



O DIREITO PELA MORTE DIGNA: UMA ANÁLISE DO PROCEDIMENTO DA ORTOTANÁSIA NO DIREITO BRASILEIRO

THE RIGHT FOR THE DEATH DEIGNS: AN ANALYSIS OF THE PROCEDURE OF ORTOTANÁSIA IN THE BRAZILIAN RIGHT

Leandro Carvalho Sanson¹

RESUMO: O presente artigo visa analisar que medida o ordenamento jurídico brasileiro assegura ou não o direito aos pacientes em estado terminal com doença incurável permitindo a utilização do procedimento da ortotanásia, quanto à realização do exercício da sua autonomia com base no princípio da dignidade da pessoa humana. Para tanto, foi realizado uma análise dos principais conceitos envolvendo a temática, e posteriormente traçando uma relação comparativa com os princípios e direitos constitucionais, que em tese aplicam-se ao procedimento ortanásico. Utilizou-se metodologicamente no presente estudo uma pesquisa de caráter qualitativo, por meio do método dedutivo, com uma abordagem de revisão bibliográfica. Por fim, pode-se vislumbrar que apesar da temática ser polêmica e gerar uma nítida divergência na doutrina jurídica, o procedimento da Ortotanásia visa garantir uma morte digna para aqueles pacientes em estado terminal que não desejam prolongar o sofrimento de uma morte certa. Por tais razões, concluiu-se que a referida prática (Ortotanásia), quando respeitado determinados requisitos, possui respaldo no nosso ordenamento jurídico, especialmente nos princípios e direitos fundamentais, tais como da liberdade, igualdade, dignidade da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVE: Direito; dignidade; liberdade; ortotanásia; paciente.

ABSTRACT: This article aims to analyze the extent to which the Brazilian legal system ensures the right to terminally ill patients with an incurable disease,

¹ Bacharel em Direito - Universidade Luterana do Brasil (ULBRA);
Mestre em Ciências Sociais - Universidade Federal de Santa Maria (UFSM);
Email: leandrosanson@gmail.com



allowing the use of the orthotanasia procedure, as to the exercise of their autonomy based on the principle of the dignity of the human person. For that, an analysis of the main concepts involving the subject was carried out, and later drawing a comparative relation with the constitutional principles and rights, which in theory apply to the orthotic procedure. Methodologically, a qualitative research was used in the present study, through the deductive method, with a bibliographic review approach. Finally, it can be glimpsed that although the subject matter is controversial and generate a clear divergence in legal doctrine, Ortotanasia procedure aims to guarantee a dignified death for those terminal patients who do not wish to prolong the suffering of a certain death. For these reasons, it was concluded that this practice (Ortotanasia), when respected certain requirements, has support in our legal system, especially in fundamental principles and rights, such as freedom, equality and dignity of the human person.

KEYWORDS: Law; dignity; freedom; orthototania; patient.

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa provocar uma discussão sobre a possibilidade de aplicação da Ortotanásia em procedimento médico para o paciente em estado terminal com enfermidade incurável que lhe proporcione uma significativa diminuição no seu sofrimento. A ortotanásia, que é uma palavra de origem grega, onde sua formação ocorre pela união de dois vocábulos gregos: *ortos* significa correto e *thanatos* quer dizer morte, com isso dá-se a entender que a ortotanásia significa literalmente morte correta ou morte digna. Assim, o indivíduo é considerado um paciente em estado terminal que resolve pôr um fim ao seu sofrimento, pois percebendo a inevitabilidade da evolução da doença, ele acredita que isso não é mais uma vida com dignidade, e então resolve utilizar a sua autonomia e determinar a realização da ortotanásia. É nesse momento que surge verdadeiros obstáculos, seja no campo jurídico, social e principalmente no âmbito familiar ao que se refere à aceitação dessa decisão por parte da sociedade.



Diante dessas circunstâncias, o presente estudo visa esclarecer o seguinte problema: Seria possível com base nos princípios constitucionais, que o paciente em estado terminal com doença incurável, poderia vislumbrar a utilização da ortotanásia no Direito Brasileiro?

Sendo assim, o presente trabalho objetiva-se a realizar uma análise do ordenamento jurídico brasileiro para descobrir se este assegura o direito aos pacientes em estado terminal para que faça a utilização da ortotanásia, enquanto realização do exercício da sua autonomia com base no princípio da dignidade da pessoa humana.

Para tanto, a metodologia de pesquisa a ser utilizada, será de abordagem qualitativa, por meio da aplicação do método dedutivo. O procedimento técnico utilizado será a pesquisa bibliográfica realizada em livros, revistas, artigos, dissertações e teses de doutrinadores e pesquisadores da área.

2. EUTANÁSIA, DISTANÁSIA E ORTOTANÁSIA.

2.1 Eutanásia: A morte provocada

A eutanásia é uma palavra de origem grega, onde tem a formação causada pela união de dois vocábulos gregos: *eu* (boa) e *thanatos* (morte), significando boa morte, morte sem dores, sem sofrimentos, em paz, consciente. Assim, deixando evidente que esse procedimento visa tirar no evento morte, o sofrimento e a dor, abreviando a vida de pessoas que se encontram em estado terminal devido ao fato de ter sido acometido por uma doença incurável, ou até mesmo um sofrimento psicológico. Com isso sua morte é causada pelas mãos ativas de outro ser humano, que usando uma dose letal de uma substância pode levar a morte qualquer indivíduo em pouquíssimo tempo.

No mesmo entendimento segue a autora Roxana Cardoso Brasileiro Borges (2007, p. 234), dizendo:

Etimologicamente, a palavra eutanásia significa boa morte ou morte sem dor, tranquila, sem sofrimento. [...] uma morte provocada por sentimento de piedade à pessoa que sofre. Ao invés de deixar a



morte acontecer, a eutanásia, no sentido atual, age sobre a morte, antecipando-a.[...] A eutanásia verdadeira é a morte provocada em paciente vítima de forte sofrimento e doença incurável, motivada por compaixão.

Nesse sentido, do ponto de vista clínico, para que o procedimento eutanásico ocorra é necessário atender alguns requisitos são eles: a morte é um evento certo e inevitável devendo ser sem dor ou sofrimento ou se for com dor e sofrimento que seja rápido, o fim que deseja alcançar deve ser exclusivamente acabar com o sofrimento que está presente na vida do enfermo e que a realização do procedimento deve ter sido solicitada pelo enfermo ou por seus familiares capazes de decidir pelo paciente, caso este não puder decidir por conta própria.

Dessa forma, o procedimento eutanásico pode ser dividido em duas modalidades podendo demonstrar uma ação, quando um terceiro age ativamente durante a execução do procedimento, ou uma omissão, quando ocorre uma interrupção ou retirada dos cuidados que são imprescindíveis para a manutenção da vida do paciente.

Nesse sentido, percebe-se que a eutanásia é dividida em outras duas espécies, sendo a eutanásia ativa (ação) e a passiva (omissão)², demonstrando uma nítida distinção entre os dois procedimentos.

O autor Ronald Dworkin sobre a decisão pela utilização do procedimento eutanásico como forma de respeito sobre a vida entende que:

Os que desejam uma morte prematura e serena para si mesmos ou para seus parentes não estão rejeitando ou denegrindo a santidade da vida; ao contrário, acreditam que uma morte mais rápida demonstra mais respeito para com a vida do que uma morte protelada. (2003, p. 341)

Conforme expõe o autor, vemos que aqueles que por vontade própria decidem ter uma morte prematura para si ou para seus parentes não estão desrespeitando a vida, pois uma vida para ser bem vivida precisa ter o mínimo

² A eutanásia ativa será aquela em que o evento morte é resultado de uma ação direta do médico ou de interposta pessoa, como, por exemplo, o ato de administrar doses letais de drogas ao paciente. A eutanásia passiva, ao contrário, é uma conduta omissiva, em que há a supressão ou interrupção dos cuidados médicos que oferecem um suporte indispensável à manutenção vital. (SANTORO, 2010, p. 118)



de dignidade, fato que não ocorre na situação de um indivíduo que está com muitas limitações por conta da sua enfermidade incurável.

2.1.2 Diferenças entre eutanásia e o suicídio assistido

O termo suicídio assistido apareceu na década de 1990 através do médico Jack Kevorkian, mais conhecido como “Doutor Morte” ou “Anjo da Morte”, nasceu em 26 de maio de 1928, em Detroit, Estados Unidos. Na década de 80, Jack Kevorkian passou a “ajudar” doentes terminais a encerrarem seu sofrimento, por meio do suicídio assistido. A partir desse momento, Kevorkian passou a defender o direito de pacientes terminais praticarem o suicídio assistido. Com o passar de alguns anos, Jack criou uma máquina denominada de mercitron³ que provocava suicídios “piedosos”.

Dessa forma, o suicídio assistido se diferencia da eutanásia através do sujeito que comete o ato, pois como já foi dito anteriormente, no procedimento eutanásico o ato de execução é realizado pelo médico a pedido do enfermo, já no assistido o ato de execução é realizado pelo próprio paciente, mas para que isso aconteça é necessário que tenha a ajuda de terceiros para que coloque a sua disposição meios que contribuam para a execução do ato suicida. Como a eutanásia, para a execução do suicídio assistido necessita que alguns requisitos sejam atendidos⁴.

No Brasil, existe previsão legal, mas precisamente no artigo 122 do Código Penal, que proíbe expressamente a prática do suicídio assistido, expondo: “Art. 122. Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça”.

De acordo com a interpretação do dispositivo citado, qualquer pessoa que praticar a conduta, desde que colabore para que o suicida tenha o seu intento realizado, responderá criminalmente. Com isso fica evidente que a

³ Essa máquina era composta por três seringas e uma agulha com um dispositivo que acionava a aplicação das substâncias, na primeira seringa continha uma solução salina chamada *Thiopental*, cuja função era dilatar uma veia, na segunda seringa, era um relaxante muscular e na terceira seringa tinha cloridato de potássio, que provocava uma parada cardíaca instantânea, este é o exemplo de suicídio assistido criado pelo Dr. Morte, consistindo na vontade e ação do paciente.

⁴ Requisitos: a) paciente com moléstia incurável, segundo o estágio do conhecimento da ciência médica; b) paciente em fase terminal; c) pessoa consciente e, portanto, em condição de livremente manifestar-se, ou que tenha manifestado, pregressamente, sua vontade a ser respeitada se os dois primeiros requisitos se apresentem. (SZTAJN 2002, p. 142).



punição do suicida se torna impossível desde que este obtenha êxito no seu plano. Passando a ser punível apenas aquele que participou da prática do suicídio, sendo instigando, induzindo ou auxiliando o suicida. Nesse sentido, argumenta do autor Julio Fabbrini Mirabete:

Por razões que se prendem a impossibilidade de punição do suicídio e a política criminal não se incrimina a prática do suicídio. Como a pena não pode passar da pessoa do delinquente (art. 5º, XLV, da CF), seria impossível sua aplicação ao suicida. (2008, p. 50)

Como observado anteriormente os dois procedimentos possuem definições e peculiaridades totalmente diferentes, não podendo serem confundidos.

2.2 Distanásia:

A distanásia é uma palavra que é de origem grega, formada com a união de dois vocábulos gregos, onde *dis* significa afastamento e *thanatos* que quer dizer morte, ou seja, significa o afastamento da morte, o que consequentemente será um prolongamento da vida do paciente em estado terminal. Possui uma ligação forte com o comportamento do profissional da saúde, pois este trava uma batalha contra o tempo usando de todas as formas de terapia para preservar a vida do enfermo. Dessa forma, a distanásia é também denominada como obstinação terapêutica⁵ ou futilidade médica⁶, pois esses excessos das medidas terapêuticas não desenvolvem a cura, o que acarreta em mais dores e sofrimentos ao doente, com tratamento fútil e ineficaz, não atingindo aquilo que é desejado pelo paciente, tampouco melhorando a sua qualidade de vida.

Luciano de Freitas Santoro (2010, p.128) leciona:

⁵ O termo obstinação terapêutica tem origem francesa, que pode ser conhecido como encarniçamento terapêutico, é uma expressão que possui o mesmo sentido da distanásia, foi inserida na linguagem médica na década de 50, por Jean-Robert Debray, possui a definição de que é um comportamento médico que consiste em utilizar terapias em que o efeito acaba se tornando mais nocivo do que a enfermidade que pretende curar, pois a cura da enfermidade se mostra impossível, não trazendo nenhum benefício para o paciente, lhe proporcionando mais dias de sofrimento.

⁶ É um termo que designa o tratamento fútil que surgiu na linguagem inglesa que foi adotada pelo sistema médico norte-americano, nos meandros da década de 80, em virtude da própria evolução da medicina e do aumento da capacidade de os profissionais de saúde interferir no processo de morte do paciente em estado terminal, estabelecendo o hábito de querer decidir sobre a vida dos pacientes, visando combater a enfermidade com tratamentos fúteis..



A distanásia é aquele comportamento em que há um excesso do médico em lutar pela vida do paciente, verdadeira tenacidade traduzida na obstinação terapêutica, retardando inutilmente a morte natural do paciente através da utilização de métodos terapêuticos injustificáveis em pacientes que se encontrem em estado de morte iminente e irreversível.

Dessa forma fica compreendido que o procedimento da distanásia é o oposto da eutanásia, pois se neste procedimento visa uma antecipação da morte, naquele procedimento há um adiamento do evento morte do enfermo por meio de tratamentos inócuos que em nada irá melhorar na vida do enfermo.

No procedimento da distanásia, são aplicados tratamentos que os profissionais de saúde classificam como ordinário⁷ e extraordinário⁸. Desse modo, o paciente acaba se tornando um objeto nas mãos do profissional de saúde, pois o interesse do médico em alcançar ou encontrar a cura para aquela enfermidade específica, acaba colocando a opinião do paciente em segundo plano, fazendo do corpo do paciente o seu laboratório e sempre procurando alcançar a perfeição e aprimorar cada dia mais o seu conhecimento e consequentemente a evolução da medicina.

2.3 Ortotanásia

A ortotanásia é uma palavra de origem grega, onde tem a formação causada pela união de dois vocábulos gregos: onde *ortos* significa correto e *thanatos* quer dizer morte, com isso dá-se a entender que a ortotanásia significa literalmente morte correta ou morte digna. Assim, a definição do procedimento da ortotanásia é adotado por um profissional de saúde, procurando respeitar a morte do paciente em estado terminal, trazendo seu acontecimento de uma forma natural, pois já era esperado por conta da sua

⁷ O tratamento ordinário ou proporcional é definido como aquilo que é habitual, que se encontra dentro dos padrões e limites estabelecidos, não buscando algo que seja impossível de alcançar e não dispensando no paciente uma carga gravosa que irá comprometer seu bem-estar.

⁸ Já o tratamento extraordinário ou desproporcional, é definido como aquilo que foge da habitualidade, onde busca incessantemente pela cura da enfermidade do paciente. Dispensando sobre o mesmo uma carga elevada de procedimentos, não se importando com a opinião do paciente, tampouco com a qualidade de vida, vislumbrando apenas a quantidade de vida.



doença, não adiantando e nem tampouco adiando o efeito esperado, já que em algum momento o evento morte irá ocorrer.

Como explica o autor Luciano Santoro (2010, p.133) dizendo:

A ortotanásia, assim, é o comportamento do médico que frente a uma morte iminente e inevitável, suspende a realização de atos para prolongar a vida do paciente, que o levariam a um tratamento inútil e um sofrimento desnecessário, e passa a emprestar-lhe os cuidados paliativos adequados para que venha a falecer com dignidade.

O termo é utilizado para dar uma definição da morte sem a participação da ciência em querer adiar tal evento, a morte deve ocorrer de forma natural, permitindo ao enfermo morrer sem ter o prolongamento artificial da vida (MACIEL, 2008).

É relevante esclarecer que a ortotanásia diante da sua aplicabilidade, se encontra entre o processo da eutanásia e da distanásia, pois no primeiro, no procedimento não existe a realização de condutas que resultem na antecipação da morte do enfermo, e também não são realizadas condutas desproporcionais e desnecessárias que tenham como finalidade prolongar a vida do paciente a todo custo, não se importando com o sofrimento do enfermo ou procurando de maneira incessante a cura para a enfermidade.

Dessa forma, conforme argumenta Maria Elisa Villas-Bôas (2008, p. 68) de que “o direito à vida não inclui o dever de adiar indefinidamente a morte natural, pelo uso de todos os recursos protelatórios existentes, mesmo quando sumamente cruentos e contraindicados”.

Assim, diante dessa perspectiva, quando o paciente decide por recusar os tratamentos, a sua decisão deve ser respeitada pelo profissional de saúde, pois para o doente, o desejo de morrer em casa ao lado de sua família é uma forma de lhe trazer uma segurança e tranquilidade no seu leito de morte.

No entanto, mesmo observando a existência dos requisitos de que precisa já se ter certeza da inexistência de cura e do respeito aos últimos momentos do doente, existe uma grande divergência⁹ na doutrina acerca de sua aplicação, e aos direitos à essa prática atribuídos.

⁹ Parte dos juristas consideram a prática da ortotanásia passível de dúvidas e questionamentos, por conta da dificuldade de controlar e acompanhar os casos de pacientes terminais que serão submetidos a sua aplicação, assim como se os profissionais de saúde irão observar rigorosamente a existência dos requisitos necessários para a autorização. Com isso,



Os autores que defendem a prática da ortotanásia, veem como uma forma de garantir para o paciente uma forma de morte digna, evitando que este sofra mais que o necessário, que seus últimos dias sejam acompanhados de cuidados essenciais para que suas angústias sejam exauridas até o último momento de vida. Essa é uma forma de reconhecer que a morte é uma parte integrante da existência dos indivíduos, não podendo o homem querer modificar, adiar, prorrogar, ampliar o tempo certo da sua ocorrência, e sim, fazer com que aconteça da maneira mais natural, sem antecipar a ocorrência e prolongar o sofrimento. Ademais, é importante destacarmos que a Ortotanásia não pode ser confundida com a prática da Eutanásia Passiva¹⁰.

3. DIREITOS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Por hábito e tradição, quase sempre pensamos no rol de direitos e princípios fundamentais que são aplicados no início e decorrer da vida humana, interpretando suas dimensões na plenitude das relações sociais. No entanto, tratado muitas vezes como um tabu, poucas vezes vislumbramos academicamente a perspectiva de direitos diante da iminência da morte, com exceção da sucessão.

Nesse sentido, analisando de um ponto de vista biológico e filosófico-existencialista, o certo é que a vida termina com a morte, e muitas vezes a perspectiva da morte iminente é algo que deve profundamente também ser analisado pelo Direito, e por essas razões, mais importante ainda é clarificarmos ao certo quais direitos se aplicam a essas pessoas.

existem autores que consideram a ortotanásia como uma espécie de homicídio, tendo em vista que se trata de um direito indisponível, direito à vida, e o profissional de saúde não deve medir esforços para preservá-la, desde que não exceda aos limites de tratamentos existentes. Em contraposição, para outros autores, o procedimento ortotanásico, uma vez solicitado pelo paciente consciente, poderá ser considerado como uma forma de encarar a morte de uma maneira natural, fazendo com que o paciente siga seu destino normalmente até seu último suspiro, sem sofrimento, apenas sendo aplicados os cuidados necessários para diminuir as dores, até que a morte chegue de forma natural.

¹⁰ A definição entre a ortotanásia e a eutanásia passiva parte do seguinte entendimento, a ortotanásia é a retirada dos tratamentos que prolongue a vida do paciente, sendo apenas adotado um procedimento que diminua o sofrimento. Enquanto que a eutanásia passiva seria a morte do paciente causada por uma omissão de todos os cuidados possíveis para alívio do sofrimento do paciente. Nesse sentido, a eutanásia passiva consiste na suspensão ou omissão deliberada de medidas que seriam indicadas naquele caso, enquanto na ortotanásia há omissão ou suspensão de medidas que perderam sua indicação, por resultarem inúteis para aquele indivíduo (VILLAS-BOAS, 2005).



3.1 Direito à liberdade.

O direito à liberdade resguardado no caput do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 diz expressamente que: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se a inviolabilidade do direito à liberdade”.

O constitucionalista José Afonso da Silva (2003, p.232) afirma que a “Liberdade consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal”, seguindo o entendimento do citado autor entende-se que a liberdade é uma forma de possibilitar que o indivíduo realize uma coordenação consciente de meios necessários que sirvam para realizar ações que estejam de acordo com o seu interesse e necessidade para que alcance a realização da felicidade individual, evitando o sofrimento moral e psicológico.

Deve ser assegurado a todos o direito à liberdade, inclusive para pacientes em estado terminal, pois uma vez que sua vida estar limitada em um leito hospitalar, não há que se falar em liberdade propriamente dita, tendo sua liberdade limitada ao espaço físico do seu leito.

O direito de liberdade é reconhecido como um direito de primeira geração, juntamente com o direito à vida, à propriedade e à igualdade perante a lei. Dessa forma, entende-se que é através da igualdade que o indivíduo terá acesso as suas liberdades individuais, pois com a inexistência da igualdade não há em que falar sobre liberdade, a igualdade é uma condição fundamental para que seja exercida a liberdade, já que com a igualdade sendo praticada os iguais serão tratados igualmente e os desiguais na medida da sua desigualdade, desse modo facilitará o acesso a liberdade individual de cada cidadão¹¹, permitindo que o mesmo execute ações que esteja de acordo com o seu interesse desde que não viole as regras impostas pela sociedade.

¹¹ Todavia o direito à liberdade não é absoluto, existindo algumas limitações durante a sua prática, pois o indivíduo não pode executar todas as ações que achar que deva realizar através de seu livre arbítrio, essas ações que o indivíduo queira executar não deverá ter nenhum impedimento legal, uma vez que o indivíduo executar alguma ação que infrinja aquilo estabelecido por lei, conseqüentemente sofrerá a punição específica para aquela situação, como estabelece o artigo 5º, II da CFRB/1988.



Nesse sentido, a liberdade exercida pelos pacientes em estado terminal possui uma ligação com o exercício da autonomia, consentimento livre e esclarecido, capacidade e competência para decidir, para que isso ocorra é necessário que o paciente terminal esteja consciente e apto a entender que a sua decisão irá acarretar em consequências que poderão ser irreversíveis, onde o resultado poderá acontecer, não podendo ser evitado caso exista a desistência ou arrependimento do paciente durante o ato.

Nesse sentido, a competência do paciente terminal está ligada ao sentido de capacidade de decidir sobre o seu futuro¹². E, consentimento livre e esclarecido está ligado ao agente que possui capacidade para decidir racionalmente o que pode ser adotado como medida que esteja de acordo com os seus interesses¹³.

Nesse sentido, Ronald Dworkin (2003, p.307) afirma que “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”. Assim, é necessário permitir que o paciente exerça todo seu direito de liberdade em todos os seus sentidos.

O paciente terminal possui o direito de decidir sobre o próprio corpo de forma a evitar a utilização de tratamentos invasivos que ofendam a sua integridade física e lhe cause algum sofrimento, tal direito é assegurado no Código Civil de 2002 no artigo 15¹⁴ que expressamente dispõe a respeito, bem como também no Código de Ética Médica, na Resolução 1.931/2009, em seu

¹² Dizer que o paciente é competente equivale a dizer que tem capacidade, está apto a decidir. E, consentimento livre e esclarecido, significa estar frente a agente capaz que, tendo recebido informações claras sobre a patologia que o acomete e, dentre as terapêuticas existentes, as recomendadas, seus efeitos diretos ou colaterais, venha a decidir racionalmente segundo o que a ele, agente, parece mais consentâneo com seus interesses. (...) O exercício da competência é manifestação de autonomia das pessoas, possibilidade de decidirem o que querem para si (SZTAJN, 2009, p. 250-251)

¹³ A autora Maria de Fátima Freire de Sá (2009) esclarece que, para a autonomia do paciente terminal possa produzir efeitos são necessários alguns requisitos de validade que são: acesso a informação sobre o seu quadro clínico, aptidão para construir seu discernimento sobre os efeitos positivos e negativos que a sua decisão pode desenvolver e a ausência da participação de fatores externos que possam influenciar na decisão do paciente, pois a vontade do paciente deve ser livre de intervenções.

¹⁴ Art. 15. ninguém pode ser constrangido a submeter-se com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.



artigo 31¹⁵, que existe uma vedação ao médico que trata da defesa das decisões dos familiares do paciente terminal em que o profissional de saúde deverá respeitar tais decisões em relação as práticas diagnósticas ou terapêuticas que deverão ser adotadas, salvo em situações de risco de morte.

Desse modo, caberá ao profissional de saúde adotar ações que sirvam como cuidados paliativos ordinários, sem ultrapassar os limites estabelecidos pela ética médica com medidas terapêuticas extraordinária, inúteis e obstinadas, sempre respeitando a vontade expressa do paciente ou de seu representante legal. Esse posicionamento foi extraído do artigo 41 da Resolução 1.931/2009 do Conselho Federal de Medicina¹⁶.

Esse tipo de conduta do profissional de saúde atende exatamente o que determina o princípio da beneficência¹⁷, este por sua vez orienta que o dever ético do médico é de proceder sempre em favor do bem do paciente, é uma atitude de cunho positivo de prestar assistência aos seus pacientes.

3.2 Direito à igualdade

O direito à igualdade também previsto no caput do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, refere-se a igualdade como uma forma de equiparar os indivíduos, para que as condições de acessibilidade que possibilitam as oportunidades sejam iguais para todos, de forma que facilite o acesso de cada um aos bens ofertados. Não dificultando o acesso de uns e facilitando o acesso para outros, devendo manter o mesmo tratamento para não cometer atos que demonstrem uma desigualdade social.

¹⁵ Art. 31 É vedado ao médico: Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.

¹⁶ Art. 41. Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.

¹⁷ O princípio da beneficência requer o atendimento por parte do médico ou geneticista aos mais importantes interesses das pessoas envolvidas nas práticas biomédicas, para atingir seu bem-estar, evitando na medida do possível, quaisquer danos. Baseia-se na tradição hipocrática de que o profissional da saúde, em particular o médico, só pode usar o tratamento para o bem do enfermo, segundo sua capacidade e juízo, e nunca para fazer o mal ou praticar a injustiça. No que concerne às moléstias, deverá ele criar na práxis médica o hábito de duas coisas: auxiliar ou socorrer, sem prejudicar ou causar mal ou dano ao paciente (DINIZ, 2009, p.15).



Assim, a conceituação da igualdade demonstra que pode ser entendida como uma relação, ou seja, para que se entenda qual seria o ponto de uma igualdade necessitaria ter ao menos a relação entre duas pessoas para que estas fossem colocadas sobre as mesmas condições, determinando parâmetros e estabelecendo métodos que fornecessem para ambas os mesmos direitos.

O autor Giovanni Sartori (1994) trata desses valores afirmando que “a igualdade pressupõe a liberdade”, porém isso não significa que um seja mais importante que o outro. Segundo as palavras do citado autor, existe uma ligação entre eles, ligação que é de cunho procedimental, a liberdade deve ser materializada antes da igualdade¹⁸.

Dessa forma, entendemos que a liberdade necessariamente precisa vir primeiro que a igualdade, pois aquele que não possui liberdade não poderá reivindicar seu direito de igualdade perante os demais indivíduos da sociedade¹⁹.

Com isso observamos que a ideia de um tratamento igual aos iguais e dispensando tratamento desigual aos desiguais, refere-se ao indivíduo enfermo com sua saúde debilitada, sem alguma possibilidade de recuperação que possa melhorar sua qualidade de vida, dessa forma, o paciente terminal não pode ter o mesmo tratamento de um indivíduo que possui uma vida saudável. A busca incessante pela cura da enfermidade do paciente terminal, é uma forma de desferir uma série de tratamentos terapêuticos, que acaba ocasionando uma situação de desigualdade em relação aos demais indivíduos.

O entendimento da autora Maria de Fátima Freire de Sá explica que:

¹⁸ A liberdade vem primeiro, então, com base na simples consideração de que a igualdade sem liberdade é algo que não pode sequer ser reivindicado, existe, claro está, uma igualdade que precede a liberdade e não tem relação com ela; é a igualdade que existe entre escravos, entre indivíduos que são iguais por nada possuírem ou por nada valerem, ou por ambos, iguais em sua completa sujeição. No entanto, a igualdade dos escravos ou dos súditos escravizados não é uma vitória da igualdade e não tem nada a ver, assim espero, com as igualdades que prezamos. É difícil não reconhecer, então, que a liberdade vem primeiro no sentido de que quem não é livre nem sequer tem voz na questão (SARTORI, 1994, p. 133).

¹⁹ Com esse pensamento o autor (SARTORI, 1994) transmite o ensinamento de que o ser humano quando se encontrar numa situação que esteja diante de uma igualdade injustificada ou desigualdade injustificada, deverá opor-se para que seja feito um equilíbrio entre elas, de forma a garantir uma distribuição igualitárias de direitos entre todos os cidadãos, para que haja as mesmas condições entre todos que busquem a realização de seus interesses individuais.



(...) é que a vida deve prevalecer como direito fundamental oponível erga omnes quando for possível viver bem. No momento que a saúde do corpo não mais conseguir assegurar o bem-estar da vida que se encontra nele, há de ser considerados outros direitos, sob pena de infringência ao princípio da igualdade. É que a vida passará a ser dever para uns e direito para outros (...) (2005, p.50).

Os ensinamentos da autora seguem o entendimento de que a vida é um direito fundamental que deverá ser resguardado diante de todos os indivíduos da sociedade, quando as condições de vida possuir o mínimo de qualidade necessária para o indivíduo. No entanto quando a saúde estiver comprometida e não ser capaz de garantir um bem-estar, precisa ser levado em consideração outros direitos, para não cometer uma desigualdade de tratamentos, de forma que o viver passará a ser o dever de uns e direito de outros.

3.3 Direito à vida

O direito à vida é resguardado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no caput do artigo 5º dentro do título dos Direitos e Garantias Fundamentais dizendo expressamente que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo- se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. São direitos e garantias fundamentais inerentes ao ser humano, que surgiu em razão da convivência entre estes. Contudo, a vida é reconhecida como um pré-requisito para a aquisição dos outros direitos devendo ser plenamente respeitada, pois desse direito o ser humano terá acesso aos outros.

No mesmo entendimento o autor Alexandre de Moraes (2011, p.80), se manifesta:

O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, pois o seu asseguramento impõe-se, já que se constitui como pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos. A Constituição Federal assegura, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência. O direito humano fundamental à vida deve ser entendido como direito a um nível adequado com a condição humana, ou seja, direito à alimentação, vestuário, assistência médico-odontológica, educação, cultura, lazer e demais condições vitais. O Estado deverá garantir esse direito a um nível de vida adequado com a condição humana respeitando os princípios fundamentais da cidadania, dignidade da pessoa humana e valores sociais do trabalho



e da livre iniciativa; e, de uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo o desenvolvimento nacional e erradicando-se a pobreza e a marginalização, reduzindo, portanto, as desigualdades sociais e regionais.

Conforme visto, o direito à vida é reconhecido como o mais fundamental de todos os demais direitos, sem a prevalência desse a aquisição dos demais direitos não será possível, Não podendo falar em liberdade, igualdade, dignidade e propriedade, sem que exista necessariamente a vida.

Nesse sentido, a vida deve ser protegida incansavelmente sendo que tal proteção é de responsabilidade do Estado que deverá garantir a vida em todas as suas esferas, assim como executar as medidas necessárias para a sua manutenção e também garantir uma existência com dignidade para cada cidadão por se tratar de um bem que é objeto de direito personalíssimo, sendo assim o ordenamento jurídico não pode permitir a existência de qualquer norma que viole o direito à vida, devendo esta norma ser considerada inconstitucional.

No entanto, ao analisarmos a “mens legis” constitucional, compreende-se que todo indivíduo tem direito à vida ou direito de viver, mas viver plenamente com dignidade, tendo seus valores respeitados e suas necessidades atendidas. Com isso percebe-se que o direito à vida possui um elo de ligação com a dignidade, e que não é apenas um dever de viver, mas sim um direito de viver dignamente. Dessa forma, o direito à vida não pode ser considerado como um direito absoluto que estar acima de todos os outros direitos, devendo existir ponderações quando este direito à vida passar a ser um dever de viver.

Acerca disso, existem autores que são totalmente desfavoráveis à interrupção da vida, pois defendem a ideia de que a vida é um bem indisponível, onde independe da qualidade de vida do indivíduo, tampouco do seu consentimento sobre o fim da sua existência, devendo a vida ser preservada de qualquer forma. E em sua grande maioria existem autores que possuem opinião favorável²⁰ em abreviar a vida do enfermo terminal, esses

²⁰ Esses autores afirmam que o ser humano possui outros aspectos que devem ser respeitados, e não somente o aspecto biológico. Devendo dessa forma, ser aceito o critério da qualidade de vida que não satisfaz somente a vida propriamente dita, mas também a pessoa em sua essência. Assim, o prolongamento da vida só poderá ser aceito se oferecer ao paciente terminal algum benefício. Caso contrário, a terminalidade da vida deverá ser encarada para que o enfermo tenha dignidade nos seus últimos dias.



defendem a ideia de que a vida não é apenas uma existência biológica, devendo possuir o mínimo de qualidade possível, não devendo apenas assegurar a vida, mas assegurar esse direito com qualidade e dignidade.

Desse modo, quando a qualidade de vida deixa de ser prestada, perde-se a condição de uma vida digna, com isso deve ser concedida ao paciente em estado terminal com doença incurável, que já não existe mais possibilidade de cura, o direito de escolher o momento certo da sua morte, para que ocorra uma morte digna, tendo em vista que a morte faz parte da vida do ser humano, e assim como a vida tem que ser vivida com dignidade seu fim pode se tornar digno também.

3.4 Princípio da dignidade da pessoa humana

O Princípio da dignidade da pessoa humana é previsto no artigo 1º em seu inciso III²¹, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A dignidade humana é inerente a todo ser humano, que juntamente com outros direitos e garantias previstos no ordenamento jurídico brasileiro garante ao indivíduo a possibilidade de não ter qualquer um deles violados.

Nesse sentido, cada indivíduo tem um valor imensurável e insubstituível que não há como ser definido, assim possuindo um fim em si mesmo, pois a dignidade nasce com o ser humano e se extingue com a morte do mesmo.

Embora exista uma grande discussão sobre a definição do que seria a dignidade, o autor Ingo Wolfgang Sarlet expõe sua opinião na tentativa de reunir todas as teorias levantadas como uma forma de elaborar um conceito geral do que venha a ser tal qualidade, esclarecendo:

A dignidade vista como uma característica do ser humano, que o faz merecedor do respeito e da consideração de todos os outros seres humanos e do Estado, implicando em um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegure a pessoa contra qualquer ato degradante e desumano, a fim de proporcionar condições mínimas de existência para garantir uma vida saudável, além de promover a participação ativa e responsável nos destinos da existência e da vida em comunhão com os demais. (SARLET, 2002, p.63)

²¹ Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos. (...) III- a dignidade da pessoa humana.



Dessa forma, podemos perceber que é na dignidade da pessoa humana que se fundamenta o direito à autonomia, à liberdade e autodeterminação, e é justamente nesse sentido que entende-se que se a vontade do paciente é determinante nas decisões acerca da protelação de um sofrimento incurável.

Assim, quando afirmamos que o processo de morte faz parte da vida do ser humano, que deve ser vivida com o mínimo de dignidade, devemos considerar a morte como parte da vida, e o direito à vida, expresso na Constituição Federal, implicitamente se refere a uma vida com dignidade, tornando possível a argumentação de defesa da existência do direito à morte digna, tal direito pode ser retirado de uma interpretação do direito à vida.

Portanto, trata-se do direito a uma morte digna²² que está implicitamente garantido pela Constituição Federal, que se encontra atrelado ao direito à vida. Esse supracitado direito não está relacionado apenas a vida biológica, estar relacionado também a aquisição de condições mínimas que garanta a subsistência do indivíduo para que tenha uma vida digna.

4. A ORTOTANÁSIA E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Conforme pode-se observar, o tema em análise suscita inúmeros debates de ordem ética, moral, religiosa, social, psicológica e jurídica, havendo divergência tanto na esfera pública quanto na doutrina jurídica.

Nesse sentido, a partir de uma interpretação da norma brasileira é possível encontrar, na Constituição da República Federativa de 1988, um arcabouço para o pedido de ortotanásia, possuindo como base a manutenção da dignidade da pessoa humana em face do papel do Estado que possui a

²² O direito à vida sendo analisado como um dos direitos da personalidade, não basta que seja interpretado sobre uma vida meramente biológica, já que a essência da dignidade da pessoa humana não se trata somente da questão biológica que permita ao indivíduo apenas viver. Portanto, não basta apenas viver, mas viver dignamente que requer a presença de condições mínimas de subsistência para alcançar uma qualidade de vida razoável, situação que precisa estar presente no último momento da terminalidade da vida, para que a dignidade tenha seu respeito assegurado de forma plena. Assim, um apelo ao direito de viver uma morte de feição humana, significa o desejo de reapropriação de sua própria morte, não objeto da ciência, mas sujeito da existência”, que nada mais é que atender ao apelo de um direito de ter uma morte tranquila e natural, livre de qualquer forma de tratamento que proporcione angustia e agonia ao paciente terminal (Baudouin; Blondeau, 1993).



tutela do direito à vida. Para existir a concretização da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, implica em assegurar a liberdade de escolha, até mesmo na questão de dispor da própria vida, quando um indivíduo que possui capacidade e está esclarecido sobre as decisões que poderá tomar sobre a sua atual condição, visto que está acometido por uma doença incurável e terminal, podendo dessa forma pedir a prática da ortotanásia com fundamento nos direitos fundamentais individuais que estão arrolados na Constituição Federal, de modo que pela visão constitucional moderna, acaba possibilitando juridicamente esse pedido.

Acontece que os direitos fundamentais, liberdade, autonomia, dignidade humana e direito à vida, inevitavelmente sempre entrarão em choque diante de um caso concreto que estará presente o pedido da prática da ortotanásia, pois esses direitos estão no mesmo patamar hierárquico, possuindo o mesmo grau de importância para o indivíduo, havendo diante desse caso concreto, a necessidade de se fazer à ponderação desses direitos e para isso precisará ser utilizado o princípio da proporcionalidade, que colocará numa balança e analisará o peso e o valor dos direitos que naquele momento estão em conflito.

Por certo, conforme observou-se no presente estudo, não há, na prática da ortotanásia, a ação de ofender a vida, como há na eutanásia, portanto não pode se falar do homicídio previsto no artigo 121, do Código Penal Brasileiro (CPB), e tampouco não se caracteriza em omissão de socorros, não incidindo a omissão prevista no artigo 4º, do CPB, pois aqui se trata de paciente em estado irreversível, já tendo recebido os cuidados necessários para sua recuperação hipotética, mas sem sucesso. Trata-se, portanto, da aplicação do princípio da dignidade humana, manifesto em consonância com o princípio da liberdade e autonomia das vontades.

Com a consagração da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, os direitos fundamentais do indivíduo que são decorrentes do princípio da dignidade da pessoa humana tornaram possível a verificação de que o direito à vida não é absoluto, onde diante de um conflito com outros princípios como a autonomia ou a liberdade deverá haver uma forma de tornar justa essa solução do conflito, e assim o princípio da proporcionalidade será



utilizado para que o indivíduo tenha seus interesses atendidos de forma que não sofra grande prejuízo em algum dos seus direitos envolvidos.

5. CONCLUSÃO

O presente estudo teve como finalidade fazer uma análise do ordenamento jurídico brasileiro, buscando identificar a possível guarida existente nas disposições constitucionais sobre a possibilidade da prática da Ortotanásia em pacientes em estado terminal. Assim, buscando uma compreensão sobre a utilização desse procedimento como forma do exercício da autonomia e do direito à liberdade do paciente em estado terminal para conseguir realizar sua última vontade, como garantia de uma morte mais digna.

Conforme pode-se observar, não se deve confundir os conceitos de eutanásia, que pelo ordenamento jurídico brasileiro é considerado um crime doloso contra a vida, mesmo sendo de conduta comissiva ou omissiva, pois independente da modalidade há a intenção de matar, com a ortotanásia, esta não é considerada crime, pois não há o dolo de matar, pelo contrário há a intenção de cuidar, visto que sua conduta requer uma prática de zelos que visam garantir um conforto e alívio para o paciente terminal e que atende ao interesse de morrer dignamente de acordo com a sua vontade, mas para isso é necessário o pleno consentimento do paciente ou seu representante, assim como a ação ética dos profissionais de saúde devendo sempre demonstrar respeito pela vida do ser humano.

Nesse contexto, diante da perda da saúde, o paciente terminal conseqüentemente perde sua qualidade de vida e isso afeta verdadeiramente o seu direito à vida, e também o princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse passo, quando a vida torna-se indigna de ser vivida, em virtude de uma doença incurável, mantendo o quadro clínico do paciente num estado irreversível causando-lhe dores e sofrimento, não há porque continuar a utilizar técnicas e procedimentos indefinidamente, com a intenção de prolongar uma vida.

O que deverá ser feito é manter o paciente ou seu representante legal informado sobre o seu real estado de saúde para que tome a medida certa, afastando a utilização de cuidados paliativos que aumentaria o sofrimento do



paciente terminal, garantindo-lhe uma morte digna, com a utilização do procedimento ortotanásico, onde os procedimentos devem ser ministrados na medida certa para que não prolongue a vida do paciente terminal, tampouco acelere o processo de morte. Nessas condições o princípio da dignidade da pessoa humana será respeitado e o paciente terminal terá sua autonomia exercida através da decisão que irá culminar na sua morte com dignidade, cabendo a sociedade como um todo aceitar que a terminalidade da vida humana é algo inevitável para cada indivíduo e que a utilização da ortotanásia é uma forma de acabar e/ou dirimir o sofrimento do paciente em estado terminal e irreversível, com doença incurável.

REFERÊNCIAS

BAUDOUIIN, Jean-Louis; BLONDEAU, Danielle. *Éthique de la mort et droit à la mort*. Paris: Press Universitaires de France, 1993.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 6. ed. São Paulo : Saraiva, 2009.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida: Aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de biodireito*. Belo Horizonte : Del Rey, 2009.

FRISO, Gisele de Lourdes. *A Ortotanásia: uma análise a respeito do direito de morrer com dignidade*. Revista dos Tribunais. São Paulo, v.885, jul. 2009.

MACIEL, M. G. S. Definições e princípios. In: OLIVEIRA, R. A. (Coord.). *Cuidado Paliativo*. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 2008.

MIRABETE. Julio Fabbrini. Renato N. Fabbrini. *Manual de direito penal*. Volume 2, parte especial, 25° ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Alexandre. *Direitos humanos fundamentais*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

PESSINI, Léocir. *Eutanásia: por que abreviar a vida?*. São Paulo: São Camilo, 2004.



SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SANTORO, Luciano de Freitas. *Morte digna: o direito do paciente terminal*. Curitiba: Juruá, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011a.

SARTORI, Giovanni. *A teoria da democracia revisitada*. São Paulo: Ática, 1994.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

SZTAJN, Rachel. *Autonomia privada e direito de morrer: eutanásia e suicídio assistido*. São Paulo: Cultural Paulista – Universidade da Cidade de São Paulo, 2002.

SZTAJN, Rachel. *Terminalidade da Vida: a ortotanásia e a constitucionalidade da Res. CFM 1.805/2006*. São Paulo: Revista de Direito Constitucional e Internacional, 2009.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *A ortotanásia e o Direito Penal brasileiro*. Revista Bioética, 2008, Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/File/56/59. Acesso em: 10 de junho de 2016.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.