

O DIREITO DE MORRER E A ORTOTANÁSIA

COTIAS, Tádna Lana Pinheiro¹; SILVA, Danilo Fontes da²

1 INTRODUÇÃO

Abordar o tema relacionado à escolha de morrer nos tempos de hoje soa como uma afronta aos avanços tecnológicos da medicina moderna, na qual há uma grande quantidade de esforços empreendidos em pesquisas na tentativa de erradicar ou curar doenças.

A ordem natural da vida é nascer, crescer, envelhecer e morrer. O problema ocorre quando no meio desse ciclo da vida uma doença surge quebrando essa ordem estabelecida pela natureza.

Há vários pacientes com doenças em avançado estágio terminal, sem qualquer chance de cura, sofrendo, agonizando nos leitos hospitalares e sobrevivendo somente por se encontrarem ligados a aparelhos nas UTIs (Unidade de Terapia Intensiva) dos hospitais, que adiam a morte inevitável e não levam em consideração a dignidade e a vontade desses enfermos.

O que se discute é se tais pacientes têm direito à ortotanásia, que significa a morte no seu tempo certo, não submetendo o paciente terminal a tratamentos desumanos e ofensivos que visem somente o adiamento de sua morte, sem qualquer chance de cura, desde que sua vontade seja respeitada.

A Constituição Federal 1988 no art. 1º, III, consagra o princípio da dignidade da pessoa como valor supremo, definindo-o como fundamento da República. Assim, discute-se se os doentes portadores de enfermidades graves, sem chance de cura, na tentativa de evitar tratamentos que lhes causem mais sofrimentos, desconforto, que prolongam a morte, merecem o direito de morrer com dignidade.

Outro princípio em jogo é o da autonomia da vontade, caracterizado pela capacidade da pessoa humana em praticar ou abster-se de certos atos de acordo com a sua vontade, salvo os proibidos por lei.

¹ Acadêmica do Curso de Direito da FACISA – CESESB.

² Especialista em Direito Público. Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica da FACISA – CESESB, Professor dos Cursos de Direito da FACISA – CESESB e da Unesulbahia.

Nesse contexto surgem alguns questionamentos importantes a serem resolvidos pelos juristas: o direito à vida é inviolável e absoluto, sobrepondo-se a todos os demais direitos em qualquer situação ou pode ser relativizado? Pode-se, com base nos princípios da dignidade da pessoa humana e da autonomia da vontade, permitir ao paciente terminal optar pela prática da ortotanásia, mitigando a aplicação do princípio da vida?

Diante do exposto, este artigo aborda a ortotanásia sob a perspectiva do direito de morrer com dignidade.

2 PRINCÍPIOS DA VIDA, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E AUTONOMIA DA VONTADE

Antes de discutir o tratamento jurídico dado à ortotanásia e figuras afins, é importante analisar, mesmo que de forma sintética, os princípios jurídicos que estão relacionados à matéria, pois a interpretação das regras jurídicas relacionadas ao tema deve se pautar nos valores expressos em ditos princípios.

2.2 PRINCÍPIO DO DIREITO À VIDA

O art. 5º da Constituição Federal de 1988 consagra em seu *caput* o direito à vida, sendo o primeiro direito fundamental neste, seguindo-lhe vários outros direitos, tais quais a liberdade, igualdade, segurança e propriedade.

A ordem estabelecida pelo Constituinte não é por acaso, mas decorre do raciocínio lógico de que de nada adiantaria assegurar os demais direitos fundamentais se não houver vida.

Para José Afonso da Silva (2012) a vida humana, objeto de direito assegurado no art. 5º, *caput*, é composta de elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais). Para ele:

A vida é intimidade conosco mesmo, saber-se e dar-se conta de si mesmo, um assistir a si mesmo e um tomar posição de si mesmo. Por isso é que ela constitui a fonte primária de todos os outros bens jurídicos. De nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos. (SILVA, 2012, p. 198)

Falar sobre o direito à vida nos remete a outro direito, o da existência, ou seja, o direito de estar vivo, de defender a própria vida, permanecer vivo, de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável.

Em decorrência da proteção constitucional, tem-se na esfera penal a punição de todas as formas da interrupção da vida, exceto em casos nos quais a punibilidade é excluída, como na legítima defesa (art. 25 do Código Penal) ou o estado de necessidade (art. 24 do Código Penal).

O direito à vida está atrelado ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois de nada adianta garantir a vida se não forem garantidos meios para que os indivíduos tenham dignidade, ou seja, a Constituição garante a vida com dignidade.

2.3 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana deve ser entendida como o direito de todo cidadão aos cuidados básicos necessários para sua existência, tais como direito à saúde, educação, lazer, segurança, entre outros elencados no artigo 6º da Constituição da República.

Por ser fundamento da república, é considerada como sobreprincípio, dando sentido e significado não só às regras do ordenamento jurídico, como também aos demais princípios, permeando todo o texto constitucional. Nesse sentido:

O princípio aqui explanado é um dos que ocupa maior proeminência no ordenamento jurídico brasileiro, dos que possuem maior “peso” perante os demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais, e se traduz como princípio estruturante ou fundamental. Seus efeitos alcançam todo ordenamento jurídico, uma vez que se encontra entre os princípios fundamentais do ordenamento jurídico pátrio (AWAD, 2006, p.118 apud FOLETTO, 2013, p.29).

Pode-se dizer, portanto, que a dignidade da pessoa humana é essencial para que todo cidadão exerça sua cidadania, e impõe que sejam concretizados os direitos fundamentais individuais e sociais previstos na Constituição.

De acordo com Kumagai e Marta (2013), esse princípio ganhou força e importância logo após a Segunda Guerra Mundial, quando o mundo, ainda envolto com as atrocidades ocorridas nos campos de concentração alemães, viu a necessidade de conferir à dignidade da pessoa humana um valor imprescindível, principalmente no contexto de um Estado de Direito Democrático.

Seguindo essa influência, a Constituição da Itália de 1947, em seu artigo 3º, põe a dignidade da pessoa humana em relevo, dispondo que:

Art. 3º Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei, sem discriminação de sexo, de raça, de língua, de religião, de opiniões políticas, de condições pessoais e sociais. Cabe à República remover os obstáculos de ordem social e económica que, limitando de facto a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a efectiva participação de todos os trabalhadores na organização política, económica e social do País.

Da mesma forma, a Constituição portuguesa de 1976, dispõe em seu artigo 1º que “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na sua transformação numa sociedade sem classes.” Ressalte-se que, assim como aconteceu na Itália, Portugal também havia sofrido com um regime totalitarista fascista.

Como dito, na Constituição de 1988 esse princípio é previsto como fundamento da República, influenciando todo o texto constitucional, seja no aspecto individual, social, econômico, político e cultural, podendo ser observado nos artigos 5º, III, X, XLI, 7º, IV, XXX, 170, 193, 250 e 270, dentre outros. Dessa forma:

A dignidade da pessoa humana é uma referência constitucional unificadora dos direitos fundamentais, dos direitos inerentes à espécie humana, ou seja, daqueles direitos que visam garantir o conforto existencial das pessoas, protegendo-as de sofrimentos evitáveis nas esferas sociais. (CHIMENTI et al, 2010, p. 68)

Portanto, cabe ao Estado promover, respeitar e proteger os direitos fundamentais, sendo que para Kildare Carvalho (2012) o Estado não pode violar os direitos, e nem permitir que eles sejam violados, desempenhando assim, a função de custódia, devendo promover as condições básicas para a existência do cidadão.

Ademais, a dignidade da pessoa humana também está ligada à possibilidade do indivíduo conduzir sua vida e realizar escolhas moldadas através de sua própria consciência, observando o direito de outrem. A esse direito de escolha chamamos de autonomia da vontade.

2.4 AUTONOMIA DA VONTADE

A autonomia da vontade é uma das expressões do princípio da liberdade, significando a liberdade de escolha ou de decisão.

A Constituição Federal garante no *caput* do art. 5º, dentre outros direitos, o de liberdade, sendo que em vários incisos desse artigo se discorre sobre a mesma liberdade, em contextos específicos. Citem-se, como exemplos, os incisos IV (livre manifestação do pensamento), VI (liberdade de consciência e de crença), IX (liberdade intelectual e artística), XIII (liberdade no exercício de trabalho), etc..

Conforme Barbosa (2013), influenciado pela teoria de liberdade natural de Rousseau, que acreditava que o homem possui poder de escolha em qualquer situação que exija sua manifestação de vontade ou temor, Kant acena para o indivíduo uma nova forma de pensar e agir transformando a liberdade em autonomia. Para o filósofo alemão (apud HUPFFER, 2011, p.143) o princípio da autonomia seria “escolher sempre de modo tal que as máximas de nossa escolha estejam compreendidas, ao mesmo tempo, como leis universais, no ato de querer”.

Ao analisar o termo autonomia, tem-se que deriva etimologicamente do grego, sendo *autos* (próprio) e *nomos* (regra, lei, governo), significando autogoverno ou autogestão, e “portanto, autonomia refere-se à capacidade do ser humano de decidir o que é ‘bom’; aquilo que é seu ‘bem-estar’” (ARAUJO, BRITO, NOVAES, 2008, p.119).

Fica claro que o princípio da autonomia da vontade é caracterizado pela capacidade da pessoa humana em praticar ou abster-se de certos atos de acordo com a sua vontade, salvo os proibidos por lei, tendo relação com o próprio princípio da legalidade, previsto no art. 5º, II da Constituição.

Assim, a autonomia encontra-se inserida na liberdade de pensamento, na opção de escolha, e nas diferentes alternativas para agir, de acordo com o meio social onde o indivíduo está inserido. Nesse sentido:

A pessoa autônoma também pode e deve decidir com base em crenças e valores próprios, mesmo que diferentes dos predominantes na sociedade na qual se insere. Da mesma forma, transportando tal assertiva à área da saúde, pode-se afirmar que quem recebe os serviços profissionais de outros, o paciente, pode agir na condição de paciente e, ainda assim, atuar autonomamente na relação com profissionais de saúde, divergindo das recomendações e orientações dos mesmos (ARAUJO; BRITO; NOVAES, 2008,p.119-120).

Ao trazer para o campo da saúde o princípio da autonomia da vontade, tem-se a escolha do paciente em se submeter ou não a determinados tratamentos, e escolher como passar seus momentos finais em casos de doenças terminais.

É sabido que o avanço tecnológico e farmacêutico na área médica vem crescendo e surgindo novos tratamentos que prolongam a vida, alguns sem tomar cuidado com a dignidade da pessoa, no afã de desejar manter o paciente ainda vivo, mas que acabam estendendo com exagero a vida de pessoas que não mais percebem nem recebem os estímulos próprios da existência humana.

3 ORTOTANÁSIA

Com frequência os termos ortotanásia, mistanásia, eutanásia e distanásia são confundidos, por isso propõe-se neste capítulo diferenciar esses conceitos para um melhor entendimento.

3.1 CONCEITO DE ORTOTANÁSIA

A ortotanásia envolve a decisão de não submeter pacientes terminais a tratamentos que não visam curar a doença, mas apenas postergar o momento da morte, de forma a abreviar o sofrimento, evitando-se manter alguém vivo sem dignidade.

Ressalte-se, todavia, que na ortotanásia são mantidos os cuidados necessários para aliviar os sintomas da moléstia, diminuindo o sofrimento desses pacientes, dentre os quais, alimentação intravenosa, hidratação através do soro e respiração por balão de oxigênio. Não há o uso de medicamentos que tenham como intuito prolongar a vida, mas sim, que mantenham a dignidade do paciente até o fim.

Segundo Barroso e Martel (2010), a ortotanásia trata da morte em seu tempo certo, diferentemente da distanásia, que busca combater a morte com métodos desproporcionais, além de não se apressar a morte através de ação externa intencional, como no caso da eutanásia.

Para o professor André Mendes Espírito Santo (2009), por não haver interferência médica, alguns autores confundem ortotanásia com eutanásia passiva, o que não procede. Na eutanásia existe a antecipação da morte, sendo uma omissão deliberada de medidas que ainda seriam indicadas para o caso em questão, enquanto que na ortotanásia essas medidas já não surtem mais efeito, por serem inúteis para aquele paciente no adiantado estágio da doença.

A doutrinadora e professora Maria Helena Diniz (2002) define que:

A ortotanásia é o ato de deixar morrer em seu tempo certo, sem abreviação ou prolongamento desproporcionado, mediante a suspensão de uma medida vital ou de desligamento de máquinas sofisticadas, que substituem e controlam órgãos que entram em disfuncionamento (DINIZ, 2002, p.330).

Na ortotanásia, as intervenções médicas são restritas, pois visam limitar o uso dos recursos que buscam apenas prolongar a vida, mas que já perderam a sua eficácia em combater a doença, ou o processo de cura. No ensinamento de Guilherme Nucci (2002, p. 370-371), na ortotanásia “deixa o médico de ministrar remédios que prolonguem artificialmente a vida da vítima, portador de enfermidade incurável, em estado terminal e irremediável, já desenganada pela medicina”.

Analisando com prioridade o tema, Cocicov (2008) diz que:

Como arte do morrer bem, a ortotanásia compromete-se com o bem-estar do enfermo. Encara a morte, não como inimigo a exterminar, ou doença a curar, contudo fenômeno vital. Busca que enfermo e envolvidos, enfrentem com naturalidade, e a mais possível tranquilidade, o evento que se aproxima. Afina-se ao redimensionamento do conceito de saúde (bem-estar genérico, em mais latas dimensões, a exemplo de psíquica, familiar, social e física; em superação à concepção negativa, mera ausência de mal-estar físico). (COCICOV, 2008, p. 70).

Portanto, a decisão tomada entre médico e paciente versa na verdade sobre a concepção de morte, onde podemos perceber que a atuação do princípio da autonomia da vontade do paciente se sobressai ante as alternativas terapêuticas que geram ou prolongam o sofrimento. Para Menezes (2010):

Na prática médica centrada na cura da doença, quando se admite que não há clinicamente “mais nada a fazer”, o médico cessa de ter responsabilidade e/ou de investir no paciente – este se torna apenas o ocupante de um leito. Já na nova modalidade de assistência, trata-se de propiciar uma “boa morte” ou ortotanásia, evitando a distanásia (MENEZES, 2010, p. 34).

Em suma, a ortotanásia visa evitar a distanásia e a tentativa desesperada de médicos e familiares em prolongar a vida do paciente, ou em alguns casos, a visão de alguns hospitais em prolongar a estadia desse paciente na UTI apenas por interesse financeiro.

3.2 EUTANÁSIA, MISTANÁSIA E DISTANÁSIA

3.2.1 Eutanásia

Eutanásia é um termo mais utilizado no cotidiano das pessoas e que cria muita confusão com a ortotanásia, inclusive por também se referir a uma postura médica a ser adotada em casos de doenças terminais.

Etimologicamente falando, a palavra eutanásia tem origem grega, cuja denominação é *eu* significa boa e *thanatos* significa morte. Levando o seu significado ao pé da letra teremos então: boa morte (CARVALHO, 2012).

No Brasil, a eutanásia é considerada crime de homicídio de acordo com o artigo 121 Código Penal, pois através da conduta médica se tira a vida de alguém, não importa se por dó ou piedade, nem se é dirigida a doente terminal.

Ou seja, independente do estágio do paciente, mesmo havendo indícios que a morte será inevitável, mesmo com o consentimento do enfermo, mesmo que o intuito seja de abreviar o sofrimento e que a ação seja impulsionada pela piedade ou compaixão em relação ao doente, em nosso ordenamento jurídico a prática da eutanásia é configurada crime de homicídio, podendo eventualmente ser privilegiado, simples ou qualificado.

Não há excludente de punibilidade para referida conduta, embora o §1º do citado art. 121 estabeleça que a pena pode ser reduzida de um sexto a um terço quando a morte for provocada por motivo de relevante valor moral ou social.

A eutanásia, de acordo com a sua tipificação, pode ser classificada em ativa, passiva ou terapêutica.

A eutanásia ativa é a prática de atos que provocam a morte. Já a eutanásia passiva ou indireta ocorre quando a morte do paciente terminal se dá por omissão médica (falta de intervenção) ou por interrupção de uma medida extraordinária, sempre de forma a antecipar a morte do paciente. Na eutanásia terapêutica são empregados ou omitidos meios terapêuticos, com o intuito de causar a morte do paciente. Em todos os casos, a eutanásia visa diminuir o sofrimento e propiciar uma morte suave aos pacientes incuráveis e com dor. (FOLETTTO, 2012).

3.2.2 Mistanásia

Há divergências sobre a origem etimológica e significado de mistanásia. Há corrente que acredita que o termo *mis* provém do grego e significa infeliz, já para outra corrente o termo deriva do radical grego *mys*, que significa rato (ESPÍRITO SANTO, 2009)

Portanto, o conceito nos remete a morte miserável, muito comum aos cidadãos que não conseguem acesso a um atendimento médico-hospitalar adequado, por carência socioeconômica e política.

Segundo o professor André Mendes Espírito Santo (2009), a mistanásia equivale a uma eutanásia social, abrangendo aqui os erros médicos (não os provenientes de falta de recurso, mas sim, provenientes do descaso profissional), os condenados a pena de morte, os presos políticos e as vítimas de eutanásia nazista.

Vale lembrar que a mistanásia não se refere ao indivíduo que consegue alcançar atenções hospitalares avançadas, como as Unidades de Tratamento Intensivo (UTI), mas sim àqueles indivíduos que se encontram nas macas e no chão dos corredores lotados dos hospitais carentes de recursos.

Portanto, a mistanásia difere da eutanásia porque não antecipa a morte proposital de um enfermo terminal, nem visa utilizar de recursos extremos para prolongar a vida, como ocorre na distanásia e muito menos deixa a morte acontecer de forma natural, preservando a dignidade da pessoa, como na ortotanásia. Nela a morte ocorre por falta de assistência médica, de remédios, de cuidados, de alimentos, de condições básicas para a existência do cidadão.

3.2.3 Distanásia

A distanásia contrapondo com eutanásia, mistanásia e ortotanásia, busca prolongar a vida do indivíduo em estado grave a todo custo. É o emprego da tecnologia médica para prolongar a vida retardando a morte, empregando todos os meios possíveis e impossíveis ao alcance da medicina, mesmo que isso traga mais dor e sofrimento para o paciente cuja morte é inevitável e iminente.

Para Augusto Filipe Azevedo Rocha (2006), todo indivíduo tem o direito de ter a seu dispor todos os meios existentes na medicina para sua sobrevivência. Porém, há de se observar se existe o interesse do paciente de serem empregadas técnicas que prolonguem indefinidamente sua existência vegetativa, ou que atrasem seu processo de morte, estendendo sua agonia.

Suspender o tratamento médico quando não faz mais efeito não deve ser visto como uma sentença de morte, e sim como uma forma de deixar de maltratar o paciente, ao prolongar artificialmente sua vida, sem estar trazendo qualquer benefício para ele.

Não se está, aqui, criticando os avanços tecnológicos da medicina e muito menos a obstinação dos profissionais em buscar a cura para doenças. O que se pretende é mostrar que o prolongamento da vida humana não deve ser mais importante que a qualidade dessa existência.

4 ORTOTANÁSIA E O DIREITO DE MORRER COM DIGNIDADE

Lembre-se que a dignidade da pessoa humana é a condição que cada indivíduo possui em conduzir sua vida de maneira digna e a autonomia da vontade é possibilidade de realizar desejos e escolhas a partir de sua própria consciência, desde que não se afete direitos de outrem. Assim, discute-se a existência do direito de se ter uma morte digna quando não há mais a chance de cura.

Há uma distinção entre o direito à morte e o direito de morrer com dignidade. Essa diferença está entre o desejo em tirar a vida, acelerando a morte, ou de deixar de prolongar o sofrimento, a agonia e a dor quando não existe mais a possibilidade de cura. Para Borges (2005):

O direito de morrer dignamente é a reivindicação por vários direitos e situações jurídicas, como a dignidade da pessoa, a liberdade, a autonomia, a consciência, os direitos de personalidade. Refere-se ao desejo de se ter uma morte natural, humanizada, sem o prolongamento da agonia por parte de um tratamento inútil. Isso não se confunde com o direito de morrer. Este tem sido reivindicado como sinônimo de eutanásia ou de auxílio a suicídio, que são intervenções que causam a morte. Defender o direito de morrer dignamente não se trata de defender qualquer procedimento que cause a morte do paciente, mas de reconhecer sua liberdade e sua autodeterminação (BORGES, 2005).

Portanto, a ortotanásia é direito de morrer com dignidade, é a morte natural, humanizada, sem prolongamento da vida através de tratamento ineficaz que só aumenta o sofrimento do paciente e o direito de morrer é a morte provocada por intervenção ou omissão, retratada nesse caso como a prática da eutanásia.

Assim como a vida digna é um direito do cidadão, segundo Junges *et al* (2010), a morte digna, sem dor e angústia, também é um direito humano. A liberdade de escolha daquele que sofre e a dignidade no fim da vida podem ser o caminho necessário para ter esse direito efetivado, mediante decisão autônoma do enfermo em decidir o que é mais importante para sua vida, inclusive o processo de morrer, baseado em seus interesses e valores pessoais.

Lutar pela vida mesmo sabendo que será uma luta em vão, ou optar por desistir dessa luta e aceitar serenamente o fim da vida sempre será motivo de reflexão. O indivíduo que não consegue justificar sua própria existência tem dificuldade em desejar estar vivo, assim como aquele que não consegue viver com o mínimo de dignidade.

O Conselho Federal de Medicina (CFM) publicou em 28 de novembro de 2006 a Resolução 1.805/06 que, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, permitiu em casos de enfermidades graves e incuráveis que o médico suspendesse os procedimentos e tratamentos que não tivessem mais eficácia e servissem apenas para prolongar a morte inevitável. Devendo, todavia, ser garantidos os cuidados paliativos necessários para aliviar o sofrimento, respeitando a vontade do paciente ou de seu representante legal. Nos termos da resolução:

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

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

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

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

§ 4º Em se tratando de doente incapaz, ausente o representante legal, incumbirá ao médico decidir sobre as medidas mencionadas no *caput* deste artigo.

Art. 2º O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social, espiritual, inclusive assegurando a ele o direito da alta hospitalar. [...]

Em 2007 o Ministério Público Federal do Distrito Federal (MPF/DF), ingressou com ação civil pública (Processo nº 2007.34.00.014809-3) contra a citada resolução, requerendo liminarmente a sua suspensão. Dentre as razões apresentadas pelo MPF/DF está a de que o Conselho não possui poder para regulamentar e estabelecer como conduta ética um procedimento tipificado como crime, pois para o MPF a ortotanásia se confunde com o homicídio eutanásico (MENEZES e VENTURA, 2013).

O juiz Roberto Luís Luchi Demo, da 14ª Vara da Justiça Federal do Distrito Federal, deferiu a liminar justificando que mesmo o CFM tendo comprovado nos autos que a ortotanásia não antecipa a morte, e sim, permite que a morte aconteça em seu tempo natural, essa situação não afastaria a circunstância de que tal

conduta pareceria caracterizar crime de homicídio. Ressaltou em sua decisão que o art. 121 do Código Penal abrange tanto a eutanásia quanto a ortotanásia.

Junges (2010) acredita que apesar das boas intenções e justos objetivos da resolução, ela desencadearia sérias implicações práticas e bioéticas, como o risco de pacientes internados em hospitais públicos serem constrangidos a aceitar o procedimento para ceder as vagas a outras pessoas com maior chance de cura.

Nesse caso, ter-se-ia um grande número de morte por mistanásia, já que não haveria como prever a veracidade dos diagnósticos, ou ainda a chance de esperar por uma nova técnica que poderia curar o paciente.

Depois de uma longa discussão judicial no referido processo, onde foram ouvidos profissionais de saúde e representantes da sociedade civil, em 12 de abril de 2010, em reunião plenária do CFM, foi aprovado o novo Código de Ética Médica (CEM) pela Resolução CFM 1.931/09, que em seu art. 41 estabelece que:

Art. 41 - É vedado ao médico abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.

Parágrafo único - Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.

Face à nova disposição decorrente da Resolução 1.931/09 do CFM, o juiz do processo nº 2007.34.00.014809-3 mudou o entendimento exarado na liminar, dando validade à nova resolução, julgando a ação improcedente. O MPF não recorreu da decisão que foi favorável aos cuidados paliativos e à expansão do direito de autonomia do doente nas decisões referentes a sua vida, sofrimento e morte.

Todavia, em 2013 o MPF de Goiás propôs a Ação Civil Pública nº. 1039-86.2013.4.01.3500, que tramita perante a 1ª Vara da Seção Judiciária Federal do Estado de Goiás em Goiânia, questionando a constitucionalidade do exposto no art. 41 desta nova resolução, sob o fundamento que a ortotanásia facilita a morte, ferindo o princípio constitucional do direito à vida.

O professor Espírito Santo (2009) acredita que a ortotanásia não fere a Constituição, pois está em consonância com o princípio do direito à vida digna, atrelado ao princípio da dignidade da pessoa humana, ao limitar ou suspender tratamento que não beneficia o paciente. É um ato com respaldo constitucional, pois garante a dignidade da pessoa humana.

Inclusive, há normas infraconstitucionais que autorizam a suspensão de procedimentos médicos, tal qual o art. 15 do Código Civil, ao estabelecer que ninguém pode ser constrangido a se submeter, com risco de vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica, bem como o art. 7º, III da Lei 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde) que reconhece o direito à autonomia do paciente.

Conforme Menezes e Ventura (2013), a mudança na Resolução do CFM foi o resultado de um processo histórico centralizado nos debates sobre os direitos dos enfermos ocorridos em todo o Ocidente.

É no meio dessas mudanças que o CFM surge com essa nova proposta sobre a ortotanásia, pautando-se, inclusive, na Lei dos Direitos dos Usuários dos Serviços de Saúde do Estado de São Paulo, mais conhecida como a Lei Mário Covas – Lei Estadual nº. 10.241/1999, que assegura o direito do usuário a recusar tratamentos dolorosos ou extraordinários como tentativa de prolongar sua vida.

O reconhecimento pela Resolução do CFM foi o primeiro passo para se definir a constitucionalidade do procedimento da ortotanásia no ordenamento jurídico. Entretanto, a questão ainda não foi devidamente discutida no âmbito do Poder Judiciário, nem teve o legislador audácia para enfrentar o tema, a fim de dirimir a controvérsia, seja aceitando ou recusando a prática da ortotanásia, o que, de toda forma, continuaria sujeito ao controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

5 CONCLUSÃO

Como se demonstrou, não há que se confundir a prática da ortotanásia com a eutanásia, não havendo na ortotanásia conduta médica que leve o paciente à morte, não podendo, portanto, ser tida como crime de homicídio.

A ortotanásia visa aliviar o sofrimento do paciente colocando em primeiro plano seu desejo, não se fala aqui em antecipação da morte, e sim, deixar acontecer o curso normal da doença quando não há mais esperança, é humanizar o sofrimento do enfermo e de sua família, que também padece junto com seu ente querido.

Ao analisar os princípios supracitados, observa-se que a ortotanásia não infringe normas constitucionais porque obedece ao direito da dignidade da pessoa humana e a autonomia da vontade, pois procura aliviar os sintomas com cuidados paliativos enquanto espera o fim da vida, dando a esse paciente um fim digno.

São necessários novos debates na esfera jurídica sobre a prática da ortotanásia, ouvindo a comunidade científica e a sociedade civil, de forma a pacificar a sua constitucionalidade.

O que se deve colocar em pauta é o desejo, a libertação do paciente que padece de um mal incurável que castiga o corpo e a alma, e ver na ortotanásia a junção da dignidade da pessoa humana e da autonomia da vontade, sem que isso contrarie a vida, mas pelo contrário, dando-lhe o devido valor.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Arakén Almeida de; BRITO, Ana Maria de; NOVAES, Moacir de. **Saúde e autonomia**: novos conceitos são necessários? Revista Bioética 2008 16 (1): 117 – 124.

BARBOSA, Paulo Sérgio Cruz. **A liberdade natural e política de Rousseau**. 2013. 96f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Universidade Estadual do Ceará – UECE – Fortaleza – Ceará.

BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. **A morte como ela é**: dignidade e autonomia individual no final da vida. 2010. Disponível em: <www.amp.org.br/smmaster/inst/artigo/Artigo-6.pdf>. Acesso em 22 ago. 2013.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Eutanásia, ortotanásia e distanásia**: breves considerações a partir do biodireito brasileiro. Jus Navigandi 2005; 10(871). Disponível: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10119>>. Acesso em 23 ago. 2013.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo. 18ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

CHIMENTI, Ricardo Cunha; et. al. **Curso de direito constitucional**. 7ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COCICOV, Giovanni Vitório Baratto. **Ortotanásia**: Contribuições dos direitos de personalidade à dignidade da morte. Revista Jurídica Cesumar, v. 8, n. 1, p. 63-79, jan./jun. 2008.

DISTRITO FEDERAL. Seção Judiciária da Justiça Federal no Distrito Federal. 14ª Vara Cível de Brasília – DF. **Ação Civil Pública nº. 2007.34.00.014809-3**. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf>>. Acesso em 05 maio 2014.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 2ed. aum. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

ESPÍRITO SANTO, André Mendes. **Ortotanásia e o direito à vida digna**. 2009. 229f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – São Paulo – SP.

FOLETTTO, Cassiane Côrtes. **O direito de morrer com dignidade: a ponderação entre os princípios que protegem a vida e a dignidade da pessoa humana**. 2013. 39f. Monografia (Curso Direito) – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ – Ijuí – RS.

GOIÁS. Seção Judiciária da Justiça Federal no Distrito Federal. 1ª Vara Federal de Goiânia – GO. **Ação civil pública nº. 1039-86.2013.4.01.3500**. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf>>. Acesso em 05 maio 2014.

HUPFFER, Haide Maria. O Princípio da Autonomia na ética Kantiana e sua recepção na obra direito e democracia de Jürgen Habermas. Anima: **Revista Eletrônica do Curso de Direito da Opet**, v. V, p. 142-163, 2011.

ITÁLIA. Constituição (1947). **Costituzione Italiana-Portoghese**. Roma, 1947.

JUNGES, José Roque; ET AL. Reflexões legais e éticas sobre o final da vida: uma discussão sobre a ortotanásia. **Revista Bioética**. Vol.18, n.2, p. 275-288, 2010.

KUMAGAI, Cibele; MARTA, Taís Nader. Princípio da dignidade da pessoa humana. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 77, jun 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=7830&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em nov 2013.

MENEZES, Rachel Aisengart; VENTURA, Mirian. Ortotanásia, sofrimento e dignidade. Entre valores morais, medicina e direito. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. Vol. 28, n. 81, p. 213-259, fev.2013.

_____, Rachel Aisengart. Assistência em saúde a situações terminais: entre práticas médicas e crenças religiosas. **Revista Eletrônica de Comunicação, Informação & Inovação em Saúde**. Vol. 4, No 3 - Temático - Processos comunicacionais, religiosidades e saúdes. p.27-36, Set., 2010.

NUCCI, Guilherme. **Código Penal Comentado**. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Aluisio Santos de. **O direito de morrer dignamente**. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3146, 11 fev. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21065>>. Acesso em: 25 nov. 2013.

PORTUGAL. Constituição (1976). **Constituição da República Portuguesa**. [SL]

RESOLUÇÃO. **Conselho Federal de Medicina, Resolução CFM nº 1.805/2006.** Disponível: <http://www.portalmedico.org.br/php/pesquisa_resolucoes.php>. Acesso em 10 mai. 2014.

_____. **Conselho Federal de Medicina, Resolução CFM nº Resolução 1.931/09.** Disponível em: <http://www.portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=category&id=9&Itemid=122>. Acesso em 10 maio de 2014.

ROCHA, Augusto Filipe Azevedo. **Eutanásia, Ortotanásia e Distanásia em face da dignidade humana, o direito à vida, e os direitos de personalidade no direito pátrio.** 2006. 92f. Monografia (Curso de Direito) – Centro Universitário CESUMAR – Maringá – PR.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivado.** 35 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.