

LACUNA NO DIREITO BRASILEIRO PARA A PRÁTICA DA ORTOTANÁSIA NO BRASIL E SUAS IMPLICAÇÕES À LUZ DE PRINCÍPIOS ÉTICOS

BRAZILIAN LAW LOOPHOLE FOR ORTOTANASIA PRATIC IN BRAZIL AND LEGAL IMPLICATIONS IN THE LIGHT OF ETHICAL PRINCIPLES

Lino Rampazzo¹

Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos
Universidade de Coimbra - Coimbra/Portugal

Terciana Cavalcanti Soares²

Graduada e Mestranda
Centro Universitário Salesiano - Lorena - São Paulo/Brasil

Resumo: O presente estudo se propõe conceituar a ortotanásia e analisar as implicações da ausência legal sobre a prática do procedimento no Brasil, à luz de princípios éticos. Através de uma metodologia documental e bibliográfica, apresenta-se o conceito de ortotanásia, com a respectiva interpretação, no âmbito constitucional e no âmbito religioso. Aponta-se, depois, seja para as implicações da ausência de legalização da ortotanásia no Brasil, como também para a proposta da sua legalização. Por fim, apresenta cinco princípios éticos inspiradores da medicina paliativa.

Palavras-chave: Ortotanásia; Legalização; Princípios Éticos; Medicina Paliativa.

Abstract: The paper aims propose to conceptualize orthothanasia

1 - Possui graduação em Filosofia pela Faculdade Salesiana de Filosofia Ciências e Letras de Lorena (1986), graduação em Teologia - Pontifício Seminário Regionale di Chieti (1970), mestrado em TEOLOGIA pela PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE LATERANENSE (1975) e doutorado em Teologia pela Pontifícia Universidade Lateranense (1978)..Atualmente é professor e pesquisador do CENTRO UNIVERSITÁRIO SALESIANO DE SÃO PAULO (U.E. Lorena) e Coordenador e Professor do Curso de Teologia da Faculdade Canção Nova (Cachoeira Paulista). Tem experiência na área de Teologia, com ênfase em TEOLOGIA, ÉTICA e BIOÉTICA; e em METODOLOGIA CIENTÍFICA. Líder do Grupo de Pesquisa: Antropologia Teológica (<http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/2262703975106532>). Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra/lus Gentium Conimbrigae (2014). E-mail: lino.rampazzo@uol.com.br

2 - Graduada em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco - PUC - (1997). Mestranda em Direito da UNISAL/Lorena (conclusão em 2020). Possui pós-graduação em Direito Processual Civil cursada na Universidade Federal de Pernambuco (2002) com extensão em didática do ensino. Pós-graduação em Direito Civil e Empresarial incompleta em Damásio de Jesus (2016). No magistério atua como professora na Faculdade São Lucas. Atuou na Faculdade Guararapes(2012). E-mail: terci1974@gmail.com

and to analyze the implications of legal absence on the practice of the procedure in Brazil, in the light of ethical principles. Through a documentary and bibliographical methodology, the concept of orthothanasia, with the respective interpretation, is presented in the constitutional scope and in the religious scope. It is then pointed either to the implications of the absence of legalization of orthothanasia in Brazil, as well as to the proposal of legalization. Finally, it presents five ethical principles inspiring palliative medicine.

Keywords: Orthothanasia; Legalization; Ethical Principles; Palliative Medicine.

INTRODUÇÃO

O tema da ortotanásia não é uma novidade nas discussões acadêmicas do direito brasileiro, em face do aumento de casos práticos na esfera médica e da insegurança jurídica dos profissionais por falta de legalização no ordenamento jurídico.

Ao se falar sobre a ortotanásia, é preciso, antes de tudo, definir seu conceito, com conseqüentes interpretações. Ressaltam-se, neste estudo as implicações no âmbito constitucional e no âmbito religioso.

Aponta-se, em seguida, para as implicações da ausência de legalização da ortotanásia no Brasil. Lembra-se que, a esse respeito, tramita no Congresso Nacional um Projeto de Lei para legalização da ortotanásia no Brasil. Por fim, aponta-se para cinco princípios éticos inspiradores da medicina paliativa.

Tal estudo, documental e bibliográfico, é justificado diante da necessidade do direito acompanhar o desenvolvimento das questões sociais em todos os seus âmbitos, inibindo o conflito e a insegurança numa fase muito importante para a vida de todos.

1 CONCEITO DA ORTOTANÁSIA E ALGUMAS INTERPRETAÇÕES

O termo ortotanásia advém do grego *orthós* (normal, correta) e *thánatos* (morte). Designa a “morte natural”, ou “correta”. Nesse sentido, é preciso entender a ortotanásia com bastante clareza, pois ela consiste na “morte a seu tempo”, sem abreviação do período vital (eutanasia), nem prolongamentos irracionais do processo de morrer (distanásia). Significa dizer que a ortotanásia envolve a morte naturalmente normal, mediante a abstenção, supressão ou limitação de todo tratamento inútil, desproporcional, ante a terminalidade do paciente. É uma morte que não se busca e nem se provoca (CABETTE,

2009, p. 25). Assim, na eutanásia passiva, ocorre a provocação da morte do doente terminal por meio de omissão quanto aos cuidados ordinários e proporcionais que evitariam seu passamento. E, na eutanásia positiva, são tomadas medidas diretas com o objetivo de dar fim à vida (por exemplo, a administração de uma superdose de morfina com a intenção de interromper a vida do enfermo). Seja na eutanásia positiva, como na negativa, existe uma decisão contra a vida de alguém.

O fundamento principal da ortotanásia é a “absoluta ineficácia de uma intervenção médica extremada para evitar a morte do paciente.” (ALVES, 2001, p. 32). A esse respeito é interessante que, nesta temática, Eduardo Luiz Santos Cabette traz à memória a lição aristotélica clássica da virtude como medianidade, assim dizendo: uma mediania entre dois vícios, de um lado, a eutanásia que abrevia o ciclo vital para fugir do padecimento, e, de outro, a chamada distanásia, que prolonga o processo de morte, causando sofrimento desnecessário (CABETTE, 2009, p. 25).

Dessa maneira, a discussão inicia com um “esforço de limpeza conceitual” devido à necessidade de enfrentar a intensa polissemia na matéria, que aumentava, pela incerteza da linguagem, as dificuldades inerentes a um debate já em si complexo (BARROSO; MARTEL, 2010, p. 22).

A ortotanásia, então, é a morte que ocorre quando já se sabe que a morte não será um dano, mas um evento que é imprescindível à vida, em que o foco não é mais o combate à doença ou à morte, mas de aceitar que a vida termina e que isso pode acontecer da forma mais serena possível (ZAPPAROLI, 1997, p. 74).

Neste sentido, a finitude tem, portanto, o papel ético de impor um limite e fazer o ser humano valorizar sua existência. Nas lições de Hans Jonas, “talvez todos nós necessitemos de um limite inelutável de nossa expectativa de vida para nos incitar a contar os nossos dias e fazer com que eles contem para nós.” (JONAS, 2006, p. 59).

Foi a evolução da técnica médica que tornou possível enfrentar questões outrora desconhecidas: se há sofrimento, deve-se abreviar a vida? Ou, se há conhecimento científico suficiente, deve-se prolongar a vida? Ou ainda, quando deixar de intervir para que a morte seja em seu tempo correto? (FÜRST, 2018, p. 134).

Nesse diapasão, o Conselho Federal de Medicina, tinha editado, em 2006, a Resolução Normativa nº 1.805, que trata sobre o dever ético dos

médicos em relação aos pacientes terminais, autorizando, quando solicitados pelos pacientes ou seus representantes legais, a interrupção de medidas terapêuticas extraordinárias e o cuidado paliativo, a fim de diminuir seu sofrimento, proporcionando-lhe, no fim da vida, a maior qualidade possível. Eis, a seguir, o texto desta norma:

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 representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação.

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, espiritual, inclusive assegurando a ele o direito da alta hospitalar.

Assim, o conceito da ortotanásia foi formalmente consolidado pela Resolução acima referida, que significa morte em tempo certo, sem utilização de recursos terapêuticos extraordinários e desproporcionais, nem, tampouco, sem dar cabo à vida do indivíduo de maneira apressada.

1.1 INTERPRETAÇÃO NO ÂMBITO CONSTITUCIONAL

O tema ora discutido traz em seu significado uma série de interpretações e análises, sobretudo na perspectiva do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, bem como no do direito à vida e à saúde, que analogamente podem ser aplicados para defender a morte digna da pessoa humana.

Mediante os enlaces promovidos pelo assunto, faz-se necessário tecer alguns comentários sobre a interpretação constitucional com relação à prática da ortotanásia nos casos necessários dentro do conceito estabelecido pela medicina brasileira.

A Constituição da República de 1988 trouxe, em seu bojo das garantias fundamentais, alguns valores tidos como essenciais à configuração do Estado Brasileiro, pois orientam a forma de atuação e os fins almejados pela nação. São os chamados “Princípios Fundamentais”, que estão dispostos entre os art. 1.º e 4.º, da CF/88, dentre os quais está a Dignidade da Pessoa Humana, nestes termos:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana...

Pela lição de Robert Alexy: “os princípios são considerados *mandamentos de otimização*, cujo conteúdo é elástico, já que podem ser satisfeitos em graus variados, isto é, podem ter seus efeitos reduzidos ou ampliados a depender do confronto com outros princípios ou regras.” (2008, p. 90). Assim, no caso concreto, é possível que um princípio ceda lugar a outro, sem que seja expurgado do ordenamento jurídico, diversamente do que ocorre com as regras jurídicas.

Como Alexy, alguns doutrinadores entendem que a Dignidade da Pessoa Humana transcende a força normativa dos princípios, já que, por ser um fundamento do Estado Brasileiro (Art. 1.º, III, CF/88), não se subordinaria a qualquer outra norma. Assim, para Renato Lima Charnaux Sertã:

A dignidade humana...transcende a característica de constituir apenas mais um princípio, entre tantos outros. Consistirá em elemento que aglutina e concilia os demais princípios, apontando o caminho para a sua aplicação mais ou menos intensa em cada caso concreto. (SERTÃ, 2005, p. 69).

Segundo o Ministro Luís Roberto Barroso:

Dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio da humanidade. O conteúdo jurídico do princípio vem associado aos direitos fundamentais, envolvendo aspectos dos direitos individuais, políticos e sociais. Seu núcleo material elementar é composto do *mínimo existencial*, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade. (2001, p. 31).

Assim, ao indivíduo deve ser garantido o direito para decidir sobre os rumos de sua vida, mas também dar-lhe condições (liberdade) para que o faça. Ademais, a dignidade é comum a todos os seres humanos (universalidade) e tem início com a existência do homem, assim considerado desde a sua concepção, conforme a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969),

ratificada pelo Brasil (1992). Isso significa que, constitucionalmente e moralmente, o princípio da dignidade da pessoa humana não atinge apenas a vida, mas também a morte.

A pessoa humana, ao exercitar os direitos fundamentais à vida, à liberdade, à saúde e tantos outros, constitucionalmente, de maneira análoga, tem o direito de experimentar uma morte digna, ratificando a prática da ortotanásia como garantidora desse direito.

Todo ser vivo, numa hora ou noutra, tem suas atividades vitais encerradas, seja de forma natural, ou não; e experimentar a morte de forma digna, quando não há mais tratamento para a saúde, é um direito de todos.

1.2 INTERPRETAÇÃO NO ÂMBITO RELIGIOSO

Nos últimos anos foi possível notar o posicionamento de entidades religiosas a respeito da terminalidade da vida, principalmente no que se refere ao tratamento paliativo.

Estudo americano descreveu que 95% dos entrevistados acreditam em alguma força superior e 93% gostariam que seus médicos abordassem essas questões se ficassem gravemente enfermos. A vontade espiritual do paciente deve ser considerada (MACIEL; ROCHA, 2008).

A religião faz parte da vida de 92% da população brasileira, segundo censo IBGE de 2010, sendo esta dividida em 64,6% de católicos, 22,2% de evangélicos, 2,0% de espíritas e 0,3% de religiões afrodescendentes. As demais religiões, os ateus e os agnósticos representam o restante da população brasileira (IBGE, 2012).

A religiosidade permite à pessoa compreender os significados dos eventos como parte de um propósito ou projeto mais amplo, mediante a crença de que nada ocorre por acaso, e de que acontecimentos da vida são determinados por uma força superior.

Assim, a ortotanásia é vista pela maioria das religiões como um modo de se assegurar uma morte natural possibilitando ao paciente terminal concluir a vida na hora certa, em paz e sem muito sofrimento.

A CNBB que reúne os Bispos Católicos de todo país e representa as decisões da Igreja Católica no Brasil é a favor do procedimento da ortotanásia. Dom Raymundo Damasceno Assis, na época Presidente da Entidade, assim se expressou: “A morte não é uma doença para a qual devemos achar cura. É necessário que o homem reconheça e aceite a própria realidade e os próprios

limites.” (ENTREVISTA, 2012).

O papa João Paulo II, na Encíclica *Evangelium Vitae* (1995), afirmou:

Quando a morte se anuncia iminente e inevitável, pode-se em consciência renunciar à vida, sem, contudo, interromper os cuidados normais devidos ao doente em casos semelhantes (...). A renúncia a meios extraordinários ou desproporcionais não equivale aos suicídios ou à eutanásia; exprime, antes, a aceitação da condição humana diante da morte. (N. 65).

O papa Bento XVI, na mensagem enviada no dia 8 de dezembro de 2006, para o Dia Mundial do Doente de 2007, afirmou ser necessário criar condições para os pacientes poderem suportar as doenças incuráveis e enfrentar a morte com dignidade. Enfatizou também a necessidade de centros de cuidados paliativos, com ajuda humana, acompanhamento espiritual, valorizando o ser humano como um todo, e não como uma doença isolada.

No espiritismo o raciocínio não é diferente, pois os espíritas acreditam que a vida do corpo é apenas uma transição, passageira, devido ao esgotamento dos órgãos. O espiritismo é favorável à morte natural, a que ocorre no tempo certo. No respeito à autonomia, às crenças, medos, e visando a atender os desejos do paciente, devem ser ofertadas medidas de conforto físico e espiritual, possibilitando morrer sem dor e viver com dignidade nos últimos dias de vida terrena. Durante o processo de morrer há o aperfeiçoamento do espírito do doente e do médico envolvido com o paciente, principalmente se ambos acreditam na realidade da vida imortal (SANTOS; NOBRE, 2007)

O posicionamento favorável à morte na hora certa é compartilhado, também, pelo hinduísmo, islamismo, protestantismo, e religiões afrodescendentes (PESSINI, 2002). A interpretação da ortotanásia entre religiosos é bem-vinda e sábia quando paciente terminal e médico vivenciam uma só situação, que é a morte digna (XAVIER *et al.*, 2014).

Interessante, a esse respeito, é a reflexão de Henderson Fürst, na sua tese de doutorado sobre Bioética (2018), que lembra como, antes da distinção entre Direito, Moral Ética, houve um nascimento conjunto do Direito, da Religião, da Ética e da Moral. E, aliás, hoje esta relação está sendo retomada na visão interdisciplinar (COMPARATO, 2016).

1.3 AS IMPLICAÇÕES DA AUSÊNCIA DE LEGALIZAÇÃO DA ORTOTANÁSIA NO BRASIL

Por meio da interpretação constitucional baseada no princípio

fundamental da dignidade da pessoa humana, bem como no direito à vida, é possível afirmar que a Constituição Federal protege, de maneira implícita, o direito à morte digna. Entretanto, o sistema jurídico brasileiro não possui norma federal que disponha sobre o tema. Cabe dizer que a lacuna normativa gera insegurança jurídica relevante, manifesta no temor dos médicos de sofrer punição judicial pela prática da ortotanásia - mesmo quando sabem que a prática é, de fato, lícita.

O Conselho Federal de Medicina editou em 2006 uma Resolução Normativa nº 1.805/2006 que, em observância ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana regulamentou, apesar de que apenas administrativamente, a licitude da prática da ortotanásia, ou, em outros termos, da morte digna.

Ressalta-se que esta Resolução nasceu de um amplo debate e intensas reflexões que ultrapassaram os limites dos Conselhos de Medicina e buscou na sociedade o melhor entendimento sobre o tema (ANDRADE, 2011).

Ainda assim, em maio de 2007 o Ministério Público Federal (MPF) ajuizou a Ação Civil Pública 2007.34.00.014809-3 requerendo, alternativamente, a nulidade da resolução ou que fossem definidos os critérios para a prática da ortotanásia. Pleiteando a improcedência da ação, foi apresentado pelo CFM parecer que demonstrou a definição dos conceitos de ortotanásia, eutanásia e distanásia, permitindo melhor compreensão do texto da resolução. Com a adoção dos fundamentos desse parecer, o magistrado julgou a Ação Civil Pública improcedente (CFM, 2010).

Outro avanço se deu com a regulamentação administrativa do Conselho Federal de Medicina, através da Resolução número 1995/2012, sobre o testamento vital que consiste “no documento por meio do qual a pessoa se manifesta sobre quais tratamentos não quer se submeter no final da vida”.

Porém, há mais de 5 anos da vigência do Testamento Vital, esse documento não é comumente utilizado nos hospitais, haja vista que os médicos se sentem inseguros por não existir norma jurídica que os ampare. As instituições e os médicos acrescentam que os profissionais envolvidos temem ser processados pela família que não aceita o diagnóstico médico de terminalidade e ameaçam judicializar o caso (COLLUCCI, 2018).

Esse medo se confirma a partir de processos que são distribuídos no país e discutem a culpa do médico na prática da ortotanásia, entretanto, em sua maioria julgados improcedentes. Tanto isso é certo, que na Apelação Cível

nº 70054988266 (CNJ: 0223453-79.2013.8.21.7000) 2013/Cível - Assistência à Saúde. Biodireito. Ortotanásia. Testamento Vital, os julgadores entenderam que:

1. Se o paciente, com o pé esquerdo necrosado, se nega à amputação, preferindo, conforme laudo psicológico, morrer para “aliviar o sofrimento”; e, conforme laudo psiquiátrico, se encontra em pleno gozo das faculdades mentais, o Estado não pode invadir seu corpo e realizar a cirurgia mutilatória contra a sua vontade, mesmo que seja pelo motivo nobre de salvar sua vida.

2. O caso se insere no denominado biodireito, na dimensão da ortotanásia, que vem a ser a morte no seu devido tempo, sem prolongar a vida por meios artificiais, ou além do que seria o processo natural.

3. O direito à vida garantido no art. 5º, caput, deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa, previsto no art. 1º, III, ambos da CF, isto é, vida com dignidade ou razoável qualidade. A Constituição institui o direito à vida, não o dever à vida, razão pela qual não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a tratamento ou cirurgia, máxime quando mutilatória...

4. Nas circunstâncias, a fim de preservar o médico de eventual acusação de terceiros, tem-se que o paciente, pelo quanto consta nos autos, fez o denominado testamento vital, que figura na Resolução nº 1995/2012, do Conselho Federal de Medicina. (RIO GRANDE DO SUL, 2013, grifo nosso).

Percebe-se haver instrumentos que consideram a prática da ortotanásia lícita, porém a ausência de legislação que fundamente essa licitude impede que muitos médicos, mesmo sendo a favor da prática, se eximam de realizá-la com medo das consequências nefastas que pode causar um processo judicial reconhecendo a sua culpa em sua vida profissional. A confirmação disso, considere-se que não existe no Direito Penal Brasileiro vigente até o presente momento um artigo específico para a ortotanásia ou mesmo para a eutanásia (ANDRADE, 2011).

A discussão que se faz, nesse campo jurídico criminal, é que a prática da ortotanásia poderia configurar um homicídio privilegiado, por relevante valor moral. Um crime atenuado, mas, de qualquer modo, uma conduta passível de incriminação pela lei penal em vigor no país (art. 121, § 1º, CP). Por isso, os médicos têm receio de praticá-la, mesmo com a Resolução do Conselho Federal de Medicina (1.085/06), pois, no mundo jurídico, uma resolução não está acima da lei, nem tampouco tem o condão de revogar qualquer

lei. A propósito, os dizeres seguintes confirmam o entendimento de que a ortotanásia é crime:

[...] o autor do homicídio praticado com o intuito de livrar um doente, irremediavelmente perdido, dos sofrimentos que o atormentam (eutanásia) goza de privilégio da atenuação da pena. O Código Penal Brasileiro não reconhece a impunibilidade do homicídio eutanásico, haja ou não o consentimento do ofendido, mas, em consideração ao motivo de relevante valor moral, permite a minoração da pena. É punível a eutanásia propriamente dita (ação ou omissão do sujeito que, por sua natureza ou intenção, causa morte, por ação ou omissão com a finalidade de evitar a dor) e mesmo a ortotanásia (emprego de remédios paliativos, acompanhamento médico sem procedimento de cura, etc) [...].(MIRABETE; FABBRINI, 2007, p. 34).

Entretanto, outros vão entender que é preciso dar atenção a um artigo da Parte Geral desse mesmo Código Penal pátrio, mais precisamente, aquele que trata da relação de causalidade (art. 13, CP). A lei criminal brasileira rejeita, como regra geral, a chamada responsabilidade penal objetiva, pois exige que tenha praticado a conduta comissiva ou omissiva ao menos culposamente. Ao cuidar da relação de causalidade, o *caput* do art. 13, do Código Penal vigente, acolhe a teoria da *conditio sine qua non*, de acordo com a qual o resultado de que depende a existência do crime somente é imputável a quem lhe deu causa, considerando-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. Nesse sentido, nos casos de ortotanásia, seria inviável estabelecer a relação de causalidade entre conduta e resultado. Ao se aplicar o tradicional “processo hipotético de eliminação”, conforme o qual causa é todo antecedente que não pode ser suprimido na mente sem afetar o resultado, verifica-se que a supressão da omissão na ortotanásia em nada afeta o desfecho final da moléstia. Na esteira desse entendimento, podem ser assinaladas as seguintes explicações:

Nos contextos de ortotanásia e eutanásia indireta a alteração do curso causal é benéfica para o doente, promovendo, em verdade, a preservação de um bem jurídico constitucionalmente tutelado, qual seja, a dignidade da pessoa humana. Trata-se de morrer um ser humano sofrendo inúteis tormentos ou de morrer sem sofrer desnecessariamente. A alteração é positiva; retira-se somente o sofrimento sem ocasionar a morte. Não há razão para reconhecer conduta penalmente reprovável. (CABETTE, 2009, p. 90).

Desse modo, quando se trata de ortotanásia propriamente dita, sem

que haja indevida confusão conceitual com eutanásia passiva, então, ficaria excluída a chamada tipicidade penal da conduta, porque apenas deixou-se de fazer aquilo que não podia mesmo ser feito. Fala-se do “princípio da evitabilidade”, segundo o qual “um resultado só será imputável ao autor, se este não o evitar, apesar de o direito o exigir” (ROXIN; GRECO, 2002, p. 54). Aliás, o direito não pode exigir o impossível, pois, se assim o faz, acaba incidindo na recusada responsabilidade penal objetiva, a ponto de se deixar levar pelo império do absurdo jurídico.

Assim, como se pode perceber, em matéria criminal, a interpretação sobre a ortotanásia oscila entre a incriminação da conduta de forma atenuada ou a não incriminação da conduta por atipicidade penal. Mas, como ainda não existe uma clara definição da questão, persistindo essa ambiguidade exegética sobre o tema, à luz da atual lei penal em vigor, a classe médica ainda prefere ficar na zona que lhe confere mais segurança jurídica, qual seja, a de não seguir adiante com a prática de ortotanásia.

1.4 PROJETO DE LEI TRAMITA NO CONGRESSO NACIONAL PARA LEGALIZAÇÃO DA ORTOTANÁSIA NO BRASIL

A Comissão de Bioética da CNBB (2009) elaborou um texto, acolhido e enviado pelo senador Gerson Camata, como Projeto de Lei do Senado - PLS 524/09 - que dispõe dos direitos das pessoas em fase terminal de doença. O projeto de lei diz, em um de seus parágrafos, que pessoas em fase terminal de doença, têm direito, sem prejuízo de outros procedimentos terapêuticos que se mostrarem cabíveis, a cuidados paliativos e mitigadores do sofrimento, proporcionais e adequados à situação.

Este documento tem objetivo de regulamentar a prática da ortotanásia, via devido processo legislativo, ampliando a participação do Parlamento brasileiro no assunto.

Este projeto encontra-se aguardando manifestação do relator na Comissão de Constituição e Justiça (BRASIL, 2009).

O referido projeto basicamente possui os mesmos dispositivos da Resolução n. 1.805/2006 do CFM, porém de forma mais detalhada. Todavia, pelo disposto no artigo 6º, §1º, caso o paciente tenha se manifestado contrário à limitação ou suspensão do tratamento antes de se tornar incapaz, esta vontade deverá ser respeitada. O próprio artigo 6º trata da autonomia privada do paciente ou, na sua falta, dos seus familiares ou

representante legal, e da fundamentação da suspensão ou limitação do tratamento em prontuário médico, submetido à análise médica revisora.

O Projeto de Lei n. 116/2000, também de autoria do senador Gerson Camata, teve em 02 de dezembro de 2009 sua aprovação pelo Senado Federal, e agora aguarda aprovação na Câmara dos Deputados. O referido projeto exclui a ilicitude da ortotanásia.

Assim, para assegurar a segurança da atividade do profissional médico, e do próprio paciente, é importante que haja uma legislação sobre a ortotanásia complementando aquela expedida pelo Conselho Federal de Medicina Brasileiro.

2. PRINCÍPIOS ÉTICOS NA MEDICINA PALIATIVA

Antes de tudo, precisa esclarecer a terminologia. O termo *paliativo* deriva do latim *pallium*, que significa ‘manto’, ‘capote’. Aponta para a essência dos cuidados paliativos: aliviar os sintomas, a dor e o sofrimento em pacientes portadores de doenças crônico-degenerativas ou em fase final, aprimorando sua qualidade de vida. Etimologicamente significa prover um manto para aquecer “aqueles que passam frio”, uma vez que não podem mais ser ajudados pela medicina curativa (PESSINI; BERTACHINI, 2011).

A Organização Mundial da Saúde (OMS) em 1990 definiu os cuidados paliativos como sendo:

o cuidado ativo total de pacientes cuja doença não responde mais ao tratamento curativo. Controle da dor e de outros sintomas e problemas e ordem psicológica, social e espiritual são prioritários. O objetivo dos cuidados paliativos é proporcionar a melhor qualidade de vida para os pacientes e seus familiares. (WORD HEALTH ORGANIZATION, 1990).

A medicina paliativa refere-se, pois, ao paciente terminal. Mas se, nos itens anteriores, refletiu-se sobre alguns aspetos jurídicos desta problemática, não podem ser esquecidos seus anteriores princípios éticos. Ética e lei não coincidem, mas ambas estão a serviço da mesma pessoa humana. A lei não é feita para proteger ou tornar obrigatória toda a ética. A sua função é organizar, incentivar, defender uns aspectos importantes da vida social. Não pode se colocar contra a ética, antes, deve como que “respirar” ética. Uma lei contrária à ética perde a sua capacidade de obrigar a pessoa (MASI, 1996).

Neste sentido pode-se afirmar que todas as leis, mais especificamente

no Brasil, precisam ter como base o princípio ético da “dignidade da pessoa humana”, declarado como um dos fundamentos da Constituição de República Federativa do Brasil no seu art. 1º.

No caso concreto pergunta-se: como respeitar a dignidade da pessoa na fase terminal da sua vida?

Para responder de maneira mais clara, procura-se indicar alguns princípios éticos relevantes na atenção aos pacientes terminais: veracidade, proporcionalidade terapêutica, duplo efeito, prevenção e não abandono (TABOADA, 2000).

Todo ser humano tem o direito a não ser enganado, inclusive o paciente terminal. Isso, naturalmente, não exclui que seja escolhida a melhor forma e o momento mais oportuno para comunicar ao paciente terminal a notícia sobre sua situação de saúde. Aliás, é necessário que a atitude de veracidade seja acompanhada pela discrição, pelo senso da gradualidade e de preparação, pela escolha da pessoa mais indicada para comunicar ao paciente terminal o diagnóstico da equipe médica. Isso requer também tempo e paciência: duas virtudes muito difíceis de serem praticadas numa sociedade baseada apenas no eficientismo.

Quanto ao segundo princípio, existe uma obrigação moral de se implementar todas aquelas medidas terapêuticas que tenham uma relação de proporção entre os meios empregados e o resultado possível. Aquelas intervenções em que esta relação de proporção não se cumpre são consideradas desproporcionais e, portanto, não são moralmente obrigatórias.

Os médicos têm uma dupla responsabilidade: preservar a vida e aliviar o sofrimento. Sem dúvida no final da vida o alívio do sofrimento adquire uma importância maior.

O tradicional princípio ético do duplo efeito assinala as condições que deveriam ser observadas para que a realização de um ato que tem dois efeitos - um bom e outro mau - seja lícito. Aplicando esse princípio em relação ao tratamento analgésico com drogas, a morfina, por exemplo, percebe-se que a intenção é diretamente aliviar a dor (efeito bom). Os efeitos negativos da droga são tolerados quando não existem alternativas mais eficazes de tratamento (LELKENS, 2000).

O quarto princípio aponta para a responsabilidade médica de implementar as medidas necessárias para prevenir eventuais complicações, evitando aquelas atitudes que chegassem a provocar sofrimentos desnecessários ao paciente.

Quanto ao último princípio, é preciso lembrar que, mesmo quando não se pode curar, é sempre possível acompanhar e ser solidário com o paciente. O cuidado dos pacientes terminais lembra o desafio de aceitar a realidade da própria mortalidade humana (PESSINI, 2004).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ortotanásia é uma forma de humanização da morte, sem abreviá-la, nem prolongá-la. Trata-se da morte natural e no seu tempo certo e não induzida ou antecipada, ou seja, com ou sem tratamento, a morte do paciente é considerada irreversível. Repercute na prática dos tratamentos paliativos e humanizados.

A prática já é utilizada nos hospitais brasileiros por equipes médicas especializadas no assunto que se baseiam para realização de tal procedimento em: resoluções do Conselho Federal de Medicina no Brasil; decisões judiciais; princípios e direitos constitucionais; opiniões das instituições religiosas, todas elas favoráveis; e pelo próprio consentimento da família e do paciente, quando consciente.

O tema proposto é instigante, pois se trata de uma lacuna no ordenamento jurídico brasileiro, por ausência de legislação específica. Isso favorece uma insegurança jurídica para os médicos que realizam a prática da ortotanásia em pacientes terminais, haja vista a relevância e a prevalência do instituto da autonomia da vontade, quando confrontado com os demais princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana, o direito à liberdade e à vida, constantes dos arts. 1º, III e 5º, caput, incisos II e III, ambos da Constituição Federal.

A necessidade de uma legislação específica urge, proporcionando confiança dos médicos para a prática da ortotanásia, bem como esclarecendo e informando os familiares quanto à licitude e humanização desse tratamento.

Na base de tudo isso se encontra o princípio da dignidade da pessoa humana válido para todas as fases da vida terrena, inclusive para a fase final da mesma. E tal dignidade, diante dos paciente terminais, fica esclarecida pelos consequentes princípios da veracidade, da proporcionalidade terapêutica, do duplo efeito, da prevenção e do não abandono. Trata-se dos desafios a serem enfrentados, inclusive no nível jurídico, numa sociedade tentada a dar a primazia à eficiência técnica, à pressa e ao descartável, incluindo em tudo isso até o ser humano.

REFERÊNCIAS

ALEX, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, Ricardo Barbosa. **Eutanásia, Bioética e Vidas Sucessivas**. Sorocaba: Brazilian Books, 2001.

ANDRADE, Edson de Oliveira. A ortotanásia e o direito brasileiro: a resolução CFM n.º 1.805/06 e algumas considerações preliminares a luz da legislação brasileira. *In*: BERTACHINI, Luciana; PESSINI, Leo (orgs.). **Encanto e responsabilidade no cuidado da vida: lidando com desafios éticos em situações críticas e de final de vida**. São Paulo: Paulinas; Centro Universitário São Camilo, 2011. p. 165-186.

BARROSO, Luis Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. **A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida**. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 50, 2010. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista50/Revista50_19.pdf. Acesso em: 18 fev. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Rev. Dir. Adm., Rio de Janeiro*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n. 225, p. 5-37, set. 2001. Disponível em: [file:///C:/Users/Lino/Downloads/47562-92456-1-PB%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/Lino/Downloads/47562-92456-1-PB%20(3).pdf). Acesso em: 18 fev. 2019.

BENTO XVI. **Mensagem por ocasião do XV Dia Mundial do Doente de 2007**. Disponível em:

https://w2.vatican.va/content/benedict-xvi/pt/messages/sick/documents/hf_ben-xvi_mes_20061208_world-day-of-the-sick-2007.html. Acesso em: 18 fev. 2019.

BERTACHINI, Luciana; PESSINI, Leo (orgs.). **Encanto e responsabilidade no cuidado da vida: lidando com desafios éticos em situações críticas e de final de vida**. São Paulo: Paulinas; Centro Universitário São Camilo, 2011.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro Borges. Direito de morrer de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado. *In*: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São

Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 283-305.

BRASIL. Lei n. 3.268 de 30 de setembro de 1957. Dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 01 out. 1957.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 10272**. Relator: Min. Victor Nunes, Tribunal Pleno. Data de Julgamento: 08/05/1963. **Data da publicação em 11/07/1963**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=83833>. Acesso em: 05 Abr. 2019.

_____. Ministério Público Federal. **Petição inicial da ação civil pública n. 2007.34.00.014809-3**. Brasília: MPF, 2007. Disponível em: http://www.prf.mpf.gov.br/arquivos_noticias/arquivos-antigos-noticias/ACP_Ortotanasia.pdf. Acesso em: 15 mar. 2019.

_____. Senado Federal. **PLS-Projeto de Lei do Senado, Nº 524 de 2009**. Senado, 25 de novembro de 2009. Disponível em: http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=94323. Acesso em: 20 mar. 2019.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Eutanásia e ortotanásia: comentários à Resolução 1.805/06 CFM - Aspectos éticos e jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2009.

COLLUCCI, Cláudia, Assembleia aprova direito de doente a recusar tratamento. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 19 dez. 2018. Disponível em:

<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/12/assembleia-aprova-direito-de-doente-a-recusar-tratamento.shtml>. Acesso em: 20 mar. 2019.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

CONFERÊNCIA NACIONAL BISPOS BRASIL (CNBB). Projeto legaliza procedimentos que pretende humanizar o processo de morte de pacientes terminais. **Social**, 3 dez. 2009. Disponível em: <http://www.cnbb.org.br/projeto-legaliza-procedimentos-que-pretende-humanizar-o-processo-de-morte-de-pacientes-terminais/>. Acesso em: 10 maio 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n.1.805/2006**. Brasília: CFM, 2006. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm. Acesso em: 30 maio. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n.1.931/2009**. Brasília:

CFM, 2009. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2009/1931_2009.htm. Acesso em: 30 mar. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Justiça valida Resolução 1805 que trata sobre ortotanásia. **Portal**, 6 dez. 2010. Disponível em: http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21154:justica-valida. Acesso em: 30 mar. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução número 1995/2012**. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf. Acesso em: 30 maio. 2019.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (1969). **Pacto de San José da Costa Rica**. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 30 abr. 2019.

ENTREVISTA ao CFM: CNBB apoia ortotanásia. **CFM**, 24 set. 2012 Disponível em:

https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=23257:entrevista-ao-cfm-cnbb-apoia-ortotanasia&catid=3. Acesso em: 10 maio 2019.

FÜRST, Henderson. **No confim da vida: direito e bioética na compreensão da ortotanásia**. Belo Horizonte: Letramento - Casa do Direito, 2018.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. **Censo Demográfico 2010: Características gerais da população, religião e pessoas com deficiência**. Rio de Janeiro: IBGE; 2012.

JOÃO PAULO II. **Carta Encíclica Evangelium Vitae**. 25 mar. 1995. Disponível em:

http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae.html. Acesso em: 10 maio 2019.

JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica**. Trad. Marijane Lisboa, Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto: PUCRio, 2006.

LELKENS, J. Pain control in terminally ill patientd. *In*: CORREA VIAL, Juan de Dios; SGRECCIA, Elio (ed.). **The dignity of the dying person: proceedings of the fifth assembly of the pontifical academy for life**. Vaticano: Libreria Editrice Vaticana, 2000. p. 242-251.

MACIEL, Karla Daniele de Sá Araújo; ROCHA, Zeferino de Jesus Barbosa. Dois discursos de Freud sobre a religião *Revista Mal-estaR e subjetividade*, Fortaleza, v. 8, n. 3, p. 729-754, set. 2008.

MARTIN, Leonard M. Eutanásia e Distanásia. *In*: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira, OSELKA, Gabriel, GARRAFA, Volnei. *Iniciação à Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 171-192.

MASI, Nicola. Recepção da Ética personalista no Código de Direito Canônico. *In*: ANJOS, Márcio Fabri dos; LOPES, José Reinaldo de Lima (org.). *Ética e Direito: um diálogo*. Aparecida; Santuário, 1996. p. 167-185.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF). **Ação Civil Pública 2007.34.00.014809-3**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf>. Acesso em: 04 maio 2019.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. II.

PESSINI, Leo. A eutanásia na visão das maiores religiões (budismo, islamismo, judaísmo e cristianismo). *In*: BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de; PESSINI, Leo. **Bioética: alguns desafios**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2002. p.261-282.

PESSINI, Leo. A filosofia dos cuidados paliativos: uma resposta diante da obstinação terapêutica. *In*: PESSINI, Leo; BERTACHINI, Luciana (orgs.). **Humanização e Cuidados Paliativos**. São Paulo: Loyola, 2004. p. 181-208.

PESSINI, Leo; BERTACHINI, Luciana (orgs.). **Humanização e Cuidados Paliativos**. São Paulo: Loyola; Centro Universitário São Camilo, 2004.

PESSINI, Leo; BERTACHINI, Luciana. Conhecendo o que são os cuidados paliativos: conceitos fundamentais. *In*: BERTACHINI, Luciana; PESSINI, Leo (orgs.). **Encanto e responsabilidade no cuidado da vida: lidando com desafios éticos em situações críticas e de final de vida**. São Paulo: Paulinas; Centro Universitário São Camilo, 2011. p. 19-55.

PIRES, Carol. Senado aprova projeto que legaliza a ortotanásia. **Estadão**, São Paulo, 02 dez. 2009. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/geral,senado-aprova-projeto-que-legaliza-a-ortotanasia,475691,0.htm>. Acesso em: 18 fev. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70054988266** (CNJ: 0223453-79.2013.8.21.7000) 2013/Cível - Assistência à Saúde. Biodireito. Ortotanásia. Testamento Vital. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/>

jurisprudencia/113430626/apelacao-civel-ac-70054988266-rs/inteiro-teor-113430636?ref=juris-tabs. Acesso em: 08 mar. 2019.

ROXIN, Claus; GRECO, Luís. **Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal**. Trad. de Luís Greco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SANTOS, J. R. P.; NOBRE M. Ortotanásia - pronunciamento da AME-Brasil [Internet]. **Revista Internacional de Espiritismo**. Maio 2007 maio. Disponível em: <http://www.oclarim.org/site/>. Acesso em 10 maio 2019.

SERTÃ, Renato Lima Charnaux. **A distanásia e a dignidade do paciente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TABOADA, Paulina. El derecho a morir com dignidad. **Acta Bioethica**, Organización Panamericana de la Salud - Programa Regional de Bioetica, v. 6, n. 1, p. 89-101, 2000.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Cancer pain relief and palliative: a report on OMS exert committee**. Genève: OMS, 1990.

XAVIER. M. S.; MIZIARA, C. S. M. G.; MIZIARA, I. D. Terminalidade da vida: questões éticas e religiosas sobre a ortotanásia. **Saúde, Ética & Justiça**, São Paulo, v. 19, n. 1, p. 26-34, 2014. Disponível em: [file:///C:/Users/Lino/Downloads/97135-Texto%20do%20artigo-167664-1-10-20150406%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Lino/Downloads/97135-Texto%20do%20artigo-167664-1-10-20150406%20(1).pdf). Acesso em: 20 abr. 2019.

ZAPPAROLI, G. C. Orthoatnasia. I: ZAPPAROLI, G. C.; SEGRE, E. Adler. **Vivere e morire: un modello d'intervento con i malati terminali**. Milano: Feltrinelli, 1997.

Recebido em: 02.06.2019

Revisado em: 18.08.2019

Aprovado em: 20.09.2019