

35º Encontro Anual da Anpocs

Gt 31 – Saúde, emoção e moral

**Ortotanásia, sofrimento e dignidade: entre valores morais, Medicina e
Direito**

Rachel Aisengart Menezes, Miriam Ventura

Ortotanásia, sofrimento e dignidade: entre valores morais, Medicina e Direito

Rachel Aisengart Menezes, Miriam Ventura¹

1. Introdução

Em maio de 2007 o Ministério Público Federal (MPF) ingressou com ação civil pública contra o Conselho Federal de Medicina (CFM), requerendo o reconhecimento da ilegalidade da Resolução CFM nº 1.805/2006 e sua suspensão liminar. Esta Resolução objetiva regulamentar a ortotanásia, com o seguinte texto:

“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.

Art. 3º É vedado ao médico manter os procedimentos que asseguravam o funcionamento dos órgãos vitais, quando houver sido diagnosticada a morte encefálica em não doador de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante, nos termos do disposto na Resolução CFM nº 1.489, de 21.08.97, na forma da Lei nº 9.434, de 04.02.97. Parágrafo único. A decisão mencionada no *caput* deve ser precedida de comunicação e esclarecimento sobre a morte encefálica ao representante legal do doente.

Art. 4º Esta resolução entrará em vigor na data de sua publicação, revogando-se as disposições em contrário”².

As razões de direito apresentadas pelo MPF sustentam que o CFM não possui poder regulamentar para estabelecer como conduta ética um procedimento que é tipificado como

¹ Rachel Aisengart Menezes, Professora Adjunta do Instituto de Estudos em Saúde Coletiva/UFRJ; Miriam Ventura, Professora Assistente do Instituto de Estudos em Saúde Coletiva/UFRJ.

² Todas as citações do processo estão entre aspas.

crime, pois em seu entendimento, a ortotanásia configura crime de homicídio eutanásico³. À época, o juiz acatou os argumentos do MPF e determinou a suspensão liminar dos efeitos da Resolução, por julgar relevante o aparente conflito entre a Resolução e o Código Penal. Nesse sentido, o MPF considerou a existência de risco da vigência de uma norma que autorizasse conduta médica contrária à lei, com consequências para os profissionais de saúde e as pessoas assistidas. Em dezembro de 2010 o juiz decidiu pela legalidade da Resolução do CFM.

A longa discussão judicial contou com a participação de profissionais de saúde e de representantes da sociedade civil. Em todo o processo o CFM defendeu a Resolução, buscando demonstrar que a ortotanásia consiste em conduta médica moralmente legítima e legalmente lícita⁴. O MPF não recorreu da decisão judicial, que se confirmou na direção de consolidar os entendimentos favoráveis à recente modalidade de assistência em saúde, denominada cuidados paliativos. Este entendimento significa e acarreta a expansão do direito de autonomia do doente no cuidado de sua própria saúde e na tomada de decisões referentes à sua vida, sofrimento e morte.

³ A eutanásia significa abreviação ou interrupção da vida, podendo ser ativa ou passiva; voluntária ou involuntária. A ativa envolve a ação de um médico, com administração de injeção letal; a passiva se refere à omissão de recursos, como medicamentos, hidratação e nutrição (Howarth, Leaman, 2002, p. 177). A eutanásia voluntária concerne ao desejo formulado pelo doente e a involuntária refere-se à sua incapacidade de expressar o consentimento. No Brasil a eutanásia é criminalizada. A aprovação oficial pioneira da eutanásia voluntária ativa se deu no território norte da Austrália em 1996, mas a prática vigorou por oito meses, quando o Parlamento Federal embargou a lei. Em 2001 a Holanda foi o primeiro país do mundo a legalizar a eutanásia, seguido pela Bélgica, em 2002, e por Luxemburgo, em 2009. Atualmente a Holanda e a Bélgica discutem as possibilidades de ampliação da lei da eutanásia para crianças e pessoas com deficiência mental ou demência. Em 2009 foi aprovado projeto de lei no Uruguai que autoriza pacientes terminais a optarem pela interrupção de tratamento, o que foi definido no país como “direito à eutanásia”. Em todos os outros países do ocidente, como no Brasil, a eutanásia é criminalizada. A maioria dos estados do Canadá e dos Estados Unidos possui leis que permitem a interrupção de tratamentos pelos médicos, com autorização do paciente ou de seu representante legal. As legislações dos estados destes países contam com diferenças importantes em suas formulações.

⁴ Os sistemas de valores morais, religiosos, políticos, sociais, culturais, econômicos, científicos, etc. estão em constante interação com o Direito e com os sistemas legais estabelecidos (Grau, 2006). Os sistemas normativos moral/ético e jurídico se distinguem quanto à elaboração (ou à fonte da norma) e à aplicação das normas, e sua universalidade, i.e, considera-se que a norma moral obriga a todo ser humano enquanto ser humano, e a norma legal concerne apenas ao cidadão submetido à determinada organização jurídica do Estado em que vive (Cortina, Martinez, 2005, p. 42). Até a modernidade não se concebiam esferas autônomas da moralidade e do direito, e as primeiras referências à distinção entre moral, ética e direito são atribuídas a Kant. Na concepção kantiana as normas jurídicas e éticas são leis da liberdade fundamentalmente morais, referentes ao uso exterior e interior do arbítrio, respectivamente. A diferença entre elas reside no modo de cumprimento. As normas éticas são fontes de deveres e fundamento das autorizações para coagir (leis jurídicas) (Lima, 2005).

Nas últimas décadas, a ampliação de possibilidades de tutela dos Ministérios Públicos e da intervenção judicial, no arbítrio de determinados aspectos da vida humana situados nos limites entre a esfera pública e a privada – como aborto, ortotanásia, reprodução medicamente assistida, entre outros – propiciam a emergência de indagações acerca da juridicização da vida, do corpo e das relações sociais. Quais os nexos entre dimensão pública e privada da vida humana, no que tange a essas temáticas? Qual o papel dessas instituições no arbitramento das formas de gestão social da vida e da morte? Quais valores e crenças sobre morte, sofrimento e dignidade humana estão expressos nas manifestações dos participantes do procedimento judicial? Alguns aspectos dessas questões são examinados e problematizados neste texto, a partir da análise do processo judicial.

A função do processo e da própria decisão judicial que o conclui, à semelhança do raciocínio prático, não é demonstrar “verdades”, mas estabelecer uma solução normativa legítima, por meio de justificação racional (Perelman, 2005, p. 262). Neste sentido, a análise ganha relevância antropológica e ética, na medida em que reflete a maneira como operam instituições sociais e sistemas de valores/crenças acerca de determinados temas, e evidencia a influência destes valores no Direito e na aplicação da norma legal. Além disso, trata-se de buscar apreender como, na instância judicial, é possível garantir o adequado processo dialógico, para o estabelecimento de uma aplicação socialmente apropriada das normas e dos fatos *sub judice*.

Outro aspecto relevante da ampliação da possibilidade de atuação judicial sobre esses aspectos da vida humana concerne ao abrandamento da rígida dicotomia entre ética e direito, admitindo-se a adoção de valores, princípios e normas éticas para solução de questões jurídicas. Esta perspectiva integradora é resultado de uma mudança da mentalidade que entendeu, por séculos, que o conteúdo e a legitimidade do direito se restringem à lei estabelecida pelo Estado, o “resultado objetivo de um ato de vontade da autoridade competente”, independente de fundamentos ou compromissos éticos existentes em outras instâncias. A tendência atual, conhecida como pós-positivista, é que a “pretensão ética [é] condição necessária e intrínseca ao direito e ao raciocínio jurídico”. Tal posicionamento não significa que se tenha abandonado completamente as ideias de força e forma do positivismo, ou que não se estabeleça qualquer distinção entre moral e direito, que poderia tornar o direito tão “impreciso que não pudesse diferenciar a si mesmo de outras condutas normativas”. Trata-se da incorporação da necessidade de legitimação ética do

direito, ao mesmo tempo em que permite que o sistema legal reconheça valores e princípios morais na aplicação das leis, de forma eticamente aceitável (Cunha, 2010, p. 27).

2. Gestão do final da vida: contexto de emergência de normas éticas e legais

A Resolução do CFM resulta de um processo histórico, centrado em debates sobre os direitos dos doentes, ocorrido em todos os países do ocidente, dentre os quais se inclui o Brasil. Desde o fim da Segunda Grande Guerra, com as constatações dos abusos em campos de concentração, a proteção da pessoa e de sua “vida nua” (Agamben, 2010) ganha renovada repercussão. As fragilidades dos sistemas normativos se tornaram objeto de questionamentos. Desde então buscou-se um tipo de regulamentação, com a finalidade de promover, proteger e preservar a dignidade da pessoa e de sua vida. Tornou-se premente a revisão do conteúdo de leis e normas, de seus mecanismos e instrumentos, para maior efetividade das garantias devidas pelo Estado a seus cidadãos. O sistema de proteção internacional dos direitos humanos surge como uma das propostas dirigidas a afiançar tal proteção, e a gerar e determinar o valor da dignidade da pessoa humana e sua universalidade no contexto contemporâneo. No ocidente, adota-se a perspectiva de que os direitos referentes às situações existenciais não devem ser tratados do mesmo modo como os direitos sobre as coisas (Perlingieri, 2002, p. 153). Em cada contexto foram empreendidos debates e elaborados textos para a regulamentação das possibilidades de proteção à dignidade humana.

A polêmica no Brasil em torno da Resolução do CFM se insere no imbricamento entre dois movimentos de extrema relevância, no que tange à gestão dos direitos da pessoa humana na sociedade ocidental moderna, especificamente sobre sua dignidade no viver e no morrer. No primeiro situam-se as consequências das preocupações com o genocídio da segunda grande guerra. A formulação dos direitos humanos e das normas bioéticas, de pesquisas em e com seres humanos estão aí incluídas. Trata-se do debate sobre o que Agamben (2010, p. 181) nomeia de *zoé* e *bios* – corpo biológico e corpo político, vida nua e vida digna. Nesse sentido, o tema da saúde passa a pertencer ao conjunto dos direitos humanos. Vale acrescentar a importância das modificações do sentido de saúde, que passou a não mais se restringir à ausência de doença, sendo definida como um amplo bem-estar nas diversas esferas da vida, inclusive social. Assim, continuamente novas questões e designações – como violência, preconceito, necessidades especiais, entre outros – se tornam

objeto de regulação, por parte de instâncias nacionais e internacionais, como as formulações da Organização Mundial de Saúde (OMS).

No segundo grupo estão incluídas as consequências do desenvolvimento de tecnologias inovadoras aplicadas à medicina – como os transplantes de órgãos –, que propiciaram a necessidade de nova conceituação de vida e de critérios de morte (cerebral ou encefálica). Na segunda metade do século XX, a criação de novos recursos tecnológicos, capazes de prolongar e de manter a vida, a crescente medicalização social, as práticas institucionais que evidenciaram excessos de poder do médico e o uso das novas tecnologias acarretaram questionamentos sobre os direitos de autonomia dos doentes no processo de tomada de decisões de suas vidas, sofrimento e morte.

Nos anos 1950 e 1960, no ocidente, era prática corrente entre médicos o ocultamento da verdade aos pacientes, de modo que a tomada de decisões constituía responsabilidade exclusiva deste profissional. Esse panorama se modificou inicialmente nos Estados Unidos (e, posteriormente, em grande parte dos países do ocidente), tanto em decorrência de mudanças no aparato médico – pelo número crescente de processos legais contra instituições e profissionais de saúde – quanto da emergência de movimentos da sociedade civil, em prol dos direitos dos doentes (Menezes, 2004). Como exemplo, até poucas décadas, em muitos países, o médico escolhia, dentre as distintas opções, o tratamento a ser prescrito e seguido, sem diálogo prévio com o doente e seus familiares. No Brasil, é de amplo conhecimento que este quadro ainda ocorre, especialmente em unidades públicas de saúde, nas quais há marcada diferença de inserção social entre equipe de saúde e usuários.

Como aspecto central e motor do segundo movimento, a ampliação dos direitos de autonomia individual da pessoa doente na gestão de seu sofrimento. Acrescentem-se outros direitos, capazes de garantir o exercício desta autonomia, com uma formulação mais ampla, que permite incorporar a dimensão relacional (intersubjetiva) e social do sentido de dignidade à pessoa. Em outras palavras, trata-se de um horizonte ideológico no qual a perspectiva da dignidade do enfermo como pessoa consiste em núcleo fundamental e principal valor ordenador do rol de normas dos direitos humanos e sua aplicação.

No final do século XX e no XXI surgem indagações, suscitadas pelo uso de aparelhagem para manutenção e prolongamento da vida, muitas vezes à custa de sofrimento para o doente e sua família. Emergem discursos inovadores, com designações para os novos

dilemas, referentes às distintas possibilidades de gestão da doença, sofrimento e morte. Assim, “boa morte”, “morrer bem”, “morte com dignidade”, “morte suficientemente boa”, “ortotanásia”, “eutanásia”, “suicídio assistido”, “distanásia”, “futilidade médica ou terapêutica”, “obstinação terapêutica”, “encarniçamento terapêutico”⁵, entre tantos outros termos e expressões, passam a ser largamente utilizados, seja entre profissionais de saúde ou do direito, seja pela sociedade mais ampla.

A proposta da Resolução do CFM sobre ortotanásia se inscreve nesse panorama internacional e o texto do documento amplia e corrobora a Lei dos Direitos dos Usuários dos Serviços de Saúde do Estado de São Paulo, mais conhecida como Lei Mário Covas (lei estadual nº 10241/1999), que assegura o direito do usuário a recusar tratamentos dolorosos ou extraordinários para tentar prolongar sua vida⁶. A aceitação social, ética e jurídica dessa lei local, aliada a movimentos favoráveis a uma morte “digna”, compostos majoritariamente

⁵ “Boa morte”, “morrer bem” e “morte com dignidade”: meta da assistência em cuidados paliativos, definida como uma morte sem dor e/ou sintomas, aceita por todos os envolvidos no processo do morrer (doente, familiares e profissionais de saúde) (Menezes, 2004); “morte suficientemente boa”: expressão cunhada por McNamara (1999), em posicionamento crítico ao modelo da “boa morte”, conforme formulação de profissionais de saúde dedicados aos cuidados paliativos; “suicídio assistido”: se diferencia da eutanásia pelo sujeito que executa a ação: o próprio doente comete o ato, com drogas prescritas pelo médico para este propósito. O suicídio assistido é autorizado legalmente na Holanda e Luxemburgo e, em 2010, a Justiça da Alemanha deliberou que o suicídio assistido é legal no país. Segundo a decisão, médicos devem interromper medidas para o prolongamento da vida, caso esta seja a vontade expressa pelo paciente. Na Suíça, o suicídio assistido é autorizado por lei desde 1941. A organização não-governamental *Dignitas*, em Zurique, é a principal responsável pelo fenômeno nomeado como “turismo do suicídio”. Desde sua fundação em 1998 a organização promove suicídios assistidos, após apresentação de atestado médico que comprove a inexistência de chances de cura, além de avaliação profissional de condições de decisão livre e autônoma do enfermo. Um conselho de médicos suíços associados à instituição verifica e corrobora o diagnóstico de doença incurável e/ou incapacitação física grave, autorizando institucionalmente a demanda. “Distanásia” (ou “mistanásia”; Pessini, 2001), “futilidade médica ou terapêutica”, “obstinação terapêutica”, “encarniçamento terapêutico”: prolongamento da agonia, do sofrimento e adiamento da morte. Estas expressões indicam um posicionamento crítico em relação à dificuldade dos médicos de percepção dos limites de sua intervenção nos pacientes ou, em última instância, em aceitarem o processo do morrer e a morte como consequência “natural” da evolução de uma doença. Nessa perspectiva, o falecimento de um doente é tido pelo médico como fracasso de sua ação (Herzlich, 1993).

⁶ Lei estadual de autoria do deputado Roberto Gouveia, de 17/03/1999. Os incisos I, II, III, IV e V do art. 2º afirmam direitos óbvios dos pacientes, frequentemente desrespeitados na prática, como acesso livre aos dados do prontuário médico, obrigatoriedade de redação de forma legível, sem abreviaturas, além do nome e registro do profissional. A lei prescreve o respeito à privacidade de pacientes, o direito ao acompanhamento de pessoas queridas nas consultas e internações. Os incisos V e VI do art. 2º dão força legal a dois itens de extrema relevância: o direito a ser esclarecido quanto a todos os aspectos de sua doença e, uma vez esclarecido, ter o direito de “consentir ou recusar, de forma livre, voluntária e esclarecida, procedimentos diagnósticos e terapêuticos a serem realizados”. No que concerne ao direito de recusa de tratamentos para prolongamento da vida, o paciente também passa a ter o direito de optar pelo local da morte. Um dado se sobressai na formulação da Lei Mário Covas: o respaldo legal aos médicos, diante da opção do paciente pela interrupção de tratamentos para manutenção de sua vida. Nesse sentido, a partir da explicitação da escolha do paciente (e/ou de seus familiares, no caso de impossibilidade de pronunciamento do enfermo), acerca da não introdução de medidas para o prolongamento da vida, tal procedimento passa a ser a conduta ética a ser adotada pelo médico, sem risco de processo judicial por omissão de socorro.

por profissionais de saúde dedicados à assistência em cuidados paliativos, desempenhou relevante papel na criação de uma Portaria pelo Ministério da Saúde, em março de 2006, que consolida os direitos e deveres do exercício da cidadania na saúde no Brasil.

3. Processo Judicial em torno da Resolução da ortotanásia:

3.1. Argumentação do Procurador

Em 9 de maio de 2007 o Procurador do Ministério Público Federal ingressou com ação pública, com pedido de tutela antecipada⁷, para a suspensão da Resolução do CFM. No início do texto constam as seguintes epígrafes do texto:

- “A chave do bem morrer está no bem viver. Se o Brasil não garante a dignidade de pessoa humana a quem vive, como pretender garantir dignidade no morrer?”

- Em todo pedido de paciente terminal para morrer está implícito um pedido de socorro.

- O direito à vida tem um conteúdo proteção positiva que impede configurá-lo como um direito de liberdade que inclua o *direito à própria morte*. O estado, principalmente por situações fáticas, não pode prever e impedir que alguém disponha de seu direito à vida, suicidando-se ou praticando eutanásia. Isso, porém, não coloca a vida como direito disponível, nem a morte como direito subjetivo do indivíduo. O direito à vida não engloba, portanto, o direito subjetivo de exigir-se a própria morte, no sentido de mobilizar-se o Poder Público para garanti-la, por meio, por exemplo, de legislação que permita a *eutanásia* ou ainda que forneça meios instrumentais para a prática de *suicídios*. O ordenamento jurídico-constitucional não autoriza, portanto, nenhuma das espécies de eutanásia, quais sejam, a ativa ou passiva (ortotanásia). (MORAIS, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 92)

⁷ O pedido de antecipação da tutela judicial, conhecido amplamente como “pedido de liminar”, refere-se à possibilidade de o juiz apreciar ao longo do procedimento judicial necessário para a prolação da sentença, atendendo ao pedido do reivindicante. Para tal antecipação o juiz deve se basear em provas capazes de comprovar que o “perigo da demora” do procedimento judicial para a decisão definitiva pode resultar em violação irreparável de um direito. No caso em análise, o risco da demora se referia à possibilidade de interrupção da vida de muitas pessoas, por ação médica. Além do perigo, é preciso comprovar a existência da “fumaça do bom direito”, isto é, se está amparado por lei. Após a antecipação da tutela, o procedimento judicial prossegue e, ao final, o juiz pode alterar a decisão liminar. O réu na ação, por sua vez, pode se insurgir contra a antecipação de tutela deferida, apresentando provas contrárias à pretensão do requerente. Nesse caso, o juiz pode rever sua própria decisão ou, por meio de recurso judicial próprio, a decisão pode ser revista por Câmaras dos Tribunais de Justiça (instâncias colegiadas superiores e revisoras das sentenças judiciais). A antecipação da tutela judicial é ato de caráter excepcional na lei processual brasileira, com significados e efeitos amplos para a efetividade do direito reclamado.

*- MAS “morremos de morte igual, mesma morte Severina: que a morte que se morre de velhice antes dos trinta, de emboscada antes dos vinte, de fome um pouco por dia (de fraqueza e de doença é que a morte Severina ataca em qualquer idade, e até gente não nascida).” João Cabral de Melo Neto*⁸

Estas citações evidenciam os principais eixos da argumentação do Procurador: a dificuldade de promover garantias de dignidade no viver e no morrer; a interpretação da demanda por interrupção de recursos para manutenção e/ou prolongamento da vida como pedido de socorro; o entendimento de que a ortotanásia significa um procedimento que contradiz o direito à vida, configurando-se como eutanásia e, portanto, conduta passível de criminalização e, por fim, a menção à igualdade humana no morrer, sem distinção de qualquer característica identitária. No entanto, o célebre texto de João Cabral de Melo Neto aponta justamente para as diferenças no viver e no morrer, em função do pertencimento social.

De acordo com o requerimento, “tudo começou quando este Procurador dos Direitos do Cidadão do Distrito Federal tomou conhecimento, ainda antes da publicação da Resolução CFM nº 1805/2006”, do CFM “‘regulamentando’ para os médicos a prática da ortotanásia como conduta que não seria punida como falta ética”. O Procurador então instaurou o Procedimento Administrativo nº 1.16.000.002480/2006-21, com Recomendação para imediata revogação da mencionada Resolução. Dentre os argumentos deste documento, constam: a proteção do direito à vida; a avaliação de que a ortotanásia é análoga à eutanásia e, portanto, trata-se de homicídio. Além disso, o Procurador questiona a validade médico-científica de atestado prévio de iminência e inevitabilidade da morte, em quadro sem diagnóstico de morte cerebral. Ainda segundo o documento, consta que “a ortotanásia não seria praticada por compaixão, para abreviar sofrimento físico insuportável, em razão de doença grave e em estado terminal”. Para o autor, “aquele que mata” de acordo com tal regulamentação “não é menos homicida que aquele que o faz em conformidade” com o mesmo dispositivo normativo. Em suma, para o Procurador proponente, “não há como se estabelecer distinção ou fundamento de qualquer natureza que legitime e autorize a terminação voluntária e dolosa da vida de alguém, praticada por outrem, sem esbarrar na regra constitucional”.

Uma vez que, em maio de 2007, o Processo Administrativo não havia recebido resposta positiva do CFM, o Procurador ingressou com ação civil pública, com requerimento de tutela antecipada, pela suspensão da Resolução do CFM. O texto do Procurador é extenso,

⁸ Nesta citação, como em todos os trechos do Processo aqui mencionados, reproduzimos a forma de apresentação que consta no documento, com os grifos originais.

com inúmeras citações de autores contemporâneos dedicados à temática de várias áreas, como filosofia, direito, religião, entre outros. A justificativa em torno da necessidade de recorrer a tantas e tão diversificadas referências se centra na extrema complexidade da questão.

Cabe ainda mencionar um aspecto que se destaca na leitura da defesa da suspensão da Resolução do CFM: o uso de variados tamanhos de letras, por vezes em negrito, os espaços entre frases ou trechos, para realçar certas ideias, a repetição de palavras, como seis linhas com NÃO consecutivos ou quatro linhas com PÔ! consecutivos, além da utilização de acentuação, especialmente acentos de exclamação. Tal formatação, aliada à própria forma de expressão, implica na construção de um texto com grande teor emocional ou, em outros termos, extremamente passional, que demonstra o grau de rejeição do Procurador ao conteúdo da Resolução do CFM. Tal postura mostra-se não adequada ao estado de direito democrático, que exige uma análise racional e imparcial dos conflitos. O pedido judicial dá lugar a um texto fortemente motivado por considerações sobre a crença no que ele considera um bem: a manutenção do estado vital como único valor atribuído à vida, no contexto ético-jurídico vigente.

Para o Procurador demandante, a Resolução viola regras morais, religiosas e legais da Constituição Federal (CF), notadamente seu artigo 5º, que determina que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida. Seu entendimento é que a nova Resolução do CFM indicaria uma tendência eugênica por parte dos médicos. Para ele, a ortotanásia e a eutanásia são procedimentos análogos, passíveis de propiciar uma higienização da raça, mediante eliminação dos menos aptos. Argumenta, ainda, que a existência de leis em países como Holanda e Bélgica, e de alguns Estados Norte-Americanos que autorizam a eutanásia e/ou o suicídio assistido significa que “**filosoficamente**, TUDO, TUDO MESMO, pode ser fundamentado”.

A menção a este processo de incorporação de um valor moral na lei é utilizada pelo Procurador para demonstrar a inconstitucionalidade da norma do CFM em um longo texto, com cerca de cento e trinta laudas, concluído pelo pedido de revogação imediata da Resolução. Alternativamente, propõe “que se determine ao CFM a alteração da mencionada Resolução de forma a contemplar todas as possibilidades terapêuticas e sociais ditas nesta Ação Civil Pública”. Os pedidos específicos complementares praticamente buscam inviabilizar a efetividade da norma, no caso da demanda principal ser rejeitada. O texto

explicita: “para que se definam critérios objetivos e subjetivos para que se possa *permitir* ao médico a prática da ortotanásia, incluindo obrigatoriamente uma equipe multidisciplinar para analisar todos os aspectos médicos, psicológicos, psiquiátricos, econômicos, sociais, etc.”.

Ainda de acordo com o texto, após

“parecer de aprovação da equipe multidisciplinar e os restantes dos critérios técnicos objetivos e subjetivos sejam atendidos, determine-se a TODOS OS MÉDICOS do Brasil que comuniquem e submetam PREVIAMENTE ao Ministério Público e ao Judiciário todos os pedidos de pacientes ou representantes legais, todos considerados **absolutamente incapazes**, ou diagnósticos médicos aconselhando a ortotanásia ou a eutanásia, visto serem pacientes necessariamente, legalmente, constitucionalmente, tutelados pelo Ministério Público e pelo Judiciário. Complementando, que o CFM edite uma Resolução com CRITÉRIOS específicos, determinando-se as balizas para que se examine cada caso, e para as IMPRESCINDÍVEIS comunicações aos entes Constitucionalmente legitimados a garantir a preservação e a observância dos direitos e garantias fundamentais. Para que, no caso de indigentes, os médicos JAMAIS tomem alguma decisão antes de informar ao Ministério Público que submeterá a apreciação ao Judiciário”.

Ao discorrer sobre a relação entre a Moral e o Direito, o Procurador sustenta que “a teoria dos valores, em cada época e em cada povo, considera determinada conduta primeiramente ética”. A seguir afirma que “a conduta que se considera ética para uma ou outra pessoa passa a ser aceita por todos daquela comunidade, nascendo ou florescendo a moral (externa)”. Tal processo culminaria com a “regulação de tal conduta pelo Poder Constituído, pelo Legislador, que confere a força do aparato estatal de cobrança a uma norma, agora legal, amparada pela superestrutura do Estado”. Em outros termos, trata do processo de incorporação de determinado valor moral em uma norma ética e legal, que deve ser realizada pelo Estado-legislador, que universaliza e estabelece sanção à norma vigente. O Judiciário é responsável pela aplicação atualizada e contextualizada das normas. A retórica do Procurador é explicitamente reducionista em relação ao processo dinâmico entre moralidade vigente e o Direito⁹.

O Procurador considera também que o CFM não possui poder regulamentar em torno da questão da ortotanásia, por se tratar de crime de homicídio, cuja regulamentação só compete ao Poder Legislativo Federal. Acrescenta ainda o argumento de que o governo brasileiro não consegue assegurar ao cidadão um “bem-viver”. A partir de tal assertiva,

⁹ Sobre o tema, ver Dworkin (2009, p. 251), em sua análise sobre o morrer e viver, a partir da análise de alguns casos judiciais no contexto norte-americano. No exame da realidade brasileira, ver Barroso e Martel (2010, p. 184), sobre a judicialização da vida: “no mundo pós-positivista de reaproximação entre o Direito e a Ética, este é um desencontro que deve ser evitado”.

questiona a garantia do “morrer com dignidade”, apontando a diferença entre o Brasil e outros países, como Holanda e Bélgica.

O argumento desenvolvido deixa de considerar a dimensão individual da moral e não estabelece a necessária relação dialética entre esta dimensão e as esferas social e histórica. Nesse sentido, não admite espaços de liberdades individuais e o pluralismo moral vigente na sociedade contemporânea. Deixa ainda de considerar os princípios ético-jurídicos vigentes democráticos, que exigem a construção de um sistema legal e uma atuação judicial que expresse uma razão pública (Rawls, 2003), resultante de consensos democráticos amplos e capazes de garantir a convivência deste pluralismo vigente.

3.2. Argumentação do CFM

Na resposta do CFM ao Processo Administrativo de 29/11/2006, datada de 04/12/2006, consta que este órgão entende que “na ortotanásia não se provoca a morte do paciente. O processo de vida se extingue naturalmente”. Além disso, declara que “ao médico compete proporcionar a seu paciente todos os meios existentes para diminuir/abolir o sofrimento que porventura possa ocorrer no fim da vida”. O documento, assinado pelo então Presidente do CFM, atende às requisições de documentações exigidas e é concluído pelo seguinte trecho: “respeitamos o direito e a justiça¹⁰. A resolução em comento não é uma manifestação de poder, mas é o reconhecimento e a expressão de nossa humildade diante da natureza. Ao editá-la, entendemos que cumprimos os preceitos éticos da beneficência e não maleficência, que constituem os alicerces hipocráticos de nossa profissão”.

¹⁰ O termo justiça possui diferentes significados. Ele denota um conjunto de critérios ideais, que devem conduzir uma ação ou deliberação sobre determinada questão, e permite identificar três elementos intrínsecos: a alteridade, por pressupor “um elo de reciprocidade que vincula um sujeito a outro”, pois “ocorre sempre no âmbito de uma relação intersubjetiva”. O segundo elemento é a igualdade ou simetria, pois busca estabelecer uma distribuição (repartir benefícios ou encargos) ou retribuição (compensar ou corrigir a violação de uma simetria). O terceiro elemento consiste na exigibilidade de um débito: a ideia de receber aquilo que é devido. Na Antiguidade, a justiça era admitida como uma virtude, enquanto na Modernidade tem sido concebida como um valor fundamental para a organização social e política, como um dever absoluto (Kant), relacionado ao respeito que cada um deve ter para com o outro ser humano. Em outros termos, significa tratar cada ser humano “como um fim em si mesmo e não como meio para obtenção de algo” (Rabenhorst, 2006). A ideia predominante do termo Direito é o conjunto de valores, princípios e regras com a principal função de disciplinar e organizar as ações humanas, e dirimir conflitos de interesses (Grau, 2006). A relação entre direito e justiça é tema de ampla discussão jurídica e filosófica, e alguns teóricos são céticos em relação à possibilidade de que o direito constitua uma expressão da justiça. Já outros não admitem desvinculação, afirmando que direito e justiça são entrelaçados, diferente da lei que, não raro, se distancia da justiça e não representa um direito legítimo (Lyra Filho, 2006).

A justificativa da Resolução se baseia nos seguintes pressupostos: a) “na responsabilidade dos Conselhos de Medicina pelo desempenho ético da medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exerçam, legalmente”; b) no fato de que a “Constituição Federal elegeu o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil”; c) no artigo da CF brasileira, que estabelece que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”; d) que “cabe ao médico zelar pelo bem-estar dos pacientes”; e) “que incumbe ao médico diagnosticar o doente como portador de uma enfermidade em fase terminal”.

A exposição de motivos em torno da Resolução se refere inicialmente à “busca de sensato equilíbrio na relação médico-enfermo”, com posicionamento crítico acerca do modelo relação médico-paciente paternalista¹¹, no qual “ao enfermo cabe simplesmente obediência às decisões médicas, tal qual uma criança deve cumprir sem questionar as ordens paternas”. Segundo o documento, na primeira metade do século XX, “qualquer ato médico era julgado levando-se em conta apenas a moralidade do agente”, o que significa que “os valores e as crenças dos enfermos” não eram levadas em consideração. Para o CFM, somente a partir da década de 1960 os códigos de ética profissional passaram a reconhecer o doente como agente autônomo.

A partir da afirmação do direito de autonomia individual do doente, consta referência aos “avanços tecnológicos” incorporados pela medicina, como as unidades de terapia intensiva e as novas metodologias criadas para aferir e controlar as variáveis vitais. Diante do crescimento do poder de intervenção do médico sobre a vida e a morte, o documento afirma tanto os benefícios “auferidos com as novas metodologias diagnósticas e terapêuticas” quanto “uma medicina que subestima o conforto do enfermo com doença incurável em fase terminal, impondo-lhe uma longa e sofrida agonia”.

Segundo entendimento do CFM, “a obsessão de manter a vida biológica a qualquer custo nos conduz à obstinação diagnóstica e terapêutica”. A citação de um trecho de um documento da Igreja Católica, de maio de 1995, é utilizada para reforçar sua posição: “nestas situações, quando a morte se anuncia iminente e inevitável, pode-se em consciência renunciar a tratamentos que dariam somente um prolongamento precário e penoso da vida”. A partir da

¹¹ De acordo com Charles *et al.* (1999, p. 780), modelo paternalista de relação médico-paciente significa que o médico comunica sua decisão ao paciente, sem diálogo prévio sobre as possibilidades diagnósticas e/ou terapêuticas. Este modelo se contrapõe ao modelo informativo, predominante nos Estados Unidos – quando o médico informa ao doente as condutas possíveis e o enfermo efetua sua escolha – e ao modelo compartilhado, mais usual e preeminente na Inglaterra, no qual a decisão é tomada em parceria entre profissional e enfermo.

menção ao posicionamento da Igreja Católica, a defesa em prol da normatização da ortotanásia se centra na finitude do ser humano e na proposta de ensino sobre a morte e o morrer, acerca das limitações dos sistemas prognósticos, do encaminhamento de decisões, sobretudo no que tange à mudança de modalidade de tratamento – do curativo aos cuidados paliativos.

O texto veicula críticas ao modelo de formação médica que atribui ênfase à preparação técnica, em detrimento do aspecto “humanístico”. Para tanto, utiliza a definição de cuidados paliativos formulada pela OMS, no sentido da legitimação da especialidade e da necessidade de amplo debate, na sociedade, em torno da terminalidade humana.

Em 26/05/2007 o CFM envia resposta ao pedido de tutela antecipada do MPF, iniciada pelo mesmo trecho mencionado na justificativa da Resolução, aqui transcrito: “Um documento da Igreja Católica, datado de maio de 1995, assim considera a questão: ‘Distinta da eutanásia é a decisão de renunciar ao chamado excesso terapêutico, ou seja, a certas intervenções médicas já inadequadas à situação real do doente, porque não proporcionais aos resultados que se poderiam esperar ou ainda porque demasiado gravosas para ela para a sua família. Nestas situações, quando a morte se anuncia iminente e inevitável, pode-se em consciência renunciar a tratamentos que dariam somente um prolongamento precário e penoso da vida’. A seguir o documento apresenta uma série de argumentos, com o objetivo de

“ficar absolutamente claro que, ao contrário de todo o entendimento defendido pelo MPF, não versa a resolução combatida sobre a Eutanásia (antecipação do momento do morrer), tampouco de Distanásia (prolongamento com sofrimento do morrer), mas, sim, do morrer em seu tempo certo, sem utilizar recursos extraordinários, cuidando do paciente em processo de morte, com sedação, analgesia, conforto e carinho, ou seja, a ortotanásia”.

Segundo o entendimento do CFM, neste tipo de caso, “a pessoa irá morrer independentemente da atuação do médico. A morte é certa”. O documento ainda explicita a especificidade do quadro clínico: “o paciente emblemático é aquele portador de câncer, em fase terminal, com metástases disseminadas, com padecimento severo e cuja parafernália tecnológica e farmacológica, disponível na ciência médica, não pode mais recuperar-lhe saúde”. De acordo com o posicionamento do órgão representativo da classe médica, trata-se de uma mudança de projeto terapêutico, quando a utilização de todo o aparato tecnológico em “frias unidades de terapia intensiva”, passa a ser substituída pelo acolhimento e conforto do enfermo, “ao lado de seus familiares, com os recursos necessários para um desenlace digno e feliz”. Tal posição é enfatizada pela menção à “própria Carta Magna”, que “garante aos

cidadãos a dignidade do viver (e, portanto, do morrer também), onde ninguém pode ser submetido a tratamento desumano e constrangedor”.

3.3. Procedimento decisório judicial

Em 23 de outubro de 2007 o Juiz da 14ª Vara/DF defere a antecipação da tutela, para suspensão dos efeitos da Resolução CFM nº 1805/2006. No documento consta o seguinte fundamento da decisão:

[...] “E parece caracterizar crime porque o tipo penal previsto no sobredito art. 121, sempre abrangeu e parece abranger ainda tanto a eutanásia como a ortotanásia, a despeito da opinião de alguns puristas consagrados em sentido contrário. Tanto assim que, como bem asseverou o representante do Ministério Público Federal, em sua bem-elaborada petição inicial, tramita no Congresso Nacional o “anteprojeto de reforma da parte especial do Código Penal, colocando a eutanásia como privilégio ao homicídio e discriminando a ortotanásia”. Desse modo, a glosa da ortotanásia do mencionado tipo penal não pode ser feita mediante resolução aprovada pelo Conselho Federal de Medicina, ainda que essa resolução venha de encontro aos anseios de parcela significativa da classe médica e até mesmo de outros setores da sociedade”.

A partir desta decisão o CFM é citado e intimado. Por sua vez, este órgão requer a imediata reconsideração da decisão judicial liminar, por meio de recurso judicial próprio (agravo instrumento), em 5 de novembro de 2007. No extenso pedido de reconsideração da decisão o CFM reafirma os principais argumentos em defesa da ortotanásia anteriormente explicitados, com ênfase no fato de não se tratar de antecipação da morte – como na eutanásia – nem de “prolongamento do sofrimento do morrer” – como na distanásia – mas “do morrer em seu tempo certo”. O núcleo central do argumento é que “trata-se **de cuidar do paciente em processo de morte**, com sedação, analgesia, conforto e carinho, ou seja, a *ortotanásia*”. A certeza de que a “pessoa irá morrer independentemente da atuação do médico” é reiterada, a partir de vários pronunciamentos de juristas, como de Luís Roberto Barroso, entre tantos outros.

No documento em defesa da Resolução são arrolados os argumentos jurídicos pelos quais o CFM não considera a ortotanásia uma conduta criminosa, com base no Código Penal, em razão da inevitabilidade e iminência da morte. Nesse sentido, a argumentação se centra em duas opções: “1) o prolongamento da vida a qualquer custo, mesmo que seja o sofrimento do ser humano; 2) o direito fundamental a uma morte digna, vale dizer, o direito de nós, seres humanos, escolhermos como será nosso fim neste mundo”. Assim, “O direito à boa morte é

uma decorrência do *princípio da dignidade humana*, um direito fundamental, portanto, e, como tal, de aplicação imediata”. Tal afirmativa significa que não se trata da exigência de reforma do Código Penal Brasileiro para incluir esta possibilidade de conduta. Portanto, o CFM pode admitir a ortotanásia como conduta ética e legal, decorrente da natureza de direito fundamental que expressa. Por fim, o CFM reitera que “não se pode ignorar, entretanto, é que a Constituição Federal consagra um princípio que dita a interpretação no sentido que a vontade do paciente agonizante deve prevalecer: a dignidade humana”. Nota-se aqui a tônica sobre as categorias fundamentais em todo o processo: sofrimento e dignidade.

Em 7 de março de 2008 o MPF recebe intimação do Juiz, para se manifestar sobre os documentos juntados pelo CFM, em sua contestação. Em resposta (18/03/2008), o Procurador demandante do MPF não solicita a produção de novas provas, reafirmando os pedidos inicialmente formulados, exigindo que o CFM comprove o cumprimento da decisão liminar que determinou a suspensão da Resolução. Em 26 de março de 2008 o CFM é intimado a apresentar cópia do Diário Oficial no qual foi publicada a suspensão da vigência da Resolução e a se manifestar.

Com o objetivo de “melhor demonstrar aspectos técnicos que envolvem o mérito da presente demanda”, em 3 de abril de 2008 o CFM requer a “ouvida de testemunhas”. A partir da aceitação do pedido pelo MPF, em 30 de setembro de 2008 quatro médicos e um padre da Igreja Católica responderam às questões expostas pelo Juiz. Os seguintes trechos são ilustrativos dos posicionamentos dos profissionais inquiridos:

“QUE na vigência da resolução a depoente observou que a publicação dessa norma deu maior tranquilidade para os médicos que passaram então a procurar conhecer mais sobre o tratamento paliativo.” (médica)

“Que esta resolução é [...] contra o prolongamento indevido da vida, o que é viabilizado pelo tecnicismo atual, entretanto esse prolongamento vai contra a dignidade da pessoa humana [...], citando inclusive o exemplo do Papa João Paulo II que se recusou a voltar para o hospital, para prolongar a sua vida; QUE vários códigos de ética médica que foram revisados recentemente, passaram a incluir, ao lado da vedação da eutanásia ativa, a vedação da obstinação terapêutica ou distanásia, a exemplo de Portugal, Canadá, Estados Unidos, Espanha e Itália.” (padre)

“[...], pois a partir do diagnóstico de terminalidade, que é relativamente fácil e seguro, a postura médica tem sido a de ouvir uma equipe multidisciplinar [...] na busca de uma decisão sobre o tratamento mais adequado para aquela situação [...]; QUE é correto dizer que a resolução não alterou a prática médica, mas tão-somente ensejou uma maior

tranquilidade para os médicos registrarem, especialmente no prontuário, o procedimento adotado conforme a realidade [...]” (médico)

“QUE durante a vigência da resolução, ou seja, do final de 2006 até o final de 2007, não observou alteração alguma na prática médica, enfatizando somente que pode ter ocorrido mudança no registro prontuário, pois as vezes ocorria de o médico de plantão que vinha constatar o óbito do paciente registrar que aplicou procedimentos que não foram aplicados na realidade, como procedimento de ressuscitação.” (médica)

“[...] salientou que a resolução não é impositiva nem proibitiva de uma conduta, como as demais resoluções do Conselho, sendo que o objetivo real da resolução foi permitir que os médicos interrompessem ou não iniciassem tratamentos desproporcionais a doença e de que nada adiantariam, com tranquilidade no sentido de não serem punidos eticamente pelo conselho de fiscalização; [...]; QUE indagado sobre a resolução ser lacônica sobre o procedimento a ser realizado antes da ortotanásia, respondeu que existem diversas doenças que implicam o estado terminal, e todo médico está habilitado para reconhecer esses estados em cada doença específica [...]; QUE indagado sobre qual é o grau de segurança da opinião médica sobre o estado terminal da doença, respondeu que a maioria dos casos se refere à oncologia e os médicos têm conhecimento sobre o prognóstico de cada tipo de câncer, e no que se refere às outras doenças degenerativas, pela falência progressiva dos órgãos, é possível fazer esse prognóstico de morte próxima e iminente.” (médico)

Em 25 de maio de 2009 o Juiz novamente intima o CFM a comprovar o cumprimento da ordem judicial de publicação da suspensão da resolução no próximo periódico do órgão. Finalmente, em 1 de junho de 2009, o CFM apresenta a publicação da revogação no Jornal do Conselho de set/out 2008.

Em 7 de julho de 2009, uma surpreendente mudança de posição do Ministério Público Federal: a nova Procuradora representante do MPF “**pugna pela improcedência da presente Ação Civil Pública, com a consequente revogação da decisão antecipatória que suspendeu a vigência da Resolução CFM nº 1805/2006**”. Os argumentos desta decisão constituem os mesmos utilizados pelo CFM, em sua defesa, o que indica aceitação do MPF do posicionamento deste órgão ao longo dos debates proporcionados pelo procedimento judicial.

Por fim, em 1 de dezembro de 2010, o Juiz Federal emite a sentença, considerando que tanto o MPF como o CFM pugnam pela improcedência do pedido inicial que consta na ação. Em outras palavras, a substituição do Procurador demandante por outro profissional constitui indício da alteração do posicionamento do MPF ao final do processo

judicial, em prol da posição do órgão que regulamenta a conduta profissional médica. Cabe acrescentar que, a partir de 13 de abril de 2010, entrou em vigência um novo Código de Ética Médica no Brasil, com importantes modificações no que concerne ao direito de autonomia do doente e à recente modalidade de assistência a pacientes diagnosticados como “fora de possibilidades terapêuticas de cura” ou terminais, os cuidados paliativos. Tais mudanças no documento que rege a conduta ética dos médicos evidenciam não somente a aceitação dos limites de atuação do profissional de saúde, em face do avanço da enfermidade, como a necessidade de regulamentação acerca do alcance e do poder de escolha dos atores sociais envolvidos no processo de tomada de decisões referente à vida, sofrimento, uso de recursos terapêuticos e o morrer.

4. Entre determinantes sociais, valores morais, critérios científicos e definições legais

Os eixos centrais das argumentações desenvolvidas ao longo do processo são os seguintes: 1. determinantes sociais, que seriam indicativos das dificuldades de garantir a dignidade da vida das pessoas no Brasil, como princípio de justificativa para a manutenção da vida; 2. os valores morais, contidos na interpretação de que qualquer demanda em prol de interrupção de recursos para manutenção da vida constitui obrigatoriamente um pedido de socorro, não para a interrupção da vida, mas de cuidados; e na possibilidade de tomada de decisão médica com conteúdo eugênico; 3. critério científico do diagnóstico e prognóstico da inevitabilidade da morte; 4. definição legal da ortotanásia: entre a prática de homicídio eutanásico e a de tortura distanásica.

A comparação entre o Brasil e outros países, como Holanda e Bélgica – os primeiros a legalizarem a eutanásia – é utilizada pelo Procurador para demonstrar diferenças demográficas e sociais, no sentido de indicar a inadequação da proposição da ortotanásia. A menção à vida e morte severina serve para corroborar sua justificativa, pois indica uma perspectiva de igualdade de condições no processo do morrer. No entanto, também consta referência à existência de diferenças na assistência em saúde pública em nosso país. O seguinte trecho é ilustrativo:

“Mas, acaso aprovado tal reforma no Código Penal, a quem será cometido o dever de fiscalização acerca do que já acontece hoje em hospitais (vide *infra*) em que médicos plantonistas, insuficientes para tantos martírios do povo brasileiro que não condições de arcar com os custos de um plano de saúde, faz diuturnamente a *escolha de Sofia*, determinando, às vezes só de

olhar, quem deve ou não receber atendimento, isso em corredores abarrotados.”

Desse modo, o Procurador aponta tanto a precariedade da assistência em saúde em nosso país quanto das condições de trabalho dos profissionais de saúde. Ao mesmo tempo, indica e critica explicitamente o poder do médico de escolher quem é merecedor de receber atendimento. Em outros termos, questiona o controle social e institucional sobre o exercício profissional da classe médica, sem estabelecer a autonomia do doente nesse contexto.

Cabe aqui referir o tom emocional do texto, o que fica evidente pelo uso de certas palavras, como “martírio” e “*escolha de Sofia*”. O texto contém, portanto, um discurso de culpabilização/vitimização dos atores sociais envolvidos no processo de tomada de decisões em torno de vida/morte, saúde/doença e sofrimento. Neste quadro, o médico tanto pode ser o responsável/algoz pela opção sobre aquele que é merecedor do direito a viver/receber assistência em saúde quanto se torna uma vítima de sistemas/políticas públicas em saúde brasileiras. A escolha por este tipo de retórica torna invisível o potencial transformador que a garantia da autonomia do doente e o direito de decidir em torno de seu próprio final de vida desempenham neste processo. Em outros termos, o Procurador fragiliza o sujeito de direitos, tornando-o vítima/objeto do sistema, e não um agente capaz de produzir transformações na assistência pública em saúde. No que tange à esfera privada, tal perspectiva impossibilita que o sujeito tenha participação ativa na tomada de decisões referentes à dignidade no viver e no morrer.

A defesa do CFM sobre esta questão se centra no fato de que a Holanda e a Bélgica aceitam e legalizaram a eutanásia a partir de debates, não apenas entre profissionais de saúde e do Direito, mas na sociedade mais ampla. Tal posicionamento evidencia e indica a existência de distintas possibilidades de entendimento acerca da produção de uma “boa morte”. Indo além, para o CFM as diferenças entre o Brasil e outros países não justificam a rejeição de modos distintos de gestão do processo do morrer. Ao contrário, a elaboração de leis em variados contextos deve ser incluída na pauta de debates em nosso país. Para ilustrar essa afirmativa, é interessante citar a pesquisa de Frances Norwood (2009), sobre a eutanásia na Holanda. Este estudo indica que, neste país, a palavra eutanásia é amplamente aceita. Por vezes, a comunicação entre profissionais de saúde, doentes e seus familiares é facilitada pela menção a essa possibilidade.

Nesse contexto, em face de uma morte iminente, o “fim ideal” é na própria residência, com seus próximos e seu médico, em um clima de serenidade e de compaixão (Boisvert, Daneault, 2010, p. 30). Para Battin (1994), este quadro configura a “menos ruim das piores mortes”. No entanto, pesquisas sobre a prática da eutanásia na Holanda desde sua legalização indicam que somente uma restrita percentagem de pessoas deseja morrer por intermédio deste procedimento. Para Norwood (2009, p. 215), trata-se de uma produção discursiva sobre o último período de vida e seu término, sob uma linguagem mais aceitável para a cultura holandesa.

Os valores morais explicitados são de duas ordens: a primeira se refere à incapacidade de o doente expressar, de fato, sua vontade e escolha; enquanto a segunda concerne à intenção do médico, não no sentido ético da beneficência, mas em uma direção de maleficência, de prática eugênica, de afronta à dignidade da pessoa humana. A resposta do CFM, com a afirmativa do direito do doente de não sofrer, e o objetivo da assistência de médica de garantir bem-estar, evidencia a tensão entre dois valores. Por um lado, trata-se da garantia do direito de autonomia como mecanismo para evitar o sofrimento humano. De outro lado, o CFM reforça o preceito ético do ato médico beneficente e, ao mesmo tempo, afirma como meio eficaz de garantir que a atuação do profissional seja efetivamente um benefício para o doente, garantindo autonomia da decisão. Se a ortotanásia pode ser comparada ao homicídio eutanásico, a obstinação terapêutica ou distanásia pode ser equiparada à tortura, quando as medidas aplicadas não são aceitas e causam sofrimento à pessoa doente¹². Nas palavras de Dworkin (2009, p. 307): “levar alguém a morrer de uma maneira que outros aprovam, mas que para ele representa uma terrível contradição de sua própria vida, é uma devastadora e odiosa forma de tirania”.

A rejeição de médicos, pacientes e familiares a práticas em saúde que podem ser designadas como obstinação (ou futilidade) terapêutica é recente, com origem em uma produção bibliográfica crítica aos excessos de poder do médico (Menezes, 2006). A partir das últimas décadas do século XX surge, no ocidente, um ideário dirigido à produção de

¹² A Lei nº 9.455, de 07/04/1997, define tortura da seguinte forma: “I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental” ou “II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.”

uma “boa morte” (Menezes, 2004). Sentimentos são produzidos em relação ao morrer com sofrimento ou com controle médico sobre os sintomas.

Tal perspectiva se enquadra no que Boltanski (1993) nomeou de produção de sentimentos à distância. De acordo com este autor, na segunda metade do século XX as exigências morais em face do sofrimento convergem na direção do imperativo da ação (Boltanski, 1993, p. 9). A partir de um processo de difusão de informações acerca de situações de sofrimento, o espectador passa a ser afetado e instado a agir. Os significados de sofrimento – e os sentimentos articulados a essa categoria – se transformaram, com o processo de secularização. Da tradicional ênfase dolorista do cristianismo, presente e dominante no ocidente por séculos, passou-se à preeminência da busca pelo prazer (Duarte, 2005, p. 157). Luiz Fernando Duarte aponta outros valores centrais na cosmologia ocidental moderna: o individualismo ético e o naturalismo (2005). No primeiro, são preeminentes a escolha pessoal e a presumida liberdade individual. No segundo, trata-se da importância atribuída à ideia de natureza como valor apreensível pela razão humana – ela própria, vista como natural, em oposição ao privilégio tradicional da sobrenatureza e da transcendência moral.

Estes dois últimos valores – a presumida liberdade individual e a preeminência da natureza – estão presentes em toda a retórica em defesa da ortotanásia, apresentada pelo CFM no processo judicial aqui em pauta. O direito à autonomia e a crença em um processo “natural” do morrer constituem peças-chave na construção argumentativa da classe médica. O curso natural da vida e do morrer ganha preeminência no questionamento, por parte do Procurador, dos critérios científicos de diagnóstico e prognóstico de morte inevitável. De acordo com os médicos depoentes, há grande facilidade de efetuar este diagnóstico, que é “seguro e fácil”.

Nesse panorama apresenta-se uma dualidade, refletida no exercício da assistência em saúde, que também é estruturante de nossa cosmologia ocidental contemporânea: maximização da extensão da vida *versus* qualidade/intensidade da vida (Duarte, 1999, p. 25). Afinal, as diversas estratégias de maximização da vida e de otimização do corpo surgiram em função da sistemática exploração do corpo humano como sede da busca da exacerbação da sensibilidade e da intensificação do prazer. Nessa busca do prazer se apresenta uma questão crucial: qual a vida e morte que podem ser categorizadas como dignas?

Note-se a preocupação, por parte dos médicos, com a formulação de respaldo legal ao seu exercício profissional, no caso de retirada de recursos tecnológicos para manutenção da vida. No depoimento de uma médica, a menção à possibilidade de registro em prontuário, de determinadas práticas, é indício do sentimento de medo de penalização e criminalização por certas atitudes e escolhas, como não prescrição de medicamentos e/ou utilização de aparelhos para prolongamento da vida.

Nesse sentido, a qualificação legal da ortotanásia torna-se um dos eixos cruciais a ser analisado pelo juiz, recorrendo-se à dignidade da pessoa humana como principal categoria de análise a configurar se há homicídio eutanásico. No processo, ambas as posições se referem à dignidade de maneira “ambivalente, sendo invocada para justificar as duas posições contrapostas” (Barroso e Martel, 2010, p. 187). Os dois lados do debate sobre a eutanásia compartilham uma preocupação com a santidade da vida, estão unidos por esse valor. Eles divergem apenas no que tange à melhor maneira de interpretá-lo e respeitá-lo (Dworkin, 2009, p. 341). O mesmo pode ser afirmado em relação à controvérsia em torno da ortotanásia: para o órgão da classe médica, diante da iminência e inevitabilidade do morrer, uma assistência direcionada ao conforto constitui indicativo de respeito à santidade e ao valor da vida humana.

A análise dos discursos corrobora a concepção de que a dignidade da pessoa humana tornou-se “um dos grandes consensos éticos do mundo ocidental”, ao final da segunda guerra mundial (Barroso e Martel, 2010, p. 187). Tal posicionamento “valoriza o indivíduo, sua liberdade e direitos fundamentais” (Barroso e Martel, 2010, 212). Para Barroso e Martel (2010, 212), “a prevalência da noção de dignidade como autonomia admite, como escolhas possíveis, em tese, por parte do paciente, a ortotanásia, a eutanásia e o suicídio assistido”.

5. Considerações finais

No contexto ético, social e jurídico atual está consolidada a noção de que a pessoa tem o direito de decidir sobre o que implique em sua vida, desde que as escolhas não afetem diretamente a vida de outros e suas liberdades. Essa noção da centralidade do indivíduo e da autonomia funda a lógica de regulação pelo direito (individual, de cidadania ou direito humano), o que acarreta o reconhecimento, pelas leis, de espaços de autonomia e

autodeterminação dos sujeitos, como aspecto central de sua dignidade e dos direitos à vida e liberdade (Ventura, 2010, p. 42). Há relativo consenso na discussão jurídica atual de que a liberdade (autonomia) do indivíduo sobre a própria vida deve ser limitada/substituída pela noção de proteção e garantia à dignidade da pessoa humana, considerada como o valor jurídico que deve fundar e dar sentido ao conteúdo de qualquer limitação à liberdade humana (Moraes, 2003, p. 105).

A Resolução do CFM enfatiza a possibilidade de uma gestão do processo do morrer direcionada à produção de uma “morte com dignidade”. A regulamentação do exercício profissional dos médicos busca encaminhar a solução do conflito com a aplicação das seguintes normas deontológicas da prática médica: dever de não utilizar meios que abreviem o processo do morrer, ainda que seja a pedido do enfermo ou de seu responsável *versus* dever de utilizar todos os meios disponíveis em favor da pessoa assistida. Trata-se também de compatibilizar estes deveres com o de respeitar o direito de a pessoa decidir livremente sobre práticas diagnósticas ou terapêuticas.

Nos discursos contidos no processo, as categorias sofrimento e dignidade (no viver e no morrer) são relacionadas às evidências médicas de irreversibilidade, tanto referidas pelos defensores de uma morte no “tempo correto” quanto pela posição que considera analogia entre ortotanásia e eutanásia. O aspecto conflitivo normativo da ortotanásia na prática médica suscita dúvidas acerca da formulação sobre como viver e morrer, diante da oferta de novas opções. As novidades propiciam a construção de distintas liberdades em relação ao próprio corpo, à vida e morte, às relações privadas (familiares, conjugais, etc.). Há uma atribuição diferencial de valores e, em alguns momentos, ambivalentes e/ou paradoxais – como dignidade e sofrimento – associada a cada escolha e, conseqüentemente, sentimentos são produzidos e vinculados a cada condição. Portanto, faz-se necessário redefinir os significados de autonomia e beneficência, saúde e doença, início e término de vida, além de refletir sobre a legitimidade moral e jurídica do uso – e quem decide sobre tal uso (ou não) – dos novos recursos.

Na construção de nexos entre Direito, Medicina e valores morais, se apresentam dificuldades práticas e teóricas. A análise dos discursos dos atores sociais envolvidos no processo evidencia uma atribuição diferencial de sentidos e valores para as categorias apontadas, além da produção de sentimentos a elas associados. O debate em torno da demarcação de tais limites e da atribuição de significados conduz a indagações e aponta

paradoxos. A abordagem desses temas é também indício do grau de democracia em cada contexto, das possibilidades de exercício de liberdade individual e institucional, na direção das garantias de preservação de uma ética pública que respeite a moral privada.

A eutanásia e o suicídio assistido constituem questões intrinsecamente vinculadas aos valores morais associados à vida e morte e, enquanto tais adquirem um significado preciso somente a partir de uma decisão médica e/ou jurídica – ou de ambas. Na atribuição de seus significados necessariamente está imbricada a noção e o valor de pessoa vigente em cada contexto e, conseqüentemente, as emoções associadas a tais determinações.

As fronteiras e os limites de intervenção e deliberação são continuamente – e devem ser – objeto de novas formulações, tanto no campo da medicina quanto do Direito. Cada nova condição da pessoa na assistência em saúde ou em pedido judicial deste para interrupção de recursos para manutenção da vida pode conduzir a diferentes posicionamentos, em razão do surgimento de novas sensibilidades sociais e insensibilidades ou banalizações, constantemente produzidas e reproduzidas. Há um processo de mão dupla, que reforça permanências e suscita transformações sociais.

Os sentidos compartilhados em torno de uma norma – e da prática a ela referente – proposta ou vigente em cada contexto depende e, ao mesmo tempo, propicia a produção de emoções que, por sua vez, podem acarretar aceitação ou rejeição da norma.

De um lado, a exaltação da vida – tida como valor sagrado –, a indignação e a recusa de medidas que não se direcionem à sua manutenção, o que é qualificado como perda de dignidade e, em última instância, como ação criminosa. De outro lado, o sofrimento sem perspectiva de melhora da “qualidade de vida”, sem dignidade no viver e no morrer. É possível articular tais posicionamentos com os conceitos de vida nua ou corpo vivente, e o de vida privada e existência política (Agamben, 2010). Em outros termos, trata-se da tensão entre corpo biológico e corpo político, e das possíveis formas de gestão entre esses dois significados.

Nesse processo de gestão cabe buscar, pesquisar, apreender e refletir sobre os significados, tanto associados à produção de novas tecnologias dirigidas ao controle do sofrimento quanto ao incremento de recursos para o desenvolvimento e expansão das capacidades humanas. Trata-se de examinar os valores e as emoções vinculadas a cada categorização, determinação médica ou jurídica, que conduzem a políticas de gestão em torno dos limites do ser humano. Os sentimentos dos atores envolvidos nas decisões que

dizem respeito ao final da vida, a produção e incitação de emoções vinculadas a cada nova prática criada, além da atribuição de valor aos possíveis procedimentos médicos, tecnológicos e jurídicos desempenham papel crucial na formulação das políticas, conduzindo à sua aceitação ou recusa. A questão colocada pela eutanásia não se restringe à substituição do valor da santidade/sacralidade da vida por qualquer outro valor (Dworkin, 2009). É preciso refletir sobre os possíveis modos de compreensão e de respeito ao valor da vida, em face do surgimento de cada demanda individual ou coletiva. Por fim, afirmamos com Foucault (1988) que não somos apenas seres vivos, mas cidadãos em cujo corpo está em questão sua própria política.

Referências bibliográficas

Agamben, G. *Homo sacer. O poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2010.

Barroso, L. R.; Martel, L. C. V. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. In: Pereira, T. S.; Menezes, R. A.; Barboza, H. H. *Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

Battin, M. *The least worst death: essays in Bioethics on the end of life*. Oxford: Oxford University Press, 1994.

Boisvert, M.; Daneault, S. *Être ou ne plus être. Débat sur l'euthanasie*. Montreal: Éd. Voix Parallèles, 2010.

Boltanski, L. *La souffrance à distance. Morale humanitaire, médias et politique*. Paris : Métailié, 1993.

Charles, C.; Whelan, T.; Gafni, A.; What do we mean by partnership in making decisions about treatment? *British Medical Journal*, 319: 780-782 (18 september), 1999.

Cortina, A.; Martinez, E. *Ética*. São Paulo: Ed. Loyola, 2005.

Cunha, J. R. O juiz, a ética e o direito. In Cunha, J. R. (org.) *Poder Judiciário: novos olhares sobre gestão e jurisdição*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010.

Duarte, L. F. D. O império dos sentidos: sensibilidade, sensualidade e sexualidade na cultura ocidental moderna. In: Heilborn, M. L. (org.). *Sexualidade. O olhar das ciências sociais*. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

Duarte, L. F. D. *Ethos privado e justificação religiosa. Negociações da reprodução na sociedade brasileira*. In: Heilborn, M. L.; Duarte, L. F. D.; Peixoto, C.; Barros, M. L. *Sexualidade, família e ethos religioso*. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

Dworkin, R. *Domínio da vida. Aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

Foucault, M. *História da sexualidade I. A vontade de saber*. Rio de Janeiro; Graal, 1988.

Grau, E.R. *Dicionário de Filosofia do Direito*. Barreto, V.P. (coordenação). São Leopoldo: Ed. Unisinos; Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006.

Howarth, G.; Leaman, O. (ed.). *Encyclopedia of death and dying*. Londres: Routledge, 2001.

Lima, E. C. Observações sobre Fundamentação Moral do Direito em Kant. *Ethic@*. Florianópolis, v.4, n.2, p.141-155, Dez. 2005.

Lyra Filho, R. *O que é Direito?* São Paulo: Brasiliense, 2006.

McNamara, B. A good enough death? In Petersen, A.; Waddell, C. *Health matters. A sociology of illness, prevention and care*. Buckingham: Open University Press, 1999.

Menezes, R. A. *Em busca da boa morte. Antropologia dos cuidados paliativos*. Rio de Janeiro: Garamond/Fiocruz, 2004.

Menezes, R. A. *Difíceis decisões. Etnografia de um centro de tratamento intensivo*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2006.

Moraes, M. C. B. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In Sarlet, I.W. (org.) *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

Norwood, F. *The maintenance of life. Preventing social death through euthanasia talk and end-of-life care – lessons from the Netherlands*. Durham: Carolina Academic Press, 2009.

Perelman, Chaim. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

Perlingieri, P. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002.

Pessini, L. *Distanásia. Até quando prolongar a vida?* São Paulo: Centro Universitário São Camilo, Loyola, 2001.

Rawls J. *Justiça como equidade. Uma reformulação*. São Paulo: Ed. Martins Fontes; 2003.

Rabenhorst, E.R. 2006. *Dicionário de Filosofia do Direito*. In Barreto, V.P. (coordenação). Porto Alegre: Unisinos, 2006.

Ventura, M. *A transexualidade no tribunal: saúde e cidadania*. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2010.