

NILDETE MOREIRA DE SOUSA

**ORTOTANÁSIA – UMA ANÁLISE SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA
RESOLUÇÃO Nº 1805/06 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA**

Especialização em Direito Constitucional

**PUC/SP
SÃO PAULO – 2010**

NILDETE MOREIRA DE SOUSA

**ORTOTANÁSIA – UMA ANÁLISE SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA
RESOLUÇÃO Nº 1805/06 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA**

Especialização em Direito Constitucional

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão do Curso para obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional sob orientação do Professor Doutor Roberto Baptista Dias da Silva

**PUC/SP
SÃO PAULO – 2010**

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a constitucionalidade do procedimento denominado ortotanásia, com o foco principal sobre a Resolução nº 1805/06 do Conselho Federal de Medicina, bem como as demais questões que a cercam no âmbito do Direito Constitucional.

Analisa-se o princípio da dignidade da pessoa humana em relação à alguns direitos fundamentais que se destacam no ordenamento jurídico brasileiro.

ABSTRACT

This study aims to examine the constitutionality of the procedure called orthotanasia, with the focus on Resolution No. 1805/06 of the Federal Council of Medicine, as well as other issues that surround it in the Constitutional Law.

It analyzes the principle of human dignity in relation to certain fundamental rights that stand in the Brazilian legal system.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Felipe pelas diversas conversas e, algumas vezes, calorosas discussões jurídicas, aprofundadas sobre os diversos ramos do Direito, mas especialmente, por seus pensamentos defendidos em relação ao Direito Constitucional sobre a vida e a morte.

Agradeço ao Professor Roberto Baptista Dias da Silva por ter me dado a honra de assistir suas aulas brilhantes, principalmente, a que tinha como tema o direito à vida, que me despertou, desde seu início, o interesse e a certeza do tema a ser escolhido para o presente trabalho.

*À minha família pelo amor em todos os momentos de minha vida.
Ao Felipe, meu amor, por sempre estar presente e tudo que significa em minha
vida.*

“(...) ao contrário do que se costuma dizer a morte não é toda igual, o que é igual é estar morto.”

José Saramago

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1. A VIDA E A MORTE	10
2. CONCEITO E DISTINÇÃO COM OUTROS TERMOS	15
3. CÓDIGO PENAL	19
4. CONSTITUIÇÃO FEDERAL	24
5. REGRAS E PRINCÍPIOS	29
5.1. Subregras da Regra da Proporcionalidade.....	30
5.1.1. Adequação.....	30
5.1.2. Necessidade.....	30
5.1.3. Proporcionalidade em sentido estrito.....	31
5.2. A Regra da Proporcionalidade e sua aplicação em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana.....	31
6. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	33
7. A RESOLUÇÃO N° 1805/06 do CFM	40
8. CONCLUSÃO	45
BIBLIOGRAFIA	47
ANEXOS	50

INTRODUÇÃO

Um dos maiores debates discutido há tempos se refere ao conceito de vida, quando ela começa de acordo com a medicina ou com determinadas religiões, assim, este conceito possui diversas definições que variam de acordo com as crenças religiosas e de acordo com estudos médicos. Mas esta questão gera grande destaque, principalmente, quando se refere a um caso concreto, como por exemplo, a possibilidade de se interromper a gestação de um feto anencéfalo. Neste caso, existe vida?

Atualmente, talvez como decorrência desses debates e, diante do aumento de perspectiva de vida das pessoas através de diversos tratamentos médicos, descobertos através de estudos e tecnologia, surge a questão da morte no que diz respeito ao modo como ela pode acontecer em casos de doentes que não podem apresentar qualquer melhora em seu estado de saúde, ainda com todos os tratamentos existentes e à disposição do paciente.

O presente trabalho tem como objetivo estudar o instituto denominado Ortotanásia, de acordo, principalmente, com nossa Constituição Federal de 1988, com uma breve análise junto ao Código Penal e ao Código Civil, bem como e suas peculiaridades e conseqüências de sua presença em nosso ordenamento jurídico, em especial com o foco no princípio da dignidade da pessoa humana.

1. A VIDA E A MORTE

Não se pode falar sobre a morte de uma pessoa sem antes tecer, ao menos, breves considerações sobre o início da vida, pois ambas situações encontram-se nos extremos da mesma.

Uma das discussões sobre a vida, que ainda existe mesmo com o decorrer dos tempos, é quando ela realmente se inicia. O conceito do início de vida tem diversos contornos seja em razão da religião, crença, cultura, ciência e, inclusive para o mundo jurídico.

Nosso ordenamento jurídico, através do atual Código Civil, dispõe, em seu artigo 2º, que a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. Apesar dessa proteção, o Código Civil não determina quando se inicia a vida.

Sobre a questão existem diversas teorias que buscam definir o início da vida, tais como: a teoria da concepção, que é adotada pela Igreja Católica, teoria da nidificação, que exige que haja a fixação do óvulo no útero, teoria da implementação do sistema nervoso e outras.

Segundo palavras de Eduardo C. B. Bittar, dentre os direitos de ordem física, ocupa posição de primazia o direito à vida, como bem maior na esfera natural e também na jurídica, exatamente porque em seu torno e como consequência de sua existência, todos os demais gravitam, respeitados, no entanto, aqueles que dele extrapolam¹.

A medicina, através dos tempos, sempre buscou prolongar a vida das pessoas, por meio de cura de doenças ou, ao menos, tratamentos capazes de permitir que as pessoas possam conviver sem grandes dificuldades com suas doenças.

¹ BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 66.

Mas em alguns casos, a sobrevivência da pessoa em razão de uma determinada doença depende de tratamentos que não permitem uma vida considerada como “normal”, apenas permitem que a vida desta pessoa se prolongue, mas sem qualquer “qualidade”, ou seja, adiam o evento inevitável a todos.

Da mesma forma que existe divergência entre qual é o momento em que se pode afirmar que a vida se iniciou, também existe diferentes teorias de quando a mesma termina.

O art. 6º do Código Civil determina que o fim da personalidade natural se dá com a morte. A determinação do momento em que a morte de uma pessoa ocorreu é de extrema importância, pois a partir dela decorrem diversos efeitos, no âmbito do direito civil, como por exemplo, a abertura da sucessão. Mas como podemos verificar a sua ocorrência?

Antigamente, o referencial da ocorrência da morte era a parada cardíaca. Com o avanço da medicina, dos procedimentos e dos exames, os critérios mudaram.

Atualmente a comunidade científica mundial tem adotado como referencial a morte encefálica, referencial aplicado inclusive no Brasil para efeitos de transplante de órgãos, por meio da resolução nº 1480/97 do Conselho Federal de Medicina².

O Código Civil prevê que a morte pode ocorrer de forma real ou presumida. A morte presumida pode se dar através da ausência, prevista no artigo 6º, 2ª parte do código civil, ou sem decretação de ausência prevista no artigo 7º do Código Civil Brasileiro. Enquanto a morte real se dá com a análise do corpo morto, sendo feito o registro no livro de óbito no cartório competente.

² Disponível em:

http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_resolucoes&buscaEfetuada=true&resolucoesUf=CFM&resolucoesNumero=1480&resolucoesAno=&resolucoesAssunto=&resolucoesTexto=

Vale dizer que, a morte, assim como outras situações relevantes e que causam efeitos ao mundo jurídico, deve ser certificada no registro público competente, assim, deve ser atestada por um profissional da medicina, podendo também ser declarada por duas pessoas qualificadas que a tiverem presenciado ou verificado, na falta de um especialista, nos termos do art. 77 da Lei dos Registros Públicos.

O artigo 80, do referido diploma legal, apresenta os requisitos que devem estar presentes no assento, entre eles, hora, se possível, passamento e o local com a indicação precisa, dentre outros requisitos³.

Portanto, para o Direito Civil, com a morte surgem outras questões relevantes, principalmente, em relação ao cônjuge sobrevivente, companheiro, descendentes e familiares.

No âmbito do Direito Penal, se faz necessário mencionar lição de João Bernardino Gozaga, citada por Guilherme de Souza Nucci⁴, de que a vida humana sempre encontrou proteção em todos os povos, por mais primitivos que fossem. A ordem social de qualquer comunidade lhe dispensa tutela, e em tempo algum se permitiu a indiscriminada prática de homicídios dentro de um grupo.

A supressão da vida humana pelo homem foi sempre um tema de grande relevância em todos os tempos. Atualmente, o Código Penal Brasileiro, de 1940, prevê, em sua parte especial, o crime de homicídio como primeiro de todos, o que demonstra de fato a importância da proteção da vida humana na sociedade.

A determinação do momento em que a morte ocorreu para o direito penal, também é de extrema importância, pois com esta determinação é possível estabelecer o momento da consumação do crime de homicídio, crime este considerado, por alguns, como o praticado quando realizada a ortotanásia.

³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. São Paulo: Atlas, 2007. v.7. p. 12.

⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. Cidade: Editora, ano, p. 597.

Almeida Junior e Costa Junior⁵ entendem que sempre se considerou a cessação das funções vitais do ser humano (coração, pulmão e cérebro) de modo que não possa mais sobreviver, por suas próprias energias, terminados os recursos médicos validados pela medicina contemporânea, experimentados por tempo suficiente, o qual somente os médicos poderão estipular para cada caso.

Diante da grande divulgação de campanhas para a doação de órgãos, grande parte da sociedade sabe que é possível a doação de órgãos de uma pessoa que teve morte encefálica a uma outra pessoa que necessita dos órgãos doados para sobreviver.

A lei 9.434/97 estabeleceu que a interrupção relevante apta a autorizar o transplante de órgãos é a morte encefálica⁶. Esta morte, segundo a Sociedade Americana de Neuroradiologia, é o estado irreversível de cessação de todo o encéfalo e funções neurais, resultantes de edema e maciça destruição dos tecidos encefálicos, apesar da atividade cardiopulmonar poder ser mantida por avançados sistemas de suporte vital e mecanismos de ventilação.

Em 26 de novembro de 2006, foi publicada, no Diário Oficial da União, a resolução 1805/2006 do Conselho Federal de Medicina, que traz consigo um entendimento em prol da ortotanásia⁷. Referida resolução será objeto de estudo mais aprofundado no capítulo 7 do presente trabalho, mas, apenas como destaque da relevância e complexidade do tema, pode-se destacar alguns pontos brevemente.

Esta resolução encontrava-se suspensa em razão de decisão liminar proferida pelo MM. Juiz, Dr. Roberto Luis Luchi Demo, nos autos da Ação Civil Pública de nº 2007.34.00.014809-3, em trâmite perante a 14ª Vara Federal da

⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado, p. 599.

⁶ Art. 3º A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.

⁷ Ibid., p. 604.

Justiça Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, proposta pelo Ministério Público Federal⁸.

Mas, em 08 de dezembro de 2010, foi disponibilizada a sentença proferida nos autos da já citada Ação Civil Pública, no sentido de determinar a revogação da antecipação da tutela anteriormente concedida para o fim de suspender os efeitos da resolução, e julgar improcedente o pedido principal referente ao reconhecimento da nulidade da citação resolução, bem como o pedido alternativo de sua alteração.

A resolução 1805/06 permite, em seus termos, que os médicos limitam ou suspendam procedimentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal.

Nestes casos, o médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação, segundo o parágrafo primeiro do artigo 1º da referida Resolução.

⁸ O texto integral da sentença proferida na Ação Civil Pública faz parte integrante do anexo no presente trabalho.

2. CONCEITO E DISTINÇÃO COM OUTROS TERMOS

Antes de se adentrar ao estudo do tema propriamente dito, indispensável a definição do termo ortotanásia e dos demais termos relacionados ao tema para melhor elucidação, que se faz necessária.

Um considerável número de doutrinadores⁹ entende que ortotanásia seria sinônimo de eutanásia passiva. Por esta razão passa-se a apresentar a definição de eutanásia para que se possa chegar ao entendimento do porquê desse pensamento de que os termos seriam sinônimos.

Inicialmente, cumpre esclarecer que o termo eutanásia tem sua origem do grego (*ευθανασία* - *ευ* "bom", *θάνατος* "morte") e pode ser entendida como a "boa morte"¹⁰, é a prática pela qual se abrevia a vida de uma pessoa de maneira controlada e assistida por um especialista.

Estudiosos entendem que o termo foi utilizado pela primeira vez por Francis Bacon, em 1623, na sua obra *Historia vitae et mortis*, no sentido de boa morte¹¹.

A eutanásia pode ser classificada de acordo com vários critérios. Eduardo Luiz Santos Cabette¹² apresenta um rol interessante bem como diverso, razão pela qual utiliza-se o mesmo.

A eutanásia pode ser natural ou provocada. Na primeira o óbito ocorre sem intervenção externa ou sofrimento, enquanto a segunda, que também pode ser denominada de eutanásia voluntária, ocorre quando alguma conduta humana, de qualquer modo auxilia a terminar com a agonia do paciente abreviando sua vida.

⁹ Dentre os doutrinadores que adotam esta posição destacam-se, por exemplo: Maria Helena Diniz, Luiz Flávio Gomes.

¹⁰ Dicionário eletrônico Houaiss. Disponível em: <http://houaiss.uol.com.br>. Acesso em 31/05/2010.

¹¹ BACON, Francis. **Historia vitae et mortis**. apud DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**, p. 385.

¹² CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Eutanásia e Ortotanásia: comentários à Resolução 1.805/06 CFM. Aspectos éticos jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 20.

Quanto a modalidade de eutanásia provocada, ela se subdivide em duas formas. Será autônoma quando não houver intervenção de terceiros, ou seja, quando o doente colocar fim a sua própria vida sem auxílio de outra pessoa, o que no mundo jurídico é denominado de suicídio. Mas, no caso contrário, será heterônoma, já que nesta hipótese há a atuação de terceiros como médicos ou parentes.

A eutanásia, ainda, pode ser classificada como eutanásia solutiva e eutanásia resolutiva. A primeira pode ser também denominada de pura, lenitiva, autêntica ou genuína, e é o auxílio prestado para a ocorrência de uma boa morte, por meio de uma assistência física, moral, espiritual e psicológica a pessoa que sofre enquanto o fim não chegar. A segunda efetivamente atua de forma a reduzir o período da vida de acordo com o interesse e consentimento do interessado, o doente, ou de seus parentes.

A eutanásia resolutiva pode ser subdividida em libertadora (ou terapêutica), que se dá quando os motivos para a prática da eutanásia decorre da solidariedade ou altruísmo com o doente, busca-se libertar o doente da intensa dor através da antecipação de sua morte; ou em eugênica (ou selecionadora), que, por sua vez, ocorre quando se busca a eliminação indolor de pessoas deformadas, com doenças incuráveis e contagiosas e de fetos com problemas de má formação, visando a existência de humanos “perfeitos”. Além disso, existe a eutanásia econômica que é a supressão da vida de doentes mentais, incapazes, idosos e outros a fim de liberar a sociedade do ônus que representam estas pessoas que geram um alto custo econômico para o Estado.

Mas a denominação nos casos de eutanásia eugênica e econômica é equivocada, uma vez que não condiz com o próprio significado da palavra eutanásia, pois tratam-se de práticas totalmente desprezíveis e reprováveis, já que pode-se entender que o objetivo de ambas é matar pessoas que merecem de certa forma um cuidado e uma atenção maior de toda a sociedade, mas não justificariam, em nenhum momento, a morte delas.

Segundo Eduardo Cabette, Gisele Mendes de Carvalho¹³ destaca que as eutanásias eugênica e econômica sequer condizem com a origem etimológica da palavra, intimamente ligada ao móvel piedoso e humanitário. Aduz a autora, ainda, que na seara criminal as chamadas eutanásias eugênica e econômica configurariam homicídios qualificados pelo motivo torpe (Código Penal, art. 121, §2º, I).

Retornando às classificações, talvez para este trabalho a mais importante é a que distingue a eutanásia em ativa e passiva. Sendo que aquela é praticada através de atos que ajudam a pessoa a morrer, atos estes que podem ser diretos, quando o objetivo é diminuir o tempo de vida do enfermo através de atos comissivos que auxiliam a morte do mesmo, ou indiretos, quando os objetivos forem diminuir o sofrimento do paciente, principalmente, e reduzir a vida do paciente.

Enquanto a eutanásia passiva (ou por omissão) é a “abstenção deliberada da prestação de tratamentos médicos ordinários ou proporcionados – úteis – que poderiam prolongar a vida do paciente e cuja ausência antecipa a morte”.

O Jurista Luiz Flávio Gomes¹⁴ entende que a eutanásia é a morte sem grandes sofrimentos, razão pela qual esclarece que somente se pode falar em eutanásia quando alguém padece de grave sofrimento físico e/ou mental.

A ortotanásia é um termo que tem sua origem do grego (orthos – normal, thánatos - morte), assim pode-se entender que trata-se da morte no seu tempo, não há a antecipação da morte e nem o prolongamento da vida com sofrimento, a fim de retardar a morte da pessoa (distanásia).

O Promotor de Justiça Diaulas Ribeiro entende que ortotanásia significa a morte na hora certa sem interferência médica¹⁵.

Assim, os termos eutanásia passiva e ortotanásia se encontram muito próximos, razão pela qual diversos doutrinadores entendem serem sinônimos.

¹³ Gisele Mendes Carvalho apud CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Eutanásia e Ortotanásia**, p.22

¹⁴ BRITO, Alexis Augusto Couto de; VANZOLINI, Maria Patricia (coords.). **Direito Penal Aspectos Jurídicos Controvertidos**. São Paulo. Quartier Latin, 2006, p. 264.

¹⁵ Informação obtida junto à reportagem do STF disponível no site: www.youtube.com

A eutanásia não se refere só a morte dos doentes terminais ou em estado vegetativo, mas abrange também outras situações como puderam ser vistas.

No presente trabalho, adota-se o entendimento de que ortotanásia e eutanásia passiva são conceitos diversos, pois, de acordo com o exposto, não há a antecipação da morte, o que ocorre diversamente na hipótese da eutanásia, em qualquer modalidade.

Mas, ainda que se compreenda que a eutanásia passiva e ortotanásia se confundam, a orientação que se dá ao presente trabalho é a mesma. Em outras palavras, será estudada a possibilidade de uma pessoa, que se encontra em situação que, inevitavelmente, irá cessar somente com a sua morte, não tenha sua vida prolongada por métodos que seriam ineficazes para a alteração de seu estado de saúde, mas que trariam imenso sofrimento e dor até que o inevitável acontecesse.

3. CÓDIGO PENAL

A fim do melhor entendimento de como a prática da ortotanásia é vista atualmente no ordenamento jurídico brasileiro, necessária proceder a uma análise sobre a teoria do crime e, assim, poder analisá-la da melhor maneira possível, observando os princípios constitucionais.

O atual Código Penal Brasileiro não apresenta um conceito de crime, por esta razão se faz necessário observar os ensinamentos de alguns doutrinadores sobre o assunto.

Não se pode falar em teoria do crime sem mencionar a definição de Mirabete¹⁶ sobre o crime em três aspectos diversos: analisando somente o aspecto externo temos a definição formal, analisando o conteúdo do fato punível temos a definição material e, por fim, analisando as características do crime temos a sua definição analítica.

O conceito formal está relacionado ao aspecto externo. Segundo o referido autor, crime é a “contradição do fato a uma norma de direito, ou seja, sua ilegalidade como fato contrário à norma penal”¹⁷.

Já o conceito material diz respeito ao motivo que levou o legislador a criar a norma jurídica, ou seja, quais as razões que o levaram a determinar que este fato seria criminoso e outro não. Assim, crime “é a conduta humana que lesa ou expõe a perigo um bem jurídico protegido pela lei penal”¹⁸.

O Estado tem o dever de tutelar os direitos e garantias da sociedade¹⁹. Por este motivo, cada bem é valorado de acordo com a sua relevância. Um bem comum deve ser mais valorado. Desta forma a sanção de quem o ofendeu deve ser

¹⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**, p.95.

¹⁷ Ibid., p.95.

¹⁸ NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**, p.97.

¹⁹ Ibid., p. 97.

mais severa do que aquele que também ofendeu um bem juridicamente tutelado, mas de menor valor.

O último conceito é sob o aspecto analítico. Existem, principalmente, duas correntes doutrinárias que conceituam o crime de forma analítica.

A primeira delas, chamada de Teoria Bipartida, e adotada por Damásio Evangelista de Jesus e Mirabete, entende que o crime é formado pelo fato típico e antijurídico. A culpabilidade seria “mera condição para se impor a pena pela reprovabilidade da conduta”²⁰.

A justificativa dessa corrente se baseia na idéia de que a conduta criminosa do ser humano sempre é voluntária e tem em vista uma determinada finalidade. A conduta, que está presente no fato típico, abrange o dolo e culpa em sentido estrito. Assim, a culpabilidade passa a ser a reprovação desta conduta. Por este motivo esta corrente entende que crime é o “fato típico e antijurídico”.

A segunda corrente denominada Teoria Tripartida, por sua vez, entende que o crime é o fato típico, antijurídico e culpável. Um de seus maiores defensores, também denominada como Teoria Clássica, foi Ernest von Beling²¹.

O fato típico é caracterizado pela conduta dolosa ou culposa, resultado e nexos causal, nos casos de crimes materiais (aquele que exige o resultado para a sua consumação), além da tipicidade.

A conduta possui como seus elementos a vontade que deve ser livre e voluntária, pois, caso contrário, estaríamos diante, por exemplo, da coação moral irresistível. A vontade deve ser livre de vícios para que a pessoa seja culpável. E ela pode decorrer da ação ou omissão do agente que tem por objetivo alcançar um fim determinado.

²⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual da Direito Penal**, p. 98, v.1.

²¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, p. 107.

Além disso, é necessário que a pessoa tenha consciência do que irá alcançar com a sua conduta e, principalmente, que ela seja exteriorizada, pois não se pune o momento em que ocorre a cogitação, pois idéias e pensamentos não são puníveis.

Resultado é a exteriorização no mundo exterior da conduta do agente. Por este motivo é muito importante que se prove que a conduta gerou o resultado em questão. O resultado pode ser de natureza “naturalística”²² quando modificar efetivamente o mundo exterior, mas há condutas que não geram esta alteração, por isso, nestes casos, o resultado possui natureza “normativa ou jurídica”²³ já que dá causa a um dano efetivo ou em potencial.

O nexu causal é a relação existente entre a conduta e o resultado. O Código Penal adotou a Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais, ou seja, se pudesse ser retirada a causa em estudo, o resultado não existiria. Tudo aquilo que influenciou para que o resultado acontecesse é considerado causa, de acordo com o que entende Fernando Capez²⁴.

Tipicidade é a definição clara feita pelo legislador para que todas as pessoas tenham o conhecimento de que determinada conduta tem como consequência uma punição, que é a pena.

Assim, é necessário que uma conduta, positiva (ação) ou negativa (omissão), gere um resultado, previsto em lei, criando um nexu de causalidade entre si. Esta conduta deve ser contrária ao ordenamento jurídico e culpável.

Antijuridicidade, ou ilicitude, pode ser conceituada como “a contradição entre a conduta e o ordenamento jurídico, pela qual a ação ou omissão típica tornam-se ilícitas”²⁵. A conduta é antijurídica quando está tipificada em lei, porém o agente, mesmo assim, pratica a conduta.

²² CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, p. 148.

²³ Ibid., p. 149.

²⁴ Ibid., p. 150.

²⁵ Ibid., p. 258.

Rogério Greco entende que o Brasil segue a posição da maioria da doutrina, nacional e estrangeira, que adota a decisão tripartida do conceito analítico, incluindo a culpabilidade como um de seus elementos característicos²⁶.

Desta forma, após a análise da teoria do crime, deve-se passar ao crime que possui relação à ortotanásia.

O Código Penal, diante da relevância da vida do ser humano, dispõe em sua parte especial, o Título I Dos crimes contra a vida. O artigo 121, prevê o crime de homicídio simples: “matar alguém”. Mas dentro deste tipo penal existem outras modalidades, tais como: homicídio privilegiado e qualificado.

O artigo 121, §1º do Código Penal prevê o crime denominado de homicídio privilegiado, referido dispositivo legal dispõe que: “se o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral, ou 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”.

Uma grande parte da doutrina considera a ortotanásia²⁷ um homicídio privilegiado, segundo lições de Rogério Greco²⁸ quando o agente causa a morte do paciente já em estado terminal, que não suporta mais as dores impostas pela doença a qual está acometido, impellido por esse sentimento de compaixão, deve ser considerado um motivo de relevante valor moral, impondo-se a redução obrigatória da pena.

Uma das justificativas deste entendimento decorre da ausência de previsão legal do crime no caso da prática da ortotanásia. De acordo com o exposto sobre a teoria do crime, aqueles que entendem ser a ortotanásia uma forma de homicídio privilegiado defendem que há o crime, portanto ocorre o fato típico e

²⁶ GRECO, Rogério, **Curso de Direito Penal**, p. 146

²⁷ Conforme o exposto no segundo capítulo, sobre o conceito do termo ortotanásia, alguns doutrinadores entendem que a ortotanásia é uma modalidade de eutanásia (passiva ou omissiva). Para caracterização do homicídio privilegiado, para aqueles que entendem que há crime na realização de tal prática, não é imprescindível a diferenciação de ambos os termos, pois é necessário que o agente cometa o crime impellido de relevante valor social.

²⁸ Ibid., p. 146.

antijurídico, mas no que se refere a culpabilidade do agente, esta foi motivada por relevante valor social, razão pela qual a pena deve ser diminuída.

Esta motivação deve necessariamente ser relevante e decorrente de valor social. E, neste momento, a motivação da ortotanásia, ou seja, o alívio do doente diante do sofrimento e tratamento dolorosos ineficazes para a cura, aparece como uma motivação para diminuir a pena.

Demonstra-se socialmente relevante que o sofrimento de uma pessoa que encontra-se doente e sem qualquer perspectiva de melhora ou cura, ainda que sejam aplicados todos os métodos terapêuticos e remédios disponíveis, cesse quando a mesma assim o desejar, ainda que a consequência de tal pedido seja a morte da mesma.

Desta forma, resta entender como uma sociedade permite a diminuição da pena, nestes casos, quando, na realidade estão sendo respeitados direitos constitucionalmente protegidos expressamente?

A seguir, serão analisadas questões propriamente ditas sob a ótica constitucional do tema em estudo.

4. CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Para o fim não se distanciar do foco principal do presente trabalho, o presente capítulo será analisado de acordo com algumas considerações indispensáveis para o devido entendimento das questões que surgiram.

Nossa atual Constituição é resultado de diversas mudanças em nossa sociedade e no mundo. Ao sofrer influência da Segunda Guerra, as constituições contemporâneas, inclusive a brasileira, buscou proteger valores associados à idéia de dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais²⁹.

Antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, o Brasil buscava se distanciar dos ideais da ditadura militar, do autoritarismo e da violação de direitos fundamentais.

Assim, era necessário elaborar uma nova Constituição, que tivesse como finalidade proteger o homem, como individuo da sociedade, com direitos e deveres que deveriam ser respeitados por todos, inclusive pelo próprio Estado.

Portanto, objetivava-se uma proteção que decorria no primeiro momento da não atividade estatal, evitando-se que direitos fossem violados tal com era feito à época da ditadura militar e, posteriormente uma atividade deste para que direitos fossem protegidos e que, no caso de sua violação, a pessoa pudesse se socorrer ao Estado.

Desta forma, diante dos novos objetivos e das novas necessidades da sociedade brasileira, formou-se uma Assembléia Nacional Constituinte com o fim de elaborar, sem qualquer forma de restrição ou reservas, uma nova Constituição para o Brasil.

²⁹ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**, p. 57.

Em 05 de outubro de 1988, foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, também denominada por Ulysses Guimarães, Presidente da Assembléia Nacional Constituinte, como Constituição Cidadã.

Logo em seu primeiro artigo, a Constituição Federal, apresenta os fundamentos da República Federativa do Brasil, são eles: soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa.

Sendo que o terceiro artigo apresenta os objetivos, construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Foram estabelecidos direitos e garantias fundamentais, bem como outras disposições sobre a organização do Estado, organização dos Poderes, importantes para a estrutura de um Estado Democrático de Direito como forma de governo a República, sistema de governo Presidencialista, ambos confirmados pelo plebiscito do previsto no artigo 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, forma federativa de estado, inexistência de religião oficial, organização dos poderes e outros.

A idéia de tripartição dos poderes de Montesquieu foi adotada como uma forma de equilíbrio entre os poderes através do sistema de freios e contrapesos, para que o Poder Executivo fosse controlado pelos demais evitando-se assim o mal decorrente do período da ditadura. Mas, uma vez que o Poder é uno, o que ocorre é a separação das funções do poder.

Assim, a noção de separação de poderes com freios e contrapesos foi adotada no Brasil. Adotou-se a separação tripartida como forma do poder controlar o exercício do próprio poder.

O Poder Constituinte Originário, que possui como característica marcante ser ilimitado, ao elaborar a Constituição Federal de 1988, entendeu que a separação

do exercício das funções do poder deveriam estar entre estas cláusulas pétreas, como uma forma de um poder regular o outro sem existir, portanto, um poder ilimitado. Para que assim, possa existir a unidade, harmonia e coerência no Estado, uma vez que com estas características outros princípios constitucionais poderão ser protegidos, como, por exemplo, os direitos fundamentais, como se verá a seguir.

A proteção da separação dos poderes está prevista no artigo art. 60, parágrafo 4º, III da Constituição Federal e, conforme dito anteriormente, nosso Estado adotou a divisão tripartide, razão pela qual temos os seguintes poderes: legislativo, executivo e judiciário.

O Poder Legislativo, em especial, é o que possui competência para a elaborar leis, função esta que se apresenta como típica. Como adota-se o federalismo como a forma de estado, o Poder Legislativo manifesta-se no âmbito federal, estadual, distrital e municipal.

No âmbito federal, o Brasil adotou o sistema de bicameralismo federativo, ou seja, é formado por duas Casas: a Câmara dos Deputados e o Senado Federal.

Em razão da grande quantidade de matérias a serem objeto de leis, a Constituição Federal reservou determinadas matérias ao Poder Legislativo a cada ente federativo, mas coube ao Congresso Nacional, dentre outras, a competência para aprovar proposta, de uma de suas Casas, de emenda à Constituição.

Mas este poder de reforma constitucional possui limitações definidas pela própria Constituição. Desta forma, o Congresso Nacional exercer sua função típica, com o objetivo de emendar a Constituição Federal, poderá emendar desde que obedeça, conforme ensina José Afonso da Silva³⁰, limitações que podem ser: formais, que referem-se a forma ou procedimento que deve ser seguido nos exatos termos da constituição; temporais, apenas a constituição do Império previa esta limitação, que impedia sua reforma antes de 4 anos de sua vigência; circunstanciais, a atual CF, prevê em que determinadas situações não será possível sua emenda,

³⁰ SILVA, José Afonso da, **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p. 66-67.

são elas: estado de sítio, defesa, guerra e nos casos de intervenção federal; e materiais que podem ser divididas em explícitas, que são matérias vedadas expressamente, pelo Poder Constituinte, de serem objetos de emenda; ou implícitas, que correspondem às matérias que dizem respeito à criação da norma constitucional bem como as que impedem a pura e simples supressão dos dispositivos atinentes à intocabilidade dos temas já elencados (art. 60, §4º, da Constituição Federal)³¹.

Diante da relevância de alguns temas e da necessidade de se proteger a Constituição de possíveis alterações que colocariam em risco a própria democracia, verificou-se a necessidade de estabelecer cláusulas pétreas, no sentido de que determinadas matérias, ainda que sejam implícitas, não poderiam ser alteradas em nenhuma hipótese pelo Poder Constituinte Derivado.

O assunto em questão mantém relação diretamente com cláusulas pétreas que se referem aos direitos e garantias fundamentais, sendo pertinente ressaltar que, os mesmos não precisam, necessariamente, estarem previstos no art. 5º da Constituição Federal, pois sua proteção pode decorrer de princípios adotados pela mesma.

Assim, há a proteção explícita do direito à vida, à liberdade, ao estado laico e à dignidade da pessoa humana, além de outros. E, com fundamento do artigo 5º, § 2º da Constituição Federal, outros princípios decorrentes dos adotados pela mesma também se demonstram protegidos.

Mas é impossível a previsão constitucional de todos os direitos que devam ser protegidos, razão pela qual, pela própria evolução ou transformação da sociedade, podem surgir novas necessidades para a mesma, o que acarretariam em novos direitos a serem incorporados em nosso ordenamento jurídico, como por exemplo o direito à morte.

Desta forma, o ordenamento jurídico positivado e, de certa forma, estagnado não é apto a solucionar questões surgirão por causa dos próprios fatores

³¹ TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**, p. 145 apud LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**, p. 471.

sociais que transformam a sociedade e, conseqüentemente, acarretam sua adaptação, por meio de leis, emendas constitucionais, etc.

Assim, um ordenamento jurídico que não corresponde aos interesses de uma sociedade, por não respeitar e proteger direitos decorrentes de direitos já previstos constitucionalmente, na realidade trás à sociedade problemas ao invés de soluções às necessidades da sociedade.

Dworkin entende que o positivismo não consegue fundamentar decisões de casos complexos, pois este considera o direito como um sistema composto exclusivamente por regras, assim, nestes casos os juízes não conseguem identificar nenhuma regra jurídica, senão através de sua discricionariedade judicial, fazendo com que juízes criem direito novo.

Hans Kelsen afirma que “um ordenamento que não se conhece a personalidade livre do homem significa um ordenamento que não garante o direito subjetivo e não deve ser considerado absolutamente como ordenamento jurídico”³²

Assim, após a análise sobre a Constituição Federal de 1988, necessário tecer breves considerações indispensáveis sobre as normas que a compõem. Existe uma grande discussão em torno do conceito de norma jurídica e quais seriam suas espécies.

Em que pese as demais posições doutrinárias, adota-se no presente trabalho a posição de que a Constituição é formada por normas jurídicas, sendo que estas podem ser divididas entre regras e princípios

A seguir, será aprofundada a questão referente a como proceder nos casos em que há conflito entre as normas jurídicas constitucionais, sejam nos casos em que são regras ou nos que são consideradas como princípios.

³² Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. p. 105-106.

5- REGRAS E PRINCÍPIOS

Conforme o já exposto no capítulo anterior, em síntese, a CF é formada por regras e princípios, sendo que de extrema relevância a sua diferenciação para que assim se possa chegar a uma conclusão do presente trabalho.

Robert Alexy entende que as normas jurídicas são formadas por regras e princípios. Sendo que aquelas expressam deveres definitivos e são aplicadas por meio da subsunção, enquanto estes expressam deveres *prima facie*, cujo conteúdo somente pode ser fixado após o sopesamento dos princípios colidentes. Enquanto princípios não podem ser excluídos, portanto, em caso de eventual conflito entre princípios deverá ser utilizada a regra da proporcionalidade³³.

Segundo Virgílio Afonso da Silva trata-se de uma regra de interpretação e de aplicação do direito, sendo utilizada, em especial, nos casos de um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais³⁴.

Assim, esta regra visa proteger os direitos fundamentais para que não exista qualquer restrição sobre os mesmos. O seu objetivo é alcançado através da análise de 3 etapas, que são consideradas como subregras da regra da proporcionalidade³⁵, são elas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Insta ressaltar que estas subregras não podem ser analisadas de qualquer maneira. Deve-se analisar de forma sistemática, e de acordo com o caso concreto, as subregras, sendo a primeira, adequação, caso seja superada, se passará a análise da necessidade e, sendo esta também superada, finalmente será analisada a proporcionalidade em sentido estrito.

³³ Neste trabalho será utilizada a denominação regra da proporcionalidade, para melhor análise do tema. Todavia, existem autores que defendem a utilização do termo princípio da proporcionalidade.

³⁴ Virgílio Afonso da Silva, **O proporcional e o razoável**, p. 25.

³⁵ *Ibid.*, p. 24.

Neste momento, a fim de melhor elucidar o modo como se dá a análise destas subregras e desta forma poder auxiliar na compreensão do tema do presente trabalho que se demonstrará a seguir, necessária uma breve exposição sobre cada subregra que juntas compõe a regra da proporcionalidade

5.1 As Subregras da Regra da Proporcionalidade

A seguir, serão analisadas, brevemente, as subregras, que formam a regra da proporcionalidade, na sequência em que devem ser seguidas.

5.1.1 Adequação

Esta é a primeira das subregras a ser analisada. Considera-se adequado, não somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado³⁶.

Desta forma, o meio é adequado ainda que não alcance o seu objetivo, mas desde que a realização seja apta a fomentar o objetivo pretendido.

5.1.2 Necessidade

Após verificar que o meio é adequado, passa-se para análise da segunda subregra.

A necessidade pode ser verificada na medida em que um ato estatal que limite um direito fundamental realize o fim pretendido sem poder ser realizado, com a mesma intensidade, por outro ato que reduza a limitação do direito fundamental atingido.

³⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**, p.45

5.1.3 Proporcionalidade em Sentido Estrito

Diante da verificação de que o meio a limitar direito fundamental é adequado e necessário, por último será necessária a análise da proporcionalidade em sentido estrito.

Esta subregra consiste no sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingindo e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva, segundo palavras de Virgílio Afonso.

5.2 A regra da proporcionalidade e sua aplicação em relação ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A regra da proporcionalidade para a solução de conflitos de princípios, com a prevalência de um sobre o outro, sem a exclusão deste do ordenamento, deve ser observada, principalmente, no que tange à dignidade da pessoa humana.

Tal afirmativa possui respaldo nos ensinamentos do ilustríssimo Professor Doutor Ingo Wolfgang Sarlet que, em sua obra *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*, deixa evidente sua posição “em prol do caráter jurídico-normativo da dignidade da pessoa e, portanto, do reconhecimento de sua plena eficácia na nossa ordem constitucional, onde foi guindada à condição de princípio (e, portanto, sempre também valor) fundamental do nosso Estado Democrático de Direito”.³⁷

Para Robert Alexy, sobre a dupla estrutura (princípio e regra) da dignidade, o conteúdo da regra da dignidade da pessoa decorre apenas a partir do processo de ponderação que ocorre no nível do princípio da dignidade, quando

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa Humana**, p. 71

cotejado com outros princípios, de tal sorte que absoluta é a regra, mas jamais o princípio.

Desta forma, seguindo o entendimento de Alexy, ou seja, que a dignidade da pessoa humana possui uma dupla estrutura, ou seja, pode ser considerada princípio ou regra de acordo com a situação em que se apresentar, no próximo capítulo tal princípio será estudado observando-se a regra da proporcionalidade já exposta.

6. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Em um primeiro momento poder-se-ia chegar à conclusão de que, no que diz respeito à ortotanásia, o conflito versaria, principalmente sobre o direito à vida e à morte, porém, tal conflito vai além, pois o principal argumento daqueles que defendem o direito da pessoa de se submeter à ortotanásia é a sua proteção representada pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Não se pode falar em dignidade sem mencionar os ensinamentos de Immanuel Kant, que afirma que a autonomia da vontade, entendida como a faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis, é um atributo apenas encontrado nos seres racionais, constituindo-se no fundamento da dignidade da natureza humana³⁸.

Kant³⁹ sustenta que o homem existe como um fim em si mesmo, não sendo simplesmente um meio para o uso de determinada vontade. E, ainda sobre a qualidade peculiar e insubstituível da pessoa humana, afirma que no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando a coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então ela tem dignidade.

Dessa forma, após sofrer intensa influência da Declaração Universal dos Direitos do Homem, promulgada em 1948, a Constituição Federal de 1988 dispôs, tão logo, em seu art. 1º, inciso III, que um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito é a dignidade da pessoa humana.

Segundo ensinamentos de Flávia Piovesan⁴⁰, a Declaração ao introduzir a concepção contemporânea de direitos humanos, acolhe a dignidade humana como valor a iluminar o universo de direitos. E acrescenta que, a condição humana é requisito único e exclusivo, reitera-se, para a titularidade de direitos. Isto porque,

³⁸ KANT, Immanuel. **Fundamentos da Metafísica dos Costumes**, apud SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**, p. 33.

³⁹ Ibid., p. 33

⁴⁰ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos: o princípio da dignidade humana e a constituição brasileira de 1988**. São Paulo: RT, ano 94, v 833, mar. 2005, p. 41-53.

todo ser humano tem uma dignidade que lhe é inerente, sendo incondicionada, não dependendo de qualquer outro critério, senão ser humano. O valor da dignidade humana se projeta, assim, por todo o sistema internacional de projeção. Todos os tratados internacionais, ainda que assumam a roupagem do positivismo jurídico, incorporam o valor da dignidade humana.

O ilustre Professor Roberto Dias⁴¹ ensina que a dignidade da pessoa humana em sua dimensão negativa deve ser interpretada como regra, não podendo se sujeitar à ponderação, pois não se admite relativização quando o respeito a ela consistir na exigência da abstenção do Estado ou terceiros; mas na dimensão positiva, a dignidade da pessoa humana, com exceção ao mínimo existencial, deve ser entendida como princípio, admitindo, portanto, a ponderação.

Segundo conclusões Virgílio⁴² acerca da aplicação da regra da proporcionalidade no Direito Brasileiro, da mesma forma que não há uma previsão expressa de sua aplicação, também não há previsão de suas exceções e de quando não é aplicável. Assim, esta regra decorre do fato de os direitos fundamentais serem, em sua maioria, princípios e não regras, motivo pelo qual não se pode afastar a sua aplicação.

Por esta razão, é possível afirmar que se pode aplicar a regra da proporcionalidade, criada por Alexy, quando há colisão do direito fundamental à vida, sendo um princípio conforme observado, em face do princípio da dignidade da pessoa humana.

Ingo Wolfgang Sarlet entende que a dignidade da pessoa humana engloba necessariamente o respeito e proteção da integridade física e emocional em geral da pessoa, do que decorrem a proibição de pena de morte, da tortura e da aplicação de penas corporais⁴³.

⁴¹ SILVA, Roberto Baptista Dias da. **Uma visão constitucional da eutanásia**, p. 263.

⁴² SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**, p. 44.

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**, p. 88.

E, é principalmente na vedação da tortura e na proteção da dignidade da pessoa humana, ambas previstas constitucionalmente, que se fundamenta a ortotanásia.

Assim, permanecer em uma situação em que pessoa não pode optar por um caminho a ser seguido sem sofrimento, dores, medicação e procedimentos médicos complexos, pois, ainda que os mesmos sejam realizados, não trarão qualquer melhora a sua saúde, pode ser considerada como uma tortura, tanto em relação à integridade física quanto psíquica da pessoa, pois, como se verá a seguir, em alguns casos outras pessoas irão decidir sobre a realização de seu interesse.

Para Dworkin as pessoas devem decidir sobre sua própria morte, como decorrência de sua liberdade de crença, ou sobre a morte dos outros, em três tipos principais de situação⁴⁴.

A primeira se refere ao “consciente e competente”. Para o autor, de acordo com o direito norte-americano, a não ser em situações excepcionais, as pessoas em pleno controle de suas faculdades mentais podem recusar um tratamento médico mesmo que tal recusa implique a sua morte.

Praticamente todos os países ocidentais, salvo a Holanda, ainda proíbem que médicos, ou outros, matem diretamente pessoas que lhes peçam para fazê-lo, injetando-lhes um tipo de veneno letal, por exemplo. Afirma ainda que, o direito produz o resultado aparentemente irracional: por um lado, as pessoas podem optar por morrer lentamente, recusando-se a comer, recusando-se a receber um tratamento capaz de mantê-las vivas ou pedindo para ser desligadas de aparelhos de respiração artificial; por outro, não podem optar pela morte rápida e indolor que seus médicos poderiam facilmente conseguir-lhes.

A segunda situação diz respeito ao “inconsciente”. Nesta hipótese, os médicos são diversas vezes forçados a decidir se vão ou não prosseguir com o suporte vital para alguém que está inconsciente e moribundo.

⁴⁴ DWORKIN, Ronald. **Dominio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**, p. 257.

Vale dizer que, nos Estados Unidos surgiu o “living will”, traduzido para o português como “testamento vital”. O referido documento pode ser elaborado por pessoa capaz, consciente e com saúde. Assim, ela pode dispor sobre a proibição de iniciar ou o dever de interromper procedimentos médicos que apenas sirvam para manter a pessoa artificialmente viva, bem como pode conter um pedido de “uso de meios mais apropriados para evitar a dor, ainda que isso propicie uma aceleração da morte (eutanásia indireta)”⁴⁵.

Assim, mesmo se encontrando na situação de inconsciente, o paciente pode ter se manifestado, por meio de testamento vital ou outra manifestação aos médicos, sobre o interesse em não ser ressuscitado se por alguma razão ficar inconsciente. Da mesma forma, pode haver manifestação em sentido contrário, ou seja, que os médicos utilizem todos os esforços necessários para mantê-lo vivo pelo maior tempo possível.

A última situação se refere ao “consciente mas incompetente”. Neste caso estão as pessoas que de alguma forma são conscientes mas não são mais capazes de atender suas próprias necessidades ou funções, como por exemplo as pessoas que sofrem o mal de Alzheimer. Dworkin faz o seguinte questionamento: “Tendo em vista que fatalmente entrarão em um estado de total incompetência, as pessoas competentes deveriam ter o poder de especificar o tipo de tratamento que desejam receber?”

Importante tratar sobre questões que se relacionam com a morte, principalmente no que se refere a autonomia, os interesses fundamentais e a santidade da vida, conforme Dworkin⁴⁶.

A autonomia é um assunto de extrema importância, pois as pessoas que baseiam seus pensamentos na autonomia das pessoas, acreditam que pacientes

⁴⁵ SILVA, Roberto Batista Dias da. **A dignidade da pessoa humana e o testamento vital no ordenamento constitucional brasileiro**, p. 28.

⁴⁶ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. p. 268

capazes poderiam determinar a forma como ocorreria sua própria morte, com a ajuda de médicos, caso assim o quisessem.

Maria Helena Diniz questiona que pode haver o conflito de dois princípios gerais da bioética: o da autonomia e beneficência. E dá o seguinte exemplo “se os pais rejeitam terapia extraordinária de reanimação do filho, exercendo estão sua autonomia, ordenando a eutanásia passiva, conhecida como deixar morrer (letting die), e se, por isso, o médico, pelo princípio da beneficência, reanima a criança e obtém sucesso, desrespeitou a decisão paterna, esquecendo-se de que está lidando com paciente com diagnóstico de doença fatal, exercendo “medicina fútil⁴⁷”.

De certa forma, podemos entender que também pode existir a autonomia em relação aos terceiros, ou seja, de pessoas que tem autonomia de decidir sobre a possibilidade ou não da ortotanásia, já que uma pessoa, quando saudável, que manifestou seu desejo pelo não prolongamento da vida, através de procedimentos médicos dolorosos, caso venha a permanecer em situação irreversível decorrente da doença, e fique inconsciente depende que uma terceira pessoa, para quem informou tal desejo, comunique o médico da existência de tal pedido e que o mesmo aconteça.

Fala-se nesta autonomia de terceiro, pois o mesmo pode permanecer com dúvidas quanto ao real desejo do doente, pois este, durante o período em que informou a pessoa sobre o pedido da prática da ortotanásia e a doença, poderia ter mudado de posição quanto ao direito de poder decidir como morrer.

Para algumas pessoas, mesmo que a pessoa consciente prefira morrer – e quando as demais pessoas sabem que sua opção não se alteraria - seria contrário aos seus interesses fundamentais, talvez porque, para elas, seja impossível pensar em não lutar pela vida seja em qualquer condição.

Sobre a santidade da vida, a Constituição Federal prevê que o Brasil é um estado laico, ou seja, não possui religião oficial. Como se sabe a religião, desde a

⁴⁷ DINIZ, Maria Helena, **O estado atual do biodireito**. p. 400

antiguidade, esteve presente ao lado do governo do estado, mas ao se separar a religião do Estado, bem como garantir a liberdade de crença, não é imposta qualquer religião a ser seguida, bem como é respeitada a crença em qualquer religião e a não crença.

Desta forma, há uma liberdade de consciência das pessoas, sendo que para algumas a vida é considerada sagrada, não podendo ser eliminada a vida de alguém não importando a justificativa que se dê.

O filósofo John Locke era contrário ao suicídio por acreditar que a vida humana é propriedade não da pessoa que a vive, mas de Deus, o que torna o suicídio uma espécie de roubo ou peculato⁴⁸.

Assim, submetendo-se o princípio da dignidade da pessoa humana à regra da proporcionalidade em relação aos demais princípios constitucionais, inclusive aos direitos fundamentais tratados como princípios segundo Virgílio Afonso da Silva, verifica-se que o mesmo prevalece em relação aos demais os excluí-los.

Conforme o já exposto, apesar de alguns estudiosos entenderem que a ortotanásia trata-se de um homicídio ou auxílio ao suicídio, tal afirmativa não merece prosperar, pois analisando a regra da proporcionalidade, aplicada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou interesse coletivo, possa acarretar na restrição de outro direito fundamental, verifica-se que este entendimento não é tão adequado.

Desta forma, analisando o Código Penal brasileiro, de certa forma um ato estatal, que prevê o crime de homicídio e auxílio ao suicídio, sob a regra da proporcionalidade observa-se que tal previsão é adequada e necessária para que haja obediência ao nosso ordenamento jurídico em razão das disposições constitucionais já exploradas no presente trabalho.

⁴⁸ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**, p. 275.

Porém, não há superação da terceira subregra, ou seja, não há proporcionalidade em sentido estrito, eis que ao ser indiferente quanto à liberdade do paciente, bem como o seu próprio conceito de dignidade, o Estado impõe uma intensidade de restrição ao direito fundamental, incluído-se nele o princípio da dignidade humana, superior ao benefício que proporciona.

7. A RESOLUÇÃO 1805/06 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

Hipócrates foi um filósofo e é considerado o pai da medicina. Segundo palavras de seu próprio juramento, não se pode admitir a possibilidade de qualquer prática que possa antecipar ou não adiar a morte, ainda que o paciente assim o queira.

Data máxima venia, não se pode perder de vista que o transcorrer dos anos permitiu a evolução da sociedade bem como da medicina.

Apesar do juramento de Hipócrates mencionar que não será dada à mulher nenhuma substância abortiva, atualmente em vários países do mundo é legalmente permitido o aborto, sendo que, em alguns países, ainda que sua prática constitua crime, existe a previsão legal de sua prática nos casos em que a gravidez decorreu do crime de estupro ou no caso da gravidez colocar em risco a vida da gestante, como, por exemplo, se verifica no ordenamento jurídico brasileiro.

Da mesma maneira, não se pode ter o pensamento estagnado ao juramento de Hipócrates no que diz respeito ao livre arbítrio do doente e o seu interesse em não ver sua vida repleta de sofrimento e dor, mas sim em não adiar o que é inevitável, a sua morte.

Ainda sobre o citado filósofo, o mesmo, dentre outras frases, dizia que: *“Não darei veneno a ninguém ainda que me o peça, nem lhe sugerirei tal possibilidade.”*

Não se pode questionar o quanto a questão sobre a morte a pedido do próprio enfermo é objeto de debates desde os tempos mais remotos.

Da mesma forma em que a questão sobre o aborto foi revista e, pelo menos de alguma forma, aceita, ainda que excepcionalmente, a questão sobre a ortotanásia também merece ser analisada cuidadosamente, pois a sociedade necessita de uma resposta para esta questão.

A dedicação dos cientistas na busca da cura de doenças, além das descobertas de vacinas, permitiu que as pessoas pudessem viver mais.

Nesse sentido, a ciência, aliada à tecnologia, permitiu que pessoas com doenças irreversíveis permanecessem vivas, seja por meio de novos tratamentos ou novas tecnologias alcançadas em decorrência do elevado empenho dos profissionais que elaboram pesquisas médicas.

E, provavelmente, em razão de referida importância do tema, bem como das metas atingidas, no sentido de permitir que pessoas, ao se submeterem a tratamentos médicos, tenham mais tempo de vida, foi elaborada a Resolução nº 1805, de 28 de novembro de 2006, do Conselho Federal de Medicina.

Referida resolução, considerando o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, previsto no art. 1, III, da CF, bem como o art. 5º, III, da CF, que estabelece que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante, dentre outras considerações, resolveu permitir 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.

Ademais, dispõe que 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.

Desta forma, o Conselho Federal da Medicina prevê que devem ser prestados os cuidados paliativos ao doente terminal ou incurável.

Os cuidados paliativos são aqueles que não possibilitam a cura da doença, mas permite amenizar o sofrimento do doente.

O Ministério Público Federal, no Distrito Federal, propôs, em 09 de maio de 2007, Ação Civil Pública em face do Conselho Federal de Medicina, com o objetivo de suspender a Resolução de nº 1805/06, em sede de antecipação de tutela e, ao final, fosse reconhecida a nulidade ou, alternativamente, que fosse alterada para o fim de definir critérios a serem seguidos para a prática da ortotanásia.

Dentre seus argumentos estão que o Conselho Federal de Medicina não pode estabelecer como conduta ética uma conduta que é tipificada como crime.

Em 23 de outubro de 2007, o Excelentíssimo Juiz Federal Substituto, Roberto Luis Luchi Demo, deferiu os efeitos da antecipação da tutela para o fim de suspender os efeitos da resolução questionada.

Na decisão, houve o reconhecimento da relevância do tema no Brasil e no mundo, inclusive no âmbito religioso, pois foi mencionada a manifestação da Igreja através da “Declaração sobre a Eutanásia” da Sagrada Congregação para a Doutrina da Fé, aprovada em 05 de maio de 1980, no sentido de que:

na iminência de uma morte inevitável, apesar dos meios usados, é lícito em consciência tomar a decisão de 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. Por isso, o médico não tem motivos para se angustiar, como se não tivesse prestado assistência a uma pessoa em perigo.

Mas, como tratava-se de decisão sobre a antecipação ou não da tutela na Ação Civil Pública, e não efetivamente da análise do mérito a ser pronunciada em sentença, a questão foi analisada de forma superficial e, mesmo diante dos argumentos trazidos pelo Conselho Federal de Medicina, no sentido de que a ortotanásia não antecipa o momento da morte, mas permite a morte natural sem a utilização de qualquer recurso atual, que no caso contrário adiaria a morte com sofrimento e dor ao doente e seus parentes, o Excelentíssimo Juiz houve por bem entender que esta circunstância retratada pelo CFM, não retira da conduta a caracterização do crime de homicídio, previsto no art. 121 do CP.

Da mesma forma, afirmou que a supressão da ausência de lei específica, pode ser “judicializada” mediante provocação ao Supremo Tribunal Federal, como ocorreu, por exemplo, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, ajuizada em 17 de junho de 2004 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde e na qual se discute se ocorre crime de aborto no caso de anencéfalo.

E, finalmente, concluiu que a mera aparência desse conflito já é o suficiente para impor a suspensão da Resolução Conselho Federal de Medicina nº 1.805/2006, nos seguintes termos:

mormente quando se considera que sua vigência, iniciada com a publicação no DOU do dia 28 de novembro de 2006, traduz o *placet* do Conselho Federal de Medicina com a prática da ortotanásia, ou seja, traduz o *placet* do Conselho Federal de Medicina com a morte ou o fim da vida de pessoas doentes, fim da vida essa que é irreversível e não pode destarte aguardar a solução final do processo para ser tutelada judicialmente.

Em recente sentença proferida, disponibilizada no Diário da Justiça Federal da Primeira Região em 08 de dezembro de 2010, o Excelentíssimo Juiz expôs os argumentos apresentados pelo Ministério Público Federal, considerados aptos por este a embasar a procedência de um de seus pedidos alternativos, os quais, em síntese são: (i) o Conselho Federal de Medicina não possui poder regulamentar para estabelecer uma conduta, que considera como ética, mas que é tipificada como crime; (ii) por ser indisponível o direito a vida, o mesmo só pode ser restringido por lei em sentido estrito, (iii) a ortotanásia pode vir a ser utilizada indevidamente por familiares do enfermo e por médicos em geral, considerando-se o contexto sócio-econômico brasileiro.

Da mesma forma, foram destacados os argumentos trazidos em defesa apresentada pelo Conselho Federal de Medicina em sua contestação, os quais são transcritos a seguir: (i) a resolução objeto da Ação Civil Pública trata da ortotanásia, e não da eutanásia ou distanásia; (ii) a ortotanásia, situação em que a morte é um evento certo, iminente e inevitável, está relacionada a um movimento atual da medicina mundial denominada Medicina Paliativa, que representa a possibilidade de

oferecer conforto ao paciente terminal através de uma morte menos dolorosa e mais digna; *(iii)* a ortotanásia não é considerada como crime; *(iv)* o direito à boa morte decorre do princípio da dignidade humana, consubstanciando um direito fundamental de aplicação imediata.

Em alegações finais apresentadas pelas partes, tanto o Ministério Público Federal quanto o Conselho Federal de Medicina pleitearam pela improcedência da Ação Civil Pública.

Desta forma, após longos anos de discussões sobre o tema pelos estudiosos do direito, bem como da sociedade em geral, foi proferida sentença no sentido de que “a Resolução CFM n. 1.805/2006, que regulamenta a possibilidade de o médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis, realmente não ofende o ordenamento jurídico posto”, pois “na perspectiva da resolução questionada, a interpretação mais adequada do Direito em face do atual estado de arte da medicina”.

Assim, foram rejeitados tanto o pedido principal quanto o alternativo, consequentemente, manteve-se em vigor a resolução atacada, permitindo, portanto, aos 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, em seus termos.

8. CONCLUSÃO

Além da grande discussão em torno da vida, as questões referentes à morte também têm, atualmente, ganhado significativo espaço nas discussões seja entre no âmbito da religião, da cultura, bem do ordenamento jurídico.

Sendo, inclusive, tema de diversos filmes como, por exemplo, o premiado “Menina de Ouro”, onde uma boxeadora, durante uma luta, sofre um acidente que a deixa tetraplégica e, para ela, uma atleta, estar sob esta condição de vida é o mesmo que não ter motivação para viver, ou seja, na situação em que se encontrava era melhor morrer do que viver.

Diante da importância de assuntos tão sensíveis como este, a própria Constituição Federal objetivou protegê-los, inclusive do próprio Estado, eis que a mesma, enquanto exteriorização dos fundamentos que reagem a sociedade bem como dos objetivos a ser alcançados pela mesma, deve ser observada e respeitada por todos, principalmente, pelo legislador ordinário, a quem compete elaborar normas a fim de se concretizar tais disposições sob diversos aspectos.

Tal proteção é o resultado, principalmente, da própria história do Brasil que sofreu diversas mudanças, inclusive, sendo influenciado pela Segunda Guerra Mundial, pois depois dos tempos da Ditadura Militar, buscou-se proteger valores associados à idéia de dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais através da elaboração da atual Constituição Federal Brasileira.

Desta forma, não pode-se admitir que o próprio Estado, a quem deve compete a proteção dos direitos relacionados, em especial, aos fundamentais, ignore o princípio comum a todos os direitos, o princípio da dignidade humana.

Não se pode negar a necessidade do Estado de impor sanção penal ao autor de um crime, seja em razão de sua punição de sua conduta em desacordo com todo ordenamento jurídico, tanto no âmbito do Direito Penal quanto no âmbito do Direito Constitucional, seja em razão de ser utilizada como meio para prevenir a

conduta repulsiva, mas cabe a este mesmo Estado, no presente caso representado pelo Congresso Nacional, ao realizar o processo legislativo, observar a regra da proporcionalidade, a fim de evitar eventuais conflitos entre princípios, para assim harmonizar o ordenamento jurídico com os interesses e necessidades da sociedade.

No presente trabalho, pode-se observar que a ortotanásia, se por um lado é tão criticada por alguns, por considerarem que se trata de um crime – homicídio –, por outro lado, é defendida, por justamente, respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana que, é para alguns, o fundamento da maioria dos direitos fundamentais, eis que convergem para a dignidade.

A questão sobre a possibilidade do paciente terminal, por exemplo, decidir sobre a sua não submissão a tratamentos degradantes, mas apenas aos cuidados paliativos, aceitando que sua morte acontecerá independentemente da continuação do tratamento, demonstra-se socialmente relevante, eis que este sofrimento, da pessoa que não tem qualquer perspectiva de melhora ou cura atinge novos rumos da sociedade.

A Resolução 1805/06 do Conselho Federal de Medicina possui como objetivo o de resguardar o médico, caso este adote os procedimentos que configurem a ortotanásia. Vale dizer que, a ortotanásia não se trata de homicídio, pelo contrário, é uma prática que quando realizada, nos termos da referida resolução, alcança o seu fim, que é o de respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, o direito à liberdade, inclusive a de crença, bem como a um novo direito que pode estar surgindo, o direito à morte digna.

BIBLIOGRAFIA

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

BRITO, Alexis Augusto Couto de; VANZOLINI, Maria Patricia (coords.). **Direito Penal Aspectos Jurídicos Controvertidos**. São Paulo. Quartier Latin, 2006

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Eutanásia e Ortotanásia: comentários à Resolução 1805/06 CFM . Aspectos éticos e jurídicos** . Curitiba: Juruá Editora, 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saravia, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais** (J. L. Camargo, Trad.) São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

GRECO, Rogério. (2008). **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

HANS, Kelsen. (2009). **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella São Paulo: Revistas dos Tribunais.

NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. (2006). **Código Civil Comentado**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2006.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva. 2010.

MIRABETTE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2000.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva: 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos, o princípio da dignidade humana e a constituição brasileira de 1988**. São Paulo: RT, ano 94, v 833, mar. 2005, p. 41-53.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006

SILVA, Roberto Baptista Dias da. **Uma visão constitucional da eutanásia**, p. 263.

SILVA, Roberto Baptista Dias da. **A dignidade da pessoa humana e o testamento vital no ordenamento constitucional brasileiro**

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso. (s.d.). **O proporcional e o razoável**. *Revista dos Tribunais.*, 798, 2002, p. 23-50.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **Direito Civil: direito das sucessões**. São Paulo: Atlas, 2007

SITES

Dicionário eletrônico Houaiss. Disponível em: <http://houaiss.uol.com.br>. Acesso em 31/05/2010.

http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_resolucoes&buscaEfetuada=true&resolucoesUf=CFM&resolucoesNumero=1480&resolucoesAno=&resolucoesAssunto=&resolucoesTexto=.

www.planalto.gov.br

Repórter Justiça: Eutanásia e Ortotanásia – STF, parte 1 de 3. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=LzCEcxye-pA>. Acesso em 20 de junho de 2010.

_____. STF, parte 2 de 3. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=8iBeM48shl4&feature=related>. Acesso em 20 de junho de 2010.

_____. STF, parte 2 de 3. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=ft1LEEmnCRs&feature=related>. Acesso em 20 de junho de 2010.

ANEXOS

1. DECISÃO QUE SUSPENDEU OS EFEITOS DA RESOLUÇÃO CFM Nº 1805/06

PROCESSO Nº : 2007.34.00.014809-3
AUTOR : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
RÉU : CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

DECISÃO

Trata-se de ação civil pública, com pedido de antecipação de tutela, ajuizada pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL** contra o **CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA**, questionando a Resolução CFM nº 1.805/2006, que regulamenta a ortotanásia. Aduz, em apertada síntese, que o Conselho Federal de Medicina não tem poder regulamentar para estabelecer como conduta ética uma conduta que é tipificada como crime.

O processo foi ajuizado em 09 de maio de 2007. O ilustre Juiz Federal JAMIL ROSA DE JESUS OLIVEIRA - oficiando no feito em virtude de minha designação para, com prejuízo das funções, prestar auxílio na 25ª Vara (Juizado Especial Federal) desta Seção Judiciária do Distrito Federal no período de 02 a 22 de maio de 2007 - despachou no dia 15 de maio de 2007 oportunizando a oitiva do Réu, no prazo de 72h, antes de apreciar a antecipação de tutela.

Intimado, o Conselho Federal de Medicina protocolou as informações preliminares no dia 31 de maio de 2007, asseverando a legitimidade da Resolução CFM nº 1.805/2006 e a inexistência dos requisitos necessários à concessão da antecipação de tutela.

É o relatório. **Decido.**

Em questão de ordem, registro que as informações preliminares prestadas pelo Réu somente foram juntadas efetivamente ao processo em 27 de agosto de 2007, em virtude da necessidade de abertura de novo volume de autos, vindo então conclusos para decisão em 17 de outubro de 2007. Daí, recomendo à Secretaria, dentro das possibilidades que decorrem naturalmente da limitação de pessoal para fazer frente à pleora de processos que tramitam nesta Vara, maior diligência na juntada de petições, abertura de volume de autos e conclusão para decisão nas hipóteses em que existe pedido de tutela de urgência, como no caso.

Pois bem.

A lide cinge-se à legitimidade da Resolução CFM nº 1.805/2006, que regulamenta a possibilidade de o médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis.

Impende salientar, inicialmente, que a questão é complexa e polêmica, como se infere da petição inicial desta ação civil pública, que tem nada menos que 129 folhas, vindo instruída com os documentos de fls. 133-296, bem assim das informações preliminares do Réu, que têm 19 folhas e são instruídas com os documentos encartados em dois volumes de autos, totalizando mais de 400 folhas. Na verdade, trata-se de questão imensamente debatida no mundo inteiro. Lembre-se, por exemplo, da repercussão do filme espanhol “Mar Adentro” e do filme americano “Menina de Ouro”. E o debate não vem de hoje, nem se limita a alguns campos do conhecimento humano, como o Direito ou a Medicina, pois sobre tal questão há inclusive manifestação da Igreja, conforme a “Declaração sobre a Eutanásia” da Sagrada Congregação para a Doutrina da Fé, aprovada em 05 de maio de 1980, no sentido de que “na iminência de uma morte inevitável, apesar dos meios usados, é lícito em consciência tomar a decisão de 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. Por isso, o médico não tem motivos para se angustiar, como se não tivesse prestado assistência a uma pessoa em perigo”.

Entretanto, analisada a questão superficialmente, como convém em sede de tutela de urgência, e sob a perspectiva do Direito, tenho para mim que a tese trazida pelo Conselho Federal de Farmácia nas suas informações preliminares, no sentido de que a ortotanásia não antecipa o momento da morte, mas permite tão-somente a morte em seu tempo natural e sem utilização de recursos extraordinários postos à disposição pelo atual estado da tecnologia, os quais apenas adiam a morte com sofrimento e angústia para o doente e sua família, não elide a circunstância segundo a qual tal conduta parece caracterizar crime de homicídio no Brasil, nos termos do art. 121, do Código Penal. E parece caracterizar crime porque o tipo penal previsto no sobredito art. 121, sempre abrangeu e parece abranger ainda tanto a eutanásia como a ortotanásia, a despeito da opinião de alguns juristas consagrados em sentido contrário. Tanto assim que, como bem asseverou o representante do Ministério Público Federal, em sua bem-elaborada petição inicial, tramita no Congresso Nacional o “anteprojeto de reforma da parte especial do Código Penal, colocando a eutanásia como privilégio ao homicídio e descriminando a ortotanásia” (fl. 29).

Desse modo, a glosa da ortotanásia do mencionado tipo penal não pode ser feita mediante resolução aprovada pelo Conselho Federal de Medicina, ainda que essa resolução venha de encontro aos anseios de parcela significativa da classe médica e até mesmo de outros setores da sociedade. Essa glosa há de ser feita, como foi feita em outros países, mediante lei aprovada pelo Parlamento, havendo inclusive projeto-de-lei nesse sentido tramitando no Congresso Nacional. Em última análise, para suprir a ausência de lei específica, a glosa pode ser “judicializada” mediante provocação ao Supremo Tribunal Federal, como ocorreu, por exemplo, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, ajuizada em 17 de junho de 2004 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde e na qual se discute se ocorre crime de aborto no caso de anencéfalo. Registro, para efeito de documentação, a ementa do acórdão proferido em questão de ordem na referida ação constitucional, *litteris*:

EMENTA: ADPF - ADEQUAÇÃO - INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ - FETO ANENCÉFALO - POLÍTICA JUDICIÁRIA - MACROPROCESSO. Tanto quanto possível, há de ser dada seqüência a processo objetivo, chegando-se, de imediato, a pronunciamento do Supremo Tribunal Federal. Em jogo valores consagrados na

Lei Fundamental - como o são os da dignidade da pessoa humana, da saúde, da liberdade e autonomia da manifestação da vontade e da legalidade -, considerados a interrupção da gravidez de feto anencéfalo e os enfoques diversificados sobre a configuração do crime de aborto, adequada surge a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

ADPF - LIMINAR - ANENCEFALIA - INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ - GLOSA PENAL - PROCESSOS EM CURSO - SUSPENSÃO. Pendente de julgamento a arguição de descumprimento de preceito fundamental, processos criminais em curso, em face da interrupção da gravidez no caso de anencefalia, devem ficar suspensos até o crivo final do Supremo Tribunal Federal.

ADPF - LIMINAR - ANENCEFALIA - INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ - GLOSA PENAL - AFASTAMENTO - MITIGAÇÃO. Na dicção da ilustrada maioria, entendimento em relação ao qual guardo reserva, não prevalece, em arguição de descumprimento de preceito fundamental, liminar no sentido de afastar a glosa penal relativamente àqueles que venham a participar da interrupção da gravidez no caso de anencefalia.

(STF, ADPF-QO 54, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Plenário, J 27.04.2005, DJ 31.08.2007)

À luz dessas considerações, o aparente conflito entre a resolução questionada e o Código Penal é bastante para reconhecer a relevância do argumento do Ministério Público Federal. Dizer se existe ou não conflito entre a resolução e o Código Penal é questão a ser enfrentada na sentença. Mas a mera aparência desse conflito já é bastante para impor a suspensão da Resolução CFM nº 1.805/2006, mormente quando se considera que sua vigência, iniciada com a publicação no DOU do dia 28 de novembro de 2006, traduz o *placet* do Conselho Federal de Medicina com a prática da ortotanásia, ou seja, traduz o *placet* do Conselho Federal de Medicina com a morte ou o fim da vida de pessoas doentes, fim da vida essa que é irreversível e não pode destarte aguardar a solução final do processo para ser tutelada judicialmente.

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

Intimem-se. Cite-se.

Brasília, 23 de outubro de 2007.

ROBERTO LUIS LUCHI DEMO

Juiz Federal Substituto da 14ª Vara/DF

2. SENTENÇA PROFERIDA NOS AUTOS DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 2007.34.00.014809-3

PROCESSO Nº : 2007.34.00.014809-3
AUTOR : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
RÉU : CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

SENTENÇA

Trata-se de ação civil pública com pedido de antecipação de tutela ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra o CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA pleiteando o reconhecimento da nulidade da Resolução CFM n. 1.805/2006 e alternativamente sua alteração a fim de que se definam critérios a serem seguidos para a prática da ortotanásia.

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

Intimado, o Conselho Federal de Medicina apresentou informações preliminares, asseverando a legitimidade da resolução questionada e a inexistência dos requisitos necessários à concessão da antecipação de tutela.

A antecipação de tutela foi deferida para suspender os efeitos da Resolução CFM n. 1.805/2006. O Conselho Federal de Medicina agravou de instrumento.

Devidamente citado, o Conselho Federal de Medicina contestou asseverando que: [i] a resolução questionada não trata de eutanásia, tampouco de distanásia, mas sim de ortotanásia; [ii] a ortotanásia, situação em que a morte é evento certo, iminente e inevitável, está ligada a um movimento corrente na comunidade médica mundial denominado Medicina Paliativa, que representa uma possibilidade de dar conforto ao paciente terminal que, diante do inevitável, terá uma morte menos dolorosa e mais digna; [iii] a ortotanásia não é considerada crime; e [iv] o direito à boa morte é decorrência do princípio da dignidade humana, consubstanciando um direito fundamental de aplicação imediata.

A prova testemunhal requerida pelo Conselho Federal de Medicina foi deferida e produzida em audiência.

Em alegações finais, tanto o Ministério Público Federal como o Conselho Federal de Medicina pugnaram pela improcedência do pedido.

É o relatório. **Decido.**

Sobre muito refletir a propósito do tema veiculado nesta ação civil pública, chego à convicção de que a Resolução CFM n. 1.805/2006, que regulamenta a possibilidade de o médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis, realmente não ofende o ordenamento jurídico posto. Alinho-me pois à tese defendida pelo Conselho Federal de Medicina em todo o processo e pelo Ministério Público Federal nas sua alegações finais, haja vista que traduz, na perspectiva da resolução questionada, a interpretação mais adequada do Direito em face do atual estado de arte da medicina. E o faço com base nas razões da bem-lançada manifestação da ilustre Procuradora da República Luciana Loureiro Oliveira que, com sua habitual percuciência, esgotou o objeto da lide, *verbis*:

"A matéria posta em questão é certamente polêmica e encerra dilemas não apenas de ordem jurídica, como de cunho religioso, social e cultural.

Possivelmente, a diretriz a ser adotada por todos quantos a analisem será influenciada fortemente pela maior importância que se confira a cada uma daquelas condicionantes.

Realmente, a edição de uma tal norma pelo Conselho Federal de Medicina é, para os padrões culturais do Brasil, extremamente impactante, vindo a gerar, como gerou, grande celeuma.

O Ministério Público Federal entendeu que a norma ultrapassou as competências do CFM, por pretender regramento, seja pelos limites jurídicos, seja pelos limites culturais que o Ilustre subscritor da inicial julga vigentes no Brasil.

Nesse sentido, é sem dúvida pertinente a discussão ampla do tema, já que a Resolução impugnada, pelo seu caráter normativo, poderia, na visão do DD. signatário da inicial, produzir efeitos incompatíveis com valores culturais e sociais caros à sociedade brasileira, importando, inclusive, em contrariedade às leis penais vigentes.

Entretanto, conforme passaremos a explicar, ousamos discordar do posicionamento externado na inicial, sem embargo da profundidade dos argumentos que sustentam a tese.

Nossa posição se resume, brevemente, em três premissas: 1) o CFM tem competência para editar a Resolução n° 1805/2006, que não versa sobre direito penal e, sim, sobre ética médica e consequências disciplinares; 2) a ortotanásia não constitui crime de homicídio, interpretado o Código Penal à luz da Constituição Federal; 3) a edição da Resolução n° 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 n° 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.

À guisa de introdução, teceremos comentários sobre conceitos que influenciam diretamente a opinião ministerial ora externada e o desfecho desta ação.

Considera-se **eutanásia** a provocação da morte de paciente terminal ou portador de doença incurável, através de ato de terceiro, praticado por sentimento de piedade. Na hipótese, existe doença, porém sem estado de degeneração que possa resultar em morte iminente, servindo a eutanásia, para, justamente, abreviar a morte, por sentimento de compaixão.

A eutanásia não conta com autorização legal em nosso país, configurando a prática o crime de homicídio doloso, podendo ser tratado como modalidade privilegiada, em razão do vetor moral deflagrador da ação.

Já a **distanásia** é o prolongamento artificial do estado de degenerescência. Ocorre quando o médico, frente a uma doença incurável e ou mesmo à morte iminente e inevitável do paciente, prossegue valendo-se de meios extraordinários para prolongar o estado de "mortificação" ou o caminho natural da morte. A distanásia é, frequentemente, resultado da aplicação de meios não ortodoxos ou usuais no protocolo médico, que apenas retardarão o momento do desenlace do paciente, sem trazer-lhe chances de cura ou sobrevida plena, e, às vezes, provocando-lhe maior sofrimento.

No meio das duas espécies, figura a **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 criminoso.

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.

Por sua vez, a **mistanásia**, também chamada de "eutanásia social", é a morte provocada por problemas de infra-estrutura da saúde pública, que atinge direta e conscientemente a parcela mais pobre da população, que menos tem acesso a adequados recursos. Nem de longe tem relação com a ortotanásia, que é prática adotada pelo médico, com a anuência de quem de direito, não por imperativos de falta de mecanismos (aqui, sequer de anuência se cogita), mas por imperativo - ético e de consciência - de que, sendo inútil a adoção de recursos terapêuticos extraordinários, é desnecessário impor maior sofrimento ao paciente terminal.

Diante de tais conceitos, passemos a contrariar a tese central desta demanda, segundo a qual a ortotanásia constituiria crime de homicídio.

E, aqui, recorreremos, de início, à doutrina do penalista Luiz Flávio Gomes:

"Na nossa opinião, mesmo de lege lata (tendo em vista o ordenamento jurídico vigente hoje), desde que esgotados todos os recursos terapêuticos possíveis e desde que cercada a morte de certas condições razoáveis (anuência do paciente, que está em estado terminal, sendo vítima de grande sofrimento, inviabilidade de vida futura atestada por médicos etc), a eutanásia (morte ativa), a morte assistida (suicídio auxiliado por terceiro) e a ortotanásia (cessação do tratamento) não podem ser enfocadas como um fato materialmente típico porque não constitui um ato desvalioso, ou seja, contra a dignidade humana, senão, ao contrário, em favor dela (no sentido de que a ortotanásia é juridicamente irreprovável cf. Luís Roberto Barroso, Folha de São Paulo de 04.12.06, p. C4) (...). A essa conclusão se chega quando se tem presente a verdadeira e atual extensão do conceito de tipo penal (dado pela teoria constitucionalista do delito, que sustentamos com base em Roxin, Frisch e Zaffaroni), que abrange (a) a dimensão formal-objetiva (conduta, resultado naturalístico, nexos de causalidade e adequação típica formal à letra da lei); (b) a dimensão material-normativa (desvalor da conduta + desvalor do resultado jurídico + imputação objetiva desse resultado) e (c) a dimensão subjetiva (nos crimes dolosos). A "morte digna", que respeita a razoabilidade (quando atendida uma série enorme de condições), elimina a dimensão material-normativa do tipo (ou seja: a tipicidade material), porque a morte, nesse caso, não é arbitrária, não é desarrazoada. Não há que se falar em resultado jurídico desvalioso nessa situação" (Artigo "Eutanásia, morte assistida e ortotanásia: dono da vida, o ser humano é também dono da sua própria morte?" Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1305, 27 jan 2007, fls. 539/541).

Em seguida, o pensamento do sempre luminar Luís Roberto Barroso, sobre a resolução impugnada:

"(...) uma tese melhor é que o Código Penal deve ser interpretado à luz da Constituição, sob princípios como o da dignidade da pessoa humana e o da liberdade. A liberdade envolve direito à autodeterminação, desde que o exercício dessa liberdade seja lúcido e não interfira no direito de uma outra pessoa. O segundo princípio que legitima a resolução é o da dignidade da pessoa humana, que compreende, além do direito a uma vida, o direito a uma morte digna. Não há nenhuma dúvida, nem ética, nem jurídica, à luz dos valores sociais e dos princípios constitucionais, de que a ortotanásia é legítima. A resolução é uma interpretação adequada da Constituição" (fls. 528/535)

Vê-se, pois, que se chega à conclusão da atipicidade material do suposto crime de homicídio, ainda que privilegiado, decorrente da prática de ortotanásia, levando-se em consideração que a falta de adoção de terapêuticas extraordinárias, pelo médico, para prolongar um estado de morte já instalado em paciente terminal (desde que autorizado por quem de direito) não conduz a um resultado desvalioso no campo penal, considerando a necessária interação que os princípios constitucionais - todos derivados da diretriz primordial da preservação da dignidade da pessoa humana - têm de estabelecer com a moderna teoria do fato típico, balizando a interpretação do direito penal vigente.

De outro lado, a própria configuração da omissão de socorro, que se poderia pensar decorrente da prática da ortotanásia, é igualmente descartada por Mário Roberto Hirschheimer e Clóvis Francisco Constantino, em artigo publicado pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM (fls.735/739) :

"O art. 135 do CP conceitua o crime de omissão de socorro como: "Deixar de prestar assistência...à criança abandonada ou extraviada, ou a pessoa inválida ou ferida, ao desamparo, ou em grave e iminente perigo; ..."Muitos entendem que suspender ou não indicar medidas de suporte de vida caracteriza, em qualquer circunstância, omissão de socorro. Estimula tal atitude o que diz o art. 13 do CP: "O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido". Partindo da premissa de que pacientes terminais estão em processo inexorável de morte e não há como salvar suas vidas, é permitido entender que o art. 135 do CP não se aplica a estes casos. Prestar assistência na forma de atenções para o bem-estar físico, social, mental e espiritual do paciente, com apoio, informações e esclarecimentos apropriados a ele e a seus familiares não significa "deixar de prestar assistência".

O que os autores acima estabelecem é, na verdade, a quebra donexo 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.

Outras considerações, desta feita no âmbito da bioética ou do biodireito podem ser úteis à compreensão do tema. Por exemplo, a opinião de Tereza Rodrigues Vieira:

"Ortotanásia significa morte correta, ou seja, a morte pelo seu processo natural. Neste caso o doente já está em processo natural da morte e recebe uma contribuição do médico para que este estado **siga seu curso natural**. Assim, ao invés de se **prolongar artificialmente o processo de morte** (distanásia), deixa-se que este se desenvolva naturalmente (ortotanásia). Somente o médico pode realizar a ortotanásia, e ainda não está obrigado a prolongar a vida do paciente contra a vontade deste e muito menos aprazar sua dor. A Ortotanásia é conduta atípica frente ao Código Penal, pois não é causa de morte da pessoa, uma vez que o processo de morte já está instalado. Desta forma, diante de dores intensas sofridas pelo paciente terminal, consideradas por este como intoleráveis e inúteis, o médico deve agir para amenizá-las, mesmo que a consequência venha a ser, indiretamente, a morte do paciente" (Bioética e direito. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999, p. 90.).

E a visão do Ilustre Promotor de Justiça Diaulas Costa Ribeiro, sobre o assunto:

"Mas a suspensão do esforço terapêutico tem suporte, entre nós, na Constituição Federal (art. 1º, III, e art. 5º, III), que reconhece a dignidade da pessoa humana como fundamento do estado democrático brasileiro e diz expressamente: ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante; no Código Civil (art. 15), que autoriza o paciente a recusar determinados procedimentos médicos; na Lei nº 8080/90 (art. 7º, III), que reconhece o direito à autonomia do paciente; e no Código de Ética Médica, que repete esses mesmos princípios legais e ainda proíbe ao médico realizar procedimentos terapêuticos contra a vontade do paciente, fora de um quadro de emergência médica de salvação, o que não é o caso de um quadro irreversível, sem nenhuma resposta a qualquer tipo de tratamento" (fls. 112/120).

Releva notar que o Ministério da Saúde, na Portaria nº 675/GM, de 30 de março de 2006, aprovou a Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde, entre eles o de consentimento ou a recusa de forma livre, voluntária e esclarecida, depois de adequada informação, a quaisquer procedimentos diagnósticos, preventivos ou terapêuticos, salvo se isso acarretar risco à saúde pública. Foi-lhe também assegurado, como afirma novamente Diaulas Ribeiro, "o direito de opção pelo local de morte, que contempla o direito de opção pelo tempo da morte. Esse direito atende à reivindicação de desospitalização do paciente, recusada por médicos sob o temor de estarem, com a alta a pedido, concorrendo para a sua morte, o que também é inerente ao paternalismo e já não tem razão de ser neste novo contexto" (fl. 119).

Do ponto de vista constitucional, portanto, é plenamente possível e razoável sustentar-se a atipicidade (homicídio privilegiado ou omissão de socorro) da conduta médica de deixar de adotar procedimentos terapêuticos excepcionais para prolongar artificialmente o processo de morte do paciente terminal.

Assim, a pecha de que a Resolução nº 1805/2006, do CFM, viola a ordem jurídica, porque descriminaliza conduta penal, já não tem lugar na presente discussão.

De outra parte, mesmo que nos dispuséssemos a não fazer uma interpretação constitucional da lei penal e, assim,

considerássemos criminosa a ortotanásia, ainda assim parece-nos que a citada norma não mereceria a reprovação que a inicial lhe imprimiu.

É que a Resolução não trata de direito penal. Não descrimina qualquer coisa, mas apenas põe o médico a salvo de contestação ético-disciplinar, caso decida adotar procedimentos que configurem a ortotanásia. Desse modo, cai por terra o argumento, alinhavado na inicial, de que o Conselho Federal de Medicina não teria competência para normatizar o tema.

Se considerarmos que a Resolução visa a conferir maior segurança e tranqüilidade ao médico, em face de possíveis posteriores ameaças de ser enquadrado no Código Penal pátrio como homicida ou autor de omissão de socorro, não se poderá objetar o seu poder regulamentar, já que se trata de regramento do ato médico, dos limites do proceder médico em face dos princípios regentes da profissão (autonomia, beneficência, não-maleficência, entre outros), em prol do bem comum, da função social da Medicina e da higidez ética no trato da vida e da morte.

Em resumo, na hipótese de que cuida a Resolução nº 1805/2006, o médico até poderá vir a ser responsabilizado por eventual crime cometido (que, em tese, pode ser descartado, como afirmamos, mas, em algum caso concreto, poderá ser apurado e constatado), mas é certo que estará a salvo do questionamento ético-disciplinar, porque este é o limite da "autorização" prevista na resolução impugnada.

Portanto, o Conselho Federal de Medicina não exorbitou de seu poder regulamentar, certo que tem atribuição legal para expedir normas disciplinares da profissão e da conduta médica.

Tal é ponto de vista de Maria Elisa Villas Boas:

"Recentemente publicada, a Resolução, a rigor, não era necessária. Ela não permite nada. Só ratifica o que já é permitido. Vem, todavia, afinal dirimir algumas dúvidas, mais comuns no lidar com pacientes em final de vida. Foi preciso muita discussão e maturamento para se chegar à conclusão - algo óbvia, é de se dizer - de que ninguém é obrigado a morrer intubado, usando drogas vasoativas (para o coração se manter, a duras penas, batendo) e em procedimentos dialíticos numa UTI. O Direito não pode obrigar isso. O Direito não tem por que obrigar isso. Não, não é crime morrer em casa, ou sob cuidados que mais se aproximem dos domiciliares" (...) A ortotanásia pregada na Resolução 1805/2006 não é a morte antecipada, deliberadamente provocada, como na idéia atual de eutanásia. **É a morte mais natural e humana, quando já não se a pode evitar ou adiar a contento (...)** Dizer que é ilegal a ortotanásia assim empreendida - quando, esgotados os recursos úteis, restam a mera futilidade e a obstinação terapêutica - significa dizer que é obrigatória a distanásia: a morte adiada a todo custo, às expensas de agonia, abuso terapêutico e desnecessário sofrimento, como numa tortura final, que condena o paciente à morte solitária, isolado dos seus entes queridos, nega-lhes a participação no processo de morrer, submete o paciente a mais e mais desconfortos, ainda que se os saiba incapazes de reverter o quadro mórbido e o processo de morte instaurados" (fl. 688).

A nosso ver, aliás, e em conformidade com a idéia acima exposta, a edição da Resolução n° 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.

A Resolução em foco busca apenas dar mais transparência a uma prática que já é comum, mas que é frequentemente escamoteada pelos médicos, por medo de que venham a sofrer represálias éticas ou jurídicas, dada a incompreensão que muitas vezes cerca o assunto.

No particular, é preciso entender que a ortotanásia se insere num contexto científico mais amplo denominado "medicina paliativa", que representa, em verdade, uma correção de rumos e certa quebra de paradigmas da medicina tradicional.

É cediço que devem reger a atividade do médico, dentre outros, os princípios da autonomia, da beneficência e da não-maleficência.

O **princípio da autonomia** reclama o envolvimento consciente do paciente no processo terapêutico e propugna o respeito às suas decisões. É direito do usuário do serviço de saúde, inclusive previsto na legislação brasileira, devendo, pois, ser sempre respeitado. Nesse prisma, para resguardar o princípio da autonomia no tratamento oferecido aos pacientes terminais, que, em geral, não apresentam estados mentais que permitam decidir conscientemente sobre as terapias possíveis, é sempre necessário recorrer à decisão da família ou do responsável legal, que passam a "falar" pelo paciente.

Saliente-se que a Resolução impugnada obedece a esse princípio, estabelecendo que o próprio paciente terminal ou sua família devem estar conscientemente envolvidos na decisão de suspender cuidados extraordinários que já não se mostrem úteis, uma vez considerado irreversível o processo de morte. E sempre terão direito a recorrer a outras opiniões médicas, caso não se sintam suficientemente esclarecidos para tomar esta ou aquela diretriz.

Quanto ao **princípio da beneficência**, é intuitivo concluir que compete ao médico fazer tudo quanto estiver ao seu alcance para melhorar as condições de vida do paciente. Mesmo que determinado tratamento possa lhe causar sofrimento, se houver chance de cura e possibilidade de êxito, deverá o médico procurar beneficiar o paciente.

Já o **princípio da não-maleficência** propugna que as atividades médicas, tanto quanto possível, não devem causar mal ao paciente ou devem causar-lhes apenas o mal necessário para que se restabeleça a sua saúde.

Normalmente, deve o médico por em destaque, numa escala de prioridades, o princípio da beneficência. Se há chances de salvar a vida do paciente, o remédio, por mais amargo que lhe pareça, deve-lhe ser aplicado, apesar dos incômodos que venha a causar. Ninguém discorda de que um tratamento quimioterápico provoca

certos males ao paciente, que, no entanto, são suportados em prol do benefício que poderá gerar - a cura do câncer.

Pois bem. Quando se lida com pacientes terminais, de acordo com os conceitos da moderna medicina paliativa, invertem-se as perspectivas e, poderíamos dizer, o peso que os princípios da beneficência e da não-maleficência possuem.

É que, diagnosticada a terminalidade da vida, qualquer terapia extra se afigurará ineficaz. Assim, já não se pode aceitar que o médico deva fazer tudo para salvar a vida do paciente (beneficência), se esta vida não pode ser salva. Desse modo, sendo o quadro irreversível, é melhor - caso assim o paciente e sua família o desejem - não lançar mão de cuidados terapêuticos excessivos (pois ineficazes), que apenas terão o condão de causar agressão ao paciente. Daí é que se pode concluir que, nessa fase, o princípio da não-maleficência assume uma posição privilegiada em relação ao princípio da beneficência - visto que nenhuma medida terapêutica poderá realmente fazer bem ao paciente.

Então, o que propugna a medicina paliativa, em cujo contexto está a ortotanásia, é que, na impossibilidade de salvar a vida, deve-se deixar correr o processo natural - e irreversível - da morte, conferindo-se ao paciente o maior conforto que possa ter nos seus últimos dias (o que pode se limitar ao alívio da dor ou chegar até a desospitalização, se esta for a vontade do próprio paciente e de sua família).

Como se disse alhures, se é exato que os médicos que lidam com pacientes terminais, em sua maioria, já antepunham ao princípio da beneficência o da não-maleficência, há de se concluir que, do ponto de vista prático, nada mudou com a resolução do CFM. A conclusão deriva, além da análise dos numerosos estudos e artigos constantes destes autos, também dos preciosos depoimentos prestados em audiência de instrução, a saber:

À fl.824, o médico José Eduardo de Siqueira esclarece que *"a partir do diagnóstico da terminalidade, que é relativamente fácil e seguro, a postura médica tem sido a de ouvir uma equipe multidisciplinar, que inclui psicólogo, enfermagem, assistente social na busca de uma decisão sobre o tratamento mais adequado para aquela situação; que pode mencionar o caso de profissionais que, após conversar com a família e equipe multidisciplinar, decidem não aplicar o procedimento de ressuscitação, mas para se resguardar, registram no prontuário que aplicou esse procedimento, mas não obteve sucesso; que é correto dizer que a resolução não alterou a prática médica, mas tão somente ensejou uma tranquilidade para os médicos registrarem, especialmente no prontuário, o procedimento adotado conforme a realidade, sendo que, com suspensão da vigência da resolução, os médicos em nada alteraram a sua prática, mas omitem o registro efetivamente foi feito, existindo aí um pacto de silêncio"*.

À fl. 823, o padre Leocir Pessini afirma *"que vários códigos de ética médica que foram revisados recentemente passaram a incluir, ao lado da vedação da eutanásia ativa, a vedação da obstinação terapêutica ou distanásia, a exemplo de Portugal, Canadá, Estados Unidos, Espanha e Itália"*.

À fl. 822, a médica Cláudia Burlá sugere "que na vigência da resolução a depoente observou que a publicação dessa norma deu uma maior tranquilidade para os médicos, que passaram então a procurar conhecer mais sobre o tratamento paliativo"

À fl. 825, a médica Maria Goretti Sales Maciel assevera "que durante a vigência da resolução, ou seja, do final de 2006 até o final de 2007, **não observou alteração alguma na prática médica, enfatizando somente que pode ter ocorrido mudança no registro prontuário**, pois às vezes ocorria de o médico de plantão que vinha constatar o óbito do paciente registrar que aplicou procedimento que não foram aplicados na realidade, como procedimento de ressuscitação".

E à fl. 826, o médico Roberto Luiz D'Ávila diz "que a resolução não é impositiva nem proibitiva de uma conduta (...), sendo que o objetivo real da resolução foi permitir que os médicos interrompessem ou não iniciassem tratamentos desproporcionais à doença e que de nada adiantariam, com tranquilidade no sentido de não serem punidos eticamente" .

Pode-se dizer então que 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 em sua atuação e possibilitando inclusive maior controle de sua atividade.

Além disso, o receio de que os médicos viriam a encerrar indiscriminadamente os procedimentos terapêuticos de quaisquer pacientes ou de que poderiam errar no prognóstico também cede à constatação de que, na prática médica, o "expert", em virtude de sua experiência, tem quase absoluto grau de segurança para identificar a terminalidade da vida. Ainda segundo Roberto Luiz D'Ávila, no depoimento prestado nestes autos (fl. 826), "existem diversas doenças que implicam o estado terminal, e todo médico está habilitado para reconhecer esses estados em cada doença específica, de maneira que se fosse regulamentar todos esses casos, a resolução seria muito longa e fatalmente incorreria em omissão, além disso a ortotanásia ocorre, como já salientado, em um ambiente de confiança entre o paciente, sua família e o médico". Adiante, acrescenta que "a maioria dos casos se refere à oncologia e **os médicos têm conhecimento sobre o prognóstico de cada tipo de câncer, e no que se refere às outras doenças degenerativas, pela falência progressiva dos órgãos, é possível fazer esse prognóstico de morte próxima e iminente**".

Tanto maior será essa segurança quanto mais profissionais estiverem envolvidos no processo de discussão, daí a possibilidade de se buscar uma segunda opinião - como prevê a resolução - e a conveniência de se tomar tal tipo de decisão sempre em equipe, como se busca fazer nos melhores centros terapêuticos.

Frise-se que nem mesmo o receio de "o médico estar errado" ou a possibilidade - ainda que remotíssima - de "um milagre reverter o quadro" de um doente terminal impediu o Vaticano de realizar a vontade do Papa João Paulo II, de não mais se submeter a tratamento com sofrimento e que não lhe traria a cura para uma doença já terminal, em estado avançado. E, atente-se, estamos falando da Igreja Católica, que aceita a ortotanásia, não obstante reconheça a sacralidade do valor da vida.

Com efeito, a posição manifestada pela CNBB - Conferência Nacional dos Bispos no Brasil se baseia na Encíclica *Evangelium vitae* (O Evangelho da Vida, 1995), que permite ao doente renunciar ao "excesso terapêutico", quando este não lhe possa trazer mais benefícios (fls. 357/358).

Vale salientar que a dificuldade em estabelecer a terminalidade não é menor ou maior que outras dificuldades enfrentadas pelos profissionais da medicina, ao diagnosticar uma doença rara ou ao optar por um tratamento em lugar de outros, sabendo-se que uma posição não exata poderá trazer conseqüências distintas para o paciente. Isso porque não existe 100% de certeza na medicina. Assim, desejar que os médicos atuem frente a um doente terminal com absoluta certeza da inevitabilidade da morte não é um argumento válido para recusar a legitimidade da ortotanásia, porque a exigência é incompatível com o próprio exercício da Medicina, que não pode se obrigar a curar o paciente, mas pode comprometer-se a conferir-lhe a maior qualidade de vida possível, diante do seu estado e dos recursos técnicos existentes.

A Resolução guerreada é, pois, uma manifestação dessa nova geração da ética nas ciências médicas, que quebra antigos tabus e decide enfrentar outros problemas realisticamente, com foco na dignidade humana.

Na medicina atual, há um avanço no trato do doente terminal ou de patologias graves, no intuito de dar ao paciente não necessariamente mais anos de vida, mas, principalmente, sobrevida com qualidade.

A medicina deixa, por conseguinte, uma era paternalista, super-protetora, que canalizava sua atenção apenas para a doença e não para o doente, numa verdadeira obsessão pela cura a qualquer custo, e passa a uma fase de preocupação maior com o bem-estar do ser humano.

E, repise-se, não se trata de conferir ao médico, daqui pra frente, uma decisão sobre a vida ou a morte do paciente, porque ao médico (ou a equipe médica, tanto melhor) apenas caberá identificar a ocorrência de um estado de degeneração tal que indique, em verdade, o início do processo de morte do paciente. Trata-se, pois, de uma avaliação científica, balizada por critérios técnicos amplamente aceitos, que é conduta ínsita à atividade médica, sendo completo despautério imaginar-se que daí venha a decorrer um verdadeiro "tribunal de vida ou morte", como parece pretender a inicial.

Por tudo isto é que os pedidos deduzidos na presente demanda não devem ser acolhidos." (fls. 853-867, negritos no original)

Nessa ordem de considerações, pelas quais não entrevejo ilegitimidade alguma na Resolução CFM n. 1.805/2006, é de se rejeitar assim o pedido principal de se reconhecer sua nulidade, bem como o pedido alternativo de sua alteração.

Do exposto, revogo a antecipação de tutela anteriormente concedida e **JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO**. Sem condenação em honorários advocatícios nem custas processuais (art. 18, da Lei 7.347/85).

P. R. I.

Brasília, 1º de dezembro de 2010.

ROBERTO LUIS LUCHI DEMO

Juiz Federal Substituto da 14ª Vara/DF