



A LICITUDE DA ORTOTANÁSIA SOB A ÓTICA DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A VALIDADE JURÍDICA DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DO PACIENTE

THE ORTHOTHANASIA LEGALITY OF THE PERSPECTIVE OF BRAZILIAN LAW AND LEGAL VALIDITY OF VITAL TESTAMENT

Ricardo Savaris¹
Caio Cezar Bellotto²

RESUMO: O presente artigo tem o escopo de analisar, em primeira instância, a licitude da Ortotanásia à luz da Constituição Federal de 1988, analisando-a sobre a ótica de princípios como o da Dignidade Humana e Autonomia. Recentemente, no Brasil, entendimentos mais precisos à cerca do tema vem se desenvolvendo e propiciando a elaboração de normas que regulamentam a prática da ortotanásia e introduzindo o instrumento das Diretivas Antecipadas. Das normas já vigentes serão analisadas em especial às Resoluções nº 1.805/2006 e nº 1.995/2012, ambas do Conselho Nacional de Medicina, o Novo Código de Ética Médica. Também abordaremos a questão do anteprojeto do novo Código Penal Brasileiro, que traz em sua proposta de reforma a excludente de ilicitude, no que se refere a ortotanásia. Em segunda instância serão abordados aspectos referentes ao instrumento jurídico conhecidos como Diretivas Antecipadas do Paciente ou também Declaração Prévia de Vontade e Testamento Vital. O referido instrumento tem o propósito de garantir o cumprimento das vontades da pessoa quando, de alguma forma, esta não for capaz de expressá-las, valendo-se, em especial, do princípio da autonomia da vontade. Assim, o paciente poderá dispor antecipadamente sobre quais tratamentos deseja ser ou não submetido.

PALAVRAS-CHAVE: Ortotanásia - Dignidade Humana - Declaração Prévia de Vontade – Autonomia.

ABSTRACT: This article has the scope to examine in the first instance, the lawfulness of orthothanasia the light of the Constitution of 1988, analyzing it on the optical principles such as human dignity and autonomy. Recently in Brazil, more accurate understandings about the theme has been developing and fostering the development of standards regulating the practice of orthothanasia and introducing the instrument of Advance Directives. The standards already in effect will be analyzed in particular the Resolutions No. No. 1.805/2006 and 1.995/2012, both the National Board of Medicine, the New Code of Medical Ethics. Will also address the issue of the draft of the new Brazilian Penal Code, which carries in its proposal to reform the exclusionary of unlawfulness in relation orthothanasia. In the second instance will be addressed aspects related to legal instrument known as Advance Directives Patient or also Prior Declaration of Will and Living Will. This instrument is intended to ensure compliance with the wishes of the

¹ Acadêmico do Curso de Direito – Faculdade Assis Gurgacz. E-mail: ricardoo_savaris@hotmail.com

² Docente Orientador do Curso de Direito – Faculdade Assis Gurgacz



person when, somehow, it is not able to express them, using in particular the principle of freedom of choice. Thus, the patient may have in advance about what treatments you want or not submitted.

KEYWORDS: Orthothanasia - Human Dignity - Prior Declaration of Will - Autonomy.

1. INTRODUÇÃO

O tema do presente artigo permeia os campos de um assunto demasiadamente delicado: a morte. Muitos tendem a esquivar-se quando o assunto tange neste contexto, no entanto, faz-se necessário filosofar à cerca do assunto visto que está intimamente ligado à nossa existência. Seria um clichê trazer aqui aquele velho ditado de que “a morte é a única certeza de nossas vidas”. O notório poeta brasileiro Fernando Pessoa, por sua vez, foi mais “habilidoso” ao se valer das palavras ao abordar o tema, referindo-se assim: “O próprio viver é morrer, porque não temos um dia a mais na nossa vida que não tenhamos, nisso, um dia a menos nela”.

Neste sentido, convém ponderar que não devemos tratar a morte como um obstáculo a ser superado, ainda que se trate de um evento que deve acontecer, via de regra, de forma natural e espontânea. Dito isso, fica claro que é tão inadmissível interromper a vida artificialmente quanto inimaginável que as pessoas nascessem com um “prazo de validade” certo ou pré-estabelecido, pois isto mudaria todo o sentido da vida.

Com a compreensão de que a morte é inerente à vida abre-se um precedente para o questionamento: “Até onde é digna a vida do ser-humano quando este passa ter sua morte prolongada de forma obstinada e desprovida de qualquer fim curativo?”

É pela instigação deste questionamento que durante todo o desenvolvimento desta pesquisa será analisado o que vem a ser ortotanásia e quais as suas diferenças em relação à distanásia e eutanásia, pautando-se sempre na Constituição Federal de 1988, nos princípios fundamentais do Direito e na doutrina pátria e estrangeira.

Após analisados os pressupostos acerca da ortotanásia, verificar-se-á a possibilidade da utilização das declarações prévias de vontade e sua compatibilidade perante o ordenamento jurídico pátrio, expondo também peculiaridades quanto a este instrumento jurídico ainda pouco conhecido no Brasil.



2. CONSTITUIÇÃO DE 1988: O HOMEM COMO SUJEITO LIVRE, DIGNO E AUTODETERMINANTE

2.1 DA DIGNIDADE HUMANA

A constituição Federal de 1988, no seu artigo 1º, inciso III, expressa como fundamento a dignidade da pessoa humana, sendo, em um particular, o que constitui escopo maior e definitivo, portanto, o objetivo principal da hermenêutica axiológica aplicada.

Dignidade deriva do termo em latim *dignus* – aquele que merece estima e honra, aquele que é importante. Diante de carga terminológica é possível ter em mente a razão pela qual este é o princípio de maior hierarquia axiológico-valorativa. A pessoa é tratada de forma elementar, pois, ela é a razão de ser de toda a sociedade. Não há que se falar em Estado sem que haja nele pessoas, e, do mesmo modo, não se admite falar em leis sem que haja o escopo de garantir a dignidade das pessoas no sentido individual e coletivo, respeitando cada qual os seus limites.

Neste sentido, convém ponderarmos a consistente definição de dignidade humana lançada no Dicionário de Bioética:

O termo ‘dignidade’ indica um atributo universalmente comum a todos os homens, sem cujo reconhecimento não poderá haver liberdade nem, muito menos, justiça ou paz, uma característica específica nossa e que nos coloca num grau superior em relação a todos os outros seres existentes na terra” (LEONE; PRIVITERA; CUNHA, 2001, p.321).

Ao tratar do tema, Silva (2002) esclarece que “a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os Direitos Fundamentais do homem, desde o direito à vida” (SILVA, 2002, p.105).

Mais a fundo ainda na conceituação, Barros Junior (2007):

Dignidade é um valor inerente à pessoa, manifestada pela autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que já traz a exigência ao respeito recíproco, representando um mínimo inatingível que todo estatuto jurídico deve garantir, de forma que, apenas excepcionalmente, possam se fazer limitações ao exercício dos Direitos Fundamentais, mas sem desconsiderar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (BARROS, 2007 p. 79)”.



Os Direitos Fundamentais, onde se inclui o direito à dignidade, nascem com o indivíduo e o acompanham até a sua morte, e, sendo assim, cada homem será o senhor de sua existência construindo cada qual o seu modo de viver, pensar, crer e expressar-se. Porquanto, é impossível fixar um conceito exato e inerte em relação à dignidade, uma vez que, cada pessoa tem sua compreensão particular da vida em si. Sobre o tema disserta a Professora Roxana Cardoso Brasileiro Borges:

Reconhecer a subjetividade concreta do homem é requisito para compreender a necessidade de proteger-lhe a vontade e, conseqüentemente, sua necessidade de autodeterminação ou autonomia. Se não se reconhece o homem como ser dotado de consciência de sua própria existência, dotado de vontade e de necessidade de autonomia, auto realização e felicidade, reduz-se, então, o homem à mesma categoria dos seres irracionais, que devem ser controlados, ordenados, tangidos, cercados – como objetos, não como sujeitos. Pois é a possibilidade de liberdade que distingue o ser humano dos demais seres, considerados irracionais por não se guiarem pela razão, mas pelo instinto, pela necessidade. Mas, se o homem for reduzido, em sua autonomia, a um animal irracional, irresponsável em relação a si mesmo e desprovido de razões quanto à sua própria subjetividade, quem será o ser superior que irá exercer o controle, a ordem, a direção dos homens? E, nessa situação, que dignidade lhe restará? (BORGES, 2007, p. 139).

Ainda segundo Borges (2007), atentar contra o exercício livre da vontade do ser humano é atentar contra a dignidade da pessoa humana e, desta forma, a afronta se daria diretamente à constituição e ao Estado Democrático.

2.2 DO DIREITO À VIDA

A Constituição Federal do Brasil de 1988, no caput de seu artigo 5º, expressa que “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 [...]” (BRASIL, 1988). Deste modo, toda e qualquer pessoa que estiver sobre o solo brasileiro será titular absoluto do direito à vida e gozará da tutela do Estado para com ela.



A Constituição Federal não é a patrocinadora da vida, mas, todavia, ela é a garantidora da preservação dela. Tendo como objetivo garantir que o direito à vida de todos os indivíduos não seja violado de forma ilegal, Silva (2007) pontua de forma clara:

De nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos. No conteúdo de seu conceito se envolvem o direito à dignidade da pessoa humana [...], o direito à privacidade [...], o direito à integridade físico-corporal, o direito à integridade moral e, especialmente, o direito à existência.” (SILVA, 2007, p. 198).

Em virtude dessas considerações, fica claro que o direito à vida, bem como, o direito à dignidade, são princípios basilares do Estado Democrático, porém, como todo direito, não é absoluto e, por seu turno, possui suas exceções. Em nosso ordenamento podemos encontrar situações em que o direito à vida não é absoluto como no caso do Direito Militar, quando declarado estado de exceção, nas seguintes hipóteses: deserção, traição, motim, coação ao comandante e fuga na presença do inimigo; nesses casos a decisão é sumária, cabendo ao oficial militar tomar tal decisão. Fora do contexto militar é prevista a pena de morte nos casos de abate de aeronaves hostis que adentrarem ao território brasileiro sem autorização e que vierem a desacatar as ordens das autoridades aeronáuticas. Nesta situação, é permitida a derrubada da aeronave por meio de força, segundo a Lei nº 7565, de 19 de dezembro de 1986, mais conhecida como a Lei do Abate, que foi regulamentada por meio do decreto nº 5144/2004.

Muito embora a Constituição proclame o direito à vida, tal garantia não é absoluta, pelo fato de que poderá ser subjugado quando confrontado com premissas maiores.

2.3 DA AUTONOMIA PRIVADA DA PESSOA HUMANA

O conceito de dignidade da pessoa humana apresentado neste trabalho está ligado a possibilidade de a pessoa conduzir seu modo de viver e a construção de sua personalidade livremente, desde que não sejam obstruídos direitos de terceiros.



Muito embora, filosoficamente, “autonomia indica a condição de uma pessoa ou de uma coletividade, capaz de determinar por ela mesma a lei à qual se submeter. Seu antônimo é ‘heteronomia’, no atual panorama social o homem é senhor de si até o momento em que esbarra nos limites estatais” (LALANDE, 1972, p. 77).

Percebe-se, portanto, a existência de dois âmbitos distintos sobre a autonomia privada: o âmbito particular, individual e subjetivo da autonomia privada e o âmbito público, soberano, de competência normativa estatal.

Destarte, significa dizer que a autonomia da pessoa fica submetida às limitações da ordem pública, que é objetivada por meio da leis em sentido amplo. Por isso, Betti (1969), afirma de modo contundente que “a autonomia privada nem mesmo então estatui, diretamente por si, os efeitos jurídicos: a estatuição desse passa sempre através da ordem jurídica” (BETTI, 1969, p. 170).

Assim, em consonância, cita-se Borges (2007):

[...] a manifestação de vontade, pura e simplesmente, não tem, por si, a força de gerar aquisição, modificação ou extinção de direitos. Apenas a vontade que estiver de acordo com o ordenamento jurídico pode gerar os efeitos jurídicos desejados pelo sujeito, capaz e legitimado, que a declara (BORGES 2007, p. 54).

Portanto, em síntese, ainda que o homem seja autônomo quanto a sua consciência e sua vontade ele sofre certas limitações em decorrência da lei quando as exterioriza. Assim, em meio ao desenvolvimento desta pesquisa, passaremos a analisar, perante o ordenamento jurídico brasileiro, as possibilidades do indivíduo que se encontra em estado de terminalidade optar pela Ortotanásia no exercício de sua autonomia, e, se de fato, tal atitude é lícita perante a lei.

3. DA CONCEITUAÇÃO DE EUTANÁSIA, DISTANÁSIA E ORTOTANÁSIA

Antes de adentrar em loco ao tema principal, a Ortotanásia, é necessário conceituar alguns pontos de extrema importância para a devida compreensão deste. Após a leitura a seguir,



pode-se perceber que, embora as terminologias tragam certa semelhança, cada modalidade é totalmente distinta e possui características próprias, ainda que levem ao mesmo fim.

3.1 DA EUTANÁSIA

Não é estranha à história humana a ponderação entre a piedade e a manutenção da vida. Desde os primórdios da humanidade encontram-se pessoas que, movidas pelo sentimento de piedade, ao se deparar com o sofrimento de outrem propiciam sua morte a fim de cessar suas mazelas. A eutanásia, atualmente, é dotada do sentido de provocação da morte por sentimento de piedade à pessoa que sofre, isto é, ao invés de permitir que a morte ocorra naturalmente, interfere-se diretamente sobre o curso natural da vida.

Em um breve adendo, conceitua-se a eutanásia ativa como sendo aquela que “[...] consiste em fazer morrer, com a finalidade de interromper os sofrimentos da pessoa acometida de moléstia grave e incurável, sendo que o paciente está no estágio terminal da doença, e, cientificamente, não há possibilidade de reversão deste estado crônico [...]” (LIMA, 2010, p. 280).

A eutanásia, assim, na forma ativa ou passiva, é prática que provoca a morte do paciente, pois ainda não há processo de morte instalado, apesar do sofrimento físico e/ou psicológico que possa atingir o paciente. No entanto, a omissão em adotar procedimentos terapêuticos extraordinários quando a morte já é certa (ortotanásia), não produz a morte do paciente, uma vez que nenhum ato do médico sobre ele poderá evitar o evento do desenlace (DISTRITO FEDERAL, 2010).

Já em um contexto mais específico da bioética, eutanásia é “ato médico que tem como finalidade eliminar a dor e a indignidade na doença crônica e no morrer eliminando o portador da dor” (MARTIN, 2004, p.201).

Para Roxana Cardoso Brasileiro Borges (2007):

A eutanásia verdadeira é a morte provocada em paciente vítima de forte sofrimento e doença incurável. Se a doença não for incurável, afasta-se a eutanásia (que, diante do Código Penal, poderá ser considerada homicídio privilegiado) e se cai na hipótese de homicídio simples ou qualificado, dependendo do caso. Quando se busca simplesmente causar a morte, sem a motivação humanística, não se pode falar em eutanásia (BORGES, 2007, p. 238).



Pode-se ainda classificar a eutanásia por sua forma ativa ou passiva, segundo Luciano de Freitas Santoro (2010):

A eutanásia ativa será aquela em que o evento morte é resultado de uma ação direta do médico ou de interposta pessoa, como, por exemplo, o ato de ministrar doses letais de drogas ao paciente. A eutanásia passiva, ao contrário, é uma conduta omissiva, em que há a supressão ou interrupção dos cuidados médicos que oferecem um suporte indispensável à manutenção vital (SANTORO, 2010, p.118).

Mesmo havendo duas modalidades de consumação da eutanásia, isso não fará diferença quando aplicada ao processo penal. Pois, no Brasil tal prática é considerada criminosa e está tipificada no artigo 121, do Código Penal, podendo ter a pena diminuída se considerado o homicídio privilegiado em detrimento do seu §1º, que prevê: “Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob domínio de violenta emoção, logo em seguida de injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço (BRASIL, 1940)”.

3.2 DA DISTANÁSIA

Verificado ser a eutanásia a forma de intervenção direta e fatal no processo morte impelida pelo sentimento de piedade de quem a executa, a distanásia, por sua vez, é o contrário da concepção de eutanásia, pois, visa apenas retardar o evento morte por meio de tratamentos infrutíferos – que não trazem benefício algum ao paciente – de forma que proporciona a ele somente o prolongamento artificial da agonia em que se encontra o paciente em seu leito de morte.

Conceitua a distanásia o professor Luciano de Freitas Santoro (2010):

A distanásia é aquele comportamento em que há um excesso do médico em lutar pela vida do paciente, verdadeira tenacidade traduzida na obstinação terapêutica, retardando inutilmente a morte natural do paciente através da utilização de métodos terapêuticos injustificáveis em pacientes que se encontrem em estado de morte iminente e irreversível (SANTORO, 2010, p.128).



No mesmo sentido, Maria Helena Diniz (2001), esclarece que a distanásia “trata-se do prolongamento exagerado da morte de um paciente terminal ou tratamento inútil. Não visa prolongar a vida, mas sim o processo morte” (DINIZ, 2001, p. 316).

É mister destacar que só convêm falar em distanásia, eutanásia e ortotanásia quando existir a figura do paciente terminal³. Diante do paciente em estado de terminalidade a distanásia ocorrerá em ocasião onde prolonga-se a agonia artificialmente, quando a ciência médica se encontra vencida pela enfermidade do sujeito. Portanto, são tratamentos em vão e obstinados, incapazes de oferecer qualquer melhora.

A distanásia, segundo Borges (2007) “É expressão da obstinação terapêutica pelo tratamento e pela tecnologia, sem a devida atenção em relação ao ser humano” (BORGES, 2007, p. 144). Por conseguinte, é caracterizada pelo exagero injustificado na aplicação da medicina, no qual o paciente é colocado em segundo plano, pois, deixa de ser respeitada sua dignidade como pessoa em função de premissas menores.

3.3 DA ORTOTANÁSIA

Em contraposição à distanásia, surge o conceito de ortotanásia que, etimologicamente, significa morte correta: *ortho*: certo, *thanatos*: morte. Conceituada por Borges (2007) “significa o não prolongamento artificial do processo morte, além do que seria o processo natural, feito pelo médico” (BORGES, 2007, p. 236).

Essa prática, em tese, inibe a ocorrência da distanásia, um vez que, ao contrário desta, se permite que o processo da morte se desenvolva de forma natural e espontânea. Neste sentido Bergstein (2010) explicita que:

Na ortotanásia – a correta eutanásia – está presente a atitude de omissão do médico, no sentido de não empregar todos os meios técnico- científicos hoje existentes, compreendendo-se aí a terapia medicamentosa, equipamentos e máquinas, que

³ Paciente terminal é o doente crônico para quem a medicina não oferece nenhuma chance real de cura (GARCIA, 2007, p.261).



poderiam conduzir a um prolongamento da vida do paciente, sem, contudo, lhe proporcionar a cura ou a melhora de seus males. (BERGSTEIN 2010, p. 259)

Em vista do conceito de Bergstein (2010), pode-se fazer uma distinção entre ortotanásia e eutanásia. Em um primeiro caso, provoca-se a morte de forma direta; noutro, deixa-se morrer num processo natural, onde o tratamento médico busca apenas atenuar ao máximos as dores do paciente.

A doutrina tem discutido muito em relação ao tema, no entanto, a pesquisa possui o anseio de trazer entendimentos do judiciário sobre a temática. Deste modo, apresentamos o conceito de Ortotanásia dado na sentença⁴ a seguir:

Ortotanásia, que significa a morte "no tempo certo", conceito derivado do grego "orthos" (regular, ordinário). Em termos práticos, considera-se ortotanásia a conduta omissiva do médico, frente a paciente com doença incurável, com prognóstico de morte iminente e inevitável ou em estado clínico irreversível. Neste caso, em vez de utilizar-se de meios extraordinários para prolongar o estado de morte já instalado no paciente (que seria a distanásia), o médico deixa de intervir no desenvolvimento natural e inevitável da morte. Tal conduta é considerada ética, sempre que a decisão do médico for precedida do consentimento informado do próprio paciente ou de sua família, quando impossível for a manifestação do doente. Tal decisão deve levar em conta não apenas a segurança no prognóstico de morte iminente e inevitável, mas também o custo-benefício da adoção de procedimentos extraordinários que redundem em intenso sofrimento, em face da impossibilidade de cura ou vida plena. A ortotanásia não se confunde com a chamada eutanásia passiva. É que, nesta, é a conduta omissiva do médico que determina o processo de morte, uma vez que a sua inevitabilidade ainda não está estabelecida. Assim, os recursos médicos disponíveis ainda são úteis e passíveis de manter a vida, sendo a omissão do profissional, neste caso, realmente criminosa (DISTRITO FEDERAL, 2010)

Esta sentença da qual retirou-se o conceito, negou provimento à Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal em desfavor do Conselho Federal de Medicina, a qual tinha por objetivo suspender a resolução nº 1508/2006, do CFM. Tal resolução teve o escopo de regulamentar a ortotanásia na prática médica e gerou grandes questionamentos.

No trâmite da referida ação, após a produção das provas requeridas pelas partes, o processo recebeu a manifestação final do CFM e do membro do Ministério Público Federal. O

⁴ DISTRITO FEDERAL. Juiz Roberto Luis Luchi Demo. Decisão em 06/12/2010. Sentença da Ação Civil Pública n. 2007.34.00.014809-3, da 14ª Vara Federal do Distrito Federal. Data da publicação: 09/12/2010.



CFM pugnou pela improcedência da ação ratificando a legalidade da Resolução CFM nº 1.805/06. O MPF, por sua vez, surpreendentemente, numa atitude de independência e lealdade à consciência jurídica de seus membros, manifestou-se contrariamente ao entendimento esposado na petição inicial concluindo pela improcedência e, conseqüentemente, pela revogação da liminar anteriormente deferida em seu favor (liminar esta que suspendia a referida resolução).

O Meritíssimo Juiz ao proferir a sentença apreciou os pedidos do Ministério Público, que dentre eles havia:

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

O julgador por sua vez rebateu os argumentos fundamentando que:

[...] ousamos discordar do posicionamento externado na inicial, sem embargo da profundidade dos argumentos que sustentam a tese. Nossa posição se resume, brevemente, em três [sic] premissas: 1) o CFM tem competência para editar a Resolução nº1805/2006, que não versa sobre direito penal e, sim, sobre ética médica e conseqüências disciplinares; 2) a ortotanásia não constitui crime de homicídio, interpretado o Código Penal à luz da Constituição Federal; 3) a edição da Resolução nº 1805/2006 não determinou modificação significativa no dia-a-dia dos médicos que lidam com pacientes terminais, não gerando, portanto, os efeitos danosos propugnados pela inicial; 4) a Resolução nº 1805/2006 deve, ao contrário, incentivar os médicos a descrever exatamente os procedimentos que adotam e os que deixam de adotar, em relação a pacientes terminais, permitindo maior transparência e possibilitando maior controle da atividade médica; 5) os pedidos formulados pelo Ministério Público Federal não devem ser acolhidos, porque não se revelarão úteis as providências pretendidas, em face da argumentação desenvolvida. (DISTRITO FEDERAL, 2010).

Sobre a possibilidade da ortotanásia ser considerada homicídio o MM. Juiz clarifica que:

[...] quebra do nexa causal entre a ação do médico e o resultado (morte inevitável), circunstância que retira, assim, a tipicidade penal da conduta. O mesmo raciocínio aplica-se à interpretação do tipo homicídio à prática da ortotanásia, uma vez que, também nesta hipótese típica, não haverá crime se a conduta do indigitado autor não contribuir, em última análise, para a causação do resultado morte. (DISTRITO FEDERAL, 2010).



A resolução na qual se tratou a ação civil pública citada foi a primeira normatização a tratar expressamente do tema no Brasil. Hodiernamente, com a vigência do novo Código de Ética Médica, que entrou em vigor em 13 de Abril de 2010, a ortotanásia está inserida no “Capítulo V - Relação Com Pacientes e Familiares”, mais especificamente no parágrafo único do artigo 41 deste códex:

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 e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal. (BRASIL, 2010) [grifo nosso]

Em consonância com o que aduz o Código de Ética Médica, tramita pelo legislativo o projeto de lei do Senado brasileiro nº 524/2009, de autoria do senador Gerson Camata, que visa dispor sobre os direitos do paciente em estado de terminalidade. Este documento tem o objetivo de regulamentar a prática da ortotanásia, via devido processo legislativo, inaugurando a participação do Parlamento brasileiro no assunto. O referido projeto basicamente possui os mesmos dispositivos da supracitada Resolução nº 1.805/2006 do CFM, porém de forma mais detalhada.

Os artigos 1º e 2º evidenciam o intuito do legislador ao criar o Projeto de Lei:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre os direitos da pessoa que se encontre em fase terminal de doença, no que diz respeito à tomada de decisões sobre a instituição, a limitação ou a suspensão de procedimentos terapêuticos, paliativos e mitigadores do sofrimento.

Art. 2º A pessoa em fase terminal de doença tem direito, sem prejuízo de outros procedimentos terapêuticos que se mostrarem cabíveis, a cuidados paliativos e mitigadores do sofrimento, proporcionais e adequados à sua situação.

No que toca o assunto abordado, podemos enfatizar o artigo 6º:

Art. 6º Se houver manifestação favorável da pessoa em fase terminal de doença ou, na impossibilidade de que ela se manifeste em razão das condições a que se refere o § 1º do art. 5º, da sua família ou do seu representante legal, é permitida, respeitado o disposto no § 2º, a limitação ou a suspensão, pelo médico assistente, de procedimentos desproporcionais ou extraordinários destinados a prolongar artificialmente a vida.



§ 1º Na hipótese de impossibilidade superveniente de manifestação de vontade do paciente e caso este tenha, anteriormente, enquanto lúcido, se pronunciado contrariamente à limitação e suspensão de procedimentos de que trata o caput, deverá ser respeitada tal manifestação.

§2º. A limitação ou a suspensão a que se refere o caput deverá ser fundamentada e registrada no prontuário do paciente e será submetida a análise médica revisora, definida em regulamento”. (SENADO, 2009).

Assim, pelo disposto no artigo 6º, §1º, caso o paciente tenha se manifestado contrário à limitação ou suspensão do tratamento antes de se tornar incapaz, esta vontade deverá ser respeitada. O próprio artigo 6º, trata da autonomia privada do paciente, retratando a figura das Diretivas Antecipadas, que será oportunamente adiante abordada.

Evidencia-se que a ortotanásia é uma faculdade legal do ser humano, em detrimento dos princípios abordados ela nada mais é do que a escolha do paciente em se deixar ou não sofrer intervenções nas quais o sujeito venha entender como degradantes. Deste modo, mesmo que careça de lei regulamentando sua prática a ortotanásia pode ser considerada lícita em nosso ordenamento, uma vez que não tipifica nenhuma conduta penal prevista no ordenamento jurídico, isso segundo a própria doutrina e entendimentos do judiciário.

Diante dessas considerações, podemos destacar o Anteprojeto do novo Código Penal, elaborado no ano de 2012. Nele os legisladores se ocuparam em acrescentar um artigo tratando exclusivamente do tema abordado nesta pesquisa incluindo um tipo penal exclusivo para o crime de eutanásia, que atualmente é considerado pela legislação homicídio privilegiado. No parágrafo segundo do mesmo artigo fora tipificada a prática da ortotanásia como excludente de ilicitude:

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

§ 1º [..]

Exclusão de ilicitude

§ 2º Não há crime quando o agente deixa de fazer uso de meios artificiais para manter a vida do paciente em caso de doença grave irreversível, e desde que essa circunstância esteja previamente atestada por dois médicos e haja consentimento do paciente, ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão (BRASIL, 2012) [grifo nosso]

Ao inovar, pretendendo inserir expressamente estes assuntos no corpo do possível novo Código Penal, os legisladores justificaram a exclusão da ilicitude penal da prática de ortotanásia com os seguintes argumentos:



Ortotanásia não é eutanásia. Prática médica aceita pelo Conselho Federal de Medicina, a ortotanásia não implica na prática de atos executórios de matar alguém, mas no reconhecimento de que a morte, a velha senhora, já iniciou curso irrevogável. Convém citar a Resolução 1.805/2006, daquele Conselho: “Art. 1º É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal. §1º O médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação. §2º A decisão referida no caput deve ser fundamentada e registrada no prontuário. §3º É assegurado ao doente ou a seu representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica. Art. 2º O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar”. Refrear artificialmente o falecimento, nestes casos, é retirar da pessoa o direito de escolher o local e o modo como pretende se despedir da vida e dos seus. Não há espaço para o Direito Penal, nesta situação. Impede-o a dignidade da pessoa humana, aqui num sentido despido da vulgarização que se dá a este essencial conceito. Morrer dignamente é uma escolha constitucionalmente válida. A proposta da Comissão é torná-la também legalmente válida (BRASIL, 2012)”.

Em última análise, apesar da existência de normas infralegais que tratem do assunto de modo integral, o legislativo já se move em direção à regulamentação por lei do assunto, pois, como visto, ele gera grande notabilidade devido a imensa ligação com direitos fundamentais da pessoa.

4. DA DECLARAÇÃO PRÉVIA DO PACIENTE TERMINAL

4.1 Conceito

Testamento Vital, Instruções Prévias, Diretivas Antecipadas, documento de vontades antecipadas, *living will*, testamento em vida, testamento biológico e também de *testament de vie*, todos estes termos citados fazem menção ao mesmo instrumento jurídico que tem o escopo de garantir as opções da pessoa em relação ao seu corpo quando esta não puder expressá-las.

A teórica Sá (2005) em um rápido conceito, demonstra que “o *living will* ou ‘testamento em vida’ pretende estabelecer os tratamentos médicos indesejados, caso o paciente incorra em estado de inconsciência ou em estado terminal” (SÁ, 2005, p. 36).

Ainda sobre o assunto a professora espanhola, Cristina Lopes Sánchez (2010) ilustra:



Os testamentos vitais são documentos por meio dos quais uma pessoa suficientemente capaz pode estabelecer, antecipadamente, que medidas e tratamentos quer que se lhe apliquem quando não possa mais expressar sua vontade pessoalmente, podendo ainda, designar um representante para que tome esse tipo de decisão em seu lugar (SÁNCHEZ, 2010).

Desta forma, tem-se que:

O testamento vital é um documento jurídico redigido por uma pessoa quando plenas as suas faculdades mentais, por meio do qual dispõe antecipadamente a sua vontade quanto aos tratamentos a serem ou não empregados caso advenha situação na qual não possa mais expressar suas intenções em virtude do estado de saúde em que se encontre, podendo ainda servir de instrumento para a nomeação de terceiro para tomar a decisão quanto aos tratamentos utilizados e ainda dispor acerca da doação ou não de órgãos. Por meio desse documento o indivíduo manifesta a sua vontade de não ser mantido vivo em condições que considere indignas, cuja qualidade da vida já não mais pode ser preservada diante da batalha travada para vencer a morte. (AMARAL; PONA, 2010, p.5)

É sobremodo importante ressaltar que é condição objetiva que o sujeito que pretende expressar suas Vontades Prévias deve estar em pleno gozo de suas faculdades mentais, sob pena de nulidade destas, como bem nos ensina a doutrina de Venosa (2003, p. 142), ao destacar que além dos menores de 16 anos, não tem capacidade para testar tanto o demente como aquele que testou sob fugaz estado de alienação, estando sob efeito de alucinógeno que seja capaz de tolher o discernimento, ou ainda sob influência do estado etílico que leva à perda de tal capacidade.

Portanto, a declaração prévia de vontade é um instrumento criado pela pessoa, quando em pleno discernimento, que visa garantir o cumprimento das vontades desta numa eventual situação em que se encontre impossibilitado de expressar suas vontades em decorrência de grave moléstia.

4.2 Contexto histórico

Não é recente o debate acerca do tema que vem sendo discorrido ao longo do artigo. Em todo o planeta as possibilidades e as formas de se garantir a autodeterminação do paciente terminal são constantemente assuntos de debate. Alguns países como Espanha, Estados Unidos, Portugal, Itália e o nosso vizinho Uruguai, já encontram-se em níveis avançados no que diz respeito a regulamentação da ortotanásia e dos instrumentos de declaração prévia.



Clemente e Pimenta (2006) relatam um dos primeiros surgimentos da ideia de declaração prévia em todo o mundo:

Em 1969, Luis Kutner, sugeriu um modelo de documento no qual o próprio indivíduo declarava que, se entrasse em estado vegetativo, com impossibilidade segura de recuperar suas capacidades físicas e mentais, deveriam ser suspensos os tratamentos médicos. Kutner sugeriu, ainda, que o testamento vital satisfizesse a quatro finalidades: primeira, em processos judiciais, a necessidade de se ter em conta a diferença entre homicídio privilegiado por relevante valor moral (a compaixão) e o homicídio qualificado por motivo torpe; segunda, a necessidade legal de permitir, ao paciente, o direito de morrer por sua vontade; a terceira, a necessidade de o paciente expressar seu desejo de morrer, ainda que incapaz de dar seu consentimento na ocasião; quarta, para satisfazer às três primeiras finalidades, dever-se-ia dar, ao paciente, garantias necessárias de que sua vontade fosse cumprida (CLEMENTE; PIMENTA, 2006, p.4)

Em 1º de dezembro de 1991, entrou em vigor o texto normativo aprovado pelo Congresso dos Estados Unidos, que trata das relações médico-paciente chamado – *The Patient Self-Determination Act* ou Ato de Autodeterminação do Paciente que veio a assegurar o direito de autodeterminação aos seus cidadãos.

Amaral (2010) e Pona (2010) cita em sua obra, uma cronologia feita por Joaquim Clotet (2001) sobre os passos que antecederam a criação da norma americana supracitada:

O Estado da Califórnia reconheceu, em 1976, o direito do paciente de recusar o tratamento que o mantinha com vida *Natural Death Act*. Em 1983, a Comissão Presidencial para o Estudo de Problemas Éticos na Medicina publicou o informe *Deciding to Forego Life Sustaining Treatment*, que expõe as opiniões claras e razoáveis da Bioética na forma de recomendações. Em 1985, a Sociedade Médica de Massachusetts aprovou a seguinte resolução, motivada pelo caso Paul Brophy: “A Sociedade Médica de Massachusetts reconhece o direito de autonomia dos pacientes terminais e dos indivíduos em estado vegetativo que tenham manifestado previamente sua vontade de recusar o tratamento, incluído o uso da hidratação parenteral e alimentação enteral por sondas entéricas. O cumprimento desta resolução por um médico não constitui uma prática contrária à ética, sempre que o médico e a família estejam de comum acordo quanto ao tratamento a ser prestado”. Em 1986, o Conselho de Assuntos Éticos e Judiciais da Associação Médica Americana publicou, entre outras, as seguintes orientações: “Ainda no caso em que a morte não seja iminente, mas no qual o estado de coma do paciente é, sem dúvida alguma, irreversível, existindo garantias para confirmar a precisão do diagnóstico, e contato e assessoria daqueles que têm a responsabilidade do cuidado do paciente, não é contrário à ética sustar o tratamento médico que prolonga a vida” (AMARAL (2010); PONA (2010) *apud* JOAQUIM CLOTET, 2001, p. 21).

A partir da publicação da norma americana em 1991, vários outros países formalizaram leis a respeito do assunto, assim, pode-se citar, dentre elas, a “Carta de Autodeterminação”



aprovada pelo Conselho Italiano de Bioética, órgão constituído em Milão em 1992, a qual o declarante estabelece determinadas condições para o futuro, caso seja exposto a enfermidade em fase terminal ou a lesão traumática do cérebro, irreversível; o Convênio para a Proteção dos Direitos Humanos e a Dignidade do ser Humano com Respeito às Aplicações da Biologia e da Medicina, firmado em 04 de Abril de 1997 em Oviedo - Espanha, sendo o primeiro documento de caráter internacional vinculante; Na Catalunha, também na Espanha, no ano de 2002 foi criada a primeira lei que regulamenta exclusivamente as declarações prévias de vontade; Na Europa, em 07 de julho de 2005 foi aprovada a lei 6/2005, que regulamentou a Declaração de Vontade Antecipada, outra denominação para o testamento vital, no estado autônomo de Castilla-La Mancha. (AMARAL, PONA, 2010).

No Brasil acaloraram-se as discussões em relação ao tema após o 2006, quando o Conselho Federal de medicina editou a Resolução nº 1805/2006, que teve como intuito afirmar que:

Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal (BRASIL, 2006).

Passados quase seis anos de debates após a publicação desta (Res. nº 1805/2006) o CFM editou a Resolução nº 1995/2012, que por sua vez, teve o propósito de “regulamentar” de forma detalhada o que fora chamado por ela de “Diretivas antecipadas de vontade dos pacientes”.

Logo, percebemos que tal instrumento está presente em vários ordenamentos jurídicos pelo mundo, inclusive no Brasil, que mesmo se valendo apenas de normas infralegais, é prática médica regulamentada.

Referencia-se, ainda, a autora Maria Helena Diniz (2009)

Estamos convencidos da finitude da vida e de que sem amor, sem uma palavra amiga, sem esperança, sem generosidade e sem alegria a própria vida é uma morte viva. Sabemos que a lei não pode resolver todos os problemas polêmicos aqui apontados, por serem tidos como um iceberg disfarçado de tensão social, mas apenas controlá-los, reduzindo-os sem, contudo, eliminá-los, propondo solidariedade humana e maior cuidado espiritual ao paciente terminal, respeitando sua dignidade como ser humano, auxiliando-o a exercer o seu direito a uma morte digna. Gostaríamos de enfatizar que, nesse estado de coisas, urge a edição de normas mais humanas e eticamente aceitas que acompanhem os avanços da medicina, apontando critérios para que o morrer dignamente seja uma realidade (DINIZ, 2009, p. 414).



É necessário, como bem elenca Maria Helena Diniz (2006, p.20), “a imposição de limites à moderna medicina, reconhecendo-se que o respeito ao ser humano em todas as suas fases evolutivas (antes de nascer, no nascimento, no viver, no sofrer e no morrer) só é alcançado caso se esteja atento à dignidade da pessoa humana.”

4.3 Características

Como um testamento comum as Declarações Prévias de Vontade são diretivas antecipadas da pessoa que visam surtir efeitos no futuro, porém, a diferença clara entre tais instrumentos jurídicos é fato de que o primeiro acarretará efeitos *post mortem*, ao contrário da segunda que trará efeitos ao paciente ainda com vida, mas impossibilitado por alguma enfermidade de exteriorizar suas vontades.

Nos termos elencados por Amaral e Pona (2010), as características deste documento são as mesmas do testamento comum:

- a) Ato jurídico (ou negócio jurídico): representa a manifestação da vontade do indivíduo para a produção de efeitos jurídicos;
- b) Unilateral: porque sua eficácia não depende do concurso de outra pessoa, bastando a vontade declarada pelo testador na forma da lei;
- c) Personalíssimo: somente o indivíduo pode realizá-lo, lhe sendo vedada a outorga de poderes para a confecção por representante;
- d) Revogável: para que se leve a cabo as disposições nele contidas, é necessário que expresse as vontades do testador de forma inequívoca, podendo o mesmo, a qualquer momento, revê-las, revogá-las;
- e) Gratuito: não impõe ônus nem obrigações a quaisquer pessoas;
- f) Solene: exige-se o registro do documento, como garantia da segurança jurídica. É essencialmente formal, devendo ser escrito e respeitar as solenidades, sob pena de nulidade (AMARAL e PONA, 2010, p. 8).

5. CONCLUSÃO

Ao final desta pesquisa, após confrontar os temas com as leis pátrias e a inteligência das doutrinas brasileira e estrangeira - haja vista que a doutrina brasileira revelou-se um tanto escassa – e, ainda, pelas reflexões pessoais se entendeu que a ortotanásia é uma escolha do paciente que



encontra em estado terminal, vítima de doença incurável, baseada no respeito da dignidade do ser-humano. E, que mesmo quando confrontado com o dever do estado de manter a vida ele é absoluto, uma vez que não há o que se falar em vida sem que se tenha com ela a dignidade.

Verificou-se, deste modo, que a prática da ortotanásia não é conduta típica perante o ordenamento jurídico pátrio, eis que não há nexos de causalidade entre as ações do médico e a morte inevitável do paciente, sendo, assim, impossível falar-se em crime nestes casos.

O Conselho Federal de Medicina do Brasil adiantou-se quanto ao tema, editando resoluções que regulamentam as atividades médicas ligadas ao paciente terminal e, desta forma, conferiu maior segurança aos profissionais da área que se sentiam inseguros ao realizar a ortotanásia temendo sanções posteriores.

Consolidou-se que para garantir uma aplicação efetiva e legítima das vontades do paciente terminal é necessário que sejam elaboradas as Diretivas Antecipadas do Paciente, documento formalizado no qual a pessoa maior, capaz e em pleno gozo de suas capacidades mentais expressa de modo tácito suas vontades em relação a seu corpo. Ressalte-se, porém, que, o médico também tem a faculdade de escusar-se, por motivo de consciência, de adotar tratamento que leve a morte do paciente. Aliás, não somente tratamento que leve o paciente à morte, mas qualquer que seja o tratamento a ser aplicado neste.

O reflexo da pesquisa e de todas as considerações pontuadas deixa claro que ainda há muito a ser desenvolvido sobre o tema em nosso ordenamento, pois, ainda não se tem uma lei em sentido estrito que regulamente o tema, e esta, por seu turno, deve trazer o formato padrão que este documento deve seguir. Há de se propor, outrossim, que seja criado um registro nacional de Declarações Prévias De Vontade para que se tenha um melhor acesso a esses documentos e assim os tornar mais eficazes.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; PONA, Éverton Willian. **Autonomia da vontade e testamento vital: a possibilidade de inclusão no ordenamento jurídico brasileiro**. 2010. 29 f. Artigo Científico – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2010.



AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BARROS JR. Edmilson de Almeida. **A responsabilidade civil do médico: uma abordagem constitucional**. São Paulo: Atlas, 2007.

BERGSTEIN, Gilberto. **Ortotanásia – Dignidade para morrer**. In: MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa et al. (Coord.). *Dignidade da vida humana*. São Paulo: LTr, 2010. p. 256-270.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada – 2ª ed. rev.** São Paulo: Saraiva, 2007. (Coleção Prof. Rodrigo Agostinho Alvim / Coordenação Renan Lotufo).

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Presidente da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 abr. 2013.

BRASIL. **Resolução CFM nº 1.805**, de 09 de novembro de 2006. Diário Oficial da União, Brasília, Seção I, pg. 169.

BRASIL. **Resolução CFM nº 1.995**, de 31 de agosto de 2012. Diário Oficial da União, Brasília, Seção I, pg. 269.

BRASIL. **Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 dez. 1940**. Código Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del2848.htm>>. Acesso em: 21 JULHO 2013.

CLOTET, Joaquim. **Reconhecimento e institucionalização da autonomia do paciente: um estudo da “the patient self-determination act”**. Revista Bioética. Disponível em: <<http://www.cfm.org.br/revista/bio2v1/reconheci.html>> Capturado em 12/03/11.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Curso de direito Civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. 18. Ed. Atual. De acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

DISTRITO FEDERAL. 14ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal. Ação Civil Pública. Ministério Público Federal e Conselho Federal de Medicina. Juiz Substituto Roberto Luiz Luchi Demo. 9 dez 2010.

GUTIERREZ, Pilar L. **O que é o paciente terminal?** 2001; Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-42302001000200010&script=sci_arttext> Acesso em: 23 Ago. 2013.

LALANDE, André. **Vocabulaire technique et critique de la philosophie**. 11.ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1972



LEONE S; PRIVITERA S; DA CUNHA JT. **Dicionário de Bioética**. Editorial Perpétuo Socorro: Editora Santuário; 2001

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Aspectos constitucionais relativos ao prolongamento artificial da vida. In: MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa et al (Coord.). **Dignidade da vida humana**. São Paulo - LTr, 2010. p. 271-186.

MARTIN, Leonard. **Aprofundando alguns conceitos fundamentais**, in PASSINI, Leo. EUTANÁSIA: Por que Abreviar a vida? Ipiranga: Edições Loyola, 2004, Capítulo VIII.

SÀ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido**. 2. ed. Del Rey: Belo Horizonte, 2005

SANTORO, Luciano de Freitas. **Morte digna: o direito do paciente terminal**. Curitiba: Juruá, 2010.

SÁNCHEZ, Cristina Lopes. **Sobre la reciente aprobación del testamento vital**. Dossier de Prensa. Universidad de Alicante. Alicante, 2002. Disponível em: <<http://www.ua.es/dossierprensa/2002/12/11/19.html>>. Acesso em: 15 ago 2013.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 30ª Ed. Editora Malheiros, Rio de Janeiro, 2007.