 9.

da hermenêutica como sendo um direito fundamental, sem necessidade de alteração legislativa, e regulamentada pela resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.805/2006, para a atuação médico-profissional.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente dissertação procurou, inicialmente, demonstrar a importância da Bioética e a sua associação com o instituto da ortotanásia. A medicina e o avanço tecnológico da biomedicina levam a transformações da realidade, que configura uma complexa rede de fatos concretos, tornando-os de interesse social, cultural e histórico, que devem ser compartilhados, divulgados e interpretados de forma condizente com as expectativas criadas por essas novas situações, que aparecem e ainda não se encontram assimiladas e regulamentadas.

A ortotanásia é uma realidade e, como um produto cultural, necessita expandir as informações pertinentes ao instituto para ampliando o universo de pessoas que tenham acesso ao conhecimento adequado para a análise e possibilidade de argumentação livre de valores e imposições morais ditadas pela sociedade, por conveniência, ou por total ausência de conhecimento daquilo que lhe é apresentado.

A medicina através do Conselho Federal de Medicina trouxe à sociedade a realidade da existência da ortotanásia e, pela controvérsia surgida, verifica-se a multiplicidade de visões dos indivíduos e da coletividade. A Bioética, através dos seus princípios básicos e fundamentais, facilita o reconhecimento e a assimilação da ortotanásia, na medida em que estabelece um regramento a ser seguido frente aos casos concretos, estabelecendo diferenças de atuações e de responsabilidades de todos os envolvidos na hora da morte. A partir da compreensão de que a morte faz parte do processo evolutivo e natural da vida, em que é dada permissão ao indivíduo de decidir e participar livremente do que deseja para que o seu final de vida seja digno como foi a dignidade que envolveu toda a sua vida até o momento de decidir, ou não, pela interrupção de tratamentos fúteis e desnecessários que prolonguem o sofrimento desse paciente considerado terminal.

A Bioética, através dos seus princípios da beneficência, da não-maleficência, da justiça e da autonomia, ajuda sobremaneira a se aceitar e entender de forma favorável o instituto da ortotanásia. As diretrizes da Bioética, que devem ser seguidas, asseguram a dignidade da vida humana, o direito à vida e

consequentemente, repudia de forma veemente todas as formas de tratamento degradantes, que levem ao sofrimento humano, atentando contra a dignidade humana. A Bioética é de uma importância fundamental, em impedir que aconteçam condutas que possam levar a uma redução da dignidade da pessoa humana, e que, por isso foi apresentada de forma primeira, sempre pensada com a ética e com o Biodireito.

O direito a uma vida digna, assim como o direito a uma morte digna, e como nessa dissertação, o direito à ortotanásia, estão resguardados, garantidos, tutelados e respeitados no campo da Bioética a partir de seus princípios norteadores. A Bioética ajuda a nortear e orientar um novo arranjo arquitetônico, para que a dignidade da pessoa humana na hora da morte consiga ser tutelada dentro da constituição, prevenindo uma possível desumanização do ser humano, diante dos avanços tecnocientífico que possam prolongar a vida de forma desnecessária e dolorosa na hora final.

A ética segundo tópico aqui abordado dentro da visão de sua interdependência com a ética médica, se confunde em importância no presente trabalho, apenas como um ditame acadêmico em ordenar os tópicos facilitadores para um concatenar de ideias dentro da presente dissertação, porém, não se iludam pois a ética é, e sempre será, a raiz primeira e fontal antes de qualquer teoria e atividade humana ou científica a ser considerada.

A ética é matriz primeira da dignidade da pessoa humana, princípio erigido como o mais importante dentro dos direitos humanos e dos direitos expressos constitucionalmente. A ética como a raiz matricial da dignidade da pessoa humana e de todos os outros princípios éticos presentes em nossa realidade, dá a sustentação necessária e embasada à ortotanásia.

A ética se apresenta e se interconecta com outros princípios apresentando-se como matriz de nossa abordagem filosófica da necessidade de se incluir o outro, e assim considerar o outro dentro da premissa da alteridade, do cuidado corporal, sem abandono, o reconhecimento do outro com igualdade e liberdade, onde todas as liberdades se iniciam ao mesmo tempo, dentro do princípio da corporeidade e da cosmicidade. Portanto, a ética é a raiz de todos os princípios existentes no direito, o

que realmente é providencial, como matriz que fundamenta a defesa da ortotanásia, pois essa se funda na preservação da dignidade da pessoa humana, de morrer igual a vida que foi vivida.

A ortotanásia está contemplada pelos princípios da Bioética e, por sua vez, a Bioética se encontra contemplada pelo Biodireito. O clamor à morte digna e o respeito à dignidade da pessoa humana, ainda não se encontram, regulamentados dentro de nosso ordenamento jurídico e, apesar de uma construção por interpretação dentro dos princípios constitucionais, apresentarem a ortotanásia, como tutelada constitucionalmente, apesar de não se encontrar de forma expressa, é necessário que se tenha garantido de forma expressa, e de maneira constitucional, a proteção e a eficácia da licitude da ortotanásia.

O direito precisa regulamentar, pois, novas situações que ocorrem diuturnamente, e precisam ser incluídas em nosso universo jurídico, para que se apresente como um direito fundamental a garantia da morte com dignidade. A Constituição da República Federativa do Brasil pode absorver os valores e os princípios de Bioética, legitimando e justificando de maneira jurídica, legal, a proteção constitucional da dignidade da pessoa humana, no momento da morte, como na ortotanásia.

Apresenta termos similares à ortotanásia, e que constantemente são utilizados e aceitos erroneamente, por isso a necessidade de apresentar suas definições, ainda que incompletas, pois diversas conceituações são existentes, para que a ortotanásia seja assimilada e compreendida dentro dessa dissertação. Esclarece o que seja paciente terminal, desvenda o que seja a ortotanásia, e institutos similares, distinguindo-a da eutanásia. A eutanásia é homicídio puro e nada pode ser feito para que essa situação seja contemplada e aceita em nosso ordenamento, essa dissertação é de firme posicionamento contrário a qualquer tipo de homicídio seja por eutanásia ou não.

A ortotanásia é aqui apresentada e defendida, pois se encontra dentro de princípios éticos, bioéticos, deontológicos da medicina e constitucionalmente assegurada, por ser fundada dentro do princípio da dignidade da pessoa humana, do direito à vida e à morte dentro dessa dignidade preconizada. Apresenta a ortotanásia como sendo lícita, por ser a morte que se apresenta no momento certo, sem intervenções que a

prolonguem desnecessariamente e com sofrimento, e nem com intervenções que antecipem a morte. A ortotanásia não implica de forma alguma, o abandono do doente, muito pelo contrário, aí sim é que se justifica a ampliação dos cuidados a serem fornecidos nesse momento de tamanha dor e sensibilidade a todos os atores envolvidos.

A ortotanásia se apresenta como o novo, uma mudança das certezas existentes, e nem sempre verdadeiras, de que os avanços tecnológicos servem para o prolongamento da vida, isto não é a verdade, pois é, antes de tudo, o prolongamento da morte, o prolongamento da dor e do sofrimento nos pacientes classificados como terminais e já fora de quaisquer possibilidades terapêuticas.

A resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.805/06 que regulamenta a ortotanásia dentro dos preceitos deontológicos da profissão médica, mais uma vez apresenta a ortotanásia, como a morte que vem no tempo certo e autoriza a conduta médica a aplicação do instituto desde que dentro dos critérios estabelecidos e desde que assim deseje e declare o paciente dentro da sua autonomia de vontade, coadunando com o desenvolvimento dessa dissertação.

A resolução acima citada se aplica nos casos de suspensão de medidas terapêuticas que não lograriam êxito em face de um doente terminal de uma doença ou um estado sabidamente incurável clinicamente. O caminho escolhido pelo Conselho Federal de Medicina foi o de proteção à dignidade da pessoa humana, no curso final da evolução de uma patologia incurável, fora de possibilidade terapêutica, apesar dos avanços biotecnológicos e científicos já conquistados. A presente resolução permite ao médico humanizar e acolher o doente terminal, permitindo a ele ou aos seus familiares, a decisão de não mais permitir a intervenção desnecessária. Assim se consegue preservar os direitos pessoais do paciente e a sua autonomia, vistos como sendo talvez a última barreira do ser humano de impedir uma intervenção estatal, no âmbito pessoal de sua liberdade, com consequências diretas ou indiretas em toda a sociedade.

A dignidade da pessoa humana é aqui apresentada como a base jurídico-constitucional em que se sustenta a licitude da ortotanásia, bem como a sua defesa aqui apresentada e agora assumida nessas considerações finais. O princípio da

dignidade da pessoa humana faz com que o paciente terminal, seja merecedor, ao mesmo tempo da proteção do Estado e de um limite à atuação estatal sobre a sua liberdade de autonomia racional de decisão ainda quando lúcido, ou através de terceiros responsáveis, quando não for mais possível essa manifestação prévia de vontade. A ortotanásia se encontra sob a tutela da dignidade da pessoa humana, e do direito à vida, à dignidade da vida mesmo no momento da morte, desde que dentro do tempo certo. A vida discutida é a vida com a devida proteção constitucional dentro de nossa atual constituição, vigente desde 1988, e dessa forma nessa dissertação se apresenta a vida, não como uma vida qualquer, mas sim uma vida com direito a ser digna.

A ortotanásia que se apresenta e se defende traz contribuição para a sociedade, a partir de uma vital ampliação da discussão sobre o tema, analisada e interpretada à luz de uma hermenêutica constitucional, em que se discutem os limites da vida, a sacralidade da vida e sobre a possibilidade de se permitir que o paciente delibere sobre o seu próprio fim. Os debates aqui suscitados servem para o encaminhamento de um saudável equilíbrio da coexistência das complexas relações estabelecidas entre a vida e a morte.

Os direitos da personalidade apresentados são uma continuidade do que se entende como indispensável ao entendimento, assimilação e para a aceitação da ortotanásia, pois, como direito intrínseco ao ser humano, iguala todas as pessoas. É, esse ser humano e somente a ele, que tem o direito de decisão, sustentado pelo princípio da autonomia de vontade e pelo princípio de liberdade, em permitir ou não permitir a autorização para o término ou para o prosseguimento de um tratamento, desnecessário, para o paciente terminal fora da possibilidade terapêutica, que só leva a desnecessário e inútil sofrimento físico e espiritual.

Os ditames constitucionais apresentados por meio de princípios e normas, as leis já existentes infraconstitucionais, os regramentos deontológicos para o profissional médico, as resoluções emanadas pelo Conselho Federal de Medicina, as jurisprudências favoráveis quanto à competência do Conselho Federal de Medicina, a decisão monocrática do juiz federal cassando a liminar contrária à resolução que trata da ortotanásia, todas essas expressas manifestações integram o mundo

jurídico e ajudam, dentro da lei e de maneira constitucional a pensar e a construir um modelo de aceitação constitucional da ortotanásia.

Não se pode deixar de relatar como se encontra a situação relativa à ortotanásia no mundo, sendo que nos ordenamentos mundiais os avanços conquistados já são em maior escala do que aqui que ainda se encontra de forma embrionária.

O dever fundamental é abordado com o intuito de se colocar o Estado como o responsável em prover a dignidade na hora da morte, conceito desenvolvido e trabalhado de maneira coletiva, em grupo de pesquisa. O dever fundamental se relaciona e se interconecta com a ética e a alteridade, no reconhecimento do outro, com o cuidado, que em consequência dá suporte e proteção à dignidade na hora da morte.

O cuidado com o outro, a alteridade, tem de estar correlacionada com a prestação do dever fundamental, parte essencial no comportamento humano. A alteridade indubitavelmente é parte indissociável da existência humana, com origem na raiz considerada como fonte do modo de ser, de agir, e, portanto, base e fundamento principal do princípio da dignidade da pessoa humana, a ética. Princípio que integra os direitos humanos fundamentais, e com uma enorme importância em todas as ações que envolvam prestações de deveres fundamentais.

Devemos, ao incluir o outro, manter atenção constante ao desafio ético, de se correlacionar o fim da vida dentro de toda uma dimensão social da qual participou em sua trajetória, cada indivíduo por si só, porém, dentro de uma sociedade que é coletiva. Morrer de forma digna diz respeito e é uma consequência direta de ter vivido com dignidade, e não como muitos pensam ter tido apenas uma sobrevivência considerada sofrida.

A ética da alteridade, da solidariedade, relacionada com a teoria geral dos direitos fundamentais e dos deveres fundamentais, correlacionada com a dignidade da pessoa humana se apresenta dentro do contexto de um novo modo de pensar e realizar os deveres, bem como, a forma e a maneira de uma nova relação que deva existir entre as pessoas, o que facilita a propagação e o entendimento da ortotanásia.

Ao longo dessa exposição, muitas afirmações foram feitas, compondo o quadro da proposta de analisar a ortotanásia sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana no momento da morte. Esse tema propicia uma gama de alternativas, e que foi desenvolvido a partir e dentro da ideia basilar da relação e inter-relação dos direitos humanos, do princípio da dignidade da pessoa humana, do direito à vida, da Bioética, da ética, e que sem se afastar da ideia fundamental, foi desenvolvido conceitos de grande valor para a demonstração e desenvolvimento do que é a ortotanásia. Chega agora no momento de se voltar a reafirmar dentro da visão de que as assertivas por hora afirmadas não são e não serão definitivas. Essas afirmações aqui delineadas se encontram sempre abertas a novas discussões e como consequência, sujeitas a alterações seja por acréscimo ou por subtração das ideias aqui apresentadas. Essa é a visão do que é o múltiplo dialético. A visão do novo, a multiplicidade dinâmica de se estar sempre buscando o ineditismo dentro da reflexão filosófica da coisa, não se deixando paralisar quando se encontra próximo da verdade, sempre atrelado aos direitos humanos, aos direitos e garantias fundamentais e dentro da legalidade de ser condizente com o nosso ordenamento jurídico.

A dignidade na hora da morte, no momento certo, dentro de um processo evolutivo natural, nos doentes terminais, e fora de possibilidade terapêutica, leva inexoravelmente ao reconhecimento de que a obstinação terapêutica fere a integridade física e lesa a dignidade da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana, como princípio fundamental de nosso Estado Democrático de Direito, e base de nossa atual constituição, deve ser sempre considerada em atenção à necessária dignidade na hora da morte. Ortotanásia está aqui entendida e defendida como sendo o morrer com dignidade. É a ortotanásia o clamor, de quem necessita, de pedir para ser escutado por todos, para aceitar o inexorável sem ser abandonado, o que muito claramente define ser possível e aceitável esse instituto dentro de nossa sociedade e de nosso ordenamento jurídico pátrio.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **HOMO SACER: o poder soberano e a vida nua**. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004. 1. reimp. 207p.

BARACHO, José de Oliveira. Vida Humana e Ciência: complexidade do estatuto epistemológico da bioética e do biodireito. Normas internacionais da bioética. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, ano 14, nº 56, julho-setembro de 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. – 2. ed. - Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 378 p.

BARROSO, Luis Roberto. **EXORDIAL NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL**<http://georgemlima.blogspot.com/2007/09/adpf-54-aborto-fetos-anenceflicos.html>. Acesso em 16 out. 2008.

BARROSO, Luis Roberto. Folha de S.Paulo – Entrevista: **Constitucionalista diz que lei ampara ortotanásia no país - 04/12/2006**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0412200613.htm>>. Acesso em 21 set. 2008.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Eutanásia, ortotanásia e distanásia: breves considerações a partir do biodireito brasileiro**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7571/eutanasia-ortotanasia-e-distanasia> >. Acesso em 10 abr. 2013.

BRASIL. **Código de Ética Médica**.

<<http://www.portalmedico.org.br/novoportal/index5.asp>> Acesso em 20 abr. 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.trt02.gov.br/geral/tribunal2/legis/CF88/TITULO_3.HTML#C7>. Acesso em 20 mar. 2013.

BRASIL. Decreto nº 44.045, de 19 de Julho de 1958. Disponível em :<http://www.cremesp.org.br/legislacao/leg_internet/44045_07_1958.htm>. Acesso em 11 set. 2008.

BRASIL. Diário da Justiça da União, dia 07/08/2000. Acesso em 06/10/08.

BRASIL. Diário da Justiça da União, dia 25/06/2003, p. 723. Acesso em 06/10/08.

BRASIL. **Lei nº 10.241, de 17 de março de 1999**. Estado de São Paulo. Disponível em :<http://www.al.sp.gov.br/staticfile/integra_ddilei/lei/1999/lei%20n.10.241,%20de%2017.03.1999.htm>. Acesso em 12 out. 2008.

BRASIL. **REGIMENTO INTERNO DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA**.

Disponível em:

<http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2004/1753_2004.htm>. Acesso em 28 out. 2008.

BRASIL. **Lei nº 10.241, de 17 de março de 1999**. Estado de São Paulo. Disponível em :<http://www.al.sp.gov.br/staticfile/integra_ddilei/lei/1999/lei%20n.10.241,%20de%2017.03.1999.htm>. Acesso em 12/10/2008.

COCICOV, Giovanni Vitório Baratto. **ORTOTANÁSIA: contribuições dos direitos de personalidade à dignidade da morte**. Disponível em:

<<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/viewFile/720/555>> Acesso em 10 out. 2008.

D'AVILA, Roberto Luiz; RIBEIRO, DIAULAS Costa. A terminalidade da vida: uma análise contextualizada da Resolução CFM nº 1.805/06. In: MORITZ, Rachel Duarte (org.). **Conflitos Bioéticos do Viver e do Morrer**. Brasília: CFM, 2011. 238 p.

DRUMOND, José Geraldo de Freitas. **O “ethos” médico: a velha e a nova moral médica**. Minas Gerais: Unimontes, 2005. 428p.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Trad. Jefferson Luiz Camargo; rev. Suzana Vieira. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. 362 p.

FABRIZ, Daury Cesar. **Bioética e direitos fundamentais: a bioconstituição como paradigma ao biodireito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. **No fim da vida: um itinerário de cuidados**. Disponível em: <http://adimes-rj.com.br/arquivo/art_pub_no_do_fim_da_vida_23d11d07.pdf>. Acesso em 31 out. 2008.

_____. **Direito Médico**. 8. ed. São Paulo: Fundo Editorial BYK, 2003.

GOLDIM, José Roberto. **Tipos de Eutanásia**. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/eutantip.htm>> . Acesso em: 20 mar. 2013.

GOMES, Luiz Flávio. **Eutanásia, morte assistida e ortotanásia: dono da vida, o ser humano é também dono da sua própria morte?** Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9437/eutanasia-morte-assistida-e-ortotanasia>>. Acesso em: 15 abr. 2013.

HERRERA FLORES, Joaquín. **Teoria Crítica dos Direitos Humanos**. Os Direitos Humanos como Produtos culturais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009a. 229 p.

_____. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Tradução: Carlor Roberto Diogo Garcia; Antonio Henrique Graciano Suxberger; Jeferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009b, 232 p.

GARCIA, Maria. **Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana A ética da responsabilidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 333 p.

JUNGES, José Roque. **BIOÉTICA – perspectivas e desafios**. 3. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2005. 322 p.

KROHLING, Aloísio. **A Ética da Alteridade e da Responsabilidade**. Curitiba: Juruá, 2011. 143 p.

KROHLING, Aloísio; KROHLING, Beatriz Stella Martins. Ética rizomática e teoria crítica do direito internacional dos direitos humanos. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito. UNISINOS. Vol5., N. 1 (2013), p. 87.

LANA, Roberto Lauro. **Eutanásia: Mitos e Controvérsias Médicos Legais**. Disponível em: <http://www.smu.org.uy/dpmc/hmed/dm/revistaDM/eutan-rl.htm>. Acesso em: 20 mar. 2013.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 364 p.

LOPES, Antonio Carlos; LIMA, Carolina Alves de Souza; SANTORO, Luciano de Freitas. **EUTANÁSIA, ORTOTANÁSIA E DISTANÁSIA: aspectos médicos e jurídicos**. São Paulo: Atheneu, 2011.

MARTIN, Leonard M. Eutanásia e Distanásia. In: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira. OSELKA, Gabriel. GARRAFA, Volnei, (Coordenadores). **Iniciação à bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

MENEZES, Evandro Corrêa. **Direito de Matar (eutanásia)**, 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos 1977.

MENEZES, Raquel Aisengart. Autonomia e decisões ao final da vida: notas sobre o debate internacional contemporâneo. In: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Raquel Aisengart; BARBOZA, Heloísa Helena. **Vida, morte e dignidade humana**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010.

MÖLLER, Letícia Ludwig. **Direito à morte com dignidade e autonomia**. 1 ed. 3ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.

MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. **A ortotanásia e a Resolução CFM N° 1.805/2006**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3373/A-ortotanasia-e-a-Resolucao-CFM-1805-2006>> Acesso em 20 abr. 2013.

NAHUM, Marco Antonio R. **Inexigibilidade de Conduta Diversa: causa supralegal: excludente de culpabilidade**. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Em defesa da vida: aborto, eutanásia, pena de morte, suicídio, violência e linchamento**. São Paulo: Saraiva, 1995.

OLIVEIRA, Reinaldo Ayer de & Oselka, Gabriel. **O DOENTE EM FASE TERMINAL** Disponível em: <<http://www.cremesp.com.br/?siteAcao=Jornal&id=966>>. Acesso em 05 abr. 2013.

PESSINI, Leocir. **DISTANÁSIA – Até quando prolongar a vida?** . 2. ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Loyola, 2007.

RODRIGUES, Paulo Daher. **Eutanásia**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

SANTORO, Luciano de Freitas. **Morte digna – O Direito do Paciente Terminal**. 1ª ed. 2ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2012

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais – na Constituição Federal de 1988**. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011.

_____. As dimensões da dignidade da pessoa humana: uma compreensão jurídico-constitucional aberta e compatível com os desafios da biotecnologia. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (Org.). **Direitos fundamentais e biotecnologia**. São Paulo: Método, 2008. 363 p.

_____. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. rev. atual.e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SÉGUIN, Elida. **Biodireito**. 4. ed. 2005. Ed. Lúmen Júris.

ZANELLI, Maria Lúcia. **Lei Estadual garante ao paciente em fase terminal uma morte mais digna**. Disponível em:

<<http://www.sintoniasp.com/?acao=resp&id=35>> Acesso em 12/10/2008.

II, PP João Paulo, **Declaração Sobre Eutanásia, Sagrada Congregação Para a Doutrina da Fé**, Vaticano, 05 de maio de 1980. Disponível em

<http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19800505_euthanasia_po.html> Acesso em 17 abr. 2013.

ANEXO I

RESOLUÇÃO CFM Nº 1.805/2006

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

(Resolução suspensa por decisão liminar do M. Juíz Dr. Roberto Luis Luchi Demo, nos autos da Ação Civil Pública n. 2007.34.00.014809-3, da 14ª Vara Federal, movida pelo Ministério Público Federal)

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 exercem 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.

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

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

A medicina atual vive um momento de busca de sensato equilíbrio na relação médico-enfermo. A ética médica tradicional, concebida no modelo hipocrático, tem forte acento paternalista. Ao enfermo cabe, simplesmente, obediência às decisões médicas, tal qual uma criança deve cumprir sem questionar as ordens paternas. Assim, até a primeira metade do século XX, qualquer ato médico era julgado levando-se em conta apenas a moralidade do agente, desconsiderando-se os valores e crenças dos enfermos. Somente a partir da década de 60 os códigos de ética profissional passaram a reconhecer o doente como agente autônomo.

À mesma época, a medicina passou a incorporar, com muita rapidez, um impressionante avanço tecnológico. Unidades de Terapia Intensiva (UTIs) e novas metodologias criadas para aferir e controlar as variáveis vitais ofereceram aos profissionais a possibilidade de adiar o momento da morte. 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.

Bernard Lown, em seu livro *A arte perdida de curar*, afirma: “As escolas de medicina e o estágio nos hospitais os preparam (os futuros médicos) para tornarem-se oficiais-maiores da ciência e gerentes de biotecnologias complexas. Muito pouco se ensina sobre a arte de ser médico. Os médicos aprendem pouquíssimo a lidar com a morte. A realidade mais fundamental é que houve uma revolução biotecnológica que possibilita o prolongamento interminável do morrer.”

O poder de intervenção do médico cresceu enormemente, sem que, simultaneamente, ocorresse uma reflexão sobre o impacto dessa nova realidade na qualidade de vida dos enfermos. Seria ocioso comentar os benefícios auferidos com as novas metodologias diagnósticas e terapêuticas. Incontáveis são as vidas salvas em situações críticas, como, por exemplo, os enfermos recuperados após infarto agudo do miocárdio e/ou enfermidades com graves distúrbios hemodinâmicos que foram resgatados plenamente saudáveis por meio de engenhosos procedimentos terapêuticos.

Ocorre que nossas UTIs passaram a receber, também, enfermos portadores de doenças crônico-degenerativas incuráveis, com intercorrências clínicas as mais diversas e que são contemplados com os mesmos cuidados oferecidos aos agudamente enfermos. Se para os últimos, com freqüência, pode-se alcançar plena recuperação, para os crônicos pouco se oferece além de um sobreviver precário e, às vezes, não mais que vegetativo. É importante ressaltar que muitos enfermos, vítimas de doenças agudas, podem evoluir com irreversibilidade do quadro. Somos expostos à dúvida sobre o real significado da vida e da morte. Até quando avançar

nos procedimentos de suporte vital? Em que momento parar e, sobretudo, guiados por que modelos de moralidade?

Aprendemos muito sobre tecnologia de ponta e pouco sobre o significado ético da vida e da morte. Um trabalho publicado em 1995, no *Archives of Internal Medicine*, mostrou que apenas cinco de cento e vinte e seis escolas de medicina norte-americanas ofereciam ensinamentos sobre a terminalidade humana. Apenas vinte e seis dos sete mil e quarenta e oito programas de residência médica tratavam do tema em reuniões científicas.

Despreparados para a questão, passamos 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. A terminalidade da vida é uma condição diagnosticada pelo médico diante de um enfermo com doença grave e incurável; portanto, entende-se que existe uma doença em fase terminal, e não um doente terminal. Nesse caso, a prioridade passa a ser a pessoa doente e não mais o tratamento da doença.

As evidências parecem demonstrar que esquecemos o ensinamento clássico que reconhece como função do médico *“curar às vezes, aliviar muito freqüentemente e confortar sempre”*. Deixamos de cuidar da pessoa doente e nos empenhamos em tratar a doença da pessoa, desconhecendo que nossa missão primacial deve ser a busca do bem-estar físico e emocional do enfermo, já que todo ser humano sempre será uma complexa realidade biopsicossocial e espiritual.

A obsessão de manter a vida biológica a qualquer custo nos conduz à obstinação diagnóstica e terapêutica. Alguns, alegando ser a vida um bem sagrado, por nada se afastam da determinação de tudo fazer enquanto restar um débil *“sopro de vida”*. Um documento da Igreja Católica, datado de maio de 1995, assim considera a questão: *“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 proporcionais 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”.

Inevitavelmente, cada vida humana chega ao seu final. Assegurar que essa passagem ocorra de forma digna, com cuidados e buscando-se o menor sofrimento possível, é missão daqueles que assistem aos enfermos portadores de doenças em fase terminal. Um grave dilema ético hoje apresentado aos profissionais de saúde se refere a quando **não** utilizar toda a tecnologia disponível. Jean Robert Debray, em seu livro *L'acharnement thérapeutique*, assim conceitua a obstinação terapêutica: *“Comportamento médico que consiste em utilizar procedimentos terapêuticos cujos efeitos são mais nocivos do que o próprio mal a ser curado. Inúteis, pois a cura é impossível e os benefícios esperados são menores que os inconvenientes provocados”.* Essa batalha fútil, travada em nome do caráter sagrado da vida, parece negar a própria vida humana naquilo que ela tem de mais essencial: a dignidade.

No Brasil, há muito o que fazer com relação à terminalidade da vida. Devem ser incentivados debates, com a sociedade e com os profissionais da área da saúde, sobre a finitude do ser humano. É importante que se ensine aos estudantes e aos médicos, tanto na graduação quanto na pós-graduação e nos cursos de aperfeiçoamento e de atualização, as limitações dos sistemas prognósticos; como utilizá-los; como encaminhar as decisões sobre a mudança da modalidade de tratamento curativo para a de cuidados paliativos; como reconhecer e tratar a dor; como reconhecer e tratar os outros sintomas que causam desconforto e sofrimento aos enfermos; o respeito às preferências individuais e às diferenças culturais e religiosas dos enfermos e seus familiares e o estímulo à participação dos familiares nas decisões sobre a terminalidade da vida. Ressalte-se que as escolas médicas moldam profissionais com esmerada preparação técnica e nenhuma ênfase humanística.

O médico é aquele que detém a maior responsabilidade da “cura” e, portanto, o que tem o maior sentimento de fracasso perante a morte do enfermo sob os seus cuidados. Contudo, nós, médicos, devemos ter em mente que o entusiasmo por uma

possibilidade técnica não nos pode impedir de aceitar a morte de um doente. E devemos ter maturidade suficiente para pesar qual modalidade de tratamento será a mais adequada. Deveremos, ainda, considerar a eficácia do tratamento pretendido, seus riscos em potencial e as preferências do enfermo e/ou de seu representante legal.

Diante dessas afirmações, torna-se importante que a sociedade tome conhecimento de que certas decisões terapêuticas poderão apenas prolongar o sofrimento do ser humano até o momento de sua morte, sendo imprescindível que médicos, enfermos e familiares, que possuem diferentes interpretações e percepções morais de uma mesma situação, venham a debater sobre a terminalidade humana e sobre o processo do morrer.

Torna-se vital que o médico reconheça a importância da necessidade da mudança do enfoque terapêutico diante de um enfermo portador de doença em fase terminal, para o qual a Organização Mundial da Saúde preconiza que sejam adotados os cuidados paliativos, ou seja, uma abordagem voltada para a qualidade de vida tanto dos pacientes quanto de seus familiares frente a problemas associados a doenças que põem em risco a vida. A atuação busca a prevenção e o alívio do sofrimento, através do reconhecimento precoce, de uma avaliação precisa e criteriosa e do tratamento da dor e de outros sintomas, sejam de natureza física, psicossocial ou espiritual.

Anexo II

Capítulo IV - Direitos Humanos

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.

Art. 23. Tratar o ser humano sem civilidade ou consideração, desrespeitar sua dignidade ou discriminá-lo de qualquer forma ou sob qualquer pretexto.

Art. 24. Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo.

Art. 25. Deixar de denunciar prática de tortura ou de procedimentos degradantes, desumanos ou cruéis, praticá-las, bem como ser conivente com quem as realize ou fornecer meios, instrumentos, substâncias ou conhecimentos que as facilitem.

Art. 26. Deixar de respeitar a vontade de qualquer pessoa, considerada capaz física e mentalmente, em greve de fome, ou alimentá-la compulsoriamente, devendo cientificá-la das prováveis complicações do jejum prolongado e, na hipótese de risco iminente de morte, tratá-la.

Art. 27. Desrespeitar a integridade física e mental do paciente ou utilizar-se de meio que possa alterar sua personalidade ou sua consciência em investigação policial ou de qualquer outra natureza.

Art. 28. Desrespeitar o interesse e a integridade do paciente em qualquer instituição na qual esteja recolhido, independentemente da própria vontade.

Parágrafo único. Caso ocorram quaisquer atos lesivos à personalidade e à saúde física ou mental dos pacientes confiados ao médico, este estará obrigado a denunciar o fato à autoridade competente e ao Conselho Regional de Medicina.

Art. 29. Participar, direta ou indiretamente, da execução de pena de morte.

Art. 30. Usar da profissão para corromper costumes, cometer ou favorecer crime.

Capítulo V - Relação com Pacientes e Familiares

É vedado ao médico:

Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.

Art. 32. Deixar de usar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente.

Art. 33. Deixar de atender paciente que procure seus cuidados profissionais em casos de urgência ou emergência, quando não haja outro médico ou serviço médico em condições de fazê-lo.

Art. 34. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal.

Art. 35. Exagerar a gravidade do diagnóstico ou do prognóstico, complicar a terapêutica ou exceder-se no número de visitas, consultas ou quaisquer outros procedimentos médicos.

Art. 36. Abandonar paciente sob seus cuidados.

§ 1º Ocorrendo fatos que, a seu critério, prejudiquem o bom relacionamento com o paciente ou o pleno desempenho profissional, o médico tem o direito de renunciar ao atendimento, desde que comunique previamente ao paciente ou a seu representante legal, assegurando-se da continuidade dos cuidados e fornecendo todas as informações necessárias ao médico que lhe suceder.

§ 2º Salvo por motivo justo, comunicado ao paciente ou aos seus familiares, o médico não abandonará o paciente por ser este portador de moléstia crônica ou incurável e continuará a assisti-lo ainda que para cuidados paliativos.

Art. 37. Prescrever tratamento ou outros procedimentos sem exame direto do paciente, salvo em casos de urgência ou emergência e impossibilidade comprovada de realizá-lo, devendo, nesse caso, fazê-lo imediatamente após cessar o impedimento.

Parágrafo único. O atendimento médico a distância, nos moldes da telemedicina ou de outro método, dar-se-á sob regulamentação do Conselho Federal de Medicina.

Art. 38. Desrespeitar o pudor de qualquer pessoa sob seus cuidados profissionais.

Art. 39 Opor-se à realização de junta médica ou segunda opinião solicitada pelo paciente ou por seu representante legal.

Art. 40. Aproveitar-se de situações decorrentes da relação médico-paciente para obter vantagem física, emocional, financeira ou de qualquer outra natureza.

Art. 41. Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.

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

Art. 42. Desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre método contraceptivo, devendo sempre esclarecê-lo sobre indicação, segurança, reversibilidade e risco de cada método.

ANEXO III

Lei Número: 3268

DE: 30 de SETEMBRO de 1957

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA , faço saber que o CONGRESSO NACIONAL decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art . 1º O Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina, instituídos pelo Decreto-lei nº 7.955, de 13 de setembro de 1945, passam a constituir em seu conjunto uma autarquia, sendo cada um deles dotado de personalidade jurídica de direito público, com autonomia administrativa e financeira.

Art . 2º O conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina são os órgãos supervisores da ética profissional em toda a República e 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.

Art . 3º Haverá na Capital da República um Conselho Federal, com jurisdição em todo o Território Nacional, ao qual ficam subordinados os Conselhos Regionais; e, em cada capital de Estado e Território e no Distrito Federal, um Conselho Regional, denominado segundo sua jurisdição, que alcançará, respectivamente, a do Estado, a do Território e a do Distrito Federal.

Art. 4º O Conselho Federal de Medicina compor-se-á de 28 (vinte e oito) conselheiros titulares, sendo: (Redação dada pela Lei nº 11.000, de 2004)

I – 1 (um) representante de cada Estado da Federação; (Incluído pela Lei nº 11.000, de 2004)

II – 1 (um) representante do Distrito Federal; e (Incluído pela Lei nº 11.000, de 2004)

III – 1 (um) representante e respectivo suplente indicado pela Associação Médica Brasileira. (Incluído pela Lei nº 11.000, de 2004)

§ 1º Os Conselheiros e respectivos suplentes de que tratam os incisos I e II serão escolhidos por escrutínio secreto e maioria de votos, presentes no mínimo 20% (vinte por cento), dentre os médicos regularmente inscritos em cada Conselho Regional. (Incluído pela Lei nº 11.000, de 2004)

§ 2º Para a candidatura à vaga de conselheiro federal, o médico não necessita ser conselheiro do Conselho Regional de Medicina em que está inscrito. (Incluído pela Lei nº 11.000, de 2004)

Art . 5º São atribuições do Conselho Federal:

- a) organizar o seu regimento interno;
- b) aprovar os regimentos internos organizados pelos Conselhos Regionais;
- c) eleger o presidente e o secretário geral do Conselho;
- d) votar e alterar o Código de Deontologia Médica, ouvidos os Conselhos Regionais;
- e) promover quaisquer diligências ou verificações, relativas ao funcionamento dos Conselhos de Medicina, nos Estados ou Territórios e Distrito Federal, e adotar, quando necessárias, providências convenientes a bem da sua eficiência e regularidade, inclusive a designação de diretoria provisória;
- f) propor ao Governo Federal a emenda ou alteração do Regulamento desta lei;
- g) expedir as instruções necessárias ao bom funcionamento dos Conselhos Regionais;
- h) tomar conhecimento de quaisquer dúvidas suscitadas pelos Conselhos Regionais e dirimi-las;

i) em grau de recurso por provocação dos Conselhos Regionais, ou de qualquer interessado, deliberar sobre admissão de membros aos Conselhos Regionais e sobre penalidades impostas aos mesmos pelos referidos Conselhos.

j) fixar e alterar o valor da anuidade única, cobrada aos inscritos nos Conselhos Regionais de Medicina; e (Incluído pela Lei nº 11.000, de 2004)

l) normatizar a concessão de diárias, jetons e auxílio de representação, fixando o valor máximo para todos os Conselhos Regionais. (Incluído pela Lei nº 11.000, de 2004)

Art . 6º O mandato dos membros do Conselho Federal de Medicina será meramente honorífico e durará 5 (cinco) anos.

Art . 7º Na primeira reunião ordinária do Conselho Federal será eleita a sua diretoria, composta de presidente, vice-presidente, secretário geral, primeiro e segundo secretários, tesoureiro, na forma do regimento.

Art . 8º Ao presidente do Conselho Federal compete a direção do mesmo Conselho, cabendo-lhe velar pela conservação do decôro e da independência dos Conselhos de Medicina e pelo livre exercício legal dos direitos de seus membros.

Art . 9º O secretário geral terá a seu cargo a secretaria permanente do Conselho Federal.

Art . 10. O presidente e o secretário geral residirão no Distrito Federal durante todo o tempo de seus mandatos. (Revogado pela Lei nº 11.000, de 2004)

Art . 11. A renda do Conselho Federal será constituída de:

- a) 20% (vinte por cento) da totalidade do impôsto sindical pago pelos médicos;
- b) 1/3 (um têtço) da taxa de expedição das carteiras profissionais;
- c) 1/3 (um têtço) das multas aplicadas pelos Conselhos Regionais;
- d) doações e legados;

- e) subvenções oficiais;
- f) bens e valores adquiridos;
- g) 1/3 (um terço) das anuidades percebidas pelos Conselhos Regionais.

Art . 12. Os Conselhos Regionais serão instalados em cada capital de Estado na de Território e no Distrito Federal, onde terão sua sede, sendo compostos de 5 (cinco) membros, quando o Conselho tiver até 50 (cinquenta) médicos inscritos, de 10 (dez), até 150 (cento e cinquenta) médicos inscritos, de 15 (quinze), até 300 (trezentos) inscritos, e, finalmente, de 21 (vinte e um), quando excedido êsse número.

Art . 13. Os membros dos Conselhos Regionais de Medicina, com exceção de um que será escolhido pela Associação Médica, sediada na Capital do respectivo Estado, federado à Associação Médica Brasileira, serão eleitos, em escrutínio secreto, em assembléia dos inscritos de cada região e que estejam em pleno gôzo de seus direitos.

§ 1º As eleições para os Conselhos Regionais serão feitas sem discriminação de cargos, que serão providos na primeira reunião ordinária dos mesmos.

§ 2º O mandato dos membros dos Conselhos Regionais será meramente honorífico, e exigida como requisito para eleição a qualidade de brasileiro nato ou naturalizado.

Art . 14. A diretoria de cada Conselho Regional compor-se-á de presidente, vice-presidente, primeiro e segundo secretários e tesoureiro.

Parágrafo único. Nos Conselhos onde o quadro abranger menos de 20 (vinte) médicos inscritos poderão ser suprimidos os cargos de vice-presidente e os de primeiro ou segundo secretários, ou alguns dêstes.

Art . 15. São atribuições dos Conselhos Regionais:

- a) deliberar sôbre a inscrição e cancelamento no quadro do Conselho;
- b) manter um registro dos médicos, legalmente habilitados, com exercício na respectiva Região;

c) fiscalizar o exercício da profissão de médico;

d) conhecer, apreciar e decidir os assuntos atinentes à ética profissional, impondo as penalidades que couberem;

e) elaborar a proposta do seu regimento interno, submetendo-a à aprovação do Conselho Federal;

f) expedir carteira profissional;

g) velar pela conservação da honra e da independência do Conselho, livre exercício legal dos direitos dos médicos;

h) promover, por todos os meios e o seu alcance, o perfeito desempenho técnico e moral da medicina e o prestígio e bom conceito da medicina, da profissão e dos que a exerçam;

i) publicar relatórios anuais de seus trabalhos e a relação dos profissionais registrados;

j) exercer os atos de jurisdição que por lei lhes sejam cometidos;

k) representar ao Conselho Federal de Medicina Aérea sobre providências necessárias para a regularidade dos serviços e da fiscalização do exercício da profissão.

Art. 16. A renda dos Conselhos Regionais será constituída de:

a) taxa de inscrição;

b) 2/3 (dois têrços) da taxa de expedição de carteiras profissionais;

c) 2/3 (dois terços) da anuidade paga pelos membros inscritos no Conselho Regional;

d) 2/3 (dois terços) das multas aplicadas de acôrdo com a alinea d do art. 22;

e) doações e legados;

f) subvenções oficiais;

g) bens e valores adquiridos.

Art. 17. Os médicos só poderão exercer legalmente a medicina, em qualquer de seus ramos ou especialidades, após o prévio registro de seus títulos, diplomas, certificados ou cartas no Ministério da Educação e Cultura e de sua inscrição no Conselho Regional de Medicina, sob cuja jurisdição se achar o local de sua atividade.

Art. 18. Aos profissionais registrados de acordo com esta lei será entregue uma carteira profissional que os habitará ao exercício da medicina em todo o País.

§ 1º No caso em que o profissional tiver de exercer temporariamente, à medicina em outra jurisdição, apresentará sua carteira para ser visada pelo Presidente do Conselho Regional desta jurisdição.

§ 2º Se o médico inscrito no Conselho Regional de um Estado passar a exercer, de modo permanente, atividade em outra região, assim se entendendo o exercício da profissão por mais de 90 (noventa) dias, na nova jurisdição, ficará obrigado a requerer inscrição secundária no quadro respectivo, ou para êle se transferir, sujeito, em ambos os casos, à jurisdição do Conselho local pelos atos praticados em qualquer jurisdição.

§ 3º Quando deixar, temporária ou definitivamente, de exercer atividade profissional, o profissional restituirá a carteira à secretaria do Conselho onde estiver inscrito.

§ 4º No prontuário do médico serão feitas quaisquer anotações referentes ao mesmo, inclusive os elogios e penalidades.

Art. 19. A carteira profissional, de que trata o art. 18, valerá documento de identidade e terá fé pública.

Art. 20. Todo aquele que mediante anúncios, placas, cartões ou outros meios quaisquer, se propuser ao exercício da medicina, em qualquer dos ramos ou especialidades, fica sujeito às penalidades aplicáveis ao exercício ilegal da profissão, se não estiver devidamente registrado.

Art. 21. O poder de disciplinar e aplicar penalidades aos médicos compete exclusivamente ao Conselho Regional, em que estavam inscritos ao tempo do fato punível, ou em que ocorreu, nos termos do art. 18, § 1º.

Parágrafo único. A jurisdição disciplinar estabelecida neste artigo não derroga a jurisdição comum quando o fato constitua crime punido em lei.

Art. 22. As penas disciplinares aplicáveis pelos Conselhos Regionais aos seus membros são as seguintes:

- a) advertência confidencial em aviso reservado;
- b) censura confidencial em aviso reservado;
- c) censura pública em publicação oficial;
- d) suspensão do exercício profissional até 30 (trinta) dias;
- e) cassação do exercício profissional, ad referendum do Conselho Federal.

§ 1º Salvo os casos de gravidade manifesta que exijam aplicação imediata da penalidade mais grave a imposição das penas obedecerá à gradação deste artigo.

§ 2º Em matéria disciplinar, o Conselho Regional deliberará de oficial ou em consequência de representação de autoridade, de qualquer membro, ou de pessoa estranha ao Conselho, interessada no caso.

§ 3º A deliberação do Comércio precederá, sempre, audiência do acusado, sendo-lhe dado defensor no caso de não ser encontrado, ou for revel.

§ 4º Da imposição de qualquer penalidade caberá recurso, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da ciência, para o Conselho Federal, sem efeito suspenso salvo os casos das alíneas c , e e f , em que o efeito será suspensivo.

§ 5º Além do recurso previsto no parágrafo anterior, não caberá qualquer outro de natureza administrativa, salvo aos interessados a via judiciária para as ações que fôrem devidas.

§ 6º As denúncias contra membros dos Conselhos Regionais só serão recebidas quando devidamente assinadas e acompanhadas da indicação de elementos comprobatórios do alegado.

Art 23. Constituem a assembléia geral de cada Conselho Regional os médicos inscritos, que se achem no pleno gozo de seus direitos e tenham aí a sede principal de sua atividade profissional.

Parágrafo único. A assembléia geral será dirigida pelo presidente e os secretários do Conselho Regional respectivo.

Art . 24. A assembléia geral compete:

I - ouvir a leitura e discutir o relatório e contas da diretoria. Para êsse fim se reunirá, ao menos uma vez por ano, sendo, nos anos em que se tenha de realizar a eleição do Conselho Regional, de 30 (trinta) a 45(quarenta e cinco) dias antes da data fixada para essa eleição;

II - autorizar a alienação de imóveis do patrimônio do Conselho;

III - fixar ou alterar as de contribuições cobradas pelo Conselho pelos serviços praticados;

IV - deliberar sôbre as questões ou consultas submetidas à sua decisão pelo Conselho ou pela Diretoria;

V - eleger um delegado e um suplente para eleição dos membros e suplentes do Conselho Federal.

Art 25. A assembléia geral em primeira convocação, reunir-se-á com a maioria absoluta de seus membros e, em segunda convocação, com qualquer número de membros presentes.

Parágrafo único. As deliberações serão tomadas por maioria de votos dos presentes.

Art. 26 O voto é pessoal e obrigatório em toda eleição, salvo doença ou ausência comprovadas plenamente.

§ 1º Por falta injustificada à eleição, incorrerá o membro do Conselho na multa de Cr\$ 200,00 (duzentos cruzeiros), dobrada na reincidência.

§ 2º Os médicos que se encontrarem fora da sede das eleições, por ocasião destas, poderão dar seu voto em dupla sobrecarta, opaca, fechada, e remetida pelo correio, sob registro, por ofício com firma reconhecida, ao Presidente do Conselho Regional.

§ 3º Serão computadas as cédulas recebidas, com as formalidades do parágrafo precedente até o momento de encerrar-se a votação. A sobrecarta maior será aberta pelo Presidente do Conselho, que depositará a sobrecarta menor na urna, sem violar o segredo do voto.

§ 4º As eleições serão anunciadas no órgão oficial e em jornal de grande circulação, com 30 (trinta) dias de antecedência.

§ 5º As eleições serão feitas por escrutínio secreto, perante o Conselho, podendo, quando haja mais de duzentos votantes, determinarem-se locais diversos para o recebimento dos votos, permanecendo, neste caso, em cada local, dois diretores, ou médicos inscritos, designados pelo Conselho.

§ 6º Em cada eleição, os votos serão recebidos durante 6 (seis) horas contínuas pelo menos.

Art. 27 A inscrição dos profissionais já registrados nos órgãos de saúde pública, na data da presente lei, será feita independente da apresentação de títulos, diplomas certificados ou cartas registradas no Ministério da Educação e Cultura, mediante prova do registro na repartição competente.

Art. 28 O atual Conselho Federal de Medicina designará diretorias provisórias para os Conselhos Regionais dos Estados Territórios e Distrito Federal, onde não houverem ainda sido instalados, que tomarão a seu cargo a sua instalação e a convocação, dentro em 180 (cento e oitenta) dias, da assembléia geral, que elegerá o Conselho Regional respectivo.

Art. 29 O Conselho Federal de Medicina baixará instruções no sentido de promover a coincidência dos mandatos dos membros do Conselhos Regionais já instalados e dos que vierem a ser organizados.

Art. 30. Enquanto não fôr elaborado e aprovado pelo Conselho Federal de Medicina, ouvidos os Conselhos Regionais o Código de Deontologia Médica, vigorará o Código de Ética da Associação Médica Brasileira.

Art. 31. O pessoal a serviço dos Conselhos de Medicina será inscrito, para efeito de previdência social, no Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado em conformidade com o art. 2º do Decreto-lei nº 3.347, de 12 de junho de 1941.

Art. 32. As diretorias provisórias, a que se refere o art. 28, organizarão a tabela de emolumentos devidos pelos inscritos, submetendo-a à aprovação do Conselho Federal.

Art. 33. O Poder Executivo providenciará a entrega ao Conselho Federal de Medicina, logo após a publicação da presente lei, de 40% (quarenta por cento) da totalidade do impôsto sindical pago pelos médicos a fim de que sejam empregados na instalação do mesmo Conselho e dos Conselhos Regionais.

Art. 34. O Govêrno Federal tomará medidas para a instalação condigna dos Conselhos de Medicina no Distrito Federal e nas capitais dos Estados e Territórios, tanto quanto possível em edifícios públicos.

Art. 35 O Conselho Federal de Medicina elaborará o projeto de decreto de regulamentação desta lei, apresentando-o ao Poder Executivo dentro em 120 (cento e vinte) dias a contar da data de sua publicação.

Art. 36 Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogados o Decreto-lei nº 7.955, de 13 de setembro de 1945, e disposições em contrário.

Rio de Janeiro, 30 de setembro de 1957; 136º da Independência e 69º da República.

JUSCELINO KUBITSCHEK

ANEXO IV

[...]Lei Nº 10.241, de 17 de março de 1999

Dispõe sobre os direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde no Estado e dá outras providências

O GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO:

Faço saber que a Assembléia Legislativa decreta e eu promulgo a seguinte lei:

Artigo 1º - A prestação dos serviços e ações de saúde aos usuários, de qualquer natureza ou condição, no âmbito do Estado de São Paulo, será universal e igualitária, nos termos do artigo 2º da Lei Complementar nº 791, de 9 de março de 1995.

Artigo 2º - São direitos dos usuários dos serviços de saúde no Estado de São Paulo:

I - ter um atendimento digno, atencioso e respeitoso;

...VI - receber informações claras, objetivas e compreensíveis sobre:

- a) hipóteses diagnósticas;
- b) diagnósticos realizados;
- c) exames solicitados;
- d) ações terapêuticas;
- e) riscos, benefícios e inconvenientes das medidas diagnósticas e terapêuticas propostas;
- f) duração prevista do tratamento proposto;
- g) no caso de procedimentos de diagnósticos e terapêuticos invasivos, a necessidade ou não de anestesia, o tipo de anestesia a ser aplicada, o instrumental a ser utilizado, as partes do corpo afetadas, os efeitos colaterais, os riscos e conseqüências indesejáveis e a duração esperada do procedimento;
- h) exames e condutas a que será submetido;
- i) a finalidade dos materiais coletados para exame;
- j) alternativas de diagnósticos e terapêuticas existentes, no serviço de atendimento ou em outros serviços; e
- l) o que julgar necessário;

VII - consentir ou recusar, de forma livre, voluntária e esclarecida, com adequada informação, procedimentos diagnósticos ou terapêuticos a serem nele realizados;

...XIV - ter assegurado, durante as consultas, internações, procedimentos diagnósticos e terapêuticos e na satisfação de suas necessidades fisiológicas:

- a) a sua integridade física;
- b) a privacidade;
- c) a individualidade;
- d) o respeito aos seus valores éticos e culturais;
- e) a confidencialidade de toda e qualquer informação pessoal; e
- f) a segurança do procedimento;

XV - ser acompanhado, se assim o desejar, nas consultas e internações por pessoa por ele indicada;

...XVIII - receber do profissional adequado, presente no local, auxílio imediato e oportuno para a melhoria do conforto e bem estar;

XIX - ter um local digno e adequado para o atendimento;

XX - receber ou recusar assistência moral, psicológica, social ou religiosa;

XXI - ser prévia e expressamente informado quando o tratamento proposto for experimental ou fizer parte de pesquisa;

XXII - receber anestesia em todas as situações indicadas;

XXIII - recusar tratamentos dolorosos ou extraordinários para tentar prolongar a vida;
e

XXIV - optar pelo local de morte.

...Artigo 6º - Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação.

Palácio dos Bandeirantes, 17 de março de 1999.

MÁRIO COVAS [...]

ANEXO V

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] 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 de fato 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, 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 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 criminosa.

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 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 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 Hischheimer 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 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 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 tranqüilidade 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 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.

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 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 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 tranqüilidade 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 tranqüilidade 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 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 conseqüências 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 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 ínsita 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.

ROBERTO LUIS LUCHI DEMO

Juiz Federal Substituto da 14ª Vara/DF

ANEXO VI

RESOLUÇÃO CFM nº 1.995/2012

(Publicada no D.O.U. de 31 de agosto de 2012, Seção I, p.269-70)

Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes.

O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, no uso das atribuições conferidas pela Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, e pela Lei nº 11.000, de 15 de dezembro de 2004, e

CONSIDERANDO a necessidade, bem como a inexistência de regulamentação sobre diretivas antecipadas de vontade do paciente no contexto da ética médica brasileira;

CONSIDERANDO a necessidade de disciplinar a conduta do médico em face das mesmas;

CONSIDERANDO a atual relevância da questão da autonomia do paciente no contexto da relação médico-paciente, bem como sua interface com as diretivas antecipadas de vontade;

CONSIDERANDO que, na prática profissional, os médicos podem defrontar - se com esta situação de ordem ética ainda não prevista nos atuais dispositivos éticos nacionais;

CONSIDERANDO que os novos recursos tecnológicos permitem a adoção de medidas desproporcionais que prolongam o sofrimento do paciente em estado terminal, sem trazer benefícios, e que essas medidas podem ter sido antecipadamente rejeitadas pelo mesmo;

CONSIDERANDO o decidido em reunião plenária de 9 de agosto de 2012,

RESOLVE:

Art. 1º Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e

expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade.

Art. 2º Nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade.

§ 1º Caso o paciente tenha designado um representante para tal fim, suas informações serão levadas em consideração pelo médico.

§ 2º O médico deixará de levar em consideração as diretivas antecipadas de vontade do paciente ou representante que, em sua análise, estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica.

§ 3º As diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares.

§ 4º O médico registrará, no prontuário, as diretivas antecipadas de vontade que lhes foram diretamente comunicadas pelo paciente.

§ 5º Não sendo conhecidas as diretivas antecipadas de vontade do paciente, nem havendo representante designado, familiares disponíveis ou falta de consenso entre estes, o médico recorrerá ao Comitê de Bioética da instituição, caso exista, ou, na falta deste, à Comissão de Ética Médica do hospital ou ao Conselho Regional e Federal de Medicina para fundamentar sua decisão sobre conflitos éticos, quando entender esta medida necessária e conveniente.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília-DF, 9 de agosto de 2012

ROBERTO LUIZ D'AVILA-PRESIDENTE
SECRETÁRIO

HENRIQUE BATISTA E SILVA-