

ORTOTANÁSIA: UMA VISÃO DO INSTITUTO SOB O FOCO DA CIDADANIA MODERNA NUM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

ORTHOTHASIA: A VISION OF THE INSTITUTE UNDER THE FOCUS OF A MODERN CITIZENSHIP IN A DEMOCRATIC STATE LAW

Antonio José Franco de Souza Pêcego*
Juvêncio Borges Silva**

RESUMO

A ortotanásia ao longo do tempo tem sido constantemente objeto de intensa discussão sobre a sua aceitação ou não, o que ganha atualmente mais destaque em face das posições adotadas pelo Conselho Federal de Medicina nos últimos anos, a chegada do Testamento Vital e por constar expressamente o tema do Projeto de Reforma do Novo Código Penal Brasileiro. Nessa linha, pretendemos abordar, sem pretensão de esgotar neste limitado espaço, a problemática da sua viável concretização no ordenamento jurídico pátrio e suas eventuais implicações sob o foco na cidadania e na dignidade da pessoa humana, princípios estruturantes e fundamentais do nosso Estado Democrático e Social de Direito.

Palavras-chave: Ortotanásia. Dignidade. Cidadania.

ABSTRACT

The orthotanasia over time has consistently been the subject of intense discussion on its acceptance or rejection, which currently earn more prominence in the face of the positions adopted by the Federal Council of Medicine in recent years, the arrival of the Living Will and expressly state the theme Reform Project of the New Brazilian Penal Code. Along this line, we intend to approach without intending to exhaust this limited space, the problem of their feasible implementation in national legal system and its possible implications on the focus on citizenship and human dignity, structuring and fundamental principles of our democratic state and Social of law.

Keywords: Orthothanasia. Dignity. Citizenship.

1 INTRODUÇÃO

A vida é considerada pelo Direito como um bem indisponível, sendo proibida pelo ordenamento jurídico pátrio a sua subtração por quem quer que seja, consistindo a realização de tal conduta crime previsto no ordenamento jurídico.

* Mestrando em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto-UNAERP. Especialista em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera/REDE LFG. Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais-PUCMINAS. Professor Universitário. Pesquisador pelo CNPq. Juiz de Direito de Entrância Especial em Minas Gerais; antoniopecego@hotmail.com

** Graduado em Direito e Sociologia. Mestre em Sociologia pela Universidade Estadual de Campinas – UEC. Doutor em Sociologia pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho - UNESP. Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra. Professor Titular da Associação de Ensino de Ribeirão Preto/SP. Professor do Centro Universitário Barão de Mauá e do Centro Educacional Hyarte – ML Ltda. Advogado; juvborges@netsite.com.br

Entretanto, com os avanços da ciência, eis que surge a possibilidade de se manter uma pessoa enferma e com dores viva por tempo prolongado e indefinido, como ocorre com pacientes em estado de coma e com pessoas portadores de doença em estágio avançado que dependem de inúmeros equipamentos para que sejam mantidas vivas, muitas das vezes com grande sofrimento.

Ante o sofrimento da pessoa em estado inconsciente, poderia um familiar seu proceder ao desligamento de equipamentos que a mantêm viva ou então deixar de administrar medicamento que é indispensável à sua sobrevivência? Poderia um médico, a pedido do próprio paciente, deixar de proceder a tratamentos que exigem a utilização de equipamentos e medicamentos com vistas a mantê-lo vivo?

Como afirmam Barroso e Martel, “antes, temiam-se as doenças e a morte. Hoje, temem-se, também, o prolongamento da vida em agonia, a morte adiada, atrasada, mais sofrida. O poder humano sobre *Tanatos*”. (BARROSO; MARTEL, 2012, p. 22).

O fenômeno da *medicalização da vida* com vistas ao seu prolongamento acaba muitas vezes tornando a morte um processo longo e doloroso, porque não se dizer torturante pela absoluta falta de eficácia na reversão do quadro clínico.

Assim, as questões acima elencadas são enfrentadas todos os dias por pessoas em todo o mundo, por familiares e por profissionais da saúde, e que necessariamente precisam ser consideradas pelo Direito, e é o que se pretende neste artigo onde será abordada mais especificamente a ortotanásia.

2 CONCEITOS DE MORTE POR INTERVENÇÃO

O termo eutanásia, que na sua etimologia grega significa “boa morte”, e que foi usado pela primeira vez por Francis Bacon no século XVII (SÁ, 2001, p. 66) é assim conceituado por Barroso e Martel (2012, p. 24):

Atualmente o conceito é confinado a uma acepção bastante estreita, que compreende apenas a forma ativa aplicada por médicos a doentes terminais cuja morte é inevitável em um curto lapso. Compreende-se que a eutanásia é a ação médica intencional de apressar ou provocar a morte – com exclusiva finalidade benevolente – de pessoa que se encontre em situação considerada irreversível e incurável, consoante os padrões médicos vigentes, e que padeça de intensos sofrimentos físicos e psíquicos.

Com este conceito, Barroso e Martel (2012, p. 25) excluem a denominada eutanásia *passiva e indireta* do conceito estrito de eutanásia, tendo em vista que a primeira é ocasionada por omissão e a segunda por ação desprovida da intenção de provocar a morte. Entretanto, “de acordo com o consentimento ou não daquele que padece, a eutanásia pode ser *voluntária, não voluntária e involuntária*”.

A *distanásia*, diferentemente da eutanásia, “se dedica a prolongar ao máximo a quantidade de vida humana, combatendo a morte como grande e último inimigo” (SÁ, 2001, p.

68), ou como afirma Nalini (2011, p. 28) “é o emprego da tecnologia médica para prolongar o processo agônico”.

A *mistanásia*, também denominada de *eutanásia social*, é a morte miserável a destempo.

Na *mistanásia* podem ser incluídos os doentes e deficientes que por motivos que precedem à internação, ao atendimento médico, não chegam sequer a ser atendidos, e isto por motivos políticos, sociais ou econômicos, ou seja, por falta de uma política pública eficaz ou em razão da política do próprio hospital, os doentes que se tornam pacientes, mas que são mal atendidos, e os pacientes que são deixados à própria sorte por motivos prioritariamente econômicos. São os pacientes denominados oficiosamente pelos que trabalham na saúde pública de SPP (se parar parou). São aqueles pacientes que não receberão os socorros necessários em caso de uma parada cardíaca ou congênere, mas serão deixados à mercê de si mesmos.

E por último temos a *ortotanásia* que consideraremos no tópico seguinte por ser o objeto específico de nossas considerações e que merece uma análise mais acurada.

3 ORTOTANÁSIA: A MORTE A SEU TEMPO

A ortotanásia é assim conceituada por Barroso e Martel (2012, p. 25-26):

Trata-se da morte em seu tempo adequado, não combatida com os métodos extraordinários e desproporcionais utilizados na *distanásia*, nem apressada por ação intencional externa, como na *eutanásia*. É uma aceitação da morte, pois permite que ela siga seu curso. É prática “sensível ao processo de humanização da morte, ao alívio das dores e não incorre em prolongamentos abusivos com aplicação de meios desproporcionados que imporiam sofrimentos adicionais”.

Ortotanásia é, pois, morte por cessação do tratamento ou também literalmente *a morte no tempo certo*, sendo que se dá com a interrupção do tratamento destinado a manutenção da vida do paciente, ou mesmo com o não início desse tratamento, fazendo que o grave e irreversível quadro clínico se abrevie com a sua morte a pedido próprio ou de ente querido, em virtude dos graves sofrimentos que padecia em vida o moribundo, e sem perspectivas de melhora ou cura.

Villas-Bôas (2008, p. 66), médica pediatra, bacharel, mestra e doutora em Direito, assim conceitua a ortotanásia:

A ortotanásia tem seu nome proveniente dos radicais gregos: *orthos* (reto, correto) e *thanatos* (morte). Indica, então, a morte a seu tempo, correto, nem antes nem depois. Na ortotanásia, o médico não interfere no momento do desfecho letal, nem para antecipá-lo nem para adiá-lo. Diz-se que não há encurtamento do período vital, uma vez que já se encontra em inevitável esgotamento. Também não se recorre a medidas que, sem terem o condão de reverter o quadro terminal, apenas resultariam em prolongar o processo de sofrer e morrer para o paciente e sua família. Mantêm-se os cuidados básicos.

Assim, podemos afirmar que num sentido estrito:

Ortotanásia não se confunde com a eutanásia porque nesta um terceiro por sentimento de piedade, abrevia a morte do paciente terminal portador de doença grave e incurável a pedido dele. Uma coisa é aplicar uma injeção letal no paciente (eutanásia), abreviando sua morte; outra distinta é suspender os tratamentos médicos inúteis que prolongam (artificialmente) a vida desse paciente, deixando a morte acontecer no tempo dela (ortotanásia). (GOMES, 2011, p. 56).

Entretanto, alguns autores ainda denominam a ortotanásia como *eutanásia passiva*, é o caso de Nogueira (1995, p. 45):

Consideremos como verdadeira, portanto, apenas a eutanásia terapêutica ou libertadora, que será dividida em ativa e passiva, modalidades distintas.

A *passiva* consiste em *deixar morrer* naturalmente, sem o uso de aparelhos que prolonguem a vida artificialmente e proporcionem vida puramente vegetativa.

A passiva denomina-se também *ortotanásia*, que vem do grego: *orthós* – normal, correta; *thánatos* – morte. Trata-se de não empregar os meios artificiais de prolongamento inútil da vida humana. Aliás, o emprego desses meios tem várias inconveniências, tanto para o próprio enfermo como para seus familiares, além de acarretar gastos elevados. (grifo do autor).

Essa questão tem sido objeto de intensos debates jurídicos, religiosos, morais, filosóficos e éticos ao longo do tempo, por dizer diretamente respeito ao direito à vida e o de ter uma morte digna.

Não restam dúvidas que essas questões multidisciplinares têm tido influência nas decisões políticas, contudo nos resta saber, no caso, até que ponto na seara jurídica pode influenciar de forma a não autorizar a brevidade da morte de quem se encontra no leito vegetando ou não, num quadro clínico irreversível, prolongando, desnecessariamente, a vida de quem quer ter uma morte digna e sem sofrimentos. Até que ponto esse atuar é ético, moral, e não representa um tratamento desumano do moribundo, que passa a sofrer tratamentos paliativos para proporcionar uma sobrevida que atenda apenas sentimentos de outrem ou mesmo interesses outros.

Tal agir tem correspondência direta com a dignidade da pessoa humana e com *um direito a ter direitos*, no caso, a uma morte digna pelos inúmeros direitos fundamentais que envolvem a questão, bem como o exercício pleno da cidadania moderna (direitos civis, políticos e sociais) que fundamenta o Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, mais do que nunca, se faz necessário um enfrentamento da questão, despido de preconceitos ou ideologias religiosas, já que o Conselho Federal de Medicina vem abordando a questão nos últimos anos, temos em vigor o Testamento Vital e há em tramitação o Projeto de Reforma do Novo Código Penal.

4 ORTOTANÁSIA NUMA VISÃO NACIONAL E INTERNACIONAL

A ortotanásia (eutanásia passiva) ainda sem previsão legal em âmbito nacional, por alguns é tratado como homicídio, contudo forçoso reconhecer, de plano, no campo jurídico-penal que o atuar médico que interrompe o tratamento do moribundo, visa acabar com o sofrimento que padece o paciente que se encontra num quadro clínico irreversível ou terminal, mas não de eliminar ou acabar com a vida do paciente, razão pela qual não se pode ter como ação dolosa ou culposa de matar alguém, até porque quem o faz não a realiza de forma arbitrária, porque na ausência de autonomia de vontade do moribundo, procederá apenas quando autorizado pelo (s) ente (s) querido (s), o que se harmoniza com o que preceitua o Pacto de São José da Costa Rica oriundo da Convenção Americana dos Direitos Humanos de 1969, do qual o Brasil é signatário desde 2002, veda a *morte arbitrária*, como observamos abaixo:

Art. 4º - Direito à vida

1 - Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. *Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.* (grifo nosso)

Em sendo assim, por força do disposto no § 2º do art. 5º da Constituição da República, há de se ter essa norma como supralegal por ter o *status* de norma constitucional que deve ser observada e respeitada, se sobrepondo a todo o ordenamento infraconstitucional, no nosso modelo de Constituição.

Em 2009, no Brasil, o Senador Gerson Camata por meio do Projeto de Lei do Senado Federal nº 116/2000, tentou excluir a ilicitude da ortotanásia (eutanásia passiva), lastreado em Resolução que tinha sido produzida em 2006 pelo Conselho Federal de Medicina, contudo a mesma foi suspensa judicialmente em 2007, por meio de liminar concedida em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal, o que não impediu que esse projeto de lei fosse remetido à Câmara dos Deputados em 22/12/2009, todavia lá se encontra parado até os dias atuais, apesar de, ao final, o pedido ministerial contido na ação civil pública acima ter sido indeferido judicialmente, sem resolução do mérito.

No Equador e Venezuela não há legislação penal que permita expressamente a eutanásia ou a ortotanásia, entretanto, neste último país há vários anos vem se discutindo o tema, como nos aponta Rincón Rincón (2005, p. 200):

[...] em dezembro de 2003 o juiz Alejandro Angulo Fontiveros, o então Presidente da Câmara Criminal do Supremo Tribunal de Justiça, apresentou publicamente projecto de Código Penal, que propõe, entre outras coisas, a legalização da eutanásia, tanto passiva como ativa. Quase um ano depois, em Setembro de 2004, este projecto tornou-se o projeto oficial do Supremo Tribunal de Justiça, a ser aprovado pelo Plenário do

mesmo e sendo consignado para análise e discussão pela Assembleia Nacional, onde está atualmente para a discussão em um futuro próximo.”¹ (tradução nossa)

Tal previsão acima se aproxima do que prevê o Projeto de Reforma do Novo Código Penal Brasileiro (Projeto de Lei do Senado nº 236 de 2012) que igualmente criminaliza a eutanásia (art. 122) com pena menor do que a do homicídio simples, mas ao mesmo tempo viabiliza a ocorrência do seu perdão judicial (§ 1º do art. 122) e a excludente de ilicitude no caso de ortotanásia (§ 2º do art. 122)², sendo certo que recentemente, em 20/08/2013, o Relator do Projeto no Senado, Senador Pedro Taques, prevê, em flagrante retrocesso, a criminalização da eutanásia como homicídio, suprimindo-a de disposição penal em seu relatório final de 10.12.2013, mas mantendo a licitude da ortotanásia que já era prevista, agora constante dos §§ 6º e 7º do art. 121 do Projeto de Reforma do Novo Código Penal (BRASIL, 2013).

Nessa linha, embora em Portugal com a reforma do CP de 1982 (Lei n.º 65/98, de 2 de setembro) haja o enquadramento das situações de eutanásia no rol dos crimes homicídios dolosos, Costa Pinto (2005, p. 194-195), assinala que

a doutrina portuguesa aceita que os casos de eutanásia activa indirecta (ou ortotanásia) se podem considerar no âmbito das cláusulas de risco permitido, sempre que a intervenção clínica destinada a minorar o sofrimento do paciente (de acordo com a sua vontade expressa ou presumida) tenha como consequência lateral indesejada (mas clinicamente valiosa no caso concreto) um encurtamento (não muito significativo) do período de vida.

Esse fato, segundo o autor supracitado, decorre de interpretação desses enquadramentos, sendo relevante também que constatamos no Código Penal Português em vigor, que com essa reforma (Lei n.º 65/98, de 2 de setembro), a tentativa de inclusão da eutanásia se deu no artigo 134º (“*Homicídio a pedido da vítima*”).

De qualquer forma, constatamos que está ocorrendo, ainda que gradual, uma mudança de paradigma sobre a ortotanásia, tomando mais corpo a sua necessária discussão aberta, livre de preconceitos e discriminações, como deve ser num Estado Laico, Demo-

¹ [...] en diciembre de 2003 el Magistrado Alejandro Angulo Fontiveros, en ése entonces Presidente de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, presentó públicamente un anteproyecto de Código Penal, el cual propone, entre otras cosas, la legalización de la eutanasia, tanto pasiva como activa. Casi un año después, em septiembre de 2004, este anteproyecto se convirtió em el proyecto oficial del Tribunal Supremo de Justicia, al resultar aprobado por la Sala Plena des mismo y al ser consignado paa su análisis y discusión por ante la Asamblea Nacional, donde actualmente se encuentra para su discusión em um futuro cercano.

² *Eutanásia*

Art. 122. Matar, por piedade ou compaixão, paciente em estado terminal, imputável e maior, a seu pedido, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável em razão de doença grave:

Pena – prisão, de dois a quatro anos.

§ 1º O juiz deixará de aplicar à pena avaliando as circunstâncias do caso, bem como a relação de parentesco ou estreitos laços de afeição do agente com a vítima.

Exclusão de ilicitude

§ 2º Não há crime quando o agente deixa de fazer uso de meios artificiais para manter a vida do paciente em caso de doença grave irreversível, e desde que essa circunstância esteja previamente atestada por dois médicos e haja consentimento do paciente, ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão.

crático e Social de Direito em que tem como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana, “valor unificador de todos os direitos fundamentais” (SARLET, 2012, p. 95).

5 ORTOTANÁSIA NO CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA DE 2009 E O TESTAMENTO VITAL

O Conselho Federal de Medicina, precocemente, por meio da Resolução n. 1805/2006 preconizou a prática da ortotanásia no Brasil, sendo que com a decisão judicial que em 2010 cassou a liminar concedida e indeferiu o pedido do Ministério Público Federal em ação civil pública, “o médico autorizado pelo paciente ou seu responsável legal pode limitar ou suspender tratamentos exagerados e desnecessários que prolonguem a vida do doente em fase terminal de enfermidades graves e incuráveis” (BRASIL, 2010), o que se coaduna com o Novo Projeto de Reforma do Código Penal (PLS nº 236/2012) e com a atual Resolução 1931, de 17/09/2009 do Conselho Federal de Medicina que aprovou o seu novo Código de Ética Médica e ratificou o entendimento sobre ortotanásia da outrora Resolução nº 1805/2006. Assim, sob o aspecto “[...] administrativo-disciplinar, a conduta do médico que pratica ortotanásia não é reprovável (não é aética)” (GOMES, 2011, p. 57), e amanhã ou depois, quiçá não será também criminal.

Recentemente, na esteira da tendência atual, preocupado com a ética médica, o Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução 1995/2012, instituiu o direito dos pacientes decidirem, prévia e expressamente, os cuidados e tratamentos a que desejam ser submetidos quando estiverem no leito, incapacitados de expressar com liberdade e autonomia as suas vontades, instituindo no Brasil o conhecido Testamento Vital ou *declaração antecipada de vontade*.

Tal Instituto, que prestigia o princípio da dignidade da pessoa humana, a liberdade e a autonomia da vontade, direitos fundamentais que permitem ao ser humano escolher como deseja terminar a sua história de vida por meio de uma morte digna, prevê a isenção ética do médico que atender essa questão, assinalando o médico Aucélio Gusmão (2013):

O realce do entendimento fica por conta de que “não se justifica prolongar um sofrimento desnecessário, em detrimento a qualidade de vida do ser humano”, como enxergou o CFM - Conselho Federal de Medicina - expresso na resolução 1995/2012. Neste documento, os legisladores do CFM tiveram cuidado de definir três questões. A primeira, a decisão do paciente deve ser feita antecipadamente, isto é, antes de ingressar na fase crítica. A segunda, que o paciente ao decidir esteja plenamente consciente e, finalmente, que sua manifestação prevaleça sobre a vontade dos parentes e dos médicos que o assistem.

[...]

Na verdade, o grande ganho da Resolução 1995/2012- CFM é colocar o próprio paciente, parentes, e claro, o médico assistente no palco das decisões, onde tudo deve ser pactuado e feito, consagrado documentalmente.

A controvérsia maior é que como a Resolução é recente, carece de regulamentação

no Código Civil, local onde ainda não foi recepcionada. Os médicos que seguirem a mesma não serão naturalmente considerados negligentes. As Resoluções do CFM, embora não tenha força de lei, são consideradas como mandatárias para os médicos. Ao desobedecê-las, pode ser interpretado como quebra do Código de Ética Médica, podendo acarretar sérios contratemplos, até cassação da permissão para exercer a Medicina.

Ressalte-se, por último, que o Testamento Vital foi aprovado na Espanha em 2000 e no Uruguai em 2009, sendo “admitido em alguns países europeus e nos Estados Unidos, onde se consagrou o ‘living will’.” (GODINHO, 2010).

6 REFLEXOS DA ORTOTANÁSIA NA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E CIDADANIA

Faz-se necessário abordar a ortotanásia sob a ótica da dignidade da pessoa humana e cidadania. Afinal, viver é um direito ou uma obrigação? Poder-se-ia falar em um direito de morrer? Poder-se-ia falar em morte digna? Pode a ortotanásia, realizada segundo o princípio da autonomia da vontade, ser considerada como um exercício da cidadania?

6.1. Ortotanásia e dignidade da pessoa humana

Nalini (2011, p. 28-29) tece ponderadas considerações sobre a ortotanásia:

Ortotanásia permite ao terminal morrer em paz, cercado de amor e carinho, enquanto se prepara rumo ao mergulho final. Significa não prolongar, quando a cura é inviável, o sofrimento do enfermo, desde que ele possa manifestar a sua vontade ou alguém o faça em seu nome. Nem sempre o prolongamento forçado de uma situação vital distante da dignidade é a melhor solução. “A sobrevida permanente em um hospital não pode ser confundida com o uso de recursos médicos para a recuperação da saúde. A sentença de confinamento hospitalar não é uma opção de tratamento, mas um estado permanente de isolamento que impede a morte. Cada pessoa, na intimidade de suas escolhas e convicções, passa a reclamar o direito de morrer como uma extensão de sua forma de estar no mundo. A morte torna-se um processo pensado e planejado, por isso crescem iniciativas de formalização de testamentos vitais.

Vivemos em uma época na qual se privilegia a busca do prolongamento da vida a todo custo, a época da *medicamentalização da vida*, a época da indústria da doença, todavia, a busca de um prolongamento da vida por todos os meios ordinários e extraordinários não raro acaba esbarrando na dignidade da pessoa humana. Como obtempera Sá (2001, p. 60):

O prolongamento da vida somente pode ser justificado se oferecer às pessoas algum benefício, ainda assim, se esse benefício não ferir a dignidade do viver e do morrer. A liberdade e a dignidade são valores intrínsecos à vida, de modo que essa última não deve ser considerada bem supremo e absoluto, acima dos dois primeiros valores, sob pena de o amor natural pela vida se transformar em idolatria. E a consequência do culto idólatra é a luta, a todo custo, contra a morte. A vida deve ser encarada no seu ocaso, para que lhe seja devolvida a dignidade perdida. São muitos os doentes que se encontram jogados em hospitais, a um sofrimento em perspectiva, muitos em terapias intensivas e em emergências. O desdobramento disso? Uma parafernália tecnológica que os prolonga e os acrescenta. Inutilmente.

A dignidade é direito intrínseco da pessoa humana. E se há o direito a uma vida digna, deve também haver o direito a uma morte digna. Se uma pessoa expressa claramente que não deseja viver em um estado deplorável de saúde, pautado por dor, angústia, solidão, dentre outros, por que deverão os médicos continuar a empreender todos os meios disponíveis para lhe prolongar a vida? Ou se seus entes queridos manifestam a vontade de que tratamentos médicos sejam cessados para que a pessoa morra em paz, por que os médicos deverão agir de forma contrária, uma vez que se constate que a manifestação de vontade dos familiares visa o alívio, o bem da pessoa que se encontra em agonia?

Como bem pontua Barroso e Martel (2012, p. 37)

Na sua expressão mais essencial, dignidade significa que toda pessoa é um fim em si mesma, consoante uma das enunciações do imperativo categórico kantiano. A vida de qualquer ser humano tem uma valia intrínseca, objetiva. Ninguém existe no mundo para atender aos propósitos de outra pessoa ou para servir a metas coletivas da sociedade. O valor ou princípio da dignidade humana veda, precisamente, essa instrumentalização ou funcionalização de qualquer indivíduo. Outra expressão da dignidade humana é a responsabilidade de cada um por sua própria vida, pela determinação de seus valores e objetivos. Como regra geral, as decisões cruciais na vida de uma pessoa não devem ser impostas por uma vontade externa a ela. No mundo contemporâneo, a dignidade humana tornou-se o centro axiológico dos sistemas jurídicos, a fonte dos direitos materialmente fundamentais, o núcleo essencial de cada um deles.

A dignidade da pessoa humana se desponta, portanto, como elemento axiológico exponencial do direito, em torno do qual gravitam os demais valores humanos fundamentais.

Não é suficiente que se tenha vida, mas é necessário que a vida seja vivida com dignidade, e não há dignidade sem autonomia, pois a dignidade encontra sua expressão na autonomia privada, que por sua vez deriva da liberdade e da igualdade nas relações intersubjetivas. entre os indivíduos.

Segundo Barroso e Martel (2012, p. 39-40)

A dignidade como autonomia envolve, em primeiro lugar, a *capacidade de autodeterminação*, o direito de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente a própria personalidade. Significa o poder de realizar as escolhas morais relevantes, assumindo a responsabilidade pelas decisões tomadas.

(...) O segundo aspecto destacado diz respeito às *condições para o exercício da autodeterminação*. Não basta garantir a possibilidade de escolhas livres, mas é indispensável prover meios adequados para que a liberdade seja real, e não apenas retórica. Para tanto, integra a ideia de dignidade o denominado *mínimo existencial*, a dimensão material da dignidade, instrumental ao desempenho da autonomia. Para que um ser humano possa traçar e concretizar seus planos de vida, por eles assumindo responsabilidades, é necessário que estejam asseguradas mínimas condições econômicas, educacionais e psicofísicas. O terceiro e quarto aspectos da dignidade como autonomia – universalidade e inerência – costumam andar lado a lado. O cunho ontológico da dignidade, isto é, seu caráter inerente e intrínseco a todo ser humano, impõe que ela seja respeitada e

promovida de modo universal. Ela é conferida a todas as pessoas, independentemente de sua condição nacional, cultural, social, econômica, religiosa ou étnica.

À luz da dignidade da pessoa humana e sua autonomia, entendemos que a ortotanásia, desde que com o consentimento do paciente em estado terminal, estando na plena posse de suas faculdades mentais, ou através de um *testamento vital*, tem como corolário desonerar o médico de qualquer responsabilidade. Neste sentido parece ser também o que preconiza Möller (2012, p. 98):

Optamos por expressar a defesa de um direito à morte com *dignidade e autonomia* por entendermos que ambos os princípios se encontram entrelaçados na questão do fim da vida e da determinação de rumos de tratamento de pacientes terminais, possibilitando a conformação da noção de um direito do doente a morrer de acordo com seus valores e crenças. Desejamos defender que o ser autônomo é capaz de decidir, para si próprio, o que significa morrer com dignidade. (...) No que tange a uma decisão que diz respeito exclusivamente ao paciente em estado terminal, à sua esfera de liberdade e ação, não invadindo a esfera de liberdade de outros indivíduos – a tomada de decisão acerca do prolongamento, ou não, de sua vida terminal, da limitação, ou não, do tratamento médico – entende-se que cabe apenas a ele definir o conteúdo de “morte digna”.

O prolongamento da vida se valendo de todos os meios ordinários e extraordinários possíveis, ainda que contrário à vontade do paciente ou de seus familiares, não configura uma vida digna, mas uma vida indigna, e neste caso, deixá-lo morrer pelas vias naturais, ainda que procurando proporcionar-lhe os meios paliativos de alívio de seu sofrimento até que a morte chegue constituiu-se em uma postura digna, e é o caminho de proporcionar ao paciente dignidade.

6.2 ORTOTANÁSIA E CIDADANIA MODERNA

Queremos neste tópico afirmar que a ortotanásia, nos termos acima elencados, constituiu-se como exercício de cidadania.

Sá (2001, p. 94-95) procede à seguinte reflexão:

A evolução tecnológica fez com que a cidadania moderna se deparasse com duas exigências igualmente legítimas, mas logicamente em conflito: de um lado, o particularismo das liberdades, preferências e interesses pessoais, pertencente ao campo dos direitos de cada indivíduo e, de outro, o universalismo das necessidades e interesses coletivos, pertencente ao campo dos direitos de todos os indivíduos.

De um lado há a necessidade de se garantir a autonomia a todos os indivíduos, de outro, faz-se necessário leis que se imponham a todos indistintamente, de forma coletiva. Enfim, de um lado *autonomia*, de outro, *heteronomia*.

Tal suscita a pergunta também posta por Sá (2001, p. 95):

Como garantir a efetividade do princípio da igualdade entre pessoas sãs e sadias, que têm a vida atrelada à saúde do corpo e da mente, e aquelas que sofrem as consequências de doenças várias, tendo a vida, nesses casos, se transformado em dever de sofrimento?

A resposta a esta indagação somente pode ser encontrada na autonomia, na liberdade de escolha para aquelas pessoas que se encontram em uma situação terminal, em uma situação de sofrimento atroz, de agonia. Neste caso, “é inadmissível que o direito à vida, constitucionalmente garantido, se transforme em dever de sofrimento e, por isso, dever de viver” (SÁ, 2001, p. 95).

O direito à vida não é considerado atualmente como absoluto, sendo que em algumas situações específicas é legítimo tirar a vida de outrem, bem como é legítimo escolher entre a vida de um e outro. É p. ex. o caso entre o médico salvar a vida da gestante ou a vida de seu filho que está sendo gestado, ou a interrupção da gravidez uma vez constatada a anencefalia do feto.

Obrigar alguém a viver contra a sua vontade, valendo-se de recursos tecnológicos e medicamentosos para prolongar a vida de quem está sofrendo e na iminência de morrer é privá-la do exercício da cidadania.

A cidadania, na acepção de Hanna Arendht consiste em “*direito a ter direitos*”. Não é, portanto, a prerrogativa de exercer os direitos vigentes, mas de lutar por direitos que ainda não existem.

Essa concepção não se limita portanto a conquistas legais ou ao acesso a direitos previamente definidos, ou à implementação efetiva de direitos abstratos e formais, e inclui fortemente a invenção/criação de novos direitos, que emergem de lutas específicas e da sua prática concreta. (DAGNINO, 1994, p. 108).

A ortotanásia se circunscreve nesta concepção de cidadania, pois se faz mister lutar, não pelo direito de morrer, mas pelo direito a uma morte digna.

Necessário se faz que o legislador moderno faça constar no ordenamento jurídico o direito do paciente a uma morte que lhe propicie libertação de seu sofrimento decorrente de enfermidade para a qual a medicina não tem solução, com a interrupção de tratamentos que somente prolongarão o sofrimento do paciente.

Viver deve ser um direito, não uma obrigação imposta por todos os meios imagináveis sob o fundamento jurídico da indisponibilidade da vida.

Necessário se faz que o direito vigente seja flexível, e garanta a liberdade e autonomia da pessoa humana, mormente no que tange à possibilidade de esta escolher morrer pelos meios naturais, preterindo a qualquer forma de tratamento que lhe prolongue a vida, e com tal prolongamento da vida, prolongue também seu sofrimento, sua agonia, trazendo-lhe uma condição indigna de vida, contrária à sua vontade.

Há que se fazer respeitar os valores que permeiam a vida da pessoa humana, dentre eles, o de ser livre para partir deste mundo sem ficar impedido de fazê-lo por conta de uma parafernália de equipamentos médicos que somente prolongam o sofrimento da pessoa, fazendo com que ela continue a viver quando dentro dela há um clamor para deixar esta vida, uma vez que não suporta mais a agonia causada pelo prolongamento artificial da vida.

Nalini, apud Torres (2011, p. 26-27), assim coloca a questão:

Considera inexistir o dever absoluto de os médicos lutarem contra a morte, de forma obstinada e sem limites, em quaisquer circunstâncias. “A morte não é o resultado do fracasso da medicina e da ciência. A obstinação terapêutica não pode ser justificada pela onipotência daqueles que acreditam ser possível vencer a morte ou que praticam uma medicina defensiva, adotando recursos inúteis com o objetivo de fazer prova de uma boa atuação profissional, diante do infundado temor da responsabilização civil ou criminal”. Para o magistrado, esse é o grande desafio para os médicos: “admitir a impotência da medicina diante da inexorabilidade da morte e, assim, saber conduzir os doentes terminais, como Caronte, até o mundo dos mortos, cuidando deles, com resignação e com respeito à sua dignidade humana, certos de que não estarão praticando nenhuma conduta ilícita, e muito menos criminosa, ao suspender tratamentos inúteis e gravosos, nos exatos termos da Res. 1.805/2006 do CFM”.

Não há dignidade em uma vida marcada por suplício desnecessário, que se arrasta por dias, meses e anos quando a pessoa deseja por um fim à sua situação angustiante de sofrimento e está perfeitamente consciente de sua vontade.

Neste caso, morrer pelos meios naturais, sem o prolongamento a todo custo da vida, deve ser um direito de cidadania, pois não é razoável querer exigir conduta adversa por parte de quem está em agonia.

Necessário se faz que o ordenamento jurídico brasileiro contemple este direito às pessoas, bem como eximam os profissionais da saúde de responsabilidade no atendimento da vontade do paciente e de seus familiares, em respeito ao direito de escolha do paciente, como pessoa e como cidadão.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As mudanças sociais precedem ao direito. Este caminha e se realiza não raro na esteira das transformações operadas no seio da sociedade, que não raro, depois de consolidados, são normatizados pelo direito. E não é diferente no que se refere à ortotanásia.

Observa-se um descompasso entre o direito e a ética médica no que tange à ortotanásia, uma vez que esta ainda é considerada nos termos do artigo 121 do Código Penal Brasileiro, na modalidade que alguns autores ainda denominam de eutanásia passiva, ou seja, o decorrente da limitação do tratamento, do não fornecimento de todas as condições possíveis ao prolongamento da vida, embora, como já foi afirmado anteriormente, o termo

eutanásia tem sido empregado atualmente mais especificamente para a modalidade da eutanásia ativa, desconsiderando a ortotanásia como uma modalidade de eutanásia.

E não obstante o Conselho Federal de Medicina já ter posição sobre a matéria, ainda assim muitos profissionais médicos, em caráter de cautela, furtam-se à aplicação de tais orientações normativas, tendo em vista que a existência de consentimento não teria o condão de colocar o profissional da saúde a salvo de uma eventual ação penal.

Por via de consequência, este descompasso entre direito e ética médica acaba por favorecer a prática da distanásia, subtraindo do paciente sua autonomia, e obrigando-o ser submetido a procedimentos médicos e terapêuticos contra a sua vontade com vistas ao prolongamento medicamentoso da sua vida.

A ação de *esculápio* buscando por todos os meios imagináveis sobrepujar *tânatos*, acaba fazendo do paciente um verdadeiro *prometeu*, condenado a conviver com seu sofrimento dia após dia, sem nenhuma autonomia sobre o seu destino, uma vez que deve quedar-se ao destino traçado seja pelo Estado Leviatã, com suas normas inflexíveis, seja pelos discípulos de *esculápio* que, tendo prestado o juramento de Hipócrates, entendem que devem lutar obstinadamente contra a morte, mesmo quando o enfermo não quer mais que seus esforços sejam empregados para salvá-lo a todo custo.

Necessário se faz que o legislador contemple no Novo Código Penal a licitude da figura da ortotanásia, aplicada a situações bem definidas, ou seja, em caso de pacientes terminais e com o consentimento destes ou de seus familiares, quando os pacientes não estiverem na plena posse de suas faculdades mentais, sendo tal decisão tomada segundo critérios jurídicos, éticos e técnico-científicos necessários ao que for melhor para o paciente, sempre tomando como parâmetro a dignidade e autonomia do paciente, e levando sempre em conta seus direitos de cidadania.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto e MARTEL, Letícia de Campos Velho. In: GOZZO, Débora e LIGIERA, Wilson Ricardo (orgs). *Bioética e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

BORGES, Roxana Cardoso. *Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado*. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos (coord.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 374 p. 343.3:575 B512. p. 283-305.

BRASIL. *Cientistas defendem 5 momentos para início da vida humana*. Folha de São Paulo, 15/10/2010. Giuliana Miranda. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ciencia/814968-cientistas-defendem-5-momentos-para-inicio-da-vida-humana.shtml>>. Acesso em: 03 mar. 2013.

_____. *Códigos Penal, Processo Penal e Constituição Federal e Legislação Complementar*. (Colab.) Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 6ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Convenção Americana dos Direitos Humanos (1969)*. (Pacto de São José da Costa Rica). Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>> Acesso em: 24 fev. 2013.

_____. *Decreto nº 678, 06 de novembro de 1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm> Acesso em: 24 fev. 2013.

_____. *Ortotanásia: Senado aprova lei que exclui de ilicitude a ortotanásia*. *news.med.br*. Notícias e informações sobre saúde. 2013. Disponível em: <<http://www.news.med.br/p/saude/52543/ortotanasia+senado+aprova+lei+que+exclui+de+ilicitude+a+ortotanasia.htm>>. Acesso em: 03 mar. 2013.

_____. *PLS – Projeto de Lei no Senado, nº 116 de 2000*. Autor: Senador Gerson Camata. Ementa: Exclui de ilicitude a ortotanásia. (Altera o Código Penal). Data da apresentação: 25/04/2000. Acessível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=43807>. Acesso em: 03 mar. 2013.

_____. *Senado Federal. Portal de Notícias*. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2013/08/20/relatorio-do-novo-codigo-penal-mantem-aborto-e-eutanasia-como-crimes-e-dificulta-progressao-de-regime>>. Acesso em: 31 ago 2013.

_____. *Senado Federal*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>>. Acesso em: 06 set. 2013.

_____. *Conselho Federal de Medicina: Portal Médico*. Disponível em: <http://www.portal-medico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em: 06 set. 2013.

_____. *Conselho Federal de Medicina: Testamento Vital*. Disponível em: <http://www.portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=23585:testamento-vital&catid=46>. Acesso em: 06 set. 2013.

_____. *Conselho Federal de Medicina: Justiça valida Resolução 1805, que trata sobre ortotanásia*. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21154:justica-valida>. Acesso em: 06 set. 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. *A AFIRMAÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS*. 8ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

COSTA PINTO, Frederico de Lacerda da. *Tratamento jurídico de la eutanásia: Portugal*. *Revista Penal*, Barcelona, n. 16, p. 192-194, jul. 2005.

CUAREZMA TERÁN, Sergio J. *Tratamento jurídico penal de la eutanásia: Nicaragua*. *Revista*, Barcelona, n. 16, p. 189, jul. 2005.

DA SILVA, Sônia Maria Teixeira. *Eutanásia. Jus Navegandi*, 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/1863/eutanasia>>. Acesso em: 03 mar. 2013.

DAGNINO, Evelina. Os movimentos sociais e a emergência de uma nova noção de cidadania. In: DAGNINO, Evelina (Org.). *Anos 90. Política e Sociedade no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1994.

FERRAZ, Sérgio. *Eutanásia, breves considerações*. et al. *Eutanásia. Fascículos Ciências Penais*. Trimestral. ano 4. n.4. out.- nov -dez - 1991. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.

FRANÇA, Genival Veloso de. SOUTO MAIOR, Hermano José. *Direito de viver e direito de morrer (um enfoque pluridisciplinar sobre eutanásia)*. et al. *Eutanásia. Fascículos Ciências Penais*. Trimestral. ano 4. n. 4. out - nov - dez- 1991. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.

GODINHO, Adriano Marteleto. *Testamento vital e o ordenamento brasileiro. Jus Navegandi*, 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/15066/testamento-vital-e-o-ordenamento-brasileiro>>. Acesso em: 27 mar. 2013.

GOLDIM, José Roberto. *Eugenia*. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/eugenia.htm>>. Acesso em: 03 mar. 2013

GOMES, Luiz Flávio. *Eutanásia, morte assistida e ortotanásia: dono da vida, o ser humano é também dono de sua própria morte?*. Boletim do Instituto de Ciências Penais, Belo Horizonte, v. 6, n. 77, p. 7-8, jan/fev. 2007.

_____. *Ortotanásia: Morte Digna?* Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 8, n. 43, p. 56-57, ago./set. 2011.

_____. *Eutanásia e o novo código de ética médica*. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>> Acesso em: 28 set. 2012.

HIRECHE, Gamil Föppel El. *Tutela penal da vida humana: anotações sobre a eutanásia*. Disponível em: <<http://www.blogdoflg.com.br>>. Acesso em: 14 set. 2011. Material da 1ª aula da Disciplina Tutela Penal dos Bens Jurídicos Individuais, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu Televirtual em Ciências Penais - Universidade Anhanguera-Uniderp/REDE LFG.

JAKOBS. GÜNTHER. *Suicídio, Eutanásia e Direito Penal*. Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2003, vol. 10.

MARTINS, Marcio Sampaio Mesquita. *Direito à morte digna: Eutanásia e morte assistida*. Âmbito Jurídico.com.br. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em: 28 set. 2012.

MÖLLER, Leticia Ludwig. *Direito à morte com dignidade e autonomia*. O direito à morte de pacientes terminais e os princípios da dignidade e autonomia da vontade. Juruá: Curitiba, 2012.

NALINI, José Renato. *Reflexões jurídico-filosóficas sobre a morte*. Pronto para partir? São Paulo: RT, 2011.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Em Defesa da Vida*. São Paulo: Saraiva, 1995.

PORTUGAL. *Código Penal*. José de Faria Costa (coord.), 2ed. rev. e atual. Coimbra: Quarteto, 2000.

RINCÓN RINCÓN, Jesús Enrique. *Tratamiento jurídico penal de la eutanásia: Venezuela*. Revista, Barcelona, n. 16, p. 199-204, jul. 2005.

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

SALOMÃO LEITE, George. Et al. *Direito fundamental a uma morte digna. Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. SALOMÃO LEITE, George. SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). São Paulo: RT; Coimbra (Pt): Coimbra Editora, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SOARES, Ana Raquel Colares dos Santos. *Eutanásia: direito de morrer ou direito de viver?* In: GUERRA FILHO, Willis Santiago (coord.). *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, 203 p. 342.7 F963d. p. 131-157.

TEIXEIRA DA SILVA, Sônia Maria. *Eutanásia. Jus Navegandi*. 11/2000. Acessível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/1863/eutanasia/1>>. Acesso em: 03 mar. 2013.

VIDAURRI ARÉCHICA, Manuel. *Tratamiento jurídico penal de la eutanásia: México*. Revista, Barcelona, n. 16, p. 187-189, jul. 2005.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *A Ortotanásia e o Direito Penal Brasileiro*. In: *Revista Bioética*, vol, 16, n. 1, 2.008, p. 61-83. Disponível em <http://www.revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/56/59>. Acesso em 11 de janeiro de 2014.

ZIMBARG. Adriana. *Você Sabe O Que é Eugenia?*. Netsaber Artigos. Disponível em: <http://artigos.netsaber.com.br/artigos_de_adriana_zimbarg>. Acesso em: 04 jan. 2013.