

**FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO**

VANESSA ROSA DE SOUZA



**MORTE DIGNA: O DIREITO DO PACIENTE
TERMINAL NO BRASIL**

**RUBIATABA-GO
2013**

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO

VANESSA ROSA DE SOUZA



MORTE DIGNA: O DIREITO DO PACIENTE
TERMINAL NO BRASIL

Monografia apresentada como requisito para a conclusão do curso de bacharelado em Direito da Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba, sob a orientação da Profª Fabiana Savini Bernardes Pires A. Resende

5-41904

Tombo n°:	19612
Classif:	
Ex:	1
Origem:	d
Data:	12.02.14

RUBIATABA-GO2013

FOLHA DE APROVAÇÃO

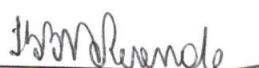
VANESSA ROSA DE SOUZA

**MORTE DIGNA: O DIREITO DO PACIENTE TERMINAL NO
BRASIL**

COMISSÃO JULGADORA

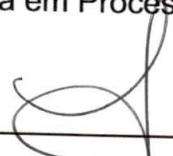
MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO TÍTULO DE BACHAREL EM DIREITO
PELA FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA

RESULTADO: _____

Orientadora  _____

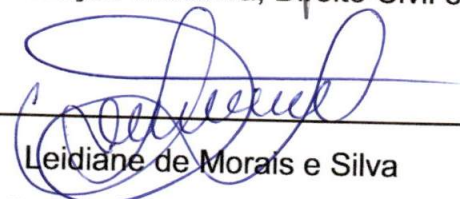
Fabiana Savini Bernardes Pires A. Resende

Especialista em Processo Civil

1º Examinador:  _____

Pedro Henrique Dutra

Especialista em Educação Inclusiva, Direito Civil e Processo Civil.

2º Examinador:  _____

Leidiâne de Moraes e Silva

Especialista em Direito Civil e Processo Civil

RUBIATABA, 2013.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a Deus que sempre prometeu estar ao meu lado, aos meus pais pelo amor incondicional e conselhos inestimáveis, à minha irmã Fabiana, à Débora e aos amigos que me tornaram uma pessoa melhor.

Principalmente aos pacientes terminais que lutam por uma vida digna diariamente que se tornaram fonte de inspiração desse trabalho, em que mesmo diante do sofrimento, guardam dentro de si a esperança de um novo dia que há de nascer, sem dor, sem sofrimento e angústia, a estes mestres da vida que nos ensina a dar o valor nas pequenas coisas.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por estar comigo em todas as fases da minha vida, principalmente nessa, por ter me dado sabedoria, paciência e saúde.

Os meus sinceros agradecimentos aos orientadores: Eufrásio Valtencino e Fabiana Savini pelo cuidado e atenção em transmitir os seus notáveis conhecimentos, pelo empenho e dedicação.

À minha família por este amor incondicional, porque apesar de todas as pedras e obstáculos inerentes na caminhada da vida, ainda assim, não perderam a esperança de lutar por este sonho comigo.

À minha prima Débora, minha irmã Fabiana, o Ricardo e aos outros amigos pela amizade, companheirismo, incentivo, sem os quais não seria tão fácil chegar até o presente momento.

Confia no Senhor e faze o bem; assim, habitarás na terra e te alimentarás em segurança. Deleita-te também no Senhor, e ele te concederá o que deseja o teu coração. Entrega o teu caminho ao Senhor; confia nele, e ele tudo fará. E ele fará a tua justiça como a luz, e o teu direito ao meio-dia.

Salmo 37,3-6

RESUMO: O presente trabalho tem como pressuposto analisar a morte digna, na ortotanásia, como direito do paciente terminal no Brasil. O Conselho Federal de Medicina editou a Resolução 1.805/2006 para propiciar aos pacientes terminais a possibilidade de escolha para interromper o tratamento nos casos de morte iminente e doença incurável, após preencher os requisitos imprescindíveis para adotar essa conduta médica, a qual foi objeto de Ação Civil Pública. O fundamento dessa modalidade é o princípio da dignidade da pessoa humana que está intrínseca ao homem e o acompanha até o término da vida. Há muitas controvérsias, pois alguns autores sustentam que é uma modalidade de eutanásia passiva tipificada como crime no Código Penal. Santoro (2012), Guimarães (2011), enfatizaram que a ortotanásia não é crime porque nela não consiste em antecipar a morte, ao contrário, acontece naturalmente e para que ela ocorra é necessário aplicar os cuidados paliativos.

Palavras-chaves: Ortotanásia; Dignidade da pessoa humana; Resolução 1.805/2006; Eutanásia passiva; Doença incurável e irreversível; Morte iminente.

ABSTRACT: The present work is to analyze the assumption dignified death in orthotanasia as a right for terminal patients in Brazil. The Federal Medical Council issued Resolution 1.805/2006 to provide terminal patients the choice to stop treatment in cases of imminent death and incurable disease, after filling out the essential requirements for adopting this medical management, which was the subject of Action Public civil. The foundation of this method is the principle of human dignity that is inherent to man and attached to the end of life. There are many controversies, as some authors maintain that it is a form of passive euthanasia criminalized in the Penal Code. Santoro (2012), Guimarães (2011), emphasized that orthothanasia is not a crime because it is not to hasten death, but instead, it comes naturally and for it to occur is necessary to implement palliative care.

Keywords: Orthotanasia; Human dignity, Resolution 1.805/2006; Passive Euthanasia; incurable and irreversible disease; Impending death.

LISTA DE ABREVIATURAS, SIGLAS E SÍMBOLOS

Apud = citado por

Art. = artigo

CEM = Conselho de Ética de Medicina

CFM = Conselho Federal de Medicina

Dr. = Doutor

In verbis = nestes termos

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1. O INÍCIO E O FIM DA VIDA.....	14
1.1 A CONCEPÇÃO LEGAL DO INÍCIO E FIM DA VIDA.....	14
1.2 DIREITO À VIDA.....	16
1.3 DIREITO À SAÚDE.....	18
1.4 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	20
2. PRINCÍPIOS DA BIOÉTICA	24
2.1 PRINCÍPIOS BIOÉTICOS BÁSICOS	24
2.2 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA	25
2.3 PRINCÍPIO DA BENEFICÊNCIA.....	29
2.4 PRINCÍPIO DA NÃO MALEFICÊNCIA.....	31
2.5 PRINCÍPIO DA JUSTIÇA.....	33
3. A ORTOTANÁSIA E INSTITUTOS AFINS	34
3.1 EUTANÁSIA	34
3.1.1 Eutanásia ativa.....	36
3.1.2 Eutanásia passiva	38
3.2 SUICÍDIO ASSISTIDO.....	39
3.3 ORTOTANÁSIA	42
3.3.1 Ortotanásia X eutanásia passiva	43
4. AVANÇOS LEGISLATIVOS.....	47
4.1 A RESOLUÇÃO CFM 1.805/06.....	47
4.2 ANTEPROJETO DE REFORMA DA PARTE ESPECIAL DO CÓDIGO PENAL.....	49
4.2.1 Posicionamentos contrários à ortotanásia	52
4.2.2 Posicionamentos favoráveis à ortotanásia.....	54
4.3 MORTE DIGNA.....	55
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	58

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar o término da vida, na eutanásia, suicídio assistido e especialmente ortotanásia seus efeitos, distinções, contexto histórico e reflexos jurídicos. Essa última modalidade busca propiciar uma morte digna ao paciente, sem, no entanto, interferir no processo de morte que ocorre naturalmente.

No que tange a justificativa é uma busca de compreender os valores humanos, a partir do seu início, com a vida. Sem defender esse direito não é possível chegar ao tema em comento.

No final do Século XX, passou a discutir com mais veemência sobre esses temas abordados em Biodireito, a ciência que trata da ética da vida. O primeiro capítulo analisa o direito à vida, esse direito que não implica somente em estar vivo, mas de ter uma vida digna até o seu término, o direito à saúde que o paciente terminal possui desde os cuidados com a sua higienização até os outros mínimos detalhes para que possa alcançar bem-estar físico, psicológico e o princípio da dignidade da pessoa humana o fundamento da ortotanásia.

A morte digna, em alguns casos específicos, merece proteção legal quando atende aos requisitos que serão analisados pormenorizadamente no decorrer dos capítulos, não se trata de homicídio privilegiado como ocorre na eutanásia, mas uma forma de aliviar o sofrimento do paciente que padece de doença incurável e irreversível, trata-se de não abandoná-lo, aplicando atendimentos indispensáveis, os cuidados paliativos, que não se desprende da ortotanásia.

A ortotanásia é o procedimento médico, com avaliação por dois profissionais de saúde, após o consentimento do paciente ou de seus familiares, que consiste em não submetê-lo a um tratamento médico desnecessário que vai além de suas forças, trata-se de não prolongar a vida sem a respectiva qualidade de vida.

No segundo capítulo abordamos os princípios da bioética que se mostraram de fundamental importância no contexto histórico, devido à inexistência de leis a respeito do tema, mas antes desses princípios surgirem, Hipócrates, pai da

medicina, enfatizava a importância de observar os princípios éticos de propiciar o bem ao paciente.

Já o terceiro capítulo faz a distinção entre eutanásia e as suas espécies: a ativa e a passiva, para fins desse trabalho somente essas duas, suicídio assistido e a ortotanásia. Essas distinções são primordiais para que a ortotanásia não possa ser enquadrada como crime.

Por último, discorreremos no quarto capítulo os avanços legislativos, a Resolução 1.805/2006 editada pelo Conselho Federal de Medicina em que trouxe à tona a problemática do presente tema, inclusive foi objeto de Ação Civil Pública. Também serão demonstrados posicionamentos favoráveis e contrários à ortotanásia e a morte digna como preceito fundamental.

Foram utilizados no presente trabalho monográfico a pesquisa bibliográfica e documental a partir de estudos teóricos já publicados como: livros, artigos científicos, revistas, as leis e códigos, sites confiáveis da internet e o filme que trata desse tema específico.

Dessa forma, a pesquisa documental, assim como conceitua Rampazzo (2005, p. 51): "procura os documentos de forma primária, a saber, os "dados primários" provenientes de órgãos que realizaram as observações. Esses "dados primários" podem ser encontrados em arquivos, fontes estatísticas e fontes não-escritas".

Conforme explicitado por Rampazzo (2005, pág. 53): "A pesquisa bibliográfica procura explicar um problema a partir das referências teóricas já publicadas (em livros, revistas, etc.) Pode ser realizada independentemente, ou como parte de outros tipos de pesquisa. Qualquer espécie de pesquisa, em qualquer área, supõe e exige uma pesquisa bibliográfica prévia, quer para o levantamento da situação da questão, quer para fundamentação teórica, ou ainda para justificar os limites e contribuições da própria pesquisa".

Também utilizamos da compilação, esta que tem por base a opinião de vários autores para que se possa ter o maior esclarecimento possível acerca do tema.

Ao fazer essa análise e compreender essa modalidade de forma específica será possível chegar a uma conclusão se a ortotanásia é considerada crime no Brasil ou se o contrário disso resulta num direito do paciente terminal que

padece de dor e sofrimento incurável, sempre levando em conta a pessoa com as suas peculiaridades.

1. O INÍCIO E O FIM DA VIDA

O término da vida humana desde o princípio foi considerado uma preocupação por envolver mistérios inexplicáveis, e nos casos de doenças terminais até que momento o homem pode interferir na vida daquele que padece de enfermidade incurável.

A evolução da medicina nos mostra que mesmo com o seu avanço significativo, em casos específicos de doenças terminais e incuráveis não se consegue curar o paciente, ao contrário, acarreta somente dor e sofrimento prolongando a vida, mas sem a qualidade esperada e isso afasta o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse capítulo abordaremos o início e o fim da vida, o direito à saúde e o princípio da dignidade da pessoa humana.

1.1 A CONCEPÇÃO LEGAL DO INÍCIO E FIM DA VIDA

Para a filosofia de Kant, a existência humana jamais pode ser considerada como meio, como mero objeto, pois o homem não pode ser considerado como "coisa". Desse modo, a vida deve ser um fim em si mesmo, considerando-se pessoas como seres racionais¹ que se autoquestionam e possuem um valor absoluto. Por isso a necessidade de se valorar a morte digna.

Nesse sentido, Dodge entende que o ordenamento jurídico não deve definir conceito de vida ou morte². No entendimento de Lopes, Santoro e Lima, essa concepção deve ficar reservada à medicina. No entanto, o Código Civil em seu artigo 2º assim estabelece: "A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro".

¹ Alexy *apud* SILVA, José Afonso da. Poder Constituinte e Poder Popular. São Paulo: Editora Malheiros, 2000.

² DOGDE, Raquel Elias Ferreira. Eutanásia aspectos jurídicos penais. Revista Bioética disponível em http://www.revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/299/438. Acesso em 12 de abril as 10:42h.

O início da vida para medicina possui vários entendimentos por envolver aspectos biológicos minuciosos, mas para o direito o momento específico do início da vida é a partir da concepção, nesse momento, já existe a proteção legal em favor do nascituro, independentemente desses conflitos científicos do momento preciso³.

Para Coelho (2012), desde a concepção já existe uma vida a ser protegida. O nascituro apesar de ainda ser considerado um ser despersonalizado possui direito, ou melhor, uma expectativa de direito, mas só passa a exercê-lo no momento em que nasce com vida e respira o ar. No mesmo aspecto, nos ensina sobre o ciclo vital, Lopez, Lima e Santoro (2012, p. 42):

A tutela da vida humana abrange todo o ciclo da vida. Inicia-se com a fecundação, marco inicial do desenvolvimento humano, e continua com a implantação, o período embrionário, o período fetal, o nascimento, a infância, a puberdade, a idade adulta e a velhice, até a morte. A proteção constitucional dá-se em todas essas fases.

Já em relação à morte que se encontra no artigo 6º do Código Civil nesses termos: "A existência da pessoa humana termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura da sucessão legítima". Aqui não delimita precisamente de quando ocorreria a morte.

O fim da vida teve muitas indagações do seu momento exato, para Lei de Transplantes ocorre quando é constatada a morte encefálica, a partir dessa premissa já pode realizar os transplantes de órgãos. Nesse sentido, se o fim da vida termina com a morte encefálica, no entendimento do Supremo Tribunal Federal a vida também teria o seu início com a formação do cérebro⁴. Por outro lado acerca das consequências da morte, Coelho pondera (2012, p.229):

A morte implica o fim da pessoa natural. A partir desse fato jurídico, nenhum novo direito ou dever pode ser-lhe imputado. Após a solução de suas dívidas, os bens são transmitidos aos sucessores, herdeiros ou legatários. O registro e documentação desse fato; assim, são cercados de formalidades e cautelas.

³ LOPES, Antônio Carlos; LIMA, Carolina Alves de Souza; SANTORO, Luciano de Freitas. **Eutanásia, Ortotanásia e Distanásia: aspectos médicos e jurídicos**. São Paulo: Editora Atheneu, 2011, p. 41.

⁴ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2012.

Para Hintermeyer (2006), a morte causa medo aos homens porque as conquistas materiais perdem seu valor, a separação de pessoas queridas, aquilo que não pode ser explicado, torna-se um mistério inevitável. A morte por cessar todas as atividades, tanto físicas e laborais, causa dor porque a espécie humana se encontra com sua própria fragilidade.

A reflexão da morte em todas as peculiaridades é analisada por Hintermeyer com as seguintes preleções (2006, p. 17): "Se de fato é preciso morrer, ao menos que não seja de qualquer jeito! Não como um animal, abandonado no âmbito em que suas forças o traíram".

Morrer, portanto, é o ciclo inevitável de todos os seres, mas esse momento pode ser antecipado em afronta ao direito?

1.2 DIREITO À VIDA

A vida é um bem fundamental, sem este direito se torna impossível a concretização dos demais direitos inerentes a natureza humana, por mais simples que possa parecer como o direito à saúde, educação e lazer. É a justificativa para existir o ordenamento jurídico e por isso é considerada como cláusula pétrea na Constituição Federal, portanto é inviolável.

O ordenamento jurídico pátrio protege de diversas formas por meio da: Constituição Federal, nas Convenções Internacionais, as quais o Brasil é signatário e no próprio Código Penal para que não haja quaisquer dúvidas a respeito da tutela estatal.

No Código Penal na parte especial, como lei infraconstitucional, o primeiro direito a ser tutelado é a vida contra o homicídio, o induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, infanticídio e o aborto⁵. Trata-se de um direito indisponível, ou seja, se ocorrer qualquer violação ou atentado a vida o Estado interfere, a fim de protegê-la contra quem tentou deturpá-la.

⁵ LAGO, Daniele. A inviolabilidade do direito à vida é condicional? Artigo disponível em <http://www.urimep.br/phpg/mostraacademica/anais/7mostra/4/260.pdf>. Acesso no dia 27 de agosto as 13:35h.

Para Tavares, o direito à vida se apresenta em duas vertentes: o direito à existência e o direito a ter uma vida digna para que se possa alcançar a primeira.

O direito à existência consiste unicamente no direito de estar vivo e ter seu ciclo vital interrompido de forma natural sem a interferência de um terceiro, é simplesmente a possibilidade de lutar pela vida e de defendê-la contra toda e qualquer ameaça⁶.

A segunda vertente conforme apresentada, trata-se de o direito de ter recursos para proteger o direito à existência para que lhe seja assegurado condições mínimas para viver. Por exemplo, o enfermo que não tem condições financeiras de cuidar da sua saúde, o Estado deve oferecer amparo para que possa se curar, e consequentemente, continuar vivendo.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 7º assim preceitua: "a criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência".

Apesar de o artigo se referir somente a crianças e adolescentes este é um direito assegurado a todos os homens, sem quaisquer discriminações, pois busca propiciar uma vida sadia e harmoniosa desde a sua concepção⁷. Acerca do assunto do direito à vida digna, assim pondera Sá⁸ (2005, p.32):

Tem-se que não pode privilegiar apenas a dimensão biológica da vida humana, negligenciando a qualidade de vida do indivíduo. A obstinação em prolongar o mais possível o funcionamento do organismo de pacientes terminais não deve mais encontrar guarida no Estado de Direito, simplesmente, porque o preço dessa obstinação é uma gama indivisível de sofrimentos gratuitos que não somente a biológica, de forma que aceitar o critério da qualidade de vida significa estar a serviço não só da vida, mas também da pessoa. O prolongamento da vida somente pode ser justificado se oferecer algum benefício, ainda assim, se esse benefício não ferir a dignidade do viver e do morrer.

⁶ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito constitucional**. 10º Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.575.

⁷ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito constitucional**. 10º Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 577.

⁸ SÁ, Maria de Fátima Freire. **Direito de morrer: Eutanásia, Suicídio Assistido**. 2º Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 32.

Nesse sentido, o direito à vida vai muito além de proteger somente num sentido biológico, que muitas vezes se restringe a continuidade das atividades vitais. Mas a pessoa como um todo, como sujeito de direitos, assegurando a sua dignidade, os direitos fundamentais para continuar vivendo bem. Dessa forma, propicia ao homem um completo bem-estar e a sua qualidade de vida.

1.3 DIREITO À SAÚDE

A saúde é um direito fundamental, e é tão importante na vida do homem que sem este direito ele não consegue realizar as suas atividades, esse direito dignifica e ao mesmo tempo propicia a igualdade entre os homens, como nos mostra Silva (2001)⁹. Encontra-se como um dos direitos sociais que exige uma ação positiva do Estado para se concretizarem; mas em alguns casos específicos uma ação negativa.

Encontra-se previsto no artigo 6º da Constituição Federal: "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação". Acerca desse assunto, da importância do direito à saúde, a Constituição Federal, assim estabelece¹⁰:

A Constituição legitima o direito de todos, sem qualquer discriminação, às ações de saúde, assim como explicita o dever do poder público em prover pelo gozo desse direito. Trata-se de uma formulação política e organizacional para o reordenamento dos serviços e ações de saúde, baseada em princípios doutrinários que dão valor legal ao exercício de uma prática de saúde ética, que responda não a relações de mercado mas a direitos humanos:

Universalidade: garantia de atenção à saúde a todo e qualquer cidadão.

Equidade: direito ao atendimento adequado às necessidades de cada indivíduo e coletividade.

⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Editora Magalhães, 2001.

¹⁰ **SAÚDE**. Artigo disponível em <http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/livro092.pdf>. Acesso no dia 30 de março de 2013, às 10:00h

Integralidade: a pessoa é um todo indivisível inserido numa comunidade.

O princípio da universalidade, característica da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, exige do Estado medidas políticas ou econômicas para que possa garantir o direito à saúde e que indiscutivelmente deve atingir de forma igualitária a todas as classes, aqueles que não possuem condição financeira, e necessitam de amparo estatal, principalmente aos mais debilitados como ocorre nos pacientes terminais.

Em algumas situações nos referimos à saúde como a inexistência absoluta da doença e a aplicabilidade desproporcional dos meios terapêuticos e medicinais. Mas a Organização Mundial de Saúde para evitar essa confusão traz o conceito: "Saúde é o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença"¹¹. A respeito do assunto há duas vertentes pontuadas por Canotilho e Moreira (*apud* DA SILVA, 2001, p. 312):

O direito à saúde comporta duas vertentes, uma, de natureza negativa, que consiste no direito a exigir do Estado (ou de terceiros) que se abstenha de qualquer ato que prejudique a saúde; outra, de natureza positiva, que significa o direito às medidas e prestações estaduais visando a prevenção de doenças e o tratamento delas.

O Estado deve atuar para garantir uma vida saudável aos cidadãos e não se trata de uma escolha, mas um dever-agir. Assim, a dignidade se concretiza quando o enfermo busca prestação assistencial e é atendido em suas necessidades.

Em outros casos esse direito se torna presente quando existe a possibilidade de exigir uma ação negativa do Estado e afastar a medicina não como um sentimento de derrota por não ter vencido a doença, mas de reconhecer que somos frágeis e que nem tudo está ao alcance humano e continuar seria torná-lo um mero objeto de experiências incansáveis.

O direito à saúde também acontece quando o paciente tem um acompanhamento psicológico para obter bem-estar, num quadro clínico irreversível,

¹¹ SAÚDE. Artigo disponível em <http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/livro092.pdf>. Acesso no dia 04 de abril as 11:00h.

por mais que não possa ter a cura de sua doença, esse tratamento torna a vida mais digna. Para Mendes, Lustosa e Andrade não existe uma forma específica de a psicologia alcançar o paciente terminal e propiciar um perfeito bem-estar social, mas pequenos gestos humanísticos que o faça se sentir mais digno, por exemplo, a sua higienização. Desta forma, ele consegue morrer com serenidade¹². Na Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu artigo XXV:

1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, o direito à segurança, em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle¹³.

A Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 nos mostra que a pessoa deve ter um padrão de vida para que lhe seja assegurado o direito à saúde e o bem-estar, às vezes pode não ser possível a cura, mas que seja resguardada uma vida digna, como direito fundamental da pessoa humana.

1.4 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A lição kantiana do ser racional preconiza que o homem não possui preço e sim dignidade, porque o preço é relativo às "coisas", ou àquilo que pode ser substituído¹⁴. A vida é feita de valores dos quais decorrem os demais direitos, inclusive a dignidade da pessoa humana.

¹² MENDES, Juliana Alcaires; LUSTOSA, Maria Alice; ANDRADE, Maria Clara Mello. **Paciente terminal, família e equipe de saúde**. Artigo disponível em http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-08582009000100011. Acesso no dia 20 de agosto às 13:55h.

¹³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7º Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

¹⁴ SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular**. São Paulo: Editora Malheiros, 2000 p.146.

A dignidade não é uma criação da Constituição, mas a própria razão de existir da pessoa, pois a honra não é inventada, mas atribuída, assim como nos mostra Silva (2000). Na Constituição não está expressa como um dos direitos fundamentais se encontra como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil que se estende a todas as pessoas, independente da sua posição social, raça, cor ou sexo. Acerca desse assunto, Tavares (2012, p.589), pondera:

Dessa forma, a dignidade do Homem não abarcaria tão somente a questão de o Homem não poder ser um instrumento, mas também, em decorrência desse fato, de o Homem ser capaz de escolher seu próprio caminho, efetuar suas próprias decisões, sem que haja interferência direta de terceiros em seu pensar e decidir.

Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana não compreende somente de não ser um mero objeto, sujeito às experiências humanas em busca de cura, mas também do homem ser livre para decidir sobre a sua própria vida sem ferir os parâmetros da lei, já que muitos autores defendem que o princípio da dignidade da pessoa humana não é absoluto e que deve haver limites na sua aplicabilidade.

Assim como nos mostra Alexy (*apud* TAVARES, André Ramos, 2012, p. 592): "Tudo depende da constatação sob quais circunstâncias pode ser violada a dignidade da pessoa humana".

O princípio da dignidade da pessoa humana não pode ser considerado absoluto sendo aplicado sem examinar circunstâncias ora decorrentes, porque há casos que esse princípio conflita com o direito à vida. Nessa situação, deve aplicar aquele direito que menos ofende a pessoa, isso porque o direito à vida às vezes prevalece sobre o princípio da dignidade humana, mas em outras situações esse não se mostra como a melhor escolha.

Dessa forma, Nunes (*apud* SANTORO, Luciano de Freitas, 2012, p. 64) a respeito do princípio da dignidade da pessoa humana pontua da seguinte forma: "Para definir dignidade é preciso levar em conta todas as violações que foram praticadas, para, contra elas lutar". Por isso devemos analisar o que homem sofreu

para chegar a esse direito, as violações, atrocidades causadas contra a humanidade¹⁵.

Em se tratando de eutanásia, a origem deu-se na Grécia onde era utilizado o veneno ofertado ao ancião após uma festa. Mais tarde, os próprios doentes, cansados de viver, buscavam meios de aliviar a sua dor e procuravam os médicos para conseguir remédio mortal.

Em Atenas também não era diferente, crianças que nasciam com deformações físicas, imagem para muitos repudiada aos olhos humanos, e doentes eram jogadas na rocha¹⁶. Nesse sentido, foi criada uma lei que determinava que crianças doentes consideradas inúteis para a sociedade, fossem mortas¹⁷. A intenção primordial era resguardar os militares para que não fossem acometidos de doenças graves.

Em algumas culturas primitivas quando os anciãos chegavam a uma determinada fase da vida, sabia que a sua vida seria abreviada mesmo sem o seu consentimento e assim o seu destino era tido como fatal e esperado. Essa prática levava os próprios filhos a conduzirem seus pais ao ato final, considerado como piedade ou misericórdia.

Nesse sentido, a prática de eutanásia já estava presente desde a Grécia antiga, a dignidade da pessoa humana intrínseca ao homem. A respeito da sua conceituação assim pondera Ingo Sarlet (*apud* SANTORO, Luciano de Freitas, 2012, p. 65):

Assim sendo, tem-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em 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.

¹⁵ NUNES, Rizzato *apud* SANTORO, Luciano de Freitas. **Morte digna o direito do paciente terminal**. Curitiba: Juruá, 2012.

¹⁶ PESSINI, Leo. **Por que abreviar a vida?** São Paulo: Edições Loyola p. 104.

¹⁷ JÚNIOR, Heitor Piedade; LEAL, César Barros. **Violência e vitimização: face sombria do cotidiano**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2001 p. 92.

O princípio da dignidade da pessoa humana é irrenunciável é o que possibilita ter as condições mínimas para continuar vivendo, é o respeito que deve ser preservado contra quem queira deturpar e a honra que não pode ser adquirida, sem os quais a vida perde o seu valor.

É um princípio protegido pela Constituição Federal, em âmbito interno, mas em caso de omissão ou violação do Estado quando deixa de tomar as providências cabíveis o direito internacional não deixa o cidadão desamparado e passa atuar diretamente no caso, sem ofender, contudo, a sua soberania.

Conforme pontua Alexy (*apud* SILVA, 2000, p. 148), a dignidade acompanha até a sua morte. Vejamos a ideia do referido pensador: "Porque a dignidade acompanha o homem até a sua morte, por ser da essência da natureza humana, é que ela não admite discriminação alguma e não estará assegurada se o indivíduo é humilhado, discriminado, perseguido ou depreciado".

O homem carrega dentro de si a dignidade que tem o seu início com a vida considerada, bem indisponível, e se encerra com a morte que deve ser garantido todos os meios indispensáveis para torná-la digna, sem dor e sofrimento.

No próximo capítulo abordaremos os princípios da bioética que se mostram ser de fundamental importância para esse tema devido a inexistência de leis para os casos de ortotanásia.

2. PRINCÍPIOS DA BIOÉTICA

Neste capítulo trabalharemos sobre os princípios que são essenciais ao ordenamento jurídico, sem os quais, em caso de omissão, se torna praticamente impossível obter uma decisão convicta.

Abordaremos os princípios da bioética, que se tornaram alicerces nas práticas médicas, devido à inexistência de normas jurídicas. Principalmente em se tratando de ortotanásia e eutanásia, estes princípios são: da autonomia, beneficência, da não-maleficência e da justiça.

2.1 PRINCÍPIOS BIOÉTICOS BÁSICOS

A palavra bioética é a junção de duas palavras gregas, em que bio significa vida e ethos ética. Sendo assim, ética da vida. Essa ciência surgiu com a necessidade de proteger a vida, pois com a evolução da medicina, biologia e a tecnologia, havia a necessidade de colocar limites nas experiências científicas¹⁸.

A bioética já estava presente desde Hipócrates, mesmo não existindo uma ciência para tratar dos temas específicos de práticas médicas, com normas e princípios, este já demonstrava a sua preocupação em valorar a vida, afirmava que o médico tinha a obrigação de protegê-la e, partindo dessa premissa, de não causar mal ao enfermo¹⁹.

As pesquisas científicas são primordiais ao tratamento médico, mas há uma necessidade de ponderá-las e também de afastá-las, pois em determinadas situações, ao invés, de trazer um benefício se tornam prejudiciais à saúde do homem.

¹⁸ LOPES, Antonio Carlos; LIMA, Carolina Alves de Souza; SANTORO, Luciano de Freitas. *Eutanásia, Ortotanásia e Distanásia: aspectos médicos e jurídicos*. São Paulo: Editora Atheneu, 2011, p.76.

¹⁹ Santoro, Luciano de Freitas. *Morte Digna: o direito do paciente terminal*. Curitiba: Juruá, 2012. p.99.

Os idealizadores dos princípios norteadores da Bioética são Beuchamp e Childress; também receberam forte influência do Relatório Belmont, o intuito era de assegurar ética nas pesquisas científicas realizadas em humanos, como assevera Cohen (2002, p. 35)²⁰.

O profissional de saúde muitas vezes ao cuidar da saúde do enfermo é chamado para dar o seu parecer a respeito de qual procedimento médico será mais adequado ao enfermo. Mas em casos de doenças terminais, incuráveis e graves, devido à omissão do ordenamento jurídico, somente os princípios servem como alicerce para suprir as lacunas existentes em que as normas não são capazes de regulamentar.

2.2 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA

A relação médico-paciente, às vezes, torna-se muito distante da realidade, a preocupação consiste apenas na cura e não com a pessoa que possui a doença, os seus valores, as suas crenças e a sua opinião não são levados em consideração²¹ e quando isso ocorre o princípio da autonomia corre o risco de ficar longínquo.

O desenvolvimento tecnológico substituiu o contato direto com o médico, estabeleceu uma relação contratual, que visa unicamente o comprometimento com a obrigação ora vinculada²². Busca-se ganhar tempo e o menor contato possível com o paciente, sem se preocupar com o seu efetivo bem-estar e o momento de fragilidade em que se encontra.

Na visão de Moller (2012), o cuidado médico e psicológico deve ser acompanhado em cada fase do paciente terminal e o enfermo deve ser tratado com

²⁰ COHEN, Marco Segre Claudio. **Bioética**. 3ª Ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2002.

²¹ MOLLER, Letícia Ludwig. **Direito à morte com dignidade e autonomia**. 1ª Ed. (2007), 3ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2012. p.60.

²² Sá, Maria de Fátima Freire. **Direito de Morrer: Eutanásia, Suicídio Assistido**. 2ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

as suas particularidades, compreender o seu sofrimento e identificá-lo como pessoa única e não por números ou sua doença, assim como é tão comum nos hospitais²³.

O princípio da autonomia propicia ao ser humano, a prerrogativa de ser dono de si, para que lhe seja assegurado o poder de decisão sobre a sua própria vida, respeitando dessa forma a sua individualidade.²⁴ O artigo 59 do Código de Ética de Medicina preceitua:

Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta ao mesmo possa provocar dano, devendo, nesse caso, a comunicação ser feita ao seu responsável legal.

O paciente tem o direito de ser informado precisamente do seu diagnóstico, os possíveis riscos do tratamento para que possa decidir sobre aquilo que melhor lhe convém. Mas se o médico mostra frieza e essa relação se torna distante, em que não busca opinião do enfermo a respeito de sua própria vida, fica comprometido o procedimento a ser adotado, e se torna impossível mencionar na existência do princípio da autonomia. Acerca do assunto, assim pontua Moller (2012, p. 62):

É dever do médico utilizar-se do seu conhecimento para ajudar seus pacientes, definindo o prognóstico e identificando quais são as terapias mais adequadas a determinado caso clínico. Todavia, também é responsabilidade do profissional saber o momento de interromper ou deixar de oferecer um tratamento desgastante, doloroso e inútil, especialmente ao levar em consideração a manifestação de vontade do paciente neste sentido.

Nesse sentido, a manifestação de vontade é importante porque atinge diretamente o estado de saúde do enfermo que padece de dor e sofrimento. Somente o paciente é capaz de dizer até que ponto pode interferir na sua vida num quadro clínico irreversível e incurável.

²³ MOLLER, Letícia Ludwig. **Direito à morte com dignidade e autonomia**. 1º Ed. (2007), 3º reimpr. Curitiba: Juruá, 2012. p. 64-65.

²⁴ SANTORO, Luciano de Freitas. **Morte Digna: o direito do paciente terminal**. 2012. p. 101.

Assim, como os outros princípios, o princípio da autonomia também não é absoluto. Para Moller (2012) a opinião do enfermo deve ter limites, principalmente quando conflitar com a do médico que possui as suas razões²⁵. O médico como profissional autônomo não é obrigado a consentir quando achar que a manifestação de vontade vai contra os seus preceitos médicos ou morais.

Há casos em que o paciente está impossibilitado de tomar a decisão sobre a sua própria vida por se encontrar inconsciente, nessa situação quem decide por ele é família que obtém poder de decisão para aplicar medida mais viável²⁶.

Na visão de Childress (2002, p.144), assim estabelece: "O respeito à autonomia obriga os profissionais a revelar as informações, verificar e assegurar o esclarecimento e a voluntariedade, e encorajar a tomada de decisão adequada"²⁷.

O princípio da autonomia busca respeitar a pessoa como ser autônomo, capaz de tomar as próprias decisões. Mas desde que esteja apto a decidir e após análise por profissionais de saúde, de preferência no mínimo dois, para que não ocorra equívoco nos laudos médicos e depois de avaliado o estado psicológico, já que o enfermo pode passar por estágios emocionais podendo prejudicar na sua decisão.

Por exemplo, quando um enfermo se mostra determinado a continuar o tratamento mesmo sabendo da impossibilidade de cura e momentaneamente muda de opinião, sem que haja um motivo plausível, essa decisão não pode ser aplicada de imediato, é comum ter instabilidades emocionais e agir por impulso sem pensar nas consequências.

É de extrema importância que os profissionais de saúde: médico, psicólogo, enfermeiros e principalmente os familiares conheçam o enfermo para saber por qual fase ele pode estar passando, que consistem em cinco fases, como nos mostra Elisabeth Kübler-Ross (*apud* MÖLLER, 2012, p.67-68):

- (1) Negação e isolamento: a primeira reação dos pacientes, ao tomarem conhecimento da fase terminal de sua doença, costuma ser a de negação. Normalmente é uma defesa

²⁵ MOLLER, Letícia Ludwig. **Direito à morte com dignidade e autonomia**. 1º Ed. (2007), 3º reimpr. Curitiba: Juruá, 2012. p.59.

²⁶ MOLLER, Letícia Ludwig. **Direito à morte com dignidade e autonomia**. 1º Ed. (2007), 3º reimpr. Curitiba: Juruá, 2012. p. 54-55.

²⁷ CHILDRESS, James F; BEAUCHAMP, TOM L. **Princípios de ética e biomédica**. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

temporária, sendo aos poucos substituída por outros sentimentos e por uma aceitação parcial da sua condição [...].

(2) Raiva: sentimentos de raiva, revolta, ressentimento e inveja costumam seguir-se à negação. O paciente percebe o que está ocorrendo, reconhece que não se trata de um engano, mas se mostra inconformado: 'Por que eu?'. Nesse estágio, há o risco de parentes e até mesmo enfermeiros e médicos procurarem distância do paciente, devido ao seu comportamento, às suas exigências e queixas [...].

(3) Barganha: quando o paciente desiste de negar sua doença e deixa de revoltar-se contra ela, por vezes busca subterfúgios como barganha, pedindo a sua cura ou alguns meses ou dias a mais de vida para que possa participar de um último momento importante, como o casamento de um filho, o nascimento de um neto;

(4) Depressão: vários fatores podem desencadeá-la: pode ser proveniente de preocupações de ordem prática, como a mãe que tem que se afastar de seus filhos e do lar, ou a preocupação com os elevados custos de tratamento e a situação financeira da família [...].

(5) Aceitação: Kübler-Ross acredita que um paciente que tiver tido tempo necessário e tiver recebido ajuda e cuidados em cada momento por que passou, possivelmente conseguirá atingir um estágio em que não mais sentirá depressão, nem raiva aceitando o seu fim. Muitas vezes desejará ficar mais tempo só e não ser incomodado com as notícias do "mundo exterior".

Nesse sentido, é necessário acompanhar o enfermo para saber por qual fase o enfermo se encontra, e somente após a constatação convicta do seu quadro e inexistindo possibilidade de cura, que poderá abster do tratamento, pois fases de negação, depressão acontece com muita frequência nos pacientes terminais. Para se chegar à fase de aceitação depende de cada indivíduo de como ele reage num momento de sofrimento por isso a importância desse acompanhamento por profissionais e pessoas de seu convívio.

Engelhardath (1998) pontua que o indivíduo deve ter autonomia para morrer, pois cabe somente a própria pessoa imersa num sofrimento ocasionada pela enfermidade, decidir ou optar livremente seu desejo pela continuidade da vida, independentemente de encontrar-se em estado terminal. A respeito do assunto, Engelhardath (1998, p.428) esclarece o seguinte sobre essa autonomia²⁸:

²⁸ JR, H. Tristram Engelhardt. **Fundamentos da Bioética**. São Paulo: Edições Loyola, 2004



Os indivíduos competentes possuem o direito moral secular de procurar pacificamente, até onde for possível com o consentimento dos outros, realização particular da vida boa e da boa morte (...). Os indivíduos livres, pelo menos em termos seculares gerais, não são responsáveis pelas ações livres de outros, embora tenham de viver com as consequências das livres decisões alheias (...). Os indivíduos deveriam ter a liberdade de morrer como decidem, mesmo que não tomem a decisão no momento apropriado.

Nesse contexto, pode ocorrer de o enfermo encontrar-se impossibilitado de decidir sobre a sua própria vida, e essa autonomia poderia acarretar uma decisão irreparável, sem o uso da razão que ocorre num momento de desespero, como demonstrado na citação acima. Por isso, o objetivo de aliviar a dor, por melhor que possa parecer não pode ser considerado como fim em si mesmo.

2.3 PRINCÍPIO DA BENEFICÊNCIA

Desde os primórdios, este princípio já estava implícito na medicina e teve seu início com o pai da medicina, Hipócrates. Os próprios doentes, cansados de viver, buscavam meios de aliviar a sua dor e procuravam os médicos para conseguir remédio mortal, e este médico recriminava outros profissionais da saúde que ministravam esse tipo de conduta não benéfica²⁹, pois indiretamente queria praticar o bem ao enfermo.

Esse princípio exige uma atuação positiva, em que consiste fazer o bem. A palavra beneficente exige uma ação, ou seja, pretensão de beneficiar pessoas, de ajudar, dar amparo³⁰. Portanto, uma atitude de propiciar o melhor ao próximo. A respeito desse princípio, Diniz (2005, p. 17) pontua:

O princípio da beneficência requer o atendimento por parte do médico ou do geneticista aos mais importantes interesses das pessoas envolvidas nas práticas biomédicas ou médicas, para atingir seu bem-estar, evitando, na medida do possível, quaisquer danos. Baseia-se na tradição hipocrática de que o profissional de saúde, em

²⁹ CARVALHO, Gisele Mendes de. *Aspectos jurídicos-penais da Eutanásia*. São Paulo: IBCCRIM, 2001.

³⁰ ZOBOLI, Elma L. C. P. *Ética e administração hospitalar*. São Paulo: Edições Loyola, 2002. p 68.

particular o médico, só pode usar o tratamento para o bem do enfermo, segundo sua capacidade e juízo, e nunca para fazer o mal ou praticar injustiça. No que concerne às moléstias, deverá ele criar na praxis médica o hábito de duas coisas: auxiliar ou socorrer, sem prejudicar ou causar mal ou dano ao paciente.

O princípio da beneficência deve ser pautado em duas vertentes: não causar o mal e maximar os benefícios, de uma forma mais abrangente possível, minimizando os danos ³¹, buscando sempre o melhor para o enfermo.

Para Santoro (2012) o médico deve fazer o bem mesmo que isso vá contra a manifestação de vontade ou de seus familiares, nesses casos, deve-se indagar o que é melhor para o enfermo.

Nesse sentido, Engelhardt (*apud* MÖLLER, 2012, p.54), indaga: "O que é fazer o bem? Qual bem deve ser feito?" Essa é uma interrogação que causa muita dúvida, partindo da premissa de que cada pessoa é única e possui seus valores e crenças, pois o que é bom para um pode ser inviável para outro.

Por exemplo, as pessoas adeptas à religião Testemunhos de Jeová, não admitem a transfusão de sangue porque vai contra as suas crenças religiosas. Para alguns autores como Prof. Gracia (*apud* GOLDIM), a autonomia deve ser respeitada sem quaisquer restrições nessas situações sociais, defende a ideia de respeitar o poder de tomar a decisão, ou seja, o princípio da autonomia. ³²

Mas para outros autores, como Genival Veloso (*apud* GOLDIM), o princípio da beneficência se sobrepõe ao princípio da autonomia, em se tratando de estado de iminente perigo, mostra-se como um dever do médico salvar a vida do paciente com todos os recursos cabíveis, mesmo sem o consentimento do paciente porque entre o princípio da autonomia e a vida, quando há chances de cura este direito prevalece sobre os demais sobre o preceito fundamental de fazer o bem ³³.

³¹ CHILDRESS, James F; BEAUCHAMP, TOM L. **Princípios de ética e biomédica**. São Paulo: Edições Loyola, 2002. p. 282.

³² GOLDIM, José Roberto. **Transfusão de sangue em Testemunhos de Jeová**. Artigo disponível em <http://www.bioetica.ufrgs.br/transfus.htm>. Acesso no dia 06 de setembro de 2013.

³³ GOLDIM, José Roberto. **Transfusão de sangue em Testemunhos de Jeová**. Artigo disponível em <http://www.bioetica.ufrgs.br/transfus.htm>. Acesso no dia 06 de setembro de 2013.

2.4 PRINCÍPIO DA NÃO MALEFICÊNCIA

Este princípio da não maleficência trata de um desdobramento do princípio da beneficência, em que além de fazer o bem ao próximo deve ter uma atuação negativa de não prejudicar e evitar danos desnecessários ao enfermo³⁴, já o princípio da beneficência prescinde de uma atuação positiva.

Na medicina não é possível garantir de forma absoluta a restrição de riscos, é inerente à prática médica, apesar de todos os recursos disponíveis para propiciar segurança ao paciente. Isso ocorre porque mesmo com a evolução da medicina, em algumas situações não é possível prevenir como o organismo reage diante de um momento inesperado. Nessa situação, o melhor a ser feito é evitar o dano ou prejuízos maiores.

Um exemplo citado por Childress e Beauchamp (2002), nos mostra que uma pessoa para obter exames médicos, deve se sujeitar a procedimentos para tirar sangue, em comparação ao resultado é um dano ínfimo, pois para aplicar um diagnóstico convicto o médico necessita atingir a integridade física para evitar danos maiores. Nesse viés, percebemos que o princípio da beneficência se mostrou mais eficaz, ao invés de não causar mal, porque o intuito era mais benéfico a vida³⁵.

Acerca do assunto, Villas-Bôas (*apud* SANTORO, 2012, p. 104), pondera:

Observe-se aqui a sutil distinção entre 'fazer o bem' e 'não fazer o mal'; afinal, no cotidiano da vivência médica, pode ocorrer que, em dado momento no curso da patologia, não seja mais possível oferecer qualquer tratamento benéfico ao paciente, nada mais havendo no arsenal médico que o conduza ao restabelecimento da saúde, restando, então, ao menos, não se lhe fazer o mal, não lhe agravando os sofrimentos mediante uso exagerado e desnecessário de recursos tecnológicos. Combate-se, com isso, a obstinação terapêutica e a distanásia, em que o médico, conhecendo a inutilidade da adoção de certa medida, insiste em aplicá-la, gerando assim, mais dores do que vantagens.

³⁴ NAMBA, Edison Tetsuzo. **Manual de Bioética e Biodireito**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 11.

³⁵ BEAUCHAMP, Tom L; Childress, James F. **Princípios de Ética Biomédica**. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 211.

No mesmo sentido, se ao contrário, o paciente terminal não apresenta melhora no estado clínico mesmo sendo aplicados todos os tipos de recursos médicos, não apresenta um progresso no seu diagnóstico e implica num quadro mais debilitado causando mais dor e sofrimento, nesse segmento continuar afastaria os dois princípios da bioética, o da beneficência e da não-maleficência.

Isso porque o princípio da não maleficência nos mostra que não sendo possível fazer o bem com a aplicabilidade do tratamento, como primazia, então que seja afastado o dano, resguardando assim a sua dignidade humana. Pois ao não ser submetido a um tratamento desgastante e frustrante que implica não só no estado físico, mas emocional para o enfermo e aos familiares, propicia mesmo que de forma ínfima o bem-estar.

Por isso não deve existir uma regra específica a ser adotada, mas tratar o paciente como pessoa única e o procedimento também. Existindo conflito entre os dois princípios, nem sempre o princípio da maleficência será adotado, pois em algumas situações não será melhor para o enfermo. Em se tratando de qual princípio é mais importante, sempre deverá observar cada caso específico, não os generalizando, Childress (2002 p. 211) nos mostra³⁶:

Devemos ser cautelosos acerca dos axiomas de prioridade. Uma ação utilitária não necessariamente ficará em segundo plano em face de um ato de não causar malefício. Em casos de conflito, a não-maleficência é prioritária, mas ao peso desses princípios morais, varia em cada situação, e, portanto não deve haver uma regra *a priori* que determine que evitar danos é preferível a proporcionar benefícios.

O intuito do tratamento é alcançar a cura, o bem-estar do paciente, às vezes, por mais que os profissionais de saúde se esforcem o estado de saúde do enfermo não possibilita uma reação positiva ao procedimento e aplicar demasiadamente esses meios, além de não atingir o objetivo, se mostra como uma tortura psíquica para aquele que padece de dor.

³⁶ CHILDRESS, James F; BEAUCHAMP, TOM L. **Princípios de ética e biomédica**. São Paulo: Edições Loyola, 2002

2.5 PRINCÍPIO DA JUSTIÇA

Na visão de Childress (2002) a respeito do conceito de justiça é aquilo que é devido a alguém por direito, aquilo que cabe à pessoa. Logo ao pensarmos na palavra justiça, imediatamente nos vem à mente um direito que pertence a alguém, conceito que está intrínseco no interior da sociedade. Caso seja violado ou omissos, comete-se uma injustiça, conseqüentemente, nega um benefício ou deixar de aplicar o ônus³⁷.

A palavra justiça também traz o posicionamento de Aristóteles (*apud* BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, 354): "iguais devem ser tratados de modo igual, e não iguais devem se tratados de modo não-igual". Em que apenas aplicará critérios distintos se houver significativas diferenças que se torne inviável tratá-los iguais.

Dessa forma, exige a imparcialidade na escolha a ser tomada ao se aplicar os benefícios ou riscos na aplicação de práticas médicas, como assevera DINIZ (2006, p. 18)³⁸. De acordo com o artigo 10 da Declaração Universal sobre Bioética e Direito Humanos temos a seguinte redação: "Igualdade, justiça e equidade. A igualdade fundamental de todos os seres humanos em dignidade e em direitos deve ser respeitada para que eles sejam tratados de forma justa e equitativa"³⁹.

A igualdade é o que propicia um tratamento isonômico entre as pessoas independente de quem seja o indivíduo da sua raça, cor, sexo ou até mesmo posição social. Por isso a importância da justiça não ser desvinculada da igualdade, uma não se concretiza sem a outra, deve-se também aplicar medidas para que cessem as desigualdades, na medida em que não é possível serem tratados iguais. Os benefícios devem ser aplicados a todos sem quaisquer exceções.

No próximo capítulo adentraremos no conceito de eutanásia, suicídio assistido e a ortotanásia. Principalmente nas distinções entre eutanásia passiva e a ortotanásia que para muitos autores se trata de apenas aplicar um nome diverso, mas com a aplicação das mesmas medidas.

³⁷ BEAUCHAMP, Tom L; Childress, James F. **Princípios de ética biomédica**. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 352

³⁸ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 18

³⁹ CURIA, Luiz Roberto Curia; CÉSPEDES, Livia; NICOLETTI, Juliana. **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2012.

3. A ORTOTANÁSIA E INSTITUTOS AFINS

Neste capítulo trataremos da distinção entre eutanásia, suicídio assistido e a ortotanásia. Para muitos autores se trata da mesma modalidade, quando se trata de eutanásia passiva e ortotanásia e por serem tão confundidas são empregadas por muitos como se fossem sinônimos. Existem, entretanto, diferenças sucintas, quando nos referimentos ao suicídio assistido e demais institutos que são determinantes. A eutanásia se classifica em vários seguimentos e para os fins deste trabalho abordaremos somente a modalidade ativa e passiva.

3.1 EUTANÁSIA

A eutanásia significa atualmente, morte sem dor, morte suave (PESSINI, PAUL 1997) e ocorre quando o paciente se encontra num estado terminal, e não deseja mais viver por estar acometido de fortes dores. É um ato que faz cessar as atividades vitais causando a morte.

Para alguns autores, como Guimarães (2011) se a causa da morte é um ato de piedade ou compaixão, o enfermo ou os próprios familiares não conseguem suportar tamanho sofrimento e não somente com o intuito de abreviar a vida não pode ser tipificado como homicídio. Mas se não estiver presente esse requisito seria um fato típico criminal.

Essa conduta já estava presente na vida humana desde a Grécia antiga, mesmo não usando precisamente esse vocábulo, mas as práticas eram reiteradas. Uma solução para aliviar a dor, às vezes não era um benefício ao enfermo, porque em determinados casos este não tinha o direito de expressar sobre o direito de viver.

Para Lecha Mazzo⁴⁰ a eutanásia é: "Morte dulcificada, desejada e provocada tão depressa quanto seja perdida toda a esperança científica".

Diniz se posiciona no mesmo sentido, pois acredita que em meio àquele sofrimento o paciente poderia ter chances de se curar ou até mesmo a medicina

⁴⁰ Lecha Mazzo *apud* DINIZ, Maria Helena. *O Estado atual do Biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 385.

descobrir um novo avanço e esse método faz cessar todas as perspectivas de esperança. A referida autora manifesta-se sobre o tema com as seguintes ponderações (2005, p. 391):

Não justifica a eutanásia porque: a) a incurabilidade é prognóstico e como tal falível é, e, além disso, a qualquer momento pode surgir um novo e eficaz meio terapêutico ou uma técnica de cura[...] b) a medicina já possui poderosos meios para vencer a dor física ou neurológica; c) o conceito de inutilidade de tratamento é muito amplo e ambíguo. Não se pode aceitar a licitude do direito de matar piedosamente, pois a vida humana é um bem tutelado constitucionalmente.

O vocábulo “eutanásia” só adquiriu esse significado com o filósofo inglês Francis Bacon (1561-1626), no Século XVI, um dos defensores de que a prática médica vai muito além da cura do enfermo, pois deve propiciar condições para uma segunda alternativa, proporcionar meios para se chegar ao fim da vida sem maiores sofrimentos, na visão do autor podem ser evitados. As palavras do referido filósofo (apud PESSINI, 2004, p.105), orientam-se pelos seguintes ensinamentos:

O ofício do médico não é só de restaurar a saúde, mas também mitigar as dores e tormentos das enfermidades; e não somente quando tal mitigação da dor[...] devem adquirir habilidades e prestar atenção em como o moribundo pode deixar a vida mais fácil e silenciosamente. A isso chamo a pesquisa sobre “eutanásia externa” ou morte fácil do corpo.

Em 1933, durante o nazismo foi criada uma lei Progenie com Doenças Hereditária, para eliminar as vidas consideradas sem valor para a sociedade, eram os surdos, cegos, pessoas acometidas de doenças mentais como: esquizofrenia, loucura, epilepsia. A esterilização nesses casos era obrigatória. Por volta de 1939 estima-se que foram mais de 375.000 pessoas mortas⁴¹.

⁴¹ PESSINI, Leo. *Por que abreviar a vida?* São Paulo: Edições Loyola, p. 106.

Hitler sancionou um decreto, em que os médicos podiam abreviar a vida de pessoas acometidas de doenças incuráveis, para ele era um ato de piedade⁴². A eutanásia passa a ser mais efetiva a partir dessa fase.

Para Lopes, Lima e Santoro (2011) muitos autores sustentam que o repúdio atual da eutanásia se deu a partir desse contexto por causa da eliminação de pessoas inocentes, inclusive pessoas alcoólatras foram mortas sem uma justificativa plausível. No sentido da ideia acima pondera Guimarães o seguinte (2011, p. 36):

Acabou por se fortalecer durante a segunda grande guerra, sendo então conhecidas e inaceitáveis práticas eliminatórias exercidas sobre alienados, crianças deficientes físicas ou mentais e, sobretudo, contra judeus, tudo em nome de uma pretensa humanidade mais digna e melhor, em absurda distorção do que deveria ser compreendido como efetiva eutanásia propriamente dita.

Para Guimarães (2011), a eutanásia por diversas vezes não se mostrou com o fim altruístico, pois o intuito primordial era livrar do enfermo, com o qual seriam necessários gastos dispendiosos, com mínimas chances de melhora, o que apenas implicaria em excessivas despesas para o próprio Estado.

A resistência para aprovar a eutanásia é notável, apenas três países legalizaram a prática, a Holanda, Bélgica e Luxemburgo.

Na Holanda a eutanásia só pode ocorrer quando não restam mais esperanças ao paciente, mesmo assim é necessária a avaliação por dois médicos para confirmação do estado grave do enfermo⁴³. Aliás, conforme aponta Diniz este foi o primeiro país a legalizar a eutanásia.

3.1.1 Eutanásia ativa

A eutanásia ativa compreende uma ação provocada por terceiro para ocasionar a morte e alguns estudiosos sustentam ser o ato movido por forte

⁴² LAMBERT, Angela. *A história perdida de Eva Braun*. Tradução de Cássio de Arantes Leite. São Paulo: Globo, 2007, p.538.

⁴³ DINIZ, Maria Helena. *O Estado atual do Biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 387-388.

sentimento de piedade ou compaixão pelo paciente. Essa modalidade exige atitude positiva, ou seja, o agente tem o desejo de praticar a ação que leva ao resultado morte. Também é costumeiro denominar esse tipo de eutanásia de “homicídio piedoso”, como assevera Holland⁴⁴.

Para Birolini e Helito (2011, p. 170), a eutanásia ativa trata-se de um ato comissivo, ou seja, exige uma ação de um terceiro que induz ou auxilia no suicídio.

Há equívoco nessa conceituação vez que a eutanásia ativa não se confunde com suicídio assistido. Dessa maneira, a diferença entre essas modalidades é a presença de um terceiro ao auxiliar na prática do suicídio denominado de assistido. No mesmo aspecto, Guimarães assevera que são necessários alguns requisitos para configurar a eutanásia ativa:

Para que se aperfeiçoe a figura da eutanásia (própria em sentido estrito) seria necessária, pois, a presença dos seguintes requisitos: que a morte seja provocada, entendendo-se que seja essa provocação da morte se dê por piedade ou compaixão; que o sujeito passivo da eutanásia esteja acometido de doença incurável (irreversibilidade do mal com a consequente ausência de esperança de cura); que o mal incurável tenha dirigido o doente a um estado terminal; que este estado terminal da doença incurável faça com que o indivíduo padeça de sofrimento profundo (nele compreendendo-se a dor intolerável e o estado agônico em geral); e que provoque o encurtamento do período natural da vida.

Para Pessini (2001), as pessoas não se intimidam com a morte, processo inevitável da vida, mas temem o sofrimento para se chegar à morte. A dor não se confunde com sofrimento, pois é possível a pessoa sentir dor e não padecer de sofrimento⁴⁵.

O sofrimento é mais abrangente e envolve sentimentos muitas vezes depressivos. Assim, ocorre a perda do controle emocional diante de um problema que parece não ter solução. Já a dor está intimamente ligada ao físico, mas o

⁴⁴ HOLLAND, Stephen. *Bioética: enfoque filosófico*. Tradução de Luciana Pudenz. São Paulo: Centro Universitário São Camilo; Loyola, 2008.

⁴⁵ PESSINI, Leocir. *Distanásia. Até quando prolongar a vida?* São Paulo: Centro Universitário São Camilo; Loyola, 2007, p. 289.

sofrimento é psicológico⁴⁶ e se refere à dignidade da pessoa. Portanto, o enfermo nesse estado, tende a se achar inútil perante a sociedade.

Na visão de Guimarães (2011, p. 102), na eutanásia deve estar presente profundo sofrimento do enfermo e o terceiro estar movido por sentimento de compaixão ou piedade. Ou seja, a compaixão sem levar em conta o sofrimento deixa de caracterizar eutanásia. Nesse sentido, pode ocorrer um erro médico como analisar a intensidade desse sofrimento, pois pode tratar-se de algo passageiro ou um equívoco nos laudos médicos.

O sofrimento varia de uma pessoa para outra, e de tal maneira que, enquanto alguns reagem com naturalidade à dor, outros perdem o equilíbrio emocional, e levam a um agravamento do quadro clínico em que se encontram. Diante dessa perspectiva, é difícil avaliar precisamente o momento oportuno de dizer até quando a vida não vale a pena ser vivida.

Diante dessa previsão paradigmática, é preciso refletir: Para alguém dar cabo da sua vida, deve ser levado em conta principalmente, seu estado terminal. Nesse sentido, o avanço da medicina de influenciar na análise da aplicação da eutanásia, não somente na situação da pessoa gravemente enferma, deve ser motivo de gesto piedoso. Deve-se ressaltar que as ciências médicas também já possuem condições de propiciar ao doente um bem-estar não só físico, mas também psicológico.

Em artigo de autoria de Lopes (2010), consta o posicionamento da geriatra Arantes e esta se manifesta em relação aos requisitos para caracterizar o estado terminal. No entendimento desta última devem estar presente: ocorrer doença grave, incurável e ainda, o tratamento ao qual o enfermo se vê submetido não deve propiciar a mínima eficácia na melhora⁴⁷.

3.1.2 Eutanásia passiva

⁴⁶ PESSINI, Leocir. *Distanásia. Até quando prolongar a vida?* São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Loyola, 2007, p.294.

⁴⁷ LOPES, Adriana Dias. *A ética da vida e da morte*. Artigo disponível em <http://veja.abril.com.br/280410/etica-vida-morte-p-100.shtml>. Acesso no dia 31 de maio de 2013 às 10:53h.

A eutanásia passiva tem as mesmas características da ativa, porém nessa não há aplicação de medicamento para abreviar a vida, mas a supressão de um ato para o enfermo continuar vivendo. Percebe-se nessa situação a omissão de um terceiro com o intuito de ocasionar a morte dando fim ao sofrimento⁴⁸. A respeito do assunto, Pithan (2004, p. 46) pontua:

O termo eutanásia passiva, que se refere à morte de paciente decorrente de uma omissão ou retirada de recurso terapêutico, muitas vezes é utilizado indiscriminadamente sem se avaliar a adequação do tratamento. Porém, há que se observar que em algumas situações os recursos terapêuticos são necessários, podendo trazer benefícios ao doente; já que em outras situações, esses mesmos tratamentos não beneficiam o paciente, tornando-se desnecessários, desproporcionais e fúteis.

Os requisitos aplicados na eutanásia ativa são aplicáveis à eutanásia passiva. A única coisa que as diferencia é se a ação é positiva (comissiva) ou negativa (omissiva) da parte de um terceiro.

3.2 SUICÍDIO ASSISTIDO

O suicídio assistido é o ato de a própria pessoa findar a vida por estar acometida de uma doença grave e não suportar o sofrimento físico e moral (2011). Nessa situação existe a presença de um terceiro, geralmente o médico, que o auxilia seja de forma moral ou material, como pontua Lopes, Lima e Santoro.

O suicídio genérico difere do suicídio assistido, pois neste último há o auxílio de um terceiro para que o enfermo venha a eliminar a própria vida. A denominação já nos faz refletir o significado da palavra "assistido", ou seja, trata-se daquele terceiro que assiste ao ato final.

⁴⁸ GUIMARAES, Marcello. *Eutanásia novas considerações penais*. Leme: J. H. Mizuno, 2011. p. 109.

Além disso, o suicídio genérico não tem razão específica, pois é o desejo da própria pessoa e decorre de ato personalíssimo ou voluntário, já no suicídio assistido o que leva o indivíduo a querer dar fim a sua vida é o próprio estágio da doença e o receio de tornar-se um peso à família, assim como nos mostra Casabona (*apud* Lopes, Lima e Santoro, 2011) a respeito do assunto.

Na eutanásia o terceiro pratica o ato de abreviar a vida do paciente e em determinados casos sem o seu consentimento quando ocorre estado vegetativo. Mas no suicídio assistido, o enfermo está consciente de seus atos, deseja a morte e ele próprio executa esses atos que levam a eliminação da vida. Acerca da distinção entre eutanásia e suicídio assistido Lopes, Lima e Santoro (2011, p. 66) assim preconizam:

Não há como confundir o suicídio assistido com a eutanásia, porque nesta é a pessoa diversa quem executará a ação ou omissão que será a causa do evento morte, é praticada pela própria pessoa que vem a falecer.

Um dos notórios exemplos da situação acima pode ser lembrado, em relação aos suicídios assistidos executados por Dr. Jack Kevorkian, mais conhecido como "Doutor Morte" (DINIZ, 2005). Em 1989 o citado médico, inventou uma máquina para que os próprios enfermos pudessem eliminar as suas vidas. O médico em alusão foi um dos grandes defensores do "direito de morrer em paz" e existem estimativas de que haveria assistido no suicídio de pelo menos 130 pessoas.

Em artigo específico, a Revista Veja, nos mostra como a máquina influenciava diretamente o organismo do indivíduo rumo a morte:

Ele criou a primeira máquina para praticar uma morte rápida, indolor e limpa, graças a doses altíssimas de anestésicos que dão a suas vítimas uma sensação não muito distante daquilo que a cultura cristã fez crer ser o prazer da chegada ao paraíso. Em seguida, doses gigantescas de relaxantes musculares e soluções de potássio interrompem o funcionamento do sistema cardiorrespiratório. Sem dor alguma. Kevorkian levou seu invento tão a sério que batizou um dos aparelhos de Tanatron, palavra originária do grego e que significa máquina da morte. O equipamento deixava o médico em

uma posição mais confortável porque eram os pacientes que abriam a válvula para deixar escoar os medicamentos mortais⁴⁹.

A máquina da morte, como o próprio inventor a consagrou não atuava em favor da vida, mas da morte. "Doutor morte" filmava como acontecia a morte do paciente nos instantes de injeção da substância nociva à saúde. Os pacientes eram pessoas doentes, mas alguns não se achavam em estado terminal e poderiam até viver por algum tempo com o controle da doença, e outros sofriam apenas de depressão⁵⁰, enfermidade que poderia ser revertida com o tratamento psiquiátrico e psicológico adequado.

No nosso ordenamento jurídico é considerado crime previsto no artigo 122 do Código Penal, o ato de induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou o ato de prestar-lhe auxílios para que aconteça o fim desejado. Como assevera Lopes, Lima e Santoro (2011), neste caso específico, há sempre a presença de um terceiro que presta o auxílio. A respeito da participação moral e material do suicídio, GRECO (2011, p.188) leciona:

A participação moral nas hipóteses de induzimento ou instigação ao suicídio. Induzir significa fazer nascer, criar a ideia suicida na vítima. Instigar, a seu turno, demonstra que a ideia de eliminar a própria vida já existia, sendo que o agente, dessa forma, reforça, estimula a ideia já preconcebida. A participação material do agente auxilia materialmente a vítima a conseguir seu intento, fornecendo, por exemplo, o instrumento que será utilizado na execução do autocídio.

Nessa situação mesmo que o suicida não consiga o resultado final não caberá punição pelo ordenamento jurídico brasileiro, pois nessas fronteiras é adotado o princípio penal da alteridade, o qual implica em lesão a outrem. Existem pensadores que advertem ser a própria condição psicológica do agente suicida a sua punição e assim, punir não ensejaria um caráter preventivo (GRECO 2011).

⁴⁹ JUNQUEIRA, Eduardo. Sócrates ou Mengele? Kevorkian injeta venenos em um homem doente. Recoloca-se a dúvida: filósofo herético ou serial killer com diploma médico? Artigo disponível em http://veja.abril.com.br/021298/p_074.html. Acesso no dia 18 de maio às 14:35.

⁵⁰ JUNQUEIRA, Eduardo. Sócrates ou Mengele? Kevorkian injeta venenos em um homem doente. Recoloca-se a dúvida: filósofo herético ou serial killer com diploma médico? Artigo disponível em http://veja.abril.com.br/021298/p_074.html. Acesso no dia 18 de maio às 14:35.

Nesse contexto, a sanção deve recair sobre o terceiro que de alguma forma influencia para que a morte aconteça através de induzimento ou instigação, principalmente se este é um médico.

3.3 ORTOTANÁSIA

A ortotanásia consiste em paralisar o tratamento sem êxito do paciente que se encontra em estado terminal. Como se vê não se trata de abreviação da vida e muito menos de uso de métodos desproporcionais para prolongar a vida causando dor e sofrimento ao paciente. Nesse aspecto, para o Roskam (*apud* LOPES, LIMA e SANTORO 2011, p. 55), “É um meio termo entre encurtar a vida humana pela eutanásia e prolongá-la pela obstinação terapêutica”. Santoro (2011, p. 62) conceitua ortotanásia *in vebis*:

É o comportamento do médico que, frente a uma morte iminente e inevitável, suspende a realização de atos para prolongar a vida do paciente, que o levariam a um tratamento inútil e a um sofrimento desnecessário, e passa a emprestar-lhe os cuidados paliativos adequados para que venha a falecer com dignidade.

Desse modo, consiste numa morte no tempo certo, que ocorre naturalmente sem utilizar meios para abreviação da vida. Ou seja, o tratamento desnecessário cessa, mas prossegue-se com o tratamento paliativo para que o paciente não sinta dor e permaneça com os cuidados médicos adequados. A ortotanásia está intimamente ligada à ideia de cuidado paliativo⁵¹. Sobre esse cuidado paliativo, assim recomenda a Organização Mundial de Saúde (OMS), conceito definido em 1990⁵²:

⁵¹ PESSINI *apud* GUIMARÃES, Marcello Ovidio Lopes. **Eutanásia: novas considerações penais**. Leme: J. H. Mizuno, 2011, p. 130.

⁵² Cuidados Paliativos. Artigo disponível em http://www.inca.gov.br/conteudo_view.asp?ID=474. Acesso no dia 20 de maio as 15:00h.

Cuidados Paliativos consistem na assistência promovida por uma equipe multidisciplinar, que objetiva a melhoria da qualidade de vida do paciente e seus familiares, diante de uma doença que ameace a vida, por meio da prevenção e alívio do sofrimento, da identificação precoce, avaliação impecável e tratamento de dor e demais sintomas físicos, sociais, psicológicos e espirituais.

Dessa forma, adotar a ortotanásia não é deixar aquele que está enfermo a mercê de cuidados, mas é reconhecer a fragilidade da natureza humana e seu ciclo natural a ser cumprido em tempo certo. Nesses moldes, submeter a pessoa a tratamento sem quaisquer perspectivas de melhora pode significar tortura física e moral.

Nesse viés de conhecimento, aplicar essa medida também importa no respeito ao enfermo e sua condição terminal. Advirta-se, a ortotanásia permite ao paciente mudar de ideia a todo o momento e não se trata de decisão definitiva, pois o princípio da dignidade da pessoa humana também deve ensejar o respeito à integridade física e moral daquele que deseja continuar sobrevivendo.

3.3.1 Ortotanásia X eutanásia passiva

A partir da ideia Kantiana já citada nesse trabalho, deflui-se que o homem por não ser um mero objeto, e assim deve-se ter o cuidado de analisar minuciosamente até quando devemos interferir na vida de alguém que está padecendo de grave enfermidade, partindo da premissa de a autonomia da vontade não é absoluta de que há limites a serem observados.

Diante dessa concepção as duas modalidades: eutanásia passiva e ortotanásia são muito confundidas porque ambas encontram-se no campo da supressão de tratamento, mas na ortotanásia é denominada de "conduta restritiva médica"⁵³, com o fim de proporcionar ao doente uma morte mais digna, enquanto a outra seja tipificada como crime.

⁵³ GUIMARAES, Marcello. *Eutanásia novas considerações penais*. Leme: J. H. Mizuno, 2011. p. 131.

A primeira distinção a ser feita na ortotanásia é relativa à morte iminente e a enfermidade incurável, pois nessas situações o fim da vida é questão de tempo e ocorrerá em um momento futuro abreviado, ou seja, não mais existiria mais perspectiva de melhora no estado clínico do paciente e o único meio de atenuar o sofrimento é deixar de submetê-lo ao tratamento desnecessário.

Já na eutanásia passiva, a morte não teve seu início, mas a falta dos cuidados médicos e de outros meios impede o enfermo de continuar sobrevivendo⁵⁴. Por exemplo, se for exigido sonda para alimentar o enfermo, deixa-se de aplicar essa medida médica com vista à morte.

Ao contrário da ortotanásia, acelera o processo de morte, o indivíduo poderia viver mais alguns anos, mas abrevia a vida com fundamento de estar motivado por compaixão ou piedade. Essa distinção entre as duas modalidades é pontuada por Villas-Bôas⁵⁵ com a seguinte previsão:

Embora sutil, a distinção entre eutanásia passiva e ortotanásia tem toda relevância, na medida em que responde pela diferença de tratamento jurídico proposto: a licitude desta e ilicitude daquela. Na eutanásia passiva, omitem-se ou suspendem-se arbitrariamente condutas que ainda eram indicadas e proporcionais, que ainda poderiam beneficiar o paciente. Já as condutas médicas restritivas são lastreadas em critérios médico-científicos de indicação ou não-indicação de uma medida, conforme sua utilidade para o paciente, optando-se conscientemente pela abstenção, quando a medida já não exerce a função que deveria exercer, servindo somente para prolongar artificialmente, sem melhorar a existência terminal. Não há, portanto, que se identificar genericamente eutanásia passiva e ortotanásia. A ortotanásia aqui configurada pelas condutas médicas restritivas é o objetivo médico, quando já não se pode mais se buscar a cura: visa a prover o conforto ao paciente, sem interferir no momento da morte, sem encurtar o tempo natural de vida nem adiá-lo indevida e artificialmente, para que a morte chegue a hora certa, quando o organismo efetivamente alcançou um grau de deterioração inconformável.

A distinção a ser feita não é apenas em sentido terminológico, mas a consequência jurídica que cada uma remete. Por isso a importância de conceituá-las

⁵⁴ SANTORO, Luciano de Freitas. **Morte digna: o Direito do paciente terminal**. 2ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.

⁵⁵ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. **A ortotanásia e o Direito Penal brasileiro**. Artigo disponível em http://www.revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/56/59. Acesso no dia 06 de junho de 2013 às 10:00h.

e trazer a distinção, vez que a ortotanásia não é considerada como crime⁵⁶, porque a morte já está presente e acontece naturalmente, sem que para isso haja a interferência de um terceiro.

A ortotanásia não ocorre antecipação⁵⁷, pois a morte já é iminente o que se evita é prolongar a vida sem que haja a efetiva qualidade de vida e o enfermo ser submetido a um tratamento desumano deixando de prevalecer o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, temos de um lado a antecipação da morte ocasionada pela eutanásia passiva como característica implícita e de outro lado, a ortotanásia, como uma medida de aliviar a dor por meio do cuidado paliativo. Este requisito se não estiver presente descaracteriza a ortotanásia.

Para Guimarães (2011), se o paciente está em estado terminal e o tratamento não tem utilidade alguma, apenas aumenta o sofrimento sem apresentar melhora, estaríamos diante da ortotanásia. Nessa situação estará apenas permitindo que o enfermo possa morrer com dignidade, já que a medicina não poderia fazer mais nada para curá-lo.

No mesmo posicionamento Santoro (2012) sustenta que se o paciente tem uma chance mínima de se curar com o tratamento não pode o médico deixar de aplicá-lo. A condição essencial para que a ortotanásia ocorra é não restar quaisquer esperanças ao paciente, ou seja, que o tratamento não tenha resultado algum a não ser prolongar da vida do moribundo.

Na visão de Villa-Bôas a ortotanásia se caracteriza principalmente pela não interferência no processo de morte, como pontua:

A ortotanásia, aqui configurada pelas condutas médicas restritivas, é o objetivo médico quando já não se pode buscar a cura: visa prover o conforto ao paciente, sem interferir no momento da morte, sem encurtar o tempo natural de vida nem adiá-lo indevida e artificialmente, possibilitando que a morte chegue na hora certa, quando o organismo efetivamente alcançou um grau de deterioração incontornável⁵⁸.

⁵⁶ GUIMARAES, Marcello. **Eutanásia novas considerações penais**. Leme: J. H. Mizuno, 2011. p. 129.

⁵⁷ GUIMARAES, Marcello. **Eutanásia novas considerações penais**. Leme: J. H. Mizuno, 2011. p. 131-132.

⁵⁸ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. A ortotanásia e o Direito Penal brasileiro. Artigo disponível em http://www.revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/56/59. Acesso no dia 11 de junho às 10h.

Ao próximo capítulo apresentaremos a legislação aplicável no Brasil a respeito da ortotanásia, dos projetos em andamento, a reforma do Código Penal e suas consequências jurídicas.

4. AVANÇOS LEGISLATIVOS

Neste capítulo trabalharemos o processo legislativo no Brasil de acordo com a Resolução 1.805/06 e a reforma do Anteprojeto do Código Penal, que se mostra de fundamental importância.

4.1 A RESOLUÇÃO CFM 1.805/06

A Resolução do Conselho Federal de Medicina de 1.805/2006 tornou-se efetiva por suprir a lacuna deixada pelas leis vigentes. O Código Penal e nenhuma outra lei esparsa disciplinavam acerca da ortotanásia, e o profissional de saúde ao ter que decidir sobre interrupção do tratamento sentia-se muito inseguro, com receio de ser penalizado, mesmo sabendo que esse era o melhor procedimento a ser adotado. A respeito dessa Resolução, assim estabelece em seus artigos:

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.

Nesse viés, a Resolução nos traz que é permitido ao profissional de saúde suspender os procedimentos médicos, desde que o paciente se encontre em fase terminal, enfermidade grave e incurável. Esses requisitos são indispensáveis, pois caso contrário, todo paciente que se encontrasse com doença grave, mas com perspectiva de cura poderia cogitar não continuar com tratamento médico.

Segundo Santoro (2012) para ser autorizada a ortotanásia se faz necessários três requisitos: a) o paciente deve estar num estado terminal em que a sua morte é iminente e a doença incurável, ou seja, o tratamento não responde aos fins desejados; b) o consentimento do próprio paciente ou familiar quando aquele não puder consentir; c) a atuação médica empenhada em propiciar o bem-estar não só físico, mas psíquico e espiritual do paciente. Sem os quais fere o princípio da dignidade da pessoa humana e não estando os presentes requisitos, viola o princípio da dignidade da pessoa humana⁵⁹.

Sobre o assunto, o artigo 41 do Código de Ética de Medicina (CEM) preconiza: "É vedado ao médico abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal". Portanto, a autonomia para morrer não pode ser considerada um direito absoluto sem pormenorizar a situação.

A citada resolução não admite que o profissional da medicina deixe de agir, principalmente quando o enfermo possui condições de continuar o tratamento médico e quando há chances de cura, mesmo que seja ínfima.

Ainda assim, relevante advertir que para a efetivação da ortotanásia é necessário que o paciente esteja em estado terminal, num quadro de doenças incuráveis, irreversíveis e graves e na falta de consciência deste, os familiares tem o direito de decidir fundamentadamente por esta medida e que tal decisão seja registrada no prontuário do paciente.

Um aspecto de grande importância, na Resolução 1.805/06, é o fato de garantir ao doente ou o seu representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica sobre a indicação da ortotanásia propiciando, dessa forma, mais segurança ao adotar a medida.

⁵⁹ ROSSETTO, Marcela. **Morrer com dignidade**. Visão Jurídica. São Paulo, Edição 64, 2011, p. 8-12.

4.2 ANTEPROJETO DE REFORMA DA PARTE ESPECIAL DO CÓDIGO PENAL

Atualmente o código penal brasileiro de 1940, necessita atualizar algumas medidas em que na época da sua edição não eram discutidas com tanta veemência. Diniz (2005)⁶⁰ nos mostra que o tema eutanásia e ortotanásia passaram a ser tema de debates no final do Século XX, portanto não havia a preocupação de legisla-las, mas hoje já carecem de medidas, dentre essas, especificamente sobre a tipicidade da eutanásia e a ortotanásia.

No artigo 121, § 1º assim estabelece: “Se o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço”, portanto o artigo supracitado faz referência implícita à eutanásia. Devido essas lacunas é necessário recorrer a outras leis para supri-las⁶¹.

A ortotanásia foi regulamentada, somente, na Resolução 1.805/2006, editada pelo Conselho Federal de Medicina e mais tarde no Código de Ética de Medicina de 2010, mas não de forma explícita. Com isso o médico passou a ter amparo legal para interromper o tratamento médico no caso de doenças terminais, incuráveis, irreversíveis e graves, com o consentimento do doente e na falta de consciência deste, dos familiares⁶².

Atualmente a eutanásia é considerada como homicídio privilegiado, alguns autores como Santoro (2012) sustenta que deve ter atenuações se as razões forem motivadas. Caso o agente aplique essa medida apenas para cessar a vida daquele que está enfermo, sem levar em conta o profundo sofrimento, estaríamos diante de um homicídio sem quaisquer privilégios.

Nesse contexto, ortotanásia muitas vezes é confundida com a eutanásia passiva, quanto a paralisação do tratamento, mas cada caso se mostra peculiar, como já mencionado no capítulo anterior na ortotanásia o processo de morte já teve seu início, mas devido a essa incerteza acabam sendo penalizadas como homicídio

⁶⁰ DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 389.

⁶¹ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. A ortotanásia e o Direito Penal brasileiro. Artigo disponível em http://www.revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/56/59 Acesso no dia 23 de junho às 19:25.

⁶² JÚNIOR, Eudes Quintino de Oliveira; OLIVERA, Pedro Bellentani Quintino de. **A eutanásia e a ortotanásia no anteprojeto do Código Penal**. Artigo disponível em <http://www.saocamillo-sp.br/pdf/bioethikos/98/03.pdf> Acesso no dia 23 de junho 18:00h.

privilegiado. Isso nos mostra a importância da reforma do Código Penal para que possa dirimir essa confusão. O anteprojeto do Código Penal apresentado por juristas ficaria dessa forma:

Art. 122. Matar, por piedade ou compaixão, paciente em estado terminal, imputável e maior, a seu pedido, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável em razão de doença grave:

Pena – prisão, de dois a quatro anos.

§1º O juiz deixará de aplicar a pena avaliando as circunstâncias do caso, bem como a relação de parentesco ou estreitos laços de afeição do agente com a Vítima.

§2º Não há crime quando o agente deixa de fazer uso de meios artificiais para manter a vida do paciente em caso de doença grave irreversível, e desde que essa circunstância esteja previamente atestada por dois médicos e haja consentimento do paciente, ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão ⁶³.

Apesar de no parágrafo segundo, do artigo 122, do anteprojeto da alteração do Código Penal, não fazer referência a “ortotanásia”, podemos perceber claramente a intenção do legislador, uma vez que trata neste dispositivo legal de todas as características inerentes a essa modalidade, tais como: doença grave e irreversível, consentimento do paciente ou de seus familiares e exigência da opinião de dois médicos. Portanto, se estiver presente todas essas situações, o médico pode deixar de agir e não seria considerado crime.

Na visão de Santoro (2012), a ortotanásia não deixaria de ser crime, porque mesmo no atual Código Penal não é considerada. Essas divergências doutrinárias, inclusive é defendido por Diniz de que há não distinção entre essas modalidades.

Acerca do assunto, Guimarães também defende esse posicionamento da ortotanásia no atual Código Penal (2011, p. 227-228)⁶⁴:

A ortotanásia, em que se deixa de realizar a conduta terapêutica por crer-se ser ela mero prolongamento da agonia, sem razão curativa ou mesmo paliativa, como ocorre nos casos de desligamento de aparelhos que mantém artificialmente a vida. Nessa situação, compreende que não há razão que obrigue o médico a alongar a vida

⁶³ JÚNIOR, Eudes Quintino de Oliveira; OLIVERA, Pedro Bellentani Quintino de. **A eutanásia e a ortotanásia no anteprojeto do Código Penal**. Artigo disponível em <http://www.saocamilosp.br/pdf/bioethikos/98/03.pdf>. Acesso no dia 23 de junho às 19:44h.

⁶⁴ GUIMARÃES, Marcello Ovídio Lopes. **Eutanásia: novas considerações penais**. Leme: J. H. Mizuno, 2011, p. 227-228.

que naturalmente chega ao fim, não havendo, in casu, dever jurídico de agir (a omissão não tem relevância jurídico-penal), pois cessaram os meios terapêuticos ordinários, não existindo lugar para a intervenção do Direito punitivo.

A reforma do Anteprojeto do Código Penal dará mais segurança e credibilidade ao profissional de saúde, a ortotanásia passaria a ser considerada como causa de excludente de ilicitude, portanto este não seria penalizado criminalmente, e o paciente passaria a decidir sobre sua própria vida, sem, contudo, ferir os preceitos constitucionais e muitas dúvidas seriam esclarecidas com a adoção de um novo Código Penal. A respeito do assunto, Villa-Bôas se pronuncia a respeito da atual situação da ortotanásia:

Mesmo na legislação atual a ortotanásia (consistente nas condutas médicas restritivas) não é crime, mas sim decisão de indicação ou não indicação médica de tratamento. Para evitar dúvidas provocadas pela aproximação prática com a conduta de eutanásia passiva (homicídio privilegiado, comissivo por omissão), pode-se tornar conveniente a edição de norma permissiva específica nesse sentido, de modo que se possa aferir mais facilmente sua atipicidade, ante a apuração dos dados clínicos registrados em prontuário. Essa tem sido a tendência dos anteprojetos de reforma da Parte Especial do Código Penal, desde 1984.

Dessa forma, toda mudança traz aspectos positivos e negativos ao serem analisados minuciosamente, e esse anteprojeto não seria diferente. Em seu parágrafo primeiro, do artigo 122, nos mostra que se o julgador não quiser aplicar a pena, mesmo se tratando de um caso de eutanásia, mas que as circunstâncias o convença, ficaria a seu critério, tratar-se-ia de perdão judicial⁶⁵. Nesse caso, com fundamentos apresentados, mas não escusando de ser um homicídio privilegiado, apesar das alterações, correria o risco de a vida, como direito amparado constitucionalmente, ser banalizado.

⁶⁵ JÚNIOR, Eudes Quintino de Oliveira; OLIVERA, Pedro Bellentani Quintino de. A eutanásia e a ortotanásia no anteprojeto do Código Penal. Artigo disponível em <http://www.saocamilosp.br/pdf/bioethikos/98/03.pdf> Acesso no dia 23 de junho 20:17h.

4.2.1 Posicionamentos contrários à ortotanásia

A ortotanásia não é aceita por algumas pessoas, há diversas críticas a respeito do tema. Numa pesquisa, apresentada num artigo de autoria de Vasconcelos, Imamura e Ramos, nos mostra que os próprios médicos desconheciam o conceito de ortotanásia, e ao responderem o questionário, notaram que havia falhas na compreensão e acabavam assimilando ortotanásia à eutanásia⁶⁶.

Um dos argumentos utilizados é que os médicos iriam se corromper abreviando a vida dos pacientes, e sem analisar os presentes, os requisitos exigíveis da ortotanásia, para futuramente obter vantagens financeiras, principalmente se proveniente da herança do enfermo que se encontra em estado terminal⁶⁷.

Outro argumento apresentado é que poderia ocorrer equívoco dos médicos quanto a aplicação da ortotanásia, mas para adotar essa medida deve ter no mínimo a opinião de dois médicos para comprovar se não há possibilidade de cura do enfermo⁶⁸. Isso porque o médico, como qualquer outro profissional, pode se equivocar e com a opinião de outro médico, a possibilidade de erro é ínfima.

A Resolução 1.805/06, objeto de uma Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal, representado por Wellington Oliveira, foi fundamentada no sentido de que a Resolução era inconstitucional, pois tratava de competência privativa da União, dessa forma, não poderia ser legislada pelo Conselho Federal de Medicina e que ortotanásia era considerada como prática criminosa e iria estimular os médicos a adotarem essa medida, como assevera Santoro (2012)⁶⁹.

⁶⁶ VASCONCELOS, Thiago José Quirino; IMAMURA, Natália Ramos; VILLAR, Heloísa Cesar Esteves Cerqueira. **Impacto da Resolução CFM 1.805/06 sobre os médicos que lidam com a morte**. Artigo disponível em http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/602/669. Acesso no dia 23 de setembro de 2013 às 10:28.

⁶⁷ NUNES, Jimmy; ARAÚJO Lorena Sales. **A questão da licitude ou ilicitude da prática ortotanásica no ordenamento jurídico brasileiro**. Artigo disponível em http://ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10530&n_link=revista_artigos_leitura. Acesso no dia 26 de setembro às 14:09h.

⁶⁸ NUNES, Jimmy; ARAÚJO Lorena Sales. **A questão da licitude ou ilicitude da prática ortotanásica no ordenamento jurídico brasileiro**. Artigo disponível em http://ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10530&n_link=revista_artigos_leitura. Acesso no dia 26 de setembro às 14:09h.

⁶⁹ SANTORO, Luciano de Freitas. **Morte digna: o direito do paciente terminal**. Curitiba: Juruá, 2012.

Posteriormente, esse procurador foi substituído pela Luciana Loureiro Oliveira, que entendeu que havia uma confusão a respeito da conceituação de ortotanásia e pediu que o pedido fosse julgado improcedente. Segundo essa procuradora:

Não se trata de conferir ao médico uma decisão sobre vida ou morte. (...) Trata-se, pois de uma avaliação científica, balizada por critérios técnicos amplamente aceitos, sendo completo despautério imaginar-se que daí venha a decorrer um verdadeiro tribunal de vida ou morte, como parece pretender a (ação) inicial⁷⁰.

Além disso, O Conselho Federal de Medicina tem legitimidade para regulamentar as atividades relacionadas à prática médica, zelar e utilizar todos os meios para alcançar os seus objetivos, assim como estabelece a Lei 3.268, em seu artigo 2º⁷¹:

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 exercem legalmente.

Outro posicionamento é de o médico ao deixar de proceder com o tratamento, estaria praticando o crime de "omissão de socorro", previsto no artigo 13 do Código Penal. Mas como bem salienta Eliana Sá (apud Villas-Bôas): "sua omissão (do médico) não caracteriza ato delituoso face à ausência de dever jurídico, se a saúde era objetivo inalcançável"⁷². Como podemos observar o médico não é obrigado a

⁷⁰ LEITE, Fabiane. **Ministério Público desiste de ação e abre caminho para ortotanásia no País**. Artigo disponível em <http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,ministerio-publico-desiste-de-acao-e-abre-caminho-para-ortotanasia-no-pais,602333,0.htm>. Acesso no dia 26 de setembro às 14:54.

⁷¹ SANTORO, Luciano de Freitas. *Morte digna: o direito do paciente terminal*. Curitiba: Juruá, 2012, p.165.

⁷² VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. **A ortotanásia e o Direito Penal brasileiro**. Artigo disponível em http://www.revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/56/59 Acesso no dia 27 de setembro às 15:33h.

agir numa situação inviável de cura, dessa forma, não pode ser penalizado criminalmente de uma situação que sabe ser inviável ao paciente.

4.2.2 Posicionamentos favoráveis à ortotanásia

A ortotanásia também possui posicionamentos favoráveis, de propiciar uma morte digna ao paciente, mas sem abreviar a sua vida, é a aceitação de que a morte é um processo natural na vida de qualquer ser humano e continuar não implicaria em benefício ao enfermo.

O artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 estabelece que: "todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade".

A pessoa deve ser livre para decidir sobre sua própria vida nos casos de enfermidade irreversível e por fatalidade não conseguir curar a doença. Dessa forma, ter uma vida digna é uma garantia constitucional inviolável que também é alcançada por meio das liberdades individuais.

A ortotanásia não pode ser analisada como ausência absoluta de saúde, porque ainda que não haja cura física, ainda assim, deve se falar de bem-estar que é um dos direitos inerentes à saúde. A respeito desse assunto pondera Bertachini (ano, 203):

No horizonte da medicina curativa que entende a saúde, primordialmente, como ausência de doença, é absurdo falar de saúde do doente crônico ou terminal, porque por definição ele não tem, nem pode ter, saúde. Mas, se redimensionarmos nosso conceito de saúde para focalizar nas dimensões positivas, reinterpretando-a como estado de bem-estar, descobrimos forma de discurso nas quais faz sentido falar de saúde do doente crônico ou terminal, porque é coerente falar do seu bem-estar físico, mental, social e espiritual, mesmo quando não há perspectiva de cura.

Nesse sentido, quando se aplica a ortotanásia não significa dizer que o paciente será abandonado porque não há mais chances de cura, mas, ao contrário, com essa atitude está propiciando mesmo de forma ínfima o seu bem-estar, a sua dignidade, a espiritualidade, apoio psicológico. O tratamento desnecessário cessa, mas o cuidado paliativo é obrigatório nesses casos. A respeito desse assunto, pondera Coelho (2007, p.249):

É a situação em que reconhece a inutilidade do tratamento para manter vivo o paciente. Neste caso, recorre-se aos cuidados paliativos sem, contudo, utilizar meios para abreviar a vida (...) A ortotanásia, diferentemente da eutanásia é sensível ao processo de humanização da morte e alívio das dores e não incorre em prolongamentos abusivos com a aplicação de meios desproporcionais que imporiam sofrimentos adicionais.

No artigo 2º da Resolução de 1.805/2006 ressalta a importância de adotar os cuidados paliativos, para que não haja dúvida que essa medida visa unicamente propiciar o bem ao paciente, principalmente para que ele não se sinta desamparado num momento de dor e sofrimento. O término da vida visto como um processo natural e invencível.

4.3 MORTE DIGNA

Na década de 50, o Papa Pio XII já reconhecia a importância de não submeter a pessoa a tratamentos médicos desproporcionais e extraordinários. Ele estabelecia um dever de empregar todo o cuidado necessário para conservar a vida e a saúde, mas que este princípio só poderia ser aplicado se não exaurisse os meios ordinários de cada pessoa⁷³.

⁷³ Entrevista ao CFM: CNBB apoia a ortotanásia. Artigo disponível em http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=23257:entrevista-ao-cfm-cnbb-apoia-ortotanasia&catid=3. Acesso no dia 30 de setembro às 09:23h.

Numa entrevista concedida por Dom Raymundo Cardeal Damasceno Assis ao portal Conselho Federal de Medicina, ele se posiciona a favor da ortotanásia e assim estabelece:

A ortotanásia é morrer digno e saudável, cercado de solidariedade, amor e carinho, amando e sendo amado. A morte não é uma doença para a qual devemos achar cura. É necessário que o homem reconheça e aceite a própria realidade e os próprios limites. Temos que viver com sabedoria a nossa dimensão de seres mortais e finitos.

A morte muitas vezes não pode ser vista como um inimigo que deve ser afastado a todo custo, como um dever da medicina. O fim da vida é um processo natural e ao mesmo tempo inevitável, como assevera Délio Kipper (apud Pithan, ano, 48)⁷⁴. Desse modo, mesmo com todos os recursos disponíveis num determinado momento será inútil todos os procedimentos terapêuticos.

Na visão de Guimarães (2012, p. 87), as escolhas implicam em liberdades individuais em que o Estado não pode obrigar o paciente a submeter a um procedimento médico se não o deseja, principalmente quando se trata de um desgaste físico e psicológico sem possibilidade de cura.

A importância da ortotanásia consiste no direito de escolha do próprio paciente, da sua liberdade individual, da autonomia sobre a vida, principalmente de não ser submetido a um tratamento desumano, somente o enfermo pode dizer se vale a pena realizar um tratamento futuro ou se deseja paralisá-lo.

No filme “Uma prova de amor”, a personagem Kate possuía leucemia desde a sua infância, a mãe com o intuito de salvá-la resolve conceber a pequena Anna, para que fosse doadora compatível para sua irmã que estava doente. Mas se passaram anos, Kate se tornou adolescente, o tratamento se tornou inútil e ineficaz, e a pedido desta pediu para que sua irmã fosse ao juízo, para postular como seu desejo (Anna) de não ser mais doadora de sua irmã Kate, para cessar o tratamento. O advogado sempre acompanhado do seu cachorro, sem dar explicação a respeito

⁷⁴ PITHAN, Livia Haygert. **A dignidade humana como fundamento jurídico das “ordens de não-ressuscitação”**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004

disso, se retira do recinto e entra em convulsão, nessa cena mostra que assim como Kate o advogado não tinha autonomia sobre o próprio corpo⁷⁵.

No final a Kate sabia que sua vida estava chegando ao fim, seu pai sabendo do seu desejo de não mais querer continuar o tratamento, a levou para uma praia, longe de hospitais, um momento de aceitação de que não havia mais nada que pudesse ser feito, os médicos já haviam adotado todos os procedimentos médicos, inclusive um bebê de proveta. Kate passou a receber cuidado paliativo, mas o seu momento final era certo, a família passou a encarar a morte como dor da despedida, mas ao mesmo de aceitação⁷⁶.

No primeiro momento, pensamos tratar de uma tipicidade penal, mas ao analisar percebemos que se trata de cuidado com o próprio paciente, de não ser submetido a um tratamento inútil, prepará-lo para morte como o processo que ocorre naturalmente e de forma serena, no tempo certo, sem o prolongamento artificial. Não é uma decisão imposta, porque a ortotanásia deve ser aplicada com o consentimento do paciente ou de seus familiares, é uma medida que respeita o enfermo como detentor da dignidade da pessoa humana.

⁷⁵ CARVALHO, Aline dell'Orto. **A epilepsia no Cinema e no Teatro**. Artigo disponível em <http://www.historiaecultura.pro.br/cienciaepreconceito/cinema.htm#umaprova>. Acesso no dia 01 de outubro às 09:56h.

⁷⁶ Uma prova de amor. Direção: Nick Cassavetes. EUA: Curmudgeon Films, Gran Via Productions, Mark Johnson Productions, Montana Film Office. Distribuição: Playarte, 2009, duração 109 min.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo teve como objetivo analisar o direito do paciente terminal no Brasil sob o enfoque da ortotanásia, a morte no tempo certo, sem a interferência de um terceiro, como acontece no suicídio assistido ou na eutanásia, nesta o intuito é acelerar o término do paciente.

Para isso foi necessário conceituar o início e o fim da vida. A vida que é fundamento do Estado Democrático de Direito, portanto cláusula pétrea, protegida desde a concepção no nosso ordenamento jurídico, mas como todo direito não é absoluto, esse também não é diferente. Em se tratando de conflito com outros direitos que se mostram mais benéficos ao paciente não deve aplicar aquele sem restrições e sem analisar sua dor, a fim de aplicá-lo demasiadamente, ofendendo a dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana é o fundamento da ortotanásia, onde todo homem tem o direito de ter condições dignas para continuar vivendo, este princípio se estende à morte digna que é não submeter o paciente a tratamentos desumanos e desnecessários e não torná-lo um mero objeto, mas uma pessoa que possui valor inestimável.

O direito à saúde não significa aplicabilidade de recursos terapêuticos fúteis e sem medidas, mas de o Estado abster de um ato inviável para qualidade de vida psicológica e física do enfermo. Temos intrinsecamente a ideia de ausência absoluta de doença, mas, além disso, é poder oferecer bem-estar ao doente na fase final.

Dessa forma, surge a problemática: o Estado pode interferir na decisão do paciente mesmo quando o tratamento se tornar completamente ineficaz e não há possibilidade de cura?

O Conselho Federal de Medicina para cessar a dúvida que existe entre a ortotanásia e eutanásia editou a Resolução 1.805/2006 para que os médicos pudessem atuar com liberdade nos casos previstos desta, sem ser penalizado criminalmente, já que o Código Penal vigente se mostrou omissivo quanto ao tema. A ortotanásia não é considerada crime no Brasil, mas muitos autores por não conhecê-la a confundem.

A morte quando não pode ser evitada e se torna irreversível em casos de doenças graves é vista como um problema que não pôde ser solucionado e as pessoas começam a encará-la como inimiga que deve ser vencida, mesmo que para isso seja necessário utilizar todos os recursos. Em algumas situações se mostram desproporcionais, mas este é um processo natural da vida de qualquer ser humano.

O princípio da autonomia é de extrema importância para esse tema, pois possibilita ao homem ter o direito de decidir sobre a sua própria vida, mas isso não significa que deve ser aplicado em todas as situações; para aplicá-lo não deve ter chance de cura, quadro irreversível e a morte iminente, mesmo assim é necessário ser atestado por dois médicos para que não haja dúvida a respeito do diagnóstico e, por último, o consentimento do paciente ou de seu representante.

Os princípios norteadores da bioética tiveram grande relevância no decorrer da história. O princípio da beneficência nos remete a fazer o bem, ajudar ao próximo e buscar aquilo que melhor convém ao paciente sempre maximizando os benefícios e observando os mínimos detalhes, inclusive tratá-lo como pessoa e não como mais um paciente a ser tratado num leito de hospital. O enfermo acima de tudo possui dignidade.

Já o princípio da não-maleficência exige uma atuação negativa de não prejudicar o paciente quando as medidas se mostram mais prejudiciais ao seu estado de saúde. Por último, o princípio da justiça que reza: os indivíduos devem ser tratados iguais, aplicando a prestação de serviços de saúde de forma justa e igualitária.

Dessa forma, às vezes não é possível fazer o bem ao paciente com a utilização do tratamento médico que se mostra ineficaz, mas existem outras formas de amenizar a dor do enfermo que é o cuidado paliativo.

O cuidado paliativo que consiste em não deixar que o enfermo sinta dor, não se sinta abandonado e tenha o acompanhamento psicológico em cada fase emocional, também acontece por meio da higienização. Todos esses detalhes indiscutivelmente propiciam o bem e a dignidade do paciente nesses pequenos gestos humanísticos para que ele tenha uma morte digna.

A ortotanásia não é considerada uma conduta típica penal, ao contrário, se trata de um direito do paciente terminal, porque nela não consta a obrigação do médico agir quando o desfecho natural da vida não pode ser mais evitado. Apenas

tem o dever de continuar com o cuidado paliativo, que não se desprende dessa modalidade, a qual é imprescindível para caracterizá-la.

Para tanto, como enfatizado no decorrer do trabalho é imprescindível ficar atestado por no mínimo dois médicos para que não haja dúvida. Nesse caso, o médico não irá acelerar a morte, o paciente terá seu desfecho naturalmente, com os cuidados necessários para não sentir dor e desamparado. Por assim ser considerado Santoro (2012) e Guimarães (2012) demonstraram que essa conduta médica nunca se enquadrrou como conduta típica, como acontece na eutanásia, porque a morte acontece no momento oportuno.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LIVROS

CARVALHO, Gisele Mendes de. **Aspectos Jurídico-Penais da Eutanásia**. São Paulo: IBCCRIM, 2001.

CHILDRESS, James F; BEAUCHAMP, TOM L. **Princípios de ética e biomédica**. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

COHEN, Marco Segre Claudio. **Bioética**. 3º Ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2006.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial**, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa. 8º Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011.

GUIMARÃES, Marcello Ovídio Lopes. **Eutanásia: novas considerações penais**. Leme, SP: J. H. Mizuno, 2011.

HOLLAND, Stephen. **Bioética: enfoque filosófico**; tradução de Luciana Pudenzi. São Paulo: Centro Universitário São Camilo; Loyola, 2008.

HINTERMEYER, Pascal. **Eutanásia a dignidade em questão**. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

JR, H. Tristram Engelhardt. **Fundamentos da Bioética**. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

JÚNIOR, Heitor Piedade; LEAL, César Barros. **Violência e vitimização: face sombria do cotidiano**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, LAMBERT, Angela. A história perdida de Eva Braun.

LAMBERT, Angela. **A história perdida de Eva Braun**. Tradução de Cássio de Arantes Leite. São Paulo: Globo, 2007.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2012

LOPES, Antonio Carlos; LIMA, Carolina Alves de Souza; SANTORO, Luciano de Freitas. **Eutanásia, Ortotanásia e Distanásia: Aspectos médicos e jurídicos**. São Paulo: Editora Atheneu, 2011.

MOLLER, Leticia Ludwig. **Direito à morte com dignidade e autonomia**. 1º Ed. (2007), 3º reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.

NAMBA, Edison Tetsuzo. **Manual de Bioética e Biodireito**. São Paulo: Atlas, 2009,

PESSINI, LEO. **Eutanásia por que abreviar a vida?** São Paulo: Edições Loyola, 2004.

PESSINI, Leocir. **Distanásia. Até quando prolongar a vida?** São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Loyola, 2007,

PITHAN, Livia Haygert. **A dignidade humana como fundamento jurídico das "ordens de não-ressucitação"**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7º Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

SÁ, Maria de Fátima Freire. **Direito de morrer: Eutanásia, Suicídio Assistido**. 2º Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005..

SANTORO, Luciano de Freitas. **Morte Digna: o direito do paciente terminal**. Curitiba: Juruá, 2012

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Editora Magalhães, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular**. São Paulo: Editora Malheiros, 2000.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito constitucional**. 10° Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZOBOLI, Elma L. C. P. **Ética e administração hospitalar**. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

ENDEREÇO ELETRÔNICO

CARVALHO, Aline dell'Orto. **A epilepsia no Cinema e no Teatro**. Artigo disponível em <http://www.historiaecultura.pro.br/cienciaepreconceito/cinema.htm#umaprova>

Cuidados Paliativos. Artigo disponível em http://www.inca.gov.br/conteudo_view.asp?ID=474.

DOGDE, Raquel Elias Ferreira. **Eutanásia aspectos jurídicos penais**. Revista Bioética disponível em http://www.revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/299/438.

Entrevista ao CFM: CNBB apoia a ortotanásia. Artigo disponível em http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=23257:entrevista-ao-cfm-cnbb-apoia-ortotanasia&catid=3

GOLDIM, José Roberto. **Transusão de sangue em Testemunhos de Jeová**. Artigo disponível em <http://www.bioetica.ufrgs.br/transfus.htm>.

JÚNIOR, Eudes Quintino de Oliveira; OLIVERA, Pedro Bellentani Quintino de. **A eutanásia e a ortotanásia no anteprojeto do Código Penal**. Artigo disponível em <http://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/98/03.pdf>.

JUNQUEIRA, Eduardo. **Sócrates ou Mengele? Kevorkian injeta venenos em um homem doente. Recoloca-se a dúvida: filósofo herético ou serial killer com diploma médico?** Artigo disponível em http://veja.abril.com.br/021298/p_074.html.

LAGO, Daniele. **A inviolabilidade do direito à vida é condicional?** Artigo disponível em <http://www.unimep.br/phpg/mostraacademica/anais/7mostra/4/260.pdf>.

LEITE, Fabiane. **Ministério Público desiste de ação e abre caminho para ortotanásia no País**. Artigo disponível em

<http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,ministerio-publico-desiste-de-acao-e-abre-caminho-para-ortotanasia-no-pais,602333,0.htm>

LOPES, Adriana Dias. **A ética da vida e da morte**. Artigo disponível em <http://veja.abril.com.br/280410/etica-vida-morte-p-100.shtml>.

MENDES, Juliana Alcaires; LUSTOSA, Maria Alice; ANDRADE, Maria Clara Mello. **Paciente terminal, família e equipe de saúde**. Artigo disponível em http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-08582009000100011.

NUNES, Jimmy; ARAÚJO Lorena Sales. **A questão da licitude ou ilicitude da prática ortotanásica no ordenamento jurídico brasileiro**. Artigo disponível em http://ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10530&n_link=revista_artigos_leitura

SAÚDE. Artigo disponível em <http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/livro092.pdf>.

VASCONCELOS, Thiago José Quirino; IMAMURA, Natália Ramos; VILLAR, Heloísa Cesar Esteves Cerqueira. **Impacto da Resolução CFM 1.805/06 sobre os médicos que lidam com a morte**. Artigo disponível em http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/602/669

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. **A ortotanásia e o Direito Penal brasileiro**. Artigo disponível em http://www.revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/56/59

REVISTA

¹ ROSSETTO, Marcela. **Morrer com dignidade. Visão Jurídica**. São Paulo, Edição 64, 2011, p. 8-12

MÍDIA

Uma prova de amor. Direção: Nick Cassavetes. EUA: Curmudgeon Films, Gran Via Productions, Mark Johnson Productions, Montana Film Office. Distribuição: Playarte, 2009, duração 109 min.

LEGISLAÇÃO

Brasil. **Constituição Federal da República Federativa de 1988**. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2012.

Brasil. Resolução n. 1805/2006. Disponível no endereço eletrônico http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm.

BRASIL. **Código Civil - Lei 10.406 de 2002**. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2012

BRASIL. **Código Penal – Decreto-LEI nº 2.848 de 1940**. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2012.