

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**PEDRO HENRIQUE DE SOUZA LEMOS**

**ORTOTANÁSIA COMO UM MEIO DE EFETIVAÇÃO DA  
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: UM ESTUDO SOB A  
ÓTICA DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS BRASILEIROS**

VITÓRIA  
2022

PEDRO HENRIQUE DE SOUZA LEMOS

**ORTOTANÁSIA COMO UM MEIO DE EFETIVAÇÃO DA  
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: UM ESTUDO SOB A  
ÓTICA DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS BRASILEIROS**

Trabalho Científico apresentado ao Curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito básico para a conclusão do Curso de Direito. Orientador: Prof. Dr. Daurly Cezar Fabriz.

VITÓRIA  
2022

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	03
<b>1 CONCEITUAÇÃO DE ORTOTANÁSIA E SUAS VARIAÇÕES</b> .....	05
1.1 ORTOTANÁSIA, EUTANÁSIA, DISTANÁSIA E MISTANÁSIA: CONCEITOS RELEVANTES PARA A MEDICINA E O DIREITO BRASILEIRO.....	05
1.1.1 Eutanásia.....	05
1.1.2 Distanásia.....	07
1.1.3 Mistanásia.....	09
1.2 ORTOTANÁSIA E RESOLUÇÕES DO CFM: CONTORNO HISTÓRICO GERAL SOBRE A PRÁTICA NO BRASIL.....	11
<b>2 BIOÉTICA COMO BASE PRINCIPOLÓGICA PARA A REALIZAÇÃO DA ORTOTANÁSIA</b> .....	14
2.1 OS PRINCÍPIOS BASILARES DA BIOÉTICA.....	15
2.1.1 Princípio da beneficência.....	16
2.1.2 Princípio da não maleficência.....	17
2.1.3 Princípio da justiça.....	18
2.2 PRINCÍPIO DO RESPEITO À AUTONOMIA DO PACIENTE ATRELADO AO EVENTO DA ORTOTANÁSIA.....	19
<b>3 ORTOTANÁSIA PERANTE A CR/88 E DEMAIS REGULAMENTOS: EMBATE ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS</b> .....	23
3.1 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA VERSUS O DIREITO À VIDA.....	25
<b>CONCLUSÃO</b> .....	30
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	33

## **AGRADECIMENTOS**

À minha mãe Viviane, meu padrasto Fabiano, meus avós José Vicente e Maria Helena, que não pouparam esforços (emocionais e financeiros, lutando todos os dias) para tornar essa árdua jornada de estudar longe de casa fácil e prazerosa no limite do possível. Afirmo com convicção que esse esforço está sendo – e será cada vez mais – recompensado de todas as maneiras possíveis. Com toda certeza eu nada seria sem o apoio incondicional de vocês. Grato por ter vocês, minha família!

À minha namorada Lavinya, que se preocupa e me apoia em cada desafio pessoal e acadêmico que me disponho a enfrentar. Mesmo tão nova se mostra uma mulher batalhadora e independente. Grato por ter você, meu amor!

Aos meus amigos de faculdade, em especial a Marcelo e Paulo César, que também se mostraram primordiais para minha adaptação em Vitória. O apoio e suporte de vocês foi essencial para meu interesse cada vez maior em permanecer onde estou, batalhando todos os dias. Grato por ter vocês, meus amigos!

Sem essas pessoas primordiais em minha vida esse trabalho seria inviável de ser concluído, assim como todo o resto, em todos os aspectos de minha vida. Gratidão a cada um de vocês!

## RESUMO

O presente trabalho busca elucidar os aspectos jurídicos da ortotanásia, procedimento em que os médicos suspendem determinado medicamento ou tratamento que mantém o enfermo em estado terminal vivo, com vistas a cessar o sofrimento que estes pacientes acabam passando nesse estado que se encontram. A partir de um aspecto constitucional, tendo como base principal os direitos fundamentais expostos na Constituição Federal, busca-se uma resposta da transgressão desses direitos *erga omnes* perante a realização – ou não – da ortotanásia. Isso posto, os principais pontos que serão suscitadas ao longo do trabalho são: 1 - diferenciação, a partir de uma análise morfológica, da ortotanásia e seus institutos semelhantes; 2 - trazer a importância do campo bioético e seus princípios para a realização dessa prática; 3 – esmiuçar e resolver, a partir de técnicas de comparação, o embate constitucional que a ortotonásia causa no campo jurídico.

**Palavras-chave:** Ortotanásia. Vida digna. Direitos fundamentais. Dignidade da pessoa humana. Autonomia.

## INTRODUÇÃO

A prática da ortotanásia consiste em limitar procedimentos ou interromper devidos tratamentos que estão mantendo um paciente – que possui doença em estágio terminal – vivo. Essa prática pode ser realizada após o próprio enfermo requerer ou, em caso de inconsciência deste, um representante legal, por meio das diretivas antecipadas de vontade deixadas pelo próprio paciente.

A Resolução de número 1.805/06 do Conselho Federal de Medicina regularizou a prática da ortotanásia no Brasil, fazendo com que os debates de cunho jurídico, médico e social acerca dela crescessem exponencialmente até os dias atuais.

O debate sobre a ortotanásia está inserido em determinados grupos. Envolve a medicina por se tratar de uma relação estrita entre médico e paciente; se mostra também no campo jurídico, pois sua realização induz embates de princípios fundamentais expressos pela Constituição Federal; produz discussões até mesmo na sociedade, pois se trata de assunto polêmico, que possui forte cunho moral.

Nesta senda, a presente pesquisa esmiuçará as especificidades de cada vertente de pensamento adotada pelos mais variados profissionais e juristas acerca do assunto, visando demonstrar os embates constitucionais e infraconstitucionais que a ortotanásia traz em seu conteúdo.

A bioética está umbilicalmente atrelada à ortotanásia, uma vez que trata exatamente do tratamento ético em assuntos relacionados à vida. A referida prática envolve também este cunho ético, tendo em vista a dificuldade em se delimitar até quando a vida do enfermo pode ser levada, e se a realização da ortotanásia pode tirar uma chance de sobrevivência daquele paciente.

Mesmo a prática da ortotanásia sendo legalizada no país, alguns médicos optam por não ouvir o paciente, o mantendo vivo de forma contrária à sua vontade, muitas vezes com tratamentos e procedimentos que nada contribuem para o estado em que o enfermo se encontra, trazendo apenas mais dor e sofrimento para o mesmo.

Mediante o exposto, se perpetuam as dúvidas: após o requerimento expresso do paciente terminal, que deseja encerrar sua vida de uma maneira célere, com menos dor e sofrimento, o médico poderá mantê-lo vivo? A não realização da ortotanásia transgride princípios fundamentais expressos e extremamente protegidos pela CRFB? A presente pesquisa terá como escopo os dois questionamentos levantados.

Na presente pesquisa, será utilizada fortemente a Constituição Federal, a fim de demonstrar de maneira clara os embates entre princípios, além de legislações internas, como as próprias Resoluções do Conselho Federal de Medicina. O principal trabalho a ser utilizado como base metodológica será a tese de mestrado de Jorge Abikair Filho, que tem como título “Ortotanásia sob a perspectiva da pessoa humana no fim da vida”.

Isso posto, o primeiro capítulo da pesquisa irá demonstrar a barreira etimológica acerca da ortotanásia, tendo em vista outros institutos que possuem nomes similares a ela, mas que são diferentes em pontos importantes, que mudam a essência dessas práticas, frente a prática principal da pesquisa. Isso enriquecerá a pesquisa, e não restará dúvidas quanto às diferenças desses institutos.

O capítulo 2 versará sobre a bioética, conceito estritamente ligado ao evento da ortotanásia. O campo bioético, complexo e proceloso, trata as questões éticas pertinentes à vida humana, de cunho essencial ao presente trabalho, como restará demonstrado.

Ainda neste capítulo, serão esmiuçados os princípios que norteiam os confrontos bioéticos, tais princípios serão essenciais para a compreensão da importância desse campo à prática da ortotanásia, sobretudo, um fica em evidência: o princípio da autonomia de vontade do paciente.

Já no último capítulo, será tratado sobre a prática da ortotanásia sob à ótica dos direitos fundamentais tratados na Constituição Federal, onde o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana se embatem por conta da natureza dessa prática.

Mediante isso, serão expostos os métodos que são utilizados para resolução de conflitos de normas equivalentes em nosso ordenamento jurídico, sendo analisado à luz de cada caso concreto, fazendo com que, dessa forma, se pacifique o cerne do presente trabalho.

## **1 CONCEITUAÇÃO DE ORTOTANÁSIA E SUAS VARIAÇÕES**

### **1.1 ORTOTANÁSIA, EUTANÁSIA, DISTANÁSIA E MISTANÁSIA: CONCEITOS RELEVANTES PARA A MEDICINA E O DIREITO BRASILEIRO**

A prática da ortotanásia, por se tratar de assunto controverso para o mundo jurídico e sociedade em geral, possui diversos percalços que fomentam debates ao redor das mais diversas sociedades. A conceituação da ortotanásia é, por si só, uma dessas barreiras.

Isso acontece por conta dos procedimentos que carregam nomes similares ao da ortotanásia, e que, por vezes, possuem caráter até mais polêmico do que a mesma. Isso posto, fica evidente a necessidade de conceituação das práticas da eutanásia, distanásia, mistanásia e da própria ortotanásia, conceitos estes importantes para a medicina e o direito brasileiro.

Para enriquecer a presente pesquisa, é extremamente necessária a introdução dos termos supracitados, a fim de esclarecer também as diferenças fáticas entre as referidas práticas, e isso será demonstrado a seguir.

#### **1.1.1 Eutanásia**

O termo eutanásia - provavelmente a mais conhecida dentre os termos supracitados – fora criado no século XVII pelo filósofo inglês Francis Bacon, na obra “*Historie vitae*

*et mortis*". Etimologicamente, na língua grega, o termo "eu" significa bom ou boa, e "tanásia" (ou "thanatos") significa morte.<sup>1</sup>

A prática da eutanásia ativa consiste na antecipação da morte de determinado paciente, mediante seu expresso pedido. Pacientes que possuem doenças em estágio terminal, ou até mesmo aqueles perderam algumas funções durante a vida (por exemplo, tetraplégicos), que não estão alcançando mais – por seu próprio juízo de valor – uma vida digna. Neste sentido, FERREIRA e PORTO trazem à baila:

Sendo assim, como o nome já nos diz, o intuito da eutanásia é provocar uma morte menos dolorosa para aquele que se encontra em estado de profundo sofrimento. É um encurtamento necessário de uma vida que não possui a dignidade necessária para o indivíduo querer continuar vivo. É um homicídio motivado por pura compaixão e piedade. (p. 65, 2017).

Ainda concernente a tal prática, o médico português Antônio Lourenço Marques, citando o filósofo inglês Francis Bacon, versa:

Eu diria que o ofício do médico não é apenas o de restaurar a saúde, mas também suavizar as dores e sofrimentos associados às doenças; e isto não apenas na medida em que esta suavização da dor, considerada como um sintoma perigoso, contribui e conduz à convalescença, mas também para proporcionar ao doente, quando não há mais esperança, uma morte suave e pacífica; porque não é uma parte menor da felicidade esta eutanásia. (MARQUES *apud* BACON, p. 116, 2018).

Entretanto, mesmo com tais conceituações um tanto quanto favoráveis à prática da eutanásia, atualmente, no Brasil, a mesma se configura como homicídio privilegiado, tipificado no artigo 121, parágrafo 1º do Código Penal brasileiro. Tal parágrafo atenua a pena do polo ativo, uma vez que, à luz da letra fria da lei, o crime foi cometido sob relevante motivo social ou moral.<sup>2</sup>

A eutanásia, como demonstrado acima, é proibida expressamente por lei no Brasil, entretanto, alguns países da Europa Ocidental (Holanda, Bélgica, Luxemburgo e Suíça), dois norte-americanos (Estados Unidos – alguns Estados - e Canadá) e um sul-americano (Colômbia) já legalizaram tal prática.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> BACON, Francis. *Historie vitae et mortis*. J. Maire, 1636. Universidade de Lausanne. 476 p.

<sup>2</sup> BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

<sup>3</sup> Revista Bioética. **Eutanásia e suicídio assistido em países ocidentais: revisão sistemática**. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/bioet/a/DhvhJgpN9ykykc9L8cpFtxN/?lang=pt#:~:text=Atualmente%2C%20a%>

O principal argumento desses países que liberaram a prática, tem como escopo a autonomia do indivíduo e sua dignidade como pessoa humana, uma vez que, ao pedir expressamente a antecipação de sua morte, o mesmo já não consegue viver com o mínimo de dignidade. Nesta seara, CRUZ leciona:

Um dos argumentos mais invocados a favor da eutanásia é o respeito pela autonomia e liberdade individual da pessoa que pede para morrer. Os defensores da eutanásia e do suicídio assistido defendem o direito de controlarem o momento, o lugar e as circunstâncias da sua morte. [p.10]

Diante dos fatos demonstrados, fica cristalino a ascendência dos debates sobre a eutanásia que acontecerá no Brasil nos próximos anos, uma vez que países desenvolvidos e até mesmo a Colômbia, país vizinho ao nosso, já legalizaram tal prática, além de ser assunto debatido em diversas cortes ao redor do mundo.

Nesta seara, o ministro do STF, Luís Roberto Barroso se manifestou a favor da eutanásia, arguindo que os cidadãos brasileiros que se encontram em estado vegetativo, ou diagnosticados com doenças terminais sem perspectiva de cura, possuem o “direito de não sofrerem”, e que o Estado não é detentor do poder de decidir se determinada pessoa deve continuar sofrendo.<sup>4</sup>

### 1.1.2 Distanásia

Em um viés completamente diferente da eutanásia, encontra-se a distanásia, que, etimologicamente, pode ser entendida como morte lenta ou difícil (“dis”, em grego, vem de dificuldade). Também conhecida como obstinação terapêutica, ou futilidade médica (termos altamente difundidos ao redor do mundo), a distanásia ocorre quando os médicos, por meio de diversos tratamentos ineficientes e dolorosos, mantêm a vida do paciente a todo e qualquer custo.

---

20morte%20assistida%20%C3%A9,representante%20da%20Am%C3%A9rica%20do%20Sul.>. Acesso em: 27 fev. 2022.

<sup>4</sup> CEUB. **Barroso**: sou militante pela eutanásia. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.uniceub.br/destaque/ministro-do-stf-sou-militante-pela-eutanasia/>>. Acesso em: 01 mar. 2022.

Esses tratamentos se dão por conta do entendimento de certos médicos e demais profissionais de saúde, que pensam somente em evitar a morte do paciente de todas as maneiras possíveis, trazendo somente mais dor e sofrimento ao mesmo. Tal entendimento, em nosso país, pode ser justificado pelo que MARTIN conceitua:

No Brasil, na tradição da ética médica codificada, durante certo tempo havia uma tendência a respaldar um comportamento distanásico. O motivo apresentado pelo Código de 1931 para reprovar a eutanásia é “porque um dos propósitos mais sublimes da medicina é sempre conservar e prolongar a vida” (artigo 16). [p. 187]

O Código Deontológico Médico de 1931, em seu artigo 16, ao reprovar a eutanásia - prática que se coloca fim a uma vida humana, a pedido do paciente terminal, por piedade – demonstra o pensamento dos profissionais de saúde à época: conservar e prolongar a vida humana, conceito este que, segundo tal artigo, vem a ser um dos pilares mais sublimes da medicina.<sup>5</sup>

A colocação supracitada, de maneira clara, mostra a obsessão médica em se manter, a todo custo, uma vida humana. Mesmo se tratando de um Código antigo, tal ideia fora repassada por várias gerações de profissionais de saúde, chegando nos dias atuais. Nesta toada, preconizam Riva de Freitas e Daniela Zilio:

Em relação ao possível direito à morte digna, não poderia ser diferente, uma vez que retardar inutilmente a morte de um paciente terminal seria ferir profundamente o seu direito à integridade física, psíquica e moral, causando intenso sofrimento, uma vez que em uma vida vegetativa por óbvio a integridade como um todo seria preterida [...] Impor um tratamento agressivo e inútil em termos de cura ou de melhora no quadro clínico, encarando a vida como um dever, seria, então, ferir vários dos direitos mais elementares da pessoa. (p. 183)

O problema dessa prática se encontra mais em um campo moral, pois não há definição fática de até quando a vida de um paciente terminal pode ser levada, e a que custo isso pode ser feito. Neste diapasão, Leocir Pessini, em seu artigo que tem como título “Distanásia: até quando investir sem agredir?”, traz à baila:

O não enfrentamento da questão da distanásia faz com que convivamos com situações no mínimo contraditórias, em que se investe pesadamente em situações de pacientes terminais cujas perspectivas reais de recuperação são nulas. Os poucos recursos disponíveis poderiam muito bem ser utilizados em contextos de salvar vidas que têm chances de recuperação. Dificilmente podemos passar ao largo sem levantarmos sérios questionamentos em relação à utilização das UTIs, conscientização a respeito do conceito de

---

<sup>5</sup> Martin, Leonard M. **Eutanásia e distanásia**. p. 10

morte cerebral, doação de órgãos, transplantes e investimentos de recursos na área.

A distanásia, apesar de ainda estar presente na medicina brasileira atual, por meio dos ensinamentos e costumes passados de geração para geração, vem cada vez mais sendo estudada e debatida como uma prática antiética pelos profissionais de saúde.

O que foi dito alhures pode ser vislumbrado em breve consulta ao novo Código de Ética Médica (Resolução 2.217/2018 – CFM). O referido Código possui o rol de princípios fundamentais de atuação da medicina, sendo que o princípio XXII trata especificamente sobre a prática da distanásia.

O princípio supracitado ensina que os médicos devem evitar procedimentos desnecessários em pacientes que se encontram em fase terminal, porém, versa ainda sobre os cuidados paliativos que eles devem receber, amenizando dessa forma as dores e os sofrimentos causados por determinada enfermidade.

Logo, como restou demonstrado nessa exposição do novo Código de Ética Médica, sobre a prática da distanásia, a tendência para os próximos anos na medicina brasileira é de se eliminar esse pensamento arcaico de manter a vida de um paciente a todo custo, como conteúdo basilar da medicina, uma vez que tal prática gera muita dor e sofrimento ao enfermo terminal.

### **1.1.3 Mistanásia**

A mistanásia pode ser lida como “morte infeliz” (“mys” vem de infeliz). Esta ocorre quando o poder público, investido ali para gerir as mais diversas áreas com plena excelência, falha na área da saúde – seja por falta de medicamentos, aparelhos ou profissionais – gerando a morte de determinado(s) paciente(s).

Tal prática faz com que o Estado não exerça sua função de zelo em relação a seus cidadãos, transgredindo diversos direitos fundamentais dos mesmos. Um exemplo recente e trágico de mistanásia ocorreu na cidade de Manaus – AM, no início do ano

de 2021, durante o pico da pandemia de COVID-19 na capital amazonense, diversas pessoas morreram em decorrência da falta de cilindros de oxigênio, que serviria para auxiliar na respiração dos pacientes.<sup>6</sup>

A mistanásia, diante de sua essência danosa, fere diversos princípios fundamentais expressos na Constituição, como o direito à vida e a dignidade da pessoa humana, além de fazer com que o Estado não observe o exposto no *caput* do artigo 196 de nossa Carta Magna, que por sua vez versa sobre o dever do Estado em oferecer serviços médicos de qualidade para sua população, para, dessa forma, reduzir os riscos que um serviço público desta área pode causar na sociedade de forma geral – tendo em vista que a saúde é um direito universal.

Mediante esses entendimentos constitucionais e indispensáveis para o entendimento da mistanásia, ainda há de se compreender como aquele paciente, que evoluiu à óbito por conta dessa prática, chegou àquela terrível situação. Nesse sentido, Leonard Martin distingue a mistanásia em três categorias distintas.

A primeira categoria se traduz na grande massa de enfermos que, por motivos principalmente sociais ou econômicos, não conseguem se tornar pacientes de fato, por conta de uma deficiência no sistema de saúde ofertado.

Na segunda categoria trazida por ele, os doentes têm acesso à saúde e se tornam pacientes, entretanto, são vítimas de um erro médico posterior, vindo à óbito. Já na terceira categoria estão inseridos os pacientes que acabam sendo vítimas por conta de más-práticas do profissional de saúde, também por motivos econômicos ou científicos. Mediante essa exposição das categorias, MARTIN conclui que “a mistanásia é uma categoria que nos permite levar a sério o fenômeno da maldade humana”.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> G1. **Documentos mostram que mais de 30 morreram nos dois dias de colapso por falta de oxigênio em Manaus.** Disponível em: <<https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2021/01/25/documentos-mostram-que-mais-de-30-morreram-nos-dois-dias-de-colapso-por-falta-de-oxigenio-em-manaus.ghtml>>. Acesso em: 17 maio.2022

<sup>7</sup> Idem item 5

Não obstante, diante dessas colocações, fica explícito a gravidade de tal situação. A mistanásia é, de fato, a prática mais problemática aqui explicitada, pois qualquer um, buscando tratamento de saúde, pode ser submetido – muitas vezes sem saber – a ela. Para que essa prática cesse em território nacional, é necessária a implementação de fortes políticas públicas, visando um forte investimento na área da saúde, pois esta envolve o bem mais precioso do ser humano – a vida.

## 1.2 ORTOTANÁSIA E RESOLUÇÕES DO CFM: CONTORNO HISTÓRICO GERAL SOBRE A PRÁTICA NO BRASIL

A ortotanásia, ou eutanásia passiva - escopo do presente trabalho – sob uma análise etimológica, em grego, “orto” significa certo ou correto, e “thanatos” significa morte, portanto, para os doutrinadores que versam sobre tal prática, a ortotanásia se caracteriza como a morte (inevitável) na hora certa, sem sofrimentos desnecessários e dolorosos para o paciente terminal.

A prática consiste em deixar a doença que acomete o paciente, que se encontra em estágio terminal, evoluir de forma natural, sem interferências médicas no sentido de tentar reverter a situação, para que, supostamente, o indivíduo possa ter uma morte digna e menos dolorosa. Em sua dissertação de mestrado, que tem como título “Ortotanásia sob a perspectiva da pessoa humana no fim da vida”, Jorge Abikair Filho, discorre sobre a prática da seguinte maneira:

A ortotanásia tem a iniciativa de respeitar o bem-estar global das pessoas, garantindo, dessa maneira, a dignidade na vida como também no momento de morrer. Assim, passa-se a compreender a saúde não somente como uma ausência de doença, mas como um completo bem-estar global da pessoa, aqui considerada ser humano, e que se aliada ao bem-estar espiritual, inclui o cuidado e não o abandono, como muitos possam pensar, no contexto do doente terminal. (p.31)

Sob um aspecto médico, a ortotanásia se demonstra como o último reduto de piedade para aquele enfermo que tanto sofre em estado terminal de determinada doença. No Brasil, a resolução de número 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina (CFM) autorizou a prática no *caput* de seu artigo 1º, delimitando ainda que a doença que

acomete o paciente deve ser grave e este deve se encontrar em um estado irreversível.<sup>8</sup>

O que foi tratado deve ser outra preocupação para os médicos, tendo em vista que ele não pode se valer da ortotanásia em casos que ainda podem ser reversíveis de alguma forma, mesmo com o grau de dificuldade mais alto. Uma vez que, caso o paciente que tenha manifestado a vontade de suspender seu tratamento não esteja em fase terminal, e o médico o faça, este pode ser responsabilizado penalmente por essa morte, pois se confunde com o instituto da eutanásia – prática proibida no Brasil.

Ao tratar dessa prática na resolução acima, o CFM tornou mais fácil o trabalho dos profissionais de saúde, principalmente os médicos – pois estes não podiam se eximir de culpa caso optassem por suspender determinado tratamento para pacientes que estavam comprovadamente em estado terminal.

A ortotanásia recebeu do Conselho Federal de Medicina outra Resolução que deixa claro os procedimentos que devem ser adotados para expressa autorização do paciente. Isso ocorre pois, no estágio final da vida, algumas pessoas não conseguem mais ter discernimento pleno daquilo que falam ou expressam (por vezes encontram-se até acamados e inconscientes).

Visando estes casos, o CFM baixou a Resolução de nº 1.995/2012<sup>9</sup>, que trata sobre as diretivas antecipadas de vontade (DAV) que, por meio delas, o paciente que se encontra inconsciente pode exercer de forma integral seu desejo de prosseguir (ou não) e como prosseguir.

Após expressar seus anseios em sua DAV, o paciente pode tratar diretamente com seu médico responsável sobre os mesmos, mas, caso venha ficar inconsciente por conta de sua doença, um representante legal deve apresentá-las, para que se assegure os direitos do paciente.

---

<sup>8</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM Nº 1.805/2006. **Código de Ética Médica.**

<sup>9</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM Nº 1.995/2012.** Diretivas antecipadas de vontade.

Para exemplificar melhor tal situação falada acima, o artigo 1º, *caput*, dessa Resolução conceitua as diretivas antecipadas de vontade como um caminho que o paciente deseja traçar após ser diagnosticado com uma enfermidade incurável. Nesse manifesto, o paciente pode pedir o prosseguimento dos procedimentos, ou – e mais comum – pedir que sua morte seja dada de maneira natural, com o menor sofrimento possível, caracterizando assim, a prática da ortotanásia.

Tal ferramenta pode ser utilizada tanto para uma ortotanásia – mais comum nestes casos - ou até mesmo para uma distanásia, pois o paciente pode requerer que o médico, a todo custo, o mantenha vivo, acreditando em algum tipo de melhora repentina que consiga fazê-lo sair dessa situação.

O novo Código de Ética Médica (Resolução nº 2.217/2018 – CFM)<sup>10</sup> também versa sobre a prática da ortotanásia, em seu artigo 41, parágrafo único, que por sua vez trata sobre os cuidados paliativos que os médicos devem exercer, mesmo estando o paciente em estado terminal, com o intuito de fazer com que os últimos meses (ou dias) de vida desse enfermo seja o mais digno e indolor possível.

Entretanto, versa ainda que sempre deve ser levada em consideração a vontade do paciente (ou, em caso de sua impossibilidade, de seu representante legal – expressando o cuidado do novo Código com as DAV), de permanecer ou não com o tratamento que lhe está sendo dado.

Tal artigo está exposto Capítulo V de tal Resolução, que tem como título “abreviar a vida”, demonstrando de forma cristalina a crescente preocupação dos profissionais da saúde em tratar sobre o assunto aqui tratado.

Outro ponto a ser suscitado nesse cerne é a relação entre médico e o enfermo. Tal relação se encontra, em um ponto de vista externo, desbalanceada, uma vez que o profissional de saúde, por possuir vasto conhecimento sobre a área, tende, em certos casos, a rejeitar o que fora arguido pelo paciente, juntamente com seus colegas de

---

<sup>10</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM Nº 2.217/2018. **Novo Código de Ética Médica**. Brasília, 27 set. 2018.

profissão que atuam no mesmo caso clínico. Sobre essa discussão, a jurista Camila Vasconcelos aduz:

É que a percepção das normas brasileiras, atualmente, é a de que o discurso médico, falado ou escrito, tem significativa força, especialmente quando disposto em determinados documentos, pois se apresenta como capaz de emitir verdades a princípio inquestionáveis. Um exemplo são as informações médicas prestadas por meio de seus “atestados”, de maneira que documentos hábeis a “atestar” são instrumentos verossímeis. Têm, mais precisamente segundo as normas brasileiras, o que se denomina “fé-pública” e “presunção de veracidade”. [p. 71]

A argumentação trazida demonstra a preocupação de determinados pacientes em demonstrar suas vontades para os médicos que o estão tratando, uma vez que há essa disparidade de julgamentos dos próprios médicos e até mesmo de terceiros que acompanham o tratamento do enfermo.

Após esse contorno histórico da prática da ortotanásia no Brasil, fica evidente que, ao decorrer dos anos, a discussão sobre tal prática vem se tornando cada vez mais abrangente e pacífica entre os profissionais de saúde e juristas, entretanto, no âmbito dos direitos constitucionais, a ambiguidade e falta de definição de alguns conceitos fomentam diversos debates na comunidade médica e jurídica, gerando uma insegurança a todas as pessoas envolvidas nessa situação, em especial os próprios pacientes.

## **2 BIOÉTICA COMO BASE PRINCIPOLÓGICA PARA A REALIZAÇÃO DA ORTOTANÁSIA**

Não há como dissertar sobre a prática da ortotanásia sem mencionar a bioética, tendo em vista que esses dois termos estão umbilicalmente atrelados. O campo da bioética trata exatamente sobre o tratamento ético que deve ser designado a qualquer tipo de vida humana.

A bioética surge para trazer dignidade e, acima de tudo, um olhar ético aos eventos da vida humana, como um tratamento delicado ou a própria morte de um indivíduo. Sua essência se baseia em ajudar os enfermos da melhor maneira possível, seja sob

um olhar médico ou como o paciente bem entender, garantindo dessa forma, uma condução mais humana dos tratamentos aplicados a ele.

A bioética se faz muito presente no Código de Ética Médica, mostrando a importância que este campo possui na formação dos profissionais de hoje em dia, tendo em vista que não basta gozar de amplo conhecimento na área da saúde, o trato com o paciente também deve ser atento e cuidadoso.

Além disso, o campo bioético caminha em campos conflituosos na área médica e jurídica, em situações em que há uma linha muito tênue – ou inexistente – sobre o que se mostra como certo ou errado, entretanto, busca também trazer luz a estes conflitos existentes. Concernente a essa colocação, ABIKAIR preconiza:

A Bioética, ao considerar o ser humano em toda a plenitude de sua dignidade, propicia condições éticas, para além da ética médica, refletir sobre o sentido de se ter uma vida digna e, do mesmo modo, que essa não seja lembrada apenas na hora de sua finitude. [p. 19]

Isso posto, mediante o que já fora demonstrado acima sobre o que é e como se trata - em diversas áreas do conhecimento - a prática da ortotanásia ao redor do mundo, principalmente no Brasil, fica clara a proximidade entre a bioética e o escopo do presente trabalho.

## 2.1 OS PRINCÍPIOS BASILARES DA BIOÉTICA

Como vários outros campos do conhecimento, a bioética também possui princípios que a norteiam, fazendo com que as pessoas que com ela trabalhem ou estudem, se sintam mais seguras sobre qual rumo tomar mediante uma situação conflituosa e delicada.

Inclusive, é tradição nas academias de medicina do Brasil que, uma turma, ao se graduar, proclame o Juramento de Hipócrates (médico e filósofo grego, considerado o pai da medicina do mundo ocidental), que carrega consigo os quase todos os princípios bioéticos que serão esmiuçados adiante.

Entretanto, o modelo hipocrático se mostra insuficiente perante diversas questões éticas que os profissionais de saúde podem enfrentar em seu dia-a-dia, para tanto, a bioética surge para trazer luz à esses embates. Concernente a essa lacuna no modelo mencionado, ABIKAIKIR aduz:

Hodiernamente vive-se uma grave crise ética médica na medida em que o modelo hipocrático demonstra ser insuficiente para dar conta dos conflitos éticos complexos decorrentes da realidade humana, onde a vida e a morte são valores considerados vitais, que engloba a ortotanásia. [p. 25]

Os princípios servem ainda para facilitar a conceituação da bioética, uma vez que esta se mostra difícil de se pacificar entre os juristas que tratam do referido assunto. Sobre tal dificuldade, BUSSINGUER trata:

Possíveis tentativas de unificação conceitual acerca do que se poderia considerar como Bioética, ou seja, apresentação de um escopo fechado e consensual sobre o que deveria ser incluído e compreendido como sendo bioética, deixam evidenciar a impossibilidade de um pensamento uniforme, capaz de garantir sua condição de resultado de um consenso ou de equilíbrio de forças entre as diferentes correntes que tensionavam na defesa de pontos de vista antagônicos. (p. 57)

### 2.1.1 Princípio da beneficência

O princípio da beneficência (*bonum facere* – que significa fazer o bem em latim), conceitua que os profissionais de saúde devem visar, acima de tudo, o bem do paciente. Mediante isso, o profissional deve estar munido dos mais altos conhecimentos da medicina, para que consiga promover o bem do paciente, seguindo tal princípio bioético.

Dentro do campo da bioética, este princípio possui máximas que também o norteiam, visando esmiuçar determinadas condutas que os profissionais devem promover quando estarem frente a frente com situações que possam transgredir tal princípio fundamental à bioética e à medicina em geral, sendo eles: fazer o bem, não causar dano, cuidar da saúde, favorecer a qualidade de vida e manter o sigilo médico.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> FABRIZ, Daury Cesar. **Bioética e direitos fundamentais**: a bioconstituição como paradigma do biodireito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. 398 p. ISBN 8576040054.

A máxima “fazer o bem” está atribuída estritamente ao princípio da beneficência em si, efetivando o pensamento de levar somente o bem ao paciente acometido por qualquer tipo de enfermidade. Desta forma também pode ser levada quando se trata de “cuidar da saúde”, dever intrínseco de qualquer profissional de saúde.

Se tratando de “manter o sigilo médico”, é mostrada a preocupação da bioética com campos que não estejam atrelados especificamente aos conhecimentos profissionais dos que atuam na área da saúde, e sim uma relação ética entre médico e paciente, fazendo com que apenas o próprio enfermo saiba do seu diagnóstico e tratamentos que se darão em ato contínuo.

Englobando o princípio da beneficência, a máxima que mais se envolve com a prática da ortotanásia é a “favorecer a qualidade de vida”. Desta forma, o médico deve sempre causar o bem ao paciente, utilizando de todo seu conhecimento para tanto, porém, em casos de pacientes terminais, em que o mesmo perderá significativamente sua qualidade de vida, qual caminho o profissional de saúde deve tomar? O bem para o paciente seria então o caminho da ortotanásia? Tais perguntas são de grande complexidade, quando analisadas tanto na área médica, quanto na jurídica.

### **2.1.2 Princípio da não maleficência**

O princípio da não maleficência engloba uma das máximas citadas no princípio supracitado. A máxima “não causar dano” – ou *primum non nocere*, em latim, está correlacionado a este princípio, que, diante da proximidade com o da beneficência, alguns estudiosos não o consideram um princípio próprio, e sim uma vertente deste outro.

Diante dessa máxima que norteia a não maleficência, não resta dúvidas sobre sua natureza, os profissionais de saúde devem, além de visar somente o bem do paciente, se preocupar em não ser o precursor de nenhum dano que prejudique a saúde deste enfermo.

Tal princípio também está remetido aos dados e fatos de determinada pesquisa ou tratamento. Os profissionais de saúde devem observar e utilizar os dados que demonstram os benefícios desse tratamento ou pesquisa, se a coleta destes demonstrarem uma perspectiva negativa, ou seja, há muito mais chance desse tratamento prejudicar o paciente do que ajudá-lo, tal profissional tem o dever de rechaçá-lo, visando esse princípio bioético.

### **2.1.3 Princípio da justiça**

No campo bioético, o princípio da justiça está atrelado a noção de acesso universal à saúde, em que todos os seres humanos possam receber um tratamento adequado – quando forem acometidos por qualquer doença, seja de caráter leve ou mais grave – sendo respeitados e recebendo os devidos procedimentos médicos, visando o pleno reestabelecimento de sua saúde.

Ainda sobre o escopo desse princípio, Daury Cesar Fabríz conceitua: “Liga-se ao contexto da cidadania, implicando uma atitude positiva do Estado, no que se refere ao direito à saúde” (p. 111).<sup>12</sup>

Este princípio, porém, já atento a todas as mudanças do mundo capitalista e diferenças financeiras até mesmo de países para países, não se baseia em um tratamento que visa a equidade de tratamento, tendo em vista que, por exemplo, no Brasil, um empresário com grande poder aquisitivo não receberá o mesmo tratamento que uma pessoa que recebe um salário mínimo por mês, isso é fato e ocorre em todos os cantos do globo.

O que o princípio da justiça busca é o tratamento adequado, e que nenhuma doença venha a ser complicada por falta de recursos ou empenho médicos. Mediante isso, esse princípio se relaciona fortemente com a prática da mistanásia, onde o Estado falha no serviço à saúde perante sua população, fazendo com que diversos indivíduos venham a falecer por conta dessa deficiência pública.

---

<sup>12</sup> Idem item 11.

## 2.2 PRINCÍPIO DO RESPEITO À AUTONOMIA DO PACIENTE ATRELADO AO EVENTO DA ORTOTANÁSIA

O princípio da autonomia dos pacientes deve figurar em destaque no presente estudo por conta de seu caráter ético, visando proteger o enfermo de determinadas transgressões que possam ocorrer por não ter respeitado suas vontades em um momento crítico em sua doença.

Este princípio basilar da bioética trata sobre as atitudes que os médicos devem tomar além de demonstrar seu conhecimento de fato, entrando definitivamente no campo da ética. Versa sobre a autonomia do paciente e seus representantes legais em momentos diagnósticos ou de como prosseguir o tratamento que já está lhe sendo dado. Neste diapasão, FABRIZ traz à baila:

O princípio da autonomia justifica-se como princípio democrático, no qual a vontade e o consentimento livres do indivíduo devem constar como fatores preponderantes, visto que tais elementos ligam-se diretamente ao princípio da dignidade humana. [p. 109]

O filósofo Immanuel Kant foi um dos principais a versarem sobre a autonomia dos indivíduos como um direito posto. Para ele, o conceito de autonomia consiste em fazer com que a escolha do indivíduo sempre esteja norteada em seu querer, como lei universal (KANT, 2005, p.85).

Através da filosofia kantiana, a autonomia foi vista como um dos fundamentos para que os seres humanos possam exercer sua moralidade de fato, logo, denota-se seu caráter imprescindível na sociedade contemporânea.

Nesta toada, referindo-se à filosofia supramencionada, a autonomia da pessoa humana se consagrou nos mais diversos ordenamentos jurídicos e Convenções de direitos humanos ao redor do mundo, se difundindo ainda no princípio do respeito às pessoas, no famoso Relatório de Belmont, realizado em 1978, com o intuito de cessar os abusos da medicina cometidos à época nos Estados Unidos. Nesse sentido, contribuem ALVES, GOLDIN e FERNANDES:

O conceito kantiano de autonomia foi o pressuposto que conduziu à Ética do Respeito à Pessoa, a qual, por sua vez, alcançou o status de Princípio do Respeito às Pessoa quando inserido no Relatório de Belmont, em 1978. **Esse princípio apresenta dois aspectos importantes do ponto de vista ético: o primeiro refere-se ao respeito à autonomia do indivíduo, o segundo é sobre a proteção necessária àquelas pessoas que têm a autonomia diminuída** (U.S. DEPARTMENT OF HEALTH & HUMAN SERVICE, 2016). *Grifo nosso* [p. 247]

Nesse princípio, mediante a divisão demonstrada no mesmo, fica evidente a preocupação até mesmo com àqueles indivíduos que se encontram em um momento de discernimento reduzido, onde sua autonomia pode ser ceifada por conta disso, atestando, dessa forma, a necessidade das diretivas antecipadas de vontade, também tratadas neste estudo.

Trazendo tal perspectiva à realidade brasileira, o artigo 31, Capítulo V do novo Código de Ética Médica<sup>13</sup> versa especificamente sobre este princípio, demonstrando de maneira sólida que é vedado ao médico desrespeitar as vontades do paciente, ou de seu representante legal, referente às tratativas médicas executórias que o mesmo está sendo submetido, porém, trata ainda que tal princípio não se aplica em casos de risco iminente de morte.

A parte final da redação desse artigo se relaciona com o princípio da beneficência, mostrando que os médicos devem, acima de tudo, usar seus conhecimentos profissionais para causar bem ao paciente.

Mediante o que já foi explicitado no presente trabalho, é cristalino que tal colocação se choca com a prática da ortotanásia, em um primeiro momento, uma vez que, mediante análise verticalizada, deve ser levado em consideração o que pode ser considerado “bem” para um paciente terminal, e em que momento a postergação de sua vida deixa de ser considerado benéfico a ele?

Mediante o que foi falado acima, resta ao profissional de saúde responsável pelo enfermo, comprovar, das mais diversas maneiras, que o tratamento ofertado ao

---

<sup>13</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM N° 2.217/2018. **Novo Código de Ética Médica**. Brasília, 27 set. 2018.

paciente já não surte mais efeito, e que aquele seu estado, em consciência ou não, já se faz irreversível. Nessa ótica, conceitua Abikair:

É sabido ser difícil prever o momento exato em que o médico pode intervir ou deixar de intervir em um doente terminal, por assim dizer, aquele que está fora de possibilidades terapêuticas. A modernidade e a evolução da ciência médica forneceram horizontes ampliados ao oferecer tratamentos nunca antes imaginados, e que não param de ser descobertos, os quais são assimilados, quase que à velocidade da luz, diariamente, deixando todos os profissionais envolvidos num dilema muito grande, qual seja, em saber qual o momento certo de interromper a terapêutica, para que o sofrimento deste doente não seja prolongado desnecessariamente. [p. 45]

Como já mostrado anteriormente, resta observar uma das máximas do princípio da beneficência, também de suma importância para a bioética. Favorecer a qualidade de vida do paciente ainda se mostra de grande dificuldade para a sociedade médica e jurídica, tendo em vista as nuances que cada caso concreto traz consigo.

A autonomia do paciente deve ser levada em consideração em alguns casos, ainda que o mesmo não goze de conhecimentos técnicos para tanto, tendo em vista que sua intimidade e integridade física devem tomar o caminho que ele bem entender, e que tal intromissão médica não seja considerada transgressora de direitos fundamentais. Ainda sobre tal princípio, trata a jurista Maria Helena Diniz:

Reconhece o domínio do paciente sobre a própria vida (corpo e mente) e o respeito à sua intimidade, restringindo, com isso, a intromissão alheia no mundo daquele que está sendo submetido a um tratamento. Considera o paciente capaz de autogovernar-se, ou seja, de fazer suas opções e agir sob a orientação dessas deliberações tomadas, devendo, por tal razão, ser tratado com autonomia. [O estado atual do biodireito, 7ª ed., p. 14]

O princípio da autonomia do paciente se debruça em um campo polêmico da bioética. O diagnóstico da doença em que o enfermo requereu a suspensão de seu tratamento, deve ter entendimento indubitável entre os médicos de que o caso é terminal, para que estes profissionais consigam agir conforme a Resolução 1.805/2006, respeitando ainda a autonomia do paciente em questão.

A ortotanásia, nesse âmbito, busca justamente efetivar o princípio da autonomia, se assim o paciente bem entender. Em casos de enfermidades terminais, em que a dignidade da pessoa humana muitas vezes é ceifada do paciente, sua morte se mostra como a melhor, ou única saída.

Neste diapasão, lecionam FREITAS e ZILIO:

Sendo assim, é cediço que a proteção dos direitos da personalidade é fortemente buscada, em situações das mais diversas. Não poderia ser diferente em relação à questão da opção pela morte digna e humanizada, ocorrida no momento e da forma desejados pelo paciente, justamente por estarem envolvidos direitos de ímpar relevância, tais como os elencados. Para além deles, por óbvio que o direito à autonomia da vontade do ser humano, e, ainda mais profundamente, o seu direito de autodeterminação, são questões que corroboram ainda mais a busca por um fim de vida humanizado. (p. 183)

A partir do exposto pedido para a realização do enfermo, por si só, ou em caso de inconsciência, por uma diretiva antecipada de vontade, em homenagem ao princípio da autonomia, o pedido pode ser aceito e acolhido após todos os diagnósticos que comprovem a irreversibilidade absoluta de sua doença. Sobre esse ponto, se pronuncia Abikair:

O direito fundamental da autonomia de vontade, ao recusar o prolongamento de seu tratamento, quando em fase terminal, deve ser abarcado pelo direito, pois, dessa forma, se reconhece como direito fundamental, já que a morte se apresenta de forma inexorável. Reconhecer a morte com dignidade, sem sofrimento, é reconhecer que a morte em seu processo evolutivo e natural está contemplada dentro do conceito de vida digna, que é direito fundamental e de proteção constitucional.

Este entendimento funciona como um ciclo, onde a ortotanásia está vinculada estritamente ao princípio da autonomia, que é basilar ao campo bioético, tal campo está atrelado aos princípios expostos na Constituição Federal que versam sobre vida digna, e estes são intransponíveis aos seres humanos, o que nos remete, dessa forma, a um entendimento constitucional da prática da ortotanásia.

Entretanto, existe também uma parte da doutrina jurídica, e até mesmo da sociedade, estes remetidos a um pensamento cristão, que entende a ortotanásia como uma prática transgressora ao direito à vida, exposto na Carta Magna, além de ter um aspecto reprovável, mediante à sociedade que, no Brasil, majoritariamente segue um viés religioso, onde não há margem para discussões de cunho subjetivo.

Nesta senda, o que se mostrará a seguir são os embates entre os mais altos dispositivos em nosso ordenamento jurídico – os direitos fundamentais. Mediante o olhar da ortotanásia, restará superada a questão do direito à vida, que se identifica

como o principal argumento dos juristas, profissionais de saúde e demais indivíduos que são contrárias à prática.

### **3 ORTOTANÁSIA PERANTE A CF/88 E DEMAIS REGULAMENTOS: EMBATE ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

A Constituição Federal, também chamada de Constituição Cidadã, recebeu essa alcunha pelo momento em que se deu sua promulgação, isso aconteceu no ano de 1988, período de redemocratização do Brasil, onde o país havia acabado de passar por 21 anos em uma ditadura, que incluiu, principalmente, a interrupção dos direitos fundamentais de seus cidadãos.

Por conta dessa mancha na história, o legislador constituinte se preocupou fortemente com a inserção de direitos fundamentais inerentes aos cidadãos brasileiros, que são intransponíveis e não podem ser alterados nem mesmo por meio de Proposta de Emenda à Constituição, as chamadas PEC. Não obstante, foram colocadas no rol de cláusulas pétreas, do artigo 60, parágrafo 4º da Carta Magna.<sup>14</sup> Nesse escopo, salienta Abikair:

Os direitos fundamentais expressos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 traduzem a liberdade da pessoa humana frente ao Estado, que eleva ao seu reconhecimento como cidadão. A vida vivida com dignidade depende da participação de todos nós. Os direitos fundamentais, parte integrante e pilar de toda sociedade, que vive sob um Estado Democrático de Direito, são, dentro dos Direitos Humanos reconhecidos mundialmente, o elo que liga a efetivação e a viabilidade para se lograr uma vida digna protegida e efetivada pelo Direito. [p. 30]

Esse rol de direitos fundamentais, mediante a inquietude fática do Direito, que está em constante mudança por conta das mais diversas situações que aparecem diuturnamente para averiguação e consideração, dependendo do caso estudado, gera uma série de embates entre eles. Os direitos fundamentais, no escalonamento

---

<sup>14</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988.

kelseniano<sup>15</sup> – principal observação hierárquica no direito brasileiro - estão no topo, portanto, nenhum outro tipo de lei pode a sobrepor, gerando conflitos somente entre eles mesmos. Neste diapasão, preconiza a jurista Jovina D’Avila Bordoni:

Nesse sentido, quando o caso concreto admitir aplicação de vários princípios de mesmo nível hierárquico é imprescindível à conjugação destes, e da ponderação de princípios emergirá a regra a ser aplicada ao caso em julgamento.

A teoria da ponderação de princípios, tem como principal autor o jurista alemão Robert Alexy, para ele, a ponderação entre normas, quando hierarquicamente equivalentes, se faz por meio da proporcionalidade em sentido estrito, passando ainda pelo crivo da adequação e necessidade. Neste cerne, ensina ALEXY, em seu livro “Teoria dos direitos fundamentais:

Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições.

A ponderação deve, após sua análise concreta, extrair qual o melhor direito fundamental a ser utilizado em observância ao caso concreto, ou seja, que atinja o maior grau de satisfação, gerando segurança jurídica aos envolvidos na situação de direito.

De maneira concreta, Alexy se valeu de três máximas para que ocorra a efetivação dessa ponderação de maneira correta, fazendo com que os princípios que estão se colidindo passe por um crivo bem determinado, para que se possa, através dessa análise, se extrair o melhor desses direitos fundamentais para cada caso concreto. Sobre essa perspectiva, ainda sobre a teoria de Alexy, versa Heletícia Leão de Oliveira:

Além disso, existe conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade. Tal situação significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da **adequação, necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito** decorre logicamente da natureza

---

<sup>15</sup> A expressão escalonamento kelseniano não encontra grande adoção no direito brasileiro, preferindo-se a expressão “pirâmide kelseniana”, entretanto, para fins técnicos do presente trabalho, preferiu-se trabalhar com a primeira e menos usada expressão.

dos princípios. Essa máxima permite que princípios colidentes possam ser harmonizados. *Grifo nosso* [p. 35]

A adequação, seria o meio de se trazer um princípio mais vantajoso para o caso concreto, sem ferir outros princípios. A necessidade se apresenta como a observância de que não há outro meio para resolução desse embate com um menor abalo. Já a proporcionalidade em sentido estrito é a própria ponderação, fase em que será analisada a aplicação e a proporção dos meios escolhidos para cessar tal embate. Alexy versou sobre essas três regras visando sempre o alcance do objetivo final, que seria a satisfação plena do direito almejado.

No caso da ortotanásia, o direito fundamental à vida, exposto em diversos artigos da Lei Maior, entra em rota de colisão com o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento basilar da República, necessitando, portanto, análise *in casu* para que se retire o direito mais benéfico ao enfermo.

### 3.1 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA *VERSUS* O DIREITO À VIDA

O princípio da dignidade humana, exposto no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal se apresenta como um pilar da República, abrangendo os mais caros direitos do cidadão brasileiro. Todos os cidadãos devem gozar desse princípio, seja em qualquer área que o mesmo abrange, como educação, moradia, saúde, dentre vários outros.

O direito fundamental à vida, marcado em diversos artigos da Carta Magna traz consigo uma estrutura tanto quanto abstrata, gerando diversas discussões acerca do assunto. Diversos cidadãos, como por exemplo, as pessoas em situação de rua, gozam do direito à vida, mas tem todos seus outros direitos constitucionais transgredidos de maneira severa.

Sob esse aspecto, cabe também a categoria dos enfermos. Supondo que houve o acolhimento ideal em um nosocômio público de qualidade, o Estado atingiu sua função de cuidar de seus cidadãos, entretanto, a partir de determinado momento, sua doença

passou, indubitavelmente – sob olhar médico – para uma fase terminal, e está constatado que nenhum tratamento a partir dali surtirá efeitos regressivos.

A ortotanásia, como já explicitado, foi legalizada no Brasil por meio da Resolução de nº 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina (CFM), entretanto, tal Resolução sofreu algumas Ações Cíveis do Ministério Público Federal, que tinham como intuito revogá-la integralmente, em uma dessas Ações, o procurador Wellington de Oliveira arguiu que “os princípios da autonomia e da autodeterminação do paciente, invocados pelos defensores da ortotanásia, esbarram na indisponibilidade do direito à vida”.<sup>16</sup>

Dessa forma se traduz o pensamento dos críticos ferrenhos à realização da ortotanásia, a indisponibilidade do direito fundamental à vida deve ser vista de maneira objetiva. Por conta disso, esses críticos consideram tal prática inviável moralmente e ilegal juridicamente.

No Brasil, isso é corroborado pela sociedade, majoritariamente cristã, em que se baseia nos pensamentos bíblicos, julgando a ortotanásia e seus institutos similares como contrários aos ensinamentos da Bíblia. Entretanto, uma cartilha do Vaticano, assinada pelo então Papa João Paulo II preconiza:

É também permitido interromper a aplicação de tais meios, quando os resultados não correspondem às esperanças neles depositadas. Mas, para uma tal decisão, ter-se-á em conta o justo desejo do doente e da família, como também o parecer de médicos verdadeiramente competentes; são estes, na realidade, que estão em melhores condições do que ninguém, para poderem julgar se o investimento de instrumentos e de pessoal é desproporcionado com os resultados previsíveis, e se as técnicas postas em acção impõem ao paciente sofrimentos ou contrariedades sem proporção com os benefícios que delas pode receber.

Dessa forma, por meio dessas considerações do Vaticano, publicada no início da década de 80, é possível notar pensamentos um tanto quanto arcaicos incrustados em nossa sociedade, uma vez que a própria Igreja já se manifestou a favor da realização da ortotanásia.

---

<sup>16</sup> CONJUR. **Ministério Público tenta derrubar resolução sobre ortotanásia.** Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2007-mai-21/mp\\_tenta\\_derrubar\\_resolucao\\_ortotanasia](https://www.conjur.com.br/2007-mai-21/mp_tenta_derrubar_resolucao_ortotanasia)>. Acesso em: 22/03/2022.

O direito à vida, se observado de um ponto objetivo, sem margem para a subjetividade, como feito pelo procurador supramencionado, realmente torna a prática da ortotanásia inconcebível por um ponto de vista jurídico e até mesmo moral, uma vez que esta induz a morte do paciente, o direito fundamental à vida, logicamente seria ofendido de maneira drástica.

Entretanto, se observado de maneira mais ampla, principalmente sob um olhar apurado da bioética, o direito fundamental à vida não se traduz basicamente em possuir a vida propriamente, se vale também do caráter da vida digna, conjugada ao princípio da dignidade da pessoa humana, neste cerne, aduz Abikair:<sup>17</sup>

O direito fundamental da autonomia de vontade, ao recusar o prolongamento de seu tratamento, quando em fase terminal, deve ser abarcado pelo direito, pois, dessa forma, se reconhece como direito fundamental, já que a morte se apresenta de forma inexorável. Reconhecer a morte com dignidade, sem sofrimento, é reconhecer que a morte em seu processo evolutivo e natural está contemplada dentro do conceito de vida digna, que é direito fundamental e de proteção constitucional. [p. 30]

O campo bioético é amplamente estudado pelos juristas nos dias atuais, dessa forma, a prática da ortotanásia e demais questões que envolvam esse campo já possuem uma jurisprudência consolidada nos Tribunais pátrios, que vai de encontro com os pensamentos do autor supracitado. Mediante o exposto, é nesse sentido o acórdão da Apelação Cível nº 70054988266 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. BIODIREITO. ORTOTANÁSIA. TESTAMENTO VITAL. 1. Se o paciente, com o pé esquerdo necrosado, se nega à amputação, preferindo, conforme laudo psicológico, morrer para "aliviar o sofrimento"; e, conforme laudo psiquiátrico, se encontra em pleno gozo das faculdades mentais, o Estado não pode invadir seu corpo e realizar a cirurgia mutilatória contra a sua vontade, mesmo que seja pelo motivo nobre de salvar sua vida. 2. O caso se insere no denominado biodireito, na dimensão da ortotanásia, que vem a ser a morte no seu devido tempo, sem prolongar a vida por meios artificiais, ou além do que seria o processo natural. 3. **O direito à vida garantido no art. 5º, caput, deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa, previsto no art. 2º, III, ambos da CF, isto é, vida com dignidade ou razoável qualidade. A Constituição institui o direito à vida, não o dever à vida, razão pela qual não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a tratamento ou cirurgia, máxime quando mutilatória.** [...] *Grifo nosso* (Apelação Cível, Nº 70054988266, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, Julgado em: 20-11-2013).

<sup>17</sup>ABIKAIR FILHO, Jorge. **A ortotanásia sob a perspectiva da dignidade humana no fim da vida.** Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2013. 159 f.

Diante do entendimento do filósofo Robert Alexy, onde o mesmo entende que, se dois princípios colidem entre si, o que deve ser buscado é a maior satisfação dos interessados de maneira ampla, ou seja, uma possível insegurança jurídica deve ser afastada, respeitando as peculiaridades de cada caso concreto.

Dessa forma, a Primeira Câmara Cível do TJ-RS entendeu que, mesmo o paciente sendo prejudicado – concernente à sua saúde - pela não execução da cirurgia de mutilação, a vontade do mesmo deve ser respeitada integralmente, em homenagem ao princípio da autonomia e os demais princípios que norteiam a bioética, alterando, dessa forma, de maneira consequente, o modo de agir dos profissionais de saúde nessas situações.

Observado o exposto, fica evidente ainda a preocupação jurisprudencial de proteger o princípio da autonomia do paciente, devendo ser conjugado sua vontade, com as delimitações da bioética, fazendo com que o direito fundamental à vida seja ponderado com o princípio da dignidade da pessoa humana.

No momento em que se constata a irreversibilidade de seu caso clínico, o enfermo passará o resto de seus dias em uma cama, sem possibilidade de retornar a sua residência e viver sua vida de forma normal. Neste caso, após o requerimento do paciente para realização da prática da ortotanásia, o princípio da dignidade humana e o direito fundamental à vida estão sendo respeitados? Sob essa ótica dos pacientes terminais, a jurista Elda Bussinguer leciona:

Estes são caracterizados por se encontrarem em uma situação em que a morte já se instaurou como tal. Não há possibilidade de reversão do quadro. Nesse contexto, a morte só pode se apresentar como uma decorrência da própria vida. Se esta é um direito fundamental, a decisão acerca de até que ponto devem se seguir os tratamentos não passa de uma decorrência do exercício pleno do direito à vida, ou do direito à morte, entendida, neste caso, como uma decorrência da própria vida.

Ademais, deve-se observar ainda os paradigmas que norteiam a prática da ortotanásia, que, como já demonstrado, para algumas pessoas, de maneira objetiva representam somente o fim da vida humana, sem levar em consideração àquele

semelhante que padece de determinada doença. Neste sentido, conceituam novamente BARCELLOS e BUSSINGUER:

A vida geralmente é tratada como direito quase absoluto, não admitindo muitas ponderações, inclusive no sentido técnico do termo, a seu respeito. Também não estamos aqui propondo uma ponderação da vida em relação à morte. Esta é sempre vista como uma violação do direito fundamental à vida e, mesmo quando é natural, é muitas vezes considerada como um erro, algo que deveria ter sido evitado a todo custo, algo que viola, agride, atenta contra a vida.

Nesta senda trazida pelos autores supracitados, se perpassa a ideia de todo o presente trabalho, os direitos fundamentais atingidos pela ortotanásia – dentre eles, o direito à vida - não devem ser observados de maneira individual, para que os direitos do paciente em estado terminal não sejam suprimidos de nenhuma maneira.

## CONCLUSÃO

Diante do que fora mostrado ao longo do trabalho, é nítida a natureza polêmica da realização da ortotanásia ou eutanásia passiva, seja pelas suas diferentes ramificações e institutos similares (por vezes mais polêmicos e menos aceitos que a ortotanásia), ou por conta de sua própria natureza, que tem por finalidade colocar fim a uma vida humana – isso se observado de maneira direta, o que ocorre com a maioria da população que nunca se aprofundou na realização dessa prática.

Dessa forma, os princípios bioéticos devem ser considerados no momento final da vida dos pacientes que estão em estágio final de determinada doença, podendo o mesmo ser ouvido e ter suas vontades acatadas pela família e, posteriormente, pelos profissionais de saúde responsáveis pelo seu tratamento.

Os críticos da realização da ortotanásia tem como principal argumento a indisponibilidade do direito fundamental à vida de um ser humano, deixando de lado os princípios bioéticos e demais princípios fundamentais que colidem com esse argumento posto.

A presente fundamentação trazida no trabalho expôs de maneira cristalina que o direito fundamental à vida não pode ser tratado de maneira objetiva, devendo ser também levado em consideração o princípio da dignidade da pessoa humana, ambos expostos na Constituição Federal.

A junção desse princípio e direito fundamentais, coaduna também com a tese do filósofo Robert Alexy, onde, em sua teoria de colisão de direitos fundamentais, versa que as normas devem ser observadas dentro do caso concreto, e que deve se sobrepor a que for menos maléfica ao cidadão de direitos.

No presente trabalho, a realização da ortotanásia esbarra no direito à vida e no princípio da dignidade da pessoa humana, entretanto, após o requerimento do paciente – que se encontra, indubitavelmente, em um estado terminal – a não realização da ortotanásia se torna inconstitucional.

O profissional de saúde, ao negar esse pedido do enfermo, deve ser penalizado internamente e até mesmo de maneira litigiosa, uma vez que, a indisponibilidade do direito à vida está indubitavelmente atrelada ao princípio da dignidade da pessoa humana. O paciente, ao realizar esse pedido de maneira expressa, já perdeu essa sua dignidade – e até mesmo seu direito à vida digna – que é como esse direito deveria ser observado de maneira ampla.

O direito fundamental à vida e morte digna deveria ser instituto basilar da Constituição Federal, pois tal conceito abrangeria as mais variadas camadas da população que vivem à margem da sociedade.

Trazendo tal conceito ao escopo do presente trabalho, um paciente, em estado terminal, pedindo que cesse o tratamento para que encerre seu sofrimento de maneira digna, já perdeu tal dignidade e o direito de gozar da vida como bem entender, por conta das diversas limitações médicas impostas por aquela enfermidade terminal.

Dessa forma, a realização da ortotanásia, além de legalizada pela Resolução nº 1.805/2006 deveria ser instruída de maneira clara e direta nas instituições de ensino que formam milhares de profissionais de saúde todos os dias, para que esta prática, deixe de ser rodeada por um tabu imposto pela sociedade brasileira, fazendo valer a vontade do paciente, que enfrenta de fato aquela situação complicada, deixando com que ele mesmo possa resolver o futuro do resto de sua jornada.

Mediante as particularidades de cada situação concreta, os profissionais de saúde responsáveis por aquele caso clínico devem estar sempre de prontidão para atender aos desejos de seus pacientes, desde que possíveis (como o caso a realização da ortotanásia em pacientes terminais), a fim de levar a eles um fim de vida digno e moral na medida do possível.

Como também foi mostrado ao longo do trabalho, é entendimento consolidado de diversos autores que pesquisam sobre o presente tema a questão do direito à morte digna. Este direito não expresso se funde logicamente do direito fundamental à vida, e deve ser igualmente observado nas situações em que a ortotanásia é requerida.

A preocupação com esse direito não positivado se faz presente na atual comunidade médica e jurista, tendo em vista os diversos casos clínicos – que podem acabar se tornando problemas litigiosos, esbarrando na Constituição – de pacientes que passaram toda uma vida de maneira respeitada e plena, porém, após serem acometidos por doenças ferozes e terminais, acabam tendo que passar por momentos terríveis junto de seus familiares.

Portanto, fica claro a necessidade de um estudo horizontalizado nesse tipo de questão, para que os direitos dos enfermos que estão passando por esses momentos terminais sejam observados e efetivados de maneira absoluta, tendo como enfoque seu bem-estar como ser humano que, por vezes, só consegue ser atingido com sua morte – e isso deve ser respeitado.

## REFERÊNCIAS

ABIKAIR FILHO, Jorge. **A ortotanásia sob a perspectiva da dignidade humana no fim da vida**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2013. 159 f.

ALVES, R. G. de O., FERNANDES, M. S., & GOLDIM, J. R. (2017). **Autonomia, autodeterminação e incapacidade civil**: uma análise sob a perspectiva da bioética e dos direitos humanos. *Revista De Direitos E Garantias Fundamentais*, 18(3), 215-242. Disponível em: <<https://doi.org/10.18759/rdgf.v18i3.1128>>. Acesso em: 05 mai 2022.

BORDONI, Jovina. **A colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade**: análise do acórdão nº 694.260 do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Fortaleza, 2014. 14 p.

BRASIL. [**Constituição (1988)**]. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às Normas Brasileiras (LINDB)**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 09 set. 1942.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM Nº 1.805/2006. **Código de Ética Médica**. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805\\_2006.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm)>. Acesso em 15 fev. 2022.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM Nº 1.995/2012**. Diretivas antecipadas de vontade. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995>>. Acesso em: 17 fev. 2022.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM Nº 2.217/2018. **Novo Código de Ética Médica**. Brasília, 27 set. 2018.

CORREIA, João Victor; ZAGANELLI, Margareth. **COVID-19, VULNERABILIDADE SOCIAL E MISTANÁSIA**: REFLEXÕES BIOÉTICAS SOBRE A PANDEMIA DO

NOVO CORONAVÍRUS NO BRASIL. Revista Pensamento Jurídico – São Paulo – Vol. 14, Nº 2, Edição Especial “Covid-19”. 2020. Acesso em 09 mar. 2022.

CRUZ, Jorge. **A eutanásia e seus argumentos**. Revista Iberoamericana de Bioética / nº 11 / 01-19 [2019] [ISSN 2529-9573].

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 967 p. ISBN 9788502086043.

ECA Bussinguer, IA Barcellos. **O direito de viver a própria morte e sua constitucionalidade**. Ciência & Saúde Coletiva, 2013. 2691-2698. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S1413-81232013000900024>>. Acesso em: 17 mar. 2022.

ECA Bussinguer. **A teoria da proporcionalidade de Robert Alexy: uma contribuição epistêmica para a construção de uma bioética latino-americana**. Brasília, 2014. 222 p.

FABRIZ, Daury Cesar. **Bioética e direitos fundamentais: a bioconstituição como paradigma do biodireito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. 398 p. ISBN 8576040054.

MARQUES, Antônio. **Filosofia e medicina sobre dor e sofrimento**. Disponível em: <https://repositorio.ul.pt/handle/10451/40726>. p. 115 – 126. Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, 2018. Acesso em 07 mar. 2022.

MARTIN, Leonard. **Eutanásia e distanásia**. Disponível em: <[http://bio-neuropsicologia.usuarios.rdc.puc-rio.br/assets/02\\_bioetica\\_\(distanasia\).pdf](http://bio-neuropsicologia.usuarios.rdc.puc-rio.br/assets/02_bioetica_(distanasia).pdf)>. Acesso em: 30 mar. 2022.

MORAES, Henrique Viana Bandeira. **Da eutanásia no direito comparado e na legislação brasileira**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3463, 24 dez. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23299>. Acesso em: 7 mar. 2022.

Oliveira, H. L. de. (2016). **Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade jurídica nas decisões judiciais brasileiras: uma leitura a partir de Robert Alexy / Fundamental rights, balancing and legal rationality in brazilian judicial decisions: a reading from Robert Alexy**. Revista De Direitos E Garantias Fundamentais, 15(2), 15-49. Disponível em: <<https://doi.org/10.18759/rdgf.v15i2.513>>. Acesso em: 04 maio 2022.

PESSINI, Leocir. **Distanásia**: até quando investir sem agredir? Revista Bioética. São Paulo, 1996.

PESSINI, Leocir. **DISTANÁSIA – Até quando prolongar a vida?** . 2. ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Loyola, 2007. p. 227-228.

PORTO, Carolina; FERREIRA, Clécia. **EUTANÁSIA NO DIREITO PENAL: OS ASPECTOS JURÍDICOS DO HOMICÍDIO PIEDOSO**. Interfaces Científicas - Direito, Aracaju, V.5, N.2, p. 63 – 72, Fev. 2017. Acesso em 07 mar. 2022.

SILVA, Virgílio Afonso da; ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. 669 p. ISBN 8574208728.

Sobrado de Freitas, R., & Zilio, D. (2016). **Os direitos da personalidade na busca pela dignidade de viver e de morrer**: o direito à morte (digna) como corolário do direito à vida (digna). Revista De Direitos E Garantias Fundamentais, 17(1), 171-190. Disponível em: <<https://doi.org/10.18759/rdgf.v17i1.733>>. Acesso em: 17 maio 2022

Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Primeira Câmara Cível. **Apelação Cível nº 70054988266**. Relator: Irineu Mariani. Porto Alegre, 27 de novembro de 2013.

Vasconcelos, C. (2017). **Judicialização da medicina**: diálogos entre os poderes médico e judiciário. Revista De Direitos E Garantias Fundamentais, 18(3), 65-92. Disponível em: <<https://doi.org/10.18759/rdgf.v18i3.1159>>. Acesso em 04 maio 2022.

VATICANO. **Declaração sobre a eutanásia**. Publicado em 5 de maio de 1980. Disponível em: <[https://www.vatican.va/roman\\_curia/congregations/cfaith/documents/rc\\_con\\_cfaith\\_doc\\_19800505\\_euthanasia\\_po.html](https://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19800505_euthanasia_po.html)>. Acesso em: 27 abr. 2022.