

Data de aprovação: ___/___/___

DIREITO DE MORRER: PARADOXO ENTRE A MORTE DIGNA E A ESPERANÇA DE CURA, À LUZ DA ORTOTANÁSIA

Poema Mascena de Azevedo Santos¹
Úrsula Bezerra e Silva Lira²

RESUMO

O ordenamento jurídico brasileiro manifesta diversos direitos e deveres às pessoas físicas e jurídicas a ele submetidas. Diante disso, a presente pesquisa busca estudar os direitos referentes às pessoas físicas, especificamente o direito de morrer a elas conferido, sob a ótica da dignidade da pessoa humana e como esse princípio repercute no momento da morte, bem como, nos direitos e limites existentes na relação médico e paciente, buscando resolver a problemática a respeito da promessa de cura versus o dever do profissional de medicina em demonstrar todas as opções e qual destas é a mais digna e/ou degradante ao paciente em casos de diagnósticos com potencialidade letal. Nesse mesmo viés, a pesquisa tem o condão de apresentar a ortotanásia como uma alternativa juridicamente viável e capaz de proporcionar dignidade em todos os estágios do diagnóstico do paciente, tomando como base a análise doutrinária e legislativa acerca do tema abordado. Para isso, utiliza-se o método hipotético dedutivo, visto que a pesquisa partiu de um problema e trouxe uma hipótese viável à sua solução, que deverá ser confirmada ao final da pesquisa. Conclui-se, por fim, que permitir que um sujeito em sofrimento com a iminente morte faleça, não significa privar-lhe do direito à vida, tampouco ofender a indisponibilidade do direito a esta, mas sim, garantir a sua dignidade. Dessa forma, a ortotanásia oferece ao paciente a permissão para que haja o seu falecimento de forma natural, através de cuidados paliativos, com o objetivo de gerar o mínimo de sofrimento possível ao paciente.

Palavras-chave: Ortotanásia. Dignidade da Pessoa Humana. Bioética. Diagnósticos Letais. Limites Profissionais.

¹ Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: poemamascenaa@hotmail.com

² Professora Orientadora do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: ursula@unirn.edu.br

**RIGHT TO DIE: THE PARADOX BETWEEN THE DIGNIFIED DEATH AND THE
HOPE OF CURE, IN THE LIGHT OF ORTHOTHANASIA.
ABSTRACT**

The Brazilian legal system manifests several rights and duties to the individuals and companies submitted to it. Therefore, this research seeks to study the rights related to individuals, specifically the right to die conferred on them, from the human person's perspective of the dignity and how this principle affects the moment of death, as well as, on the existing rights and limits in the doctor-patient relationship, seeking to resolve the issue regarding the promise of a cure against the duty of the medical professional to demonstrate all options and which of these is the most dignified and / or degrading to the patient in cases of diagnoses with lethal potential. In the same bias, the research has the ability to present orthothanasia as a legal viable alternative and capable of providing dignity at all patient diagnosis stages, based on doctrinal and legislative analysis on the topic addressed. In order to do this, the hypothetical deductive method is used, since the research started from a problem and brought a viable hypothesis to its solution, which must be confirmed at the end of the research. Finally, it is concluded that allowing a subject in suffering with imminent death to die does not mean depriving him of the right to life, nor does it mean offending the unavailability of the right to life, but rather guaranteeing his dignity. In this way, orthothanasia offers the patient permission to natural death, through palliative care, with the aim of generating the least possible suffering for the patient.

Keywords: Orthothanasia. Dignity of the human person. Lethal potential. Professional edge.

1 INTRODUÇÃO

O Código Civil brasileiro, lei 10.406/02, prevê os tipos de morte - ou finalização da existência de pessoa natural - nos artigos 6⁰³, 7⁰⁴ e 8⁰⁵ do texto legal. Menciona-se, em primeiro momento, a morte natural, em seguida a morte presumida e por fim, a morte simultânea.

A pesquisa possui como base o estudo da morte natural, o direito que os indivíduos possuem de obtê-la - sobretudo de forma digna - e os limites da atuação médica em prometer a cura, prolongando a vida de um paciente que possui diagnóstico médico de altíssima probabilidade letal, gerando uma expectativa de

³ Art. 6^o. A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.

⁴ Art. 7^o. Pode ser declarada a morte presumida, sem decretação de ausência.

⁵ Art. 8^o. Se dois ou mais indivíduos falecerem na mesma ocasião, não se podendo averiguar se algum dos comorientes precedeu aos outros, presumir-se-ão simultaneamente mortos.

longevidade não apenas no enfermo, mas também na família e demais pessoas envolvidas, que na esperança de lutar até o fim, proporcionam uma morte em condições completamente degradantes ao falecido.

Diante disso, emerge a possibilidade da ortotanásia como alternativa plausível aos casos de diagnóstico com alta probabilidade de letalidade, havendo a necessidade de uma explicação acerca da matéria à luz de preceitos constitucionais como a Dignidade da Pessoa Humana e o Direito à Vida, bem como de princípios basilares da bioética e por fim, análise de jurisprudência acerca do tema, emitida por cortes superiores, bem como de resolução proferida pelo Conselho Federal de Medicina, com o objetivo de demonstrar a inexistência de conflito entre normas e/ou princípios, relacionados à solução proposta.

Ademais, a pesquisa possui o condão de comprovar que além de não provocar conflitos mediante normas e princípios constitucionais, a solução proposta coaduna perfeitamente com os princípios da bioética. Assim, ao propor ou simplesmente informar ao paciente sobre a possibilidade da ortotanásia, o profissional de saúde estaria respeitando os princípios que regem a ética em sua área de atuação, oportunizando ao paciente a informação e liberdade de escolha.

Isto posto, aplicou-se o método hipotético dedutivo, por meio do qual a pesquisa partiu de um problema latente na sociedade, sobretudo diante do atual envelhecimento da população, qual seja a promessa de cura *versus* o dever do profissional de medicina em demonstrar todas as opções e qual destas é a mais digna e/ou degradante ao paciente em casos de diagnósticos com potencialidade letal, propondo a ortotanásia como uma alternativa juridicamente possível e viável para a resolução da problemática.

Nesse sentido, buscar-se-á, ao final, a confirmação da solução proposta com base em preceitos constitucionais, bioéticos, análise de jurisprudência acerca do tema e de resolução emitida pelo CFM, oportunizando informação e respeito a princípios basilares a partir da atuação dos profissionais da área da saúde.

2 A ORTOTANÁSIA, PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E DA BIOÉTICA.

Faz-se necessário, inicialmente, apresentar a definição doutrinária e etimológica do processo da ortotanásia à presente pesquisa. Tomando como base o

trabalho desenvolvido por Pessini e Cabette apud Oliveira (OLIVEIRA, 2012, p.340).

Observe-se:

Pessini (2004, p. 225) desenvolve o conceito de ortotanásia como sendo “a arte de bem morrer, que rejeita toda forma de mistanásia sem cair nas ciladas da eutanásia nem da distanásia”, e prossegue dizendo que “no fundo, a ortotanásia é para o doente morrer saudavelmente, cercado de amor e carinho, amando e sendo amado enquanto se prepara para o mergulho final no amor que não tem medida e que não tem fim” (2004, p. 226).

Com efeito, etimologicamente ortotanásia:

[...] advém do grego orthós (normal, correta) e thánatos (morte), designando, portanto, a ‘morte natural ou correta’. Assim sendo, ‘a ortotanásia consiste na morte a seu tempo’, sem abreviação do período vital (eutanásia) nem prolongamentos irracionais do processo de morrer (distanásia). É a ‘morte correta’, mediante a abstenção, supressão ou limitação de todo tratamento inútil, extraordinário e desproporcional, ante a iminência da morte do paciente, morte esta a que não se busca (pois o que se pretende aqui é humanizar o processo de morrer, sem prolongá-lo abusivamente), nem se provoca (já que resultará da própria enfermidade da qual o sujeito padece)’ (CABETTE, 2009, p. 24-25).

Nesse sentido, a ortotanásia é o processo em que se permite a suspensão natural da vida do paciente, admitindo-se cuidados paliativos a fim de garantir ao enfermo um maior conforto em seu tempo restante de vida. Nesse caso, não ocorre a ação de interromper a vida do paciente, mas sim a omissão em forçar a sua manutenção.

É certo que a Dignidade da Pessoa Humana constitui-se como um dos fundamentos norteadores do Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil. Conforme o entendimento de José Afonso da Silva (1998, p. 90) “A norma compreende dois conceitos fundamentais, porque, em si e isoladamente, revelam valores jurídicos: a pessoa humana e a dignidade.”

Utilizando como base a filosofia Kantiana, José Afonso da Silva (1998, p.90) entende que a pessoa humana, por ser dotada de racionalidade, representa um fim em si mesma e não um meio – como é o caso das coisas, desprovidas de racionalidade – limitando-se pela dimensão do arbítrio individual. Dessa forma, emerge o imperativo prático proposto por Kant apud José Afonso da Silva (1998, p. 90).

Age de tal sorte que consideres a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio. Disso decorre que os "seres racionais estão submetidos à lei segundo a qual cada um deles jamais se trate a si mesmo ou aos outros simplesmente como meio, mas sempre e simultaneamente como fins em si". Isso porque" o homem não é uma coisa, não é, por consequência, um objeto que possa ser tratado simplesmente como meio,

mas deve em todas as suas ações ser sempre considerado como um fim em si". Isso, em suma, quer dizer que só o ser humano, o ser racional, é pessoa. Todo ser humano, sem distinção, é pessoa, ou seja, um ser espiritual, que é, ao mesmo tempo, fonte e imputação de todos os valores. Consciência e vivência de si próprio, todo ser humano se reproduz no outro como seu correspondente e reflexo de sua espiritualidade, razão por que desconsiderar uma pessoa significa em última análise desconsiderar a si próprio. Por isso é que a pessoa é um centro de imputação jurídica, porque o Direito existe em função dela e para propiciar seu desenvolvimento. Nisso já se manifesta a idéia de dignidade de um ser racional que não obedece a outra lei senão àquela que ele mesmo, ao mesmo tempo, institui, no dizer de Kant.

A dignidade, por sua vez, diante da mesma análise filosófica, pode ser confundida com a própria natureza humana e constitui-se como um valor interno, superior a qualquer oferta de preço.

Desse modo, entende-se a Dignidade da Pessoa Humana como um fundamento orientador do Estado Democrático de Direito por constituir-se como princípio que entende o ser humano enquanto uma criatura dotada de racionalidade e livre arbítrio, capaz de constituir-se como um fim em si mesmo por valores internos inegociáveis, superiores a qualquer preço, os quais são denominados por dignidade.

Diante disso, a proteção que a Carta Magna propõe a esse princípio é volumosa ao ponto de transformá-la em um valor supremo da ordem jurídica, conforme compreende a doutrina de José Afonso da Silva (1998, p. 91) "A Constituição, reconhecendo a sua existência e a sua eminência, transformou-a num valor supremo da ordem jurídica, quando a declara como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito."

O direito à vida é considerado um direito de ordem física e possui posição de primazia frente à estes, caracterizando-se como um bem essencial na esfera jurídica e natural, posto que, como consequência de sua existência, têm-se a subsistência dos demais "respeitados, no entanto, aqueles que dele extrapolam (embora constituídos ou adquiridos durante o seu curso, como o direito à honra, o à imagem e o direito moral de autor, a desafiar o vetusto axioma "*mors omnia solvit*")." (BITTAR, 2008)

Tomando como base o entendimento perfilhado, tem-se que "Por outro lado, a vida e a dignidade da pessoa humana andam juntas, e em alguns casos esta última vem se sobrepujando àquela, sobretudo no contexto de proximidade de morte, como o direito a morrer com dignidade." (CONSALTER, Z. M.; JAREMCZUK, 2010)

2.1 BIOÉTICA: CONCEITO E PRINCÍPIOS NORTEADORES.

A definição etimológica das palavras é capaz de subsidiar diversas e abrangentes concepções acerca dos diferentes temas e também, de formar um pleno convencimento sobre os conceitos apresentados. Diante disso, a palavra bioética etimologicamente significa “*bíos* – vida, *éthiké* – ética; diálogo entre a Vida e a Ética” (COAN, 2001, p. 249-250).

Segundo Vieira apud Possoli (2012, p.14):

Vieira (1999, p. 15-16), define a bioética como “um conjunto de pesquisas e práticas pluridisciplinares, objetivando elucidar e solucionar questões éticas provocadas pelo avanço das tecnociências biomédicas”. Para a autora o estudo da bioética tem por principal finalidade os dilemas éticos associados à pesquisa biológica, porém vai além dos avanços tecnológicos da medicina; sendo assim, a bioética abrange também a “psicologia, direito, antropologia, sociologia, ecologia, teologia, filosofia, etc”.

Diante da análise da definição etimológica da palavra e dos conceitos apresentados no estudo acima, depreende-se que a bioética pretende definir um consenso entre a vida, a ética e os dilemas que surgem nas ciências médicas.

Com a finalidade de encontrar conformidade entre os pilares apresentados, são analisadas questões além da medicina, gerando uma necessária multidisciplinaridade à bioética, que sofre influência dos costumes, da sociologia, do direito e das demais ciências capazes de gerar uma convicção acerca dos desafios morais atrelados à aplicação prática da ciência.

A bioética possui princípios próprios que devem ser analisados e considerados antes da formação de quaisquer convicções acerca dos contornos práticos sobre os desafios morais da tecnologia e da medicina analisados pela bioética. Dessa forma, serão apresentados o princípio da autonomia, beneficência e não maleficência, todos à luz da bioética.

Diante disso, entende-se como pertinente a definição do direito à liberdade, caracterizado como conquista dos cidadãos pela manifestação da autonomia de vontade.

Conforme consta na doutrina, convém estabelecer que apesar do direito à liberdade proporcionar aos indivíduos a manifestação de suas autonomias de

vontade, o direito não deve ser confundido com a sua manifestação que por sua vez, conforme Marmelstein apud Mara Consalter; Jaremczuk (2010, p.39):

[...] a faculdade que o indivíduo possui para tomar decisões na sua esfera particular de acordo com seus próprios interesses e preferências. Isso significa basicamente o reconhecimento do direito individual de fazer tudo aquilo que se tem vontade, desde que não prejudique os interesses de outras pessoas.

Dessa forma, entende-se que diante de casos em que os pacientes são apresentados à diagnósticos com alta potencialidade letal e ainda, são orientados a respeito dos diferentes caminhos à seguir – tratamento e/ou ortotanásia – ao optar por um deles, estão manifestando o direito à liberdade pela autonomia de vontade, sem infringir, em nenhum dos casos, o direito à vida ou o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, tendo em vista que os dispositivos legais não são concorrentes, mas sim, convergentes.

2.1.1 Princípio da autonomia

Conceituando o princípio da autonomia à luz da bioética, conforme a doutrina de Oliveira apud Possoli (2012, p. 22), tem-se que:

Para Oliveira (2004, p.86), “o ser humano tem o direito de ser responsável por seus atos, de exercer o direito de escolha” e isto deve ser entendido como autonomia ou respeito à pessoa. E ainda explica que: [...] Os serviços e profissionais da saúde devem respeitar a vontade, os valores morais e as crenças de cada pessoa ou de seu representante legal. Qualquer imposição é considerada agressão à inviolabilidade da intimidade da pessoa.

Diante disso, depreende-se que o princípio da autonomia refere-se não à autonomia do profissional ou da ciência médica, mas sim, ao respeito à autonomia do paciente ou do seu representante legal, bem como, o respeito às suas escolhas conforme sua cultura, crenças ou valores.

Conforme o conceito de Rocha (2007, p. 225) “O princípio da autonomia, um dos pilares da bioética, relaciona-se, diretamente, com o princípio da dignidade humana e reporta-se à liberdade de escolha racional, ou seja, o direito de autodeterminar-se”.

Nesse mesmo contexto, compreende-se os contornos práticos relacionados ao princípio bioético da autonomia, conforme a definição de Junges (1999, p. 42-43):

ser autônomo e escolher autonomamente não são a mesma coisa que ser respeitado como agente autônomo. Ser respeitado significa ter reconhecido seu direito de autogoverno. É afirmar que o sujeito está autorizado a determinar-se autonomamente, livre de limitações e interferências. O princípio da autonomia expressa esse respeito. Ele reza que ações autônomas e escolhas não devem ser constrangidas por outros, mesmo que fossem objetivamente para o bem do sujeito.

[...]

O direito ao consentimento informado quer proteger e promover a autonomia. A comunicação entre o profissional da saúde e do enfermo deve prevenir a ignorância que leve a uma escolha constrangida e deve suprir a falta de informação e incompreensão. O ato de consentimento deve ser genuinamente voluntário e basear-se na revelação adequada das informações. Nesse sentido, engloba elementos de informação e elementos de consentimento. Fazem parte do primeiro a revelação das informações em conformidade com o nível de captação do doente e de sua compreensão adequada; do segundo: o consentimento voluntário e a competência para o consentimento.

Para a legitimidade e devido respeito ao princípio do consentimento, faz-se necessária a análise prática acerca da constituição do indivíduo como um ser livre de limitações e interferências que revela as informações em conformidade com o seu nível de captação e compreensão, analisando se há uma verdadeira competência para que seja fornecido o consentimento voluntário.

Como forma de apresentar um contorno prático ao princípio, manifesta-se o dever do profissional de saúde - diante de casos de pacientes com diagnóstico potencialmente letal – em demonstrar todas as opções que o enfermo possui, seus pontos positivos, negativos e qual das opções é a mais digna e/ou degradante ao paciente e ao final, cabe ao médico respeitar a autonomia e escolha do paciente, em coerência com o princípio bioético da autonomia.

2.1.2 Princípio da beneficência

A palavra beneficência, em uma análise comum, pode ser confundida ou sinonimizada à palavra benevolência, chegando à um significado relacionado a fazer o bem ou proporcionar uma espécie de bem-estar oferecido por quem é vetor do princípio ao seu receptor, notadamente, profissionais da área de saúde – fazendo a análise principiológica com base na bioética – e pacientes, respectivamente.

A descrição acima é uma análise acerca do significado das palavras e princípios relacionados à definição da bioética. Junges (1999, p. 45-46) por sua vez,

explana o princípio da beneficência como “o princípio que regula as instâncias éticas da profissão médica e estrutura a deontologia profissional”, destacando que “é o fim primário de toda profissão que está a serviço da vida e da saúde do ser humano”.

Para o autor, esse princípio está relacionado a qualquer ciência médica que vise gerar o bem-estar do ser humano, ou seja, Junges acredita que o profissional estará agindo de forma ética ao comportar-se de maneira capaz a proporcionar o bem-estar do paciente e em alguns casos, segundo sua doutrina, “evitar os efeitos indesejáveis e danosos é um dever mais forte do que produzir efeitos bons” (JUNGES, 1999, p.47).

É importante pontuar que medicina não é uma ciência exata e em alguns casos, mesmo que o profissional tome atitudes motivadas pela finalidade de servir à vida e ao ser humano, ou seja, atitudes envolvidas pelo princípio da beneficência, o efeito pode ser contrário e a sensação de bem-estar pode não ser proporcionada, mesmo que de forma contrária à vontade ou intenção do profissional.

Assim, acredita-se que esse princípio está relacionado ao dever dos profissionais de saúde em proporcionar o bem aos seus pacientes, tomando atitudes, utilizando-se de palavras e sobretudo, fornecendo-lhes informações para que os enfermos e seus responsáveis possam sentir-se imersos em uma sensação de bem-estar proporcionado pela medicina, mesmo que encontrem-se diante de um diagnóstico letal.

2.1.3 Princípio da não maleficência

Inicialmente, o princípio da não maleficência pode ser entendido como uma versão negativa do princípio da beneficência. No entanto, ambos possuem razão de existir e têm a função de permear as condutas dos profissionais de saúde, à luz da bioética.

Ainda em um aspecto comparativo, faz-se necessário distinguir a malevolência da maleficência, sobretudo quando analisada em sentido estrito. Para tanto, façamos uma análise da doutrina de Junges (1999, p.50):

A maleficência deve ser distinguida da malevolência (uma vontade), porque esta descreve mais uma atitude interna ou vício moral e aquela o resultado da ação moral. A malevolência diz respeito à intencionalidade da ação e a maleficência refere-se ao resultado da ação. A maleficência, em geral, está

associada a dano, ofensa, afronta. Pode significar dano psicológico ou dano à reputação, mas, em geral, compreende o dano físico.

Realizada a necessária distinção primária, passemos à principal diferenciação, notadamente relacionada à dissemelhança entre o princípio da beneficência e o da não maleficência. O primeiro pode ser compreendido como o dever do profissional da saúde de proporcionar o bem-estar aos seus pacientes, enquanto o segundo refere-se ao dever profissional de não causar mal ou danos – sobretudo de forma intencional – às pessoas e pacientes.

Diante disso, compreende-se o princípio da beneficência como um preceito positivo (exemplo, uma obrigação de fazer) e o da não maleficência como um princípio negativo (exemplo, uma obrigação de não fazer).

Apesar dos princípios acima expostos, frisa-se novamente que a medicina não compreende uma ciência exata e nem tudo – ou quase nada – pode ser dito como uma certeza na ciência médica. Sobre essa perspectiva, Junges (1999, p. 50) entende que “nem todos os riscos e danos são provocados intencionalmente, contudo o profissional pode ser responsabilizado”, destacando a possibilidade de haver uma violação do dever de não maleficência, mesmo que não exista a má intenção ou vontade de provocar o dano, conforme o autor retromencionado (1999, p. 50).

Muitas vezes é impossível fugir de causar algum dano. Não se consegue realizar o bem na sua totalidade [...]. O bem corporifica-se numa ação possível dentro de uma realidade determinada e este bem é sempre fruto de um compromisso ético com a contingência do mal. [...] Nunca se justifica provocar um mal moral, isto é, onde existe má intenção ou onde se atenta contra um valor moral.

Mediante o explicitado, o princípio da não maleficência é compreendido como um preceito negativo que estabelece aos profissionais de saúde o dever de não causar danos ou efeitos negativos às pessoas e pacientes, principalmente de forma intencional. Propositadamente devem ser tomadas atitudes com a única e fundamental finalidade de causar o bem-estar e efeitos positivos aos pacientes, como bem indicado pelo princípio da beneficência.

2.2 LIMITES DAS INTERFERÊNCIAS DOS PROFISSIONAIS DE SAÚDE NA AUTONOMIA DE VONTADE DOS PACIENTES

Tradicionalmente, muitos profissionais da saúde, na tentativa de proteção ao paciente, adotam uma postura paternalista, inibindo o direito à informação dos próprios pacientes e dos seus representantes legais. O direito à informação constitui-se como um comando altamente necessário, sobretudo quando conhecimento é relacionado à vida e saúde do paciente que teve subtraída de si a informação.

O princípio bioético da autonomia está relacionado ao respeito que os profissionais devem ter às diretivas de vontade dos pacientes, tendo em vista que as escolhas individuais são relativas ao autogoverno que cada indivíduo possui sobre si, pois envolvem questões físicas, psicológicas, culturais, morais, éticas etc. “Na relação médico-paciente, a autonomia dos participantes é a base ética e jurídica da legitimidade, devendo-se implementar o diálogo, a cognição crítica e a escolha.” (ROCHA, 2007, p. 225).

No entanto, para que haja o devido respeito ao princípio da autonomia, bem como a consequente imposição dos necessários limites às interferências dos profissionais de saúde nas diretivas de vontade individuais dos enfermos, é imprescindível que o referido princípio caminhe lado a lado com os princípios da beneficência e da não maleficência, corroborando para que exista a plena harmonia entre os conceitos, conjuntura que certamente irá impactar de forma direta nos contornos práticos em questão.

Nesse sentido, vejamos o entendimento de Fabro (1999, p.1):

A autonomia do paciente, considerada como o respeito à sua vontade, ao seu respeito de autogovernar-se e à participação ativa no seu processo terapêutico é, relativamente, recente na história da medicina. Tradicionalmente, identifica-se uma tendência paternalista na conduta do médico. O paciente, muitas vezes, ao ser poupado dos sofrimentos que a consciência plena de todas as circunstâncias de sua doença e do tratamento indicado podem representar, tem subtraído o seu direito à informação e à escolha. A harmonização dos princípios da autonomia, da beneficência e da não-maleficência tem sido uma tarefa diariamente cobrada dos profissionais médicos. Por exemplo, quando o paciente é uma criança e o respeito à autonomia exercida por seus pais pode lhe representar prejuízos. Também são delicadas as questões do "privilégio terapêutico" ou das emergências que, por sua própria natureza, incompatibilizam-se com o processo informativo. Do mesmo modo, os motivos religiosos (ex: Testemunhas de Jeová) têm gerado situações de conflito.

Frisa-se, ainda, a diferença cognitiva existente entre os profissionais da área de saúde e o paciente. Diante dessa realidade, as informações devem ser fornecidas de uma forma que seja possível diminuir a diferença técnica, evitando a utilização de um discurso inacessível ao enfermo, devendo o profissional fazer-se claro e compreensível, para que o paciente possa tomar sua decisão de forma livre, com base nos seus próprios conceitos.

Nesse sentido, faz-se mister analisar as proposições de Stancioli apud Rocha (2007, p. 227):

Ao médico incumbe abster-se de utilização de poder ou de argumentos tendenciosos para convencer o paciente, enquanto este deve questionar criticamente as informações recebidas, exercendo um certo poder de resistência. Ante a impossibilidade de perfazer os requisitos de um ato completamente entendido e completamente não controlado, deve-se intentar entendimento satisfatório e limitar, o tanto quanto possível, formas de controle de modo a se obter um ato “[...] substancialmente autônomo”, sem o que o consentimento será apenas formalmente obtido. (STANCIOLI, 2004).

No entanto, as diretivas de vontade não são absolutas, tendo em vista a imposição de limites mesmo em situações que compreendem questões religiosas, éticas e morais, devendo ser exercida a vontade individual na medida em que conserve a manutenção de sua integralidade. Vejamos o entendimento de Pereira apud Fabro:

Na doutrina jurídica nacional, Caio Mário da Silva Pereira melhor resume a posição prevalente no Brasil, ao dizer: "O direito ao próprio corpo é um complemento do poder sobre si mesmo, mas só pode ser exercido no limite da manutenção da sua integridade. Todo ato que implique atentado contra esta integridade é repellido por injurídico" (4). No Brasil, pode-se então dizer que há uma disponibilidade controlada ou parcial. É lícito, assim, concluir-se que a primeira grande limitação à autonomia do paciente é a impossibilidade de livre disposição do próprio corpo ou de partes dele. A finalidade terapêutica ou restauradora da saúde (fator de que decorre a legitimação do médico para "agredir" o corpo humano) limita a livre disposição sobre a integridade corporal. O indivíduo não pode consentir ser "mutilado" sem que haja uma finalidade terapêutica para tal. (FABRO, 1999, p. 3).

Dessa forma, depreende-se que o princípio da autonomia deve ser pautado na vontade livre e desobstruída do paciente em face do respeito dos profissionais da saúde em fornecer todas as informações e possibilidades de forma acessível ao enfermo, a fim de proporcionar ao paciente os subsídios necessários para a sua tomada de decisão.

2.3 A ORTOTANÁSIA E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: POSSIBILIDADE OU IMPOSSIBILIDADE

O Conselho Federal de Medicina (CFM), editou a resolução nº 1.805/06 permitindo ao médico limitar ou suspender tratamentos que prolonguem a vida do enfermo em fase terminal da doença. *In litteris*:

Ementa: 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 seu representante legal.

Como forma de validação da Resolução perante os dispositivos e princípios legais do ordenamento jurídico brasileiro, o CFM baseou sua decisão em normas e princípios constitucionalmente tutelados, bem como, em preceitos fundamentais da ética profissional médica. Vejamos:

CONSIDERANDO o art. 1º, inc. 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, inc. 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 incumbe ao médico diagnosticar o doente como portador de uma enfermidade em fase terminal.

Observa-se que o Conselho Federal de Medicina tomou como base o princípio da Dignidade da Pessoa Humana – disposição orientadora da presente pesquisa – para respaldar juridicamente a sua decisão. Além disso, no momento de colocar a “exposição de motivos” para o *decisum*, o CFM demonstra diversas questões éticas e morais que vêm ocorrendo e explica o cerne do problema ao citar entendimentos doutrinários. *Ipsis litteris*:

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.”

Ainda, motivam com base em evidências científicas a contrariedade das atitudes profissionais aos ensinamentos básicos e como isso pode gerar um problema ao paciente, proporcionando-o uma morte degradante, situação completamente divergente dos fundamentos principiológicos norteadores da Resolução.

As evidências parecem demonstrar que esquecemos o ensinamento clássico que reconhece como função do médico “curar às vezes, aliviar muito freqüentemente e confortar sempre.” Deixamos de cuidar da pessoa doente e nos empenhamos em tratar a doença da pessoa desconhecendo que nossa missão primacial deve ser a busca do bemestar físico e emocional do enfermo, já que todo ser humano sempre será uma complexa realidade biopsicosocial e espiritual. A obsessão de manter a vida biológica a qualquer custo nos conduz à obstinação diagnóstica e terapêutica.

Diante do exposto, o Conselho Federal de Medicina permite ao médico, em caso de doenças terminais, abster-se de aplicar ao enfermo procedimentos e tratamentos a fim de prolongar a vida do paciente, garantindo-lhe, porém, os cuidados necessários à impedir seu sofrimento, assegurando-lhe uma morte digna e natural, conforme enseja a ortotanásia.

Ocorre que, a referida Resolução foi objeto de debate da Ação Civil Pública (ACP) nº 2007.34.00.014809-3 movida pelo Ministério Público Federal (MPF) com a finalidade de suspender os efeitos da Decisão emitida pelo Conselho Federal de Medicina, gerando o reconhecimento da nulidade da Resolução e de forma subsidiária, pugnou pela alteração do *decisum* para que fossem definidos critérios a serem seguidos para validar a prática da ortotanásia.

Em primeira apreciação à ACP proposta pelo MPF, o Juiz Roberto Luis Luchi Demo deferiu a tutela antecipada requerida pelo *parquet*, evidenciando que a decisão acerca da existência ou não de conflito entre a Resolução e as normas penais é matéria reservada a apreciação sentencial, no entanto, “a mera aparência desse conflito já é bastante para impor a suspensão da Resolução CFM n. 1.805/2006” (BRASIL, 2012-A). Vejamos:

[...] 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. Do exposto, DEFIRO A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA para suspender os efeitos da Resolução CFM nº 1.805/2006.

Em suma, alega o Ministério Público Federal (BRASIL, 2012-A):

[...] [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.

O Conselho Federal de Medicina, devidamente intimado para manifestar-se, levantou questões preliminares acerca da legitimidade da Resolução e da inexistência dos requisitos necessários para a concessão da tutela antecipada. Em discussão meritória, o CFM aduziu:

[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. (BRASIL, 2012 – A)

Em análise geral, a discussão principal da Ação Civil Pública nº 2007.34.00.014809-3 refere-se a legalidade da conduta da ortotanásia, sob a análise do Código Penal brasileiro. Desse modo, o CFM demonstrou a diferença entre a eutanásia, – instituto, de fato, proibido pela legislação brasileira – a distanásia e a ortotanásia.

Pode-se aferir que diferente dos outros institutos citados acima, a ortotanásia não é considerada crime e nem tem o condão de prolongar a vida do paciente por meios artificiais, pelo contrário, tem a finalidade de gerar uma morte tranquila aos pacientes com diagnósticos terminais, sob o fundamento do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, conforme a própria definição etimológica da palavra.

Frisa-se que a dificuldade no diagnóstico de uma doença terminal não é superior ou inferior a qualquer outra dificuldade enfrentada no dia a dia dos profissionais de saúde, isso porque a medicina não é uma ciência exata e portanto, não é composta por certezas absolutas. Ocorre que, estabelecer que os profissionais devam seguir com tratamentos, os quais não se acredita na capacidade de trazer qualquer finalidade positiva ou de cura para o paciente, torna a ortotanásia uma prática legítima, visto que não há como garantir que a medicina irá trazer a cura ao paciente, mas sim, proporcionar-lhe uma melhor qualidade de vida, mesmo que em seus momentos finais (BRASIL, 2012-B).

Diante de tudo quanto foi aduzido nos autos processuais, o mesmo Juiz que inicialmente decidiu pela concessão da Tutela antecipada ao pleito ministerial, prolatou Sentença com o seguinte entendimento (BRASIL, 2012 – A):

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.”

[...]

“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.”

[...]

“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.”

[...]

“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).

Tem-se que a Sentença ora narrada encerra a discussão acerca do suposto conflito existente entre a Resolução e as normas do ordenamento jurídico brasileiro. Depreende-se, pois, que o *Decisum* respalda a autonomia de vontade do paciente sobre as suas possibilidades de escolha diante das condições apresentadas e estabelece que além da possibilidade de haver a ortotanásia nos exatos termos narrados na Resolução nº 1.805/2006 expedida pelo CFM, declara a constitucionalidade e atipicidade da conduta à luz do Código Penal vigente.

Dessa forma, entende-se pela completa possibilidade do instituto da ortotanásia no Brasil, considerado, inclusive, em julgamento da Ação Civil Pública acerca da Resolução expedida pelo Conselho Federal de Medicina - que permite a prática aos médicos – uma conduta 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”.

3 CONCLUSÃO

O 6º artigo do Código Civil brasileiro menciona e legitima a morte natural – direito conferido à todas as pessoas – a medida que o presente estudo baseia-se no referido dispositivo para estabelecer como objetivo a análise crítica acerca das formas que esse direito vem sendo exercido pelas pessoas e os impactos que os diagnósticos e atitudes dos profissionais de saúde são capazes de causar nos seus pacientes, repercutindo de forma direta no pleno exercício do direito de morrer, sobretudo com dignidade.

Como forma de resolução da problemática exposta, a pesquisa possui o condão de apresentar a ortotanásia como uma alternativa juridicamente possível e razoável, conceituada por Pessine apud Oliveira (2012, p. 340) como “a arte de bem morrer, que rejeita toda forma de mistanásia sem cair nas ciladas da eutanásia nem da distanásia”.

O objetivo exposto dispôs de uma análise sob a ótica de princípios e direitos constitucionais como a Dignidade da Pessoa Humana e o direito à vida, bem como de uma análise conceitualista e principiológica a respeito da bioética a fim de chegar à conclusões próprias e autênticas a partir da análise do resultado da Ação Civil

Pública movida pelo Ministério Público Federal em face da resolução nº 1.805/06, editada pelo conselho federal de medicina que permite ao médico limitar ou suspender tratamentos que prolonguem a vida do enfermo em fase terminal da doença.

Em termos práticos, a referida resolução permite aos profissionais de saúde a prática da ortotanásia, que significa a opção que os pacientes possuem, em casos de diagnósticos de alta probabilidade letal, de não se tratar ou de não utilizar-se de meios para retardar o óbito.

Sob outra ótica, a ortotanásia também não possui o condão de acelerar ou estimular a morte ou sofrimento do paciente, mas sim de deixá-lo ocorrer de forma natural, adotando todas as cautelas para que o indivíduo não sinta qualquer tipo de dor ou mal estar, por meio da utilização de métodos paliativos como forma de cuidado e prevenção.

O mote principal da ACP relacionava-se ao receio do Ministério Público Federal em permitir e legitimar aos profissionais de saúde atitudes que, acaso fossem utilizadas de forma indevida por familiares de doentes e pelos próprios profissionais, permitira a disposição do direito à vida, propriedade completamente indisponível.

No entanto, a prática da ortotanásia coaduna perfeitamente com os princípios norteadores da bioética, quais sejam a autonomia, beneficência e não maleficência, visto que a prática possui a finalidade de gerar um bem estar ao paciente por meio de atos que sob nenhuma hipótese têm a finalidade de causar malefícios ou prejuízos à vida e principalmente, detém o devido respeito a autonomia de vontade da pessoa, que objetivamente possui o direito de receber todas as informações, opções, pontos positivos e negativos das mais diversas possibilidades de escolha.

Isto posto, a resolução foi emitida com fulcro em princípios constitucionais e bioéticos, havendo, inclusive, o estabelecimento de limites para a aplicação do método, elementos decisivos para a Sentença relativa à inexistência de qualquer nulidade na resolução.

É certo a presente discussão envolve tamanha multidisciplinaridade e que o convencimento pleno acerca de temas tão importantes e envolvidos por imenso *tabu* – como é o caso da morte – não é simples e demanda muito estudo e pesquisa.

No entanto, o Brasil encontra-se em uma realidade de envelhecimento da população, na qual as pessoas podem encontrar-se diante de diagnósticos com

altíssima probabilidade letal e a Dignidade da Pessoa Humana – inclusive no momento do óbito – deve ser levada em consideração e posta em análise e discussão ou pelo menos, em possibilidade a ser exposta por profissionais capacitados, a fim de que o enfermo tome a melhor decisão com base na sua autonomia e nos mais diversos pilares que a envolvem.

Diante disso, emerge uma eminente necessidade de conhecimento, inovação, análise e aplicação dos princípios com base nos novos tempos e sob a análise do que – de fato – é o melhor diante de cada caso concreto, com base não apenas no momento presente, mas sim, no processo como um todo.

Dessa forma, com base na presente pesquisa, compreende-se pela total possibilidade da aplicação da prática da ortotanásia diante dos limites estabelecidos e principalmente, do respeito à vontade e autonomia plena de pacientes que possuem o direito à informação acerca de todas as suas possibilidades, especialmente quando encontram-se diante de um momento de extrema vulnerabilidade emocional – como nos caso de diagnósticos com alta possibilidade letal.

Frisa-se, por oportuno, que a ortotanásia oferece ao paciente a permissão para que o seu falecimento ocorra de forma plenamente natural, através de cuidados paliativos, com o objetivo de gerar o mínimo de sofrimento possível ao paciente, em respeito aos princípios bioéticos da beneficência, não maleficência e autonomia.

Isto posto, diante de casos em que os pacientes são apresentados à diagnósticos com alta potencialidade letal e ainda, são orientados a respeito dos diferentes caminhos à seguir – tratamento e/ou ortotanásia – ao optar por um deles, estão manifestando o direito à liberdade pela autonomia de vontade, sem infringir, em nenhum dos casos, o direito à vida ou o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, tendo em vista que os dispositivos legais não são concorrentes, mas sim, convergentes.

Além disso, não há, em nenhuma das opções expostas, qualquer proposta de adiantar a *causa mortis* ou ceifar a vida do paciente, o que é vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Pelo contrário, ao optar pela ortotanásia, o paciente exerce seu direito de morrer com dignidade, proveniente dos direitos e princípios acima instituídos.

Conclui-se, por fim, que permitir que um sujeito em sofrimento com a iminente morte faleça, não significa privar-lhe do direito à vida, tampouco ofender a indisponibilidade do direito a esta, mas sim, garantir a sua dignidade.

REFERÊNCIAS

BITTAR, C. A. **Os direitos de personalidade**. 7. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

BRASIL. 14^a Vara Federal do Distrito Federal. **Ação Civil Pública n. 2007.34.00.014809-3**. Ministério Público Federal em face do Conselho Federal de Medicina. Juiz Roberto Luis Luchi Demo. 2007, sentença. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf>> Acesso em: 23 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm> Acesso em: 23 set. 2020.

CONSALTER, Z. M.; JAREMCZUK P. **Direito à vida versus recusa ao tratamento vital**. Prisma Jur., São Paulo, v. 9, n. 1, p. 35-53, jan./jun. 2010.

CRUZ, Maria Luiza Monteiro da; OLIVEIRA, Reinaldo Ayer de. **A licitude civil da prática da ortotanásia por médico em respeito à vontade livre do paciente**. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/bioet/v21n3/a04v21n3.pdf>>. Acesso em: 06 dez.2020.

FABRO, Leonardo. **Limitações jurídicas à autonomia do paciente**. Revista Bioética, v.7, n.1. 1999.

FRISO, Gisele. **A ortotanásia: uma análise a respeito do direito de morrer com dignidade**. Revista dos tribunais, vol. 885/2009, p. 130 – 153, DTR\2009\471, jul. 2009.

JUNGES, José Roque. **Bioética: perspectivas e desafios**. Unisinos. 1999.

LIMA, Walber. **Bioética, mistanásia e direitos humanos: morte social e perspectivas para o seu enfrentamento**. Natal, Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN, SISBI, fev. 2017.

MENEZES, Rachel Aisengart ; Ventura , Miriam. **Ortotanásia, sofrimento e dignidade entre valores morais, medicina e direito.** Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v28n81/13.pdf>>. Acesso em: 06 dez. 2020.

OLIVEIRA, Damião. **Dignidade da pessoa humana, cuidados paliativos e ortotanásia: a visão de um juiz.** Jurisp. Mineira, Belo Horizonte, a. 63, n° 203, p. 23-47, out/dez. 2012.

POSSOLI, Jhonatan. **Autonomia da vontade versus o direito a vida: um estudo de caso da ortotanásia na ação civil pública nº. 2007. 34.00.014809-3 impetrada em face da resolução nº. 1.805/2006 do conselho federal de medicina.** Criciúma, SC, UNESC, jun. 2012.

ROCHA, Eneyde Gontijo F. M. **Direito à verdade e autonomia de vontade do enfermo.** De Jure, nov. 2007.

SILVA, José Afonso. **A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia.** Rio de Janeiro, 212: 89-94, abr./jun. 1998.