

O DIREITO DE MORRER DIGNAMENTE: A ORTOTANÁSIA E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Gabriela Maria Valente (IC) e Marcia Brandão Carneiro Leão (Orientador)

Apoio: PIBIC CNPq

RESUMO

São três as formas de se colocar fim à vida, que mesmo tendo parâmetros diferentes, possuem uma mesma finalidade, que é a concessão de uma morte digna aos que estão em estado terminal. Tais técnicas têm sido questionadas, sendo esta uma das maiores preocupações nos dias atuais, tanto na área médica quanto na área legal. São elas: eutanásia, ortotanásia e distanásia. Eutanásia é a morte sem sofrimento, é prática através da qual se busca por fim a vida de um indivíduo portador de enfermidade incurável, sem dor, esta é considerada ilegal no Brasil, porém vem sendo legalizada em alguns países, como Holanda e Bélgica. Na ortotanásia aquele que possui enfermidade incurável, está em estado terminal, opta por não se tratar ou interrompe o tratamento, a fim de se ter a denominada morte digna, morte certa. E por fim há a distanásia que é uma morte dolorosa, um prolongamento da morte, nesta o tratamento se torna inútil, aumentando o sofrimento do indivíduo. Este trabalho visa estudar o instituto da ortotanásia dentro do ordenamento jurídico brasileiro, como se dá seu tratamento, e ainda sobre a importância da legalização deste instituto, que permite ao ser humano que este tenha uma morte digna, e conseqüentemente, fazendo com que o médico deixe de estar sujeito a eventuais ações jurídicas por respeitar a autonomia do paciente, ou seja, a sua vontade.

Palavras-chave: ortotanásia. Morte digna. Dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

There are three ways of putting an end to life. These ways, although having different parameters, have the same purpose: to provide a dignified death to those who are in a terminal state. Such techniques have been questioned, and it is one of the greatest concerns in the medical area and the legal area nowadays. They are: euthanasia, orthothanasia and dysthanasia. Euthanasia is death without suffering, it's a practice through which it's possible to put painless an end of the life of someone who is suffering from an incurable disease. This technique is considered illegal in Brazil, but it has been legalized in some countries, such as the Netherlands and Belgium. In orthothanasia, someone who has an incurable disease, in terminal state, chooses do not treat or interrupt the treatment, in order to have the called dignified death. Finally, there is dysthanasia, which is a painful death, an extension of death, in this institute the treatment becomes useless, increasing the suffering of the patient. This paper aims to study the orthothanasia institute within the Brazilian legal system, as it gives it's treatment and the importance of legalization of this institute, which allows the human being to have a dignified death. It can also avoid that doctors could be subject of possible legal actions for respecting the autonomy of the patient, in other words, person's wish.

Keywords: orthothanasia. Worthy death. Dignity of human person.

1 INTRODUÇÃO

Ortotanásia é um método utilizado pela medicina, que consiste em não ministrar tratamento ao enfermo em estado terminal, havendo apenas a aplicação de cuidados paliativos, para que o paciente não sinta dor garantindo, deste modo, a ele uma morte digna.

Porém, mesmo sendo um instituto de suma importância no meio médico, e ainda garantidor da dignidade humana no momento da morte, o Direito Brasileiro não o reconhece como legal até esse momento, uma vez que através da interpretação da legislação é possível enquadrar sua prática no art. 121, §1º do Código Penal, como homicídio piedoso.

De outro lado, prolongar, artificialmente, uma vida em sofrimento, retira dela a dignidade e equivale a tortura. O CRM já aprovou a prática da ortotanásia, trazendo à tona uma das maiores polêmicas no meio médico-legal: afinal, a ortotanásia é ou não é legal?

O presente trabalho analisa a proteção à vida e aos direitos humanos no ordenamento pátrio e na doutrina, bem como os institutos da eutanásia, da distanásia e principalmente, da ortotanásia, discorrendo ainda sobre a importância da legalização de alguns desses institutos, tendo em vista o não prolongamento do sofrimento humano, colocando em primeiro lugar, como se deve, a dignidade humana.

Além disso, a pesquisa revela, também, de que maneira alguns outros países regulam o tema.

2 DESENVOLVIMENTO DO ARGUMENTO

No decorrer do tempo, a humanidade tem avançado em diversas áreas, inclusive na área médica e tecnológica, permitindo aos indivíduos o prolongamento da vida, através de novos medicamentos, cirurgias, tratamentos preventivos ou reparadores, entre tantos outros. Porém o processo de morrer tem significado, muitas vezes, um grande sofrimento para os pacientes terminais, uma vez que, a fim de postergar uma morte – muitas vezes inevitável – tem-se prolongado a vida através de tratamentos excessivamente dolorosos ou até mesmo por meio de aparelhos que substituem funções de nosso organismo, afetando assim a dignidade da pessoa humana.

Em decorrência desse tipo de situação, tornou-se inevitável que as questões relacionadas ao sofrimento inútil representado por tais manobras, fossem discutidas no âmbito ético-jurídico. Tendo como consequência o surgimento da Bioética e do Biodireito. Bioética, nas palavras de Maria de Fátima Freire de Sá e de Bruno Torquato de Oliveira Naves “[...] é a disciplina que estuda os aspectos éticos das práticas dos profissionais da saúde e da Biologia, avaliando suas implicações na sociedade e relações entre os homens e entre esses e outros seres vivos.” Já o Biodireito é a normatização das normas bioéticas, ambos andam lado a lado, juntos, tendo como principal função a proteção dos direitos fundamentais e mesmo

se utilizando de diferentes tipos de técnicas de abordagem, acabam por se complementar. (SÁ; NAVES, 2015).

E em meio a tanto desenvolvimento da ciência, tem surgido no Direito a discussão a respeito da legalidade de institutos como a ortotanásia, eutanásia e distanásia.

Segundo Maria Helena Diniz ortotanásia é:

[...] ato de suspender medicamentos ou medidas que aliviem a dor, ou de deixar de usar os meios artificiais para prolongar a vida de um paciente em coma irreversível, por ser intolerável o prolongamento de uma vida vegetativa sob o prisma físico, emocional e econômico, acatando solicitação do próprio enfermo ou de seus familiares. (DINIZ, 2014).

Já a eutanásia, consoante a mesma autora citada acima, ocorre quando:

[...] por piedade, há deliberação de antecipar a morte de doente irreversível ou terminal, a pedido seu ou de seus familiares, ante o fato da incurabilidade de sua moléstia, da insuportabilidade de seu sofrimento e da inutilidade de seu tratamento, empregando-se, em regra, recursos farmacológicos, por ser a prática indolor de supressão da vida.

Por fim, distanásia seria:

O ato de prostrar o processo de falecimento iminente em que se encontra o paciente terminal, vez que implica um tratamento inútil. Trata-se aqui da atitude médica que, visando a salvar a vida do moribundo, submete-o a grande sofrimento. Não se prolonga, destarte, a vida propriamente dita, mas sim o processo de morrer. (CABETTE, 2006)

Na opinião de parte dos doutrinadores brasileiros, como por exemplo Néelson Hungria, a ortotanásia ainda pode ser enquadrada no art. 121, §1º do Código Penal:

Art. 121. Matar alguém:

Pena – reclusão, de seis a vinte anos.

Caso de diminuição de pena

§1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço [...]

Ao redor do mundo, tal prática já é legalizada, em países como a Inglaterra, Canadá, Japão e Estados Unidos, demonstrando que o Direito tem dado alguns passos, na tentativa de acompanhar os grandes avanços que estão ocorrendo na medicina e conseqüentemente suscitado reflexão ética acerca da moralidade envolvida no prolongamento inútil da vida humana, acarretando apenas maior sofrimento ao ser humano.

2.1 A vida e sua proteção no ordenamento jurídico brasileiro

Vida, nos termos de um dicionário é o intervalo que há entre o nascimento à morte do indivíduo, é período de existência; é força e vitaliciedade; é um conjunto de elementos que permitem aos seres humanos continuarem em constante atividade.

Como será visto adiante, a vida humana é protegida e velada pela Constituição Federal, através de princípios constitucionais, tornando-a um direito fundamental e inviolável. Porém, essa inviolabilidade não é ilimitada, ou seja, há limites, uma vez que o direito à vida não implica em um dever de continuar vivendo quando não mais tiver presente a dignidade humana.

O direito à vida não implica uma obrigação de sobrevida, além do período natural, mediante medidas, por vezes desgastantes e dolorosas, colocando em séria ameaça a dignidade humana do doente. Muitas vezes, a adoção de tais medidas extrapola o que deveria ser para seu benefício e entra na esfera da mera obstinação terapêutica. Portanto, é válida, aqui, a aplicação da noção de não-maleficência, qual seja: a de que, quando a atuação médica já não for capaz de acrescentar benefícios efetivos ao paciente, é mister, ao menos, não lhe aumentar os sofrimentos, mediante atuação indevida e obstinada para tão-somente prolongar impositivamente a existência terminal. (VILLAS-BÔAS, 2008)

O Brasil é signatário de tratados e convenções internacionais que tutelam sobre os direitos humanos, inclusive o direito à vida, como é o caso da Convenção Americana de Direitos Humanos, que em seu artigo 4, inciso I diz “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente” (CADH, 1969). Outro exemplo é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que em seu art. 3 diz que “toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”. (MOREIRA, 2015).

A vida deve ser preservada enquanto houver elementos que garantam uma vida digna ao ser humano, o Estado deve protegê-la. Porém, a partir do momento em que estão ausentes esses elementos, o indivíduo passa a ter o direito à morte digna, uma vez que diante do extremo e inútil sofrimento, inexistente um dever de continuar vivendo.

2.1.1 Princípio da Dignidade Humana

A Constituição garante a dignidade da pessoa humana como direito fundamental, em seu artigo 1, inciso III. Igualmente, em seu artigo 5, inciso III, garante que ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento desumano ou degradante.

De acordo José Afonso da Silva “[...] a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”. (SILVA et al., 1998)

Também a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu Preâmbulo, reconhece a dignidade da pessoa humana quando diz: “considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”. (DUDH,1948)

“A dignidade da pessoa humana pode ser considerada como sobreprincípio constitucional, do qual todos os princípios e regras relativas aos direitos fundamentais seriam derivação, ainda que com intensidade variável “. (DIDIER, 2015).

Assim sendo, a dignidade da pessoa humana é um dos sustentáculos do Estado Brasileiro, assegurado pela Constituição Federal de 1988. Assim, presentes as condições que demonstram a impossibilidade de o paciente reverter o quadro clínico, estar em fase avançada a doença e inexistir a cura, ao invés de continuar submetendo-o a tratamento desumano, atroz, que causa sérios desgastes físicos, psicológicos e emocionais tanto para o paciente como para os familiares que o acompanham, desse ser assegurado o direito de morrer dignamente.

[...] O princípio da dignidade da pessoa humana estabelecido no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, preconiza que o Estado Brasileiro possui, como dito anteriormente, como sustentáculo, a dignidade. A preservação desse direito deve ser observada em condições perfeitas de saúde e mais ainda quando se encontra inserida no processo de morrer (GONÇALVES NETO, 2016).

Portanto, percebe-se que mesmo sendo o direito à vida um direito fundamental inviolável, a dignidade humana se impõe a ele, fazendo com que todos os indivíduos tenham, sim, direito à vida, mas a uma vida com dignidade, qualidade, sem sofrimento e pesar. Tal condição se estende à morte, na qual a dignidade também deve estar presente. Logo, a partir do momento em que ausente a dignidade, o direito à vida deixa de ser inviolável, e passa a prevalecer a autonomia do indivíduo.

2.1.2 Princípio da Autonomia

O princípio da autonomia, é um princípio que “[...] pode ser entendido como o reconhecimento de que a pessoa possui capacidade para se autogovernar [...], preceitua-se o respeito pela capacidade de decisão e ação do ser humano. “(SÁ; NAVES, 2015).

Tal princípio tem profunda ligação o princípio da dignidade humana, uma vez que juntos traduzem a noção de um direito que o paciente terminal tem: o de morrer ao seu modo.

Ou seja, o indivíduo tem o direito tanto de optar pelo tratamento, pelo prolongamento artificial da vida, quanto de optar pelo não tratamento. (MÖLLER, 2007)

Autonomia significa autogoverno, autodeterminação da pessoa em tomar decisões relacionadas a sua vida, sua saúde, sua integridade físico-psíquica e suas relações sociais. Pressupõe existência de opções, de liberdade de escolha e requer que o indivíduo seja capaz de agir de acordo com as deliberações feitas. O respeito à autodeterminação fundamenta-se no princípio da dignidade da natureza humana, acatando-se o imperativo categórico kantiano que afirma que o ser humano é um fim em si mesmo. Algumas variáveis contribuem para que um indivíduo torne-se autônomo, tais como condições biológicas, psíquicas e sociais. Podem existir situações transitórias ou permanentes que uma pessoa pode ter uma autonomia diminuída, cabendo a terceiros o papel de decidir. A autonomia não deve ser confundida com individualismo, seus limites são estabelecidos com o respeito ao outro e ao coletivo. (TORRES, 2007)

A autonomia garante a todos os indivíduos o direito de recusar ou ainda, de consentir com o tratamento de caráter preventivo, diagnóstico ou terapêutico, indicado pelo médico. (TORRES, 2007).

Segundo Leticia Ludwing a vontade do paciente deve ser respeitada pelo médico, em razão deste princípio, e este em conjunto com o princípio da dignidade humana, dão base ao direito que o paciente terminal detém de morrer ao seu modo.

[...] os princípios da autonomia e da dignidade humana, de forma conjunta, conformam a noção de um direito do paciente terminal de morrer ao seu modo. Ou seja, abarca não só a decisão no sentido de limitar a terapia, como pode justificar a opção do paciente terminal pelo prolongamento artificial do seu final de vida, desde que essa decisão autônoma seja minimamente viável a prática e não se defronte com limites impostos pela limitada oferta de recursos da saúde para um grande número de doentes que deles necessitam [...] ou por eventual objeção de consciência por parte do profissional em agir de forma que agrida fortemente sua visão moral particular. (MÖLLER, 2007)

Isto posto, parece ser aceitável garantir àquele que se encontra em estado terminal, almejando o fim de seu sofrimento – ou a seus familiares, quando se encontrar impossibilitado – o direito de escolha, entre prolongar ou não sua vida, dado que o indivíduo é capaz de escolher aquilo que é melhor para si.

Portanto, o indivíduo deve ter o direito de optar ou não, pelo direito de morrer dignamente, não se submetendo ao tratamento ou suspendendo-o, numa prática denominada eutanásia passiva ou ortotanásia.

2.1.3 Princípio da Liberdade

Este vem a ser um dos mais importantes princípios que norteiam a ortotanásia, uma vez que confere ao paciente terminal a garantia de que ele terá liberdade de escolha entre seguir com o tratamento, tendo em vista prolongar a vida, ou optar por métodos paliativos, que farão com que ele não sinta dor, amenizando ou eliminando seu sofrimento, como um meio de morrer dignamente.

A inobservância do direito à liberdade do enfermo pode gerar para o médico consequências, tais como, ser indiciado como autor dos crimes de constrangimento ilegal, cárcere privado e lesões corporais, todos previstos no Código Penal, nos artigos, respectivamente, 146, 148 e 129. (GONÇALVES NETO, 2015)

A intervenção terapêutica contra a vontade do paciente é um atentado contra sua dignidade. A pessoa tem proteção jurídica de sua dignidade e, para isso, é fundamental o exercício do direito à liberdade, o direito de exercer sua autonomia e de decidir sobre os últimos momentos de sua vida. Esta decisão precisa ser respeitada. Estando informado sobre o diagnóstico e o prognóstico, o paciente decide se vai se submeter ou se vai continuar se submetendo ao tratamento. Ele pode decidir pelo não tratamento, desde o início, e pode também decidir pela interrupção do tratamento que ele considera fútil. (BORGES et al., 2005)

Em relação aos enfermos terminais, que há muito perderam a capacidade de expressar sua vontade, e quando podiam não o fizeram, a escolha – fundamentada no princípio da liberdade – deverá caber aos familiares, que decidirão por continuar ou por interromper o tratamento.

Esta última possibilidade garante ao médico que este não estará sujeito a eventuais ações judiciais, como uma acusação de homicídio, por exemplo, uma vez o direito à liberdade foi exercido, e as ações do profissional foram embasadas pelo exercício deste direito.

2.2 Direito à vida

Todos os indivíduos têm direito à vida, previsto em nossa Constituição Federal, em seu artigo 5, sendo este o mais fundamental de todos, uma vez que para a existência dos demais é necessário que haja vida, em primeiro lugar.

Porém tal direito não deve ser entendido de forma literal, uma vez que possui dupla acepção, conforme Alexandre de Moraes: “[...] a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter uma vida digna”. E essa dupla acepção deve ser garantida pelo Estado.

A própria Declaração Universal dos Direitos Humanos, primeiro garante a dignidade (artigo 1) do ser humano, depois a igualdade (artigo 2), e por fim, a vida (artigo 3). (DUDH,1948)

O direito à vida é indisponível, intransmissível e irrenunciável, portanto o ser humano não pode dela dispor quando bem entender, assim como não poderá renunciar a ela. Porém a Constituição Federal, ao garantir em seu artigo 5, inciso III, que nenhum ser humano será submetido a tratamento desumano ou degradante, assegura aos indivíduos o direito de escolha, ou seja, se ninguém poderá ser submetido a tal circunstância não se pode obrigar o indivíduo a lutar contra enfermidade terminal, quando não o desejar, especialmente quando, na realidade, o tratamento lhe infligirá dor, atingindo sua própria dignidade, sem a possibilidade de trazer como resultado a cura, por exemplo, mas apenas prorrogação da morte.

2.2.1 Direito à morte digna

Assim como há o direito à vida com dignidade, há o direito de se ter uma morte digna, sem sofrimento, sem ser esmagada pela dor. Uma morte que não atinja a integridade física do indivíduo e muito menos sua dignidade, uma vez que a morte faz parte da vida. Sendo assim, tal direito parece estar reconhecido pela nossa Constituição Federal ao assegurar o princípio da dignidade humana, o direito à liberdade e o direito à autonomia, tendo como consequência o direito do paciente, em estado terminal, escolher o método de tratamento, ou ainda, se seguirá ou interromperá a prescrição médica, pois ninguém além do próprio paciente delimitará com mais precisão aquilo que atingirá ou não a sua dignidade humana.

Como já dito anteriormente, frente ao sofrimento, a morte inevitável, o princípio da dignidade humana se sobrepõe aos demais, inclusive ao direito à vida, logo em razão da autonomia e da liberdade, o paciente pode dizer adeus, deste modo vivendo plenamente sua morte. (MÖLLER, 2007).

Aquele que está em estágio terminal, não pode ter a sua vontade de morrer dignamente limitada pelo Estado ou pelos médicos. Ele possui o direito de morrer e autonomia para exigir que este evento seja digno. Portanto, tal direito é tão inalienável quanto o direito à vida.

2.3 Ortotanásia

Como já dito anteriormente, houve grandes avanços na tecnologia e na ciência, principalmente, no decorrer dos últimos anos. Tais avanços possuem características tanto positivas quanto negativas: na mesma proporção em que têm permitido uma melhor qualidade

de vida, deram origem a uma obstinação terapêutica, que consiste na utilização de todos os meios possíveis que permitem um prolongamento da vida, seja por meio de drogas ou por meio de aparelhos, cada vez mais modernos, possibilitando que o ser humano retarde seu fim.

Essa situação decorre do temor frente à morte e tem motivado a busca por métodos que possam adiá-la. Portanto, a obstinação terapêutica surge como uma válvula de escape para aqueles que teimam em escapar da morte, muitas vezes gerando mais sofrimento e dor, tanto físico quanto ao psicológico, alcançando os enfermos e os familiares e tendo como consequência uma morte sofrida, dolorosa e demorada.

Há vários motivos que estimulam um médico a prolongar a vida, através de tratamentos de pacientes que se encontram já em estágio terminal, mesmo sabendo que o estado de saúde destes não irá melhorar: um destes motivos é o fato do profissional estar ligado emocionalmente tanto ao paciente quanto aos familiares e portanto, fazer tudo que está ao seu alcance “para evitar ou adiar a morte”; outro, também, é o fato de que não realizar o tratamento seria o mesmo que desistir, quando se tem o dever de não fazê-lo, de lutar pela vida, utilizando de todos os modos possíveis. (MÖLLER, 2007).

Em contrapartida, começa a surgir um sentimento entre os médicos, de que essa obsessão pelo prolongamento da vida atinge a dignidade humana, o que está levando ao questionamento acerca do uso da tecnologia: estaria havendo excesso já que, ao invés de proporcionar uma morte digna, sem sofrimentos, estar-se-ia dando causa a uma morte penosa, dolorosa? Nesse sentido, o profissional da saúde passa a se questionar acerca do investimento de esforço em uma morte com sofrimento prolongado, diante da possibilidade de oferecer uma morte digna.

Como resposta, apresentam-se duas possibilidades: seguir com o tratamento ou interrompê-lo. Na primeira opção ocorrerá a distanásia, e na segunda, a ortotanásia.

A definição de rumos para o tratamento envolve uma decisão entre as seguintes possibilidades: a decisão no sentido de prolongar o processo de morrer, que pode se dar tanto com a oferta de um novo tratamento, como com a manutenção/seguimento de um tratamento já iniciado; e a decisão no sentido de limitar a terapia, de modo a não estender o processo de morrer, o que se pode se dar tanto com a não-oferta de um determinado tratamento, como com sua interrupção/retirada. (MÖLLER, 2007)

Sendo assim, cabe agora analisar tais institutos e outros, relacionados à interferência do ser humano no processo de morte de pacientes terminais, para que seja possível uma melhor compreensão do tema.

2.3.1 Distinção entre ortotanásia, eutanásia, distanásia e suicídio assistido

Ortotanásia é uma palavra que vem do grego *orthos*, normal, correto e *thanatos*, morte, que traz o significado de morte na hora certa. Tal prática é caracterizada, segundo Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves “pelo não tratamento de uma enfermidade ou complicação intercorrente, e a morte ocorrerá a seu tempo, sem o prolongamento desnecessário da vida”. (SÁ; NAVES, 2015).

Em tal prática o médico não interfere na morte do paciente, ele não adia nem antecipa tal momento. O profissional se limita a aplicar ao doente, cuidados paliativos para que ele não sinta dor, evitando assim seu sofrimento e permitindo que o enfermo tenha uma morte em seu tempo natural.

Porém, apenas se opta pela ortotanásia quando uma intervenção médica, através de tratamentos ou procedimentos é ineficaz, ou seja, seria inútil, fútil e não traria a cura para o paciente, uma vez que o quadro clínico já se encontra em estado de irreversibilidade, já tendo, portanto, se iniciado o processo de morte. (CABRAL; PERES, 2015)

A palavra eutanásia tem origem grega, é composta de “eu”, que significa boa, e “thanatos”, que significa morte. Portanto, de acordo com seu significado, eutanásia é a boa morte. Tal prática consiste em antecipar a morte daquele que se encontra em estado terminal.

É a morte de pessoa – que se encontra em grave sofrimento decorrente de doença, sem perspectiva de melhora – produzida por médico, com o consentimento daquela. A eutanásia, propriamente dita, é a promoção do óbito. É a conduta, por meio da ação ou omissão do médico, que emprega, ou omite, meio eficiente para produzir a morte em paciente incurável e em estado de grave sofrimento, diferente do curso natural, abreviando-lhe a vida. (SÁ; NAVES, 2015)

Esse instituto pode ser classificado como eutanásia ativa ou passiva. A ativa ocorre quando o enfermo, que se encontra em estado terminal, recebe auxílio a fim de abreviar sua morte, como por exemplo, a aplicação de uma injeção letal pelo médico. Já a modalidade passiva, também conhecida como ortotanásia, consiste na interrupção do tratamento ou em não fazer o tratamento possível. Nesta, o médico aplica apenas métodos paliativos, fazendo com que o enfermo não sinta dor e tenha dessa maneira, uma morte digna.

O suicídio assistido não é sinônimo de eutanásia, porém os institutos guardam uma certa semelhança. Na eutanásia, a morte surge em decorrência de uma ação ou até mesmo omissão por parte do médico. Já no suicídio assistido, a morte não depende de um terceiro, a este caberá observar, auxiliar ou orientar, mas no fim é o próprio paciente que age. (RIBEIRO, 1999)

Distanásia também tem origem grega, “dis” significa afastamento, enquanto “thanatos” significa morte, portanto o significado é afastamento da morte. Se a eutanásia consiste em abreviar a morte, a distanásia é o oposto, por ela se busca o prolongamento da vida, por meios artificiais, mesmo que o paciente não tenha mais chances de cura, já esteja em estado terminal, evitando assim que venha a falecer, utilizando-se de todos os meios possíveis, fazendo com que este paciente tenha uma morte banhada em sofrimento, uma vez que todos esses meios utilizados nessa busca desesperada pela vida são inúteis pois, aqui, o enfermo já está condenado.

“A distanásia configura-se pelo prolongar do processo de morrer, quando o médico insiste na administração de tratamentos inúteis” (SÁ; NAVES, 2015).

2.3.2 Ortotanásia no ordenamento jurídico brasileiro

Há muito, tal instituto vem sendo discutido por inúmeros juristas, numa busca exaltada pela prevalência da dignidade da pessoa humana. E como consequência, em 2006 foi publicada a Resolução nº 1805/2006, do Conselho Federal de Medicina, que passou a prever o direito a morte digna. Tal Resolução apenas adquiriu validade em dezembro de 2010, em decorrência de ter sido interposta uma ação civil pública pelo Ministério Público Federal, buscando a decretação de sua nulidade

A decisão que julgou improcedente o pedido do Ministério Público Federal, foi emitida pelo Juiz Federal Roberto Luiz Luchi Demo, da 14ª Vara da Justiça Federal. Na sentença, ele chegou à conclusão de que a ortotanásia não contraria o ordenamento jurídico brasileiro, tomando como base a manifestação da Procuradora da República Luciana Loureiro Oliveira, que fez alusão ao fato de que o Conselho Federal de Medicina tem sim, competência para dispor sobre o assunto, que diz respeito à ética médica e não ao direito penal em si.

Defendeu a Procuradora, ainda, que a prática da ortotanásia não pode ser considerada como sendo homicídio, que a edição desta resolução não modificou em nada o dia-a-dia dos médicos, não havendo, portanto, consequências danosas, além do fato de que esta Resolução permite um maior esclarecimento por parte do profissional da saúde, em relação aos métodos de tratamento adotados, gerando assim maior transparência. (BRASIL, 2010)

A Resolução nº 1805 de 9 de novembro de 2006, do Conselho Federal de Medicina estabelece:

Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que

levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal.

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

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

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

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

Art. 2. O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito de alta hospitalar. (CFM, 2006)

Cabe ressaltar que, conforme a doutrina brasileira “dolo é a consciência e a vontade de realização da conduta descrita em um tipo penal [...]” (BITENCOURT, et al. 2016). É a vontade de realizar determinada conduta com a finalidade de produzir o resultado consequente. (CAPEZ, et al. 2016).

Já a “culpa é a inobservância do dever objetivo de cuidado manifestada numa conduta produtora de um resultado não querido, mas objetivamente previsível.” (BITERCOURT, et al. 2016). É determinada conduta, denominada voluntária que produz um resultado não querido, provocado por imprudência, negligência ou imperícia. (CAPEZ, et al. 2016).

Isto posto, é possível afirmar que a ortotanásia não poderá ser enquadrada em nenhum tipo penal, uma vez que não há o dolo por parte do médico, este não age nem se omite com o objetivo de pôr um fim à vida do paciente, mas sim com a finalidade de reduzir seu sofrimento, uma vez que este seria prolongado através de um tratamento ineficaz, frente à morte inevitável.

A prática da Ortotanásia não se configura qualquer tipo penal. Isso por que a finalidade do médico que interrompe o tratamento terapêutico, por consentimento do paciente ou da família ou por uma decisão médica, é reduzir o sofrimento do doente sem nenhuma chance de cura. No caso do paciente em estado terminal, há o respeito a sua autodeterminação, expressão de sua vontade, um direito de escolha, que objetiva privilegiar a liberdade; é o direito de autogovernar-se. (MOREIRA, 2015)

Com a ortotanásia, os médicos buscam garantir que os princípios da dignidade da pessoa humana, assim como o da autonomia, não sejam infringidos, garantindo assim uma morte digna àquele que se encontra em estado terminal.

No que diz respeito à autonomia do paciente, foi editada a Resolução nº 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina, que tem por função suprimir a falta de legislação no que tange o respeito a ela. Segundo a Resolução, em seu artigo 1, o médico, em um momento

oportuno, quando ainda o paciente pode expressar sua vontade, deve ouvi-lo, para que quando, e se, o paciente chegar a perder essa capacidade de se expressar, o profissional possa realiza-la.

In verbis:

Art.1º Definir diretrizes antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade.

Há também um projeto de lei, aguardando ser aprovado, afim de estabelecer a exclusão de ilicitude da prática da ortotanásia. Trata-se do PL6.715/2009. Por essa proposta, será inserido no Código Penal, o art. 136-A, prevendo que deverão ser preenchidos requisitos legais, quais sejam: morte iminente atestada por dois médicos, consentimento do paciente ou, quando este for impossibilitado, do cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão.

Art. 136-A. Não constitui crime, no âmbito dos cuidados paliativos aplicados a paciente terminal, deixar de fazer uso de meios desproporcionais e extraordinários, em situação de morte iminente e inevitável, desde que haja consentimento do paciente ou, em sua impossibilidade, do cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.

§1º A situação de morte iminente e inevitável deve ser previamente atestada por 2 (dois) médicos.

§2º A exclusão de ilicitude prevista neste artigo não se aplica em caso de omissão de uso dos meios terapêuticos ordinários e proporcionais devidos a paciente terminal.

Existe, também, tramitando no Senado, o Projeto de Lei nº 236/2012, que diz respeito ao novo Código Penal. Nele, encontra-se previsão específica acerca da ortotanásia e da eutanásia. Segundo o Projeto, a ortotanásia estará prevista no artigo 121, §§ 6º e 7º, e a eutanásia estará disposta no artigo 122:

Ortotanásia

§ 6º No âmbito dos cuidados paliativos aplicados a pessoa em estado terminal ou com doença grave irreversível, não há crime quando o agente deixar de fazer uso de meios extraordinários, desde que haja consentimento da pessoa ou, em sua impossibilidade, do cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão.

§ 7º A situação de morte iminente e inevitável ou de doença irreversível, no caso do parágrafo anterior, deve ser previamente atestada por dois médicos.

Eutanásia

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

Pena – prisão, de dois a quatro anos.

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

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

A previsão desses dois institutos, no que pode vir a ser nosso novo Código Penal, mostra, no que tange a respeito dos dois, que o Brasil está buscando acompanhar os avanços que vêm ocorrendo na medicina, dando respaldo normativo a estes institutos.

Ademais, a prática da ortotanásia, não infringe o direito à vida, previsto no artigo 5 da Constituição Federal, uma vez que o médico não abrevia a morte, como na eutanásia, e também não há omissão de socorro, já que o profissional já fez tudo que estava em seu alcance, porém o estado do paciente é irreversível. E como prediz esse mesmo artigo, nos incisos II e III, ninguém fará nada obrigado e nem mesmo será submetido a um tratamento desumano ou degradante, portanto, o paciente que se encontra em estado terminal teria, sim, o direito a uma morte digna, humana, sem sofrimento e principalmente, com autonomia, sem ofender a Carta Magna.

In verbis:

Art. 5. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

II –ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

III – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

[...]

No Estado de São Paulo, foi promulgada no ano de 1999, a Lei nº 10.241, que diz respeito aos direitos que os usuários dos serviços de saúde do Estado possuem, dentre eles nós temos:

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

[...]

VI - receber informações claras, objetivas e compreensíveis sobre:

a) hipóteses diagnósticas;

b) diagnósticos realizados;

c) exames solicitados;

d) ações terapêuticas;

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

f) duração prevista do tratamento proposto;

- g) no caso de procedimentos de diagnósticos e terapêuticos invasivos, a necessidade ou não de anestesia, o tipo de anestesia a ser aplicada, o instrumental a ser utilizado, as partes do corpo afetadas, os efeitos colaterais, os riscos e consequências indesejáveis e a duração esperada do procedimento;
 - h) exames e condutas a que será submetido;
 - i) a finalidade dos materiais coletados para exame;
 - j) alternativas de diagnósticos e terapêuticas existentes, no serviço de atendimento ou em outros serviços; e l) o que julgar necessário;
- VII - **consentir ou recusar, de forma livre, voluntária e esclarecida, com adequada informação, procedimentos diagnósticos ou terapêuticos a serem nele realizados;** (grifo nosso)
[...]

Como é possível observar, esses dois incisos garantem autonomia ao paciente, o primeiro diz que ele deve receber toda informação necessária, do que diz respeito ao seu diagnóstico e tratamento, já o segundo prediz que o enfermo pode sim optar pelo tratamento ou não, desde que ele tenha tido acesso a todas informações necessárias. Portanto, pode-se afirmar que no estado de São Paulo, o indivíduo que se encontra em estado terminal, pode optar pela ortotanásia, pois encontra respaldo na lei.

2.4 A Ortotanásia em diferentes ordenamentos jurídicos

A ortotanásia pode ser praticada em países como os Estados Unidos, Argentina, França, Alemanha, Japão, dentre outros.

No Estado de Nova Iorque, há uma lei, desde 1990, que permite que seus cidadãos indiquem alguém, que possam tomar a decisão de interromper ou não o tratamento, quando se encontrarem em estado terminal, e não tiverem mais a capacidade de decidir, esse alguém poderá ser amigo ou parente. Em geral, a Suprema Corte tem se manifestado a favor da ortotanásia. (DINIZ 2014).

Na Argentina, no ano de 2012, o Senado também aprovou uma lei, por unanimidade, que permite que o paciente que se encontra em estado terminal possa recusar a fazer o tratamento, promovendo assim a morte digna. Passou a ser o primeiro país da América Latina a permitir a ortotanásia.

Na França, há a Lei Leonetti, aprovada em 2005, que instaurou o direito de “deixar morrer”, esta lei permite que o médico aplique analgésicos e sedativos, para que o paciente não sinta dor, e interrompe o tratamento, diminuindo seu sofrimento, acelerando o processo de morrer.

Na Alemanha, a ortotanásia vem sendo permitida desde 1997, desde que com autorização do paciente, o tratamento pode ser interrompido, ou ainda o enfermo em estado

terminal pode se recusar a inicia-lo. A autorização deve ser expressa pelo paciente, ou se este se encontrar inconsciente deverá ter deixado por escrito esta autorização.

No Japão a ortotanásia é permitida, desde que presentes três requisitos: o

paciente deve se encontrar no estágio final de uma doença incurável, o consentimento deve ser dado expressamente pelo paciente, e quando não for possível deve ser obtido através de algum documento previamente escrito, e por fim deve ser colocada em prática com a interrupção do tratamento.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista os aspectos observados, a reflexão sobre este tema é de suma importância, uma vez que está mais do que presente no dia a dia das famílias daqueles que sofrem de uma enfermidade terminal e dos indivíduos que possuem um destino inevitável, confrontados com o desejo de morrer dignamente.

O presente estudo se propôs a discutir a importância da legalização da Ortotanásia, objetivando a análise da proteção à vida e aos direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio e na doutrina, bem como de que maneira outros países regulam o tema. Foram vistos também outros institutos, como a eutanásia, a distanásia e o suicídio assistido, ainda que de maneira breve.

Considera-se que os propósitos foram atingidos, tendo em vista que restou demonstrada a maneira como a ortotanásia é tratada no ordenamento jurídico pátrio – ainda considerada um crime, pelo Código Penal - assim como pela doutrina brasileira e finalmente, a saída encontrada pelo Conselho Federal de Medicina – que autoriza o procedimento – demonstrando, a partir de fundamentação na Constituição Federal, jurisprudência e nas normas internacionais de Direitos Humanos, que mesmo sendo a vida um direito fundamental inviolável, a dignidade humana se impõe a ela e

portanto, a partir do momento em que não mais houver os elementos que garantam uma vida com dignidade, inexistente um dever de continuar vivendo.

Países como os Estados Unidos, Argentina, França, Alemanha, Japão, dentre outros, permitem a prática da ortotanásia. Já no Brasil, lentamente, nossos legisladores têm buscado acompanhar as mudanças que vêm ocorrendo, a fim de preencher uma lacuna que existe na lei há muito tempo, em relação a licitude ou não da ortotanásia. Prova disso, são os Projetos de Lei 6.715/2009 - que busca uma alteração no atual Código Penal - e o 236/2012, que é a proposta de um novo Código Penal. Em ambos, há previsão acerca da ortotanásia como sendo um instituto viável, sem acarretar punibilidade.

Enquanto tais projetos não são aprovados, o Conselho Federal de Medicina antecipou-se, publicando as duas Resoluções – 1.805/2006 e 1.995/2012 – que permitem a prática da ortotanásia.

O debate acerca desse assunto não é fácil, por envolver um tema de suma delicadeza, a morte. Entretanto, é preciso questionar até que ponto é justificável prolongar a vida daqueles que não mais têm a possibilidade de se verem curados, causando sofrimento não apenas aos enfermos, mas também aos familiares. Tal situação certamente afeta a dignidade humana, valor protegido pela legislação internacional e pela Constituição Federal brasileira, como foi visto. Nenhum ser humano pode ser submetido a um tratamento desumano ou degradante, ou seja, o Estado não pode obrigar o indivíduo a se submeter a algo que ele não deseja, pois o mesmo tem livre-arbítrio pra morrer ao seu modo.

Atentando-se ao meio legal e ético, é importante levar em consideração que a ortotanásia não põe fim e nem prolonga a vida, apenas permite que o paciente venha a receber cuidados paliativos, ou seja, garante acesso a remédios para que não sinta dor, mas que também não combata sua doença. Não há um excesso terapêutico fútil, e a morte se dá no momento certo, de maneira digna.

A morte é inevitável, basta a nós seres humanos nos conformarmos, e permitir que todos tenham o direito de optar pela ortotanásia, aceitando que o fim chega para todos, e só nos resta a maior de todas as decisões: ter seu direito à vida violado ou ter garantido o direito de morrer dignamente.

REFERÊNCIAS

ASSEMBLÉIA DA REPÚBLICA DE PORTUGAL. Divisão de Informação Legislativa e Parlamentar – DILP. Eutanásia e Suicídio Assistido: Legislação Comparada.

Coleção Temas. Lisboa, 2016. Disponível em:

http://www.eruel.info/IMG/pdf/eutanasia_suicidio_assistido__ar_portugal.pdf. Acesso em: 11 abr. 2016.

BRASIL. CÂMARA, Projeto de Lei 6.715/09, 2009. Disponível em:

<file:///C:/Users/Guido/Downloads/Ortotanasia%20-PL%206715%20-%202009.pdf>. Acesso em 28 abr. 2016.

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Vademecum. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina – Portal Médico. Resolução Nº 1805/2006.

Disponível em http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm. Acesso em 04/02/2017

BRASIL. Conselho Federal de Medicina – Portal Médico. Resolução Nº 1995/2012.

Disponível em http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf.

Acesso em 04/02/2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Vademecum. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Seção Judiciária do Distrito Federal. Ação Civil Pública nº 2007.34.00.014809-3. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Conselho Federal de Medicina. Relator: Juiz Roberto Luiz Luchi Demo. Brasília, DF; dez. de 2010. Diário Oficial da União. Brasília. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/sentencaresolucao-cfm-180596.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2017.

BRASIL. SENADO, Projeto de Lei nº 236/2012, 2012. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=110444&tp=>. Acesso em: 04 fev. 2017

CABETTE, Eduardo Luiz Santos, apud SILVA, João Romário Gomes da. Expressões Ligadas ao Conceito de Ortotanásia In: CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat (coord.) Ortotanásia: Bioética, Biodireito, Medicina e direitos de personalidade Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 31 – 40.

CABRAL, Arthur José; PERES, Leandro Dutra. Ortotanásia In: CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat (coord.) Ortotanásia: Bioética, Biodireito, Medicina e direitos de personalidade Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 51 – 56.

CADH – Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. p. 4.

CAPEZ, Fernando et al. Curso de Direito Penal. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 1 v.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. Teoria geral dos direitos fundamentais. Disponível em http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joa_o_trindade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf. Acesso em 03 mar. 2017.

DIDIER, Fredie et al. Curso de Processo Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. DINIZ, Maria Helena. O Estado Atual do Biodireito. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MÖLLER, Leticia Ludwing. Direito à morte com dignidade e autonomia. 1ª ed. (ano 2007), 3ª reimp. Curitiba: Juruá, 2012

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 31. ed. São Paulo: Atlas S.a., 2015. MOREIRA, Raquel Veggi. Ortotanásia In: CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat (coord.) Ortotanásia: Bioética, Biodireito, Medicina e direitos de personalidade Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 129 – 142.

NETO, Ari Gonçalves. Princípios Norteadores da Ortotanásia In: CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat (coord.) Ortotanásia: Bioética, Biodireito, Medicina e direitos de personalidade Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 31 – 40.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em 28 abr. 2016.

RIBEIRO, Diaulas Costa apud SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Manual de Biodireito. 3. ed. Belo Horizonte: del Rey, 2015.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Manual de Biodireito. 3. ed. Belo Horizonte: del Rey, 2015.

SÁ, Maria de Fátima Freire de, apud CABRAL, Arthur José; PERES, Leandro Dutra. Ortotanásia In: CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat (coord.) Ortotanásia: Bioética, Biodireito, Medicina e direitos de personalidade Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 51 – 56.

SÃO PAULO (Estado). Lei Estadual nº 10.241, de 17 de março de 1999. São Paulo, SÃO PAULO, Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/dh/volumei/saudelei10241.htm>>. Acesso em: 04 fev. 2017.

SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. 8. ed., São Paulo: Malheiros, 2012.

TORRES, Adriana de Freitas et al. Bioética: O princípio da autonomia e o termo de consentimento livre e esclarecido. Jornal do CRM-PB. Paraíba. abr. 2007. Disponível em: <www.crpmob.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21917:bioetica-o-principio-da-autonomia-e-o-termo-de-consentimento-livre-e-esclarecido&catid=46:artigos&Itemid=483>. Acesso em: 27 abr. 2016.

VILLAS-BÔAS, Maria Eliza et al. A ortotanásia e o Direito Penal brasileiro. Revista Bioética, Brasília, v. 16, n. 1, p.61-83, 2008. Quadrimestral. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/56/59 . Acesso em: 18 jan. 2017.

Contatos: gabrielamvalente@outlook.com e marcia.leao@mackenzie.br