

Dignidade da pessoa humana, cuidados paliativos e ortotanásia: a visão de um juiz*

Damião Alexandre Tavares Oliveira**

Sumário - 1 Introdução. 2 Algumas posições jurídico-constitucionais sobre o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida digna. 3 Eutanásia, distanásia, mistanásia, ortotanásia e cuidados paliativos. 4 Envelhecimento da população. 5 Tratamento da Ortotanásia pela legislação e jurisprudência brasileira. 6 A visão de um juiz acerca da temática. 7 Considerações finais. 8 Referências

1 Introdução

O presente trabalho versa sobre a aplicação dos institutos da ortotanásia e dos cuidados paliativos em pacientes terminais irreversíveis no Brasil. Aborda situações importantes sobre o fim da vida humana e o modo como deve ser tratada.

Em seu decurso aponta posições da doutrina constitucionalista sobre o princípio da dignidade da pessoa humana e da vida (morte) digna; estabelece conceitos e distinções entre a ortotanásia e os cuidados paliativos diante de alguns institutos afins, tais como a distanásia e a mistanásia; discorre sobre o envelhecimento da população e suas implicações com a temática; demonstra o tratamento (e lacunas) que vem sendo dado ao tema pela legislação, doutrina e jurisprudência.

Nessa esteira, a pesquisa expõe o olhar de um juiz acerca do problema, que é multidisciplinar, de acordo com o levantamento feito, e oferta algumas proposições práticas a serem adotadas como norte inicial para magistrados, juristas e a sociedade. Ao final, seguem considerações finais, objetivando ampla reflexão.

2 Algumas posições jurídico-constitucionais sobre o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida (morte) digna

Considerando o tratamento dispensado a pacientes terminais irreversíveis, efetivou-se levantamento na doutrina constitucional brasileira acerca da temática, sob o vértice do princípio da dignidade da pessoa humana e seus reflexos no direito à vida, ambos com previsão constitucional respectivamente nos arts. 1º, III, e 5º, *caput*, da CR/88.

Nesse passo, o papel desempenhado pelo princípio objetiva a proteção do ser humano diante do Estado e dos outros indivíduos. A propósito, esse é o pensamento

de Vieira (2009, p. 49), ao ensinar que constitui o valor máximo do Direito, que unifica todos os demais, “especialmente os direitos fundamentais”.

Contudo, Vieira (2009, p. 56-62) alerta sobre o desvirtuamento do princípio ao concluir que é imprescindível ter em mente que esse “jamais admite transigência acerca de um juízo que está em sua base, qual seja que toda e qualquer pessoa humana é digna” e pensar diferente é contribuir para “a mercantilização, coisificação e desvalorização do homem” (Vieira, 2009, p. 62).

Nessa linha, Lenza (2010, p. 751) sustenta que, dentro da ideia de vida digna, “a eutanásia ganha destaque, pois o direito à vida quer significar, também, o direito de viver com dignidade”. E prossegue nestes termos:

A eutanásia passiva vem adquirindo vários defensores (o desligamento das máquinas de doentes em estágio terminal, sem diagnóstico de recuperação), assim como o suicídio assistido. Alguns falam que a eutanásia ativa (o Estado - médico - provocando a morte seria homicídio). O tema está lançado e precisa ser melhor desenvolvido pela sociedade, inclusive em audiências públicas. A ideia de bom-senso, prudência e razoabilidade deve ser considerada (LENZA, 2010, p. 751).

Sobre a dignidade da pessoa humana, Mendes; Coelho; Branco (2010, p. 214-219) analisam o princípio sob o prisma da concepção metafísica do ser humano considerando-o como “valor pré-constituente e de hierarquia supraconstitucional em que se fundamenta a República Federativa do Brasil”. Prosseguem apontando as dificuldades de sua concretização “seja por questões de ordem cultural [...] seja pela carência de recursos” e, no Brasil, relatam igualmente o esforço para a sua concretização “tanto no plano legislativo quanto no jurisprudencial e doutrinário”. Todavia, no campo jurisprudencial, apesar de exporem inúmeras decisões concretizadoras da dignidade, nenhuma se refere à ortotanásia (2010, p. 219).

Na mesma obra, ao tratar do direito à vida, esses autores se reportam mais diretamente à eutanásia, manifestando opinião contrária. Contudo, sinalizam no sentido de concordância com a ortotanásia (apesar de não utilizarem essa nomenclatura) quando aduzem que “ante a irreversibilidade de um estado terminal não configurará eutanásia a suspensão de tratamentos extraordinários aplicados ao paciente” (2010, p. 447).

Segundo Vargas (2010, p. 160), “definir dignidade da pessoa humana é missão quase impossível”. Nem religião, nem filosofia nem a ciência conseguiram uma definição precisa, continua o doutrinador. Contudo, afirma que a dignidade resulta de duas ideias essenciais, quais sejam: “a ideia de que a pessoa se distingue das coisas e deve ser considerada um fim em si e não um meio para

* Trabalho de Conclusão (com adaptações) elaborado de acordo com as normas da ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas), apresentado no Curso de Especialização em Direito Constitucional - Universidade Anhanguera -Uniderp, Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes -, sob orientação da professora Marcela Maria Gomes Giorgi. Defendido oralmente em junho de 2012.

** Juiz de Direito na 1ª Vara Cível da Comarca de Ponte Nova/MG. Mestrando em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito de Lisboa, Portugal, em convênio com a Esmape – Brasil. Ano 2011/2013.

a consecução de determinado resultado. De outro, só a pessoa tem livre arbítrio, autonomia e capacidade de dirigir-se” (2010, p. 161).

Todavia, quando Vargas (2010, p. 293-294) cuida do direito à vida o faz sem referência às expressões ortotanásia e cuidados paliativos.

Apesar disso, é de se ressaltar o quanto é acertada a ideia de que ‘nunca’, frise-se, ‘em hipótese alguma’, deve haver a coisificação do ser humano, pena de retrocesso inestimável para o direito, o Estado, a ética e a moral, retrocesso esse que pode nos conduzir aos tempos do nazismo e do stalinismo.

Moraes (2011, p. 61-62) considera a dignidade da pessoa humana como “um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida”. Porém, ao lecionar sobre o direito à vida, se posiciona contrariamente à eutanásia e ao suicídio, considerando ambos como crimes. Aduz que o Estado “não coloca a vida como direito disponível, nem a morte como direito subjetivo do indivíduo”. Indo adiante, se manifesta contrariamente à ortotanásia, a despeito de certa confusão terminológica com a eutanásia, nos seguintes termos:

O ordenamento jurídico-constitucional não autoriza, portanto, nenhuma das espécies de eutanásia, quais sejam a ativa ou passiva (ortotanásia). Enquanto a primeira configura o direito subjetivo de exigir de terceiros, inclusive do próprio Estado, a provocação de morte, para atenuar sofrimentos (morte doce ou homicídio por piedade), a segunda é o direito de opor-se ao prolongamento artificial da própria vida, por meio de artifícios médicos, seja em caso de doenças incuráveis e terríveis, seja em caso de acidentes gravíssimos (o chamado direito à morte digna) (MORAES, 2011, p. 62).

Assim, o que se constata é a existência de confusão no emprego da terminologia ortotanásia (mesmo entre juristas) e as palavras eutanásia (mais difundida e com inúmeras classificações), distanásia e mistanásia. Enfim, o próprio termo é polissêmico e, na linguagem coloquial, então, contribui mais ainda para a percepção equivocada de seu real significado, não raro permeado de *tabus*, por conduzirem todos, em várias situações, ao entendimento de que se trata de ‘eutanásia ou eugenia’.

Além disso, está clara a inexistência de consenso e sequer há referências significativas ao termo ortotanásia. Algumas obras, de passagem, no máximo fazem alusão ao direito a uma ‘morte digna’. Sobre cuidados paliativos quase nenhuma observação e poucas referências no meio jurídico são encontradas. A questão por enquanto está mais difundida na seara médica.

Com efeito, importante esclarecer essas terminologias utilizadas com maior frequência, para evitar equívocos interpretativos em situações concretas.

3 Eutanásia, Distanásia, Mistanásia, Ortotanásia e Cuidados Paliativos

De acordo com Pessini (2004, p. 201) o debate sobre a defesa da dignidade da vida humana em sua fase

terminal é acentuado devido à “confusão terminológica que, às vezes, não deixa claro aquilo que se condena e aquilo que se aprova”. Propõe, então, o aprofundamento e a distinção de alguns conceitos fundamentais no Capítulo VIII de sua obra *Eutanásia: por que abreviar a vida?* (2004, p. 198-225).

Nessa esteira, sugere Pessini (2004, p. 205) que a utilização do termo eutanásia (boa morte) “seja reservado apenas para o ato médico que, por compaixão, abrevia diretamente a vida do paciente com a intenção de eliminar a dor”, em contrapartida a outros procedimentos que devem ser identificados com expressões de “assassinato por misericórdia, mistanásia, distanásia ou ortotanásia conforme seus resultados, a intencionalidade, sua natureza e as circunstâncias” (2004, p. 205).

Propõe, ademais, a fim de evitar ambiguidades, que surtem em relação à natureza da eutanásia que se reserve a palavra “exclusivamente para denotar atos médicos que, motivados por compaixão, provocam precoce e diretamente a morte a fim de eliminar a dor” (PESSINI, 2004, p. 206).

Noutro viés:

[...] eutanásia significa ‘morte serena, sem sofrimento’, mas hoje o termo é usado para referir-se à morte daqueles que estão com doenças incuráveis e sofrem de angústia e dores insuportáveis; é uma ação praticada em seu benefício e tem por finalidade poupar-lhes a continuidade da dor e do sofrimento (SINGER, 2009, p. 185-186).

Mistanásia ou eutanásia social, para Pessini (2004, p. 210), seria a “morte miserável fora e antes do seu tempo”, que englobaria três situações:

Primeiro, a grande massa de doentes e deficientes que, por motivos políticos, sociais e econômicos, não chega a ser paciente, que não consegue ingressar efetivamente no sistema de atendimento médico; segundo, os doentes que conseguem ser pacientes para, em seguida, se tornar vítimas de erro médico; e, terceiro, os pacientes que acabam sendo vítimas de má prática por motivos econômicos, científicos ou sociopolíticos. A mistanásia é uma categoria que nos permite levar a sério o fenômeno da maldade humana (PESSINI, 2004, p. 210).

Etimologicamente, de acordo com Cabette (2009, p. 31), mistanásia tem o significado de “morrer como um rato”. E explica que o instituto:

[...] traduz o abandono social, econômico, sanitário, higiênico, educacional, de saúde e segurança a que se encontram submetidas grandes parcelas das populações do mundo, simplesmente morrendo pelo descaso e desrespeito dos mais comezinhos Direitos Humanos (CABETTE, 2009, p. 31).

Outro instituto correlato, a distanásia é a obstinação terapêutica e distingue-se da eutanásia porque

Enquanto a eutanásia se preocupa prioritariamente com a qualidade da vida humana em sua fase final, eliminando o sofrimento, a distanásia se dedica a prolongar o máximo a

quantidade de vida humana, combatendo a morte como o grande e último inimigo. [...].

A distanásia erra do outro lado, não conseguindo discernir quando intervenções terapêuticas são inúteis e quando se deve deixar a pessoa abraçar em paz a morte como desfecho natural da sua vida. [...]

○ importante é prolongar ao máximo a duração da vida humana; a qualidade dessa vida, um conceito de difícil medição para a ciência e a tecnologia, cai para o segundo plano (PESSINI, 2004, p. 218, 220-221).

Para Vieira (2009, p. 233), a distanásia também atenta contra a dignidade, devendo ser evitada, a não ser que o paciente manifeste sua vontade livremente, “pedindo que sejam aplicados todos os meios terapêuticos disponíveis para prolongar sua vida o máximo possível, ainda que se trate de existência antinatural, totalmente mantida de forma mecânica”.

Ou seja, distanásia segundo Cabette (2009, p. 26) é conceituada como sendo:

[...] o ato de prostrar o processo de falecimento iminente em que se encontra o paciente terminal, vez que implica um tratamento inútil. Trata-se, aqui da atitude médica que, visando o salvar a vida do moribundo, submete-o a grande sofrimento. Não se prolonga, destarte, a vida propriamente dita, mas o processo de morrer. A distanásia está, portanto, ligada às chamadas ‘obstinação terapêutica’ e ‘futilidade médica’.

Em suma, conforme extraído do artigo *Quando a morte é um ato de cuidado*, DINIZ (2007, p. 295), na obra *Nos limites da vida*, coordenada por Daniel Sarmento e Flávia Piovesan, a distanásia ou obstinação terapêutica provoca “uma morte lenta e com intenso sofrimento”, pois o “avanço tecnológico tornou possível manter uma pessoa muito doente ou em estágio terminal indefinidamente viva, porém ligada a aparelhos de sustentação artificial de vida, como a ventilação mecânica”. Entretanto, conclui que essas medidas terapêuticas “impõem sofrimento e dor à pessoa doente, pois as ações médicas não são capazes de modificar o quadro mórbido”.

Além dessas terminologias e como foco principal deste trabalho, Pessini (2004, p. 225) desenvolve o conceito de ortotanásia como sendo “a arte de bem morrer, que rejeita toda forma de mistanásia sem cair nas ciladas da eutanásia nem da distanásia”, e prossegue dizendo que “no fundo, a ortotanásia é para o doente morrer saudavelmente, cercado de amor e carinho, amando e sendo amado enquanto se prepara para o mergulho final no amor que não tem medida e que não tem fim” (2004, p. 226).

Com efeito, etimologicamente ortotanásia:

[...] advém do grego *orthós* (normal, correta) e *thánatos* (morte), designando, portanto, a ‘morte natural ou correta’. Assim sendo, ‘a ortotanásia consiste na morte a seu tempo’, sem abreviação do período vital (eutanásia) nem prolongamentos irracionais do processo de morrer (distanásia). É a ‘morte correta’, mediante a abstenção, supressão ou limitação de todo tratamento inútil, extraordinário e desproporcional, ante a iminência da morte do paciente, morte esta a

que não se busca (pois o que se pretende aqui é humanizar o processo de morrer, sem prolongá-lo abusivamente), nem se provoca (já que resultará da própria enfermidade da qual o sujeito padece)’ (CABETTE, 2009, p. 24-25).

Nessa senda, pode-se estabelecer de forma clara as distinções básicas entre eutanásia, distanásia e ortotanásia, nos seguintes termos:

A eutanásia, conduta que, ativa ou passivamente, de forma intencional, abrevia a vida de um paciente, com o objetivo de pôr fim ao seu sofrimento, deve ser bem diferenciada da distanásia, prática que, negando a finitude do ser humano, prolonga a existência através da utilização de meios desproporcionados e extraordinários, quando, naturalmente, a vida já chegou ao seu fim, apenas restando os sinais vitais mantidos por aparelhos, e da ortotanásia, postura que se opõe às duas anteriores, visando a garantir a dignidade do processo de morrer, sem abreviações intencionais nem prolongamentos desnecessários da vida, propiciando ao paciente alívio da dor, conforto, atenção e amor, para que possa recuperar o sentido da vida e da morte (MEIRA, 2009, p. 295).

A criação da denominação ortotanásia, atribuída ao professor Jacques Roskam, da Universidade de Liege, na Bélgica, foi efetivada, segundo Santoro (2010, p. 132), no Primeiro Congresso Internacional de Gerontologia, em 1950, com a finalidade de opor-se tanto à eutanásia quanto à distanásia, ou seja, “sem desistir antes do tempo, mas também sem submeter a pessoa a um encarniçamento terapêutico” (2010, p. 132). Santoro (2010, p. 132) afirma, ainda, que é nesse contexto de respeito à dignidade da pessoa humana que se “impõe ao médico o dever de ministrar os cuidados paliativos, propiciando ao paciente que venha a falecer de forma tranqüila, com o máximo de bem-estar global sem, no entanto, interferir no processo mortal”.

Indo adiante, Santoro (2010, p. 132) cita, inclusive, o art. 41 do Capítulo V, do Código de Ética Médica, que em seu entendimento respeita a dignidade da pessoa humana. O doutrinador entende indispensável estabelecer os requisitos para a realização da ortotanásia, quais sejam “o início do processo mortal e a ausência de qualquer possibilidade de salvar o paciente”, porque, se houver a mínima chance de salvá-lo, embora remota, “o médico deve continuar no tratamento, que, em hipótese alguma, poderá ser considerado inútil” (2010, p. 133).

Santoro (2010, p. 134) sustenta também que o médico deve estabelecer com precisão o momento exato em que a cura não é mais possível e, a partir daí, preservar apenas a função cuidadora, interrompendo qualquer atividade heróica. Aduz que até mesmo a Igreja Católica defende “a supressão de cuidados de reanimação em pacientes que estejam em morte iminente e inevitável” (2010, p. 135), o que teria ficado consignado na Declaração Sobre a Eutanásia da Sagrada Congregação Para a Doutrina da Fé, aprovada pelo Papa João Paulo II, em 05.05.1980, onde se entende “ser lícito contentar-se com os meios normais de que a ciência médica dispõe

naquele momento e renunciar a tratamentos que levariam a um prolongamento doloroso da vida” (2010, p. 135).

Continua Santoro (2010, p. 136-137) que tanto a Declaração da Associação Médica Mundial sobre a eutanásia, realizada em Madrid, Espanha, em 1987, quanto o Conselho Federal de Medicina, em sua resolução 1.805, de 21.11.2006, se posicionam favoravelmente à ortotanásia.

Nessa linha, Santoro (2010, p. 162) estabelece com precisão alguns requisitos indispensáveis para que haja uma situação ortotanásica:

a) vida do paciente deve estar em perigo, sendo a morte iminente e inevitável [...]; b) existência do consentimento, do paciente ou de seus familiares, na supressão ou interrupção do tratamento e na sua conversão em cuidados paliativos, propiciando um completo estado de bem-estar, e, finalmente; c) atuação do médico e demais profissionais da saúde sempre visando o bem do paciente, razão pela qual não poderá deixar de ampará-lo, prestando-lhe os cuidados paliativos. Portanto, é no desdobramento da ortotanásia que surge o conceito de cuidados paliativos acolhido pela Organização Mundial de Saúde e entendido como sendo: [...] a abordagem que melhora a qualidade de vida dos pacientes e suas famílias que enfrentam problemas associados com doenças ameaçadoras de vida, através da prevenção e do alívio do sofrimento, com meios de identificação precoce, avaliação correta, tratamento da dor, e outros problemas de ordem física, psicossocial e espiritual.

Tal conceito foi desenvolvido em Londres, em 1967, por meio da criação do *hospice* ou hospital-lar para Pessini, citado por Vieira (2009, p. 273-274), e no contexto da ortotanásia seria a mudança do paradigma relativo à saúde ‘do curar para cuidar’, em casos extremos. Ainda segundo Vieira (2009, p. 274), no Brasil, “a preocupação com o desenvolvimento e aplicação dos cuidados paliativos e com a formação de pessoal especializado para utilizá-lo é crescente, tendo-se fundado, em 1997, a Associação Brasileira de Cuidados Paliativos”.

Calha frisar que em Portugal existe organização similar, qual seja a APCP (Associação Portuguesa de Cuidados Paliativos), fundada na Unidade do IPO do Porto, em 1995¹.

Acerca desse instituto, a *Revista Psique Ciência e Vida*, ano V, nº 59, novembro/2010, contém um dossiê à respeito do trabalho do psicólogo nos hospitais em quatro artigos que tratam desde o cuidado com o paciente até o respeito pelos profissionais da Saúde (2010, p. 1-16). Dentre eles consta um texto específico sobre cuidados paliativos, objetivando mostrar como essa filosofia vem ocupando espaço nos últimos anos e relatando “a história e importância da intervenção do grupo de paliativos, com sua característica tão multiprofissional” (2010, p. 3).

Importante frisar que todos os artigos foram escritos por profissionais que atendem no Hospital Sírio Libanês em SP.

Desses artigos, destaca-se *Equipe Multidisciplinar em cuidados Paliativos* (2010, p. 8-11). Retrata especialmente aqueles pacientes com câncer terminal submetidos a abordagens agressivas de tratamento curativo “mesmo quando este se torna ineficaz”, a definição dos cuidados paliativos pela Organização Mundial de Saúde em 2002, a prática profissional que segundo a ANCP (Academia Nacional de Cuidados Paliativos) deve reunir as habilidades de uma equipe multiprofissional por um médico, um enfermeiro, um psicólogo e uma assistente social, capacitados. Entretanto, urge descrever os princípios dos cuidados paliativos enumerados no artigo:

1. Respeitar a dignidade e autonomia dos pacientes; 2. Honrar o direito do paciente de escolher entre os tratamentos, incluindo aqueles que podem ou não prolongar a vida; 3. Comunicar-se de maneira clara e cuidadosa com os pacientes, suas famílias e seus cuidadores; 4. Identificar os principais objetivos dos cuidados de saúde a partir do ponto de vista do paciente; 5. Prover o controle impecável da dor e de outros sintomas de sofrimento físico; 6. Reconhecer, avaliar, discutir e oferecer acesso a serviços para o atendimento psicológico, social e questões espirituais; 7. Proporcionar o acesso ao apoio terapêutico, abrangendo o espectro de vida através de tratamentos de final de vida que proporcionem melhora na qualidade de vida percebida pelo paciente, por sua família e seus cuidadores; 8. Organizar os cuidados de modo a promover a sua continuidade ao paciente e sua família, sejam eles realizados no hospital, no consultório, em casa ou em outra instituição de saúde; 9. Manter uma atitude de suporte educacional a todos os envolvidos nos cuidados diretos com o paciente (2010, p. 10).

4 Envelhecimento da população

É notório e os meios de comunicação diariamente noticiam que a população mundial e brasileira está envelhecendo mais e com melhor qualidade de vida diante de diversos fatores tais como a evolução da ciência médica. Basta contemplar em nossas cidades as pessoas para que se dê conta do aumento de idosos. Esse é um fator empírico, decorrente da experiência e que vem sendo demonstrado, também, por meio de pesquisas científicas, incluindo no Brasil.

Os números demonstram que, segundo projeção do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), a população brasileira envelhece em ritmo acelerado e que:

Em 2008, enquanto as crianças de 0 a 14 anos correspondem a 26,47% da população total, contingente com 65 anos ou mais representa 6,53%. Em 2050, a situação muda e o primeiro grupo representará 13,15% ao passo que a população idosa ultrapassará os 22,71% da população total [...].

¹ Cfr. a história, estatutos, direção, filiação, núcleos regionais, parceiros e equipes de cuidados paliativos existentes naquele país, cursos e diversas outras informações por meio do site oficial da instituição, qual seja <http://www.apcp.com.pt/>. Acesso em 25 de junho de 2012.

O índice de envelhecimento aponta para mudanças na estrutura etária da população brasileira. Em 2008, para cada grupo de 100 crianças de 0 a 14 anos existem 24,7 idosos de 65 anos ou mais. Em 2050, o quadro muda e para cada 100 crianças de 0 a 14 anos existirão 172,7 idosos.

Sobre a importância do envelhecimento para o favorecimento do ambiente de debate do tema, confira-se o trecho extraído do artigo *Quando a morte é um ato de cuidado*, extraído da obra coordenada por Daniel Sarmiento e Flávia Piovesan:

O crescente envelhecimento populacional associado ao rápido avanço das tecnologias biomédicas favorece a ampliação do horizonte de debates sobre o direito de morrer, a eutanásia e a obstinação terapêutica. Certamente, este será um fenômeno que exigirá rápida revisão dos currículos das carreiras de saúde, e a bioética pode ser um instrumento analítico importante para esta redefinição dos papéis na relação entre os profissionais de saúde e os pacientes. O tema do direito de deliberar sobre a própria morte extrapolou as fronteiras acadêmicas do Direito, da Medicina e da Bioética e ganhou o espaço da ficção, do cinema e do debate cotidiano. Ao contrário de outros temas bioéticos, a ressignificação da eutanásia como uma expressão da cultura dos direitos humanos, ou seja, como um tema relativo a princípios éticos como a autonomia ou a dignidade, é um movimento crescente no Brasil (DINIZ, 2007, p. 297).

Contudo, conforme adverte Vieira (2009, p. 93-95) essa situação traz insito um problema, se tornando uma “questão da maior importância, que tem íntima relação com a eutanásia” (e logicamente com seus institutos correlatos), mesmo porque o envelhecimento da população é:

[...] situação recente e inédita, na história da humanidade, pois, até há bem pouco tempo, as pessoas geralmente morriam cedo, em decorrência, principalmente da falta de tratamento para a maior parte das doenças. O aumento do número de idosos cria questionamento sérios e terríveis, com imensas implicações éticas, como, por exemplo, os que dizem respeito aos custos dos tratamentos de saúde e do sistema previdenciário (VIEIRA, 2009, p. 93-94).

E conclui Vieira (2009, p. 94) que, ao atingir um de seus objetivos, que era retardar a morte o máximo possível, “a sociedade acabou se defrontando com uma frustração, o grande aumento do número de velhos, ‘vistos como portadores de doenças e de morte’”, o que vai de encontro à adoração da juventude e ao medo natural de morrer.

Essa situação paradoxal favorece o aprofundamento do ambiente de debate acerca das questões do fim da vida.

5 Tratamento da Ortotanásia pela Legislação e Jurisprudência Brasileira

A legislação brasileira não possui, ainda, uma Lei Federal disciplinando especificamente a ortotanásia e os cuidados paliativos.

Porém, Santoro (p. 141-162), no Capítulo 5 da sua obra, apesar da lacuna, questiona sobre a necessidade ou não de edição de lei para disciplinar o assunto, que já estaria acobertado em nosso ordenamento pelo super-princípio da dignidade da pessoa humana que prevalece sobre o direito à vida em dadas condições. Essa lição tem razão de ser porque, como nenhum direito fundamental é absoluto e deve ser ponderado, em casos concretos, a própria Constituição pode contribuir para a eventual solução de conflitos. Porém, a meu sentir, a existência de legislação infraconstitucional traz subsídios adicionais para orientação e segurança das decisões do Judiciário em terrenos ‘tão movediços’, o que já existe em outros países, como Holanda e Argentina.

Apesar disso, a busca aponta apenas dois projetos de lei em tramitação no Congresso sobre o assunto, quais sejam: Projeto de Lei 3.002/08 da Câmara dos Deputados, apensado ao PL 6715/2009 – que altera o CP para excluir de ilicitude a ortotanásia – e o Projeto de Lei 116/00 apresentado no Senado Federal - remetido à Câmara em 22.12.2009, de igual teor.

No entanto, no momento, apenas a Resolução CFM 1.805/06, de 28.11.2006, em seus arts. 1º e 2º, cuidou da ortotanásia e dos cuidados paliativos no Brasil, em sintonia com o princípio da dignidade da pessoa humana, mas sua eficácia foi suspensa em ACP proposta pelo MPF em 23.10.2007, de acordo com Santoro (2010, p. 163-166).

Sobre os cuidados paliativos, o novo Código de Ética Médica (Resolução CFM 1.931/2009), que entrou em vigor em 14.04.2010, em seu art. 41, parágrafo único, diz que “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”.

Por tudo isso, conclui-se que:

[...] a tendência é reconhecer, expressamente, a licitude da ortotanásia no ordenamento jurídico brasileiro, possibilitando a sua realização sem deixar os médicos à mercê de um entendimento equivocado dos aplicadores do direito. Confere-se, então a almejada segurança jurídica, diferentemente da eutanásia, que vem merecendo dos projetos recentes tratamento incriminador (...) (SANTORO, 2010, p. 170).

O mesmo se pode dizer dos cuidados paliativos, principalmente em virtude da disposição contida no novo Código de Ética Médica.

No que se refere à jurisprudência, até o fechamento da pesquisa não foram encontrados casos diretamente relacionados à temática da ortotanásia e dos cuidados paliativos.

Portanto, necessário que a sociedade e os próprios operadores do direito tenham algumas noções mínimas à respeito da vida e da morte, bem como dos institutos ora

estudados, para que se possa realizar um debate construtivo, ‘tomando-se consciência do que se trata e como deve ser tratado’, o que só pode ser conseguido por meio da educação como meio de libertação dos preconceitos.

6 A visão de um juiz acerca da temática

A qualquer instante o juiz pode se deparar com um caso concreto, litigioso (ou de jurisdição voluntária), de extrema complexidade envolvendo a morte de pacientes terminais irreversíveis. A decisão, certamente, terá de ser célere e eficaz, tendo em vista que se relaciona à saúde, vida e morte, dor, agonia e angústia, não apenas do paciente, mas de seus familiares.

Nesse passo, deve-se considerar esse caso concreto como de ‘emergência’, e não apenas ‘urgente’. Afinal de contas, pode envolver menores, recém-nascidos, idosos e pessoas vivenciando extrema dor. Prioridade absoluta, assim, é questão de ordem, apesar do ‘turbilhão’ de processos que provavelmente já aguardam por solução em seu gabinete, o que é rotina em praticamente todo o Judiciário no Brasil.

Todavia, apenas o foco emergencial do juiz não será suficiente, pois o ideal é que a solução venha de forma célere e eficaz, mas principalmente que seja justa para os envolvidos. Isso exige preparação intelectual multidisciplinar e prática. Não basta o cumprimento do princípio constitucional da duração razoável do processo. A solução merece rapidez sim, mas exige razoabilidade e justiça, pena de ofensa irreparável à dignidade da pessoa humana ou a manutenção desnecessária e cruel de uma vida ‘indigna’.

Será que, nesses moldes, estamos preparados hoje para esse tipo de resposta judicial? A experiência como regra demonstra que a resposta é negativa, porque ao juiz falta disponibilidade temporal para o prévio estudo de casos difíceis.

Não se pode perder de vista que a função de magistrado é preocupante no Brasil contemporâneo. Pois, além do elevado acervo processual, inúmeras vezes cumula funções administrativas do Foro, eleitorais, Presidência e atuações em Turmas Recursais nos casos da Lei 9.099/95. Nos Tribunais Estaduais, Federais, Superiores e na própria Corte Suprema a situação estrutural não é diferenciada. Somado a esses fatos, nos últimos anos, a cobrança social dos jurisdicionados, da mídia pela celeridade e o aumento da demanda em todos os níveis dificultam sobremaneira uma prestação jurisdicional de qualidade.

Por isso (e mesmo assim), a formação do magistrado deve ser continuada e multidisciplinar, para o desenlace

desses *hard cases*, sendo que o trabalho desenvolvido ao longo desta pesquisa está longe de eximi-lo de conhecimentos sólidos no campo da medicina, saúde, filosofia, sociologia, bioética, dentre outras que, como se sabe, a maioria não teve oportunidade de obter nos bancos universitários. Então, muitas vezes solitário, é hora de se informar ‘rapidamente’ quando o caso já desponta em suas mãos. E disso, não se esqueça, podem advir consequências problemáticas, quicá, irreparáveis.

À míngua de legislação e jurisprudência consolidadas e devido à importância do tema, o correto será que seja incluído nos currículos universitários de todo país ensinamentos e subsídios éticos, jurídicos, médicos e multidisciplinares para uma prévia preparação eficiente da nova geração de magistrados. Para a atual, essa preparação deverá vir ‘a galope’ por meio de ensinamentos de iniciativa das próprias Escolas Judiciais dos Tribunais, incentivo à participação em cursos ou, ainda, por iniciativa do próprio magistrado. Afinal de contas, o tempo urge, a população envelhece, as doenças terminais se multiplicam e o magistrado não pode ficar passivo.

Além de informação constante por todos os meios disponíveis (eletrônicos² ou convencionais, nacionais ou internacionais), incluindo filmes (tais como *Menina de Ouro*, etc.) o juiz deve se humanizar e se integrar mais ao meio social, comparecendo sempre que possível a hospitais para verificação de situações envolvendo pacientes terminais e seus familiares (ainda que não tenha sob seu crivo nenhum caso concreto). Se tiver, essa atitude será imprescindível para o eficaz deslinde do processo.

O comparecimento a asilos e outras entidades assistenciais no exercício da atividade judicante em suas respectivas cidades é igualmente importante. Ao cumprir essas tarefas, certamente, quando necessário, soluções mais justas serão produzidas.

Consideradas as peculiaridades do caso concreto, os limites da atuação médica e levando-se em conta o teor da pesquisa, na linha das doutrinas mencionadas, a acertada decisão para o caso dos pacientes terminais irreversíveis (existindo lide) é a que acolher a ortotanásia aliada aos cuidados paliativos. Nesses institutos prepondera o equilíbrio da balança entre a vida e a morte, considerando o princípio da dignidade da pessoa humana, ao contrário da distanásia (obstinação terapêutica), que provoca falsas expectativas nos pacientes e familiares, e prolongamentos de sobrevida sempre dolorosos e desnecessários.

Por outro lado, a exemplo do que presenciamos na experiência com a questão da internação de dependentes químicos de drogas, planos de saúde ineficientes (com

² Cfr. o site da ANCP (Academia Nacional de Cuidados Paliativos) onde se poderão obter informações bastante úteis sobre a instituição, valores, conceitos e, principalmente um serviço de busca denominado ‘Diretório de Cuidados Paliativos’, ou seja, um banco de dados inédito e exclusivo sobre os serviços de Cuidados Paliativos no Brasil. Seu objetivo é suprir uma lacuna sobre o mercado da palição no nosso país, oferecendo informações completas e atualizadas sobre instituições que atuam na área. É uma ferramenta útil para profissionais de saúde, pesquisadores, pacientes e familiares. <<http://www.paliativo.org.br/home.php>>. Acesso em 25 de junho de 2012.

violações constantes ao consumidor), a falta de estrutura do próprio Estado (e principalmente dos Municípios), a ausência de clínicas na maioria das comarcas e locais específicos para a implementação dos cuidados paliativos certamente serão obstáculos a serem enfrentados pelo juiz. Outros tantos igualmente serão encontrados em possível falta de qualificação dos profissionais da saúde naqueles rincões mais afastados dos grandes centros urbanos, dadas as proporções continentais de nosso país. Porém, nada é insuperável quando se dispõe de conhecimento, atitude reflexiva e boa vontade para decidir. Em uma palavra, 'conhecimento é poder'.

Importante considerar que pairam fundadas dúvidas sobre a efetiva resolução desses problemas humanos e logísticos apenas por meio da legislação. É certo que de alguma maneira poderá contribuir para o aprofundamento do debate e segurança jurídica dos profissionais da saúde na adoção de seus procedimentos, ao lado dos familiares, sem temer que de um ato de amor e cuidado possam se tornar 'assassinos'. Nesse ponto é crucial a visão madura do juiz.

Esse, em suas reflexões e atos, não pode se descuidar de questões outras atinentes a interesses escusos como o comércio de órgãos. Por isso, a urgência do conhecimento específico aliado ao contato direto (sem violar sua imparcialidade) com as partes, nessas hipóteses, é necessária para a concretização do ideal de justiça.

Ou seja, o magistrado deve ser um pensador preparado e imparcial, porém justo, equilibrado e célere, sob pena de provocar danos irreparáveis na área da saúde. Antes de tudo, porém, é conveniente que esteja preparado e consciente para refletir sobre a sua própria morte/fim (deve tentar se aproximar do juiz Hércules mencionado por Dworkin). Do contrário, não tem como compreender e solucionar casos análogos e alheios a si. Importante, então, que elimine seus próprios *tabus* nos limites da moral, da ética e do ordenamento. Para tanto, imprescindível o contato com a realidade.

A partir de então, dotado de novos paradigmas servirá de espelho para seus servidores e mostrar-lhes-á a importância desses casos, independente do Judiciário prepará-los para essas situações, formando-se todos (a equipe) permanentemente e de forma continuada (o que deve ser compartilhado com a instituição – Tribunal a que esteja vinculado).

Com efeito, o desenvolvimento desses paradigmas-attitudes em toda a equipe encarregada de solucionar a questão, convencerá igualmente as partes e advogados sobre o acerto de sua decisão, evitando recursos (algumas vezes desnecessários) que poderiam vir a ocasionar atrasos em processos que de fato 'navegam contra o tempo'.

Apenas juízes e equipes preparadas, por si sós, não resolvem em definitivo a problemática, apesar da substancial contribuição. É preciso que os políticos e toda sociedade esteja informada (e seja educada) e reflita sobre o tema para evitar o risco de uma dupla condenação ao paciente e seus familiares, quais sejam:

dor desnecessária e penas (criminais) ou julgamentos morais-éticos precipitados.

Por meio de tudo que foi considerado, não se torna viável que o juiz decida sob o prisma da visão exclusivamente religiosa, mesmo porque vivemos em um Estado laico (art. 19, I, CR/88) e as questões religiosas jamais devem se sobrepor ao princípio maior da dignidade da pessoa humana, ainda que possam influenciar, muitas vezes de forma equivocada, a opinião pública.

Indo adiante, enquanto a legislação não é promulgada (e mesmo se e *quando* o seja), o correto é insuflar e alargar o debate para a própria sociedade por meio de audiências públicas, seminários, palestras, com conteúdo focado no tema, incluindo a visão do direito comparado dos países que já avançaram mais na discussão, logicamente adequando-se à realidade *tupiniquim*.

E quando vier a legislação (após intenso debate em toda comunidade), o ideal é que não seja taxativa (pois provavelmente estaria sujeita a falhas) com o fim de não engessar a visão jurídica e das ciências afins. Muito mais produtiva será se se limitar a traçar normas e premissas relativamente genéricas, mas de forma clara e precisa (regulando os principais aspectos procedimentais e éticos). Não pode se descuidar a legislação também do devido acompanhamento do paciente terminal do apoio de equipe multidisciplinar (médicos, enfermeiros, psicólogos, etc.), pois o tema transborda a seara jurídica, e sem o seu apoio a solução judicial estaria muito mais propensa a violar princípios constitucionais.

Ora, as doenças terminais são inúmeras, o envelhecimento da população está demonstrado. Então, a possibilidade de multiplicação de casos judicializados envolvendo pacientes terminais no futuro é questão de tempo.

Portanto, a reflexão sobre essas ideias propostas (e outras tantas) é de suma importância para minimizar erros que, nessas hipóteses, são irreversíveis.

Nos debates, reflexões e novos estudos (especialmente em momento anterior a criação de eventual legislação) deve-se, além de quebrar *tabus*, inovar. Ponderar sobre a necessidade, utilidade e conveniência de criação de novos instrumentos para auxiliar os pacientes, familiares e juízes em suas futuras decisões. Como sugestão, poderíamos refletir sobre os testamentos de vida e procurações mencionados por Dworkin, ampliando o debate com sinceridade e em alto nível.

Por fim, deve ficar bem claro que as considerações desse tópico, sem pretensão de esgotar o assunto e enquadrar o magistrado naquela concepção do 'juiz Hércules' proposta por Dworkin, visam, apenas, servir de ponto de partida para o aprofundamento no tema, principalmente no meio jurídico onde é ainda incipiente.

7 Considerações finais

Partindo da exposição traçada e das premissas que findaram o último tópico, o juiz deve considerar a complexidade das situações que envolvem a temática, em cada caso concreto, dentro de um pensamento complexo.

O tema é difícil, multidisciplinar e com terminologias confusas, mesmo para os juristas.

A morte sempre foi considerada um *tabu*. Na contemporaneidade e, no Brasil, não é diferente. Há pouco debate, com exceção do que é feito de forma incipiente e superficial nos meios acadêmicos. Às vezes é abordada apenas por meio de institutos beneficentes, associações ou na internet de maneira muito louvável, porém insuficiente e, como cediço, nem sempre integralmente confiável.

Por sua vez, é inegável o envelhecimento da população e a proliferação de doenças terminais, como o mal de Alzheimer, o mal de Parkinson e o câncer, dentre outras, o que está umbilicalmente ligado à morte digna.

Dentro desse quadro, observa-se que nem a normatização, nem a jurisprudência brasileira contribuem muito para o fornecimento de subsídios, posto que muito poucas. Apenas a doutrina e algumas ciências, especialmente nas áreas da saúde e filosofia ofertam algum direcionamento ao jurista sobre ponderações éticas, filosóficas, médicas, políticas e sociais.

Destarte, a ortotanásia e os cuidados paliativos constituem o caminho mais equilibrado para o enfrentamento dos problemas ligados ao fim da vida. Estão na linha da preponderância do princípio da dignidade da vida humana, constituindo o ponto de equilíbrio fundamental para a quebra de preconceitos.

E o médico, ao praticá-la, de acordo com as balizas propostas pela doutrina, não comete ilícito civil ou criminal.

Porém, essa discussão é apenas o início, quiçá, permitindo a construção de sólidas balizas éticas e jurídicas para uma ampla reflexão e novos estudos (incluindo de direito comparado) sobre a situação dos pacientes terminais, o que, sem dúvida, propiciará uma correta aplicação do direito e do princípio da dignidade da pessoa humana aos casos concretos pelos juízes imbuídos, dentre outras atitudes, da ótica descrita no tópico anterior.

8 Referências

- ALASMAR, Cristiane Werner; ARQUETTE, Daniela; LIONE, Fernanda Rizzo di. Cuidados com o cuidador. *Psique Ciência e Vida*. São Paulo, v. 1, n. 59, p. 12-16, nov. 2010.
- ARQUETTE, Daniela. Equipe multidisciplinar em cuidados paliativos. *Psique Ciência e Vida*. São Paulo, v. 1, n. 59, p. 8-11, nov. 2010.
- CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Eutanásia e ortotanásia: comentários à Resolução 1.805/06 CFM. Aspectos éticos e jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2009.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei 3.002/08 da Câmara dos Deputados, apensado ao PL 6715/2009*. Disponível em: <www.camara.gov.br>. Acesso em: 19 dez. 2011.
- DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução: Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Projeção da população brasileira*. IBGE: população brasileira envelhece em ritmo acelerado. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_impres....pdf>. Acesso em: 15 jul. 2011.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 14. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.
- LIONE, Fernanda Rizzo di. A Psicologia dentro do Hospital Geral. *Psique Ciência e Vida*. São Paulo, v. 1, n. 59, p. 2-3, nov. 2010.
- MARTON, Scarlett. A morte como instante de vida. *Filosofia, Ciência e Vida*, São Paulo, Editora Escala, ano III, nº 32, p. 18-25.
- MEDEIROS, Denise Rolin Leal de. Intervenção Multidisciplinar ao Paciente Pediátrico e sua Família. *Psique Ciência e Vida*. São Paulo, v. 1, n. 59, p. 4-7, nov. 2010.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Martins Inocêncio; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 8. ed. atualizada até a EC nº 67/10. São Paulo: Atlas, 2011.
- PESSINI, Leo. *Eutanásia: por que abreviar a vida?*. São Paulo: São Camilo, 2004.
- PORTAL ATIVIDADE LEGISLATIVA. SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei 116/00 apresentado no Senado Federal*. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=43807>. Acesso em 19 dez. 2011.
- SANTORO, Luciano de Freitas. *Morte digna: o direito do paciente terminal*. Curitiba: Juruá, 2010.
- SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coords.). *Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- VARGAS, Denise. *Manual de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- VEIRA, Mônica Silveira. *Eutanásia: humanizando a visão jurídica*. Curitiba: Juruá, 2009.

...