

# **A INVIOABILIDADE DO DIREITO À VIDA PELA PRÁTICA DA ORTOTANÁSIA: UMA VISÃO HUMANISTA PELO DIREITO À MORTE DIGNA**

## **THE INVIOABILITY OF THE RIGHT TO LIFE THROUGH THE PRACTICE OF ORTHOTHANASIA: A HUMANISTIC VIEW OF THE RIGHT TO A DIGNIFIED DEATH**

Cecília Lôbo Marreiro<sup>1</sup>

### **RESUMO**

O direito à vida, na sua acepção mais ampla, tutela não um dever de existir, mas, sim, uma vida digna e com qualidade. É sob essa óptica, que se edifica a ortotanásia, haja vista conclamar pela preservação da dignidade do paciente em todas as fases da sua vida, inclusive na derradeira. Centrada nos cuidados paliativos e na autonomia da vontade, propõe para o doente terminal uma assistência holística, isenta da obstinação terapêutica. A par destas considerações, objetivou-se neste artigo, reconhecer a inviolabilidade do direito à vida pela prática da ortotanásia. A metodologia empregada compõe-se de uma pesquisa bibliográfica de matérias pertinentes à temática e da análise de uma decisão judicial que abordou a questão, o que contribuiu para nortear melhor a discussão. Assim, através dos estudos legais, jurisprudenciais e doutrinários que serviram de lastro a este trabalho, pôde-se perceber que, a ortotanásia não viola o direito à vida, uma vez que, ao preservar a dignidade do paciente terminal, permeia-lhe não só uma qualidade de vida, mas, também o favorecimento de uma morte digna e condizente com a natureza humana.

**PALAVRAS-CHAVE:** Princípio da dignidade da pessoa humana; Direito à vida; Paciente terminal; Ortotanásia; Morte digna.

### **ABSTRACT**

The right to live in its wider understanding guarantees not only the duty of existence but also a decent life and with quality. Orthotanasia is founded on these principles in order to promote patient dignity in all life phases, including the terminal one. Focused on palliative treatments and on willing autonomy, it proposes to terminal patients a holistic assistance exempt from therapeutic obstinacy. Considering this, the article defines how to recognise the inviolability of the right to live through the practice of orthotanasia. The methodology used in this work was based on bibliography research of articles relevant to the subject and on the analyse of a judge sentencing that took the question into consideration. This contributes to address the discussion in a better way. Through legal and doctrinal studies, analysed in this work, it can be perceived that orthotanasia does not violate the right to live acknowledging that preserving the dignity of a terminal patient guarantees him not only a quality in life but also a correct death according to human conditions.

**KEYWORDS:** Principle of human being dignity; Right to live; Terminal patient; Orthotanasia; Dignified death.

---

<sup>1</sup> Enfermeira, advogada, mestranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza, UNIFOR, com a linha de pesquisa em Direitos Humanos. Cecilia.lob@hotmail.com.

## **INTRODUÇÃO**

A dignidade humana, enquanto valor universal, ao ser positivada pelas Constituições democráticas, direcionou a finalidade do Estado para a persecução dos direitos fundamentais do indivíduo e a promoção da justiça social.

Uma vez institucionalizado como norma constitucional, o direito à vida deverá perfazer-se sob a concepção do princípio da dignidade da pessoa humana, assegurando não um dever de existir, a qualquer custo, mas um viver digno e com qualidade.

É sob essa óptica que se edifica a ortotanásia, com a função precípua de conclamar pela preservação da dignidade do paciente, em todas as fases da sua vida, inclusive na derradeira, propondo-lhe uma assistência humana e holística, centrada nos cuidados paliativos e na autonomia da vontade.

Assim, a justificativa desse trabalho, emergiu da necessidade de demonstrar, o quão, a ortotanásia, coaduna com o direito fundamental à vida, uma vez que, essa, não se resume ao quantitativo de “sobrevivência celular”, mas, a uma vida qualitativamente plena de dignidade.

Malgrado a doutrina e a jurisprudência, bem como o Novo Código de Ética Médica, serem favoráveis à ortotanásia, percebe-se, por parte do legislador brasileiro, uma omissão quanto à sua legalização, o que favorece à obstinação terapêutica e, conseqüentemente, a indignificação do paciente terminal, contradizendo, assim, o fundamento maior da Constituição do Brasil: o princípio da dignidade da pessoa humana.

A par destas considerações, objetivou-se, neste artigo, reconhecer a inviolabilidade do direito à vida pela prática da ortotanásia. A metodologia empregada compõe-se de uma pesquisa bibliográfica de matérias pertinentes à temática e da análise de uma decisão judicial que abordou a questão, fato que contribuiu par nortear melhor a discussão.

## **1 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO NÚCLEO BÁSICO DO ORDENAMENTO JURÍDICO**

O pensamento filosófico e político da antiguidade atribuía ao termo dignidade (*dignitas*), uma conotação de *status* social. Nesse sentido, havia uma modulação da dignidade, em que se podia determinar a existência de pessoa mais digna ou menos digna.

Destarte, é com a filosofia cristã de Tomás de Aquino, que a palavra dignidade adquire a conotação de qualidade ínsita do ser humano. Este filósofo, segundo Martins (2008,

p. 24), ao associar a racionalidade do homem ao exercício da sua liberdade, consubstanciou a dignidade à natureza humana. Para tal, partiu do pressuposto de que, se todos os homens são concebidos à imagem e a semelhança de Deus, são inatos e naturalmente dotados da mesma racionalidade, o que os faz também, serem iguais em dignidade.

Não obstante a teoria de Tomás de Aquino ter exercido forte influencia na universalização da dignidade, foi o desenvolvimento da autonomia ética de Immanuel Kant que permitiu associar o conteúdo da dignidade à concepção do homem como fim em si mesmo.

Para Sarlet (2010, p. 37), Kant fundamentou a dignidade da natureza humana na autonomia da vontade, uma vez ser esta um atributo encontrado apenas nos seres racionais. Assim, na visão kantiana, a dignidade e a autonomia estão intrinsecamente relacionadas e mutuamente imbricadas, visto que, a dignidade pode ser considerada como o próprio limite do exercício do direito da autonomia, ao passo que este não pode ser exercido sem o mínimo de competência ética.

Kant (1986, p. 77), então afirma, que a pessoa pertence, pela *práxis*, ao reino dos fins, o que a faz um ser de dignidade própria. Para ele, a dignidade é um valor absoluto, que impede o indivíduo de ser usado como instrumento para algo. Dessa forma, no reino dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade, ou seja, quando uma coisa tem um preço, pode a esse preço ser-lhe atribuído qualquer outra coisa, como equivalente, porém, quando uma coisa está acima de qualquer preço, não lhe é permitido atribuir qualquer equivalente, mas tão somente a dignidade.

Assim, para a concepção kantiana, homem é um ser único e insubstituível, de modo que, qualquer ato que vise coisificá-lo, além de atentar contra a sua dignidade, será também imoral.

Foi este ideal de dignidade- de vedação à instrumentalização humana- que alicerçou as Constituições democráticas no Pós-Segunda Guerra Mundial. Segundo Piovesan (2006, p. 408), em resposta às atrocidades nazistas, muitas constituições ocidentais passaram a adotar em seus textos constitucionais, princípios de elevada carga axiológica, com destaque para o valor da dignidade humana.

Foi, portanto, com o intuito de efetivar este paradigma, que o Constituinte originário brasileiro inseriu, expressamente, no artigo 1º, inciso III, do texto constitucional, o princípio da dignidade da pessoa humana, como fundamento da República e do Estado Democrático de Direito do Brasil. Essa determinação, objetivou reconhecer o indivíduo como finalidade precípua, e não como meio da atividade estatal.

Essa concepção antropocêntrica do sistema jurídico brasileiro- centrado na dignidade da pessoa humana- resultou, simultaneamente, em limite e tarefa dos poderes estatais. Conforme Sarlet (2007, p. 231), a dignidade estabelece limites com o intuito de evitar a instrumentalização do indivíduo, gerando direitos fundamentais negativos contra atos que possam violá-la ou expô-la a graves ameaças. Já o dever prestacional, reclama do Estado ações fáticas e jurídicas que promovam e protejam a dignidade da pessoa humana.

Ainda para Sarlet (2010, p. 80), o artigo 1º, inciso III da Constituição Federal (CF), não contempla apenas uma declaração de conteúdo ético e moral, mas também de cunho legal, uma vez que atribuiu à dignidade da pessoa humana, um *status* de norma constitucional principiológica, aferidora da legitimidade substancial da ordem jurídico-constitucional.

Nessa linha de pensamento, Piovesan (2006, p. 407) afirma que o valor da dignidade da pessoa humana impõe-se como núcleo básico e informador de todo ordenamento jurídico, como critério de parâmetro de valoração, capaz de orientar a interpretação e a compreensão do sistema constitucional.

Dessa forma, a dignidade opera tanto como a fonte dos direitos fundamentais- em que se exige e se pressupõe o reconhecimento e proteção desses direitos- como também assume a condição de conteúdo dos mesmos. Daí porque afirmar serem os direitos fundamentais, em regra, concretizações do princípio da dignidade da pessoa humana.

Segundo Corrêa (2005, p. 120), qualquer interpretação ou modificação que vise limitar ou reduzir um direito fundamental, somente será aceita se não ofender o seu núcleo, e, mais especificamente, se não impossibilitar a implementação da dignidade humana pela concretização daqueles.

Com base no que foi exposto, percebe-se, portanto, que infringir o princípio da dignidade da pessoa humana, implica amotinar contra todo sistema constitucional e conseqüentemente, contra todos seus valores fundamentais.

## **2 A VIDA COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL**

Antes de iniciar a argumentação dessa temática, urge oferecer resposta à seguinte indagação: o que significa vida? Parece não existir uma significação unívoca, haja vista a resposta estar centralizada na análise de dois critérios: o primeiro, de feição externa e objetiva, atribui à vida um significado biológico, evidenciado pela dinâmica anátomo-fisiológica humana; o segundo, de cunho subjetivo, permite que cada *ser* elabore um conceito

próprio de vida, levando em consideração os seus valores mais íntimos, constitutivos da sua personalidade.

Dias (2010, p. 188) expressa esse entendimento, ao afirmar que o significado da vida não deve ser limitado ao ciclo existencial humano, que inicia e termina com a morte. Para ele, a vida deve ser compreendida em sua complexidade e, principalmente, em sua qualidade, intensidade e dignidade, e não apenas restrita a um mero fenômeno biológico.

Não obstante a vida, com toda a sua riqueza significativa, ser uma prerrogativa própria do ser humano- portanto, um direito natural, anterior e superior à vontade do Estado, como bem defendem os jusnaturalistas ao longo da história ela vem sofrendo constantes violações. Tais ocorrências foram marcadamente acentuadas pelas práticas do holocausto nazista, o que, de certa forma repercutiu na elaboração de documentos internacionais reconhecedores da proteção do direito à vida.

Foi com esse escopo que, em 1948, a Assembléia Geral das Nações Unidas editou a Declaração Universal dos Direitos do Homem, na qual reconheceu a vida como um direito inerente a todos os homens, sem quaisquer discriminações.

O documento em referência, apesar de dispor de forte conteúdo ético e moral, era, no entanto desprovido de força jurídica obrigatória, o que contribuiu para sua ineficácia. Segundo Lopes (2001, p. 56), a positivação dos direitos do homem surge a partir da constatação da falta da eficácia das declarações e da necessidade da sua incorporação no direito positivo, como meio de garantir a sua proteção.

Para Canotilho (2003, p. 377), não basta qualquer positivação dos direitos “naturais” e inalienáveis do indivíduo; é necessário, antes disso, assegurar-lhes a dimensão de *Fundamental Rights*, inserindo-os no lugar cimeiro das fontes do direito: as normas constitucionais. Sem essa positivação jurídica, os direitos do homem serão meras esperanças, aspirações, idéias, impulsos, ou, até por vezes, uma simples retórica política, mas não direitos protegidos, constitucionalmente.

Diante dessas constatações, os Estados passaram não só a insculpir formal e materialmente, o direito à vida nos seus textos constitucionais, como integrá-lo ao catálogo dos Direitos Fundamentais, instituindo-se assim, como pressuposto necessário para o exercício dos demais direitos, haja vista que, para exercê-los, é necessário estar vivo.

Ressalta-se, por oportuno, que para muitos constitucionalistas, o direito à vida pertence à Primeira Geração dos Direitos Fundamentais. Estes, segundo Lopes (2001, p. 63), são os direitos individuais e os políticos, nos quais se incluem a vida, a liberdade, a igualdade, a propriedade, a segurança, a liberdade de consciência e de expressão. Acresce a autora que,

tais direitos emergiram na primeira metade do século XVIII, juntamente com os ideais do Estado Liberal, o que contribuiu para fundamentarem-se nos direitos naturais como justificativa de associá-los à natureza humana. Destaca-se, como traço marcante desses direitos, a subjetividade, titulada pelo homem na sua individualidade.

Conforme Sarlet (2010, p. 46), os direitos fundamentais da primeira geração conferem ao indivíduo o direito de se opor à arbitrariedade e ao abuso de poder do Estado, demarcando uma zona de não-intervenção estatal e uma esfera de autonomia individual. São, por esse motivo, apresentados como direitos de cunho “negativo”, uma vez que impunham um dever de abstenção e não uma conduta positiva, por parte dos poderes públicos.

Foi na intenção de implementar esse constitucionalismo- de positivação e eficácia dos direitos humanos- que o Constituinte originário brasileiro inseriu no rol dos direitos e garantias fundamentais, o direito à vida, assegurando-lhe a inviolabilidade de que trata o caput do artigo 5º, a seguir explicitado:

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

A inviolabilidade do direito à vida, disposto no artigo supra, não se revela em um dever de viver imposto pelo Estado, mas, sim, em uma proteção à vida humana, contra os atos atentatórios do poder público e das agressões dos indivíduos a este bem. Dias (2010:189) explica que, o objetivo desse preceito constitucional é impedir que a vida da pessoa seja ceifada, arbitrariamente. Todavia, isso não significa que tal direito permita ao indivíduo escolher seus caminhos, no que diz respeito à própria vida e à própria morte.

Extrai-se dessa concepção hermenêutica, que o direito fundamental à vida afirma-se sob o princípio da sacralidade da vida e não sob o princípio da santidade da vida. Segundo Lima (2010, p. 71), a idéia de santidade da vida- princípio dogmático e religioso, que teve início com a humanização do divino, representada pela personificação do Divino (Jesus) a um corpo humano - deve ser suplantada pela noção de sacralidade da vida, um princípio laico, pelo qual se reconhece o valor moral da existência humana sem que possa, portanto, ser confundido com a intocabilidade da vida.

Dessa forma, o direito à vida não deve ser centralizado na idéia metafísica do sagrado, mas sim, nos princípios coletivos da sacralidade da vida e da autonomia, os quais resguardam a vida humana como um bem, porém, distanciando o poder estatal da apropriação

indevida sobre a esfera subjetiva do indivíduo.

Há de se enfatizar, nessa vertente de idéias, que a vida, enquanto direito fundamental deve ser traduzida sob a concepção de dignidade humana. Castro (2007, p. 283), defendendo essa tese, afirma que o caput do artigo 5º da Constituição brasileira refere-se não apenas e objetivamente ao estado de ser vivo, mas a um modo qualificado de exercer os predicativos da existência, o que vale dizer, de acordo com os padrões de dignidade existencial. Nesse sentido, o direito à vida retrata o direito de viver uma vida, em conformidade com os valores jurídico-sociais do que deva ser uma existência, com dignidade.

À guisa do que foi exposto, percebe-se que o direito à vida não se restringe à dimensão existencial do *ser*, mas perfaz todo os propósitos do princípio da dignidade da pessoa humana. Nessa extensão significativa, não se tutela somente a vida, em si, enquanto quantidade, mas tudo aquilo que a compõe e dá sentido a um viver digno.

Essa acepção de vida deve edificar todas as etapas da vida do homem, inclusive a derradeira, ou seja, a morte. Investir, obstinadamente, contra essa etapa final da existência humana, é mais que remover a dignidade do ser humano; é simplesmente, reificá-lo.

### **3 DELIMITAÇÕES CONCEITUAIS, ÉTICAS E LEGAIS DA ORTOTANÁSIA**

Viver implica, inevitavelmente, que morrer um dia. Dessa realidade, não há como alguém apartar-se, haja vista que a morte, enquanto limite extremo da vida, põe a termo o ciclo da existência humana.

Essa consciência de finitude era assimilada, em sua inteireza, pelo homem medieval, o qual, no leito de morte, no âmbito do seu lar e na companhia das pessoas que o amavam, vivenciava um processo de morrer participativo e autônomo. Havia, por assim dizer, certa familiaridade com a morte, o que revestia o moribundo de dignidade e resignação.

Diversamente, na atualidade, a morte passa a ser interdita e escamoteada do conteúdo do *ser*. Tal dissociação decorreu, em parte devido aos avanços biotecnológicos, os quais - não ignorando as benesses dos medicamentos e técnicas terapêuticas para a sobrevida humana- passaram a intervir sobre a morte de diferentes maneiras, a ponto de ignorá-la, até no momento em que a mesma já se fazia uma realidade inquestionável.

Do domínio sobre a morte, é que se implementou o “hospitalcentrismo” do processo de morrer. Nele, o enfermo não raro é removido do seu ambiente familiar e depositado em um

leito hospitalar, onde no qual, morre sozinho ou no máximo sob a “companhia” de máquinas e de estranhos vestidos de branco.

É através dessa busca frenética pela imortalidade, que os médicos se precipitam sobre o morrer do paciente, impedindo-o, prorrogando-o, quando não, desfigurando-o. Dentro dessa visão, eles passam a ser os “donos” da morte, do seu momento e também de suas circunstâncias.

Desponta desse cenário tão desolador, a sua maior vítima, ou seja, o paciente terminal. Este, segundo Téllez (2006, p. 89), por padecer de uma doença avançada e insusceptível de tratamento curativo, evoluirá irreversivelmente para a morte em um curto espaço de tempo. Destarte, mesmo diante da sua terminalidade, é clausulado no mais recôndito leito hospitalar, onde, na maioria das vezes, se emprega meios extraordinários, com o objetivo único de procrastinar o seu sofrimento e a sua morte.

Como corolário da medicalização da morte, há a despersonalização do paciente, haja vista não se vislumbrar mais o ser humano, em si, mas, tão somente, um número de prontuário e uma doença, que servirão de objeto para os fins colimados da ciência médica.

Em resposta à indignificação do moribundo, perante o seu processo de morrer, toma vulto a ortotanásia, termo linguístico etimologicamente composto por duas palavras de origem grega: *orto-* certo, correto e *thanatos* – morte. Daí a associação da morte com a forma digna e humana de acontecer, em tempo e modo escorreitos.

Segundo Sales (2008, p. 62), a ortotanásia alinha-se à aceitação do designo biológico, sem que haja a abreviação da vida, e tampouco o seu prolongamento irracional. Seria a supressão ou a limitação de todo e qualquer tratamento fútil (práticas terapêuticas desnecessárias que, uma vez empregadas, não produzem benefício algum, mas tão somente danos), ante a inevitável morte do paciente.

Nessa óptica, Cocicov (2008, p. 70) acrescenta que a ortotanásia, como a arte de prover uma boa morte, compromete-se com o bem estar do enfermo, de modo que não se limita em assisti-lo fisicamente, mas também em atendê-lo, nas suas dimensões psíquicas e sociais, o que lhe garante coerência com o conceito de saúde estipulado pela Organização Mundial de Saúde (OMS).

Ratificando esse entendimento, Bomtempo (2011, p. 174) afirma, que esse novo conceito de saúde, promotora do bem-estar, associa-se à prática da ortotanásia, a qual por sua vez objetiva a busca do alívio da dor e do sofrimento do paciente terminal.

Pessini (2003, p. 28) ressalta que essa prática humanitária não só favorece o doente terminal, mas, como também, àqueles que os cercam a enfrentarem a morte serenamente, haja



vista, não ser esta uma doença a ser curada, mas sim algo inerente à vida.

Não dispor de um tratamento curativo para o paciente- por este se encontrar no estágio avançado e irreversível de sua doença- não significa deixar de assisti-lo. O constrangedor é submetê-lo a um tratamento fútil e desumano que nada acrescenta a sua qualidade de morte. Incorporando essa tese a um dos seus objetivos, a ortotanásia repudia a obstinação terapêutica e propicia ao moribundo ao longo do seu processo de morrer, um cuidar humanizado, voltado a atender às suas necessidades bio-psico e espirituais, possibilitando-lhe ingressar, dignamente, na fase derradeira de sua vida.

Percebe-se que a ortotanásia volta-se para a pessoa do doente, e não para a doença da pessoa. Assim, não havendo antecipação precipitada e nem tão pouco adiamento abusivo da morte, esta advirá naturalmente, como desfecho da vida.

Foi com o escopo de resguardar a autonomia e a dignidade do paciente, frente a sua terminalidade, que o atual Código de Ética Médica através da Resolução de Nº1931/2009, regulamentou eticamente a ortotanásia, como se observa a seguir, através da interpretação dos seus artigos 6º e 22, do Capítulo I dos Princípios Fundamentais e do parágrafo único do artigo 41 do Capítulo V:

Capítulo I  
PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS  
(...);

Art.6º O médico deve guardar absoluto respeito pela vida humana, atuando sempre em benefício do paciente. Jamais utilizará seus conhecimentos para gerar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano, ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade.

Art.22 Nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados.

Capítulo V  
RELAÇÃO COM PACIENTES E FAMILIARES

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.<sup>2</sup>

Infere-se da análise de ambos os artigos, que a ortotanásia prioriza a preservação da dignidade do paciente terminal, na medida em que este deixa de ser um mero objeto da vontade médica e passa a ser um *ser* autônomo, protagonista do seu processo de morrer, decidindo e opinando sobre a terapêutica empregada.

---

<sup>2</sup> Novo Código de Ética Médica. Resolução CFM Nº 1931/2009. Disponível em: <<https://www.mar.mil.br/dsm/Download/CodigoEticaMedica.html>>. Acesso em: 01 de novembro de 2011.

Destarte, evidencia-se ainda, que a ortotanásia permite ao paciente terminal receber uma assistência multidisciplinar, voltada para o emprego de cuidados paliativos. Tal atenção não só atende às necessidades afetadas do paciente, como também, os insere conjuntamente com a sua família na tomada de decisões atinentes ao seu tratamento, o que de certa forma, lhe permeará uma melhor qualidade de vida e por extensão, uma morte digna.

Regulamentar a ortotanásia, do ponto de vista ético, foi, sem dúvida, um grande avanço para minimizar os efeitos deletérios da medicalização da morte sobre o doente terminal. A iniciativa além de impor limites ao poderio biotecnológico sobre o processo de morrer, direciona o médico a reconhecer a sua falibilidade diante da finitude humana.

Não obstante a relevância do Novo Código de Ética Médica, há ausência de uma legislação brasileira que confira legalidade à ortotanásia. Como se isso não bastasse, muitos ainda a interpretam como homicídio privilegiado (§1º,art.121,CP), auxílio ao suicídio (art.122,CP), ou mesmo omissão de socorro (art.135,CP), o que beira o absurdo da ignorância.

Conforme Santos (2009, p. 132), descabe relacionar a prática da ortotanásia aos tipos penais em comento, haja vista que a retirada ou o não emprego, pelos médicos, de medidas fúteis, direcionadas ao moribundo, não configurara homicídio, sequer o privilegiado, pois deixou-se tão somente de lentificar o morrer. O paciente, enquanto *ser* autônomo, não pede para ter a sua morte antecipada, nem tampouco, que essa se protraia sobre o tempo.

Compartilhando desse pensamento, o Excelentíssimo Juiz Federal da 14ª Vara do Distrito Federal, Dr. Roberto Demo, expressou que a falta de adoção de terapêuticas extraordinárias, pelo médico, para prolongar um estado de morte já instalado no paciente terminal, não conduz a um resultado desvalioso no campo penal, o que desvincula a ortotanásia de qualquer ilicitude. Afirma ainda sua Excelência, que o direito penal deve ser interpretado em conformidade com os princípios constitucionais, principalmente, o da dignidade da pessoa humana.

A ortotanásia consubstancia-se no direito de morrer, dignamente, e não no direito à morte. A sua prática não gera resultado típico e nem tão pouco antijurídico, uma vez que o médico não mata, e muito menos, deixa de assistir aquele que se encontra na fase final de sua vida. A morte, nesse caso, é iminente, certa e irreversível e advirá não como uma derrota da obstinação terapêutica, mas, sim, como o processo último do viver.

Tais assertivas mostram que a prática ortotanásica não permeia a omissão terapêutica, e nem mesmo viola o direito à vida; ao contrario, substitui o paradigma da cura pelo paradigma do cuidar, repudiando o emprego de meios extraordinários que apenas procrastinam o sofrimento e a morte do paciente terminal. Dessa forma, a prática, em questão,

empenha-se em proporcionar uma qualidade e não uma quantidade de vida que se mantenha a todo custo. Nesse processo de morrer, inserem-se a humanização e portanto, a individualização do *ser*, como fim em si mesmo.

#### **4 A INVIOLABILIDADE DO DIREITO À VIDA PELA PRÁTICA DA ORTOTANÁSIA**

O desenvolvimento desta temática teve, como base, a análise de um precedente judicial que favoreceu a prática da ortotanásia. Vale ressaltar, que mesmo havendo publicidade dessa sentença, preferiu-se aqui, resguardar a identidade das partes.

Trata-se de um Recurso de Apelação Cível de nº 70042509562 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, interposto por uma Associação mantenedora de um hospital da rede particular de Porto Alegre, em face da sentença de indeferimento da petição inicial, por ilegitimidade ativa, na ação cautelar de suprimimento de vontade, movida pela entidade, em razão das alegativas divergências apresentadas pelo neto e filho de I.O.F.

A apelação referida teve, como pressuposto, a internação da Sr<sup>a</sup> I.O.F., em um hospital da rede particular da cidade de Porto Alegre . A mesma deu entrada na referida Instituição, apresentando quadro clínico de descompensação cardíaca secundária à insuficiência renal e pré-edema agudo de pulmão, tendo, na ocasião, recebido indicação médica de hemodiálise. No ato da admissão, a enferma encontrava-se acompanhada do seu neto, que autorizou, de pronto, a realização do procedimento. No entanto, quando o filho chegou ao hospital, manifestou-se, de imediato, contrário à hemodiálise indicada. A sua decisão teve origem na vontade última da mãe, que antes de ficar inconsciente expressou, de forma orientada, o desejo de não se submeter àquele procedimento, porquanto conhecimento da terminalidade da sua doença. O hospital, diante da divergência dos familiares, ingressou com uma ação, para sobrestar a vontade de quem quer que fosse o representante da doente, e, assim, submetê-la à terapêutica proposta. Não obstante saber, que a paciente e o filho não concordavam em realizar o procedimento indicado, e que este acarretaria mais sofrimento para a enferma e seus familiares- haja vista que a doença era incurável e que a hemodiálise não lhe outorgaria nenhuma qualidade de vida- insistia em obter o provimento judicial, com receio de um eventual dever indenizatório, por responsabilidade civil objetiva. Nessa ocasião, o Ministério Público deferiu a liminar, o que não ocorreu com a sentença prolatada, a qual indeferiu a inicial por ilegitimidade da parte. Diante dessa decisão, a parte autora recorre. Nos

votos da apelação, o relator demonstrou que o processo se tratava de uma disputa entre ortotanásia e obstinação terapêutica. Atribuiu à primeira, como sendo uma prática que assegurava ao paciente uma morte natural, sem interferência da ciência e sem consequentes sofrimentos inúteis, o que por si só, assegurava à dignidade do ser humano; já a segunda, implicava no prolongamento da vida, com o emprego de meios artificiais e desproporcionais. A sentença da apelação reconheceu o filho como sendo o responsável legal da paciente e que a vontade última desta, de não submeter-se à hemodiálise, deveria ser respeitada, assegurando à própria o direito de viver os seus últimos dias com dignidade e sem sofrimento, até porque, o tratamento proposto poderia lhe antecipar a morte. Foi, ressaltado, que o desejo de ter uma “morte no seu tempo certo”, não poderia ser ignorado, em face de meros interesses econômicos atrelados a possível responsabilidade indenizatória do hospital, muito menos, quando este desprovia-se de legitimidade e interesse de agir. Assim, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, no direito à vida e nos propósitos éticos da ortotanásia, o relator e os demais desembargadores, denegaram, de forma unânime, o provimento do recurso.

Observa-se que a decisão, em comento, favoreceu a aplicabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana e a eficácia do direito fundamental à vida, na relação entre particulares. Canotilho (2007, p. 377) explica que não se exclui do direito à vida uma dimensão protetiva por parte do Estado, cabendo a este proteger a vida do indivíduo contra atos atentatórios de terceiros. Reforça o dileto doutrinador que, diferentemente da função prestacional, a relação não ocorre entre o titular do direito fundamental e o Estado, mas sim entre particulares, cabendo ao poder estatal assegurar, nessa relação, a observância do direito fundamental à vida.

Essa inovação, da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, adveio com o neoconstitucionalismo. Para Barcellos (2006, p. 32), o que identifica este constitucionalismo contemporâneo, é a normatização dos dispositivos constitucionais, a superioridade da Constituição, bem como a sua centralidade no sistema, o que permite interpretar e aplicar os demais ramos do direito a partir do que dispõe o texto constitucional.

Destarte, a relevância do estudo sobre o neoconstitucionalismo e a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, a presente temática centrar-se-á nos fundamentos da decisão que viabilizaram a satisfação do objetivo deste trabalho, qual seja, do reconhecimento da inviolabilidade do direito à vida, pela prática da ortotanásia.

Retomando ao contexto, percebe-se que, a decisão dos nobres desembargadores primou pela prática da ortotanásia como meio garantidor do direito à vida e a uma morte digna da paciente que se encontrava em estado terminal. Para isso, valeu-se do imperativo

categorico kantiniano, da dignidade como autonomia da vontade, em que todo indivíduo é um fim em si mesmo. A morte também foi considerada como um fato natural, decorrente do ciclo vital.

Na medida em que o pedido do apelante foi impugnado, houve não só a preservação manifesta da paciente, como também foi mantida incólume a sua dignidade, haja vista, ter evitado que a mesma fosse utilizada como meio de lograr êxito aos interesses econômicos do hospital que, receoso de uma possível reparação civil, vinha insistindo na realização de um tratamento fútil, desprovido de quaisquer fins benéficos à enferma.

Dworkin (2003, p. 335) expressa que as pessoas às quais se nega a dignidade, podem perder o amor-próprio que elas protegem, e tal recusa, por sua vez, faz com que mergulhem em uma forma ainda mais terrível de sofrimento: o desprezo e a aversão que passam a sentir por si próprias.

Nessa linha de pensamento, Barroso e Martel (2010, p. 83) afirmam que, ninguém existe no mundo para atender aos propósitos de outra pessoa, ou para servir às metas coletivas da sociedade. O princípio da dignidade da pessoa humana veda, precisamente, essa instrumentalização ou funcionalização de qualquer indivíduo.

Os autores, por último citados, ao discorrerem sobre o direito a morte digna nos pacientes terminais, ressaltaram que a dignidade, como autonomia, envolve a capacidade de autodeterminação, o direito de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente, a própria personalidade. É por trás da idéia de autonomia que se obriga um sujeito moral, capaz de se autodeterminar, de traçar planos de vida e de realizá-los.

A não intervenção no exercício da autonomia da paciente, permeado pela ortotanásia, não implicou na violação do seu direito à vida, uma vez que a mesma, não desejava renunciar ao seu bem maior; ao contrário, ela ansiava por um viver que, longe da obstinação terapêutica fosse capaz de lhe assegurar uma morte digna.

Segundo Friso (2009, p. 145), em se tratando da ortotanásia, a morte não é ocasionada pela prática médica, mas pela doença que acomete o paciente terminal. Nesse sentido, prevalece a escolha pela não utilização de tratamentos inúteis, dispendiosos e penosos ao doente, cujo único propósito é o de procrastinar, inutilmente, a sua morte, causando-lhe dor e sofrimento.

A ortotanásia, como anteriormente foi ressaltado, associa-se à prática dos cuidados paliativos, os quais centralizados no atendimento às necessidades básicas afetadas do paciente terminal, devolvem a esse a qualidade de vida subtraída pela medicalização da morte.

A sábia decisão dos magistrados - que permitiu a ortotanásia - assegurou o direito à

vida, não como um dever de viver, de continuar existindo a todo custo sob a tortura de um tratamento fútil e desproporcional, mas o direito à vida na sua acepção mais ampla, ou seja, uma vida digna, a qual proveniente de um cuidado humanizado e holístico, satisfizesse não só as necessidades físicas, mas também as sócio-psico e espirituais da paciente.

São com as palavras de Dworkin (2003, p. 307), que se finaliza a análise deste julgado: “Levar alguém a morrer de uma maneira que os outros aprovam, mas que para ele representa uma terrível contradição de sua própria vida, é uma devastadora e odiosa forma de tirania”.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

As idéias arroladas no presente artigo acostaram-se, de forma permanente, na defesa do direito à vida, não como um dever de continuidade biológica, mas, sim, como um direito a uma qualidade de vida que se perfaça sob os propósitos do princípio da dignidade da pessoa humana.

Foi dentro desse contexto, que se pôde perceber a grande verdade: a ortotanásia comunga do direito à vida. Tal prática, alicerçada sob o princípio da dignidade da pessoa humana, permeia a participação do paciente terminal nos processos decisórios do seu tratamento, impedindo-o que seja instrumentalizado pela medicalização da morte.

Além de favorecer a autonomia do doente terminal, a prática ortotanásica, o protege sob o manto dos cuidados paliativos, os quais por desvincularem-se do emprego de métodos extraordinários e excepcionais, remetem o enfermo, em terminalidade, a uma assistência holística, capaz de satisfazer as suas necessidades físicas, psico- espirituais. É dessa forma, que o processo de morrer adquire dignidade e humanidade.

A decisão dos magistrados, como foi dado observar, coadunou-se com a prática da ortotanásia, haja vista, prevalecer a vontade da paciente de não se submeter ao tratamento fútil proposto pelo hospital, cujo único objetivo era de procrastinar o seu sofrimento e a sua morte. Inferiu-se também que, o julgamento preponderou o direito da paciente viver dignamente os seus últimos dias, direito esse, que se contextualiza na reaproximação da morte à sua condição natural.

A guisa do que foi exposto, pode-se afirmar, ser procedente a tese da inviolabilidade do direito à vida pela prática da ortotanásia, uma vez que, esta, ao preservar a dignidade do paciente terminal, lhe permeia tanto uma qualidade de vida, como uma morte digna e humana.

## REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas.** In: SARMENTO, Daniel. GALDINO, Flávio. (orgs). Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. MARTEL, Letícia de Campos Velho. **A morte como ela é: dignidade e autonomia no final da vida.** Revista Panóptica, n.19, ano 3, jul/out, 2010, p. 69-104.

BOMTEMPO, Tiago Vieira. **A ortotanásia e o direito de morrer com dignidade: uma análise constitucional.** Revista Internacional de Direito e Cidadania, n.09, fevereiro, 2011, p.169-182.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº. 2.848**, de 07.12.1940. Código Penal.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição.** 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição e o direito ao corpo humano.** In: SARMENTO, Daniel. PIOVESAN, Flávia. (coords). Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

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

CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA. **Resolução CFM Nº 1931/2009.** Disponível em: <<https://www.mar.mil.br/dsm/Download/CodigoEticaMedica.html>>. Acesso em: 01 de novembro de 2011.

CORRÊA, André L. Costa. **Apontamento sobre a dignidade humana enquanto princípio constitucional fundamental.** In: VELLOSO, Carlos Mário da Silva. ROSAS, Roberto. AMARAL, Antônio C. Rodrigues do. (coords) Princípios Constitucionais Fundamentais: Estudos em Homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Lex Editora, 2005.

DIAS, Roberto. **Disponibilidade do direito a vida e eutanásia: uma interpretação conforme a Constituição.** Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, n.16, ano 14, 2010, p.182-206.

DOWORKIN, Ronald. **Domínio da vida- aborto, eutanásia e liberdades individuais.** Tradução: Jefferson Luís Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FRISO, Gisele de Lourdes. **A ortotanásia: uma análise a respeito do direito de morrer com dignidade.** Revista dos Tribunais, v.885, ano 98, julho, 2009, p. 130-153.

JUSTIÇA FEDERAL DO DISTRITO FEDERAL. Ação Civil Pública nº2007.34.00.014809-3. Juiz Federal Substituto da 14ª Vara D/F Roberto Luís Luchi Demo.

KANT, Immanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes.** Traduzida por Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1986.

LIMA, Paloma Mello de Sousa. **Aspectos éticos e legais da aplicabilidade da ortotanásia.** Revista Jus Societas, v.3, n.4, jan/jul, 2010, p. 58-77.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os direitos fundamentais como limite ao poder de legislar.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da Pessoa Humana- Princípio Constitucional Fundamental.** 6ªed. Curitiba: Juruá, 2008.

PESSINI, Leo. **A filosofia dos cuidados paliativos.** Revista: O mundo da saúde, v.27, n.1, ano 27, jan/mar, 2003, p.15-30.

\_\_\_\_\_; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de Bioética.** 7ªed. São Paulo: Loyola, 2005.

PIOVESAN, Flávia. **Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a reforma do Poder Judiciário.** In: SARMENTO, Daniel. GALDINO, Flávio. (orgs). Direitos fundamentais; estudos ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.405-429.

SALES, Gabrielle Bezerra. **Thánatos e os paradoxos da biotecnologia: da pertinência da ortotanásia à luz da Constituição Federal de 1988.** Revista Opinião Jurídica, n.19, ano VI, 2008, p. 56-69.

SANTO, André Mendes Espírito. **A ortotanásia e o direito à vida digna.** Dissertação. Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2009. Disponível em: [http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/PesquisaObraForm.do?select\\_action=&co\\_autor=78825](http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/PesquisaObraForm.do?select_action=&co_autor=78825)>. Acesso em: 15 de outubro de 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana: compreensão Jurídico-Constitucional aberta e compatível com os desafios da biotecnologia.** In: SARMENTO, Daniel. PIOVESAN, Flávia. (coords). Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais - na Constituição Federal de 1988.** 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. **A eficácia dos Direitos Fundamentais- Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional.** 10.ed. Porto Alegre: Livraria do advogado,



2011.

TÉLLEZ, Saúl Santoro. **Considerações Bioéticas nos Extremos da vida**. In: JARAMILLO, Isa Fonnegra. (org). Tradução: Magda Lopes. São Paulo: Planeta Brasil, 2006.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível nº70042509562. Vigésima Primeira Câmara Cível. Relator: Desembargador Dr. Armino José Abreu Lima da Rosa.