

Universidade Anhanguera-Uniderp
Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes

ORTOTANÁSIA

DENIZE DE OLIVEIRA CAPPONI

SÃO PAULO
2011

DENIZE DE OLIVEIRA CAPPONI

ORTOTANÁSIA

Monografia apresentada ao Curso de
Pós-Graduação Lato Sensu Televirtual
como requisito parcial à obtenção do
grau de especialista em Direito
Constitucional.

Universidade Anhanguera-Uniderp
Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes

Orientador: Prof^a. Marcela Maria Gomes Giorgi

SÃO PAULO

2011

DEDICATÓRIA

Agradeço à Deus e a minha mãe Edne, que me apóia e me dá forças para seguir sempre em frente.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos professores do Curso de Pós-Graduação da Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes, pelo estímulo e incentivo ampliando os conhecimentos, onde só se tem a ganhar e acrescentar.

EPÍGRAFE

“O homem vive preocupado em viver muito e não em viver bem, quando na realidade não depende dele o viver muito, mas sim o viver bem”.

Lúcio Anneo Sêneca

RESUMO

O presente trabalho trata sobre a ortotanásia, acerca dos aspectos jurídicos e éticos, com objetivo geral de analisar o conceito e verificar as influências éticas e jurídicas na aplicação da ortotanásia. A metodologia do presente estudo foi através de pesquisa bibliográfica, tendo como base fonte de estudos, textos doutrinários extraídos na área jurídica, bem como na legislação e trazer um pouco deste assunto que no Brasil, não está inserido em nosso ordenamento jurídico, daí porque a pesquisa se justifica por ser um tema atual e polêmico, cujas reflexões e discussões devem se prolongar, devendo sempre ser analisada com foco na área jurídica e médica. O trabalho não é estanque, sendo apenas reflexão com o intuito de fazer considerações acerca das normas constitucionais, infraconstitucionais que tratam do referido tema.

Palavras-chave: Ortotanásia, Distinção de Eutanásia e Distanásia, Morte digna, Dignidade de pessoa humana.

ABSTRACT

This paper deals with orthothanasia, about the ethical and legal aspects, in order to examine the overall concept and checking out the ethical and legal application of orthothanasia. The methodology of this study was through literature, based on source of doctrinal texts drawn from studies in the legal field as well as legislation and bring some of this subject in Brazil, is not inserted in our legal system, which is why research is justified because it is a hot topic and polemicist, whose reflections and discussions should continue and should always be analyzed with a focus on the legal and medical. The work is not tight, with only reflection in order to make assumptions about the constitutional, infra dealing with said topic.

Keywords: Orthothanasia, Distinction and Dysthanasia, Euthanasia, Death with dignity, Dignity of human person.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1. ORTOTANÁSIA.....	12
1.1 – Panorama histórico e atual.....	12
1.2 – Definições e etimologia da ortotanásia, eutanásia e distanásia.....	17
1.3 – Definição de morte.....	19
 2. MORTE DIGNA E OS PRÍNCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E PENAS.....	21
2.1 – Princípios Constitucionais.....	22
2.2 - Princípios Constitucionais Penais.....	24
2.3 – Posição de crimes omissivos impróprios.....	27
 3. REGRAS VIGENTES E OS PROJETOS DE LEI.....	31
3.1 – Resolução CFM nº 1.805/2006.....	32
3.2 – Resolução CFM nº 1.931/2009 – Código de Ética Médica.....	34
3.3 – Projetos de Lei.....	36
3.3.1 – Projeto de Lei 3.002/2008.....	36
3.3.2 – Projeto de Lei 5.008/2009.....	37
3.3.3 – Projeto de Lei 6.544/2009.....	38
3.3.4 – Projeto de Lei 6.715/2009.....	39
 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	42
 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	45

INTRODUÇÃO

Instituído em nossa Constituição Federal de 1988, no título “Direitos e Garantias Fundamentais”, o direito à vida é inviolável. A proteção à vida que constitui o primeiro e fundamental dos direitos tutelados no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal da República, cuja inviolabilidade é garantida a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país, refere-se não apenas o objetivo de estar vivo, mas com as qualidades e predicados da sua existência, ou seja, de acordo com a dignidade que a própria Constituição Federal em suas disposições, julga como essenciais ao direito de viver dignamente.

Sendo assim, o homem tem direito à existência, integridade física, aos recursos correspondentes a um digno padrão de vida como alimentação, vestuário, educação, moradia, acesso aos serviços na área sanitária, como por exemplo rede de esgoto e também na área de saúde e serviços sociais, tendo portanto, o direito de ter assegurado a si, e à sua família, uma saúde e bem-estar indispensáveis à sua existência.

Nesse sentido, podemos afirmar em termos de tutela jurídica constitucional a garantia de existência como parte integrante da Constituição, também presente na esfera penal que foi codificada sobre a subtração da vida ou de outrem com suas tipificações e penas, e na esfera civil em termos de reparação civil.

Leciona José Afonso da Silva sobre conceito de vida:

É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. Tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida. (SILVA, 2007, p.197).

Este princípio, portanto, protege a vida no seu sentido mais amplo, integrando os elementos nos aspectos materiais – físicos, psíquicos e jurídicos, e os imateriais – no caso espirituais-religiosos, tendo então sua inviolabilidade garantida.

Ocorre que algumas vezes, este direito à vida é tentado pelo próprio titular do direito e também na participação de outras formas com ajuda de terceiros, daí impõe-se sanções na esfera penal e civil, impedindo que a pessoa atente contra si ou contra outrem.

Fincado no diploma legal, há o princípio da dignidade humana, onde o Estado assume o compromisso de agir com respeito à identidade e integridade física das pessoas, este atributo é inerente ao ser humano independentemente de qualquer requisito ou condição, sob aspectos materiais como nacionalidade, sexo, posição social e também os imateriais como

espirituais-religiosos, liga-se então a possibilidade de se conduzir à vida, tendo autonomia sobre ela, e junto a morte que está intrinsecamente ligada, para se viver e morrer com dignidade.

Ao contrário ao direito à vida com dignidade temos a morte, ou melhor, o direito de morrer dignamente. A morte é um fenômeno natural e terminal da vida, complexa e diversa, podendo ser morte natural, morte pelo próprio indivíduo ou praticada por terceiros. Dentro da morte natural temos a ortotanásia, que é a morte no tempo e momento certo, não é apressada como a eutanásia e nem prolongada como a distanásia, ela é apropriada, onde não há a intenção de matar ou abreviar a vida do paciente.

A humanização da morte vem para evitar prolongamentos e sofrimentos ao paciente terminal, poupando o desgaste que a situação envolve. O fato de o paciente vir a morrer é considerado natural no ciclo biológico da vida, uma vez que não foi forçada pelo paciente nem pelo médico.

Ortotanásia, consiste em evitar a realização de procedimentos desnecessários por parte do médico, propiciando ao paciente todos os cuidados paliativos apropriados ao caso específico, deixando ocorrer a morte naturalmente e suspendendo o tratamento inútil que prolonga a vida de um paciente terminal.

O objetivo principal deste trabalho é entender a prática da ortotanásia e sua presença na sociedade. Assim, no aprofundamento do tema, procura-se responder e entender um pouco desta modalidade de cessação de vida, onde serão pesquisados doutrina e a legislação infraconstitucional, sendo pontuado sobre todos os aspectos jurídicos e éticos, cuja problemática, está na série de hipóteses e soluções, vinda de várias áreas das ciências no caso, Medicina, que devem ser analisadas no âmbito jurídico.

Permitindo com isso, uma análise mais próxima da realidade deste tema tão importante, e adquirindo-se com esta explanação, numa abordagem simples, a contribuição de que é possível, dentro das limitações de cada pessoa, uma vida boa e uma morte digna, e entender a prática da ortotanásia em nossa sociedade.

Neste estudo, busca-se uma integração, utilizando as conexões existentes entre o Direito e suas vertentes e a Bioética, para explicar a ortotanásia, que ainda não é prevista no ordenamento jurídico atual.

Portanto, o enfoque do trabalho será de que a ortotanásia chega com a proposta de se defender a dignidade humana, levando em conta a autonomia do paciente e a aproximação da morte e o estágio de sua doença, e escolher como quer passar seus momentos finais.

Além disso, por se tratar de um tema polêmico, confronta-se a vontade e autonomia do paciente em suas crenças e valores morais, frente ao dever e a ética dos médicos, amparados pelo novo Código de Ética de Medicina e as desejadas modificações no Código Penal.

O foco da pesquisa, porém, é a defesa do direito à morte com dignidade e autonomia do paciente terminal a partir do reconhecimento dos direitos fundamentais e humanos protegidos constitucionalmente pelo Direito Brasileiro.

Não se pode deixar de expor as consequências da autorização da prática da ortotanásia na vida das pessoas, principalmente os pacientes terminais e seus familiares, e a responsabilidade também do Estado diante desta problemática.

Além desta responsabilidade, é importante o limite de intervenção do Estado na vida das pessoas a ponto de decidir entre o que é certo e o que é errado, a quem compete a escolha entre a vida e a morte.

Portanto, o estudo da ortotanásia será através de três tópicos:

Primeiro, a análise da ortotanásia e suas várias definições, incluindo um panorama histórico e atual, a definição da prática e também uma análise da morte e as distinções simples entre eutanásia e distanásia.

Em segundo, distingue-se a definição da morte digna e a dignidade humana alinhada no Direito brasileiro, com base em princípios constitucionais e penais.

No terceiro momento, mostram as normas vigentes no Brasil, que autorizam, no caso, os médicos a utilizarem, nesta modalidade de cessação de vida, a prática para amenizar o sofrimento destes pacientes terminais.

O presente trabalho, não tem só como objetivo fazer análise constitucional e penal da ortotanásia, e não pretende esgotar o assunto, mas fazer uma análise breve dos aspectos jurídicos e éticos, tendo então, como objetivos específicos: analisar o conceito, verificar as influências éticas e jurídicas e pontuar sob ponto de vista constitucional e penal.

1. ORTOTANASIA

1.1 Panorama histórico e atual

Não é possível abordar o tema em assunto que se relaciona, antes de qualquer coisa, com a vida das pessoas, que desejam ter uma vida boa e uma morte digna, ou seja, nós sabemos que nascemos e iremos morrer, portanto, a morte atinge aos homens, sabendo que somos mortais, segundo uma ordem natural que é nascer e morrer.

Desconhecido, todavia, das pessoas a compreensão da morte e sua duração, preocupa-se em entender e aceitar a morte como parte integral do significado de vida, e a difícil ideia de morrer que o será sempre, pois a vulnerabilidade e a imprevisibilidade são latentes, e isto que atemoriza a maioria das pessoas.

Neste contexto, surge no íntimo do homem, aliado ao desconhecido fato natural da morte e a certeza da sua ocorrência, faz com que deseje que na sua própria morte, ao menos, que ela seja boa, sem sofrimentos e dor.

Ao tratar-se da ortotanásia, ou seja, a expressão usada na Medicina que se refere a suspensão de tratamentos invasivos que prolonguem a vida de um paciente em estado terminal considerado irrecuperável e irreversível, e que de acordo com sua vontade e de seus familiares, o médico ofereça somente cuidados paliativos, para aliviar a dor e sofrimento, já que a morte ocorrerá naturalmente, não sendo, portanto, indução da morte, como o é na eutanásia.

Assim, a ortotanásia considerada uma conduta, quando realizada a seu modo e tempo, exprime a ideia de que esta transformação de vida até a morte pode ser um alento ao paciente terminal, refutando a uma morte digna, podendo fazer ponderações a respeito entre familiares e médicos, com exigências mínimas de ética e do bom senso.

A ortotanásia é a morte no curso natural da vida, sem indução, prolongamentos ou sofrimentos. Aplica-se neste caso, a técnica de todos os meios que a ciência dispõe para amenizar o sofrimento do paciente, sem utilizar meios abusivos e fúteis e a morte chega sem ser provocada, resultado de sua doença incurável e irreversível.

Contudo, sendo da vontade do paciente ou de sua família, o doente pode afinal ter o direito de morrer dignamente respeitado, sem sofrimentos excessivos e morrer naturalmente, bastando para isso que os médicos não recorram a técnicas extras de apoio a manutenção da vida como determinadas substâncias e ou instrumentos, os quais apenas levariam o doente a sofrimentos e prolongamentos desnecessários.

Ortotanásia também significa a morte sem indução, ou seja, sua prática interrompe ou não, o começo do uso de recursos extraordinários, não havendo, neste caso, a mínima chance de cura e ou de reversão do quadro do paciente terminal em sua melhoria de qualidade de vida, um exemplo, seria permanecer no respirador artificial quando já não há mais condições de sobrevida, devido a falência dos seus órgãos a que estavam conectados.

São exemplos conhecidos de prática da ortotanásia o caso do papa João Paulo II, que em 2005 optou em suspender todas as intervenções alternativas para sua sobrevida e decidiu simplesmente a receber cuidados paliativos de sua enfermidade e não teve sua vida prolongada de forma artificial por opção própria.

Em 1995, no documento “Encíclica Evangelium vitae”, João Paulo II, afirma:

Distinta da eutanásia é a decisão de renunciar ao chamado “excesso terapêutico”, ou seja, a certas intervenções médicas já inadequadas à situação real do doente, porque não proporcionadas aos resultados que se poderiam esperar, ou ainda porque demasiado gravosas para ele e sua família. Nestas situações, quando a morte se anuncia iminente e inevitável, pode-se em consciência “renunciar a tratamentos que dariam somente um prolongamento precário e penoso da vida, sem, contudo interromper os cuidados normais devidos ao doente em casos semelhantes” (João Paulo II, 1995, p. 44-45)

No documento também, o Papa expõe que os médicos tenham condições de avaliar o paciente e os meios terapêuticos postos à sua disposição, afirmando:

Há, sem dúvida, a obrigação moral de se tratar e curar-se, mas essa obrigação há de medir segundo as situações concretas, isto é, impõe-se avaliar se os meios terapêuticos à disposição são objectivamente proporcionados às perspectivas de melhoramento. A renúncia a meios extraordinários ou desproporcionados não equivale ao suicídio ou a eutanásia; exprime, antes, a aceitação da condição humana defronte à morte. (João Paulo II, 1995, p. 44-45)

Em relação aos cuidados paliativos, que são para aliviar o sofrimento e a dor do paciente terminal, o Papa esclarece:

Ora, se pode realmente ser considerado digno de louvor quem voluntariamente, aceita sofrer renunciando aos meios lenitivos da dor, para conservar a plena lucidez e, se crente, participar de maneira consciente na Paixão do Senhor, tal comportamento “heróico” não pode ser obrigatório para todos. Já o Pio XII afirmara que é lícito suprimir a dor por meio de narcóticos, mesmo com a consequência de limitar a consciência e abreviar a vida, “se não existem outros meios e se, naquelas circunstâncias, isso em nada impede o cumprimento de outros deveres religiosos e morais”. É que, neste caso, a morte não é querida ou procurada, embora por motivos razoáveis se corra o risco dela: pretende-se simplesmente aliviar a dor de maneira eficaz, recorrendo aos analgésicos postos à disposição pela medicina. Contudo, “não se deve privar o moribundo da consciência de si mesmo, sem motivo grave”, quando se aproxima a morte, as pessoas devem estar em condições de poder satisfazer as suas obrigações morais e familiares, e devendo

sobretudo poder preparar-se com plena consciência para o encontro definitivo com Deus. (João Paulo II, 1995, p. 44-45).

O direito à ortotanásia tem garantia legal, nos Estados Unidos, no Estado do Oregon, vem reconhecendo a possibilidade da prática em casos que as terapias sejam inúteis e também Itália, Canadá, França, Inglaterra e Japão, segundo esclarece Cabette:

Sendo exemplo a Holanda que legalizou pioneiramente a prática no ano de 2001, seguida pela Bélgica em 2002. Também no Estado de Oregon, nos Estados Unidos, ela é permitida legalmente. (CABETTE, 2009, p.13)

No Brasil, a questão da ortotanásia se deu no Estado de São Paulo, com a Lei 10.241/99, de autoria do deputado Roberto Gouveia, PT/SP, conhecida como a Lei Mario Covas.

A lei dispõe dentre outros direitos dos usuários de todos os serviços e ações de saúde tanto pública quanto a privada a possibilidade de se utilizar a prática no Estado de São Paulo e tem a seguinte previsão:

Artigo 2º - São direitos dos usuários dos serviços de saúde do Estado de São Paulo:
 I – ter um atendimento digno, atencioso e respeitoso;
 [...]
 VII – Consentir ou recusar, de forma livre, voluntária e esclarecida, com adequada informação, procedimento diagnósticos e terapêuticos a serem realizados.
 [...]
 XXIII – Recusar tratamentos dolorosos a vida.
 XXIV – Optar pelo local da morte. (SÃO PAULO, 1999)

A lei sancionada pelo governador Mario Covas na época, que teria dito: “Não assino esta lei apenas como governador de São Paulo. Assino como governador e paciente”, sendo que esta lei prevê sobre a recusa do paciente a tratamentos dolorosos ou extraordinários para tentar prolongar a vida.

A situação vivida por ele, levou à aprovação desta lei, que dá respaldo aos doentes de não se submeter a tratamentos dolorosos e inúteis quando não há chance de cura e assim optou por morrer em casa, junto aos seus familiares, utilizando-se da lei dois anos depois, sendo o caso brasileiro conhecido desta prática.

Sendo assim, o Conselho Regional de Medicina de São Paulo (CREMESP) começou a discutir a ortotanásia em 2004 e levou a polêmica no início de 2006, ao Conselho Federal de Medicina (CFM), que aprovou uma Resolução de nº 1805/2006, válida para todo país, aprovando a prática em doentes terminais, deixando claro que os médicos podiam interromper tratamentos desnecessários quando não havia chance de cura para o doente. Isso

inclui desligar o aparelho de um paciente na Unidade de Terapia Intensiva (UTI) e deixá-lo, caso seja sua vontade, passar seus últimos dias em casa, ao lado de seus familiares. A prática já é comum em hospitais, mas não havia nada escrito sobre esta modalidade de cessação de vida.

Neste sentido, o Conselho Federal de Medicina (CFM), através de estudos e projetos da Câmara Técnica sobre a Terminalidade da Vida, ratifica a Resolução nº 1.805/06, como uma espécie de indicativo para os médicos e teria um sentido humanitário e piedoso, envolvendo pacientes e familiares.

Esta Resolução foi idealizada a partir da inquietação dos médicos, que com a compreensão dos limites da ciência médica, e a possibilidade de diagnosticar, com certeza, a irreversibilidade da doença, deparavam-se com o quadro clínico do paciente cujo desfecho era a evolução da doença e a morte, tornava-se então muito difícil do ponto de vista jurídico e ético obter um suporte que o encorajasse a interromper determinados tratamentos considerados inúteis e desnecessários.

Esta Câmara Técnica se reuniu por diversas vezes, até mesmo com juristas e religiosos, de forma a elaborar um texto com base moral e ética, extraindo regras e procedimentos próprios e pontuado para a categoria do profissional médico, que trouxesse então alívio para os médicos, paciente e familiar.

Elaborado o texto, o Conselho Federal de Medicina, com base no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, que tem o princípio da dignidade humana, como um dos seus fundamentos, se posiciona na Resolução acima referida:

Na fase terminativa de enfermidades graves e incuráveis, é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do paciente, garantindo-lhes os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente e ou de seu representante. (RESOLUÇÃO nº 1.805/06)

O Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (CREMESP) interpretou de maneira equivocada a Resolução, entendendo a eutanásia como sendo ética.

Não por isso, mas por força da complexidade do tema, o documento foi remetido a apreciação do Conselho Federal de Medicina (CFM), já que dizia respeito a todos os Estados do Brasil e não só ao Estado de São Paulo.

Repete-se o processo, sendo novamente o texto submetido à consulta pública e a um fórum de debates promovido pelo Conselho Federal de Medicina e o Conselho Regional

do Estado de São Paulo, onde foi aprovado com a presença dos médicos, advogados, promotores e religiosos.

Segundo Cabette com base em campo deontológico e ético afirma:

Acontece que a Resolução 1805/06 do Conselho Federal de Medicina, como qualquer outro diploma administrativo ou mesmo legal similar, não passa de um conjunto de regras referente a certa categoria profissional, no caso médicos, adequando-se à primeira acepção apresentada de Deontologia. (CABETTE, 2009, p.15).

A Resolução sendo suspensa em 2007, por decisão liminar da Justiça Federal, nos autos da Ação Civil Pública, movida pelo Ministério Público Federal, entendendo que a ortotanásia não está prevista na legislação e que estimularia os médicos a praticar homicídio, portanto, necessitando de respaldo legislativo, já que não há previsão para tal prática.

No entanto, o Ministério Público Federal muda de posição, entendendo de maneira diferente, esclarecendo que houve confusão entre ortotanásia e eutanásia que é o agir para dar o fim do sofrimento de um doente sem cura, por piedade, mesmo que não esteja em fase terminal, devendo fazer uma avaliação científica e critérios técnicos para não virar um tribunal de vida ou morte.

O Ministério Público Federal, então solicitou a justiça que julgue improcedente ação do próprio Ministério Público Federal, apontando o equívoco.

Este novo entendimento da própria Procuradoria, é crível que a ortotanásia seja finalmente aceita no Brasil.

Atendido o pedido liminar feito pelo Ministério Público Federal, os efeitos da Resolução foram suspensos, julgado improcedente e dessa forma os médicos ficaram respaldados para recorrer a prática.

Para a regulamentação e autorização da ortotanásia, é necessária, uma lei aprovada pelo Congresso Nacional. Atualmente, quatro projetos de lei que tratam do assunto: Projeto de Lei nº 3.002/2008, de autoria do deputado Hugo Leal (PSC-RJ); Projeto de Lei nº 5.008/2009, de autoria do Deputado Talmir (PV-SP); Projeto de Lei nº 6.544/2009, de autoria dos deputados Talmir (PV-SP) e Miguel Martini (PHS-MG) e também o Projeto de Lei nº 6.717/2009 de autoria de Senador Gerson Camata (PSDB-ES), que visa alterar o Código Penal, excluindo a ilicitude da prática da ortotanásia.

Dentre estes projetos, a proposta do Projeto de Lei nº 3.002/08, esclarece, para que seja realizada a ortotanásia é necessária a autorização de uma junta médica especializada formada por três médicos, que façam parte pelo menos um psiquiatra e um médico da

especialidade afim com o caso específico do paciente. Apresentada a solicitação formulada pelo paciente ou seu representante legal e endossada pela junta médica especializada deverá ser apreciada pelo Ministério Público, que avaliará a legalidade do procedimento. Havendo dúvidas, o Ministério Público deve levar assunto ao Poder Judiciário.

Estes projetos atualmente têm regime de tramitação ordinária e serão analisados pelas Comissões e depois para o Plenário.

A legalização da ortotanásia diante da realidade social atual, deverá mudar o atendimento em hospitais que tratam pacientes em fase terminal. O atendimento tanto nas instituições públicas e privadas, quanto nas residências dos pacientes, proporciona uma morte digna com a possibilidade de uma morte natural, ao lado da família, sem sofrimentos e agonia.

1.2 Definições e etimologia da ortotanásia, eutanásia e distanásia

Embora se esteja tratando de um assunto de mera suposição acadêmica, ao que parece, não seria engano, concluir-se que antes de tornar-se um ato, uma prática, as modalidades de cessação de vida, já existia entre os homens, e essa aversão ao desconhecido diante da morte, faz surgir no íntimo destes a vontade de viver e que será essencial em toda a sua existência.

Na doutrina há certa confusão entre eutanásia passiva ou por omissão e a ortotanásia, dando a idéia de que os conceitos são iguais, mas não é a melhor conceituação, não havendo identidade entre os conceitos, portanto, etimologicamente a ortotanásia significa que advém do grego *orthós* (normal, correta) e *thânatos* (morte), esclarecendo uma morte natural ou correta.

Pode-se dizer que a ortotanásia é a morte no curso natural da vida, sem prolongamentos e dor, com todos os meios que a ciência dispõe para amenizar o sofrimento do paciente, sem utilizar meios abusivos e a morte acontecerá naturalmente, resultando somente da enfermidade incurável, ou seja, o fundamento da prática, é a da não necessidade de intervenção médica para evitar a morte do paciente que ocorrerá naturalmente, sem auxílio de procedimentos inúteis.

A palavra eutanásia deriva do grego *eu*, que significa bom, e *thânatos*, significa boa morte e ocorre quando o paciente sabendo que sua doença é incurável ou ostenta situação que o levará a não ter condições mínimas de uma vida digna, solicita, ao médico ou terceiro que o mate antecipadamente, visando a evitar os sofrimentos e as dores físicas e psicológicas

que lhe trarão com o desenvolvimento da doença ou de sua condição física, portanto é uma indução à morte.

Além disto, Cabette ressalta: “a eutanásia passa por um campo de incidência maior, não abarcando somente os doentes terminais, mas de recém-nascidos com anomalias congênitas e pessoas em estado vegetativo”. (CABETTE, 2009, p.19)

Ainda segundo Cabette:

Nestes termos as condutas ortotanásticas diferem amplamente da eutanásia passiva, pois nesta ocorre a provocação da morte do doente terminal por meio de omissão quanto aos cuidados “paliativos ordinários e proporcionais” que evitariam o passamento.(CABETTE, 2009, p. 25)

Ortotanásia é a morte correta e significa o não prolongamento artificial do processo de morte, além do que seria o seu processo natural. Essa prática é tida como da morte boa ou morte sem sofrimentos, não ocorrendo prolongamento da vida, mediante a omissão de tratamentos abusivos e a inserção de cuidados paliativos em pacientes terminais, já que se iniciou o processo da morte, pois o que se pretende aqui é humanização do processo de morrer, sem prolongamentos e sem provocações, já que a morte é irreversível.

A adoção deste procedimento, no entanto, não significa que o paciente seja desamparado. O médico continua a lhe dar assistência e cuidados paliativos, no sentido de amenizar o sofrimento e permitir que a morte chegue naturalmente.

Ressalta-se que se trata de doença incurável e terminal, pois de outra maneira seria desumano e antijurídico admitir a possibilidade de deixar que uma doença curável dominasse o paciente causando-lhe sofrimento e morte, deixando de aplicar o tratamento necessário a sua recuperação.

O profissional médico deve pautar-se pela ética no sentido de promover o bem estar geral do paciente e a sua saúde, respeitadas a autonomia e dignidade, inclusive no estágio terminal da vida do doente. Nesta etapa os cuidados paliativos e a promoção do bem-estar físico, psicológico e espiritual são fundamentais, onde a conduta do médico é importante para que o paciente se sinta pessoa, e não objeto de tratamentos inúteis, que lhe tragam mais dores e sofrimentos.

Tendo a ortotanásia, um conceito de um lado contraposto com a eutanásia, que é uma antecipação e abreviação da vida, e do outro lado com a distanásia que tem por objetivo prolongar a vida a qualquer custo, mesmo com sofrimento do paciente que só acarreta mais agonia aos pacientes sem expectativa de cura ou melhora na qualidade de vida.

Para Maria Helena Diniz (2006) *apud* Bomtempo, Tiago V. (2011, p.171):

“Pela distanásia, também designada obstinação terapêutica ou futilidade médica, tudo deve ser feito mesmo que causa sofrimento atroz ao paciente. Isso porque a distanásia é morte lenta e com muito sofrimento. Trata-se do prolongamento exagerado da morte de um paciente terminal ou tratamento inútil. Não visa prolongar a vida, mas sim o processo de morte. “

1.3 Definição de Morte

Falar em morte nos dias atuais aterroriza a todos, como se esperasse que a vida fosse eterna, sob o ponto de vista biológico.

Porém, não é essa a realidade que se encontra nas Unidades de Terapias Intensivas – (UTIS) dos hospitais. Pessoas com doença em estágio terminal, sem chance de cura, se agonizam nos leitos de hospitais e sofrem demasiadamente, pois somente sobrevivem ligadas a aparelhos, que prolongam a vida, sem levar em consideração a dignidade da pessoa. O direito do paciente terminal de vivenciar o processo de sua morte com dignidade e autonomia, e respeitados os limites legais e alcançando suas convicções pessoais, de forma que apenas a este, enquanto pessoa seja concedida à legitimidade de mensurar seus limites.

E estes momentos finais de vida incluem o processo do morrer, onde deve ser assegurada a autonomia daquele que busca ter o final de vida digno e o direito de morrer dignamente.

Assim para uma melhor compreensão em aspectos jurídicos a morte destes pacientes terminais, a conduta do médico na não interferência do processo da morte, é se alertar ao fato de que a morte já está manifestada, não ocorrendo responsabilidade criminal.

A partir deste panorama sobre a morte, surgem as várias orientações sobre o momento deste fenômeno, sendo a tradicional conceituação com o instante da cessação dos batimentos cardíacos, que seria uma morte clínica e chegando a ausência de oxigenação ao cérebro, que levaria a falência encefálica, ou seja, as paradas cardíacas e respiratórias.

Portanto, o coração deixa de ser considerado o único órgão essencial de morte e entra também o sistema nervoso central, para sua caracterização.

A Lei dos Transplantes, Lei nº 9.434/97, em seu artigo 3º, parágrafo 1º, esclarece que é possível a retirada depois da morte de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento, desde que precedida de diagnóstico de morte encefálica e com base jurídica, portanto, leva ao raciocínio inverso de que havendo atividade cerebral há vida.

Tendo em vista, a boa morte em debate no presente estudo, surge com a problemática do diagnóstico da morte encefálica um questionamento objetivo, ou seja, a possibilidade de reversão do quadro e sendo o paciente sustentado organicamente (coração, pulmão, rins) por tempo indeterminado, ao se desligar os aparelhos de sustentação de sua vida, deve-se também, empregar todos os recursos afins para prolongar um pouco mais a vida do paciente terminal? E isto seria a eutanásia ou ortotanásia?

Neste caso, não se apresenta nenhuma modalidade de cessação de vida, tendo em vista, que o paciente já morreu de causas naturais, sendo somente sustentado por aparelhos que o mantém vivo e em estado vegetativo.

Há de estar presente a irreversibilidade da vida do paciente, por meio do diagnóstico do médico e não há mudança em seu processo natural de morte.

Neste contexto atual da discussão é muito importante ter presente a distinção entre o direito a uma morte digna e o direito a decisão sobre a morte. O direito de morrer dignamente está relacionado com o desejo de se ter uma morte natural, humanizada, sem o prolongamento da vida e do sofrimento por meio de tratamento inútil, já o direito a decisão de morrer é o querer morrer sob qualquer intervenção que cause a morte.

Assim, através da preocupação no campo ético e jurídico, com a humanização da morte e o princípio da dignidade humana presente, além das pessoas envolvidas e toda a sociedade em geral, há de se ter um olhar humanitário e com o devido respeito que envolve a própria vida e porque não, a morte.

Será abordada, no próximo tópico a questão jurídica e médica da ortotanásia no Direito Brasileiro e as normas que permeiam o tema, com sua polêmica exteriorizada.

2. MORTE DIGNA E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E PENAIIS:

A relação e reflexão sobre a legalidade ou não destas modalidades de cessação de vida, têm o seu foco no direito de se ter uma morte digna, quando está é inevitável, não se confundindo com direito à morte, como foi referido, o direito de morrer dignamente refere-se ao desejo de se ter uma morte natural, sem agonia e sofrimento, já o direito de morrer é sob qualquer intervenção que cause a morte.

A morte entendida em sua complexidade e sua duração desconhecida e diante da imprevisibilidade de sua ocorrência, há a possibilidade do poder de escolha do paciente ou de seus familiares quando este se encontra em fase terminal e não havendo recuperação nem cura, sua autonomia de escolha e/ou de seus familiares é considerada pelos médicos que tratam destes pacientes terminais.

A partir disto, como a vida, uma morte digna, sem dor e angústia é parte do direito de toda pessoa, ou seja, a autonomia e dignidade presentes no fim da vida, apontam a esta necessidade de respeito à liberdade de escolha do paciente, na sua decisão, naquilo que considera importante para sua vida, incluindo este processo de morrer, de acordo com seus valores e interesses.

Assim, nos casos de pacientes terminais, que são o tema deste trabalho, há a opção da ortotanásia, que é evitar a realização de procedimentos desnecessários por parte do médico e propiciar aos pacientes todos os cuidados paliativos, proporcionando uma boa morte ou uma morte digna.

Defender este direito de morrer dignamente não se trata de defender qualquer procedimento que cause a morte do paciente, mas sim reconhecer sua liberdade e sua escolha.

Assim, a ortotanásia é uma prática cabível quando a morte é inevitável, há o conflito entre o direito à vida e à dignidade da pessoa humana, pois a obrigação de se respeitar a vida e também o dever de garantir e promover a dignidade tanto na vida como na hora da morte, garante-se a máxima constitucional onde ninguém pode ser submetido a tratamentos desumanos ou degradantes.

Sendo estes direitos constitucionais inerentes a todos os brasileiros, foi preciso estabelecer punições e prever sanções, para aqueles que violassem estes princípios.

No entanto, a ortotanásia, não tem previsão no ordenamento jurídico nem sua tipificação penal prevista para os médicos e pacientes que optam por este procedimento, fazendo com que os juristas, de forma adversa, interpretem a prática, ora como “omissão de socorro”, ora como “homicídio”, o Código Penal Brasileiro dispõe sobre os crimes omissivos

impróprios, que é uma solução apropriada para resolver o tema da ortotanásia e sua legalização.

2.1 Princípios Constitucionais:

Em primeiro lugar para situarmos, a ideia de que o Direito é positivado e baseado em princípios e regras, veremos a definição de princípios em sentido estrito e ressaltamos nas definições de Uadi Lammêgo Bulos:

Trasladando para a esfera jurídica a noção genérica de princípio, pode-se dizer que ele é o enunciado lógico extraído da ordenação sistemática e coerente de diversas disposições normativas, postando-se como uma norma de validade geral, cuja abrangência é maior do que a generalidade de uma norma particularmente tomada. e mais: Princípio constitucional é o enunciado lógico que serve de vetor para soluções interpretativas. Quando examinado com visão de conjunto, confere coerência geral no sistema, exercendo função dinamizadora e prospectiva, refletindo sua força sobre as normas constitucionais. (BULOS, 2007, p. 71-72)

Assim tem relevância constitucional, os princípios que são regras mestras dentro do sistema positivo, que valorizados pelo constituinte e servindo de vetores e diretrizes para a interpretação das normas constitucionais protegem os valores fundamentais do sistema jurídico como um todo.

Dentre os princípios constitucionais dispostos da Constituição Brasileira de 1988, o princípio da dignidade humana está inserido no rol dos princípios fundamentais e configura-se pela exigência de respeitar sua dignidade e de seu semelhante.

Conforme o artigo 1º, Inciso III, da Constituição Federal de 1988:

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

- I- A soberania
- II- A cidadania
- III- A dignidade da pessoa humana
- IV- Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa
- V- O pluralismo político

Parágrafo único. Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (BRASIL, 1998)

Podemos inferir, com José Afonso da Silva sobre dignidade:

A dignidade é atributo intrínseco, da essência, da pessoa humana, único ser que compreende um valor interno, superior a qualquer preço, que não admite substituição equivalente. Assim, a dignidade entranha e se confunde com a própria natureza do ser humano. Portanto, a dignidade da pessoa humana não é criação constitucional, pois ela é um desses conceitos *a priori*, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana. A Constituição, reconhecendo sua existência e sua iminência, 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. (SILVA, 2007, p.38).

A Constituição da República de 1988 nos revela que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado. Desta forma, na medida em que estes doentes não têm mais chance de cura, e para evitar tratamentos que lhes causem mais dores e sofrimentos que somente prolongam a morte, deve ser-lhes dado o direito de morrer dignamente.

Este direito à prática da ortotanásia, que significa a morte correta no seu tempo certo, não submetendo o paciente terminal a tratamentos desumanos e degradantes, que visam somente prolongar a morte, sem chance de cura, desde que respeitada a sua vontade, conforme sua consciência, autonomia e dignidade na sua decisão.

É na dignidade que se fundamenta a autonomia do indivíduo, sua liberdade e autodeterminação, pois, liga-se a possibilidade de a pessoa conduzir sua vida e realizar sua personalidade com consciência, desde que não afete o outro, e é na autonomia que aflora sua decisão nos momentos finais de vida.

Com isso, este princípio pertinente a prática da ortotanásia e na pressuposição do tratamento médico do doente incurável e irreversível, o médico estaria respeitando este princípio, na vontade do paciente de continuar recebendo tratamento médico paliativo, mesmo sem a sua melhora ou cura e estaria respeitado pelo médico também o seu dever legal e ético.

De outra maneira, se o paciente optasse pela morte natural o princípio continuaria sendo respeitado, já que a vontade do paciente diante da irreversibilidade do quadro e consciente que nada poderia modificar o processo natural de morte, também estariam respeitados os deveres pelo médico, pois não deixaria de prestar os cuidados paliativos e evitaria procedimentos desnecessários, já que não mudaria o quadro clínico do paciente, ocorrendo mais sofrimento e angústia.

Há a violação ao princípio da dignidade da pessoa no momento em que se inicia o tratamento ineficaz diante da irreversibilidade da morte. Havendo um prolongamento desnecessário e fútil da morte com sofrimento e falta de dignidade a vontade do paciente é ignorada. Ocorrendo este prolongamento artificial de seu processo natural de morte, o

paciente não tem a guarda em relação a sua própria vida nem ao convívio social, pois não pode exercer o seu viver e morrer naturalmente com dignidade.

No princípio da dignidade humana temos a garantia constitucional, de que ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumanos ou degradantes, previstos na Constituição Federal, em seu artigo 5º, *caput*:

Art. 5º 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:

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta constituição;

[...]

III – ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante; (BRASIL, 1988)

Com esta garantia, o direito é protegido com respeito à integridade física e moral da pessoa contra qualquer forma de cunho ofensivo por terceiro ou pelo Estado.

Esta garantia é fundamental para o paciente terminal que não quiser se submeter a tratamento desumano ou degradante, sendo assegurado também a todos os brasileiros, sem distinção.

O direito à vida, protegido pela Constituição Federal, deve ser assegurado pelo Estado em seu duplo sentido, ou seja, o direito de permanecer vivo quanto ao direito de ter uma morte digna.

Para a legalização da prática da ortotanásia no Brasil, tendo a base nestes direitos e com foco em pacientes terminais, o direito de o paciente renunciar a tratamentos desumanos e degradantes é amparado na Constituição.

A melhor maneira de se possibilitar uma morte digna é fornecer ao paciente terminal, o real quadro de sua situação irrecuperável, para que, juntos médicos e familiares cheguem a aceitar e concordar com sua situação, fazendo ponderações com bom senso e cunho ético por parte do médico, a fim de que o paciente possa ter seus momentos finais com dignidade.

2.2 Princípios Constitucionais Penais:

Esclarecida a ortotanásia como conduta, quando realizada a seu modo e tempo, exprime um alento ao paciente terminal, ressalta-se sua dignidade e autonomia para fazer suas

ponderações a respeito com seus familiares e médicos, e que ocorra com mínimas exigências de ética e bom senso.

Para isso, torna-se necessário, estabelecer critérios para a prática, para que os médicos não sejam responsabilizados criminalmente, uma vez que não há previsão legal da ortotanásia.

Encontra-se na doutrina o entendimento que a prática desta modalidade de cessação de vida, possa ser tipificada sob diversos prismas, ora como omissão de socorro, ora como homicídio.

Isso leva a utilização de interpretações de cunho extensivo e analógico da lei penal contrariando os princípios constitucionais argumentando que para a eficácia da lei, o princípio da reserva legal que é sua base, que diz não poder haver crime e nem pena sem lei anterior que os defina, conforme os ditames da Constituição, a Lei maior.

Neste sentido, Guilherme de Souza Nucci explicita:

No sentido jurídico, não se poderia fugir de tais noções, de modo que o conceito de princípio indica uma ordenação, que se irradia e imanta os sistemas de normas, servindo de base para a interpretação, integração conhecimento e aplicação do direito positivo. Há princípios expressamente previstos em lei, enquanto outros estão implícitos no sistema normativo. Existem, ainda, os que estão enumerados na Constituição Federal, denominados de *princípios constitucionais* (explícitos e os implícitos) servindo de orientação para a produção legislativa ordinária, atuando como garantias diretas e imediatas aos cidadãos, bem como funcionando como critérios de interpretação e integração do texto constitucional. Constitucionais explícitos- Concernentes a atuação do Estado: 1 - princípio da legalidade ou da reserva legal: trata-se de fixador do conteúdo das normas penais incriminadoras, ou seja, os tipos penais, mormente os incriminadores, somente podem ser criados através de lei em sentido estrito, emanada do Poder Legislativo, respeitado o processo previsto na Constituição. Encontra-se previsto no art. 5º, XXXIX, da CF; bem como no art. 1º do Código Penal. (NUCCI, 2011, p. 83-84)

Nesse sentido, sendo a Lei, única fonte formal direta do Direito Penal, é importante ressaltar Mirabete:

Afirma-se que a lei penal apresenta as seguintes características: é imperativa, geral, impessoal e exclusiva, regulando apenas fatos futuros. É *imperativa* porque a violação do preceito primário acarreta a pena. É geral por estar destinada à todos, mesmo os inimputáveis, sujeitos à medida de segurança. É *impessoal* por não se referir a pessoas determinadas e *exclusiva* porque somente ela pode definir crimes e cominar sanções e, por fim, se aplica apenas a *fatos futuros*, não alcançando os pretéritos, a não ser quando aplicada em benefício do agente criminoso. (MIRABETE, 2010, p. 32)

Há também, outros princípios que amparam a eficácia da lei penal, tais como a anterioridade e retroatividade da lei benéfica, por isso, não é possível a aplicação da lei em crime não previsto por ela, conforme o Código Penal Brasileiro:

Art. 1º- Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

Art. 2º Ninguém será punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.

Parágrafo único A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.(Brasil, 1940)

Havendo evidente falta de lei em relação a ortotanásia tipificando-a como crime, não devem ser imputadas penalidades como as previstas como nos artigos 121 e 135 do Código Penal:

Homicídio simples

Art. 121 – Matar alguém

Pena – reclusão, de seis a vinte anos.

Caso de diminuição de pena;

Parágrafo 1º - se agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, o sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, ou juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço. (BRASIL, 1940)

Omissão de socorro:

Art. 135 - Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal a criança abandonada ou extraviada, ou a pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública;

Pena – detenção, de um a seis meses, ou multa.

Parágrafo único: a pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte.(BRASIL, 1940)

Estes crimes não podem servir de orientação ou tipificação penal para a ortotanásia, tendo em vista a conduta dolosa que sobressai destes tipos penais, ou mesmo culposa, por exemplo, o médico ao agir com dolo para tirar a vida, sem o consentimento ou representação de seus familiares e com culpa, no caso, de não lhe fornecer os cuidados necessários e paliativos e resultasse ao final em sua morte.

Portanto, no campo jurídico a ortotanásia tem relevância na configuração do fato ser criminoso ou não. Ficando claro que não possui o dolo de atingir o bem jurídico da vida e nem se exclui circunstâncias de culpa que eliminam qualquer delito, demonstrando a sua atipicidade na conduta.

Para se caracterizar o crime também é necessário esclarecer que devem estar presente todos os elementos do tipo penal, ou seja, o crime deve ser fato típico, antijurídico e culpável.

Com as diversas teorias e correntes doutrinárias sobre o conceito de crime em seus aspectos formal e ou analítico, vale ressaltar Nucci:

Trata-se de uma conduta típica, antijurídica e culpável, vale dizer, uma ação ou omissão ajustada a um modelo legal de conduta proibida (tipicidade), contrária ao direito (antijuricidade) e sujeita a um juízo de reprovação social incidente sobre o fato e seu autor, desde que existam imputabilidade, consciência potencial da ilicitude e exigibilidade e possibilidade de agir conforme o direito. (NUCCI, 2010, p. 173)

Na ortotanásia, portanto, tem-se a conduta omissiva, o caso de suspensão ou interrupção de tratamentos terapêuticos ao doente terminal. A suspensão ou interrupção é com o objetivo de dar um conforto para sua dor e sofrimento, evitando a sua agonia no processo de morrer. Deixando claro que a morte virá decorrente de sua doença e não da conduta omissiva por parte do médico. Isto não é abreviação da vida do paciente, é reduzir o sofrimento do doente sem chances de cura.

A teoria dos crimes omissivos impróprios é a solução plausível para a não tipificação da ortotanásia.

2.3 Posição dos Crimes Omissivos Impróprios:

Como ressaltado, na aplicação da lei, o crime pode ser praticado por uma ação ou omissão, quer positiva ou negativa, portanto, as tipificações penais têm este relevo importante para a sanção penal.

Vale ressaltar a lição de Mirabete:

Crimes comissivos são os que exigem, segundo o tipo penal objetivo, em princípio, uma atividade positiva do agente, um fazer.

Crimes omissivos (ou omissivos puros) são os que objetivamente são descritos com uma conduta negativa, de não fazer o que a lei determina, consistindo a omissão na transgressão da norma jurídica e não sendo necessário qualquer resultado naturalístico.

Nos crimes omissivos impróprios (ou comissivos por omissão, ou comissivos-omissivos), a omissão consiste na transgressão do dever jurídico de impedir o resultado, praticando-se o crime que, abstratamente, é comissivo. A omissão é forma ou meio de se alcançar um resultado (no crime doloso). Nos crimes omissivos impróprios a lei descreve uma conduta de fazer, mas o agente se nega a cumprir o *dever de agir*. (MIRABETE, 2010, p. 115)

Prevista a relevância da omissão no artigo 13 do Código Penal, estabelece-se no parágrafo 2º, que há o dever de agir do omitente e a obrigação de fazer o possível para evitar que o omitido venha a sofrer, tendo a seguinte previsão:

Art. 13 – O resultado de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação sem a qual o resultado não teria ocorrido.

§ 2º- A omissão é penalmente relevante quando omitente devia e podia agir para evitar o resultado, o dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei a obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
 - b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
 - c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado
- (BRASIL, 1940)

Assim, o dever de agir daquele incumbido legalmente pelo fato, não tendo a possibilidade de ação, não há omissão relevante, pois o médico não precisa agir ou se omitir, sua direção primordial nestas circunstâncias é dar assistência e os cuidados necessários, para aliviar o seu sofrimento e agonia do paciente terminal.

Para punição ao omitente por uma conduta omissiva imprópria, é necessário não ter obrigação jurídica de agir para evitar o resultado.

A ausência de possibilidade de evitar o resultado no caso da ortotanásia, configuraria irrelevância penal da omissão, pois o médico não tem simplesmente a obrigação de agir, mas a obrigação de evitar o resultado, o que não seria no caso dos pacientes terminais, devido ao seu estado e momento da doença, que é terminal e nada mudaria seu quadro.

Na ortotanásia, o médico não se omite a cuidar do paciente, só não aplicará tratamentos e técnicas desnecessárias que prolongariam o seu sofrimento e não mudaria o quadro irreversível do processo de morrer.

Cabete fundamenta bem a questão penal dos conceitos:

A devida distinção entre os conceitos de eutanásia ativa, eutanásia passiva e ortotanásia é a chave para uma ponderada análise da questão sob o prisma criminal, especialmente em relação à tipicidade da conduta com vistas à relevância da omissão (CP, art. 13, § 2º).

Na eutanásia (ativa ou passiva) o autor mata a vítima com sua ação ou omissão respectivamente. Ele podia não causar (ativa) ou impedir (passiva) o evento morte. Na ortotanásia o autor apenas se abstém de provocar sofrimento para a vítima. Quanto à morte, ele nada faz porque nada pode fazer. Também é importante lembrar da eutanásia indireta, em que não havendo recursos a não ser a sedação do doente para aliviar-lhe as dores lancinantes, opta-se por essa conduta, embora possa ela mesma debilitar o enfermo e até abreviar o ciclo vital.

Como se percebe, nas duas últimas condutas (ortotanásia e eutanásia indireta) o autor não tem opção de agir. Sua ação não significa tratamento ou busca de cura ou ao menos de melhora, significa apenas fazer sofrer, prolongar ou intensificar a agonia. No que tange ao desfecho fatal o autor nada pode fazer, mostra-se

impotente ante a mortalidade inerente aos seres vivos, inclusive o humano. É por isso que ele nada faz. (CABETTE, 2009, p.88-89)

Não há a figura do dolo na conduta omissiva, pois são elementos do dolo são: a consciência, que é o conhecimento do fato que constitui a ação típica, e a vontade que é o querer realizar o tipo penal. Faltando a consciência ou vontade da ação, não é possível falar em crime omissivo.

O médico atendendo ao pedido do paciente, suspende quaisquer tratamentos terapêuticos inúteis e desnecessários que prolongariam o seu processo de morrer já irreversível, não age com dolo de matar, muito menos com culpa.

Não há outra forma de conduta do médico, pois este, continuaria prestar a assistência necessária para aliviar o sofrimento do doente, não cometendo crime algum, pois o paciente já está com sua morte irreversível e iminente.

Também não se pode rotular a ortotanásia como crime culposos, pois o médico não está agindo com negligência, imperícia ou imprudência, devido a situação terminal do paciente.

A omissão não se aplica na ortotanásia, pois não há relação de causa e efeito, uma vez que a omissão não causou a morte e sim a doença. Para o crime omissivo impróprio tipificado, o art. 13 do Código Penal prevê que as pessoas que se omitem, tendo a obrigação de agir, respondam pelo resultado do crime, não porque o causaram, mas sim porque não tentaram evitá-lo, sendo claro que se aplica a pacientes terminais, que necessitam de ajuda e assistência para sua manutenção.

Sendo a ortotanásia considerada uma conduta atípica, não há de se falar em ocorrência de crime, pois não há tipicidade.

A prática seria punível, nos casos em que o médico deixa de ter a anuência do paciente ou de seus familiares, agindo também com dolo, deixando de aplicar os tratamentos e técnicas necessárias, ocorrendo a abreviação da vida, ao invés de aliviar o seu sofrimento e agonia.

Para termos uma ideia, da importância da legalização da prática, ressalta-se a posição de Luiz Flávio Gomes:

Para o pensamento jurídico predominante a eutanásia configura delito de homicídio doloso, eventualmente privilegiado. Quanto à ortotanásia a polemica não é menor. Ela vem prevista na Resolução nº 1805/2006 do Conselho Federal de Medicina. Contra essa Resolução o Ministério Público Federal ingressou com ação civil pública (em 2007, em Brasília). A ação foi julgada improcedente (em 2010), entendendo o juiz e a procuradora da República que a posição do CFM é válida.

Os termos da Resolução foram ratificados pelo Código de Ética Médica, de 2009 (Capítulo I, inc. XXI e art. 41, parágrafo único). Do ponto de vista administrativo-disciplinar, a conduta do médico que pratica a ortotanásia não é reprovável (não é aética).

E do ponto de vista penal, seria ortotanásia crime? Há muito tempo estamos sustentando que não, desde que preenchidos todos os requisitos necessários (paciente terminal, doença grave e incurável, pedido do paciente, etc.). Por que não? Porque não se trata de uma morte arbitrária; ao contrário, estamos diante de uma “morte digna”. E criminoso é, tão-somente, a morte arbitrária, nos termos do que diz o art. 4º, da Convenção Americana de Direitos Humanos, que tem valor jurídico superior ao da Lei. (consoante posição do STF, RE 466.343-SP).

A morte gerada no contexto da ortotanásia, portanto, não é um homicídio. Não se trata de uma morte valorada de forma negativa, ao contrário, é uma morte digna. A legislação penal no Brasil, expressamente, nada diz sobre o tema.

Mas basta admitir a doutrina da tipicidade material, que defendemos dentro da nossa teoria constitucionalista do delito, para concluir que essa morte é formalmente típica, mas não materialmente típica. Por quê? Porque não é uma morte intolerável, arbitrária. Ou seja, não se trata de um ato desvalioso, ao contrário, deve ser valorado positivamente.

Desde que atendidos todos os requisitos necessários, não há como ver crime na ortotanásia, apesar da inexistência de texto legal, explícito. (GOMES, 2011)

Nesta linha de raciocínio, será abordada a regulamentação da ortotanásia com as regras legislativas que regem o tema.

3. REGRAS VIGENTES E PROJETOS DE LEI:

Como afinal, tudo o que se quer, é uma morte digna, um morrer bem, a ortotanásia compromete-se com o bem estar do doente, encara-se a morte não como inimigo, nem doença a curar, busca-se enfrentar com naturalidade e a mais possível tranquilidade, o evento da morte que se aproxima.

E a melhor maneira é tendo a assistência do médico, no conforto do lar e de seus familiares, não sendo possível, já que muitas vezes, o estado terminal do paciente não tem procedimentos e tratamentos terapêuticos que consigam amenizar ou resolver a situação deste paciente em degradação, só prolongando, com isso, o seu sofrimento.

Assim, busca-se legalizar a prática da ortotanásia no Brasil, com o objetivo de diminuir o sofrimento dos pacientes terminais e seus familiares, para que juntos decidam o que fazer quando o quadro do paciente se agrava, podendo ser indefinido no tempo, e não havendo melhoria em seu quadro, nem possibilidade de cura.

Diferente da eutanásia que é o modo comissivo de abreviar a vida de pessoa portadora de doença grave, em estado terminal e sem previsão de cura ou recuperação pelo médico, a ortotanásia, como ilustra Cabette:

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 fútil, extraordinário ou 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. 25)

Neste sentido a ortotanásia e eutanásia não se confundem, pois esta é procedimento ativo, uma indução, e a outra é a ocorrência natural da morte, adotando somente cuidados paliativos e redução de sofrimento e dor, para que o paciente possa passar seus momentos finais ao lado de sua família.

A eutanásia é vedada pelo Código de Ética Médica e pela legislação brasileira, tendo como objetivo a abreviação da vida de paciente irremediavelmente condenado por uma doença incurável e terminal, que lhe cause um sofrimento insuportável, e por motivos de compaixão, de conforto, resolve por um fim a este sofrimento, é permitido desde não se adote técnicas ou procedimentos sem eficácia e que visem o prolongamento da sobrevida quando

esta trazer mais dor e limitação à pessoa. Permite-se apenas a utilização de métodos para reduzir as dores e os desconfortos nos momentos finais.

Há duas posições sobre a legalização da ortotanásia no Brasil. Os favoráveis consideram o procedimento da prática como a forma de humanização da morte para alívio das dores, não ocorrendo prolongamentos abusivos e nem a aplicação de meios desproporcionados impondo mais sofrimentos, e os não favoráveis apontam que esta legalização pode ocorrer a não humanização da morte, pois, temem que esta medida seja apenas uma forma de economia de gastos, diminuição na lotação de hospitais e outras formas, e o que é pior, para alguns estudiosos, juristas seria a legalização do crime de homicídio.

Abordaremos a legislação da ortotanásia com as Resoluções nº 1.805/2006 e nº 1.931/2009, ambas do Conselho Federal de Medicina, o anteprojeto de reforma da parte especial do Código Penal e também outros projetos de lei em tramite no Congresso Nacional.

3.1 Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.805/2006

A presente Resolução de 2006 foi elaborada e amparada com base no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, que ressaltou o princípio da dignidade humana, e também pelo artigo 5º, inciso III, que prevê que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

Esta Resolução tem como objetivo a orientação ética para os médicos em relação a prática da ortotanásia, autorizando somente a fornecer os cuidados necessários para aliviar o sofrimento do doente terminal, limitando ou suspendendo tratamentos ou procedimentos desnecessários ou inúteis que prolonguem a sobrevida do paciente.

Deste modo, os cuidados paliativos para aliviar a dor, assegurado pelo médico, a morte do paciente ocorrerá naturalmente, não havendo indução da morte, como é na eutanásia.

Harmonizado com a Resolução, sob prisma ético, procura-se disciplinar o uso de tratamento fúteis ou obsessivos em pacientes na fase terminal e mesmo com os avanços da medicina, se tornou possível prolongar de maneira indefinida o processo de morte, a custo de transformação do direito a vida em sofrimento, assim para que a descontinuidade destas condutas e com o objetivo de evitar o sofrimento sem razão de ser, a prática, não deve interpretada como crime.

O processo de ortotanásia significa a morte no momento certo, nem apressada no caso da eutanásia, e nem prolongada, como a distanásia, Seu advento garante a humanização

do processo de morte ao evitar prolongamentos irracionais, cruéis da vida do paciente, poupando-o e a sua família de todo o desgaste que essa situação envolve.

Em 2006, o Conselho Federal de Medicina (CFM) aprovou a Resolução nº 1.805, regulamentando a prática da ortotanásia. Na época, o procurador dos Direitos do Cidadão do Distrito Federal, Wellington Oliveira, entendeu que a ortotanásia não está prevista na legislação brasileira e a Resolução estimularia os médicos a praticar homicídio.

Assim, ao ingressar ação civil pública, alegou que só uma lei poderia permitir tal prática, com esta base, conseguiu liminar na Justiça Federal suspendendo a Resolução.

Em Agosto de 2010, o Ministério Público Federal, revisou a ação e no novo parecer, entendeu que o procurador confundiu ortotanásia com eutanásia.

O Juiz à época, em sua decisão, esclarece que ao refletir sobre o tema, chegou a convicção de que a Resolução que regulamenta a possibilidade de o médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, realmente não ofende o ordenamento jurídico.

A sentença esclarece que a Resolução 1.805/2006, não trouxe alterações nos procedimentos que os médicos já vinham fazendo na lida com pacientes terminais, não gerando complicações no trato aos pacientes terminais, e que é um incentivo e segurança para os médicos que agora descrevem e adotam ou não os procedimentos em doentes terminais, obtendo assim um controle sob sua atividade médica.

Transcrevem-se dois artigos da Resolução:

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

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

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

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

Art 2º O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar. (RESOLUÇÃO nº 1.805/2006)

Com este panorama da Resolução, é sabido que a dificuldade sobre a terminalidade da vida, assim como diagnósticos ou prognósticos, ou mesmo tratamentos que a Medicina pode errar e ser falível, esta Resolução traz uma nova ênfase ética para as ciências médicas e com foco no princípio da dignidade humana.

3.2 Resolução nº 1.931/2009 – Novo Código de Ética Médica

Tendo a suspensão da Resolução nº 1.805/2006, com a proibição da ortotanásia, o Conselho Federal de Medicina, busca uma alternativa de autorizar os médicos para a prática.

Em vigor em Abril de 2010, o novo Código de Ética (Resolução CFM 1.931/2009), sendo revisado e atualizado traça os limites da relação médico, paciente e familiar, vindo a dar possibilidade aos médicos, mediante autorização do paciente, ou na sua impossibilidade, da sua família, a realização da ortotanásia, ou seja, oferecendo todos os cuidados paliativos.

Observa-se, que a ortotanásia não se encontra expressamente autorizada no Código de Ética, descrito no capítulo I, trata dos princípios fundamentais, onde o médico evitará a realização de procedimentos desnecessários:

Capítulo I

PRINCIPIOS FUNDAMENTAIS

[...]

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

[...]

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

XXII- Nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados. (RESOLUÇÃO nº 1.931/2009).

No capítulo V, portanto, trata da relação com pacientes e familiares, deixando claro, que os médicos evitem procedimentos inúteis que prolonguem a vida do doente:

CAPÍTULO V

RELAÇÃO COM PACIENTES E FAMILIARES

É vedado ao médico:

[...]

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

Parágrafo único. Nos casos de doença incurável, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na impossibilidade, a de seu representante legal. (RESOLUÇÃO nº 1.931/2009)

O Código de Ética, em suas disposições esclarece que não há obrigação do médico em prolongar a vida do paciente a qualquer custo, com ações diagnósticas ou terapêuticas

inúteis, cabendo ao doente ou seu representante legal decidir a respeito da continuação do tratamento, uma vez já consciente da irreversibilidade de seu quadro e com a informação e indicação de todas as alternativas terapêuticas disponíveis pelo médico, preserva-se a autonomia e a dignidade do paciente, que receberá os cuidados necessários ao alívio de seu sofrimento físico.

A Resolução traz sérias complicações acerca da prática, havendo risco de se interpretar mal e ter os pacientes internados em hospitais públicos constrangidos a aceitarem o procedimento de suspensão de cuidados para ceder vagas para outros com chance de cura e outras questões como medicamentos e superlotação.

Outra complicação seria dos avanços de medicina, técnicas de curas ainda não disponíveis, que podem estar presentes daqui a algum tempo, possibilitando a cura, para o que hoje pode ser incurável. Famoso é o caso da menina parisiense vítima de grave e incurável difteria. O pai, médico, terrivelmente angustiado com o sofrimento da filha, resolve abreviar-lhe a dor, dando dose letal de ópio. No dia seguinte ao enterro da filha, chega pelo correio o recém-descoberto soro antidiftérico.

Também outra complicação é na questão do representante legal na sua legitimidade sobre a autorização do procedimento da ortotanásia em que o paciente está inconsciente ou impossibilitado de decidir, podendo, no caso, ser violado e não respeitado em sua autonomia e liberdade.

A posição da Resolução foi ao encontro aos princípios constitucionais da dignidade humana e da autonomia da pessoa humana, além do enfoque que ninguém será submetido a tortura, tratamento desumano ou degradante, e salientando os deveres e direitos dos médicos, para que não haja conflito entre o que a medicina determina como certo e errado e estes princípios constitucionalmente consagrados.

No entanto, com os avanços da medicina, e no ritmo de vida das pessoas que são suscetíveis das mais variadas doenças, é muito boa inovação que esta Resolução apresenta nas suas diretrizes a preocupação com o doente, para que não traga sofrimento desnecessário ou prolongue a vida do paciente terminal, aceitando apesar destes avanços da medicina, que a vida tem significado primordial.

O objetivo que a vida seja preservada nestes princípios todos, com ênfase no princípio da dignidade humana é dada a permissão de escolha ao paciente terminal, ou na sua impossibilidade, a de seu representante legal, de como quer passar seu processo de morrer.

A Resolução não tem força de lei perante a Constituição Federal, devendo-se analisar o caso específico do paciente e até onde a prática da ortotanásia é certa e correta, ou

se ela afronta este princípio garantido constitucionalmente, já que no ordenamento brasileiro não autoriza a prática.

O Código de Ética, no que se refere a ortotanásia, não é categórico em sua autorização, cabe ao médico avaliar no caso específico, examinando o paciente terminal, e sendo o caso da prática, informar e relatar ao paciente e ou seus familiares sobre o seu real quadro da doença, e por fim, com a anuência destes, evitando a realização de procedimentos desnecessários, propiciando aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados, respeitando o direito a vida e direito a morte digna.

3.3 Projetos de Lei:

Os princípios do direito à vida e dignidade humana são fundamentais e constitucionalmente protegidos pela Constituição.

Sendo assim, para se decidir ao procedimento da prática, sendo a Resolução nº 1.805/2006 questionada e suspensa, estabelecendo que o Conselho Federal de Medicina não pode legislar sobre matéria constitucional.

Por isso, na preocupação com o paciente terminal, a controvérsia chega ao Congresso Nacional através de quatro Projetos de Lei que tratam do tema.

São os seguintes projetos: Projeto de Lei nº 3.002/2008, autoria do Deputado Hugo Leal (PSC-RJ), que regulamente a prática da ortotanásia no Brasil, o Projeto de Lei nº 5.008/2009, de autoria do Dr. Talmir (PV-SP), que proíbe a suspensão de cuidados de pacientes em Estado Vegetativo Persistente, e o Projeto de Lei nº 6.544/2009, de autoria de Dr. Talmir (PV- SP) e Miguel Martini (PHS-MG), que dispõe sobre cuidados devidos a pacientes que se encontram em fase terminal.

Por fim, o Projeto de Lei nº 6.715/2009, da autoria do senador Gerson Camata (PSDB-ES), que visa alterar o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para excluir a ilicitude da ortotanásia no ordenamento.

3.3.1 Projeto de Lei nº 3.002/2008

Com a posição contrária do deputado Hugo Leal (PSC-RJ) a suspensão da Resolução nº 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina pelo Ministério Público Federal, o projeto de lei 3002/2008, objetiva regulamentação da ortotanásia no Brasil.

O deputado em suas razões para o projeto, elucida:

O problema da terminalidade da vida angustia os profissionais de saúde, especialmente os médicos. O avanço científico e tecnológico no campo de assistência a saúde, que possibilita a manutenção artificial da vida por meio de equipamentos ou tratamentos extremos, gera situações éticas e filosóficas novas, que demandam regulamentação própria e específica.

Torna-se imprescindível, portanto, estabelecer limites razoáveis para intervenção humana no processo do morrer. O prolongamento indefinido da vida, ainda que possível, nem sempre será desejável. É factível manter as funções vitais em funcionamento mesmo em casos de precariedade extrema; por vezes, inclusive no estado vegetativo. Todavia, em muitos casos, esse sofrimento e essa agonia são desumanos, indignos e atentam contra a própria natureza do ciclo de vida e da morte. (PROJETO DE LEI nº 3.002, 2008)

Na justificativa do projeto, sua posição é clara para a regulamentação da prática da ortotanásia no Brasil:

O projeto apresentado pretende regulamentar a matéria, permitindo a ortotanasia em situações bastante específicas e estabelecendo processo criterioso para sua aprovação, a fim de assegurar que sua prática ocorra dentro da legalidade. Esperamos, portanto, contar com o necessário endosso de nossos pares para o aperfeiçoamento e a aprovação deste importante projeto de lei. (PROJETO DE LEI nº 3.002/2008)

O projeto, que tramita em regime ordinário, foi apreciado pela comissão de seguridade social e família, onde foi determinado que fosse apensado ao projeto de lei 6.715/2009, de autoria do deputado Gerson Camata (PSDB-ES) que altera o Código Penal Brasileiro.

3.3.2 Projeto de Lei nº 5.008/2009

Este projeto de Lei, de autoria do deputado Dr. Talmir (PV-SP), foi proposto com o objetivo de proibir a suspensão de cuidados de pacientes em Estado Vegetativo Persistente.

Justifica destacando do caso ocorrido em Fevereiro de 2009, na Itália, com a interrupção da alimentação e da hidratação artificial que a italiana Eluana Englaro, que após 17 anos em estado vegetativo, por seqüelas de acidente de trânsito, se tornou foco de uma batalha judicial entre apoiadores e opositores da eutanásia.

Neste caso a pedido do pai de Eluana, a Justiça italiana, após uma longa e difícil batalha, conseguiu que o suporte artificial da vida e o tubo de alimentação fossem removidos e a paciente morresse naturalmente.

Na sua justificativa do Projeto:

Com o objetivo de proibir terminantemente tal prática no Brasil, apresentamos proposição que de forma clara e inequívoca procura preservar a vida e a dignidade de todos, pois nunca sabemos se estaremos nesta situação futuramente.

Adicionalmente, iguala a tentativa de proceder de forma equivalente ao caso da mulher italiana ao crime de maus-tratos, previsto no Código Penal Brasileiro.

Desse modo, esperamos contar com o apoio de nossos ilustres pares em ambas as Casas do Congresso Nacional para a aprovação dessa importante medida. (PROJETO DE LEI nº 5.008/2009)

O projeto de lei não menciona a ortotanásia apoiando ou não, é clara somente sua posição sobre a desaprovação da eutanásia e a preservação da vida e dignidade humana, evitando maus-tratos aos pacientes em Estado Vegetativo Persistente.

Assim, após tramitar pela Comissão de Seguridade Social e Família, foi proposto que o Projeto fosse apensado ao Projeto de Lei nº 3.002/2008, de autoria do deputado Hugo Leal (PSC-RJ), que defende a regulamentação da ortotanásia no Brasil.

3.3.3 Projeto de Lei nº 6.544/2009

Também da autoria do Dr. Talmir (PV-SP), com a colaboração do deputado Miguel Martini (PHS-MG), o Projeto de Lei nº 6.544/2009, dispõe sobre os cuidados devidos a pacientes que se encontrem em fase terminal da enfermidade.

Diferente do que aconteceu no Projeto de Lei nº 5.008/2009, neste os deputados não se preocupam somente com a proibição da suspensão dos cuidados em pacientes vegetativos, explicitam serem contrários a eutanásia, conforme se posicionam:

Não é contudo, aceitável a permissão da eutanásia. Tal prática distingue-se em tudo e por tudo do que se propõe neste Projeto. Não permissão ou previsão de uma atitude ativa para por fim à vida do paciente, mas única e exclusivamente para a retirada de procedimentos desproporcionais e extraordinários, conforme previsto (PROJETO DE LEI nº 6.544/2009)

O Projeto visa garantir a não utilização de procedimentos desnecessários, conforme as justificativas dos deputados:

É sabido de há muito que o avanço do conhecimento científico e tecnológico tem possibilitado a medicina estenda os limites da vida muito além do razoável.

De fato, não é preciso ser médico, mas tão-somente uma pessoa bem informada, que lê jornais, para saber que máquinas e drogas de última geração são capazes de manter um cidadão “vivo” por muito tempo, às vezes por anos, sem nenhuma perspectiva concreta de recuperação.

Tais procedimentos apenas mantêm a perfusão sanguínea, a inflação dos pulmões, a filtração do sangue em substituição aos rins e o fornecimento de substâncias essenciais de forma a impedir a falência total do organismo, mas sabe-se, pelo conhecimento disponível, que a situação é irreversível.

Nesses casos, o indivíduo fica reduzido a uma condição de objeto e se impõe um sofrimento desnecessário ao doente, a seus familiares e amigos. (PROJETO DE LEI nº 6.544/2009)

Observa-se a preocupação com a preservação da dignidade do ser humano a uma morte digna:

Procura-se assim, preservar a dignidade do ser humano a uma morte digna e, se for do seu interesse ou de sua família, junto a seus entes queridos, no conforto de seu lar e não no meio a máquinas e ao agressivo ambiente hospitalar.

Desse modo, esperamos contar com o apoio de nossos ilustres pares em ambas as Casas do Congresso Nacional para a aprovação dessa importante medida que com toda a certeza trará mais conforto aos cidadãos brasileiros e a família brasileira nestes momentos tão difíceis. (PROJETO DE LEI nº 6.544/2009)

Após o trâmite em regime ordinário, este projeto segue para ser apensado a projeto de lei 3.002/2008 de autoria do deputado Hugo Leal (PSC-RJ), que regulamenta a ortotanásia no Brasil.

3.3.4 Projeto de Lei nº 6.715//2009

A justificativa do Projeto que o senador Gerson Camata (PMDB-ES) quer aprovar é em relação ao direito de um doente em fase terminal ou enfrentando moléstia irreversível, o poder de decidir sobre a suspensão dos procedimentos médicos que o mantém vivo artificialmente.

O Projeto de Lei nº 6.715/09 enviado ao Senado para revisão da Câmara dos Deputados, propõe alterar o Decreto-Lei nº 2.848, de 1940, o Código Penal Brasileiro, para excluir de ilicitude a ortotanásia, permitindo ao doente terminal a opção de suspensão ou renúncia dos procedimentos médicos com uso de meios desproporcionais e extraordinários que só prolonga o seu sofrimento, devido a sua morte iminente e inevitável.

Para dar uma melhor explicação sobre o tema da ortotanásia, Celso Delmanto coleciona:

Após a publicação da Resolução nº 1.805/2006, do Conselho Federal de Medicina, que a reconhece como sendo conduta médica ética, desde que haja anuência do paciente, ou, se ele estiver inconsciente, de seus familiares. Embora uma “resolução” não tenha, evidentemente, hierarquia de lei – e deixando a questão de julgamento moral e religioso à parte – compartilhamos o entendimento de que a ortotanásia não configura crime de homicídio, posto que a nosso ver, na ortotanásia não há o *animus*

necandi o dolo de matar, mas sim de abreviar o sofrimento de uma pessoa que é mantida *artificialmente* viva; a sua morte é que deixa de ser prolongada. Tampouco há, igualmente por ausência de dolo, acreditamos, o crime de omissão de socorro qualificado pela morte, não se deixando, com a ortotanásia de prestar “socorro”, no sentido de acudir uma pessoa necessitada, já que se trata de doença incurável e pessoa em *estado terminal*, cuja vida vem sendo artificialmente prolongada com usos de aparelhos. (DELMANTO, 2010, p. 441-442)

Na ortotanásia, portanto, o paciente, solicita a suspensão de tratamentos desnecessários e inúteis devido a sua doença incurável para morrer naturalmente, e na eutanásia é abreviação de vida, provoca-se sua morte.

O texto do Projeto de Lei estabelece que a exclusão de ilicitude não será aplicada em caso de omissão no uso dos meios ordinários e terapêuticos ordinários e proporcionais devido a paciente terminal.

Delmanto explica a exclusão de ilicitude:

Como se observou ao tratarmos da *teoria do crime*, para que haja imposição de pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos a uma pessoa, é necessário que ela tenha praticado um fato *típico* (descrito por lei como crime) e *ilícito* (isto é, *juízo de reprovabilidade*) da ação ou omissão típica praticada pelo agente; caso o autor do fato definido como crime seja inimputável, a imposição de medida de segurança dependerá da verificação de sua concreta *periculosidade*. Vê-se, assim, que a *ilicitude* (também chamada de antijuridicidade) é nada mais do que a contradição entre o comportamento típico do sujeito e a vedação que é imposta a esse comportamento pela ordem jurídica, com um todo. Explicou-se, ainda, que *ilicitude*, em um Estado Democrático de Direito, dever ser *sempre material* (com efetiva lesão ou ameaça concreta de lesão a um bem juridicamente tutelado) e não ser meramente formal (abstrata, hipotética). A *ilicitude* pode ser excluída, outrossim, por determinadas causas. É dessas causas de *exclusão de ilicitude* que trata este art. 23, indicando-as: estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular do direito. Elas também são chamadas *excludentes de antijuridicidade, discriminantes, justificativas ou tipos permissivos*. (DELMANTO, 2010, p.167-168)

Assim, o médico que atender ao pedido de suspensão do tratamento não poderá ser processado por homicídio doloso, pois não há o dolo de matar, e muito menos nas formas de excludentes de ilicitude, pois estas não estariam no âmbito do médico, haja vista que o médico só fornecerá os cuidados paliativos a que o doente necessita para que o seu processo de morrer seja tranqüilo e naturalmente.

Com a modificação prevista no Projeto do Código Penal pelo senador, haveria uma expansão do artigo 136, que trata do crime de maus-tratos, passando a vigorar acrescido do artigo 136-A com a seguinte redação:

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

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

§ 2º A exclusão de ilicitude prevista neste artigo não se aplica em caso de omissão de uso de meios terapêuticos ordinários e proporcionais devido a paciente terminal. (PROJETO DE LEI nº 6.715, 2009)

Conforme o Projeto, a situação de morte iminente e inevitável do doente deverão ser atestadas por dois médicos, e no caso de impossibilidade do paciente, o pedido de suspensão do tratamento deverá ser feito por seu cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão.

Com este projeto espera-se que a ortotanásia seja legalizada no Brasil, uma vez que, em alguns lugares, ela já é praticada legalmente, nos Estados Unidos existe o Ato de Autodeterminação do Paciente, que garante ao doente o direito de aceitar ou recusar tratamentos no momento de sua admissão no hospital.

O projeto que tramita em regime de prioridade, foi analisado pelas Comissões de Seguridade Social e Família, Constituição e Justiça e de Cidadania e está sujeito a apreciação do Plenário.

A proposição se encontra apensada, com os demais projetos de lei ao Projeto de Lei nº 3.002/2008, da autoria do deputado Hugo Leal (PSC-RJ)

Espera-se a aprovação destes projetos de lei em tramitação, que a ortotanásia possa ser aplicada no Brasil pelos médicos, respeitando os valores protegidos na Constituição, em especial os princípios da dignidade humana, do direito à vida, autonomia e ter afinal, uma morte digna.

A última atualização sobre os projetos de lei é da aprovação do requerimento do Sr. Pastor Marco Feliciano que requer a realização de Audiência Pública para debater o Projeto de Lei nº 6.715, de 2009, que “altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de Dezembro de 1940 (Código Penal), para excluir de ilicitude a Ortotanásia”. Atualmente os projetos se encontram na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS:

A expressão ortotanásia surge neste momento, como uma evolução do próprio conceito de liberdade e autonomia de escolha do paciente ou mesmo dos seus familiares, vez que, não vislumbrando qualquer mudança em seu quadro terminal e chances de cura podem optar por seguir o curso apropriado da vida, ou seja, de maneira mais digna possível em seu processo de morrer.

Assim, a ortotanásia como direito de escolha, vivenciando o paciente em sua própria dignidade, autonomia e direito à vida e uma morte digna, parece razoável que o mais importante não é discutir o certo ou errado, até por que a consciência de cada ser humano, ciente de seus direitos e deveres, e no momento de sua decisão, seja uma decisão correta diante de sua visão de vida e com o respeito e apoio de seus familiares e médicos, e com a devida valorização que a Constituição aponta em seus artigos como fundamentais e essenciais à pessoa humana.

O presente trabalho se direcionou, para discutir a ortotanásia frente ao princípio da dignidade humana, direito à uma vida e morte digna, e alcançar ao longo das argumentações, esta nova diretriz em relação aos pacientes terminais, orientado sempre em torno da conduta ética do médico.

Esta conduta e o princípio da dignidade humana que norteiam a prática, sendo juridicamente protegido e assegurado pela Constituição Federal, e diante de um quadro irreversível do processo natural de morrer, é feita uma abordagem reflexiva com outros princípios como direito à vida e sua autonomia.

Com a complexidade do tema e das polêmicas, a ortotanásia precisa ser discutida no campo jurídico com auxílio do campo médico e seus profissionais. A opinião do médico e a vontade do paciente em estado terminal, ou na sua impossibilidade, a de seus representantes, de interromper o tratamento, a sua autonomia e vontade devem ser respeitadas, pois ninguém melhor que a própria pessoa, para se manifestar.

O Conselho Federal de Medicina, ao lado dos Poderes Legislativo e Judiciário, buscam solucionar a questão do procedimento da ortotanásia no Brasil, regulamentando a matéria que ainda não se encontra prevista no ordenamento jurídico, visando sua legalidade.

Quando a Medicina não tem mais as técnicas ou procedimentos terapêuticos que possam ser oferecidos ao paciente em sua cura, a ortotanásia é a conduta mais condizente com a nossa realidade, pois a Medicina estaria atuando de forma humanitária, preocupando com o

bem-estar do paciente, dando-lhe os cuidados paliativos e respeitando os princípios fundamentais e essenciais à vida e dignidade, que a Constituição consagrou.

Portanto, os médicos continuariam dando assistência e os cuidados paliativos para o alívio e sofrimento dos pacientes, preocupando-se em assegurar que seus momentos finais sejam com o mínimo de angústia e agonia, evitando tratamentos e recursos extraordinários que não são mais eficazes e, principalmente com respeito a autonomia e dignidade das pessoas.

Neste prisma, observa-se que o ato do médico de deixar o processo de morrer acontecer naturalmente, aliviando as dores e sofrimentos, parece diferente de pacientes que sofrem indeterminadamente, tendo a vida prolongada desnecessariamente e já não tendo perspectivas de melhora e todos os recursos ao alcance do médico já foram implementados, estaria resguardando o princípio da dignidade e sob a ética humanizada, não haveria recriminação nesta conduta.

A decisão de não prolongar a vida é demasiadamente complexa e diversa, o limite está ligado a concepção de morte digna e aliado a consciência da limitação destes procedimentos e intervenção.

Parece claro que o ideal desta prática seria todos terem sua parcela de participação, ou seja, o médico com sua assistência e cuidados paliativos, o paciente seria de ouvir, sentir e pensar com ele, que sofre o processo natural de morrer, para que neste processo possa surgir a solução mais correta para o seu caso, no amparo dos familiares, e que a sociedade dê a sua devida valorização, protegendo a vida e a morte digna.

Desta maneira, ocorrendo a legalização da prática, deixando as polêmicas que o tema abrange, é necessário haver um controle e manutenção, pois no caso de descumprimento, ou por infringir nos direitos garantidos na Constituição, ou nas regras do Código de Ética, que haja uma sanção.

Nesta seara, há projetos de lei tramitando na Câmara dos Deputados com o objetivo de regulamentar a ortotanásia, já que ao Conselho de Medicina não cabe legislar em matéria constitucional, não tendo competência, além da problemática da legitimidade do paciente em optar pela interrupção de assistência e cuidados paliativos, que já não há reversão em seu quadro terminal.

Acredita-se que com esta prática, possa ser usada por todos os pacientes que lutam contra uma doença incurável e irreversível, aliviado com assistência e cuidado paliativo, e assim, terminando com seu sofrimento sem prolongamentos, com a chegada da morte naturalmente.

Com este trabalho, busca-se mostrar a relevância da ortotanásia no Brasil, explicando o procedimento e as diferenças entre as outras maneiras de cessação de vida, com análise das regras legislativas vigentes que tornam possível a legalidade da prática, e amparado nos princípios fundamentais protegidos pela Constituição Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BOMTEMPO, Tiago Vieira. **A Ortotanásia e o Direito de Morrer com Dignidade: Uma Análise Constitucional.** *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, São Paulo, n. 9, p. 169-182, fev 2011. Disponível em: < <http://www.reid.org.br/?CONT=00000236>> Acesso em: 13 out. 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988, 45ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 441 p.

BRASIL, Resolução n. 1805, de 28 de novembro de 2006. Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitidos 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 e de seu representante legal. *Diário Oficial da União*. Brasília, 9 de nov. de 2006.

BRASIL, Resolução n. 1931, de 17 de setembro de 2009. Aprova o Código de Ética Médica. *Diário Oficial da União*. Brasília, 24 de set. 2009.

BRASIL, Decreto lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Diário Oficial da União*. Brasília, 31 de dez. 1940.

BRASIL, Projeto de Lei nº 3.002, de 13 de março de 2008. Regulamenta a prática da ortotanásia no território nacional brasileiro. Disponível em: < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=43FCC09E4541E9417BAADE0216CDCC2E.node2?codteor=544137&filename=PL+3002/2008> Acesso em: 13 out. 2011.

BRASIL, Projeto de Lei nº 5.008 de 7 de abril de 2009. Proíbe a suspensão de cuidados de pacientes em Estado Vegetativo Persistente. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=645001&filename=PL+5008/2009> Acesso em: 13 out. 2011.

BRASIL, Projeto de Lei nº 6.544 de 02 de dezembro de 2009. Dispõe sobre os cuidados a pacientes que se encontrem em fase terminal de enfermidade. Disponível em: < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=721742&filename=PL+6544/2009> Acesso em: 13 out. 2011.

BRASIL, Projeto de Lei nº 6.715 de 23 de dezembro de 2009. Altera o Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dez. de 1940 (Código Penal), para excluir de ilicitude a ortotanásia. Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=465323>> Acesso em: 13 out. 2011.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 1596 p.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Eutanásia e Ortotanásia** – Comentários sobre a Resolução nº 1805/2006 – Aspectos Éticos e Jurídicos. 1ª ed.. Curitiba: Juruá, 2009. 124 p.

DELMANTO, Celso, DELMANTO, Roberto, DELMANTO JÚNIOR, Roberto, DELMANTO, Fabio M. de Almeida. **Código Penal Comentado**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 1195 p.

GOMES, Luiz Flavio. **Ortotanásia**: morte digna? São Paulo: 05 de julho de 2011. Disponível em: <<http://www.juristas.com.br/informacao/revista-juristas/ortotanasia-morte-digna/358/>>. Acesso em: 17 out. 2011.

JOÃO PAULO II. Vaticano: 1995. Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae_po.html> . Acesso em 13 out. 2011.

MIRABETE , Julio Fabbrini , FABBRINI Renato N. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2011. 466 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 1151 p.

SÃO PAULO. Lei Estadual n. 10.241, de 17 de março de 1999. Dispõe sobre os direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde no Estado e dá outras providências . Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/dh/volume%20i/saudelei10241.htm>>. Acesso em 13 out. 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. 928 p.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. 1024p.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito e que se fizerem necessários, que isento completamente a Universidade Anhanguera-Uniderp, a Rede de Ensino Luiz Flavio Gomes e o professor orientador de toda e qualquer responsabilidade pelo conteúdo e idéias expressas no presente Trabalho de Conclusão de Curso.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado.

São Paulo, 27 de março de 2012.

Denize de Oliveira Capponi
CPF 008.977.128-11