



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS
Curso de Direito

WALDEMAR FERREIRA DE SOUZA FILHO

**ORTOTANÁSIA E TERMINALIDADE DE VIDA:
Adoção de condutas médicas restritivas - crime ou poder
discricionário do médico?**

BRASÍLIA

2011

WALDEMAR FERREIRA DE SOUZA FILHO

**ORTOTANÁSIA E TERMINALIDADE DE VIDA:
Adoção de condutas médicas restritivas - crime ou poder
discricionário do médico?**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do curso de graduação em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UNICEUB -, com vistas à obtenção de grau de bacharel em Direito.

Área de concentração: Penal

Orientador: Prof. Dr. Marcus Vinicius Reis Bastos.

BRASÍLIA

2011

WALDEMAR FERREIRA DE SOUZA FILHO

ORTOTANÁSIA E TERMINALIDADE DE VIDA:

Adoção de condutas médicas restritivas - crime ou poder discricionário do médico?

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do curso de graduação em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UNICEUB -, com vistas à obtenção de grau de bacharel em Direito.

Área de Concentração: Penal

Data de defesa: 15-09-2011

Resultado: _____

BANCA EXAMINADORA

Marcus Vinicius Reis Bastos
Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

Prof. Dr. _____

Humberto Fernandes de Moura
Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

Prof. Dr. _____

José Carlos Veloso Filho
Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

Prof. Dr. _____

A Deus, mestre do Universo, senhor da vida e da morte.

A meus pais Waldemar e Rosa que me ensinaram os valores da vida e da honradez.

A minha irmã Silvia.

A minha esposa Lia e filhos Waldemar, Viviane, Camila e Priscila que estiveram do meu lado durante toda esta jornada de estudos.

A meu neto César Henrique.

A meus professores que me incentivaram na pesquisa.

A meu tio João... (in memoriam).

A minha sogra Maria.... (in memoriam).

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Centro Universitário de Brasília – UNICEUB - por ter me propiciado esta formação acadêmica sólida, mostrando-me os caminhos do saber;

Agradeço a meu professor de monografia Roberto Krauspenhar que me motivou na busca do conhecimento e da pesquisa científica;

Agradeço a meu professor e orientador Dr. Marcus Vinicius Reis Bastos que me propiciou os fundamentos necessários para que hoje pudesse concluir e apresentar este trabalho acadêmico;

Agradeço aos ilustres doutores componentes da Banca Examinadora a quem caberá a análise e crítica final sobre esta monografia;

Por último, agradeço a Deus por me ter permitido existir e desfrutar desta sensação de dever cumprido.

O médico vê o homem em toda a sua fraqueza; o jurista vê-lo em toda a sua maldade; o teólogo, em toda a sua imbecilidade. (Arthur Schopenhauer, Dores do Mundo).

Houve um tempo em que nosso poder perante a Morte era muito pequeno. E, por isso, os homens e as mulheres dedicavam-se a ouvir a sua voz e podiam tornar-se sábios na arte de viver. Hoje, nosso poder aumentou, a Morte foi definida como inimiga a ser derrotada, fomos possuídos pela fantasia onipotente de nos livrarmos de seu toque. Com isso, nós nos tornamos surdos às lições que ela pode nos ensinar. E nos encontramos diante do perigo de que, quanto mais poderosos formos perante ela (inutilmente, porque só podemos adiar...), mais tolos nos tornaremos na arte de viver. (Rubem Alves, O Médico)

RESUMO

O autor aborda o tema da ortotanásia, terminalidade de vida e condutas médicas restritivas, apresentando a opinião de renomados doutrinadores e estudiosos no campo da bioética. Para melhor situar o assunto, traz os conceitos dos institutos da eutanásia, ortotanásia e distanásia, enfocando, ainda, aspectos relacionados com terminalidade de vida, paradigmas da cura e do cuidado, obstinação terapêutica, cuidados paliativos, e poder discricionário do médico no exercício regular de sua profissão. Situa o instituto da ortotanásia no contexto mundial e, especialmente, no Brasil, apresentando argumentos pró e contra a ortotanásia, apontando os princípios constitucionais e bioéticos que lhe dão fundamentação, os conflitos entre tais princípios, dando ênfase à valorização da autonomia do paciente e dignidade da pessoa humana. Apresenta a conexão entre a aplicação de condutas médicas restritivas e pacientes em estado de terminalidade de vida, mostrando a aplicabilidade dos cuidados paliativos e o atual paradigma de cuidado a ser seguido pelos médicos. Destaca, ainda, os dispositivos legais existentes no Brasil, tanto o Código Penal, como a legislação específica do Conselho Federal de Medicina, e mostra como o ordenamento jurídico nacional vê a adoção de condutas médicas restritivas em pacientes terminais. Faz menção ao Anteprojeto de Lei de Reforma do Código Penal que prevê o instituto da ortotanásia, em seu art. 121, § 4º tratando-o como excludente de ilicitude. Por fim, traz à discussão a Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público Federal em face do Conselho Federal de Medicina, tendo como principal pedido a revogação da Resolução CFM nº 1.805/2006, que regulamentou a ortotanásia no Brasil. Do estudo de caso, o autor permite tirar conclusões sobre a legalidade do instituto da ortotanásia no Brasil, assim como a possibilidade de adoção de condutas médicas restritivas em pacientes terminais, obedecendo-se a critérios definidos na legislação, autonomia do paciente, por meio de seu testamento vital e o próprio poder discricionário do médico no que concerne à escolha do método a ser aplicado que traga o menor sofrimento possível ao paciente.

Palavras-chave: Ortotanásia. Eutanásia. Distanásia. Vida. Morte. Morte encefálica. Terminalidade de vida. Obstinação terapêutica. Cuidados Paliativos. Condutas médicas restritivas. Crime. Poder discricionário do médico. Dignidade da pessoa humana. Princípios bioéticos. Paradigmas da cura e do cuidado.

ABSTRACT

The author deals with the theme of orthothanasia, terminality of life and the restrictive medical conducts, presenting the views of renowned doctrinaires and experts in the field of bioethics. To better situate the subject, brings the concepts of the institutes of euthanasia, orthothanasia and dysthanasia, focusing also aspects related to terminality of life, paradigms of cure and care, therapeutic obstinacy, palliative care, and physician's discretion in regular exercise of his profession. The institute of orthothanasia is situated in the worldwide context and, especially, in Brazil, presenting arguments pro and against orthothanasia, pointing out the constitutional and bioethical principles to give reasons for the decision, the conflicts between these principles, with emphasis on the enhancement of patient autonomy and dignity of the human person. Displays the connection between the application of restrictive medical conducts and patients in a state of terminality of life, demonstrating the applicability of palliative care is the current paradigm of care to be followed by physicians. Also emphasizes the legal devices existing in Brazil, both the Criminal Code, as the specific legislation of the Federal Council of Medicine, and shows how the national legal system sees the adoption of restrictive medical conduct in terminal patients. Makes mention of the Draft Law on Reforming the Penal Code which foresees the institute of orthothanasia, in its article 121, § 4 treating it as exclusionary of illegality. Finally, he brings the discussion to the Public Civil Action brought by Federal Prosecutors against the Federal Council of Medicine, having as main request the revocation of the Resolution CFM 1.805 /2006, which regulated the orthothanasia in Brazil. From the case study, the author allows conclusions to be drawn regarding the legality of the institute of orthothanasia in Brazil, as well as the possibility of adoption of restrictive medical conduct in terminal patients, according to the criteria defined in the legislation and autonomy of the patient, by means of his testament vital and the discretion of the physician in relation to the choice of method to be applied to bring the less suffering as possible to the patient.

KEYWORDS: Orthothanasia. Euthanasia. Dysthanasia. Life. Death. Brain Death. Terminally life . Therapeutic Obstinacy. Palliative Care. Restrictive medical conducts. Crime. Medical discretionary power. Human dignity. Bioethical principles. Paradigms of cure and care.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 TERMINALIDADE DE VIDA – CONCEITOS GERAIS	14
1.1 OBSTINAÇÃO TERAPÊUTICA E TRATAMENTO FÚTIL.....	14
1.2 PACIENTE TERMINAL E CUIDADOS PALIATIVOS.....	18
1.3 RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE TERMINAL: PARADIGMA DA CURA X PARADIGMA DO CUIDADO.....	19
1.4 CONDUTAS MÉDICAS RESTRITIVAS E O PODER DISCRICIONÁRIO DO MÉDICO	22
1.5 DIAGNÓSTICO DA MORTE ENCEFÁLICA	25
2 INSTITUTOS DA EUTANÁSIA, DISTANÁSIA E ORTOTANÁSIA	28
2.1 DEFINIÇÕES, CLASSIFICAÇÃO E DIFERENCIAÇÃO DOS INSTITUTOS	28
2.2 FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA	32
2.2.1 Princípios, Direitos e Garantias Constitucionais.....	32
2.2.2 Dignidade da Pessoa Humana e Autonomia da Vontade.....	34
2.2.3 Bioética e seus Princípios. Biodireito. Princípio da Compaixão de Schopenhauer .	37
2.2.4 Conflitos entre Princípios: Ponderação dos Bens Jurídicos Tutelados e Violados .	41
2.2.5 Diretivas Antecipadas de Vontade (Testamento Vital) e Ortotanásia.....	43
2.2.6 A Eutanásia e a Figura do Homicídio Privilegiado, no Código Penal Brasileiro – art. 121, § 1º.....	45
2.2.7 Previsão da Ortotanásia no Anteprojeto de Lei de Reforma do Código Penal – art. 121, § 4º - Exclusão de Ilicitude	46
2.2.8 Ortotanásia e Princípio da Adequação Social	48
2.2.9 Código de Ética Médica – Direitos e Deveres do Médico – Exercício Regular de Direito – Exclusão de Ilicitude.....	48
2.2.10 Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.805/2006 – Regulamenta o Instituto da Ortotanásia.....	51
2.3 INSTITUTOS DA EUTANÁSIA E ORTOTANÁSIA NO BRASIL E NO MUNDO	52
2.4 ARGUMENTOS PRÓ E CONTRA A ORTOTANÁSIA	55
3 APRESENTAÇÃO DE CASO	57
3.1 AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL CONTRA O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA – QUESTIONAMENTO DA RESOLUÇÃO CFM Nº 1.805/2006.....	57
3.2 PONTOS RELEVANTES EXTRAÍDOS DO CASO APRESENTADO	60
4 CONCLUSÃO.....	63
REFERÊNCIAS.....	65
ANEXOS	70
ANEXO A – Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.805/2006 – Regulamenta o Instituto da Ortotanásia.....	70
ANEXO B – Resolução CFM nº 1.826/2007 - Dispõe sobre a Legalidade e o Caráter Ético da Suspensão dos Procedimentos de Suportes Terapêuticos quando da Determinação de Morte Encefálica de Indivíduo Não-Doador	76
ANEXO C – Resolução CFM nº 1.480/97 – Caracterização da Morte Encefálica .	79

ANEXO D – Lei nº 9.434, de 4 de Fevereiro de 1997– Dispõe sobre a Remoção de Órgãos, Tecidos e Partes do Corpo Humano para fins de Transplante e Tratamento e dá outras Providências	82
ANEXO E – Resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009 – Aprova o Código de Ética Médica (somente artigos citados no presente trabalho).	85
ANEXO F –. Sentença 652/2010, de 1º de dezembro de 2010, prolatada pelo juiz da 14ª Vara da Justiça Federal do Distrito Federal, Roberto Luis Luchi Demo	92

INTRODUÇÃO

O escopo do presente trabalho acadêmico é explorar e situar os institutos da eutanásia e ortotanásia no contexto atual, aprofundar conhecimentos sobre os aspectos da terminalidade de vida e tudo o que estiver a ela afeto e, por último, no que concerne às condutas médicas restritivas aplicadas em pacientes em estado terminal de vida, firmar um juízo que nos permita tomar um posicionamento quanto à ilicitude ou não de tais condutas, se elas constituem crime tipificado no nosso ordenamento jurídico ou se são decorrentes do poder discricionário do médico, condizentes com os padrões ético-profissionais existentes na atualidade.

A dinâmica social, incorporando novos valores e modos distintos de pensar e agir, propicia mudanças de comportamento e atitudes e ocasiona a quebra de paradigmas, gerando questões complexas, que precisam ser equacionadas.

Muitas situações que no passado eram reprovadas pela sociedade e, portanto, tipificadas como ilícitos penais, hoje já não o são mais. Temas que se quer antes eram discutidos, hoje o são e de maneira aberta, com a participação efetiva da sociedade. Deve, pois, o ordenamento jurídico acompanhar a evolução das ciências e da própria sociedade, com vistas a colocar à disposição de todos os cidadãos uma legislação atual, que represente a resposta a seus verdadeiros anseios em um determinado contexto histórico-social.

É nesse contexto histórico-social que inserimos a aplicabilidade da ortotanásia como prática médica colocada à disposição dos pacientes portadores de doenças graves e incuráveis, em estado de terminalidade de vida. Hoje, tem-se a aceitação da prática desse instituto, por grande parte da sociedade, merecendo, destarte, uma melhor adequação de nossas normas jurídicas frente a aspectos relacionados com vida e morte.

Como médico, atuando por mais de trinta anos na profissão, por diversas vezes deparei-me com situações limítrofes entre a vida e a morte de meus pacientes. Muitos destes, em estado de terminalidade, portadores de doenças degenerativas, crônicas, incuráveis, para as quais a ciência, à luz do arsenal diagnóstico-terapêutico disponível na atualidade, nada mais poderia fazer, a não ser ministrar-lhes cuidados paliativos.

Estas situações fazem da relação médico-paciente terminal uma relação *sui generis*, gerando um comprometimento, uma cumplicidade, uma transferência e uma

contratransferência entre as partes. O profissional de saúde acaba por assimilar as dores e angústias de seus pacientes. Traz à tona, muitas vezes, seus sentimentos mais primitivos de altruísmo, evocando para si a piedade¹ e compadecendo-se de seu semelhante.

O tema que nos propomos a discorrer é relevante para a sociedade, uma vez que o ser humano é um ser social e que todos os seus problemas igualmente os são da sociedade, para a comunidade científica que procura, constantemente, a aplicação de meios diagnósticos e terapêuticos eficazes para aliviar o sofrimento, assim como para os operadores do direito, responsáveis que são pela tutela da vida e dos princípios que envolvem o ser humano.

A evolução das ciências médicas traz aspectos positivos, mas, também gera diversos questionamentos bioéticos, que precisarão ser bem definidos e esclarecidos, visando dar ao paciente o conforto e disponibilizá-lo de todos os meios possíveis para que venha a ter uma melhor qualidade de vida. Por outro lado, tais critérios são de importância capital para dar respaldo às decisões médicas, dentro de um limite ético e profissional aceitável.

Desse entendimento conjunto das ciências médicas e jurídicas, o médico poderá exercer sua profissão com segurança jurídica, sem incorrer no risco de estar praticando uma conduta típica e vir a ser condenado por seus atos.

No transcorrer desta pesquisa monográfica serão apresentados os institutos da eutanásia e ortotanásia, sob a óptica bioética e jurídica à luz da legislação e doutrina existentes atualmente, destacando-se o conceito de paciente terminal, morte encefálica, cuidados paliativos, obstinação terapêutica, condutas médicas restritivas e o novo paradigma do cuidado a ser adotado na relação médico-paciente terminal. Analisaremos os princípios bioéticos e constitucionais aplicáveis na relação médico-paciente terminal, assim como os deveres e direitos dos médicos, estipulados no Código de Ética Médica.

Como base para nosso estudo de caso, utilizaremos a Ação Civil Pública – ACP - proposta pelo Ministério Público Federal em face do Conselho Federal de Medicina. Tal Ação tinha o escopo de pedir a revogação da Resolução CFM nº 1.805/2006, que regulamentou a Ortotanásia no Brasil.

A sentença prolatada pelo juízo da 14ª Vara Federal/DF também será utilizada para nossos estudos. Nela poderemos acompanhar o raciocínio da Procuradora da República Luciana Loureiro Oliveira, que traz posição totalmente contrária à disposta na

petição inicial do Ministério Público Federal, proposta pelo Procurador da República Wellington Divino Marques de Oliveira.

Finalizando, do estudo da doutrina, legislação e com base nos documentos acima expostos (ACP e Sentença) teremos uma visão mais esclarecida sobre o instituto da ortotanásia e uma melhor compreensão do que venham a ser cuidados paliativos, paciente terminal e condutas médicas restritivas, estando aptos, pois, a respondermos nosso questionamento inicial: **adoção de condutas médicas restritivas - crime ou poder discricionário do médico?**

1 TERMINALIDADE DE VIDA – CONCEITOS GERAIS

1.1 Obstinação terapêutica e Tratamento fútil

Durante a explanação do presente trabalho acadêmico, serão abordados termos específicos da área das ciências biomédicas e que necessitam ser esclarecidos, para um melhor posicionamento sobre o tema em questão.

Institutos de importância crucial para o presente artigo são as que tangem à obstinação terapêutica e ao tratamento fútil. Ambos expressam uma consequência de uma atuação insistente do profissional de saúde, buscando, a todo custo, a cura de seu paciente, mesmo sabendo que as chances de êxito terapêutico sejam remotas e que este seu procedimento irá trazer muito sofrimento para o doente sob seus cuidados profissionais.

Para melhor entender as questões concernentes a esses institutos e muitos outros que se inserem nas ciências biomédicas e que dizem respeito ao nosso tema diretamente, torna-se necessário buscar na literatura nacional e internacional a opinião e definição de conceitos de renomados autores da área, a saber: Gisele Mendes de Carvalho, Leo Pessini, Jussara Maria Leal de Meirelles, Rui Nunes, Roberto Andorno, dentre muitos outros.

Sobre tratamento fútil e obstinação terapêutica, Villas-Bôas, em seu artigo intitulado “A ortotanásia e o Direito Penal brasileiro”, faz as seguintes citações de autores da área:

Iniciar ou continuar um tratamento que é medicamente fútil ou que não preveja um efeito benéfico é considerado prática não-profissional. Nenhum médico é obrigado a iniciar um tratamento que é ineficaz ou que resulta somente no prolongamento do processo do morrer. Aliviar a dor e o sofrimento é considerado um dever médico, mesmo quando as intervenções implicam que a vida pode ser abreviada como consequência. (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2000 apud VILLAS-BÔAS, 2008, p. 64).

A obstinação terapêutica é uma prática médica excessiva e abusiva decorrente diretamente das possibilidades oferecidas pela tecnociência e como fruto de uma teimosia de estender os efeitos desmedidamente, em respeito à condição da pessoa doente. (BORGES apud SANTOS, 2001 apud VILLAS-BÔAS, 2008, p.68-69).

Claus Roxin (2000 apud VILLAS-BÔAS, 2008, p.69) entende que “inexiste um dever jurídico de manter a qualquer preço a vida que se esvai. Medidas de prolongamento da vida não são obrigatórias, pelo simples fato de que sejam tecnicamente possíveis”.

Os avanços tecnológicos na área das ciências médicas, com novos equipamentos e novas técnicas de diagnóstico, assim como a adoção de protocolos terapêuticos diferenciados, trouxeram um grande benefício para os pacientes. Hodiernamente, doenças ainda em seus estágios iniciais podem ser diagnosticadas, e, como consequência, possibilitando o retardo no avanço de tais patologias ou mesmo a sua cura. Doenças que no passado eram consideradas fatais, tais como a leucemia e a maioria dos tumores, hoje, graças ao arsenal diagnóstico e terapêutico disponíveis, são plenamente controláveis e tratáveis.

Entretanto, se de um lado todo esse progresso se reverteu em benefícios aos pacientes, por outro trouxe consigo a obstinação terapêutica, fruto de uma mentalidade médica em que ainda se aplica o paradigma da cura, conforme veremos mais adiante.

Sobre este ponto, assim se posiciona Gisele Mendes de Carvalho (2001 apud VILLAS-BÔAS, 2008, p.69):

Os progressos trouxeram consigo a obstinação terapêutica, na medida em que a superveniência da morte passa a ser vista como fracasso médico e a vida tende a ser perseguida e prolongada indefinidamente, a todo custo... Não se pode esquecer jamais que a pessoa humana não é um objeto, um meio, mas um fim em si mesma e como tal deve ser respeitada.

Ainda concernente aos avanços da medicina e suas consequências no atuar médico e para-médico, assim destaca Léo Pessini (2001, p.150-151), citado em seu livro “*Distanásia: até quando prolongar a vida*”:

“Tratamento fútil” (futility), diagnóstico ou terapêutico, adquiriu carta de cidadania na literatura médica norte-americana ao longo da década de 1980. Isso aconteceu em razão do crescimento exponencial da capacidade da medicina de intervir no corpo do ser humano e de adiar indefinidamente a morte. O surgimento das chamadas técnicas de suporte de vida a partir dos anos 60 aumentou a manipulação da morte até limites pouco inusitados e levantou o problema de até quando intervir no corpo de uma pessoa que se encontra numa situação de vida profundamente comprometida [...] Segundo Diego Garcia o termo entrou na área da ética biomédica a partir da moral católica, por obra de um ex-jesuíta norte americano, Albert R. Jonsen. Na perspectiva da moral católica é bastante fácil considerar fúteis todas aquelas práticas que tenham caráter extraordinário ou desproporcionado. A expressão futilidade, com efeito, começou significando isso, e sendo, portanto, um termo técnico para designar o que é aplicado num paciente e não produz um benefício, mas um dano.

Jean Robert Debray¹, por sua vez, no livro intitulado *L'acharnement thérapeutique*, citado por Maria Helena Diniz (2006, p.399), define obstinação terapêutica como sendo “o comportamento médico que consiste em utilizar procedimentos terapêuticos cujos efeitos são mais nocivos do que o próprio mal a ser curado. Inúteis, pois a cura é impossível e os benefícios esperados são menores que os inconvenientes previsíveis”.

A obstinação terapêutica, quase sempre, acaba levando o paciente a um estado de desgaste e sofrimento desnecessários, sendo uma das causas de sua recusa em relação à terapêutica instituída, terapêutica esta totalmente inoportuna, desnecessária e fútil.

Pertinente ao assunto ora abordado, poder-se-ia fazer a seguinte indagação, com o objetivo de sedimentar a sua aplicabilidade aos casos concretos: o paciente tem o direito de recusar o tratamento imposto pelo médico, considerado por este necessário ao seu tratamento? Tal recusa pode trazer algum entrave para o profissional de saúde?

Diante de tal questionamento, e embasado em disposições principiológicas constitucionais, só vejo uma resposta plausível: em virtude da autonomia da vontade, elemento constitutivo da dignidade da pessoa humana (dignidade ontológica), o paciente tem o direito de recusar o tratamento estipulado pelo profissional de saúde, pois não é obrigado a se submeter a nenhum procedimento sem o seu consentimento. Sobre outro aspecto, e corroborando com o entendimento anteriormente citado, a visão paternalista da medicina, em que o médico detinha todo poder de decisão, não mais se aplica nos dias atuais. Entretanto, nesses casos, o médico deverá se cercar de todas as garantias de que informou ao paciente sobre a necessidade do tratamento e este não quis se submeter ao mesmo. Caso não o faça e o paciente vier a falecer, responderá por negligência ou imprudência no exercício de seu mister.

Concernente ao assunto em discussão, e com vistas a cristalizar e sedimentar conceitos, outra pergunta poderia ser feita: existe a possibilidade lícita de deixar que o doente morra, sem que sejam utilizados os modernos recursos de prolongamento de vida?

Para tentar responder esta questão, levanto duas possibilidades plausíveis de serem aplicadas ao caso concreto, a seguir analisadas.

¹ Também é citado na exposição de motivos da Resolução CFM nº 1.805/2006:

Fonte: http://www.sbinfecto.org.br/anexos/Resol%20CFM%201805-06_A%20C3%A9tica%20e%20os%20pacientes%20terminais.pdf

Como alternativa primeira, considerando-se nosso ordenamento jurídico atual, seria inviável tal possibilidade, uma vez que tal conduta seria tratada como um ilícito penal. Este poderia advir desde uma culpa, por negligência, imperícia ou imprudência médica até uma atitude comissiva do médico, configurando crime mais penoso, qual seja o de homicídio doloso. Se ficasse provado que o profissional agiu dessa maneira motivado por relevante valor moral, haveria uma diminuição da pena, sendo equiparado ao homicídio privilegiado do § 1º, do art. 121 do atual Código Penal Brasileiro.

Analisando-se a segunda possibilidade, se tais recursos de prolongamento de vida forem totalmente desnecessários, uma vez comprovado que o paciente é portador de doença grave, incurável e em estado terminal, e que não iria mais se beneficiar de sua utilização, o prolongamento dessas medidas de suporte vital seria considerado mera obstinação terapêutica, conforme citação anterior de Villas-Bôas em seu artigo intitulado “A ortotanásia e o Direito Penal brasileiro” (BORGES apud SANTOS, 2001 apud VILLAS-BÔAS, 2008, p.68-69). Não adiantaria mais manter os equipamentos que dão suporte à vida do paciente, tendo em vista o caráter irreversível das modificações produzidas em seu organismo pela doença grave, incurável e terminal que o acomete. Nesses casos estaria indicada a ortotanásia, sem que qualquer crime pudesse ser imputado ao médico. O mesmo aplicar-se-ia aos pacientes com morte encefálica já constatada e que estariam sendo mantidos com suporte de vida através de aparelhos e drogas vasoativas, ou seja, aqueles fármacos ministrados a pacientes com vistas a manter as funções vitais do organismo, tais como a pressão arterial, batimentos cardíacos e frequência respiratória.

Torna-se necessário frisar que, mesmo nesses casos, tais condutas devem ter o respaldo jurídico da prévia autorização do paciente, de seus familiares, ou de seu responsável legal, além da constatação do estado de terminalidade de vida por uma equipe multidisciplinar de profissionais da área da saúde, composta de médicos, enfermeiros e seus auxiliares, fisioterapeutas, psicólogos, nutricionistas, dentre outros e, tudo, sob o crivo e acompanhamento da justiça.

A prévia autorização do paciente poderá ser constatada por meio do testamento vital, respaldada na autonomia de sua vontade em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Dessarte, pudemos ter uma noção geral do que vem a ser a obstinação terapêutica, o tratamento fútil e a sua conseqüência final, qual seja, a recusa terapêutica por parte do paciente.

Feitas estas colocações, passemos, agora, a discorrer sobre o conceito de paciente terminal e cuidados paliativos.

1.2 Paciente Terminal e Cuidados Paliativos

A citação de duas grandes autoras se torna indispensável quando nos referimos a pacientes terminais e cuidados paliativos: Elisabeth Kübler-Ross e Cicely Saunders. A primeira tem sua obra consagrada sob o título: *Sobre a morte e o morrer* e a segunda é responsável pela criação do movimento *hospice*.ⁱⁱ (DREHER, p. 95).

De acordo com Sofia Dreher (2009, p. 95), Elisabeth Kübler identificou cinco estágios que antecedem a morte e que seriam os seguintes: negação e isolamento; raiva; barganha; depressão e por fim a aceitação. O conhecimento, a compreensão e devida identificação de cada um desses estágios é de suma importância para o profissional de saúde, para que ele possa propiciar a atenção oportuna e adequada, que cada caso merece.

Paciente terminal e cuidados paliativos estão intimamente ligados. Ao falar de paciente terminal queremos nos referir àqueles que, em virtude do estágio avançado e da gravidade de suas patologias, não mais se beneficiam dos recursos médicos, diagnósticos e terapêuticos, colocados à sua disposição. Geralmente são pacientes portadores de doenças graves e incuráveis, em estado vegetativoⁱⁱⁱ e acoplados a aparelhos de respiração artificial, mantidos vivos, na maioria das vezes, por drogas vasoativas.

Embora não exista mais a possibilidade de cura para suas doenças, isto não quer dizer que abduquemos da adoção de medidas de suporte médico. Devemos, sim, evitar medidas que prolonguem seu sofrimento, entretanto, a tais pacientes serão disponibilizadas todas as medidas de cuidados paliativos (CFM, Anexo “E”, art. 41 – parágrafo único, pg. 91). Tais medidas visam dar um conforto físico e espiritual ao paciente terminal, para que sua passagem desta vida para outra dimensão não se torne muito penosa.

Em 1990, o cuidado paliativo foi definido pela Organização Mundial da Saúde (OMS) como sendo:

O cuidado ativo total dos pacientes cuja doença não responde mais ao tratamento curativo. O controle da dor e de outros sintomas, o cuidado dos problemas de ordem

psicológica, social e espiritual são o mais importante. O objetivo do cuidado paliativo é conseguir a melhor *qualidade de vida* possível para os pacientes e suas famílias. (DREHER, 2009, p.95).

Mais recentemente, a Organização Mundial de Saúde redefiniu cuidado paliativo, nos seguintes termos:

Cuidado paliativo é a abordagem que melhora a qualidade de vida dos pacientes e suas famílias que enfrentam problemas associados com doenças ameaçadoras de vida, através da prevenção e do alívio do sofrimento, com meios de identificação precoce, avaliação correta, tratamento da dor, e outros problemas de ordem física, psicossocial e espiritual. (SEPULVEDA et al, 2002 apud PESSINI, 2004, p. 163 - 164).

Entendo que os cuidados paliativos, por uma questão de altruísmo e humanidade e, em respeito à dignidade da pessoa humana, não só se empreguem aos pacientes terminais, mas, a todos os pacientes indistintamente, como complemento ao tratamento digno e humano que a eles deve ser propiciado. O paciente terminal deve, pois, merecer toda a atenção de seus familiares e da equipe multidisciplinar que o acompanha.

O médico é de valor fundamental na vida das pessoas. Presente desde o nascimento do novo ser, também deverá estar junto a ele em seus momentos derradeiros auxiliando-o a passar por esta fase de transição, de maneira mais digna e menos penosa possível. O suporte não só ao paciente como também aos seus familiares é de crucial importância nesses momentos finais. Precisamos ter em mente que não somos apenas matéria, mas também espírito.

1.3 Relação Médico-Paciente Terminal: Paradigma da Cura X Paradigma do Cuidado

Ao enfrentarmos a discussão sobre o instituto da ortotanásia, necessariamente seremos obrigados a nos pautar sobre conceitos e valores, tais como vida e morte, a autonomia da vontade, tanto do paciente quanto do médico, a dignidade da pessoa humana, o paradigma médico utilizado atualmente e a necessidade de mudança de atitude e comportamento frente ao paciente em estado terminal. A própria concepção e juízo que se faz da morte merece especial reflexão.

Léo Pessini, doutor em Teologia, disserta com muita propriedade sobre a morte, traçando um paralelo de como esta é vista através dos tempos: de condição de sacralidade, uma vez que era intocável, competindo somente a Deus tirar a vida de uma pessoa, até chegar a nossos dias em que o corpo já não é visto mais como algo sagrado e sim como objeto para cientistas e pesquisadores. (PESSINI, 2004, p.46).

Hoje em dia, a morte não é vista mais como um fato natural, mas sim como um fracasso da própria medicina. (PESSINI, 2004, p.41). Talvez daí decorra o paradigma da cura que tantos profissionais da saúde ainda hoje perseguem, fruto e consequência de uma medicina paternalista, em que o médico ditava as normas diagnósticas e terapêuticas, cabendo ao paciente apenas acatá-las.

Importante destaque que o autor faz diz respeito a como a nossa sociedade industrial encara a vida e a morte, comparado com outras culturas. Segundo Leo Pessini (2004, p. 41), “todas as culturas acreditam que a morte começa antes da morte e que a vida dura depois da vida. Morte e vida não são irreconciliáveis. Estas culturas privilegiam a continuidade; enquanto que a nossa, industrial, a ruptura”.

Relacionado diretamente com a morte está o poder do médico diante de tal fato natural. Observa-se, através da evolução dos tempos, que de impotente perante a morte, o médico passa a senhor absoluto, controlando e, muitas vezes, até mesmo, determinando a hora em que esta deva acontecer. (PESSINI, 2004, p. 49). O interesse para com os doentes é desviado para o interesse das doenças. O paciente já não mais é considerado um ser holístico, em sua plenitude física, psíquica, moral e espiritual. Passa a constar das estatísticas hospitalares como um número a mais, como um caso estatístico, consequência de uma medicina puramente empresarial, até mesmo desumana.

Para cristalizar esse entendimento, cito uma passagem de Léo Pessini (2004, p.49), em sua obra intitulada *Eutanásia: por que abreviar a vida*:

Até muito pouco tempo, o médico constatava a morte, diagnosticava uma ocorrência indiscutível da natureza. Era testemunha, não ator. Agora, o médico já não constata a morte, provoca-a. É senhor da morte. Não mais registra a hora final de uma vida, pode fixá-la segundo sua escolha. De observador imparcial e inatacável das coisas da natureza, passa a ser controlador e modificador desinteressado dos ciclos biológicos. É o *tanatocrata*, senhor da máquina terapêutica, e, portanto depositário do poder intocado da sociedade mercantil, agente dessa sociedade e ator de sua racionalidade, quem decide sobre a continuação da vida reduzida ou da morte instantânea.

Passadas essas citações de Léo Pessini sobre a morte e o atuar do médico nos dias contemporâneos, analisaremos, agora, com mais segurança os conceitos de paradigmas de cura e de cuidado, sobre os quais tecemos alguns comentários, a seguir.

Se considerarmos a relação médico-paciente terminal calcada no modelo paternalista da medicina, tem-se que o que a caracteriza é o enfoque na arte de curar, levando até as últimas conseqüências a adoção de medidas ordinárias e extraordinárias para obter a cura do paciente. Muitas vezes essa postura acaba conduzindo a tratamentos fúteis, gerando uma verdadeira obstinação terapêutica (Resolução CFM 1.805/06, Anexo “A”, pg.73). Não é a postura mais adequada quando se quer uma medicina que atenda realmente as expectativas do paciente, inclusive no que concerne à sua autonomia, dignidade e qualidade de vida.

Este é, hodiernamente, o paradigma adotado, ou seja, o paradigma da cura, onde os profissionais de saúde travam verdadeiras batalhas no intuito de curar as doenças, em detrimento da cura de seus doentes (Resolução CFM 1.805/06, Anexo “A”, pg.73). Destarte, levam às últimas conseqüências a adoção de todos os recursos diagnósticos e terapêuticos disponíveis, causando, na maioria das vezes, uma onerosidade excessiva dos serviços prestados e um sofrimento desnecessário a seus pacientes.

Esquecem-se, os profissionais de saúde, muitas vezes, de que a morte é inevitável e faz parte do contexto da vida como um todo. Negligenciam, pois, valores importantes como a dignidade humana, a autonomia da vontade de seus pacientes, o afeto que a eles deve ser dispensado, deixando de praticar uma medicina pautada em um modelo relacional para conduzir uma medicina pautada em um modelo comercial-empresarial, enfim, uma verdadeira atividade lucrativa.

Por outro lado, se nos preocuparmos em praticar uma medicina mais humanitária, a relação médico-paciente terminal necessitará ter o enfoque direcionado para a arte não mais de curar e sim de cuidar. Este paciente demanda um cuidado especial, devendo-se atender a todas as suas indagações. Impõe-se ao médico o compromisso em falar sempre a verdade ao paciente, dando todas as informações a respeito de sua doença. Além disso, deverá dar ao paciente todo o conforto moral, psicológico, atendendo-o como um ser holístico, atuando nas esferas biológica, social, psicológica, dentre outras. (DREHER, 2009, p.92).

Por tudo o exposto anteriormente, urge mudar o paradigma com relação a esses pacientes que chegaram a uma fase irreversível de suas doenças e para as quais a medicina não mais consegue trazer a cura. Neste momento, entra em jogo um novo modelo,

um novo paradigma: o paradigma do cuidado. O ser humano não deixará de ser assistido em sua fase terminal de vida; simplesmente não será mais dada ênfase sobre a cura de sua doença, mas, e principalmente, prestar-se-á maior atenção à sua pessoa como um todo: um ser holístico que precisa ser compreendido em sua essência, em sua totalidade (físico, social, psicológico e por que não falar, espiritual).

Nessa fase de vida do paciente, a posição a ser adotada pela equipe multidisciplinar de saúde, assim como pelos familiares, é extremamente importante, pois com essa mudança de atitude poderão prestar todo o apoio que o paciente merece, nesse momento tão delicado e penoso, dissipando e compreendendo seus medos, angústias e preocupações.

Acho oportuno e interessante, neste momento contextual, assinalar a conceituação de saúde, que se encontra no preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde – OMS -, nos seguintes termos²:

Saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não meramente a ausência de doença ou enfermidade [...] e que o gozo do mais alto padrão possível de saúde é um dos direitos fundamentais de todo ser humano, sem distinção de raça, religião, crença política e condição econômica ou social.

Sobre as conseqüências de mudança de paradigma, assim entende Sofia Dreher (2009, p.92):

Quando mudamos um paradigma em nosso meio, ele não atinge apenas a área para a qual foi pensado. Podemos tomar como exemplo as diversas mudanças de paradigma que a física sofreu e que tiveram conseqüência direta em nossa vida. Quando falamos em concepção sistêmica da vida, estamos falando da física quântica, por exemplo. O paradigma do cuidado também vai ao encontro de propostas como a ética da responsabilidade; o modelo relacional, a visão holística do mundo; a concepção sistêmica da vida, entre outras.

1.4 Condutas Médicas Restritivas e o Poder Discricionário do Médico frente ao Paciente Terminal

Conceituando condutas médicas restritivas, apoiar-nos-emos no entendimento de Maria Elisa Villas-Bôas (2008, p.63), para a qual tais condutas

São lastreadas em critérios médico-científicos de indicação ou não indicação de uma medida, conforme a sua utilidade para o paciente, optando-se conscienciosamente

²Fonte: <http://www.sescsp.org.br/sesc/hotsites/limite/edgeexh.htm>

pela abstenção, quando já não exerce a função que deveria exercer, servindo somente para prolongar artificialmente, sem melhorar a existência terminal.

De início percebemos que as condutas médicas restritivas estão intimamente ligadas ao tratamento fútil e que delas nos devemos recorrer para os casos em que a medicina não traga mais benefícios ao paciente, evitando, dessa forma, prolongar artificial e desnecessariamente sua existência.

Outro aspecto a se observar, de acordo com a própria conceituação da autora, é a possibilidade de opção do médico de abster-se de adotar medidas que não trariam nenhum benefício mais ao paciente, isto é, o exercício do poder discricionário do profissional de saúde na adoção de tais medidas restritivas em cada caso concreto.

Questão bastante polêmica nos dias atuais e que por isso mesmo merece ser discutida com todos os membros da sociedade, diz respeito a como julgar o procedimento de um profissional de saúde que venha a aplicar medidas restritivas diante de pacientes portadores de doença grave e incurável, em estado de terminalidade de vida, para os quais a medicina não consegue mais dar suporte e solução. Alguns questionamentos poderiam ser feitos, a seguir descritos.

Seria esse profissional considerado um criminoso, como o é hoje, consoante nosso ordenamento jurídico, ou teria apenas utilizado seu poder discricionário, como médico, para, em face da observância de critérios bem definidos, escolher dentre quais medidas aplicar frente a esse paciente terminal?

Juridicamente, as condutas médicas restritivas são hipóteses de homicídio privilegiado, omissão de socorro ou mero exercício regular da profissão, em virtude do poder discricionário facultado ao médico?

Sempre que o profissional médico se deparar com situações limítrofes entre a vida e a morte, especialmente diante de pacientes portadores de doenças graves e incuráveis, em estado terminal de vida, terá que encarar tais situações com seriedade, isenção de ânimos, profissionalismo e, principalmente, humanidade e espírito altruísta. Tais dilemas deverão ser equacionados, observando-se cada caso em particular e sempre se utilizando de parâmetros médico-científicos.

Para o entendimento da situação proposta e resposta a estes quesitos, colocarei algumas hipóteses que poderão ocorrer na relação médico-paciente terminal, com

suas possíveis conseqüências. Assim, ficará mais fácil chegarmos a um veredito final sobre a questão apresentada.

Como primeira hipótese, ter-se-ia o caso do médico que no exercício de sua profissão deixasse, de livre e espontânea vontade, de providenciar as medidas terapêuticas disponíveis e que ainda pudessem ser benéficas a seu paciente. Sendo este um doente terminal e vindo a falecer, o médico provando que assim agiu motivado por relevante valor moral, incidiria no crime de homicídio privilegiado, previsto no art. 121, § 1º do Código Penal. Nesta hipótese, estaríamos diante do instituto da eutanásia passiva (VILLAS-BÔAS, 2008, p. 63).

Uma segunda situação poderia ocorrer caso o profissional de saúde deixasse de aplicar todos os recursos disponíveis em favor do paciente viável, adotando uma conduta médica restritiva, em virtude da inadimplência deste com o hospital. Nesta hipótese, o médico, na função de garante de seu paciente, responderá por omissão de socorro, podendo ser penalizado pelo crime de homicídio culposo, caso este venha a falecer.

Outra possibilidade seria o caso do médico avaliar mal a situação do paciente, deixando de aplicar todos os recursos disponíveis ao caso. Se o doente vier a falecer, responderá o médico por homicídio culposo, previsto no art. 121, § 3º do Código Penal, uma vez agiu com imperícia.

Por último, depois de discutida a situação do paciente terminal, portador de doença grave e incurável, com a família e uma equipe multidisciplinar de profissionais, assim como adotados todos os seguimentos protocolares exigidos para tais situações, caso o profissional de saúde deixasse de aplicar todos os recursos disponíveis ao tratamento, por se tornarem fúteis tais medidas, seu procedimento seria totalmente lícito. Nessa hipótese, deixaria, simplesmente, que o paciente seguisse sua evolução normal, permitindo-lhe chegar ao final de sua existência de maneira natural e sem sofrimento. Dessarte, por meio de seu poder discricionário, baseado em critérios científicos e altruísticos, caracterizar-se-ia o exercício regular da medicina (VILLAS-BÔAS, 2008, p. 64) praticando, o profissional de saúde, o instituto da ortotanásia, caracterizada, aqui, pelas condutas médicas restritivas.

Estas situações serão melhor analisadas em item próprio, quando do estudo da fundamentação jurídica, em que faremos menção aos princípios, direitos e garantias constitucionais, princípios bioéticos, ao projeto de lei de Reforma do Código Penal, à teoria da adequação social, além de uma passagem pelo princípio da compaixão de Schopenhauer.

1.5 Diagnóstico da Morte Encefálica

No universo das ciências biomédicas, eutanásia e ortotanásia, assim como demais temas envolvendo a vida e a morte (interrupção da gravidez em feto anencéfalo, pesquisas com células-tronco etc.) são assuntos polêmicos para a humanidade, por trazerem no bojo das discussões, aspectos sociais, religiosos, morais e jurídicos entre outros.

As culturas diversificadas impõem suas marcas, dificultando, muitas vezes, a discussão clara e franca de tais questionamentos. Dogmas religiosos trazem sérias restrições para a abordagem do tema. Entretanto, a evolução social impõe que tais óbices sejam superados, para se adequar às novas necessidades dos seres humanos.

Atualmente tem voltado à discussão temas que dizem respeito à terminalidade de vida, à suspensão de tratamentos fúteis e obstinados e à adoção do instituto da eutanásia e ortotanásia. Casos na vida prática têm colocado médicos e juristas em debate quanto às medidas a serem adotadas e seus desdobramentos no mundo jurídico. Isto, por si só, já justifica a necessidade de se delimitar com exatidão o instante em que a vida termina, com vistas a se evitar criminalizar uma conduta que seria atípica (provocar a morte em uma pessoa que já esteja morta – crime impossível) por parte do profissional de medicina.

Faz parte da rotina dos profissionais de saúde deparam-se com casos de pacientes portadores de doenças graves, incuráveis e em estado terminal, em que são obrigados a tomar um posicionamento técnico, adotando, muitas vezes, condutas médicas restritivas e que podem colocá-los em uma situação ilícita perante o ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que, atualmente, este criminaliza tanto a eutanásia quanto a ortotanásia.

Hodiernamente, com os avanços tecnológicos das biociências, consegue-se definir com mais propriedade o que se entende por início e fim da vida. A partir dessa definição, o médico pode atuar com mais segurança, e praticar o exercício de sua profissão totalmente respaldado pelas normas deontológicas vigentes, sem que venha a incorrer em riscos de ser penalizado criminalmente.

A propósito, muito já se discordou sobre o momento exato da caracterização da morte. Em alguns momentos entendeu-se que a morte advinha com a cessação dos batimentos cardíacos, outras vezes em que esta seria determinada pela ausência de atividade cerebral. Entretanto, hoje essa dúvida já está totalmente dirimida e, conforme disposto no

artigo 3º da Lei n. 9.434/97³, regulamentada pelo Decreto 2.268/97, define-se morte como sendo a cessação da atividade encefálica, ou seja, para a caracterização da morte é necessário que o tronco cerebral, responsável pelos centros respiratórios, circulatórios e térmicos esteja irreversivelmente lesado.

Para melhor sedimentar os entendimentos sobre o assunto, cita-se, abaixo, o art. 3º, *caput*, da lei 9.434/97, que trata da remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento:

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

A Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.480/97, por sua vez, especifica os critérios necessários para a caracterização da morte encefálica.

Definir com clareza e exatidão o momento da morte (morte encefálica) torna-se de crucial importância quando das aplicações de condutas médicas restritivas frente a pacientes terminais, em que a morte encefálica já foi diagnosticada, livrando os profissionais de saúde de qualquer ônus por ocasião do “desmame”^{iv} do paciente de aparelhos artificiais que os mantêm “vivos”.

Conforme definição de WIJDICKS (2001 apud MORATO, 2009, p.227), “a morte encefálica representa o estado clínico irreversível em que as funções cerebrais (telencéfalo e diencéfalo)^v e do tronco encefálico^{vi} estão irremediavelmente comprometidas”.

Pertinente ao assunto, cito um depoimento do professor da Universidade de São Paulo Marcos de Almeida (1988 apud PESSINI, 2004, p.55 - 56), sobre a importância do conceito de morte encefálica, nos seguintes termos:

Apressar a morte – caso da chamada eutanásia ativa – é crime; deixar de utilizar os meios artificiais e adotar medidas que aliviem a dor e minimizem o sofrimento – chamada eutanásia passiva – é procedimento ético; fazer o “desmame”, isto é, desligar progressivamente todo o maquinário de respiração artificial, é procedimento ético; usar os meios artificiais logo após a morte encefálica para manter certos órgãos vivos para aproveitamento em transplantes é procedimento ético. [...] O novo conceito de morte encefálica é de vital importância para a possibilidade de se utilizar ou não manutenção artificial da vida que apenas mantém vida vegetativa, prolongando um penoso processo do morrer (distanásia), ou então uma ação apenas de cuidados que proporcionariam conforto.

³ Fonte: Casa Civil da Presidência da República - http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9434.htm

Terminada a explanação desta primeira parte de conceitos gerais, passaremos agora a focar especificamente os institutos da eutanásia, distanásia e ortotanásia, discorrendo sobre suas conceituações, diferenciações e abordando a fundamentação jurídica que servirá de subsídio para o entendimento do assunto.

2 INSTITUTOS DA EUTANÁSIA, DISTANÁSIA E ORTOTANÁSIA

2.1 Definições, Classificação e Diferenciação dos Institutos

No presente trabalho, ao conceituar os institutos da eutanásia, distanásia e ortotanásia, irei me socorrer dos ensinamentos e da experiência de autores consagrados no assunto e, desta forma, as citações a seguir tornam-se necessárias, para se que possa permanecer fiel aos conceitos que reputo importantes para esta monografia.

Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos (1998 apud HORA, 2007, p.130), tece os seguintes comentários sobre a eutanásia:

A palavra eutanásia deriva da expressão grega *euthanatos*, na qual o prefixo *eu* significa bom e o sufixo *thanatos* quer dizer morte. Numa definição puramente etimológica, é a morte boa, a morte calma, a morte piedosa e humanitária. Tal palavra foi empregada pela primeira vez pelo filósofo inglês Francis Bacon, no século XVII.

Jimenez de Asúa, doutrinador espanhol, em sua obra “Liberdade de Amar e Direito a Morrer” define a eutanásia como “a morte que alguém proporciona a uma pessoa que padece de uma enfermidade incurável ou muito penosa, e a que tende a extinguir a agonia demasiado cruel ou prolongada.” (ASÚA, 2003, p.371 apud HORA, 2007, p.130).

Claus Roxin (2000 apud Hora, 2007, p.131), diz que a eutanásia é a “ajuda que é prestada a uma pessoa gravemente doente, a seu pedido ou pelo menos em consideração à sua vontade presumida, no intuito de lhe possibilitar uma morte compatível com a sua concepção de dignidade humana.”

Em todas essas definições percebe-se a preocupação altruística de alguém em livrar o sofrimento de seu semelhante, um sujeito que padece de enfermidade grave e incurável ou muito penosa, para a qual a medicina já não mais apresenta uma perspectiva de cura. Na definição de Claus Roxin percebemos a preocupação com o consentimento válido do paciente ou de sua vontade presumida, muito importante sob o ponto de vista médico-legal, dando respaldo à decisão médica, quando o profissional de saúde optar por limitar ou suspender o tratamento já considerado desnecessário e até mesmo fútil.

Diversas classificações do instituto da eutanásia são encontradas na literatura médica especializada e, dentre estas, destacaremos as mais citadas: eutanásia ativa,

passiva, ativa direta, ativa indireta ou de duplo efeito, libertadora ou terapêutica, eugênica e seletora e eutanásia econômica.

A **eutanásia ativa** é concebida quando o resultado morte decorre de uma conduta comissiva do agente. (VILLAS-BÔAS, 2008, p. 63). Há a intenção e participação ativa do médico praticando atos, dentro da sua área de atuação profissional, direcionados a ajudar seu paciente encontrar a “boa morte”, isto é, a morte sem muito sofrimento.

A **eutanásia passiva** tem lugar quando o resultado morte é obtido a partir de uma conduta omissiva do agente, abstendo-se de adotar atitudes profissionais, dentro de sua área de atuação, que iriam prolongar a vida do paciente, e que uma vez não prestadas culminariam com a sua morte. (VILLAS-BÔAS, 2008, p. 63). Por exemplo, é o caso do paciente que necessita de cuidados de terapia intensiva para continuar vivendo e não lhe é oferecido tal tratamento. Em pouco tempo irá sucumbir frente à omissão do profissional de saúde, que não lhe colocou à disposição os referidos meios de sobrevivência.

Deve-se observar que, tanto na eutanásia ativa quanto na passiva, as condutas comissivas e omissivas antecipam e culminam com a morte do enfermo - a “boa morte”, ou seja, aquela morte em que o paciente sofra o mínimo possível. Diferentemente da **ortotanásia**, que seria a morte natural, em que a conduta do médico em nada interferiria na antecipação da morte, uma vez que o paciente continuaria vivo, seguindo o seu caminho natural de encontro à morte. (VILLAS-BÔAS, 2008, p. 66).

A eutanásia ativa, por sua vez, pode se subdividir em dois tipos: a **eutanásia ativa direta**, em que a conduta do profissional de saúde é direcionada para abreviar a vida do paciente e a **eutanásia ativa indireta**, também chamada de **duplo efeito**, situação em que o resultado morte ocorre em virtude dos efeitos colaterais de alguns medicamentos potentes utilizados em analgesia médica, tais como os narcóticos derivados do ópio. O médico, na tentativa de aliviar a dor e sofrimento de seu paciente, ministrando-lhe tais fármacos, acaba, muitas vezes, antecipando o óbito. Necessário se torna frisar que, nestes casos, o dolo do profissional de saúde não está voltado para a morte do paciente, e sim para o combate à dor e ao sofrimento de seu garante. A morte é uma consequência possível, em virtude dos efeitos colaterais de tais medicamentos. (VILLAS-BÔAS, 2008, p.65).

A eutanásia ativa indireta ou de duplo efeito é amplamente aceita por diversas culturas e religiões, inclusive pela Igreja Católica. Interessante o pronunciamento do papa Pio XII, falando de eutanásia ativa indireta: “se a administração dos narcóticos causa,

por si mesma, dois efeitos distintos, a saber, de um lado, o alívio das dores e, do outro, a abreviação da vida, é lícita.” (HORTA, 1999 apud VILLAS-BÔAS, 2008, p.66).

Outras classificações ainda fazem menção aos tipos de eutanásia libertadora ou terapêutica, a eugênica e selecionadora e a eutanásia econômica, conforme bem delimita o assunto Jimenez de Asúa ^{vii}. Da classificação esboçada por Jimenez de Asúa, a eutanásia libertadora ou terapêutica é a única com fins altruísticos e voltadas a minorar o sofrimento alheio, propiciando ao doente que este tenha uma “boa morte”, com o mínimo de dor e sofrimento.

O instituto da distanásia, por sua vez, está estritamente relacionado com o que chamamos de obstinação terapêutica, preocupada mais com a quantidade do que a qualidade de vida. Esse instituto está relacionado com o avanço tecnológico e a adoção do padrão médico da cura (paradigma da cura), cujo enfoque está voltado para a doença, em detrimento do doente. O paradigma da cura decorre de uma visão comercial e empresarial da medicina, em que se visa o lucro na relação médico-paciente. Tratam-se as doenças e não os doentes. A obstinação terapêutica, isto é, a insistência em se utilizar de todos os meios para prolongar a vida do paciente em estado terminal, conduz à distanásia que vem a ser a morte lenta e sofrida. Nestes casos, para a manutenção da vida do paciente, utiliza-se de suporte artificial e drogas vasoativas, muitas vezes mesmo contra a vontade do paciente.

Discorrendo, ainda, sobre distanásia, importante é a colocação de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos (1998 apud VILLAS-BÔAS, 2008, p.64): “o médico (e só ele) não é obrigado a intervir no prolongamento da vida do paciente além do seu período natural, salvo se tal lhe for expressamente requerido pelo doente.”

No que concerne à ortotanásia, esta se opera quando o paciente já não dispõe mais de nenhum recurso terapêutico capaz de reverter seu quadro. Já atingiu o estágio de irreversibilidade de sua patologia. Nestes casos, a não adoção de medidas terapêuticas tem o fulcro de não estender, ainda mais, o sofrimento do paciente. Entretanto, não quer dizer que ao mesmo não seja dado nenhum suporte médico. Pelo contrário, os cuidados paliativos continuarão sendo oferecidos para que o paciente possa ter seus dias finais com o menor sofrimento e dor possíveis. Cumpre salientar, como já dissemos anteriormente, que a conduta médica omissiva ou comissiva, aqui neste caso, em nada irá interferir na antecipação da morte, diferentemente do que ocorre na eutanásia.

A ortotanásia está contemplada no Anteprojeto de reforma do Código Penal, em seu artigo 121, §4º, conforme veremos quando discutirmos a fundamentação jurídica.

Para a conceituação desse instituto recorro ao conhecimento de autores e estudiosos de profícuo conhecimento nessa área, tais como Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, Maria Elisa Villas-Bôas e Léo Pessini, abaixo citados.

Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos (1998 apud HORTA, 2007, p.132) assim conceitua ortotanásia: “Etimologicamente, ortotanásia significa morte correta, sendo ‘orto’ sinônimo de certo e ‘thanatos’, morte. É a morte sem prolongamento artificial do processo de morte, embora não exclua intervenções médicas.”

No entender de Maria Elisa Villas-Bôas (2008, p.66):

A ortotanásia tem seu nome proveniente dos radicais gregos: *orthos* (reto, correto) e *thanatos* (morte). Indica, então, a morte a seu tempo, correto, nem antes nem depois. Na ortotanásia, o médico não interfere no momento do desfecho letal, nem para antecipá-lo nem para adiá-lo. Diz-se que não há encurtamento do período vital, uma vez que já se encontra em inevitável esgotamento. Também não se recorre a medidas que, sem terem o condão de reverter o quadro terminal, apenas resultariam em prolongar o processo de sofrer e morrer para o paciente e sua família. Mantêm-se os cuidados básicos.

Segundo Léo Pessini (2001 apud DREHER, 2009, p.89):

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

Entendo pertinente a citação deste parágrafo do teólogo Marciano Vidal (1996 apud DREHER, 2009, p. 89), para o qual “a ortotanásia é uma síntese ética do direito de morrer com dignidade e do respeito pela vida humana.”

Coroando este item do presente trabalho, apresento a colocação de um doutrinador de renome, Rogério Sanches Cunha (2010, p.25), que faz uma diferenciação entre a eutanásia e a ortotanásia:

Não se pode confundir eutanásia (antecipação da morte natural) com ortotanásia, termo utilizado pelos médicos para definir a morte natural, sem interferência da ciência, permitindo ao paciente morte digna, sem sofrimento, deixando a evolução e percurso da doença. Portanto, evitam-se métodos extraordinários de suporte de vida, como medicamentos e aparelhos, em pacientes irrecuperáveis e que já foram submetidos a suporte avançado de vida. A persistência terapêutica em paciente irrecuperável pode estar associada a distanásia, considerada morte com sofrimento.

2.2 Fundamentação Jurídica

Discorrer sobre os institutos da eutanásia, distanásia e ortotanásia requer do estudioso do assunto uma conjugação de esforços, com vistas a compulsar as diversas normas existentes, assim como se valer de estudos e opiniões de doutrinadores e da expertise de profissionais dos diversos ramos do saber.

Na Constituição Federal do Brasil, principalmente em seus artigos 1º e 5º, buscar-se-á a fundamentação para a aplicação dos direitos, princípios e garantias fundamentais, aplicados ao caso em estudo.

O Direito Penal sinaliza o modo como o legislador, através de suas políticas normativo-criminais, vê os institutos da ortotanásia e eutanásia, em nosso país. A doutrina e jurisprudência dão sua contribuição, na medida em que nos mostram o grau de aceitação da sociedade brasileira com relação a esses institutos e como estes vêm evoluindo no decorrer dos tempos.

Dentro da Bioética trabalharemos, principalmente, a aplicação dos seus princípios – autonomia, beneficência, não-maleficência e justiça (MEIRELLES, 2008, p.4), na relação médico-paciente, no intuito de fornecer ao paciente um tratamento digno, coerente com os preceitos éticos e morais.

O Biodireito, por fim, servirá de ferramenta para o estudo e controle das relações jurídicas advindas dos avanços tecnológicos, colocados à disposição das práticas biomédicas. Segundo Luiz Edson Fachin (1999 apud MEIRELLES, 2008, p.7), “o Biodireito assume um posicionamento peculiar, porquanto aquilo que ingressar no ordenamento jurídico poderá ser resultado do aceitável, do legitimado pelo conjunto dos valores sociais”.

2.2.1 Princípios, Direitos e Garantias Constitucionais

Vida e morte são temas sempre polêmicos por envolverem juízos de valor, princípios éticos e morais, além de evocarem sempre à discussão os princípios, direitos e garantias individuais e coletivos, estampados na Constituição Federal^{viii}.

A Constituição^{ix}, em seu art. 1º, inciso III, indica como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana.

A Carta Magna^x prevê, ainda, em seu artigo 5º, *caput*, o princípio da igualdade, e as garantias da inviolabilidade do direito à vida, à liberdade e à igualdade, nos seguintes dizeres: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade [...]”. Faz menção, expressamente, ao princípio da legalidade, em seu inciso II, do mesmo artigo, quando diz que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Por outro lado, em seu art. 4º aponta a importância, dentre outros, do princípio da prevalência dos direitos humanos nas suas relações internacionais.

Em seu art. 6º enumera os direitos sociais, dentre os quais se inclui a saúde, “direito de todos e dever do Estado”, conforme disposto no art. 196 da mesma Constituição. Direito este que, de acordo com o próprio art. 196, é “garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Como se pode ver, a Carta Magna cuidou de garantir os direitos fundamentais para que todos possam, em igualdade de condições, desfrutar de uma vida digna, com acesso pleno às ações desenvolvidas pelo Estado, visando dar-lhes proteção e melhores condições de saúde, em todas as suas dimensões. Entretanto, isto não acontece na prática, como veremos no tópico concernente aos argumentos pró e contra a ortotanásia.

A aplicabilidade dos princípios e garantias constitucionais sempre é tema polêmico quando se discutem casos envolvendo os institutos da eutanásia e ortotanásia. Nessas situações estarão em jogo os direitos individuais do paciente, tais como a autonomia da vontade, confrontando-se com os direitos coletivos defendidos pelo Estado, dentre eles, o da garantia à inviolabilidade do direito à vida. Nessas situações, quais princípios deverão ser utilizados, os constitucionais ou outros fora do texto da Carta Magna?

Indubitavelmente, a aplicação dos princípios e direitos previstos na Constituição Federal dá maior segurança jurídica às decisões prolatadas. Entretanto, sabemos

que nenhum princípio é absoluto, não existindo hierarquia entre eles. O caso concreto dirá qual deverá ser priorizado. Em muitas situações, em caso de conflito entre princípios aplicáveis, precisar-se-á recorrer à ponderação de valores para saber qual o mais adequado àquele caso em estudo.

Destarte, muitas vezes, em questões dessa estirpe em que vida e morte são discutidas, outros princípios, que não os constitucionais, poderão ser utilizados. Dentre eles estarão os princípios da Bioética e o princípio da piedade ou da compaixão, muito defendido por Schopenhauer. Claro que a aplicação desses princípios não traz segurança jurídica, entretanto, em muitos casos, serão os únicos que poderão explicar determinadas condutas em detrimento de outras, por terem sido concebidos à priori, por precederem a todos os outros princípios conhecidos. Estes princípios serão melhor discutidos adiante.

2.2.2 Dignidade da Pessoa Humana e Autonomia da vontade

Dignidade da pessoa humana está intimamente ligada com temas que tutelam valores como a vida e, neste caso, diz respeito diretamente ao assunto por nós tratado neste trabalho.

Quando falamos em dignidade da pessoa humana, primeiramente nos reportamos à nossa Constituição Federal e percebemos a preocupação do legislador em deixar registrado como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, em seu art. 1º, inciso III, ao lado da soberania, cidadania dentre outros. Quis, pois, o legislador deixar registrado a importância em se respeitar a dignidade da pessoa humana, com vistas a se consolidar um Estado Democrático de Direito.

Este princípio é citado em diversos textos de Direitos Humanos, tais como no preâmbulo da Carta das Nações Unidas^{xi}, na Declaração Universal dos Direitos Humanos^{xii}, no Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos^{xiii} e Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais^{xiv}. Isto demonstra a preocupação dos legisladores e de todos os Organismos Internacionais em se preservar a pessoa humana, respeitando seus valores e sua dignidade, bem maior que ela possui. Neste sentido, assim se refere o preâmbulo da Carta das Nações Unidas:

NÓS, OS POVOS DAS NAÇÕES UNIDAS, RESOLVIDOS a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres. [...]

Por sua vez, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu preâmbulo considera que o “reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”. [...]

Ainda, citado no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres”. [...]

Poderíamos citar muitos outros dispositivos em que se faz menção ao princípio da dignidade da pessoa humana, mas isto foge ao escopo de nossa pesquisa. O importante é frisar que a dignidade da pessoa humana é reconhecida pela comunidade internacional e protegida pelos direitos humanos, em face de sua importância na preservação da própria espécie humana.

Ao longo da história, o conceito de dignidade foi se desenvolvendo e adquirindo conotações diferentes.

De acordo com o pensamento de Roberto Adorno (1998 apud OLIVEIRA, 2007, p.173 - 174), citado em sua obra *Bioética y dignidad de la persona*, existem dois sentidos para a noção de dignidade: dignidade ontológica e dignidade ética, conforme serão desenvolvidos a seguir.

Em determinados momentos, a dignidade foi considerada como fruto da participação da pessoa na sociedade, o seu atuar, isto é, a dignidade vista como dignidade ética, dignidade esta dinâmica, diferente para cada pessoa, construída por cada um de acordo com o seu exercício de liberdade. Em outras épocas, a dignidade foi vista como valor intrínseco da pessoa, pelo simples fato de existir. Esta, a dignidade ontológica, é a mais importante do ponto de vista de direitos humanos. É aquela dignidade imutável, igual a todos os seres humanos, independente de raça, sexo, status social etc. Ela nasce e morre com o indivíduo, pelo simples fato dele ser um fim em si mesmo, de acordo com o pensamento ideológico kantiano. Neste sentido, todos os seres humanos têm a mesma dignidade. Até

mesmo o pior dos criminosos é um ser digno e não pode ser submetido a tratamento desumano ou degradante.

Os fundamentos da dignidade da pessoa humana repousam na própria pessoa e na sua autonomia da vontade. Aqui já percebemos a importância de se atender às necessidades da pessoa e, no nosso estudo, de se respeitar a vontade do paciente frente a imposições terapêuticas por parte de seu médico. A autonomia da vontade, que lhe é inerente por ser um dos fundamentos da dignidade da pessoa humana, lhe dá poderes para escolher seu próprio destino e administrar da maneira que lhe convier melhor a sua vida.

Ainda sobre dignidade humana devemos salientar aspectos com relação ao seu conteúdo, ou seja, a dignidade humana vista como empoderamento e a dignidade humana vista como limite. Estas duas novas concepções de dignidade humana – dignidade humana como empoderamento e dignidade humana como limite – foram desenvolvidas por Deryck Beyleveld e Roger Brownsword (2002 apud OLIVEIRA, 2007, p.181-183) e abordadas em sua obra intitulada *Human dignity in bioethics and biolaw*, sobre cujo teor abaixo discorreremos.

Segundo o pensamento dos autores citados anteriormente, a dignidade humana como empoderamento diz respeito à capacidade do ser humano em utilizar seu livre arbítrio, fazendo suas próprias escolhas, permitindo-lhe crescer e administrar sua vida por meio de seus propósitos pessoais. Por sua vez, a dignidade humana como limite impõe a que cada pessoa seja tratada como um fim em si mesmo, evitando, dessa forma, a sua coisificação e não permitindo a sua instrumentalização, como se fosse “res” – coisa.

No relacionamento médico-paciente, a dignidade da pessoa humana deverá sempre se colocar em um patamar acima de todos os outros e, em decorrência desta, sua autonomia da vontade precisa sempre ser considerada e respeitada, em detrimento de qualquer outra manifestação, ou do médico ou de seus familiares.

Neste item de nosso trabalho discutimos a dignidade da pessoa humana e a autonomia da vontade, o que nos deixa em condições de melhor entender o testamento vital e sua aplicabilidade aos casos de ortotanásia, como veremos em outro tópico.

2.2.3 Bioética e seus Princípios. Biodireito. Princípio da Compaixão de Schopenhauer

Tratar de assuntos como ortotanásia e terminalidade de vida, que envolvem princípios e valores sobre vida, dignidade da pessoa humana, autonomia, justiça, dentre outros, nos faz obrigatoriamente compulsar as seguintes áreas do conhecimento científico: Bioética, Biodireito, Direito Penal e Direito Constitucional.

O ser humano é um ser social por excelência. Sua vida só tem sentido quando fizer parte de um grupo, de uma coletividade, de uma sociedade. Neste sentido, todos os atos que incidirem sobre a sua pessoa terão desdobramentos no mundo social ao qual está vinculado, gerando repercussões nos campos moral, ético e jurídico.

A Bioética pode ser conceituada, de acordo com Elio Sgreccia, como “o estudo interdisciplinar dos problemas criados pelo progresso biomédico, sua repercussão na sociedade e seu sistema de valores.” (SGRECCIA apud LADUSÃNS apud CARVALHO, 2001, p.72).

O termo Bioética foi utilizado pela primeira vez em 1971, pelo oncologista e biólogo norte-americano Van Rensselaer Potter, em sua obra *Bioethics: a bridge to the future* (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 1996 apud MEIRELLES, 2008, p. 2). Fundamenta-se sobre os valores e princípios da beneficência, não maleficência, autonomia e justiça, necessários ao entendimento ético dos assuntos pertinentes às ciências biomédicas, dentre os quais se situa a ortotanásia. Sobre esses princípios passaremos a tecer algumas considerações.

Na relação médico paciente, dentro do padrão da medicina do cuidado, valoriza-se muito a vontade do paciente. Suas decisões, quanto ao tratamento estipulado, devem ser de livre arbítrio, sempre orientadas pelo profissional de saúde. No respeito a esta vontade estar-se-á priorizando o **princípio da autonomia**, um dos princípios de que se vale a bioética. De sua observância decorre a necessidade de todos os atos médicos praticados serem autorizados pelo paciente ou por seu representante legal. (SGRECCIA, 1996 apud MEIRELLES, 2008, p. 4).

O exercício da profissão médica conduz a um envolvimento, uma verdadeira cumplicidade entre o médico e o paciente. Dessa relação aflora o dever ético, em que este profissional, utilizando-se de todo seu conhecimento técnico e sua experiência profissional,

deverá propiciar ao paciente os maiores benefícios, em detrimento dos possíveis prejuízos que este possa sofrer.

O **princípio da beneficência** fundamenta-se, justamente, nesse dever ético, ou seja, na obrigação de maximizar o benefício e minimizar o prejuízo, sendo vedado infligir qualquer dano deliberado ao paciente. Decorre desse princípio a necessidade do profissional de saúde estar convicto dos atos que pratica, assim como a de bem informar seu paciente sobre todas as possibilidades de aplicabilidade dos recursos diagnósticos e terapêuticos e sobre as possíveis conseqüências de seu uso. O ato médico deverá ser benéfico ao paciente, ou seja, uma ação que faça o bem. (SGRECCIA, 1996 apud MEIRELLES, 2008, p. 4).

Decorre do princípio da beneficência a vedação em produzir um agravo à saúde do paciente, um dano deliberado, ou por escolhas inadequadas de recursos diagnósticos e terapêuticos ou por se prolongar demasiadamente um tratamento que já se mostra ineficaz. Neste ponto estaremos aplicando o **princípio da não-maleficência**, ou seja, a ação que não faz o mal.

No Juramento de Hipócrates, prestado por todos os profissionais que se graduam em medicina, já encontramos referência a esses dois princípios bioéticos, o da beneficência e o da não-maleficência, assim como a vedação à eutanásia, nos seguintes termos:

Eu juro, por Apolo médico, por Esculápio, Hígia e Panacea, e tomo por testemunhas todos os deuses e todas as deusas, cumprir, segundo meu poder e minha razão, a promessa que se segue: [...] Aplicarei os regimes para o bem do doente segundo o meu poder e entendimento, nunca para causar dano ou mal a alguém. A ninguém darei por prazer, nem remédio mortal nem um conselho que induza a perda. [...]⁴

O **princípio da justiça** está ligado à idéia de equidade e, dentro dessa visão, significa o médico tratar seus pacientes dentro dos preceitos da moral e da ética, adotar métodos e condutas aceitos pelas normas científicas. “Relaciona-se à justa distribuição dos benefícios dos serviços de saúde, resumindo-se na obrigação de igualdade de tratamento, respeitadas as diferenças de situações clínicas, evidentemente, bem como a proporcionalidade das intervenções” (SGRECCIA, 1996 apud MEIRELLES, 2008, p. 4). Aspectos culturais, religiosos, sociais e até mesmo financeiros não poderão interferir na relação médico-paciente.

⁴ Publicado na seção Missão, Visão e Valores do Conselho Regional de Medicina de São Paulo – CREMESP <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Historia&esc=3>

O doente deve ser visto como um ser humano que precisa de ajuda e não um número a mais a ser contabilizado nas estatísticas médicas ou balanços financeiros.

Importante frisar que não existe uma hierarquia entre esses princípios e a situação do caso concreto é que irá dizer qual deles deverá preponderar em detrimento de outros.

Ao se abordar o instituto da ortotanásia, destacam-se esses princípios bioéticos. Quando se respeita a vontade do paciente, que não mais deseja aceitar determinado tratamento, priorizar-se-á o princípio da autonomia. Nesse mesmo paciente, em estado terminal, o médico, ao adotar condutas médicas restritivas, deixando de aplicar tratamentos desnecessários e, desta forma, evitando que o paciente venha a sofrer mais, estará enfatizando o princípio da não-maleficência. Como complemento do tratamento desse paciente, terá o médico que ministrar os cuidados paliativos, para que este doente tenha uma melhor qualidade de vida em seus últimos momentos. Neste instante, o princípio da beneficência estará tendo uma valoração maior. Por fim, dando-se ao paciente todos os meios de que ele necessita para ter um controle de sua doença de maneira digna, agindo o profissional de saúde dentro dos ditames da ética e da moral e colocando tudo o que é de direito à disposição desse paciente, estará o médico pautando sua conduta profissional pelo princípio da justiça.

Por sua vez, ainda falando de Bioética e de normas morais, estas têm sua influência, principalmente, no plano interno da consciência das pessoas. Entretanto, as questões de interesse da medicina e ciências correlatas envolvem o ser humano no seu contexto coletivo e, desta forma, produzem efeitos em toda a sociedade, necessitando de normas coercitivas para fazer respeitar os direitos de outros cidadãos. A norma moral não tem força cogente suficiente para impedir os excessos cometidos pelo desenvolvimento científico desenfreado, necessitando, pois, de amparo jurídico. Nesse momento é que opera o Biodireito, fazendo-se valer de suas normas positivadas para controlar as repercussões trazidas pelo progresso das ciências biomédicas e impondo limites à pesquisa e conduta de profissionais da área da saúde, sempre com o escopo de preservar a vida humana e os direitos da sociedade. (MEIRELLES, 2008, p. 6).

Questões complexas e polêmicas envolvendo vida e morte nem sempre poderão ser entendidas somente com fundamento na razão e nos princípios e valores éticos e morais. Precisamos entender a dinâmica básica do ser humano para analisar questões dessa estirpe. Neste ponto de nossa argumentação, cabe-nos fazer a seguinte pergunta: qual é a dinâmica básica que impulsiona o ser humano: a razão ou o sentimento?

Daniel Goleman, em seu livro intitulado *Inteligência emocional*, chega à conclusão de que a dinâmica básica do ser humano é o *pathos*, o sentimento e a lógica do coração, e não a razão. Segundo o autor, citado por Leonardo Boff em sua obra *Princípio de compaixão & cuidado: o encontro entre ocidente e oriente* (2009, p.17), “a mente racional necessita de um ou dois momentos a mais para registrar e reagir do que a mente emocional; o primeiro impulso é do coração, não da cabeça [...] por isso é necessário equilibrar a racionalidade com a compaixão”.

Falando de compaixão não poderíamos deixar de citar dois grandes autores que trabalham com esse princípio: Arthur Schopenhauer e Leonardo Boff. Aqui partimos um pouco em direção a fundamentos filosóficos, que se tornam necessários em virtude da essência do assunto tratado.

Discorrendo sobre o princípio da compaixão, Leonardo Boff (2009, p.14) explica que “todo princípio tem que ver com a essência de uma realidade, no caso, a compaixão faz parte da essência da natureza da pessoa humana, de seu modo de ser concreto. Então podemos dizer que o ser humano é essencialmente um ser de compaixão.”

A compaixão ocorre *a priori* em relação a qualquer outro e sempre é evocada quando se lida com pacientes em estado terminal ou quando vemos o sofrimento de nosso semelhante. Mesmo antes que a razão, ela é colocada à nossa disposição para decisões muitas vezes difíceis de serem entendidas ou aceitas pela própria razão e lei. Está intimamente ligada ao paradigma do cuidado e, nesse sentido, citamos Leonardo Boff (2009, p.20), nos seguintes termos:

Ela aparece como uma das concretizações e irradiações do cuidado. De fato, a compaixão não é um sentimento menor de “piedade” para com os que sofrem. [...] é a capacidade de compartilhar a própria paixão com a paixão do outro. Trata-se de sair de si mesmo e de seu próprio círculo e entrar no universo do outro enquanto outro, para sofrer com ele, para cuidar dele, para alegrar-se com ele e caminhar junto com ele, e para construir uma vida em sinergia e solidariedade.

A relação médico-paciente traz um comprometimento, uma cumplicidade, uma transferência e uma contratransferência entre as partes. O profissional de saúde acaba por assimilar as dores e angústias de seus pacientes. Traz à tona seus sentimentos mais primitivos de altruísmo, compadecendo-se de seu semelhante. Evoca para si a piedade e, neste ponto, considero oportuno citar um trecho do livro de Arthur Schopenhauer, intitulado *Dores do Mundo*:

A piedade é esse fato admirável, misterioso, pelo qual vemos a linha de demarcação, que aos olhos da razão separa totalmente um ser do outro, desaparecer e o não eu

tornar-se de algum modo o eu. Só a piedade é o princípio real de toda a justiça livre e de toda a caridade verdadeira. A piedade é um fato incontestável da consciência do homem; é-lhe essencialmente própria e não depende de noções anteriores, de idéias *a priori*, religiões, dogmas, mitos, educação e cultura; é o produto espontâneo, imediato, inalienável da natureza, resiste a todas as provas e mostra-se em todos os tempos e em todos os países; em toda a parte é invocada com confiança, tão grande é a certeza de que ela existe em todos os homens, e nunca é contada entre os “deuses estranhos”. O ente que não conhece a piedade está fora da humanidade, e essa mesma palavra humanidade é muitas vezes tomada como sinônimo de piedade. (1958, p.105).

Visando enriquecer ainda mais o presente trabalho, trago esta citação, que de certa forma tem muita influência na relação médico-paciente quando vista pelo lado humanitário, dando importância não só à razão em suas decisões, mas também, e principalmente, observando-se os laços de afetividade que com o tempo estarão presentes nessa relação. Conforme Leonardo Boff (2009, p.14-15):

Nos seres humanos existe mais do que a razão fria, objetivista e calculadora, que se realiza melhor por meio das máquinas inteligentes. Mas nelas falta algo que ocorre no ser humano e que emergiu há milhões de anos no processo evolucionário, quando surgiram os mamíferos, ao número dos quais nos consideramos: o sentimento, a capacidade de emocionar-se, de afetar e de sentir-se afetando. [...]. Construímos o mundo a partir de laços afetivos. Esses laços fazem com que as pessoas e as situações sejam portadoras de valor. [...]. Não habitamos o mundo somente através do trabalho, mas fundamentalmente através do cuidado e da amorosidade. É aqui que aparece o humano do ser humano. Daí se conclui que o dado original não é o *logos*, a razão e as estruturas de compreensão, mas sim o *pathos*, o sentimento, a capacidade de simpatia, de empatia, de compaixão, de dedicação e de cuidado com o diferente. Tudo começa com o *pathos* (sentimento). É ele que nos faz sensíveis e reativos a tudo quanto nos envolve. É por ele que sofremos e nos alegramos com os que se alegram e sofrem, que nasce em nós a compaixão. [...] Mais do que o *cogito ergo sum* (penso, logo existo) cartesiano, vale o *sentio, ergo sum* (sinto, logo existo).

Neste ponto, entendo que muitas vezes não podemos nos deixar seguir simplesmente pela razão ou pela lei. A lei é contextual e deve sempre refletir os anseios e necessidades da sociedade. Por ser de produção do legislador, em determinado contexto, pode conter alguns vícios o que não ocorre com o sentimento. Este é peculiar ao ser humano, vem das suas entranhas e, no caso da compaixão, visa sempre a sua aplicabilidade com o escopo de aliviar o sofrimento do seu semelhante.

2.2.4 Conflitos entre Princípios: Ponderação de Valores entre os Bens Jurídicos Tutelados e Violados

Muitas vezes, na tentativa de resolução de impasses envolvendo os interesses pessoais e os coletivos, nos deparamos com conflitos entre princípios. Como exemplos, citam-se os casos dos institutos da ortotanásia e eutanásia, em que a aplicabilidade dos princípios da dignidade da pessoa humana e da autonomia da vontade, na maioria das vezes, se conflita com a garantia da inviolabilidade do direito à vida e com o princípio da sacralidade da vida, tutelados pelo Estado. A quem devemos atender, ao paciente que deseja se libertar do sofrimento ou ao Estado que determina a manutenção da vida do cidadão a todo o custo, com o objetivo de preservar a integridade da sociedade?

A resposta a esta pergunta estaria mais afeta a um trabalho com defesa de tese de mestrado. Nesta monografia apenas me limito a apresentar o ponto de vista do indivíduo acometido por doença grave e incurável, ansioso por se ver livre de seu sofrimento e que, desta feita, valendo-se da autonomia da sua vontade, implora para não ser submetido a tratamentos fúteis e o ponto de vista do Estado que, tendo obrigação de tutelar os direitos da sociedade, se mantém em defesa da garantia do direito à inviolabilidade à vida. Trata-se de um caso complexo e a resposta será diferente para cada caso em concreto, para cada situação que for analisada.

A ponderação destes princípios é de crucial importância quando, frente a um paciente portador de doença grave e incurável, o profissional de saúde tiver que aplicar condutas médicas restritivas, sem que haja violação dos direitos do paciente, respeitando-se a autonomia de sua vontade e, também, sem que haja confronto com os bens tutelados pelo Estado, como a garantia da inviolabilidade do direito à vida.

O paciente merece ser atendido em seu pleito, valendo-se de sua autonomia da vontade, fundamento da dignidade humana. (Resolução CFM, nº 1.805/2006 – Anexo “A”, p. 70). Esta posição daria sustentação à tese de defesa da eutanásia e também da ortotanásia.

Por outro lado, o Estado se vê na obrigação de preservar a coletividade, a sociedade e, desta forma, coibir qualquer ato que venha a interromper a vida^{xv}. (NORONHA apud CUNHA, 2010, p. 17). Esta posição, certamente, não daria respaldo aos institutos da eutanásia e ortotanásia.

São, portanto, situações antagônicas, que merecem ser discutidas individualmente, sopesando-se os valores e os bens jurídicos tutelados e violados, para se aplicar a melhor decisão na prática. Deve-se agir com profissionalismo e ética, priorizando-se, sempre, o princípio da dignidade humana.

Fechando este item, nessa mesma linha de pensamento, cito uma passagem da obra de Aline Albuquerque S. de Oliveira⁵, intitulada – Interface entre bioética e direitos humanos: o conceito ontológico de dignidade humana e seus desdobramentos – (2007, p.183):

[...], na esfera bioética, sustentamos a centralização da noção de dignidade humana na exigência de não-instrumentalização da pessoa, ou seja, na dignidade como limite, que impõe à sociedade, ao Estado e à própria pessoa um dever de não coisificá-la.

2.2.5 Diretivas Antecipadas de Vontade (Testamento Vital) e Ortotanásia

Assunto da maior importância, quando se discutem institutos como os da eutanásia e ortotanásia, diz respeito às Diretivas Antecipadas de Vontade, também conhecido como **Testamento Vital**, amplamente discutido no I *Fórum* sobre **Diretivas Antecipadas de Vontade**⁶, que servirá de fundamento para os parágrafos abaixo mencionados.

Testamento vital mantém íntima relação com cuidados paliativos e terminalidade de vida.

Em países adeptos da eutanásia e da ortotanásia, tais institutos são praticados com clareza, ética profissional e toda segurança jurídica que o caso requer, tanto para o paciente quanto para o profissional de saúde. Entretanto, algumas medidas necessitam ser adotadas, com vistas a se respeitar a autonomia da vontade do paciente e dar respaldo às decisões médicas frente a estas situações de terminalidade de vida. Neste contexto é que desponta o testamento vital.

Pela importância que o assunto vem ganhando a nível nacional e internacional, em 26 de agosto de 2010, o Conselho Federal de Medicina, patrocinou o I

⁵ Aline Albuquerque S. de Oliveira é mestre em Direito, advogada da União, no Ministério da Saúde e pesquisadora da Cátedra Unesco de Bioética da Universidade de Brasília (UNB) e professora da cadeira de Direitos Humanos do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB

⁶ **Fonte:** CFM – Jornal de Medicina nº 188, set. 2010, p.11; site: http://portal.cfm.org.br/images/stories/JornalMedicina/2010/jornal_setembro.pdf

Fórum sobre Diretivas Antecipadas de Vontade, com a participação de profissionais da saúde e do direito e pesquisadores da bioética. Na oportunidade, foram apresentadas diversas obras de bioética, tendo como presença marcante o conferencista Diego Gracia, bioeticista espanhol, que discursou sobre o tema.

O testamento vital, já adotado em alguns países, porém sem previsão legal no Brasil, trata-se de um documento elaborado pelo próprio paciente, quando capaz e consciente na hora de constituí-lo, ou pelo seu representante legal, assinado pelo proponente, sem ser coagido, e por duas testemunhas e registrado em cartório, que permite ao interessado escolher o modo como gostaria que sua vida fosse administrada, o tipo de tratamento que desejaria que lhe fosse aplicado, caso viesse a ser portador de doença grave e incurável, podendo, inclusive, deixar registrada sua opção pela prática da eutanásia ou ortotanásia, se assim fosse necessário. Preenchendo essas formalidades legais, o documento seria uma ferramenta importantíssima nas difíceis decisões médicas em se colocar fim à vida de um paciente terminal. Dessa forma, o profissional de saúde poderia adotar uma decisão, respaldada, primeiramente nos princípios da ética e humanidade e dotado de segurança jurídica.

No entendimento de Diego Gracia, “o documento de valor jurídico é necessário, mas não suficiente. Para que o documento tenha eficácia e mude de fato a medicina, é preciso que o médico pense de um modo diferente”.⁷

O que dá respaldo e embasamento ao testamento vital é a autonomia da vontade do paciente, um dos fundamentos do princípio da dignidade humana. É esta autonomia que permite ao paciente, em estado de consciência, ter o livre arbítrio e escolher o tipo de procedimento médico que desejaria se submeter caso um dia se encontrasse em estado de terminalidade de vida.

Como já bem o disse Diego Gracia, é preciso que o médico “pense de um modo diferente”. E o que viria a ser esse pensar diferente? Seria entender o paciente em sua totalidade, como ser holístico que é, compreender suas reais necessidades e aflições, enfim, respeitar a sua vontade, praticar uma medicina pautada no paradigma do cuidado e não no paradigma da cura, conforme já discutido em outro capítulo. O tratamento deve ser dirigido ao doente e não à doença. Deve haver um comprometimento do médico para com seu paciente, em uma relação fraternal, ética e profissional.

⁷ **Fonte:** CFM – Jornal de Medicina nº 188, set. 2010, p.11; site: http://portal.cfm.org.br/images/stories/JornalMedicina/2010/jornal_setembro.pdf

O testamento vital torna-se, assim compreendido este modo de agir, um documento muito importante, que vem a cristalizar a autonomia da vontade do paciente, deixando para este a escolha de seus atos e o modo como deseja terminar seus dias, em caso de um dia vir a ser portador de uma doença grave e incurável.

Favorável á viabilidade do testamento vital, o Dr. Diaulas Ribeiro, promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT), assim esclarece o assunto: “Não há nenhuma barreira jurídica para a execução do recurso, mas existe dificuldade cultural no uso desse instrumento tanto pela população quanto pela equipe médica”.⁸ Explica, ainda, o especialista que “O ideal é converter com antecedência essa declaração em escritura pública com firma reconhecida em cartório e colher a assinatura de duas testemunhas, mas, se não for possível, o simples registro dessas informações no prontuário médico já funciona como documento legal”.⁹

Tornam-se relevantes estas explicações de um promotor de justiça, uma vez que percebemos que certos entraves na área jurídica já estão sendo derrubados e que a sociedade se abre para um diálogo em torno do assunto.

2.2.6 A Eutanásia e a Figura do Homicídio Privilegiado, no Código Penal Brasileiro – art. 121, § 1º

Atualmente, não existe em nosso ordenamento jurídico um tipo penal que se refira expressamente aos institutos da eutanásia e da ortotanásia.

O parágrafo primeiro do artigo 121 do atual Código Penal Brasileiro abarca uma causa de diminuição de pena, em relação ao crime de homicídio. Trata-se da figura do homicídio privilegiado em que o agente pode ter sua pena reduzida de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço), pelo juiz, caso venha a cometer o crime “impelido por motivo de relevante valor

⁸ **Fonte:** Matéria publicada no Correio Braziliense em 27/08/2010, por Carolina Khodr. Site: http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2010/08/27/interna_brasil,210025/index.shtml

⁹ **Fonte:** Matéria publicada no Correio Braziliense em 27/08/2010, por Carolina Khodr. Site: http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2010/08/27/interna_brasil,210025/index.shtml

social ou moral [...]”. Esta situação é a que mais se aproxima de uma possível tipificação ao instituto da eutanásia, entretanto, não vejo, atualmente, como enquadrar a ortotanásia em algum tipo penal existente em nosso ordenamento jurídico pátrio.

Na eutanásia, realmente existe a intenção, por parte do profissional de saúde, em dar fim a uma vida sofrida, em provocar uma “boa morte”, se bem que o dolo não é voltado para o término da vida e sim para o alívio do sofrimento. Entretanto, discussão à parte, entendo que para a eutanásia poder-se-ia aplicar, atualmente, o previsto no art. 121, § 1º do Código Penal, com fundamentação na atuação do médico impelido por motivo de relevante valor moral.

O procedimento médico, no caso da ortotanásia, visa simplesmente deixar de aplicar ou insistir em manter tratamentos fúteis ao paciente. Seu dolo não está direcionado para o término da vida de seu garante. Portanto, não vejo a ortotanásia como ilícito penal e, desta forma, entendo que não existe em nosso ordenamento jurídico qualquer norma que possa servir de fundamento para apenar os profissionais que desse instituto venham se valer na sua lide diária com pacientes terminais.

Enriquecendo nossa pesquisa, Rogério Sanches Cunha (2010, p.25) assim se refere ao relevante valor social e moral, componentes presentes no § 1º, do art. 121 do Código Penal Brasileiro, necessários à caracterização do homicídio privilegiado:

O relevante valor social diz respeito aos interesses de toda uma coletividade [...]. Já o relevante valor moral liga-se aos interesses individuais, particulares do agente, entre eles os sentimentos de piedade, misericórdia e compaixão. Assim, o homicídio praticado com o intuito de livrar um doente, irremediavelmente perdido, dos sofrimentos que o atormentam (eutanásia) goza de privilégio de atenuação da pena que o parágrafo consagra. O mesmo exemplo é lembrado pela Exposição de Motivos: “o projeto entende significar o motivo que, em si mesmo, é aprovado pela moral prática, como por exemplo, a compaixão ante o irremediável sofrimento da vítima (caso do homicídio eutanásico).

2.2.7 Previsão da Ortotanásia no Anteprojeto de Lei de Reforma do Código Penal – art. 121, § 4º - Exclusão de Ilícitude

O anteprojeto de lei que altera dispositivos do Código Penal contempla o instituto da eutanásia ativa em seu artigo 121, parágrafo 3º e o da ortotanásia, em seu artigo

121, parágrafo 4º, com abrandamento da pena, no primeiro caso e exclusão de ilicitude no segundo caso, portanto, descriminalizando a ortotanásia.

De acordo com o art. 121, § 4º:

Não constitui crime deixar de manter a vida de alguém por meio artificial, se previamente atestada por dois médicos a morte como iminente e inevitável, e desde que haja consentimento do paciente ou, em sua impossibilidade, de cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão.

O que se pode observar deste parágrafo quarto é que ao instituto da ortotanásia passa a se aplicar, expressamente, a exclusão de ilicitude. Esta norma prevê, ainda, alguns requisitos para que a conduta seja considerada como lícita, ou seja, ser atestada previamente por dois médicos, que a situação seja de morte iminente e inevitável (encaixando-se nos padrões aceitos de terminalidade de vida), devendo ser respeitada a autonomia da vontade do paciente ou de seu representante legal. Desta forma, sendo aprovado este projeto de lei, teríamos que nos valer do testamento vital¹⁰, documento sobre o qual já discorremos anteriormente.

Fugindo um pouco do objetivo deste trabalho, uma vez que aprofundamentos e opiniões particulares estariam mais afetas a uma dissertação de mestrado, entretanto, gostaria apenas de externar minha opinião, de modo superficial, com relação ao atestado da situação de morte iminente e inevitável por dois médicos, conforme consta do § 4º do art. 121, do aludido diploma legal.

A meu ver, o mais adequado seria que fosse criada uma Comissão de Ética, nos hospitais, somente com essa finalidade, composta de três médicos, um psicólogo e um assistente social, uma vez que estão em jogo, não somente a vida do paciente, como também interesses outros de terceiros, como herança, testamentos etc. Isso traria mais segurança jurídica e clareza ao ato praticado.

As alterações inseridas neste anteprojeto trarão mais segurança jurídica ao profissional de saúde, reforçando, assim, o disposto na Resolução do Conselho Federal de Medicina que já trata do assunto, no âmbito de suas competências. Tal anteprojeto, também, se preocupa com a valorização e priorização da autonomia da vontade do paciente nas questões que envolvem seus interesses particulares, dentre eles a de optar por qual tratamento deseja ser submetido quando se encontrar em situação de terminalidade de vida.

¹⁰ **Fonte:** CFM – Jornal de Medicina nº 188, set. 2010, p.11; site: http://portal.cfm.org.br/images/stories/JornalMedicina/2010/jornal_setembro.pdf

2.2.8 Ortotanásia e Princípio da Adequação Social

A prática da ortotanásia, sob minha óptica, tem respaldo legal em nosso meio. Fundamento para tal proposição é a aprovação da Resolução do CFM n. 1.805/2006, que a regulamenta. Entretanto, mesmo que tal Resolução tivesse sido revogada, como bem o quis o Ministério Público Federal, por meio de Ação Civil Pública, ainda restaria aos adeptos da ortotanásia a defesa de que a tal instituto se aplica o princípio da adequação social.

As sociedades estão em constante evolução e desenvolvimento. Valores que antes eram tidos como absolutos, modificam-se com o decorrer do tempo, em virtude de diversos fatores. Atualmente, a sociedade brasileira vem rompendo com alguns tabus e, diariamente, vemos na mídia discussões serem levadas aos tribunais envolvendo temas que antes jamais seriam abordados pela sociedade, tamanho o dogma que representavam. Hoje é comum falarmos sobre pesquisas com células embrionárias, aborto, união homoafetiva, dentre muitos outros. São problemas que já fazem parte da nossa cultura, do nosso cotidiano.

Com a ortotanásia, o mesmo acontece. Esta prática, quando bem compreendida e devidamente diferenciada da eutanásia, começa a contar com a aceitação da população e da classe médica, que nela vê uma esperança para que o paciente tenha sua autonomia da vontade e dignidade de vida respeitadas em seus derradeiros momentos. Portanto, a lei não pode considerar ilícito penal conduta socialmente adequada ou tolerada pela sociedade, ou seja, socialmente válidas, como é o caso da ortotanásia. É, hoje, uma prática moralmente aceita, sendo uma realidade presente no cotidiano da prática médica em hospitais de todo o país e mundo.

2.2.9 Código de Ética Médica – Direitos e Deveres do Médico – Exercício Regular de Direito – Exclusão de Ilícitude

A Resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009, aprovou o Código de Ética Médica (Anexo “E”, p. 85), que entrou em vigor a partir de 13 de abril de 2010. Este Código é composto de quatorze capítulos e foi fruto de mais de dois anos de trabalho,

analisando propostas encaminhadas por diversos médicos e instituições de todo o país. Desta forma, reflete os anseios da classe médica por uma medicina mais justa, igualitária e humana, em que o foco principal é o bem estar físico, psíquico e emocional do paciente e o respeito a valores como sua autonomia da vontade e dignidade humana.

Traz em seu bojo um conjunto de preceitos e normas que pautam a conduta do médico no exercício de sua profissão, tratando de assuntos referentes ao sigilo profissional, ética no relacionamento com o paciente e demais companheiros de profissão, direitos e deveres do médico, responsabilidade médica, publicidade médica, direitos humanos, doação e transplante de órgãos, documentos médicos, ensino e pesquisa médica dentre outros.

Do Código de Ética Médica destacarei alguns pontos importantes, que irão dar subsídio à fundamentação do poder de discricionariedade do médico em sua profissão e caracterizar a adoção de condutas médicas restritivas como sendo um exercício regular de direito do médico, tratando-se, pois, de uma conduta lícita.

Dentro dos princípios fundamentais que norteiam a medicina, tratados no Capítulo I – incisos I a XXV – destaco o fato do exercício da medicina ser desprovido de qualquer discriminação, o dever do médico agir com profissionalismo em benefício do doente e o respeito que o médico deve guardar para com seu paciente, jamais utilizando seus conhecimentos “para causar sofrimento físico ou moral”, valorizando, aqui, o princípio bioético a não-maleficência. (CFM, Anexo “E”, p.87).

Quanto à atuação do médico, esta deve ser livre e isenta de qualquer restrição ou imposição que possa lhe tolher tal liberdade e prejudicar seu trabalho.

Afastando-se da medicina paternalista e adotando o novo modelo do paradigma do cuidado, o médico deverá valorizar a autonomia do paciente e aceitar suas escolhas com relação aos atos médicos que nele devam ser praticados, desde que os procedimentos diagnósticos e terapêuticos sejam adequados ao caso e validados pela práxis científica. (CFM, Anexo “E”, p.88).

O novo Código de Ética já prevê que nos casos de doença incurável e terminal, ou seja, naquelas situações de terminalidade de vida e irreversíveis, o médico ofereça todos os cuidados paliativos disponíveis, sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas e levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, de seu representante legal. (CFM, Anexo “E”, inciso

XXII, p.88). O documento também estabelece que não é permitido ao médico abreviar a vida do paciente, mesmo com autorização dele.

O Capítulo II - incisos I a X - (CFM, Anexo “E”, p.89) dispõe sobre os direitos dos médicos salientando-se o direito do livre arbítrio do médico em escolher o procedimento a ser utilizado para o paciente, desde que previsto em lei e reconhecido pela ciência, assim como o de recusar a realizar qualquer procedimento que não esteja de acordo com a sua consciência, embora permitidos por lei.

O Capítulo III - artigos 1º a 21 - (CFM, Anexo “E”, p.89-90) trata da Responsabilidade profissional e dispõe sobre as vedações ao médico, dentre as quais seleciono: a de causar qualquer dano ao seu paciente, ou por ação ou por omissão, sendo sua responsabilidade sempre pessoal, não podendo ser presumida e a de deixar de assumir sua responsabilidade por ato médico praticado, embora tenha sido solicitado ou consentido pelo paciente ou por seu representante legal.

O Capítulo IV - artigos 22 a 30 - (CFM, Anexo “E”, p.90) trata dos Direitos Humanos e traz algumas vedações aos médicos. Enfatiza a obrigação do médico em respeitar a autonomia do paciente quanto à obtenção de seu consentimento, para qualquer procedimento que nele venha a ser realizado e do respeito à sua dignidade e livre arbítrio, tudo de acordo com o novo padrão de conduta adotado (paradigma do cuidado).

Por fim, de importância para nosso estudo, o Capítulo V – artigos 31 a 42 – (CFM, Anexo “E”, p.91), que trata da Relação com pacientes e familiares traz um artigo que tem implicação prática nos casos de eutanásia e ortotanásia.

Art. 41. É vedado ao médico abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.

Parágrafo único: Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal. (CFM, Anexo “E”, p.91).

Em suma, esses eram os dispositivos de maior importância para o nosso estudo e que nos permitem afirmar com segurança que a atuação do médico frente aos casos de ortotanásia, adotando condutas médicas restritivas, encontra respaldo legal, tratando-se de um direito profissional discricionário do médico e, portanto, não constituindo ilicitude em sua conduta.

2.2.10 Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.805/2006 – Regulamenta o Instituto da Ortotanásia

A presente Resolução do Conselho Federal de Medicina – CFM -, publicada no Diário Oficial da União de 28 de novembro de 2006, Seção I, pg. 169, que regulamenta o Instituto da Ortotanásia, respalda-se juridicamente nas atribuições conferidas pela Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, alterada pela Lei nº 11.000, de 15 de dezembro de 2004, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, sendo, portanto, competente para tratar de tal assunto.

Tem em sua essência o seguinte teor:

Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal.

Como órgão julgador e disciplinador da Classe Médica, assim como os demais Conselhos de Medicina, o CFM ao motivar seu entendimento e decisão quanto ao assunto tratado por esta Resolução, fundamenta-se nos seguintes princípios constitucionais: (1) art. 1º, inciso III, que elegeu o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e (2) art. 5º, inciso III, que estabelece que “ninguém será submetido a tortura nem a *tratamento desumano* ou *degradante*”. (CFM, Anexo “A”, p.70)

A função de garante do médico, também é destacada no preâmbulo da Resolução, quando se refere ao dever do mesmo em zelar pelo bem estar do seu paciente, assim como diagnosticar o doente como portador de enfermidade em fase terminal.

Em seu artigo 1º, *caput* e parágrafos (CFM, Anexo “A”, p.71), a Resolução do CFM salienta o poder discricionário do médico ao limitar ou suspender procedimentos e tratamentos considerados desnecessários, frente a pacientes em estado de terminalidade de vida, acometidos de doenças graves e incuráveis, para as quais a medicina não mais dispõe de solução. Tal decisão deverá ser colocada para o paciente ou seu representante legal,

devidamente fundamentada e sempre respeitando sua autonomia da vontade ou de quem por ele venha a responder, em caso de sua impossibilidade de manifestar sua vontade.

Todos os atos médicos, e, dentre estes, a decisão médica de limitar ou suspender procedimentos e tratamentos, deverão constar do prontuário médico do paciente.

Ao paciente, ainda, de acordo com a resolução, é assegurada a solicitação de uma segunda opinião médica. Tal dispositivo, a meu ver, é desnecessário, uma vez que tal direito já lhe é assegurado pela Constituição Federal, quando se refere à livre expressão de vontade a que todos fazem jus.

O artigo 2º da Resolução traz a preocupação em oferecer ao paciente os cuidados paliativos dos quais já nos referimos em item específico sobre o assunto. (CFM, Anexo “A”, p.71).

Destaco como principais pontos desta Resolução as preocupações com a dignidade da pessoa humana, a vedação aos tratamentos desumanos e degradantes, o direito à informação sobre o real estado de saúde do paciente, o poder discricionário do médico na limitação ou suspensão de procedimentos ou tratamentos que julgar fúteis, a autonomia da vontade do paciente, em dar aval a tal conduta do médico e a preocupação em disponibilizar ao doente uma assistência integral, englobando os planos físico, social, psíquico e até mesmo espiritual, conforme salienta bem o art. 2º deste dispositivo normativo.

Esse conjunto de ações, anteriormente descritas, consolida a legalidade do ato praticado pelo médico, a lisura na sua conduta e, principalmente, o respeito à vontade do paciente, ou de seu representante legal, tudo em proveito do bem estar do paciente.

A ortotanásia respeita todos esses preceitos legais e éticos e fundamenta-se, pois, em uma Resolução promulgada por uma entidade competente para tal ato.

2.3 Institutos da Eutanásia e Ortotanásia no Brasil e no Mundo

No mundo, países como a Holanda, Bélgica e Luxemburgo já adotam o instituto da eutanásia. A Holanda foi o primeiro país a autorizá-lo, em 2001.

Na Alemanha, em alguns estados norte-americanos e em outros países já está autorizada a prática do suicídio assistido, condição em que, uma pessoa é auxiliada por outra na sua procura pela morte.

O Continente Europeu foi quem mais avançou em questões sobre a legalização e aceitação da eutanásia. Entretanto, na América do Sul, mais especificamente no Uruguai, é que encontramos referência a tal instituto, em seu Código Penal, já na década de 1930. Talvez tenha sido o primeiro país a legislar sobre eutanásia. Seu Código Penal já fazia menção ao homicídio piedoso. Neste sentido, a quem cometesse um homicídio, desde que possuidor de bons antecedentes e movido por súplicas reiteradas da vítima, não lhe seria imposta uma penalização.

No Brasil, a eutanásia é proibida por lei, com fundamento no art. 121 do Código Penal¹¹, sendo considerada como homicídio privilegiado, quando, de acordo com o § 1º do mesmo artigo, “o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral [...]” (, podendo ter sua pena reduzida pelo juiz.

A eutanásia encontra, ainda, grande resistência quanto à sua admissibilidade, por questões morais, religiosas e mesmo culturais, por envolver temas de grande complexidade como a vida e a morte. Temas como este e outros, tais como o aborto e pesquisas de células-tronco têm ganhado, ultimamente, grandes destaques na área de discussão jurídica.

De acordo com Maria Elisa Villas-Bôas (2008, p.79),

a eutanásia não é uma demanda da sociedade brasileira, a qual não se encontra preparada para tal nível de ingerência no final da vida, o que pode abalar a confiança na relação médico-paciente, além de representar maior risco de intervenções por motivações escusas, exigindo controle rigoroso dessas condutas.

A Igreja Católica é contra a permissão da utilização da eutanásia na prática médica. Em assuntos envolvendo a possibilidade de disposição da vida humana, a Igreja se mostra totalmente contrária a tais atos. Neste sentido, a campanha da fraternidade lançada pela Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), em 2008, intitulada “Escolhe, pois a vida”, já deixa claramente demonstrada a sua preocupação com a manutenção da vida humana, condenando a eutanásia, o aborto, assim como as pesquisas científicas com células-

¹¹ BRASIL. Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código penal. *Diário Oficial da União*, 31 dez 1940. Retificado em 3 jan 1941.

tronco envolvendo embriões humanos. É do papa Bento XVI o seguinte pronunciamento, por ocasião de sua participação do debate envolvendo o caso Eluana Englaro^{xvi}: a eutanásia seria uma “solução falsa para o sofrimento”.

A ortotanásia, por sua vez, já é um instituto mais aceito, tanto no Brasil quanto no Mundo. Está ligada, diretamente, à adoção de cuidados paliativos e o não prolongamento do sofrimento do paciente através de medidas terapêuticas obsessivas e fúteis.

Países como Estados Unidos, Canadá, Japão, França, Inglaterra, Itália, entre inúmeros outros já garantem o direito à prática da ortotanásia. Exemplo clássico mundial da utilização da ortotanásia foi o caso do papa João Paulo II, falecido em 2005, que teve sua vontade respeitada quanto a não mais se estender no tratamento desnecessário a que estava sendo submetido. (DREHER, 2009, p.89).

No Brasil ganhou força entre os adeptos da ortotanásia a aprovação da Lei n. 10.241/1999^{xvii} do Estado de São Paulo, mais conhecida como “Lei Covas” que dispõe sobre direitos dos usuários de serviços de saúde e a Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 1.805/2006 que Regulamenta o Instituto da Ortotanásia. (DREHER, 2009, p.89).

A “Lei Covas”, em seu art. 2º, inciso XXIII¹² dispõe que: “são direitos dos usuários dos serviços de saúde no Estado de São Paulo: [...] XXIII – recusar tratamentos dolorosos ou extraordinários para tentar prolongar a vida; [...]” Como se pode observar, tal dispositivo diz respeito ao instituto da ortotanásia. O próprio governador do Estado de São Paulo, à época, Mario Covas, portador de um câncer de próstata, beneficiou-se de tal dispositivo, ao optar por passar seus últimos momentos de vida recebendo somente cuidados paliativos. Mario Covas, no dia da sanção dessa lei, dizendo aprová-la não só como governador, mas também como paciente, proferiu as seguintes palavras: “Exemplo que me dá a certeza de que o desafio de médicos e legisladores é garantir também despedida digna da vida. Um direito de todo cidadão”¹³. (DREHER, 2009, p.89).

Nesses dois casos apresentados sobre a ortotanásia, do Papa João Paulo II e do ex-governador do Estado de São Paulo Mário Covas, o que se observa é o respeito a dois princípios fundamentais: o da autonomia da vontade do paciente e o da qualidade de vida.

¹² **Fonte:** Centro de Bioética – CREMESP. Site: <http://www.bioetica.org.br/?siteAcao=LeisProjetosIntegra&id=7>

¹³ **Fonte:** Observatório da Imprensa – Caderno da Cidadania - 27/06/2001. Site: <http://www.observatoriodaimprensa.com.br/cadernos/cid270620012p.htm>

2.4 Argumentos Pró e Contra a Ortotanásia

A não aceitação do instituto da ortotanásia, na sua maior parte, tem como fundamento ou causa as questões religiosas, culturais e, até mesmo, desconhecimento do assunto. No Brasil e em grande parte do mundo as religiões, de um modo geral, ainda exercem grande influência sobre as pessoas, tornando-se verdadeiro óbice quando se discutem assuntos envolvendo pesquisas com células embrionárias, aborto, eutanásia, ortotanásia, dentre outros, por contrariarem o princípio da sacralidade da vida, defendido por grande parte dessas tradições religiosas. Vida e morte ainda são consideradas verdadeiros dogmas, solidificados ao longo dos tempos, cuja ruptura se torna muito difícil, principalmente em uma sociedade cujos valores ainda estão muito ligados e alicerçados sobre princípios transcendentais, escapando, pois, da explicação da lógica e da ciência.

Outro aspecto que ainda dificulta a aceitação da ortotanásia diz respeito ao seu desconhecimento. Muitas pessoas ainda confundem a ortotanásia com a eutanásia, entendendo que em ambos os casos o médico irá por fim à vida do paciente. Como vimos em outras passagens deste trabalho, a ortotanásia está ligada mais aos cuidados paliativos e à não continuação de tratamentos considerados inúteis, evitando, desta forma, a obstinação terapêutica e o sofrimento desnecessário do paciente. Sem esta diferenciação, fica muito difícil, a aceitação da ortotanásia como prática a ser incorporada na rotina médica.

Aliado a essas causas já citadas, hodiernamente ainda é muito forte o padrão paternalista de medicina adotado em muitas partes do mundo. Esse modo de agir e pensar dá ao médico plenos poderes para decidir sobre a vida de seu paciente, sobre as condutas a serem adotadas em cada caso, desprezando a vontade do doente. (ZIEGLER, 1977 apud PESSINI, 2004, p.49). Esse padrão visa a cura das doenças e não dos doentes, daí a tendência de se estenderem desnecessariamente os tratamentos médicos a pacientes considerados graves e incuráveis, dificultando, pois, a adoção da ortotanásia.

Em suma, esses seriam os fatores que poderiam dificultar a admissibilidade do instituto da ortotanásia não só no Brasil como em muitos países do mundo. Cultura,

religião, desconhecimento e padrão paternalista de medicina, seriam suas mais importantes causas.

Por outro lado, temos algumas situações que acabam por eleger o instituto da ortotanásia como uma medida salvadora, não só para os pacientes, como também para o Estado, no que concerne à melhoria da qualidade dos serviços de saúde prestados aos seus usuários.

Hodiernamente, sabemos que o Estado Brasileiro, através de seu Sistema de Saúde, não tem condições de prestar um atendimento médico de qualidade a todos que dele precisam. Infelizmente, a falta de leitos hospitalares, de profissionais de saúde e a má gestão dos serviços públicos trazem reflexos negativos para o atendimento de saúde. Este atendimento que, de acordo com a Constituição Federal, dever-se-ia processar de modo igualitário, na prática assim não ocorre. Na realidade, o que se observa são hospitais superlotados, sem infra-estrutura adequada, com carência de profissionais especializados, falta de medicamentos e instrumentos médicos e, principalmente, uma demanda reprimida em leitos para unidade de terapia intensiva, para tratamento de pacientes graves e em estado terminal de vida. Este aspecto irá refletir diretamente sobre nosso a adoção de condutas médicas restritivas, e, por conseqüência, a prática da ortotanásia, visando liberar os leitos para quem tenha mais chances de se beneficiar do tratamento. Este é um ponto que falaria a favor da ortotanásia.

Como outros argumentos favoráveis ao instituto da ortotanásia poder-se-iam citar o respeito à autonomia da vontade do paciente, a busca por sua dignidade, permitindo-lhe uma qualidade de vida melhor em seus derradeiros dias, sem que viesse a se submeter a um sofrimento desnecessário. A adoção de um padrão de medicina do cuidado, em que o paciente é visto como um ser holístico, tratando-se o doente e não a doença. O paciente seria compreendido em sua plenitude, nos diversos planos que envolvem o seu ser: físico, psíquico, moral e até mesmo espiritual.

Concluindo este ponto de nosso trabalho, citarei uma frase pronunciada pelo Ministro Marco Aurélio Mello, do Supremo Tribunal Federal, em entrevista concedida à Revista Veja¹⁴: “Não pode haver dignidade com uma vida vegetativa”.

¹⁴ Revista Veja – Seções on-line – Perguntas e Respostas – Eutanásia – fevereiro de 2009. Fonte: http://veja.abril.com.br/idade/exclusivo/perguntas_respostas/eutanasia/morte-pacientes-etica-religiao-ortotanasia.shtml

3 APRESENTAÇÃO DE CASO

3.1 Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Federal contra o Conselho Federal de Medicina – Questionamento da Resolução CFM nº 1.805/2006¹⁵

O tema ortotanásia ultimamente despertou interesse no meio jurídico nacional, em virtude da publicação da Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 1.805/2006, no Diário Oficial da União, de 28 de novembro de 2006, Seção I, p. 169, que regulamenta o instituto da ortotanásia, *in verbis*:

Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal.¹⁶

Tomando conhecimento da publicação desta Resolução, o Ministério Público Federal (Procuradoria da República no Distrito Federal), por meio do Procurador da República – Wellington Divino Marques de Oliveira -, signatário, no exercício de suas atribuições legais e constitucionais, propôs, em 09 de maio de 2007, a **Ação Civil Pública c/c Requerimento de Tutela Antecipada** em face do Conselho Federal de Medicina- CFM, Pessoa Jurídica de Direito Público, tendo como principal pedido a revogação imediata da Resolução CFM nº 1.805/2006, que regulamenta o instituto da Ortotanásia, com fundamento nas seguintes questões levantadas abaixo assinaladas, *in verbis*: (Ação Civil Pública nº 2007.34.00.014809-3, 2007, ps.17-18).¹⁷

1. A Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957,¹⁸ confere ao Conselho Federal de Medicina poder regulamentar para dispor sobre matéria privativa de lei (direito à vida)?

¹⁵ Fonte: Conselho Federal de Medicina: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2006/1805_2006.htm

¹⁶ A presente citação, assim como a exposição de motivos referente a este assunto, constam do “Anexo A” à presente monografia.

¹⁷ Esta exordial do Ministério Público Federal consta do processo nº 2007.34.00.014809-3 que poderá ser acessado em <http://processual-df.trf1.gov.br/Processos/ProcessosSecaoOra/ConsProcSecaoPes.php?SECAO=DF>

¹⁸ A **Lei nº 3.268**, de 30 de setembro de 1957, que dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências, poderá ser acessada no site da Presidência da República, em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3268.htm

2. A Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, confere ao Conselho Federal de Medicina poder regulamentar para regulamentar diretamente a Constituição Federal de 1988?

3. Há algo no ordenamento jurídico que confira ao Conselho Federal de Medicina o poder/competência/atribuição para declarar que a ortotanásia não é mais tipificada como crime após a CF/88, ou seja, para dizer a todos os médicos da não-recepção de tal matéria?

4. A Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, confere ao Conselho Federal de Medicina poder regulamentar para dizer que uma conduta tipificada como crime pode até ser crime, mas não é anti-ética?

Deste modo, o Procurador da República requereu expressamente que o juízo se pronunciasse a respeito, *in verbis*: (Ação Civil Pública nº 2007.34.00.014809-3, 2007, pg. 23).

- “da legalidade da respectiva resolução, ou seja, da conformidade com o poder regulamentar do Conselho Federal de Medicina estabelecido na Lei nº 3.268/57”; e

- “da constitucionalidade de uma Resolução que se atreve a tentar ser um decreto executivo”.

A exordial foi distribuída, em 09/05/2007, para a 14ª Vara Federal, tendo o Juiz Federal Substituto Roberto Luis Luchi Demo prolatado a decisão, em 23 de outubro de 2007, nos seguintes termos: “Do exposto, DEFIRO A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA para suspender os efeitos da Resolução CFM nº 1.805/2006”. Como um dos fundamentos utilizados em sua decisão, cita-se o seguinte:

[...] o aparente conflito entre a resolução questionada e o Código Penal é bastante para reconhecer a relevância do argumento do Ministério Público Federal. Dizer se existe ou não conflito entre a resolução e o Código Penal é questão a ser enfrentada na sentença. Mas a mera aparência desse conflito já é bastante para impor a suspensão da Resolução CFM nº 1.805/2006, mormente quando se considera que sua vigência, iniciada com a publicação no DOU do dia 28 de novembro de 2006, traduz o *placet* do Conselho Federal de Medicina com a prática da ortotanásia, ou seja, traduz o *placet* do Conselho Federal de Medicina com a morte ou o fim da vida de pessoas doentes, fim da vida essa que é irreversível e não pode destarte aguardar a solução final do processo para ser tutelada judicialmente.¹⁹

O trâmite processual evoluiu tendo o juiz prolatado sentença final, em 01 de dezembro de 2010, revogando a antecipação da tutela anteriormente concedida e julgando improcedente o pedido, não entrevendo ilegitimidade alguma na Resolução CFM n.

¹⁹ A **Decisão 320/2007** poderá ser acessada no site da Justiça Federal – Seção Judiciária do Distrito Federal – em: http://www.jfdf.jus.br/inteiro_teor/doc_inteiro_teor/14vara/2007.34.00.014809-3_decisao_23-10-2007.doc

1.805/2006, rejeitando o pedido principal e reconhecendo sua nulidade, bem como o pedido alternativo de sua alteração, conforme consta da sentença 652/2010.²⁰

É de se ressaltar, no presente caso, posições totalmente antagônicas por parte do Ministério Público Federal, numa primeira participação com o Procurador da República Wellington Divino Marques Oliveira – com a propositura da presente Ação Civil Pública, em sua exordial e, posteriormente, nas alegações finais, com a participação da Procuradora da República Luciana Loureiro Oliveira, que, juntamente com o Conselho Federal de Medicina, pugnaram pela improcedência do pedido.

O ilustre Procurador da República, a nosso ver, cometeu um equívoco, logo no início de suas exposições, o que acarretou um entendimento distorcido dos fatos e uma interpretação errônea, *data vênia*, da Resolução do Conselho Federal de Medicina. O equívoco a que fizemos menção diz respeito a ter o procurador confundindo os institutos da ortotanásia e da eutanásia passiva, que, para ele, seriam o mesmo instituto e, desta forma, considerado crime tipificado no art. 121 do atual Código Penal.

Mais uma vez reforça o seu engano ao voltar-se à discussão e à pergunta, sinalizando que: “hoje ainda é crime no Brasil a prática da **eutanásia ativa ou passiva (ortotanásia)**, tratando-se, em regra, o homicídio cometido nestas situações como privilegiados em virtude de relevante valor moral ou social (art. 121,§ 1º do CPB). (Ação Civil Pública nº 2007.34.00.014809-3, 2007, pg. 24) (grifo nosso).

Destarte, o equívoco cometido pelo Procurador, de certa forma, “contaminou” todo seu raciocínio lógico seguinte, uma vez que a ortotanásia é um instituto distinto da eutanásia passiva como tivemos oportunidade de discorrer em tópico específico sobre o assunto. Prova desse engano é a “retratação” do Ministério Público Federal, quando da sua participação nas alegações finais e representada pela Procuradora da República Luciana Loureiro Oliveira.

Tais alegações finais da ilustre Procuradora realmente são dignas de louvor e serviram de fundamento para a decisão judicial, como bem demonstram as palavras do juiz Roberto Luis Lucchi Demo que prolatou a sentença final: “[...] com sua habitual percuciência, **esgotou o objeto da lide [...]**.” (grifo nosso). (ANEXO F, p. 93).

²⁰ A **Sentença 652/2010** consta do “**Anexo F**” e poderá, também, ser acessada no site da Justiça Federal – Seção Judiciária do Distrito Federal – em http://www.jfdf.jus.br/inteiro_teor/doc_inteiro_teor/14vara/2007.34.00.014809-3_sentenca_03-12-2010.doc

Trata-se de verdadeira aula em que os argumentos foram apresentados de maneira sistemática, objetiva e clara trazendo a colaboração e o entendimento de diversos doutrinadores e pessoas ilustres no campo das ciências, tais como o constitucionalista Luis Roberto Barroso, o Promotor de Justiça Diáulas Costa Ribeiro, Mário Roberto Hirschheimer, Clóvis Francisco Constantino, a médica pediatra e doutora em Direito Maria Elisa Villas Boas, os médicos José Eduardo de Siqueira, Cláudia Burlá, Maria Goretti Sales Maciel, Roberto Luiz D'Ávila e o teólogo Leocir Pessini.

Constata-se, pois, que a participação de representantes de diversos segmentos da sociedade, tais como médicos, juristas, teólogos, somente veio enriquecer e clarear os pontos obscuros sobre o assunto. No início deste trabalho acadêmico, já chamávamos a atenção para a necessidade dessa participação mais efetiva nos debates sobre assuntos como eutanásia, ortotanásia, entre outros. Certamente, após este posicionamento final do Ministério Público e a prolação da sentença, saem vitoriosos não só o Conselho Federal de Medicina, como toda classe médica, a sociedade e, em especial, os pacientes terminais que poderão ter sua autonomia e dignidade respeitadas.

3.2 Pontos Relevantes Extraídos do Caso Apresentado

Do estudo do presente caso, compulsando-se a exordial apresentada pelo Ministério Público, representado pelo Procurador da República Wellington Divino Marques de Oliveira, as alegações finais, tão brilhantemente defendidas pela Procuradora da República Luciana Loureiro Oliveira, e a sentença prolatada pelo juiz Roberto Luis Luchi Demo, extraímos ensinamentos muito importantes sobre o caso em discussão, que passaremos a abordar em seguida.

Em primeiro lugar, é mister diferenciar os institutos da eutanásia e da ortotanásia, valendo-se de conceitos e definições doutrinárias existentes na literatura especializada. Não se pode confundir a **eutanásia passiva** com a **ortotanásia**, uma vez que são institutos totalmente diferentes, conforme tivemos oportunidade de discorrer anteriormente, em outro capítulo.

Em segundo lugar, não devemos confundir matéria de direito penal com matéria concernente à ética médica. A partir desta diferenciação, o assunto referente à competência do Conselho Federal de Medicina poderá ser discutido com mais propriedade e chegar-se à conclusão de que o mesmo não se imiscuiu em assuntos de competência exclusiva da União, qual seja o de legislar sobre assuntos de Direito Penal. A Resolução CFM nº 1.805/2006 aborda aspectos éticos da medicina aplicados aos pacientes terminais e não aspectos penais, não ofendendo, pois, o ordenamento jurídico pátrio.

Estes esclarecimentos praticamente fundamentam a tese de defesa do Conselho Federal de Medicina e do próprio Ministério Público Federal, minguando e exaurindo as forças das pretensões iniciais alegadas quando da propositura da Ação Civil Pública e do requerimento de tutela antecipada.

De tudo, podemos tirar os seguintes ensinamentos: (1) os institutos da eutanásia passiva e da ortotanásia são distintos; (2) atualmente, à luz do Código Penal Brasileiro, a eutanásia, tanto a ativa quanto a passiva, estão tipificadas no art. 121, § 1º (homicídio privilegiado); (3) o instituto da ortotanásia não constitui crime de homicídio, à luz da interpretação do Código Penal Brasileiro, confrontando-se com os princípios bioéticos da beneficência, não-maleficência, justiça e autonomia e princípios constitucionais, com ênfase dada ao princípio da dignidade da pessoa humana; (4) o Conselho Federal de Medicina é competente para editar as suas Resoluções de cunho ético-profissional, tal qual a Resolução CFM nº 1.805/2006, em nada ofendendo o princípio da legalidade e nem se imiscuindo em competência exclusiva da União; (5) as condutas médicas restritivas em pacientes terminais têm respaldo em legislação específica, disciplinada por um Órgão competente para tal; (6) a atuação do médico, que adotar tais condutas médicas restritivas, estará fundada no exercício regular da profissão, não constituindo, seus atos e decisões, infrações penais, à luz do nosso ordenamento jurídico; (7) o poder discricionário do médico estará restrito à escolha de quais condutas médicas restritivas deverão ser aplicadas, sempre fundamentado e baseado em norma específica e obedecidos os critérios legais e éticos impostos; (8) a obstinação terapêutica, que leva à distanásia, deverá sempre ser combatida, uma vez que só gera sofrimento desnecessário ao paciente; (9) os cuidados paliativos sempre serão aplicados, pois melhoram a qualidade de vida do paciente terminal, propiciando-lhe transcorrer seus dias finais com menos sofrimento; (10) a autonomia do paciente deverá sempre ser respeitada, pois, em última análise, ele é o maior protagonista dessa situação; (11) é mister entender o

doente terminal como um ser holístico, em toda sua plenitude – física, psicológica, moral e espiritual.

Apresentados estes ensinamentos, finalizamos nossas argumentações sobre o assunto, passando agora às conclusões finais.

4. CONCLUSÃO

Como instrumentos de trabalho escolhidos para a discussão de caso, a Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal foi de grande valia, pois permitiu comparar nosso entendimento sobre os institutos da eutanásia e ortotanásia, assim como outros aspectos relacionados ao tema, com o posicionamento do Procurador da República que propôs a devida Ação.

A Sentença prolatada pelo juiz da 14^a Vara da Justiça Federal, fundamentada nas alegações finais da ilustre Procuradora da República, trouxe elementos valiosos de sustentação de nosso ponto de vista, na medida em que reconhece a competência do Conselho Federal de Medicina para editar resoluções de cunho ético-disciplinar. Destarte, a Resolução CFM nº 1.805/2006 reveste-se de toda legalidade exigida por nosso ordenamento jurídico, uma vez que versa sobre ética médica e consequências disciplinares e não sobre direito penal como alegado na inicial do Ministério Público Federal. Acata, ainda, a sentença final a descaracterização da ortotanásia como crime de homicídio, interpretando-se o Código Penal Brasileiro à luz dos princípios constitucionais.

Em não sendo crime, a ortotanásia, com respaldo em legislação específica promulgada pelo Conselho Federal de Medicina, poderá ser praticada por todos os médicos, desde que respeitados os critérios legais e a autonomia do paciente. Assim sendo, podemos, agora, com toda segurança responder nosso questionamento inicial, motivo do tema desta monografia, de que as condutas médicas restritivas, aplicadas aos pacientes em estado de terminalidade de vida, não constituem ilícito penal. São, dessa forma, atos médicos, praticados por profissional no exercício regular de sua profissão, com respaldo em lei específica e fruto de seu poder discricionário, poder este quanto à escolha de qual medida adotar, dentre as menos agravantes ao paciente.

Finalizando, entendemos que os ensinamentos colhidos durante este trabalho acadêmico foram de muita valia para todos aqueles que, de modo direto ou indireto, lidam com assuntos referentes à vida e morte. A partir de agora, ter-se-á maior segurança jurídica quando tiverem que ser aplicadas condutas médicas restritivas a pacientes terminais, sem que paire a dúvida de se estar cometendo um ilícito penal. Quem sai ganhando com isso tudo são a sociedade, o médico e, principalmente, o paciente que poderá se utilizar de sua

autonomia da vontade e exigir que lhe propiciem uma morte digna, sem sofrimentos desnecessários.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Marcos de. *Considerações de ordem ética sobre o início e o fim da vida*. Tese – Departamento de Medicina Legal, Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1988.

ARIÈS, Philippe. *História da morte no Ocidente: da idade média aos nossos dias*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1977.

ASÚA, L. Jiménez de. *Liberdade de amar e direito de morrer*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, v. 1 e 2.

BEAUCHAMP T, Childress J. *Princípios de ética biomédica*. São Paulo: Loyola, 2002.

BIANCHINI, Alice; GARCIA; Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: introdução e princípios fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial 2 – dos crimes contra a pessoa*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BLANCO, Luis Guillermo. *Muerte digna: consideraciones bioético-jurídicas*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997.

BOFF, Leonardo. *Princípio de compaixão & cuidado: o encontro entre ocidente e oriente*. 4. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado*. In Santos MCCL. Biodireito: ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2001.

BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BRASIL, Seção Judiciária do Distrito Federal. 14ª Vara Federal. *Ação civil pública n. 2007.34.00.014809-3*. Juiz: Roberto Luis Luchi Demo. Disponível em <<http://processual.trf1.gov.br/>>. Acesso em: 2 set 2010.

_____. Constituição (1988). 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código penal. *Diário Oficial da União*, 31dez 1940. Retificado em 3 jan 1941.

_____. Resolução CFM n. 1.931, de 17 de setembro de 2009. Código de ética médica. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2010. 98 p. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra_14.asp>. Acesso em: 07 set 2010.

_____. Resolução CFM Nº 1.805/2006. *Diário Oficial da União*, Brasília, 28 de novembro 2006, Seção I, pg.169.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte especial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO, Gisele Mendes de. *Aspectos jurídico-penais da eutanásia*. São Paulo: IBCCRIM, 2001.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

CUNHA, Rogério Sanches. *Direito penal: parte especial*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

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

DODGE, Raquel Elias Ferreira. Eutanásia – aspectos jurídicos. *Revista Bioética do Conselho Federal de Medicina*, Brasília, v. 7, n. 1. Disponível em <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/299/438>. Acesso em: 18 set 2010.

DREHER, Sofia. Sobre a dignidade humana no processo de morrer. *Revista Científica FAP*, Paraná, v.4, n.2, p.84-106, jul./dez. 2009.

FERREIRA, Fábio Lustosa. *A ética da compaixão de Schopenhauer em sua intersecção com a ética da compaixão budista*. 88f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Centro de Teologia e Ciências Humanas, Pontifícia Universidade Católica de Curitiba, Paraná, jun. 2007.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio Garcia-Pablos de. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, v.2.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial*. 5. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2008, v. II.

HORA, Tatiana da. A eutanásia no anteprojeto de reforma do código penal brasileiro. *Revista Scientia Uma/FOCCA*. Olinda, n. 8, p. 127-141, mai. 2007.

JAKOBS, Günther. *Suicídio, eutanásia e direito penal*. 1. ed. brasileira. São Paulo: Manole, 2003.

JESUS, Damásio de. *Direito penal: parte especial*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v.2.

_____. *Direito penal: parte geral*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

KOVÁCS, Maria Júlia. *Educação para a morte: temas e reflexões*. São Paulo: Casa do Psicólogo, Livraria e Editora, 2004.

LADUSÃNS, Stanislavs (coord.). *Questões atuais de bioética*. São Paulo: Loyola, 1990.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações artificiais: bioética e biodireito. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Repensando o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 145.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Biodireito e Constituição. *Revista Eletrônica do Direito Privado da Universidade Estadual de Londrina, Paraná*, v. I, n.1, p.01-09, jan./abr.2008.

Disponível em:

<<http://www2.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/BiodireitoeConstituiçãoJussaraMeirelles.pdf>>. Acesso em: 14 set 2010.

MORATO, Eric Grossi. Morte encefálica: conceitos essenciais, diagnóstico e atualização. *Rev. Med. Minas Gerais*, Minas Gerais, v.19, n. 3, p. 227-236, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral e parte especial*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Aline Albuquerque S. de. Interface entre bioética e direitos humanos: o conceito ontológico de dignidade humana e seus desdobramentos. *Revista Bioética*, Brasília, v.15, n. 2, p.170-185, 2007.

PESSINI, Léo. *Eutanásia: por que abreviar a vida*. São Paulo: Loyola; 2004.

_____. *Distanásia: até quando prolongar a vida?* São Paulo: Loyola; 2001.

_____. *Distanásia: até quando investir sem agredir?* *Revista Bioética*, Brasília, Conselho Federal de Medicina, v.4, n.1, p.31-43, 1996.

PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de bioética*. São Paulo: Loyola, 1996.

POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. 9. ed. Tradução de: Leônidas Hegenberg e Octan'ny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 1999.

ROXIN, Claus. A apreciação jurídico penal da eutanásia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais (IBCCRIM)*. São Paulo: RT, n.32, out./dez. 2000.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. *Imaculada concepção: nascendo in vitro e morrendo in machina*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

_____. *O equilíbrio do pêndulo: a bioética e a lei, implicações médico-legais*. São Paulo: Ícone, 1998.

_____. *Transplante de órgãos e eutanásia: liberdade e responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 1992.

SCHOPENHAUER, Arthur. *Dores do mundo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Organização Simões Editora, 1958.

SILVA, Edna Lúcia; MENEZES, Ester Muszkat. *Metodologia da pesquisa e elaboração de dissertação*. 3. ed. Florianópolis, Santa Catarina: Laboratório de Ensino a Distância da Universidade Federal de Santa Catarina, 2001. 121 pg. Disponível em: <<http://projetos.inf.ufsc.br/arquivos/Metodologia%20da%20Pesquisa%203a%20edicao.pdf>>. Acesso em: 19 set 2010.

SPINSANTI, Sandro. *Ética biomédica*. Milano: Edizioni Paoline, 1987.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Bioética e direito*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999.

VILLAS BÔAS, Maria Elisa. A ortotanásia e o direito penal brasileiro. *Revista Bioética*, Brasília, v.16, n.1, p.61-83, 2008.

_____. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense; 2005.

_____. A ortotanásia e o Direito Penal brasileiro. *Revista Bioética*, Brasília, v. 16, n.1, p.61-83, 2008.

ZITSCHER, Harriet Christiane. *Metodologia do ensino jurídico com casos: teoria e prática*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

ANEXOS

ANEXO A - Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.805/2006 - Regulamenta o Instituto da Ortotanásia.²¹

RESOLUÇÃO CFM Nº 1.805/2006

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

Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal.

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

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

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

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

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

CONSIDERANDO que o art. 1º da Resolução CFM nº 1.493, de 20.5.98, determina ao diretor clínico adotar as providências cabíveis para que todo paciente hospitalizado tenha o seu médico assistente responsável, desde a internação até a alta;

²¹ Fonte: Conselho Federal de Medicina: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm

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

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

RESOLVE:

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

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

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

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

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

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

Brasília, 9 de novembro de 2006

EDSON DE OLIVEIRA ANDRADE

LÍVIA BARROS GARÇÃO

Presidente

Secretária-Geral

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS²²

A medicina atual vive um momento de busca de sensato equilíbrio na relação médico-enfermo. A ética médica tradicional, concebida no modelo hipocrático, tem forte acento paternalista. Ao enfermo cabe, simplesmente, obediência às decisões médicas, tal

²² Fonte: A Ética e os Pacientes Terminais - http://www.sbinfecto.org.br/anexos/Resol%20CFM%201805-06_A%20C3%A9tica%20e%20os%20pacientes%20terminais.pdf

qual uma criança deve cumprir sem questionar as ordens paternas. Assim, até a primeira metade do século XX, qualquer ato médico era julgado levando-se em conta apenas a moralidade do agente, desconsiderando-se os valores e crenças dos enfermos. Somente a partir da década de 60 os códigos de ética profissional passaram a reconhecer o doente como agente autônomo.

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

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

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

O poder de intervenção do médico cresceu enormemente, sem que, simultaneamente, ocorresse uma reflexão sobre o impacto dessa nova realidade na qualidade de vida dos enfermos. Seria ocioso comentar os benefícios auferidos com as novas metodologias diagnósticas e terapêuticas.

Incontáveis são as vidas salvas em situações críticas, como, por exemplo, os enfermos recuperados após infarto agudo do miocárdio e/ou enfermidades com graves distúrbios hemodinâmicos que foram resgatados plenamente saudáveis por meio de engenhosos procedimentos terapêuticos.

Ocorre que nossas UTIs passaram a receber, também, enfermos portadores de doenças crônico-degenerativas incuráveis, com intercorrências clínicas as mais diversas e que são contemplados com os mesmos cuidados oferecidos aos agudamente enfermos. Se para os últimos, com frequência, pode-se alcançar plena recuperação, para os crônicos pouco se oferece além de um sobreviver precário e, às vezes, não mais que vegetativo. É importante

ressaltar que muitos enfermos, vítimas de doenças agudas, podem evoluir com irreversibilidade do quadro. Somos expostos à dúvida sobre o real significado da vida e da morte. Até quando avançar nos procedimentos de suporte vital? Em que momento parar e, sobretudo, guiados por que modelos de moralidade?

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

Despreparados para a questão, passamos a praticar uma medicina que subestima o conforto do enfermo com doença incurável em fase terminal, impondo-lhe longa e sofrida agonia. Adiamos a morte às custas de insensato e prolongado sofrimento para o doente e sua família. A terminalidade da vida é uma condição diagnosticada pelo médico diante de um enfermo com doença grave e incurável; portanto, entende-se que existe uma doença em fase terminal, e não um doente terminal. Nesse caso, a prioridade passa a ser a pessoa doente e não mais o tratamento da doença.

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

A obsessão de manter a vida biológica a qualquer custo nos conduz à obstinação diagnóstica e terapêutica. Alguns, alegando ser a vida um bem sagrado, por nada se afastam da determinação de tudo fazer enquanto restar um débil *“sopro de vida”*. Um documento da Igreja Católica, datado de maio de 1995, assim considera a questão: *“Distinta da eutanásia é a decisão de renunciar ao chamado excesso terapêutico, ou seja, a certas intervenções médicas já inadequadas à situação real do doente, porque não proporcionais aos resultados que se poderiam esperar ou ainda porque demasiado gravosas para ele e para a sua família. Nestas situações, quando a morte se anuncia iminente e inevitável, pode-se em consciência renunciar a tratamentos que dariam somente um prolongamento precário e penoso da vida”*.

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

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

O médico é aquele que detém a maior responsabilidade da “cura” e, portanto, o que tem o maior sentimento de fracasso perante a morte do enfermo sob os seus cuidados. Contudo, nós, médicos, devemos ter em mente que o entusiasmo por uma possibilidade técnica não nos pode impedir de aceitar a morte de um doente. E devemos ter maturidade suficiente para pesar qual modalidade de tratamento será a mais adequada. Deveremos, ainda, considerar a eficácia do tratamento pretendido, seus riscos em potencial e as preferências do enfermo e/ou de seu representante legal.

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

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

ANEXO B - Resolução CFM nº 1.826/2007²³ - Dispõe sobre a Legalidade e o Caráter Ético da Suspensão dos Procedimentos de Suportes Terapêuticos quando da Determinação de Morte Encefálica de Indivíduo Não-Doador.

RESOLUÇÃO CFM Nº 1.826/2007

(Publicada no D.O.U. de 06 de dezembro de 2007, Seção I, pg. 133)

Dispõe sobre a legalidade e o caráter ético da suspensão dos procedimentos de suportes terapêuticos quando da determinação de morte encefálica de indivíduo não-doador.

O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, no uso das atribuições conferidas pela Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, alterada pela Lei nº 11.000, de 15 de dezembro de 2004, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, e

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

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

CONSIDERANDO a Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a retirada de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante de órgãos e determina, em seu artigo 3º, que compete ao CFM definir os critérios para a determinação de morte encefálica;

CONSIDERANDO a Resolução CFM nº 1.480, de 21 de agosto de 1997, que normatiza a determinação de morte encefálica;

CONSIDERANDO, finalmente, o decidido em reunião plenária de 24 de outubro de 2007,

RESOLVE:

Art. 1º É legal e ética a suspensão dos procedimentos de suportes terapêuticos quando determinada a morte encefálica em não-doador de órgãos, tecidos e partes do corpo humano

²³ Fonte: Conselho Federal de Medicina - http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2007/1826_2007.htm

para fins de transplante, nos termos do disposto na Resolução CFM nº 1.480, de 21 de agosto de 1997, na forma da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

§ 1º O cumprimento da decisão mencionada no *caput* deve ser precedida de comunicação e esclarecimento sobre a morte encefálica aos familiares do paciente ou seu representante legal, fundamentada e registrada no prontuário.

§ 2º Cabe ao médico assistente ou seu substituto o cumprimento do *caput* deste artigo e seu parágrafo 1º.

Art. 2º A data e hora registradas na Declaração de Óbito serão as mesmas da determinação de morte encefálica.

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

Brasília-DF, 24 de outubro de 2007

EDSON DE OLIVEIRA ANDRADE

LÍVIA BARROS GARÇÃO

Presidente

Secretária-Geral

FUNDAMENTAÇÃO DA RESOLUÇÃO CFM Nº 1.826/2007²⁴

Houve um tempo em que nosso poder perante a Morte era muito pequeno. E, por isso, os homens e as mulheres dedicavam-se a ouvir a sua voz e podiam tornar-se sábios na arte de viver. Hoje, nosso poder aumentou, a Morte foi definida como inimiga a ser derrotada, fomos possuídos pela fantasia onipotente de nos livrarmos de seu toque. Com isso, nós nos tornamos surdos às lições que ela pode nos ensinar. E nos encontramos diante do perigo de que, quanto mais poderosos formos perante ela (inutilmente, porque só podemos adiar...), mais tolos nos tornaremos na arte de viver. (Rubem Alves, O Médico)

A morte encefálica equivale à morte clínica. Portanto, do ponto de vista ético e legal, após seu diagnóstico é dever do médico retirar os procedimentos de suporte que mantinham artificialmente o funcionamento dos órgãos vitais utilizados até o momento de sua determinação. A suspensão desses recursos não é eutanásia nem qualquer espécie de delito contra a vida, haja vista tratar-se de paciente morto e não terminal. O médico deverá, também, informar, de modo claro e detalhado, aos familiares ou representante legal, o falecimento do

²⁴ Fonte: Conselho Federal de Medicina - http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2007/1826_2007.htm

paciente, bem como preencher a Declaração de Óbito – caso esse não tenha sido ocasionado por meio violento – para as devidas providências pertinentes ao sepultamento.

Às vezes, causa perplexidade aos familiares do morto o fato de o corpo ainda estar quente e apresentar batimentos cardíacos, o que contrasta com a algidez (frialdade) e ausência de batimentos cardíacos, sinais clássicos da morte, mas que é explicado pela manutenção de suporte ventilatório e medicamentos inotrópicos.

Contudo, a irreversibilidade da morte encefálica autoriza, legal e eticamente, o médico a retirar o suporte terapêutico utilizado até o momento de sua determinação.

O CFM reconhece que a sociedade não está devidamente familiarizada com este tema, o que gera ansiedade, dúvidas e receios, mas que o mesmo deve ser enfrentado de modo compreensivo, humano e solidário.

Por essas razões, justifica-se a edição desta resolução, que permitirá a discussão ética, moral e legal da suspensão de tratamento desnecessário e oneroso, encarando a morte como complemento da vida e não inimiga a ser derrotada a qualquer custo.

Conselheiro Gerson Zafalon Martins

Coordenador da Câmara Técnica de Morte Encefálica

ANEXO C - Resolução CFM nº 1.480/97²⁵ – Caracterização da Morte Encefálica.**CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA****RESOLUÇÃO CFM nº 1.480/97**

(Publicada no D.O.U. de 21.08.97 Página 18.227)

O Conselho Federal de Medicina, no uso das atribuições conferidas pela Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958 e,

CONSIDERANDO que a Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a retirada de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, determina em seu artigo 3º que compete ao Conselho Federal de Medicina definir os critérios para diagnóstico de morte encefálica;

CONSIDERANDO que a parada total e irreversível das funções encefálicas equivale à morte, conforme critérios já bem estabelecidos pela comunidade científica mundial;

CONSIDERANDO o ônus psicológico e material causado pelo prolongamento do uso de recursos extraordinários para o suporte de funções vegetativas em pacientes com parada total e irreversível da atividade encefálica;

CONSIDERANDO a necessidade de judiciosa indicação para interrupção do emprego desses recursos;

CONSIDERANDO a necessidade da adoção de critérios para constatar, de modo indiscutível, a ocorrência de morte;

CONSIDERANDO que ainda não há consenso sobre a aplicabilidade desses critérios em crianças menores de 7 dias e prematuros,

RESOLVE:

Art. 1º. A morte encefálica será caracterizada através da realização de exames clínicos e complementares durante intervalos de tempo variáveis, próprios para determinadas faixas etárias.

²⁵ Fonte: Conselho Federal de Medicina - http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1997/1480_1997.htm

Art. 2º. Os dados clínicos e complementares observados quando da caracterização da morte encefálica deverão ser registrados no "termo de declaração de morte encefálica" anexo a esta Resolução.

Parágrafo único. As instituições hospitalares poderão fazer acréscimos ao presente termo, que deverão ser aprovados pelos Conselhos Regionais de Medicina da sua jurisdição, sendo vedada a supressão de qualquer de seus itens.

Art. 3º. A morte encefálica deverá ser consequência de processo irreversível e de causa conhecida.

Art. 4º. Os parâmetros clínicos a serem observados para constatação de morte encefálica são: coma aperceptivo com ausência de atividade motora supra-espinal e apnéia.

Art. 5º. Os intervalos mínimos entre as duas avaliações clínicas necessárias para a caracterização da morte encefálica serão definidos por faixa etária, conforme abaixo especificado:

- a) de 7 dias a 2 meses incompletos - 48 horas
- b) de 2 meses a 1 ano incompleto - 24 horas
- c) de 1 ano a 2 anos incompletos - 12 horas
- d) acima de 2 anos - 6 horas

Art. 6º. Os exames complementares a serem observados para constatação de morte encefálica deverão demonstrar de forma inequívoca:

- a) ausência de atividade elétrica cerebral ou,
- b) ausência de atividade metabólica cerebral ou,
- c) ausência de perfusão sanguínea cerebral.

Art. 7º. Os exames complementares serão utilizados por faixa etária, conforme abaixo especificado:

- a) acima de 2 anos - um dos exames citados no Art. 6º, alíneas "a", "b" e "c";
- b) de 1 a 2 anos incompletos: um dos exames citados no Art. 6º, alíneas "a", "b" e "c".

Quando optar-se por eletroencefalograma, serão necessários 2 exames com intervalo de 12 horas entre um e outro;

- c) de 2 meses a 1 ano incompleto - 2 eletroencefalogramas com intervalo de 24 horas entre um e outro;
- d) de 7 dias a 2 meses incompletos - 2 eletroencefalogramas com intervalo de 48 horas entre um e outro.

Art. 8º. O Termo de Declaração de Morte Encefálica, devidamente preenchido e assinado, e os exames complementares utilizados para diagnóstico da morte encefálica deverão ser arquivados no próprio prontuário do paciente.

Art. 9º. Constatada e documentada a morte encefálica, deverá o Diretor-Clínico da instituição hospitalar, ou quem for delegado, comunicar tal fato aos responsáveis legais do paciente, se houver, e à Central de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos a que estiver vinculada a unidade hospitalar onde o mesmo se encontrava internado.

Art. 10. Esta Resolução entrará em vigor na data de sua publicação e revoga a Resolução CFM nº 1.346/91.

Brasília-DF, 08 de agosto de 1997.

WALDIR PAIVA MESQUITA

Presidente

ANTÔNIO HENRIQUE PEDROSA NETO

Secretário-Geral

[...]

ANEXO D - Lei nº 9.434, de 4 de Fevereiro de 1997²⁶ – Dispõe sobre a Remoção de Órgãos, Tecidos e Partes do Corpo Humano para fins de Transplante e Tratamento e dá outras Providências.

Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

LEI Nº 9.434, DE 4 DE FEVEREIRO DE 1997.

Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

CAPÍTULO I
DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º A disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, em vida ou post mortem, para fins de transplante e tratamento, é permitida na forma desta Lei.

Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, não estão compreendidos entre os tecidos a que se refere este artigo o sangue, o esperma e o óvulo.

Art. 2º A realização de transplante ou enxertos de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano só poderá ser realizada por estabelecimento de saúde, público ou privado, e por equipes médico-cirúrgicas de remoção e transplante previamente autorizados pelo órgão de gestão nacional do Sistema Único de Saúde.

Parágrafo único. A realização de transplantes ou enxertos de tecidos, órgãos e partes do corpo humano só poderá ser autorizada após a realização, no doador, de todos os testes de triagem para diagnóstico de infecção e infestação exigidos em normas regulamentares expedidas pelo Ministério da Saúde.

²⁶ Fonte: Casa Civil da Presidência da República - http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9434.htm

CAPÍTULO II

DA DISPOSIÇÃO POST MORTEM DE TECIDOS, ÓRGÃOS E PARTES DO CORPO HUMANO PARA FINS DE TRANSPLANTE.

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

§ 1º Os prontuários médicos, contendo os resultados ou os laudos dos exames referentes aos diagnósticos de morte encefálica e cópias dos documentos de que tratam os arts. 2º, parágrafo único; 4º e seus parágrafos; 5º; 7º; 9º, §§ 2º, 4º, 6º e 8º, e 10, quando couber, e detalhando os atos cirúrgicos relativos aos transplantes e enxertos, serão mantidos nos arquivos das instituições referidas no art. 2º por um período mínimo de cinco anos.

§ 2º Às instituições referidas no art. 2º enviarão anualmente um relatório contendo os nomes dos pacientes receptores ao órgão gestor estadual do Sistema único de Saúde.

§ 3º Será admitida a presença de médico de confiança da família do falecido no ato da comprovação e atestação da morte encefálica.

Art. 4º A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte.

Parágrafo único. (VETADO)

Art. 5º A remoção post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa juridicamente incapaz poderá ser feita desde que permitida expressamente por ambos os pais, ou por seus responsáveis legais.

Art. 6º É vedada a remoção post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoas não identificadas.

Art. 7º (VETADO)

Parágrafo único. No caso de morte sem assistência médica, de óbito em decorrência de causa mal definida ou de outras situações nas quais houver indicação de verificação da causa médica da morte, a remoção de tecidos, órgãos ou partes de cadáver para fins de transplante

ou terapêutica somente poderá ser realizada após a autorização do patologista do serviço de verificação de óbito responsável pela investigação e citada em relatório de necropsia.

Art. 8º Após a retirada de tecidos, órgãos e partes, o cadáver será imediatamente necropsiado, se verificada a hipótese do parágrafo único do art. 7º, e, em qualquer caso, condignamente recomposto para ser entregue, em seguida, aos parentes do morto ou seus responsáveis legais para sepultamento. (Redação dada pela Lei nº 10.211, de 23.3.2001)

CAPÍTULO III

[...]

ANEXO E - Resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009 – Aprova o Código de Ética Médica²⁷ (somente artigos citados no presente trabalho).



CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

RESOLUÇÃO CFM Nº 1.931, DE 17 DE SETEMBRO DE 2009

(Publicada no D.O.U de 24 de setembro de 2009. Seção I, p. 90-2)
(Retificação publicada no D.O.U de 13 de outubro de 2009. Seção I, p. 173)

Aprova o Código de Ética Médica.

O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, no uso das atribuições conferidas pela Lei n.º 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto n.º 44.045, de 19 de julho de 1958, modificado pelo Decreto n.º 6.821, de 14 de abril de 2009 e pela Lei n.º 11.000, de 15 de dezembro de 2004, e, consubstanciado nas Leis n.º 6.828, de 29 de outubro de 1980 e Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999; e

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

CONSIDERANDO que as normas do Código de Ética Médica devem submeter-se aos dispositivos constitucionais vigentes;

CONSIDERANDO a busca de melhor relacionamento com o paciente e a garantia de maior autonomia à sua vontade;

²⁷ Fonte: Conselho Federal de Medicina - <http://www.portalmédico.org.br/novocódigo/campanha.asp>

CONSIDERANDO as propostas formuladas ao longo dos anos de 2008 e 2009 e pelos Conselhos Regionais de Medicina, pelas Entidades Médicas, pelos médicos e por instituições científicas e universitárias para a revisão do atual Código de Ética Médica;

CONSIDERANDO as decisões da IV Conferência Nacional de Ética Médica que elaborou, com participação de Delegados Médicos de todo o Brasil, um novo Código de Ética Médica revisado.

CONSIDERANDO o decidido pelo Conselho Pleno Nacional reunido em 29 de agosto de 2009;

CONSIDERANDO, finalmente, o decidido em sessão plenária de 17 de setembro de 2009.

RESOLVE:

Art. 1º Aprovar o Código de Ética Médica, anexo a esta Resolução, após sua revisão e atualização.

Art. 2º O Conselho Federal de Medicina, sempre que necessário, expedirá Resoluções que complementem este Código de Ética Médica e facilitem sua aplicação.

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

EDSON DE OLIVEIRA ANDRADE

Presidente

LÍVIA BARROS GARÇÃO

Secretária-Geral

CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA

PREÂMBULO

I – O presente Código de Ética Médica contém as normas que devem ser seguidas pelos médicos no exercício de sua profissão, inclusive no exercício de atividades relativas ao

ensino, à pesquisa e à administração de serviços de saúde, bem como no exercício de quaisquer outras atividades em que se utilize o conhecimento advindo do estudo da Medicina.

II - As organizações de prestação de serviços médicos estão sujeitas às normas deste Código.

III - Para o exercício da Medicina, impõe-se a inscrição no Conselho Regional do respectivo Estado, Território ou Distrito Federal.

IV - A fim de garantir o acatamento e a cabal execução deste Código, o médico comunicará ao Conselho Regional de Medicina, com descrição e fundamento, fatos de que tenha conhecimento e que caracterizem possível infração do presente Código e das demais normas que regulam o exercício da Medicina.

V - A fiscalização do cumprimento das normas estabelecidas neste Código é atribuição dos Conselhos de Medicina, das comissões de ética e dos médicos em geral.

VI - Este Código de Ética Médica é composto de 25 princípios fundamentais do exercício da Medicina, 10 normas diceológicas, 118 normas deontológicas e quatro disposições gerais. A transgressão das normas deontológicas sujeitará os infratores às penas disciplinares previstas em lei.

Capítulo I

PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

I - A Medicina é uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade e será exercida sem discriminação de nenhuma natureza.

II - O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional.

III - Para exercer a Medicina com honra e dignidade, o médico necessita ter boas condições de trabalho e ser remunerado de forma justa.

IV - Ao médico cabe zelar e trabalhar pelo perfeito desempenho ético da Medicina, bem como pelo prestígio e bom conceito da profissão.

V - Compete ao médico aprimorar continuamente seus conhecimentos e usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente.

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

VII - O médico exercerá sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência ou a quem não deseje, excetuadas as situações de ausência de outro médico, em caso de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente.

VIII - O médico não pode, em nenhuma circunstância ou sob nenhum pretexto, renunciar à sua liberdade profissional, nem permitir quaisquer restrições ou imposições que possam prejudicar a eficiência e a correção de seu trabalho.

IX - A Medicina não pode, em nenhuma circunstância ou forma, ser exercida como comércio.

[...]

XXI - No processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com seus ditames de consciência e as previsões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes, relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas.

XXII - Nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados.

XXIII - Quando envolvido na produção de conhecimento científico, o médico agirá com isenção e independência, visando ao maior benefício para os pacientes e a sociedade.

XXIV - Sempre que participar de pesquisas envolvendo seres humanos ou qualquer animal, o médico respeitará as normas éticas nacionais, bem como protegerá a vulnerabilidade dos sujeitos da pesquisa.

XXV - Na aplicação dos conhecimentos criados pelas novas tecnologias, considerando-se suas repercussões tanto nas gerações presentes quanto nas futuras, o médico zelará para que as pessoas não sejam discriminadas por nenhuma razão vinculada a herança genética, protegendo-as em sua dignidade, identidade e integridade.

Capítulo II

DIREITOS DOS MÉDICOS

É direito do médico:

I - Exercer a Medicina sem ser discriminado por questões de religião, etnia, sexo, nacionalidade, cor, orientação sexual, idade, condição social, opinião política ou de qualquer outra natureza.

II - Indicar o procedimento adequado ao paciente, observadas as práticas cientificamente reconhecidas e respeitada a legislação vigente.

[...]

IX - Recusar-se a realizar atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência.

X- Estabelecer seus honorários de forma justa e digna.

Capítulo III

RESPONSABILIDADE PROFISSIONAL

É vedado ao médico:

Art. 1º Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência.

Parágrafo único. A responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida.

Art. 2º Delegar a outros profissionais atos ou atribuições exclusivos da profissão médica.

Art. 3º Deixar de assumir responsabilidade sobre procedimento médico que indicou ou do qual participou, mesmo quando vários médicos tenham assistido o paciente.

Art. 4º Deixar de assumir a responsabilidade de qualquer ato profissional que tenha praticado ou indicado, ainda que solicitado ou consentido pelo paciente ou por seu representante legal.

[...]

Art. 13. Deixar de esclarecer o paciente sobre as determinantes sociais, ambientais ou profissionais de sua doença.

Art. 14. Praticar ou indicar atos médicos desnecessários ou proibidos pela legislação vigente no País.

[...]

Art. 17. Deixar de cumprir, salvo por motivo justo, as normas emanadas dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina e de atender às suas requisições administrativas, intimações ou notificações no prazo determinado

Art. 18. Desobedecer aos acórdãos e às resoluções dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina ou desrespeitá-los.

[...]

Art. 20. Permitir que interesses pecuniários, políticos, religiosos ou de quaisquer outras ordens, do seu empregador ou superior hierárquico ou do financiador público ou privado da assistência à saúde interfiram na escolha dos melhores meios de prevenção, diagnóstico ou tratamento disponíveis e cientificamente reconhecidos no interesse da saúde do paciente ou da sociedade.

Art. 21. Deixar de colaborar com as autoridades sanitárias ou infringir a legislação pertinente.

Capítulo IV DIREITOS HUMANOS

É vedado ao médico:

Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.

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

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

[...]

Capítulo V
RELAÇÃO COM PACIENTES E FAMILIARES

É vedado ao médico:

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

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

[...]

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

[...]

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

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

[...]

ANEXO F – Sentença 652/2010, de 1º de dezembro de 2010, prolatada pelo juiz da 14ª Vara da Justiça Federal do Distrito Federal, Roberto Luis Luchi Demo.

**PODER JUDICIÁRIO
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL**

SENTENÇA Nº : _____/2010 - TIPO “A”
PROCESSO Nº : 2007.34.00.014809-3
AUTOR : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
RÉU : CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

SENTENÇA

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

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

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

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

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

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

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

É o relatório. **Decido.**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Já a **distanásia** é o prolongamento artificial do estado de degenerescência. Ocorre quando o médico, frente a uma doença incurável e ou mesmo à morte iminente e inevitável do paciente, prossegue valendo-se de meios extraordinários para prolongar o estado de "mortificação" ou o caminho natural da morte. A distanásia é, frequentemente, resultado da aplicação de meios não ortodoxos ou usuais no protocolo médico, que apenas retardarão o momento do desenlace do paciente, sem trazer-lhe chances de cura ou sobrevida plena, e, às vezes, provocando-lhe maior sofrimento.

No meio das duas espécies, figura a **ortotanásia**, que significa a morte "no tempo certo", conceito derivado do grego "orthos" (regular, ordinário). Em termos práticos, considera-se ortotanásia a conduta omissiva do médico, frente a paciente com doença incurável, com prognóstico de morte iminente e inevitável ou em estado clínico irreversível.

Neste caso, em vez de utilizar-se de meios extraordinários para prolongar o estado de morte já instalado no paciente (que seria a distanásia), o médico deixa de intervir no desenvolvimento natural e inevitável da morte. Tal conduta é considerada ética, sempre que a decisão do médico for precedida do consentimento informado do próprio paciente ou de sua família, quando impossível for a manifestação do doente. Tal decisão deve levar em conta não apenas a segurança no prognóstico de morte iminente e inevitável, mas também o custo-benefício da adoção de procedimentos extraordinários que redundem em intenso sofrimento, em face da impossibilidade de cura ou vida plena.

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

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

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

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

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

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

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

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

Vê-se, pois, que se chega à conclusão da atipicidade material do suposto crime de homicídio, ainda que privilegiado, decorrente da prática de ortotanásia, levando-se em consideração que a falta de adoção de terapêuticas extraordinárias, pelo médico, para prolongar um estado de morte já instalado em paciente terminal (desde que autorizado por quem de direito) não conduz a um resultado desvalioso no campo penal, considerando a necessária interação que os princípios constitucionais - todos

derivados da diretriz primordial da preservação da dignidade da pessoa humana - têm de estabelecer com a moderna teoria do fato típico, balizando a interpretação do direito penal vigente.

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

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

O que os autores acima estabelecem é, na verdade, a quebra do nexos causal entre a ação do médico e o resultado (morte inevitável), circunstância que retira, assim, a tipicidade penal da conduta. O mesmo raciocínio aplica-se à interpretação do tipo homicídio à prática da ortotanásia, uma vez que, também nesta hipótese típica, não haverá crime se a conduta do indigitado autor não contribuir, em última análise, para a causação do resultado morte.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Em resumo, na hipótese de que cuida a Resolução nº 1805/2006, o médico até poderá vir a ser responsabilizado por eventual crime cometido (que, em tese, pode ser descartado, como afirmamos, mas, em algum caso concreto, poderá ser apurado e constatado), mas é certo que estará a salvo do questionamento ético-disciplinar, porque este é o limite da "autorização" prevista na resolução impugnada.

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

Tal é ponto de vista de Maria Elisa Villas Boas:

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

ainda que se os saiba incapazes de reverter o quadro mórbido e o processo de morte instaurados" (fl. 688).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

À fl.824, o médico José Eduardo de Siqueira esclarece que *“a partir do diagnóstico da terminalidade, que é relativamente fácil e seguro, a postura médica tem sido a de ouvir uma equipe multidisciplinar, que inclui psicólogo, enfermagem, assistente social na busca de uma decisão sobre o tratamento mais adequado para aquela situação; que pode mencionar o caso de profissionais que, após conversar com a família e equipe multidisciplinar, decidem não aplicar o procedimento de ressuscitação, mas para se resguardar, registram no prontuário que aplicou esse procedimento, mas não obteve sucesso; que é correto dizer que a resolução não alterou a prática médica, mas tão somente ensejou uma tranquilidade para os médicos registrarem, especialmente no prontuário, o procedimento adotado conforme a realidade, sendo que, com suspensão da vigência da resolução, os médicos em nada alteraram a sua prática, mas omitem o registro efetivamente foi feito, existindo aí um pacto de silêncio”*.

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

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

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

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

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

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

ortotanásia ocorre, como já salientado, em um ambiente de confiança entre o paciente, sua família e o médico". Adiante, acrescenta que *"a maioria dos casos se refere à oncologia e os médicos têm conhecimento sobre o prognóstico de cada tipo de câncer, e no que se refere às outras doenças degenerativas, pela falência progressiva dos órgãos, é possível fazer esse prognóstico de morte próxima e iminente".*

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

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

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

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

A Resolução guerreada é, pois, uma manifestação dessa nova geração da ética nas ciências médicas, que quebra antigos tabus e decide enfrentar outros problemas realisticamente, com foco na dignidade humana.

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

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

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

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

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

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

P. R. I.

Brasília, 1º de dezembro de 2010.

ROBERTO LUIS LUCHI DEMO

Juiz Federal Substituto da 14ª Vara/DF

ⁱ A piedade é esse fato admirável, misterioso, pelo qual vemos a linha de demarcação, que aos olhos da razão separa totalmente um ser do outro, desaparecer e o não eu tornar-se de algum modo o eu. Só a piedade é o princípio real de toda a justiça livre e de toda a caridade verdadeira. A piedade é um fato incontestável da consciência do homem; é-lhe essencialmente própria e não depende de noções anteriores, de idéias *a priori*, religiões, dogmas, mitos, educação e cultura; é o produto espontâneo, imediato, inalienável da natureza, resiste a todas as provas e mostra-se em todos os tempos e em todos os países; em toda a parte é invocada com confiança, tão grande é a certeza de que ela existe em todos os homens, e nunca é contada entre os “deuses estranhos”. O ente que não conhece a piedade está fora da humanidade, e essa mesma palavra humanidade é muitas vezes tomada como sinônimo de piedade. (SCHOPENHAUER, 1958, p.105).

ⁱⁱ O *hospice* é um modelo de atendimento destinado aos pacientes em estado terminal de vida, aos pacientes que estão morrendo. Equipes multidisciplinares dão um atendimento e apoio direcionados às diversas necessidades aos pacientes terminais e a seus familiares, tanto do ponto de vista material quanto espiritual. Cuidados paliativos são empregados, principalmente no combate à dor, permitindo uma melhor qualidade nessas horas derradeiras de vida.

ⁱⁱⁱ Estado vegetativo é aquele em que somente as funções respiratórias e circulatórias encontram-se preservadas e, mesmo assim, mantidas através de drogas vasoativas. Na maioria das vezes, tais pacientes encontram-se acoplados a máquinas de respiração artificial. Seu nível de consciência encontra-se prejudicado e, muitas vezes, totalmente abolido, não permitindo que o mesmo interaja com seu meio ambiente.

^{iv} “Desmame” é o ato médico de desligar progressivamente todo equipamento de respiração artificial que mantém o paciente vivo.

^v Telencéfalo e diencéfalo dizem respeito a estruturas do sistema nervoso central e que juntos correspondem ao que denominamos cérebro.

^{vi} O tronco encefálico é uma região do sistema nervoso central que controla diversas atividades vegetativas, como a respiração, circulação, temperatura etc.

^{vii} Eutanásia libertadora ou terapêutica, cuja prática se dá por razões humanitárias; eutanásia eugênica e selecionadora, que consiste na eliminação de portadores de enfermidades incuráveis ou deformidades físicas e, por último, a eutanásia econômica, que prevê a eliminação das pessoas economicamente inúteis. (ASÚA, 2003 apud HORA, 2007, p. 131).

^{viii} BRASIL. Constituição (1988). 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

^{ix} _____. Constituição (1988). 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

^x _____. Constituição (1988). 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

^{xi} A Carta das Nações Unidas foi assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, após o término da Conferência das Nações Unidas sobre Organização Internacional, entrando em vigor a 24 de Outubro daquele mesmo ano. O Estatuto da Corte Internacional de Justiça faz parte integrante da Carta.

^{xii} A Declaração Universal dos Direitos Humanos, elaborada durante dois anos, foi pontuada por desacordos entre países comunistas e capitalistas até ser aprovada, em Paris, às 23h56 de 10 de dezembro de 1948. A aprovação aconteceu por unanimidade, na 3ª Sessão da Assembléia Geral da ONU (Organização das Nações Unidas), presidida por Herbert Evah. Na época, o organismo reunia 58 países.

^{xiii} O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos foi adotado pela XXI Sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966 e entrando em vigor para o Brasil em 24 de abril de 1992.

^{xiv} O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi adotado pela Resolução n. 2.200-A da XXI Sessão da Assembléia-Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966 e ratificada pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992.

^{xv} Magalhães Noronha aponta, ainda, o Estado como vítima do crime de homicídio, justificando existir ‘um interesse ético-político do Estado na conservação da vida humana, como condição de vida e desenvolvimento do

conglomerado social ou do povo politicamente organizado, ou, ainda, como condição de sua própria existência. (NORONHA apud CUNHA, 2010, p. 17).

^{xvi} Eluana Englaro faleceu em 09/02/2009, aos 38 anos, após permanecer em coma profundo por 17 anos, em virtude de acidente de trânsito. Sua família tentou na justiça italiana que lhe fosse praticada a eutanásia, o que ocasionou muita polêmica. Os aparelhos que a mantinham viva foram desligados e de acordo com o neurologista responsável pelo acompanhamento do caso, Carlo Alberto Defanti, sua morte deveria ocorrer entre 12 e 14 dias após o desligamento dos aparelhos. Na realidade, se melhor observarmos o caso podemos constatar que não se trataria de eutanásia e sim de ortotanásia, uma vez que seu estado já era irreversível, estando em estado de coma há dezessete anos.

^{xvii} A Lei Estadual 10.241, de 1999, mais conhecida como "Lei Covas", dispõe sobre direitos dos usuários dos serviços de saúde – inclusive o de consentir ou recusar, de forma livre, voluntária e esclarecida, com adequada informação, procedimentos diagnósticos ou terapêuticos a serem nele realizados.