

A Ortotanásia e o Direito Brasileiro

A Resolução CFM n. 1.805/2006 e algumas considerações preliminares à luz do Biodireito Brasileiro

Orthotanasia and Brazilian Law

Resolution CFM n. 1.805/2006 and some preliminary considerations in the light of Brazilian Biolaw

La Ortotanasia y el Derecho Brasileño

La Resolución CFM n. 1.805/2006 y algunas consideraciones preliminares a la luz del Bioderecho Brasileño

Edson de Oliveira Andrade*

RESUMO: Este artigo apresenta considerações a respeito da resolução CFM n. 1805/2006 que regula a atuação ética do médico brasileiro frente a um paciente em estágio terminal. Esta resolução encontra-se com sua eficácia suspensa por decisão liminar concedida pela Justiça Federal a pedido do Ministério Público. Na análise da norma impugnada é defendida a tese de sua pertinência legal e ética, tendo por base o princípio constitucional da dignidade e na inexistência do tipo específico no Direito Penal Brasileiro. Corrobora esta tese os princípios bioéticos da beneficência, da não-maleficência e da autonomia, que sustentam que o objeto de toda atenção médica é o ser humano na plenitude de sua dignidade.

PALAVRAS-CHAVE: Ortotanásia. Bioética. Biodireito - Brasil.

ABSTRACT: This article presents considerations about resolution CFM n. 1805/2006, which regulates ethical actions of Brazilian doctors regarding terminal patients. The resolution is not in force due to an order by Federal Justice after a plea from the Public Ministry. In the analysis of the opposed norm, the thesis of legal and ethical validity is defended on the basis of the constitutional principle of dignity, and considering the absence of the specific type in the Brazilian Penal Right. Biethical principles of charity, non-maleficence and autonomy corroborate that thesis, which states that the object of all medical attention is human beings at the height of their dignity.

KEYWORDS: Orthotanasia. Bioethics. Biolaw - Brazil.

RESUMEN: Este artículo presenta consideraciones acerca de la resolución CFM n. 1805/2006, que regula la actuación ética del médico brasileño delante de un paciente en fase terminal. Esa resolución se halla con su eficacia suspendida por un orden liminar emitido por la Justicia Federal a pedido del Ministerio Público. En el análisis de la norma impugnada, se defiende la tesis de su pertinencia legal y ética, teniendo por base el principio constitucional de la dignidad, y considerando la ausencia del tipo específico en el Derecho Penal Brasileño. Corroboran esa tesis los principios bioéticos de la beneficencia, de la no maleficencia y de la autonomía, que afirman que el objeto de toda atención médica es el ser humano en la plenitud de su dignidad.

PALABRAS-LLAVE: Ortotanasia. Bioética. Bioderecho - Brasil.

INTRODUÇÃO

A ética hipocrática é a ética de fazer o bem (beneficência), mas também a ética de não fazer o mal (não-maleficência). É imposto ao médico, sob a luz desta ética, a busca de meios e comportamentos que favoreçam o bem-estar do paciente. A beneficência e a não-maleficência não são faces opostas de uma mesma moeda, mas elas de uma única corrente a unir o médico ao seu paciente.

Embora no sonho de todo médico encontre-se o desejo de sempre vencer a morte, todos eles sabem que esta é uma tarefa impossível face à finitude da vida humana.

Dessa forma, é frequente a situação em que todo o aparato científico da Medicina se esgota e fica o médico frente a um quadro terminal. O que fazer? Como deve se conduzir para continuar fiel ao seu compromisso hipocrático? Interpretando esse compromisso, o Conselho Federal de Medicina (CFM) editou a Resolução

* Médico e Advogado. Doutor em Pneumologia (UFRGS). Mestre em Medicina (UFRGS); Especialista em Clínica Médica (SBCM-AMB). Especialista em Pneumologia (SBPT-AMB). Professor Adjunto da Universidade Federal do Amazonas; Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Nilton Lins. Doutorando em Bioética pela Universidade do Porto, Portugal. Ex-corregedor (1994-1999) e Ex-presidente do Conselho Federal de Medicina (1999-2009). E-mail: edsonandrade@cfm.org.br

n. 1.805/2006 apontando para o médico brasileiro o norte ético nacional sobre o assunto.

CONCEITOS

É importante para a correta compreensão do tema que irá ser desenvolvido neste artigo que alguns conceitos sejam explicitados já no seu início.

Eutanásia: Palavra oriunda do grego, pela junção do prefixo *EU* (bom) com a palavra *THANATOS* (morte). Utiliza-se este termo para caracterizar a morte provocada (antecipação) por motivos humanitários em pacientes gravemente enfermos e que apresentem grandes sofrimentos que não possam ser aliviados.

Ortotanásia: Palavra também oriunda do grego pela junção do prefixo *ORTO* (correto) com a palavra *THANATOS* (morte). É utilizada para caracterizar a morte natural em que o paciente é atendido em seus últimos momentos com humanidade, atenção, procurando-se aliviar os seus sofrimentos, porém sem insistir em terapêuticas e procedimentos cuja efetividade inexistem para o paciente.

Distanásia: Palavra igualmente de origem grega pela junção do prefixo *DIS* (incorreto) com a palavra *THANATOS* (morte). Caracteriza uma morte sofrida e cruel, geralmente associada a uma obstinação terapêutica desprovida de resultados benéficos para o paciente. É o contrário da Ortotanásia.

Mistanásia: termo cunhado pelo bioeticista Leonard Martin para retratar a morte miserável, que ocorre fora e antes da hora, decorrente do abandono e do descaso social^a.

A NORMA

RESOLUÇÃO CFM n. 1.805/2006 (Publicada no Diário Oficial da União, 28 nov. 2006, Seção I, p. 169)

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

O Conselho Federal de Medicina, no uso das atribuições conferidas pela Lei n. 3.268, de 30 de setembro de

1957, alterada pela Lei n. 11.000, de 15 de dezembro de 2004, regulamentada pelo Decreto n. 44.045, de 19 de julho de 1958, e

CONSIDERANDO que os Conselhos de Medicina são ao mesmo tempo julgadores e disciplinadores da classe médica, cabendo-lhes zelar e trabalhar, por todos os meios ao seu alcance, pelo perfeito desempenho ético da Medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exerçam legalmente;

CONSIDERANDO o art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, que elegeu o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil;

CONSIDERANDO o art. 5º, inciso III, da Constituição Federal, que estabelece que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”;

CONSIDERANDO que cabe ao médico zelar pelo bem-estar dos pacientes;

CONSIDERANDO que o art. 1º da Resolução CFM n. 1.493, de 20.5.98, determina ao diretor clínico adotar as providências cabíveis para que todo paciente hospitalizado tenha o seu médico assistente responsável, desde a internação até a alta;

CONSIDERANDO que incumbe ao médico diagnosticar o doente como portador de enfermidade em fase terminal;

CONSIDERANDO, finalmente, o decidido em reunião plenária de 9/11/2006,

RESOLVE:

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

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

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

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

Art. 2º O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto

a. A mistanásia, para Leonard Martin, abordada no capítulo Eutanásia e Distanásia In: Introdução à Bioética. Brasília: CFM; 1998, p. 171-192 constitui-se em uma categoria que nos permite levar a sério o fenômeno da maldade humana.

físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se as disposições em contrário.

Brasília, 9 de novembro de 2006

EDSON DE O. ANDRADE
Presidente

LÍVIA BARROS GARÇÃO
Secretária-Geral

A competência legal para edição de normas regulatórias sobre o comportamento ético do médico brasileiro é previsto na Lei 3.268/1957, que criou os Conselhos de Medicina no Brasil^b e que foi regulamentada pelo Decreto n. 44.045/1958.

Entre as diversas resoluções emitidas pelo CFM, encontra-se a Resolução n. 1.246/1988, que instituiu o Código de Ética Médica dos Conselhos de Medicina do Brasil.

Este código diz, em seu artigo 142, que o médico está obrigado a acatar e respeitar os Acórdãos e Resoluções do Conselho Federal e dos Regionais de Medicina, sob pena de ser considerado infrator ético. Assim sendo, as resoluções têm o caráter de normas derivadas e são impositivas ao médico brasileiro.

A CONTEXTUALIZAÇÃO DA NORMA

A Resolução CFM n. 1.805/2006 nasceu de um amplo debate e intensas reflexões que ultrapassaram os limites dos Conselhos de Medicina e buscaram na sociedade o melhor entendimento sobre o tema. Em 2005, o CFM realizou na cidade de São Paulo um simpósio sobre Terminalidade da Vida, que serviu de substrato para a resolução em pauta. Naquela ocasião (2005), foram ouvidas pessoas dos mais diversos matizes, entre as quais juristas, religiosos, bioeticistas e médicos^c.

A BASE ÉTICO-LEGAL DA NORMA

A Base Ética

Como já dito anteriormente, os médicos devem obediência ao Código de Ética Médica editado pelo Conselho Federal de Medicina². Esse código tem os seus preceitos baseados no respeito ao ser humano, no zelo de sua pessoa e no respeito a sua dignidade.

A construção do texto normativo ético nasceu da autonomia (liberdade) do médico para construí-lo^{d,e}. A liberdade e a racionalidade médica foram a fonte criadora da resolução CFM n. 1.805/2006, dando-lhe, por consequência, um caráter impositivo, que, visto sob a ótica da filosofia kantiana, funciona como um imperativo de ordem moral^{f,4}.

No Código de Ética Médica dos Conselhos de Medicina está consolidado em seu artigo 2º que “O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional”. No artigo 6º, prescreve que “O médico deve guardar absoluto respeito pela vida humana, atuando sempre em benefício do paciente. Jamais utilizará seus conhecimentos para gerar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano, ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade”. Nesses textos, há a reafirmação do compromisso de fazer o bem sem, contudo, desconsiderar que o paciente é possuidor de uma dignidade inata que tem na autonomia uma de suas formas de expressão. Isso fica bem claro no texto do artigo 48, em que está escrito que “É vedado ao médico – Exercer sua autoridade de maneira a limitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a sua pessoa ou seu bem-estar”.

A resolução CFM n. 1.805/2006, como se vê, está em acordo com estes princípios deontológicos médicos brasileiros, configurando um corolário desses ditames éticos nacionais.

b. Art. 2º O Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina são os órgãos supervisores da ética profissional em toda a República, ao mesmo tempo, julgadores e disciplinadores da classe médica, cabendo-lhes zelar e trabalhar por todos os meios ao seu alcance, pelo perfeito desempenho ético da medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exerçam legalmente.

c. O Simpósio sobre a Terminalidade da Vida teve parte de suas discussões apresentada na forma de artigos na revista *Bioética*. 2005;13(2).

d. Em 1986, foi convocada a Conferência Nacional para a elaboração do Código de Ética Médica na cidade do Rio de Janeiro. Participaram do evento representantes dos Conselhos de Medicina, das Associações Médicas, dos Sindicatos, da Academia Nacional de Medicina, das Escolas Médicas, entre outros.

e. Kant I. *Crítica da Razão Prática*. Trad Rodolf Schaefer. São Paulo: Martin Claret; 2006. p. 43. Kant destaca que a autonomia é o único princípio de todas as leis e dos deveres delas decorrentes.

f. Kant I. *Crítica da Razão Pura*. Trad Alex Marins. São Paulo: Martin Claret; 2005. p. 570-1. Kant diz que a lei moral objetiva a indicar-nos como devemos nos comportar, a fim de que possamos ser dignos da felicidade e que tem sua base na racionalidade e na liberdade de que o ser humano é possuído.

A Base Administrativa

O Conselho Federal de Medicina é uma autarquia federal criada em 1957, a partir da lei n. 3.267/57, com jurisdição sobre o território nacional, cabendo-lhe a autorização do exercício profissional mediante registro dos médicos brasileiros. Essa autarquia especial é uma forma de descentralização do poder do Estado, embora financiada e gerida integralmente pelos médicos regularmente inscritos no órgão, a semelhança de outras profissões^g.

A Base Constitucional do Direito à Ortotanásia

O Direito Constitucional Brasileiro, que tem como base a Carta Magna promulgada em 1988, diz em seu artigo 1º que:

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

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

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

.....

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

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

Esses são alguns dos princípios sobre os quais se assesta a sociedade brasileira.

Ao destacar a dignidade da pessoa como fundamento da República, significa que o Estado brasileiro se constrói a partir da pessoa humana e para servi-la^{5,h}.

O direito à liberdade, que se expressa na possibilidade do cidadão poder escolher o seu destino (autonomia), ressaltando o dever de não ferir direitos alheios, é outro instituto basilar em nossa Constituição Federal.

A resolução CFM n. 1.805/2006 é muito clara quando determina que a sua aplicação encontra-se na total dependência do paciente ou quando na sua impossibilidade de expressá-la, que a sua vontade seja substituída pela de seu representante legal.

Resta realizar com correção a exegese legal.

A exegese do Direito Constitucional

A interpretação das normas de uma Constituição não escapa, na prática, do roteiro habitual, necessária à exegese de qualquer lei ou código. Começa pela interpretação gramatical (sentido das palavras), passando pela teleológica (objetivo da norma) e culminando pela interpretação sistemática (integração deste no todo)^{6,7}.

A inviolabilidade da vida é a regra constitucional, embora não exista direito absoluto em tese, e principalmente nesse assunto, visto que a própria legislação brasileira considera excludente da antijuridicidade o aborto quando for para salvar a vida da mãe, quando a gravidez for oriunda de um estupro^{8,i} e quando dos crimes previstos no Direito Penal Militar^j.

Quanto à dignidade da pessoa humana não existem dúvidas em sua conceituação, interpretação e importância, mas no que se refere à inviolabilidade da vida muitos entendem ser este princípio bastante restrito, não permitindo flexibilização, exceto as expressas na Lei.

Sucedede que, embora seja um direito, a inviolabilidade da vida não é um dever. O indivíduo tem direito a um tratamento que lhe assegure a vida, mas não tem a obrigação (dever) de a ele se submeter.

Quando esse tratamento adquire um aspecto de sofrimento desumano; quando a obstinação terapêutica e o tratamento fútil^{9,k} já não representam ganho real e concreto ao indivíduo enfermo, estamos frente a uma degradação

g. Existem outras autarquias especiais com competência igual ao CFM, como o CONFEA (engenheiros e arquitetos), COREN (enfermagem) e OAB (advogados).

h. Bastos, Celso Ribeiro e Martins, Ives Gandra da S. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva; 1988. v. 1, p. 425 em que defendem a ideia de que o Estado brasileiro deve propiciar as condições para que as pessoas usufruam dessa dignidade.

i. Código Penal Brasileiro (Decreto - Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940). Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante. Aborto no caso de gravidez resultante de estupro; II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

j. A pena de morte, no direito Brasileiro, está prevista em tempo de guerra de acordo com os arts. 355, 356, 364, 365 e 387 do Código Penal Militar (CPM). A morte do condenado, de acordo com o art. 56 deste dispositivo legal, dar-se-á por fuzilamento. Antes da execução, a sentença deve ser comunicada ao Presidente da República, para que ele possa utilizar-se ou não da chamada *Clementia Principis*, espécie de graça concedida ao condenado no sentido de comutar a pena (CF/88, art. 84, XII). Em regra, só depois de sete dias dessa comunicação, a execução poderá ser efetuada.

k. Genival Veloso França diz em seus Comentários ao Código de Ética Médica, Rio de Janeiro: Guanabara-Koogan; 2000, p. 91 que "... Hoje se tem como justificativa considerar um tratamento fútil aquele que não tem o objetivo imediato, que é inútil ou ineficaz, que não é capaz de oferecer uma qualidade de vida mínima e que não permite uma possibilidade de sobrevida".

dação da dignidade da pessoa humana, como prescreve e proíbe o artigo 5º, inciso III da Carta Magna de 1988.

Em situação dessa magnitude, não há o que falar em ato antijurídico, pois o que a lei protege é a vida e, nesse caso, a vida está se esvaindo independentemente dos esforços médicos que possam vir a ser despendidos.

A Ortotanásia e o Direito Penal Brasileiro

Não existe, no Direito Penal Brasileiro vigente, até o presente momento, um tipo específico para a ortotanásia ou mesmo para a eutanásia.

O Código Penal Brasileiro não faz referência à eutanásia. Conforme a conduta do agente, esta pode se encaixar na previsão do homicídio, do auxílio ao suicídio, ou pode, ainda, ser atípica. Apesar dessa falta de uma conduta típica, no Brasil considera-se a eutanásia um crime. É colocada dentro da previsão do art. 121, homicídio. Se cometida por motivo de piedade ou compaixão para com o doente, aplica-se a causa de diminuição de pena do parágrafo 1º do artigo 121, que prevê:

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

Como não se trata de crime de mão própria^m, quando o médico dele participa, a sua conduta se subsume ao referido tipo legal emprestado.

O entendimento penal formal da doutrina^{10,11,n,o} é no sentido de considerar a ortotanásia uma espécie da eutanásia: a eutanásia passiva, em que o que caracteriza o delito é a ação omissiva do agente.

No atual Código Penal Brasileiro, o pedido da vítima não afasta a ilicitude, sendo o consentimento, no texto, irrelevante para a caracterização do que se chama de eutanásia. Esse detalhe, na verdade, é um dos mais difíceis, na prática, com o qual lidar: como valorar o consentimento?

Essa linha de raciocínio tem sido a conduta histórica do Direito Penal Brasileiro, posto que seguindo a linha do Código Criminal do Império (1830), o Código Penal Republicano, mandado executar pelo Dec. 847, de

11.10.1890, não contemplou qualquer disposição relacionada ao *homicídio caritativo*, e destacou em seu art. 26: “Não dirimem nem excluem a intenção criminosa, o consentimento do ofendido, menos nos casos em que a lei só a ele permite a ação criminal”. Por sua vez, a Consolidação das Leis Penais^p, Código Penal Brasileiro completado com as leis modificadoras então em vigor, obra de Vicente Piragibe, aprovada e adaptada pelo Dec. 22.213, de 14.12.1932, em nada modificou o tratamento legal anteriormente dispensado ao tema, conforme seu Título X, que tratou “Dos crimes contra a segurança da pessoa e vida” (arts. 294/314). Também não estabeleceu atenuante genérica relacionada ao assunto, conforme se infere da leitura de seu art. 42, ou outro *benefício* qualquer.

O Projeto Sá Pereira, no art. 130, n. IV, incluía entre as atenuantes genéricas a circunstância de haver o delinquente cedido “à piedade, provocada por situação irremediável de sofrimento em que estivesse a vítima, e às súplicas”, e, no art. 189, dispunha que “àquele que matou alguém nas condições precisas do art. 130, n. IV, descontar-se-á por metade a pena de prisão em que incorrer, podendo o Juiz convertê-la em detenção”. No Projeto da Subcomissão Legislativa (Sá Pereira, Evaristo de Moraes, Bulhões Pedreira), já não se contemplava expressamente o homicídio compassivo como *delictum exceptum*, mantendo-se, entretanto, a atenuante genérica que figurava no inc. IV do art. 130 do Projeto anterior. Também o atual Código (Dec.-Lei 2.848/40) não cuida explicitamente do crime por piedade.

As alterações introduzidas pelas Leis 6.416/77 e 7.209/84 não trataram do assunto em questão.

Mudanças, porém, existem à vista já que o Anteprojeto de Código Penal em estudo pela Comissão encarregada de introduzir mudanças na Parte Especial do Código em vigor, ao tratar do homicídio no art. 121, dispõe no § 3.º:

Se o autor do crime é cônjuge, companheiro, ascendente, descendente, irmão ou pessoa ligada por estreitos laços de afeição à vítima, e agiu por compaixão, a pedido desta, imputável e maior de dezoito anos, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável, em razão de doença grave e em estado terminal, devidamente diagnosticados: Pena – reclusão, de dois a cinco anos”.

l. A Exposição de Motivos do Código de 1940 define o que se entende por relevante valor social ou moral: “o motivo que, em si mesmo, é aprovado pela moral prática como, por exemplo, a compaixão ante irremediável sofrimento da vítima”.

m. Crime de mão própria é aquele cuja autoria é específica de um determinado agente.

n. Diniz M H. O estado atual do Biodireito. São Paulo: Saraiva; 2001. p. 303-4. A autora diz ser inadmissível não se aceitar a acusação de homicídio com base numa pretensa obediência ao preceito constitucional da autonomia.

o. Guastini Vicente CR. Título I – Do Crime contra a pessoa in Código Penal e sua interpretação jurisprudencial. Revista dos Tribunais, São Paulo. 1995; 1418-9.

p. O Desembargador Vicente Piragibe fez uma consolidação de toda a legislação penal existente à época, sem, contudo, acrescentar nenhuma norma nova ao texto final.

Já no § 4.º estabelece: “Não constitui crime deixar de manter a vida de alguém por meio artificial, se previamente atestada por dois médicos a morte como iminente e inevitável, e desde que haja consentimento do paciente ou, em sua impossibilidade, de cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão”.

Regula, assim, a eutanásia e a ortotanásia, respectivamente, abrandando a primeira e deixando explícito no texto da Lei a inexistência de ato antijurídico quando da realização da ortotanásia.

Uma visão formal e deificada da Medicina (ou dos operadores do Direito) na interpretação do Código Penal Brasileiro

Hoje já não é mais permitido morrer, pelo menos sem a autorização do Ministério Público ou o Judiciário^q. A morte é entendida como fracasso e não mais como uma etapa natural da vida. Para este tipo de entendimento, a Medicina tem o dever de evitá-la sempre.

Esta deificação da ciência médica tem consequências também no campo penal: considera-se, em uma interpretação deturpada do art. 13, §2º, a, do Código Penal, que o médico assume a função de garantidor da não ocorrência do resultado morte! Isso significa que, se o médico deixar de utilizar tratamentos que nada podem fazer pelo doente em estágio terminal, mas apenas aliviar seu sofrimento (a chamada ortotanásia), pode responder por homicídio doloso na modalidade omissiva imprópria. O crime ocorreria mesmo que o paciente, em posse de todas as suas faculdades mentais, autorizasse a interrupção do tratamento. Chega-se a especular a respeito da incidência da qualificadora de utilização de meio que dificulte ou torne impossível a defesa da vítima! Na melhor das hipóteses, o médico poderia ser processado por omissão de socorro (CP, art. 135).

Desse equívocado entendimento, nasce a obstinação terapêutica (também chamada de distanásia), em que a cura se demonstra impossível e os procedimentos médi-

cos trazem mais sofrimento do que alívio para o paciente terminal. Simplesmente não se aceita que a Medicina tem seus limites, sendo a morte o mais definitivo deles.

CONCLUSÃO

Como se pode depreender dessas breves palavras, o Direito Brasileiro trata de maneira muito precária a ortotanásia, inexistindo uma legislação expressa sob o tema, cuja carência deste 1984 vem sendo detectada pelos legisladores pátrios sem, contudo, alcançarem uma solução mais adequada para o problema. A Resolução CFM n. 1.805/2006 vem se juntar à Lei Paulista n. 10.241/1999^{12,r}, criada pelo então Governador Mário Covas^s na busca da construção de um novo paradigma jurídico, tendo por base o respeito à dignidade da pessoa humana.

Compartilha-se do entendimento de que a Constituição Federal pelo seu caráter normativo primordial deve prevalecer sobre as normas infraconstitucionais, devendo estas aos princípios daquela se submeterem e se acomodarem¹³. Dessa forma, se por via de interpretação pode chegar-se a vários sentidos para a mesma norma, é muito compreensível que se venha a adotar como válida a interpretação que compatibilize a norma com a Constituição^{14,t}.

No caso específico da ortotanásia, devem prevalecer os princípios constitucionais do respeito à dignidade da pessoa humana, à liberdade e à autonomia.

A ortotanásia, vista no formalismo penal, configura um crime impossível, já que não há crime contra a vida quando a vida se extingue por si própria. O encerramento natural do ciclo vital é um fato biológico comum a todos e fora do campo de influência e desejo da justiça. Pode, talvez, ficar apenas como campo do imaginário artístico como vislumbrou Saramago ao criar um mundo de “morte sob efeito suspensivo”, onde a vida eterna nada mais é que um sofrer infinito^{15,u}.

q. O Procurador da Justiça Federal, Wellington Marques de Oliveira, disse em sua petição inicial sobre o direito de morrer que “Devem ser analisados todos os casos, mas caso a caso, de forma que, mesmo de *lege ferenda*, determinar se uma conduta médica ou dos representantes legais do paciente terminal, consciente ou não, capaz ou não, DEVE OBRIGATORIAMENTE passar pelo crivo dos entes legitimados constitucionalmente para dar a última palavra sobre o fim de uma vida: O Ministério Público e o Judiciário.”
r. Lei Estadual/SP n. 10.241/1999

Art. 2º São direitos dos usuários dos serviços de saúde no Estado de São Paulo:

XXIII - recusar tratamentos dolorosos ou extraordinários para tentar prolongar a vida; e XXIV - optar pelo local de morte.

s. Mário Covas, governador do Estado à época, afirmou que sancionava a lei como político e como paciente, já que seu câncer já havia sido diagnosticado. Dois anos depois, estando em fase terminal, se utilizou dela, ao recusar o prolongamento artificial da vida.

t. Bastos Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva; 1992. v. 1, p. 101-2. Bastos leciona que as normas devem se adequar aos princípios constitucionais.

u. Saramago J. As intermitências da morte. São Paulo: Companhia das Letras; 2005. “*No dia seguinte ninguém morreu*”. Assim o autor começa o seu romance retratando um país onde as pessoas deixaram de morrer. Ele discute a partir deste fato os desencontros da natureza humana, em seus vários aspectos, numa situação em que o paradigma da finitude humana deixa de existir.

POST SCRIPTUM

Na vida, para os que creem, sempre há espaço para a esperança. Recentemente, a Justiça Brasileira, em primeira instância, decidiu por considerar improcedente a ação civil pública motivo de análise neste trabalho. Essa decisão nasceu do convencimento da nova representação do Ministério Público Federal e do Juiz do feito que adotaram integralmente as teses antes esposadas, considerando a Res. CFM 1.802/2002 isenta de ilegitimidade^{16,v}.

Isso efetivamente é uma vitória do bom senso e do bem comum, mas com certeza insuficiente. Como sabe-

mos, no Direito Brasileiro, prevalece predominantemente o Direito Positivo, ou seja, aquilo que está escrito nas Leis. Dessa forma, essa decisão não impedirá que, no futuro, outra decisão em sentido contrário não possa vir a ser adotada, pois, em nosso Direito, a jurisprudência (precedente julgados) não possui um caráter obrigatório a se sobrepor ao livre convencimento do juízo, exceto nas questões sumuladas de modo vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, o que o caso não alcançou. Assim, devemos concentrar esforços no Projeto de Lei do Senado 116/2000 de autoria do Senador Gerson Camata, que uma vez sancionado trará a tranquilidade social desejada ao problema.

v. A íntegra desta decisão pode ser consultada na Rev Bioethikos. 2010;4(4):476-86.

REFERÊNCIAS

1. Martin L. Eutanásia e Distanásia. In: Ibiapina SF, Garrafa V, Oselka G, editores. Introdução à bioética. Brasília: Conselho Federal de Medicina; 1998. p. 171-92.
2. Brasil. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM n. 1.246/88. Diário Oficial da União de 26/01/88. Brasília: CFM; 1988.
3. Kant I. Crítica da Razão Prática. Trad Rodolf Schaefer. São Paulo: Martin Claret; 2006. p. 43.
4. Kant I. Crítica da Razão Pura. Trad Alex Marins. São Paulo: Martin Claret; 2005. p. 570-1.
5. Bastos CR, Martins IGS. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva; 1988. 425 p. v. 1.
6. Maximiliano C. Hermenêutica e aplicação do Direito. Rio de Janeiro: Forense; 1993. 130 p.
7. Ferreira Filho MG. Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição Brasileira de 1988. São Paulo: Saraiva; 1990. 11 p.
8. Brasil. Código Penal Brasileiro. Decreto-Lei n. 2848, de 7 de dezembro de 1940.
9. França GV. Comentários ao Código de Ética Médica. Rio de Janeiro: Guanabara-Koogan; 2000. 91 p.
10. Diniz MH. O estado atual do Biodireito. São Paulo: Saraiva; 2001. 304 p.
11. Guastini VCR. Título I – Do Crime contra a pessoa. In: Código Penal e sua interpretação jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais; 1995. p. 1418-9.
12. São Paulo (Estado). Lei Estadual, SP n. 10.241/1999. São Paulo; 1999.
13. Silva JA. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Revista dos Tribunais; 1990.
14. Bastos CR. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva; 1992. v. 1, 102 p.
16. Saramago J. As intermitências da morte. São Paulo: Companhia das Letras; 2005.
17. Conselho Federal de Medicina. Ortotanásia na justiça brasileira. Rev Bioethikos. 2010;4(4):476-86.

Recebido em: 4 de janeiro de 2011.
Aprovado em: 25 de janeiro de 2011.