

A Ortotanásia e seus princípios norteadores

Ari Gonçalves Neto*

Estudante-pesquisador do PIC, 5º Período de Direito; Estagiário TRT/RJ período de 09/01/2012 a 31/12/2012; Estágio voluntário no TJ/RJ – Vara de Família, Infância, Juventude e do Idoso da Comarca de Itaperuna, de 10/02/2014 a 15/01/2015; Estágio voluntário na Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, na Comarca de Itaperuna, de 19/01/2015 a 13/04/2015.

Hideliza Lacerda Tinoco Boechat Cabral*

Doutoranda em Ciências Jurídicas pela UNLP; Mestranda em Cognição e Linguagem pela UENF; Professora no Curso de Direito e Medicina na Universidade Iguazu, Itaperuna Orientadora do PIC Ortotanásia. Autora das obras Síntese de Direito do Consumidor (2012) e Consentimento Informado no exercício da Medicina e tutela dos direitos existenciais (2011).

Marlene Soares Freire Germano*

Mestre em Educação. Professora de Metodologia da Pesquisa e de Filosofia do Direito na Universidade Iguazu, Itaperuna. Professora Assistente do PIC Ortotanásia.

Resumo

Ortotanásia etimologicamente refere-se à expressão “morte no tempo certo”. Tratou-se de tema que apresenta divergência doutrinária, social, e religiosa, assim como alguns conceitos afins como eutanásia, distanásia e mistanásia. O presente estudo objetivou analisar a Ortotanásia por meio da principiologia traçada pelo viés constitucional, mediante emprego de metodologia qualitativa, consistente em revisão bibliográfica. Concluiu-se pela necessidade de observância da principiologia para que a Ortotanásia seja empregada de forma ética e legítima reafirmando o direito de morrer dignamente, inserido no contexto de Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana; Autodeterminação da pessoa; Relativa disposição dos direitos da personalidade; Princípios constitucionais; Estado Democrático de Direito.

Abstract

Orthothanasia etymologically refers to the expression “death in the right time”. This is a subject that presents doctrinal, social and religious conflict, as well as some similar concepts as euthanasia, dysthanasia and misthanasia. The present study aimed to analyze the Orthothanasia by means of the precept outlined through constitutional bias, through the use of qualitative methodology, consistent in bibliographic review. It was concluded the need to notice the principle that Orthothanasia be used in an ethical and legitimate way, reassuring the right of dying with dignity, inserted in the context of the Democratic State of Law.

Keywords: Human being dignity; Person’s self-determination; Provision of the personality’s rights; Constitutional Principles; Democratic State of Law.

1 Introdução

O artigo aborda os posicionamentos jurídico, social e religioso sobre a ortotanásia, com base nos princípios constitucionais que asseguram a proteção da

dignidade da pessoa humana, a autodeterminação da pessoa e o direito de morrer dignamente na ótica do Estado Democrático de Direito.

O objetivo é aprofundar o estudo sobre a prática da ortotanásia, sua recepção pela Carta Constitucional brasileira, tendo, entretanto, de serem feitas relevantes considerações sobre os institutos que paralelos à ortotanásia, a saber, a eutanásia, distanásia e a mistanásia, para que seu conceito e aplicabilidade fiquem por certo definidos, não originando quaisquer dúvidas.

A ortotanásia concretiza-se com a manifestação volitiva do paciente em concordância com o médico, onde optam pelas terapêuticas paliativas, não desejando se submeter a tratamentos atroz, não alimentando uma sobrevivência, o que trará por consequência, a morte com dignidade de acordo com o desejo do paciente.

O termo é empregado, assim, para conceituar o fato morte, sem qualquer atuação da ciência, morte natural, possibilitando àquele paciente que se encontra acometido por uma doença em estágio terminal e sem chances, que precisa se despedir sem ter de prolongar a vida mediante o emprego de aparelhos ou recursos artificiais.

2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Debater sobre a morte sempre foi um tanto difícil para os grandes filósofos, religiosos e homens que marcaram gerações, e nos dias atuais não têm sido diferente, pois a morte é um assunto que ainda aterroriza a muitos, como se na ótica biológica fôssemos considerados eternos.

A deusificação do corpo humano elevou o “*ser mortal*” à posição de “*ser eterno*”, protegido de qualquer enfermidade, esquecendo-se, todavia, que em questão de tempo o organismo torna-se velho, debilitado, enfraquecido e que o fato morte é indiscutivelmente inevitável.

A situação, entretanto, dos pacientes terminais não é essa, muito menos a forma que se encontram os hospitais brasileiros, pois o que se vislumbra na prática são doentes sem qualquer possibilidade de cura agonizando e sendo submetidos a tratamentos atroz, desumanos, sobrevivendo por estarem vinculados aos aparelhos, prolongando a morte e vendo violado seu direito de viver e muito mais o de morrer com dignidade.

Destarte, a dignidade da pessoa humana é um dos sustentáculos do Estado Brasileiro, assegurado pela Constituição Federal de 1988. Assim, presentes as condições que demonstram não ter o paciente possibilidade de reverter o quadro clínico, estar em fase avançada a doença e inexistir a cura, ao invés de continuar submetendo-o a

tratamento desumano, atroz, que causa sérios desgastes físicos, psicológicos e emocionais tanto para o paciente como para os familiares que o acompanham, deve ser assegurado o direito de morrer dignamente.

Dessa forma, à luz dos princípios constitucionais, este artigo vem demonstrar a legalidade da prática da ortotanásia. Para tanto, breves ponderações acerca de institutos que pareiam com a prática da ortotanásia precisam ser realizadas.

A eutanásia, “boa morte”, concretiza-se quando o paciente ciente de que para a doença que o acometeu não há possibilidade de cura, ou mesmo que haja, o tratamento a que deverá se submeter não proporcionará mínimas condições de saúde, pede, ao profissional médico que prematuramente o leve a morte, ou mesmo qualquer outra pessoa que o acompanhe.

Conforme ensinança de Maria Helena Diniz:

Pela distanásia, também designada obstinação terapêutica (L' acharnement thérapeutique) ou futilidade médica (medical futility), tudo deve ser feito mesmo que cause sofrimento atroz ao paciente. Isso porque a distanásia é morte lenta e com muito sofrimento. Trata-se do prolongamento exagerado da morte de um paciente terminal ou tratamento inútil. Não visa prolongar a vida, mais sim o processo de morte [...]” (DINIZ, 2006, p.399).

Mistanásia, por outro lado, é conhecida também por eutanásia social, ou “morte miserável”. Segundo Leonard Martin:

[...] Dentro da categoria de mistanásia pode-se focalizar três situações, primeiro, a grande massa de doentes e deficientes que, por motivos políticos, sociais, e econômicos não chegam a ser pacientes, pois não conseguem ingressar efetivamente no sistema de atendimento médico; segundo, os doentes que conseguem ser pacientes, para, em seguida, se tornar vítimas de erro médico e, terceiro, os pacientes que acabam sendo vítimas de má-prática por motivos econômicos, científicos ou sociopolíticos [...]” (MARTIN, 1998, p.172).

Assim, mister também o entendimento de quando se dá o evento morte sob o entendimento jurídico. A morte somente ocorre após a cessação das atividades cerebrais. Portanto, até a ocorrência deste fato, ao paciente terminal deve ser assegurada a dignidade enquanto pessoa até o findar de sua existência.

Para Ronald Dworkin:

[...] A morte domina porque não é apenas o começo do nada, mas o fim de tudo, e o modo como pensamos e falamos sobre a morte – a ênfase que colocamos no “morrer com dignidade” – mostra como é importante que a vida termine apropriadamente, que a morte seja um reflexo do modo como desejamos ter vivido” (DWORKIN, 2003, p.280).

Neste mesmo sentido, o princípio da dignidade da pessoa humana estabelecido no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, preconiza que o Estado Brasileiro possui como dito anteriormente, como sustentáculo, a dignidade. A preservação desse direito deve ser observada em condições perfeitas de saúde e mais ainda quando se encontra inserida no processo de morrer.

O primeiro dos direitos decorrentes da dignidade humana é o Direito à Vida. Conforme prescreve o caput do artigo 5º da Constituição Federal, há a garantia da inviolabilidade do direito à vida, sendo um direito característico da condição humana. Enfim, é uma garantia constitucional.

Entende-se que a todo e qualquer paciente terminal essa garantia deve ser assegurada para que, ao analisar o contexto no qual está inserido o paciente, escolha qual o melhor tempo e a forma para findar a vida.

Esse é o entendimento correto, pois não se trata de um direito “*erga omnes*”, indisponível. Isto porque a Constituição não trás uma obrigação de viver, ao revés, um direito, que poderá ser renunciado se as condições para o exercício do mesmo não propiciar ao paciente condições mínimas para usufruí-lo.

Neste contexto, vislumbra-se a transgressão ao direito à vida, quando não é dado ao paciente o direito de escolha, a sua autonomia é alocada em segundo plano, e é submetido a tratamentos desumanos, degradantes, servindo muitas vezes de cobaia para novas experiências médicas. Assim, não existe o direito de viver, mais sim uma obrigação de viver, para atender aos anseios de tratamentos médicos.

Para Maria de Fátima Freire de Sá:

A obstinação em prolongar o mais possível o funcionamento do organismo de pacientes terminais, não deve mais encontrar guarida no Estado Democrático de Direito, simplesmente, porque o preço dessa obstinação é uma gama indivisível de sofrimentos gratuitos, seja para o enfermo, seja para os familiares deste. O ser humano tem outras dimensões que não somente a biológica, de forma que aceitar o critério da qualidade de vida significa estar a serviço não só da vida, mas também da pessoa. 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.” (SÁ, 2005, p.32).

O segundo, o Direito à Saúde, assegurado no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, tem que ser garantido em todos os momentos, desde os iniciais, da detecção da moléstia, até a fase final dos pacientes terminais, sob pena de violar um direito constitucional e também ferir o princípio da dignidade da pessoa humana.

Porém, as práticas atuais vão em sentido contrário, pois o que se tem mostrado é a busca desenfreada por tratamento médico com o fito de transpor a morte, o que por vezes faz submeter o paciente terminal a experiências, teste médicos sem valorar a importância do paciente terminal enquanto pessoa humana, e seus direitos legais.

Esse tipo de tratamento desumano que não produzirá benefício algum para a pessoa do paciente enquadra-se no conceito de distanásia, ou seja, é a prática da obstinação terapêutica com o fim de alcançar a cura que há muito tempo deixou de existir, pois ao paciente terminal, sem chances de cura o que deve ser assegurado não são os diversos tipos e métodos de tratamentos, mais sim o direito de passar pelo processo de morrer dignamente.

3 Princípio da Liberdade

O direito à liberdade do paciente terminal tem de levar em análise o consentimento esclarecido, no que concerne a aceitação da prática da ortotanásia ou mesmo a recusa do tratamento, isso com o intuito de buscar a melhor decisão a ser tomada. Trata-se na verdade de um dever do médico e de um direito do paciente.

Desrespeitando a manifestação volitiva do paciente, o médico poderá incorrer como autor dos crimes de constrangimento ilegal, cárcere privado ou mesmo lesões corporais, previstos pelo ordenamento penal em seus artigos 146, 148 e 129, respectivamente.

Nessa mesma linha de pensamento está Roxana Borges ao prelecionar que:

A inobservância dessa vontade, por parte dos médicos, pode caracterizar cárcere privado, constrangimento ilegal e até lesões corporais, conforme o caso. O paciente tem o direito de, após ter recebido a informação do médico e ter esclarecidas as perspectivas de terapia, decidir se vai submeter ao tratamento ou, tendo esse já iniciado, se vai continuar com ele (BORGES, 2001, p.295).

Corroborando esse entendimento, o disposto no vigente código civil em seu artigo 15 – “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou intervenção médica cirúrgica” –, privilegia o princípio da liberdade ao próprio corpo.

Outra questão que se mostra de suma importância para o estudo do direito à liberdade no contexto da prática da ortotanásia, é quando o paciente já em fase terminal não possui condições de manifestar sua vontade, em consequência do tratamento ao qual está sendo submetido, ou mesmo da própria doença.

Assim, o caso em concreto dependerá de uma crítica e rigorosa análise, onde à família caberá o ônus de determinar pela manutenção ou suspensão dos tratamentos prescritos para aquele paciente terminal já sem condições de expressar sua vontade.

Será mediante o exercício do instituto da curatela que a família decidirá pela manutenção ou não dos tratamentos.

Também nesse mesmo entendimento preleciona Maria de Fátima Freire de Sá:

[...] a ortotanásia afigura-se no exercício regular da medicina, a consulta à família se torna necessária, a uma, porque são os parentes os guardiões do interesse do incapaz; as duas, porque tal medida traria segurança ao médico, evitando-se possível ação judicial contra o profissional (SÁ, 2005, p. 135).

Dessa forma, sendo capaz ou incapaz, o consentimento esclarecido, prévio, ao paciente em fase terminal indiscutivelmente deve ser assegurado, privilegiando sua liberdade constitucionalmente garantida. E quando impossível sua manifestação volitiva à família deve ser atribuído tal direito.

O direito à igualdade está previsto no caput do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, assegurando que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se a inviolabilidade da igualdade e da liberdade.

Nesse contexto, ao analisar a situação de um paciente terminal e constatar que já inexistente direito à vida, ao revés, prevalece um dever de viver, a esse paciente terminal se deve garantir a igualdade de escolher pelo direito de dispor de sua própria vida, sob pena de ferir um princípio constitucional que é o direito de igualdade de tratamento perante a lei.

Assim, entende-se que o direito à igualdade somente está assegurado, quando o próprio médico e os familiares, respeitam o direito do paciente findar a vida dignamente.

4 Relativa Disposição dos Direitos de Personalidade

Os direitos de personalidade dizem respeito aos diversos âmbitos em que o ser humano é focado, como por exemplo, em seu crescimento e desenvolvimento físico e mental, em seus diversos relacionamentos com a sociedade e também com seu círculo de amizade mais próximo.

Trata-se de direitos subjetivos com força suficiente para assegurar o fundamental à dignidade da pessoa humana. A doutrina civilista apresenta-os como sendo os

seguintes: direito à vida; à integridade física; direito às partes separadas do corpo e ao cadáver; direito à liberdade; direito à honra, respeito ao resguardo; direito ao segredo; direito à identidade pessoal; direito ao título; direito ao sinal figurativo e ao direito moral do autor, dentre outros.

Imprescindível também é a análise das características dos direitos inerentes à personalidade humana. São, portanto, indisponíveis, ou seja, somente é possível ao titular ceder alguns direitos da personalidade e nunca a sua titularidade.

Outra característica é a intransmissibilidade e a irrenunciabilidade, não havendo, assim, possibilidade do exercício do direito ser limitado voluntariamente, conforme preceitua o artigo 11 do código civil de 2002, com algumas exceções.

São, ainda, absolutos, ou seja, oponíveis “*erga omnes*”, devendo todos abster-se de violá-los. Além de serem também extrapatrimoniais, não há que se falar em apreciação econômica, pois são valores existenciais do ser humano, portanto, “*extra commercium*”.

A impenhorabilidade e a imprescritibilidade são marcas características dos direitos da personalidade, pois não podem sofrer ato de constrição judicial, penhora, além do tempo não impedir que o lesado em um direito da personalidade cesse a violação em qualquer momento da sua vida, por inexistir prazo extintivo.

Nesse contexto, o ato de dispor dos direitos da personalidade vincula-se por óbvio, ao direito do paciente terminal desejar morrer dignamente. E nessa esfera, o primeiro assunto que envolve esse debate é a análise do biodireito e a proteção da própria vida do ser humano.

A vida é pressuposto lógico de existência de qualquer ser humano, e desse modo, merece proteção pelo ordenamento jurídico pátrio. Por outro lado, a morte faz parte da vida e da existência de todos os seres humanos, e mesmo assim, como dito linhas acima, falar sobre morte é assunto que ainda atemoriza a muitos.

Dessa forma, o objetivo deste estudo é demonstrar que, mediante o exercício da autonomia privada e o amparo constitucional, possui, sim, o paciente terminal, o direito de determinar quais tratamentos e procedimentos médicos deseja se submeter nos momentos finais de sua vida.

Todavia, inexistente no ordenamento jurídico pátrio lei que regulamente a prática da ortotanásia, o que de certa forma dificulta a realização da mesma. Havendo apenas no novo projeto de código penal em trâmite, algumas abordagens sobre a eutanásia e a ortotanásia.

O projeto prevê atenuantes no caso da eutanásia e a total descriminalização sobre a ortotanásia, levando em consideração os respeitáveis avanços alcançados pelo Conselho Federal de Medicina.

E por inexistir, como dito, lei regulamentadora, o Conselho Federal de Medicina já publicou duas resoluções disciplinando a matéria.

Assim, em virtude de questionamentos quanto à legalidade da prática da ortotanásia, o Conselho Federal de Medicina publicou essas resoluções dispondo sobre em quais situações poderá haver a suspensão ou limitação dos procedimentos médicos.

Dispôs também as resoluções sobre as chamadas diretrizes antecipadas da vontade, ou seja, é o denominado testamento vital, documento onde a pessoa, desde que, juridicamente capaz e lúcida, declara o desejo de submeter-se ou não a tratamentos médicos caso inexistir possibilidade de cura, ou mesmo quando encontrar-se em estado terminal.

Ressalte-se por fim que, com a publicação do novo código de ética médica, em vigor desde abril de 2010, é vedado ao profissional médico a pedido de paciente ou de familiares que estejam o representando, abreviar a vida do enfermo. Dispõe, ainda, quais doenças incuráveis, ou em quais situações clínicas irreversíveis poderá o médico proceder apenas cuidados paliativos.

5 Princípio da Autodeterminação da pessoa

No que diz respeito à autodeterminação da pessoa humana no contexto da prática da ortotanásia, ressalva faz-se da citada resolução do Conselho Federal de Medicina, nº 1.995/2012.

A supratranscrita resolução apresenta como fundamento a relevante questão da autodeterminação do paciente no que diz respeito à relação entre o mesmo e o profissional médico.

O médico poderá, assim, deparar-se com circunstâncias de ordem moral, ética não previstas pelo atual ordenamento jurídico, além do fato de haverem novos recursos tecnológicos que permitem a prática de medidas desproporcionais que prolongam o sofrimento do paciente em estado terminal, causando-lhe sérios malefícios.

Percebe-se, assim, que o teor da resolução permite ao paciente confeccionar suas diretrizes antecipadas de vontade e estabelecer quais os procedimentos médicos quer se submeter.

Outro fato que contribui para a formação de diretrizes antecipadas da vontade no sentido de submeter-se ou não a tratamentos médicos quando já em estágio terminal ou mesmo quando inexistir possibilidade de cura é a influência da religião.

Para a formação da dita autodeterminação, analisa-se por fim a visão de religiões de âmbito mundial acerca da ortotanásia e a terminalidade da vida.

Referências

BRASIL. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM n. 1805, 28 de novembro de 2006.**

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro Borges. Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado. In.: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** 3ª Edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 2006.

DWORKIN, R.M. **Domínio da vida.** Aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003.

MARTIN, Leonard M. Eutanásia e Distanásia. In.: Costa, Sérgio Ibiapina Ferreira, OSELKA, Gabriel, GARRAFA, Volnei. **Iniciação à Bioética.** Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

PESSINI, Leocir. A eutanásia na visão das maiores religiões (budismo, islamismo, judaísmo e cristianismo). In: BARCHIFONTAINE, Cristian de Paul de; PESSINI, Leocir. **Bioética: alguns desafios. 2.** Ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido.** 2ª Edição, Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2005.