

THANÁTOS E OS PARADOXOS DA BIOTECNOLOGIA: DA PERTINÊNCIA DA ORTOTANÁSIA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Gabrielle Bezerra Sales *

RESUMO

O artigo trata da morte como uma conseqüência natural da vida, destacando as questões relativas à possibilidade de sua abreviação ou de seu prolongamento indefinido. Numa perspectiva constitucional e filosófica, diferencia a tipologia relativa ao fenômeno morte, propondo a pertinência do abandono de práticas médicas e terapêuticas que só resultam em sofrimento, tendo em vista a sua futilidade. Analisa a constitucionalidade do abandono da utilização em pacientes terminais, em estado irreversível, de meios extraordinários que intentam somente uma sobrevida incompatível com a dignidade, distintivo essencial de todas as pessoas humanas e axioma máximo da teoria dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados no Direito pátrio atual.

Palavras-Chave: Dignidade humana. Direitos humanos. Morte. Constituição. Imortalidade.

A temporalidade é talvez uma das características mais notáveis do ser humano e igualmente aquela que mais o desafia a lançar-se em busca de perpetuação. O fato é que a experiência humana não pode ser dissociada do aspecto histórico que tenta descrever a sua trajetória ao longo do tempo, margeando a compreensão de si e do outro como mortais, isto é, inescapáveis à linha imperscrutável da morte.

A morte, normalmente representada como a feição mais cruel da fatalidade, tornou-se o principal motivo de investigação humana, de novas tecnologias que possibilitem trazer à vida a capacidade de superação do seu destino inevitável.

Trata-se de um anseio incontido de viver eternamente que, na medida da inevitabilidade e da gravidade de certas moléstias, passa a ser compreendido como alternativa irreal, ensejando o paradoxo perverso de querer

* Gabrielle Bezerra Sales é Advogada, Coordenadora Geral-adjunta do Curso de Direito da Faculdade Christus, membro do Comitê de Ética na Pesquisa com seres humanos da Faculdade Christus, mestre em Direito Constitucional pelo convênio das Universidades Federais do Ceará e de Santa Catarina (UFC-UFSC), atualmente em fase de defesa de doutorado em Direito Civil na Universidade de Augsburg na Alemanha e cursando créditos na qualidade de doutoranda em Bioética pelo convênio luso-brasileiro entre a Universidade do Porto e o CFM- Conselho Federal de Medicina.

evitar um prolongamento da dor e do sofrimento desnecessário numa vida meramente vegetativa.

A partir do Renascimento, todas as ações humanas passaram a ser medidas e mediadas pela compreensão de sua dignidade essencial. Nesse sentido, observa-se que tanto na vida quanto na morte, o ser humano não pode abjurar de sua dignidade, valor supremo de sua existência temporal na terra.

Embora o sofrimento contínuo muitas vezes justifique a perpétua fuga da dor, é real a qualificação do viver como uma inelutável ode à dignidade da pessoa humana. Assim, a morte deve traduzir-se em evento que, cedo ou tarde, adiantada ou atrasada, deve ser a expressão do viver dignamente.

É *thanátos*, portanto, que inviabiliza materialmente a existência do desejo, ou seja, do futuro. Pequeno leciona que:

O futuro, pois, não existe. Dele, nenhum registro ou atualidade há, para além dos meros anseios e receio. E estas são categorias psicológicas, estados d'alma insuflados por nossa imaginação e não concreta e efetiva experiência. O futuro, quando, e se, viermos a experimentá-lo, futuro não mais será. Assim, o futuro não é. De passados e presente, pois, toda a realidade se fez, faz e fará¹.

Daí, dizer que a morte é uma das fases da história do ser humano em que há o fim da vida necessariamente dignificada, é admitir igualmente que a humanidade que há em cada um subsiste na medida da dignidade que o acompanha e é reconhecida nos estertores da morte.

De origem remota, a eutanásia tem sido praticada ao longo da história por inúmeras civilizações, consistindo normalmente numa forma de proporcionar um último conforto aos doentes, especialmente aos idosos. Versava igualmente numa forma de resolver os problemas do custo social daqueles considerados inúteis, bem como num último resquício ético entre combatentes.

Tradicionalmente no Brasil, os diplomas legais sempre disciplinaram severas penas ao delito de homicídio, ignorando os motivos do agente. O Código Penal de 1890, não trouxe grandes modificações. Portanto, o homicídio eutanásico, permaneceu sancionado com os mesmos rigores do homicídio simples. As Leis Penais de 1932 se mantiveram igualmente inertes no que se refere a qualquer tipo de alteração sobre a matéria.

Em 1940, o Código Penal inaugurou um novo tratamento aos que cometiam crimes impelidos por motivo de relevante valor social ou moral (art. 121, § 1º). Previa, pois, a minoração da pena para aqueles que haviam cometido delito, impulsionados pela paixão face aos sofrimentos irremediáveis de pacientes terminais.

O Código Penal de 1969, mesmo sem ter entrado em vigor, manteve sobre a matéria o entendimento idêntico, ou seja, vislumbrando a piedade como atenuante no crime de homicídio.

O anteprojeto de Reforma da Parte Especial de 1984 não chegou a ser aprovado, porém contemplava a possibilidade de isenção de culpa ao médico que agisse por compaixão. Gerou, todavia, uma considerável confusão nos conceitos de eutanásia passiva e ativa.

O texto constitucional de 1988, em seu artigo 5º, afirmou taxativamente a igualdade de todos perante a lei, inadmitindo distinções e garantindo a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Trata-se do emprego da técnica legislativa no intuito de explicitar o direito à vida como cerne incontestado de todos os direitos fundamentais, reforçando a tutela estatal².

A complexidade gerada é se, a qualquer indivíduo ou a qualquer autoridade pública, é facultado tirar a vida de um embrião, de um feto, de um bebê, de um adulto portador de algum tipo de deficiência ou simplesmente de alguém que, nos parâmetros sociais, seja considerado inútil³.

A rigor, contudo, há um elo indisfarçável entre a ética e as molduras do conceito de vida humana, evidenciado no fato do ser humano ser um animal essencialmente carente de justificativas. A propósito, “O fato de alguém ser morto por meios indolores não altera a justiça básica de ele ser drasticamente privado do direito”.⁴

Essa valorização da vida, embora já destituída de autonomia⁵, deve igualmente assegurar uma morte tranqüila quando já foram exauridos todos os esforços para manter a sobrevivência do paciente, isto é, constatando-se a inutilidade terapêutica e, portanto, sendo justificada a suspensão ou retirada do tratamento.

A respeito da eutanásia há uma tipologia tripla, a dizer, ativa, passiva e social⁶. Por eutanásia positiva ou ativa compreende-se a ação direta que provoca a morte do paciente mediante algum recurso letal. Por eutanásia negativa ou passiva entende-se a decisão de omitir ou interromper os cuidados médicos (medicamentos, aparelhos etc.) que prolongariam a vida do enfermo⁷. Dessa forma, todas essas situações giram em torno de uma questão ética: o respeito à dignidade da pessoa humana.

A eutanásia passiva voluntária é simplesmente a recusa de tratamento, ou seja, o uso de meios ordinários ou de meios extraordinários. O primeiro se refere aos cuidados essenciais, fundamentais para o ser humano tais como: alimentação, higiene, etc. Já os meios extraordinários são meios terapêuticos considerados inúteis para o estado do paciente.

Os defensores da modalidade positiva, apesar da controvérsia moral, aduzem como o motivo de sua aplicação a compaixão, o sofrimento comparti-

lhado⁸. Já os da eutanásia passiva entendem que esta não implica o abandono do doente terminal. Advertem que são dispensados todos os outros cuidados essenciais até o óbito⁹.

O Estado tem como tarefa precípua a de proteger o social, o público e o coletivo, numa harmônica relação com os interesses dos particulares, mesmo em circunstâncias que incluam casos como a eutanásia face ao consentimento da vítima?

De fato, a dignidade da pessoa humana nos norteia na percepção de que tratamentos ineficazes só trarão mais sofrimento e angústia, não só para o indivíduo, mas também para toda a sua família.

Muitos autores afirmam que antes de qualquer ação estatal que impeça a disponibilidade da realização da eutanásia, deve prevalecer o direito de morrer dignamente, ou seja, com o mínimo de sofrimento possível.

A propósito, tem se argumentado ainda a respeito dos limites da validade do consentimento para a prática da eutanásia, concedido pelo paciente ou por quem tenha legitimidade para representá-lo.

Sobre as questões relacionadas à liberdade do indivíduo e às intervenções de terceiros nos atos de disposição da vida, enfatizando as restrições reafirmadas na Constituição Federal de 1988, tem-se que:

[...] a decisão de morrer não pode ser interpretada como um ato de liberdade da vítima, ou de livre desenvolvimento de sua personalidade, visto que a própria morte, produzida por si mesmo ou por um terceiro, implica verdadeira destruição e fim daquele desenvolvimento. O direito à vida, pressuposto material do exercício de todos os demais direitos, constitui antecedente lógico da liberdade humana e não pode ser por ela sobrepujado. É de notar, porém, que o consentimento do titular do bem jurídico nos delitos contra a vida, desde que validamente prestado, não é irrelevante, como o pretende a doutrina majoritária, devendo ser considerados seus efeitos atenuatórios da responsabilidade, por influir na magnitude do injusto penal.¹⁰

A eutanásia encontra-se condicionada à vitalidade do paciente¹¹. As diferentes formas da eutanásia recebem tratamento igualmente diverso na seara penal. A eutanásia pura que implica na atuação do médico e a omissão dos cuidados recai no tipo definido no art. 13, § 2ºb, do Código Penal.

A eutanásia ativa indireta, por outro lado, não se subsume ao tipo do delito de homicídio, pois não faz parte da intencionalidade do autor o abreviar a vida da vítima, mas o aliviar seus sofrimentos.

Já eutanásia ativa direta é punível em todos os casos, mesmo com existência de consentimento por parte do moribundo. “É unânime o entendimento

de que o consentimento do ofendido, nos delitos contra a vida humana, não tem o condão de afastar por completo a ilicitude do fato.”¹²

A eutanásia passiva se enquadra na esfera de comportamento punível dos profissionais da área da saúde que fazem parte da prática médica e por isso são jurídico-penalmente irrelevantes.

Nesse caso, se o paciente é adulto e consciente da gravidade de sua moléstia e de suas conseqüências e riscos, recusando-se a submeter-se ao tratamento, exime o médico de qualquer punição.

Se houver a submissão forçada do paciente para que seja efetuada a terapêutica, restará caracterizado o constrangimento ilegal (art. 146 do CP), indo, portanto de encontro ao princípio da dignidade da pessoa humana. Só se justificaria, enfim, tal intervenção médica em casos de iminente perigo da vida (art. 146, § 3º, I).

Aos pacientes menores ou incapazes de prestar uma recusa válida (deficientes mentais, por exemplo), face às situações em que haja perigo de vida é dever do médico intervir, ainda que exista a recusa de pais ou representantes legais.

Respeitando a liberdade religiosa do paciente, o médico poderá oferecer ao paciente tratamento alternativo, desde que exista essa outra opção terapêutica¹³. Porém, a prerrogativa de optar só é válida para pacientes conscientes.

Caso contrário, o médico poderá e deverá intervir, não configurando o delito de constrangimento ilegal do art. 146 § 3º, I do Código Penal. Registra-se que não se admite a recusa feita por familiares ou de seus representantes legais, valendo igualmente para os incapazes.

O mais recente Anteprojeto de Reforma da Parte Especial do Código Penal, de 1999, regulamentou a eutanásia ativa direta na forma do homicídio privilegiado (art. 121 § 3º).

Cumpra salientar que a eutanásia passiva, nos casos em que o paciente não queira iniciar o tratamento ou almejar suspendê-lo, o Anteprojeto silenciou, permanecendo como mera causa de diminuição de pena por motivo de relevante valor moral, sendo mantida nos mesmos termos do homicídio privilegiado.

Na eutanásia ativa, pura ou genuína, e na indireta, o sujeito ativo do homicídio eutanásico será apenas o médico orientado pelo *lex artis*. Para a eutanásia ativa direta, não só o médico, mas qualquer pessoa que preencha os requisitos poderá ser autor do homicídio. Nesta categoria admite-se co-participação e a co-autoria.

A eutanásia passiva é uma modalidade que admite apenas o médico como autor (delito próprio), portanto, somente a ele é dada a prerrogativa de suspender o tratamento terapêutico ou de não iniciá-lo.

A distanásia, por outro lado, (do grego *dis*, afastamento, e *thánatos*, morte lenta, ansiosa e com muito sofrimento) consiste no emprego de recursos médicos com o objetivo de prolongar o máximo possível a vida humana.

Essa prática consiste, de fato, no emprego de todos os meios terapêuticos para o prolongamento do estado do paciente, inclusive os meios extraordinários e experimentais.

A eutanásia e a distanásia¹⁴, como procedimentos médicos, têm em comum a preocupação com a morte do ser humano e a maneira mais adequada de lidar com isso.

O termo distanásia¹⁵ ainda é pouco conhecido e pouco utilizado no meio acadêmico científico brasileiro, ao contrário do que acontece com seu antônimo “eutanásia”.

Com a modernização da medicina, novas atitudes e abordagens diante da morte e do doente terminal emergiram. Enfermidades que eram consideradas letais, hoje em dia, com tratamento adequado, são passíveis de cura. Outro aspecto inovador da contemporaneidade é a tecnologia dos novos fármacos e a extraordinária gama de equipamentos sofisticados que auxiliam nas descobertas da cura das doenças e apontam a possibilidade de intensa medicação no processo de morte.

De fato, trata-se de uma conseqüência inevitável do progresso nas áreas da ciência e da tecnologia biomédica. Deriva daí a grande indagação da forma como deve ser aplicado esse potencial biotecnológico sem violar a dignidade da pessoa humana.

No Brasil, numa tradição da ética médica codificada, havia uma tendência para a distanásia, de acordo com o Código de 1931, que afirmava ser obrigação da Medicina a conservação e prolongamento da vida.

No atual Código de 1988, verifica-se que há uma alteração no sentido de não se prolongar ao máximo o tempo de vida, independentemente do estado do paciente. Por isso não há nenhuma obrigação de iniciar ou de continuar uma intervenção terapêutica quando o sofrimento ou o esforço são desproporcionais aos benefícios reais para o paciente.

A conduta médica não será ilícita, nem culpável, do ponto de vista jurídico, exceto se os meios extraordinários forem empregados com o propósito de encurtar a existência do paciente, caso que se caracterizará como homicídio. O importante é viver e morrer com dignidade.

Parte da doutrina emprega o termo ortotanásia (do grego *orthos*, normal, correta e *thanátos*, morte) em alusão à eutanásia passiva ou por omissão. Daí, pode ser definida como a “deliberada abstenção ou interrupção do emprego dos recursos utilizados para a manutenção artificial das funções vitais do enfermo terminal, deixando assim que ele morra naturalmente, nos casos em que a cura é considerada inviável”¹⁶, traduzindo-se no auxílio dado pelo médico ao processo natural da morte, não havendo relevância nas distinções conceituais entre tais recursos.

Por tratamento ordinário entende-se: alimentação, alojamento, analgésicos, narcóticos e sedativos destinados a aliviar o sofrimento. Já os meios extraordinários são os tratamentos experimentais, caros, de alta tecnologia e, em sua maioria, de caráter agressivo.

Para outra parcela da doutrina, o pensamento é de não se fazer alusão à eutanásia passiva como a ortotanásia. Pois no sentido etimológico da palavra a ortotanásia é (morte natural, correta), ou seja, o direito que o ser humano tem de morrer digna e naturalmente.

De acordo com essa doutrina, a ortotanásia consiste na “morte a seu tempo”, sem que haja a abreviação da vida e nem o seu prolongamento irracional. Seria a supressão ou limitação de todo e qualquer tratamento fútil, ante a inevitável morte do paciente.

Na ortotanásia o que se discute é a obrigação de continuar com o tratamento ordinário, não os extraordinários, uma vez que trariam tão somente angústia com o prolongamento do padecimento desnecessário. Consiste, de fato, em renunciar aos meios extraordinários e dispendiosos, por se tornarem inadequados à situação real do doente, não proporcionando mais a cura.

Admitir a ortotanásia é permitir, ao doente que entrou na fase final de sua vida e também para aqueles que o cercam, enfrentar a morte serenamente, já que a morte não é uma doença a curar, mas a conseqüência natural da vida.

Uma vez aceita essa distinção entre curar e cuidar do paciente terminal, ou seja, entre manter a vida quando isso é o procedimento correto e permitir que a pessoa morra sem prolongamento infinito de sua miséria, é a única maneira de respeitar o bem-estar da pessoa humana, garantindo a dignidade em seu viver e em seu morrer¹⁷.

Resta a sugestão de alteração, no anteprojeto do Código Penal-Parte Especial de 1999, da parte relativa à ortotanásia (121 § 4º), como sendo uma hipótese de exclusão de crime, tendo seu agente ativo na figura do médico.

Com efeito, à ortotanásia opõe-se a distanásia. E não se identifica com a eutanásia passiva, porquanto nesta são retirados do paciente os meios ordinários, que são comuns à sustentação da vida. É, nesse caso, consentida a temporalidade real da morte, considerando que apenas os meios ordinários serão mantidos¹⁸.

A morte do paciente que se encontra em estado terminal, em que se torna impossível de reverter o quadro clínico, não pode ser considerada como sendo uma morte arbitrária, ou seja, não gera um resultado antijurídico, ao contrário, será considerada como uma morte “digna”, constitucionalmente incensurável.¹⁹

Para cada caso concreto, porém, é necessária uma ponderação. Dessa forma, a base desse sopesamento decorre de uma razoabilidade do que venha a ser “morte digna”, pois existem dois lados: um é o interesse de proteção de um bem jurídico que tende a proibir todo tipo de conduta perigosa relevante

que possa ofendê-lo e o outro, que é o interesse geral de liberdade de que o ser humano é detentor, que procura assegurar um âmbito de liberdade de ação, sem nenhuma ingerência estatal, estando amparado e fundado em valores constitucionais fundamentais como o da dignidade humana²⁰.

Os dispositivos²¹ constitucionais pertinentes ao tema estão plenamente amparados no nosso ordenamento jurídico nos artigos 1º e 5º, dentre outros. Tais disposições constitucionais nos conduzem à conclusão de que o indivíduo pode deixar de querer prolongar o sofrimento sem ferir um bem juridicamente tutelado.²²

A rigor, na esfera constitucional, o que prevalece na abordagem sobre a morte digna é o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à liberdade. Eles não são conflitantes com o direito à ortotanásia, constituindo, pois, o amparo jurídico à dignidade da pessoa humana até o momento de seu óbito, isto é, até os limites extremos da sua personificação.²³

A relevância constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana redimensiona o indivíduo, colocando-o no centro do ordenamento jurídico. A pessoa humana passa a ser o foco principal da tutela jurídica e por isso devem ser preservadas todas as condições e os valores que a integralizam, tais como: a liberdade, a integridade física, a saúde, a vida e também a morte, desde que circunscrita à noção de dignidade.

Essa entronização do indivíduo no centro da tutela constitucional impede que o ser humano seja reificado, ou seja, posto como objeto a mercê de quaisquer interesses, seja na esfera pública ou privada.²⁴

A condenação da prática da eutanásia pode ser considerada um pressuposto na maioria dos ordenamentos jurídicos, nos quais se busca a formulação de uma norma fundamental²⁵, despida de considerações de ordem moral e alheia a fatores externos à lei.

Especialmente, porque as conseqüências advindas desse fato, aqui concebidas em conformidade com a noção de justiça, implicariam a necessidade de definir quais são os bens tutelados que, no tocante à vida ou à morte, estão plenamente amparados pela constitucionalização²⁶ da dignidade da pessoa humana²⁷.

Diante de todos esses conflitos, sobre qual seria o melhor caminho a se buscar no caso de paciente terminal e comatoso; é que surgem muitos questionamentos não só na seara médica, como na seara jurídica, gerando a zona de transdisciplinaridade que caracteriza o discurso bioético.

Um paciente clinicamente morto, de maneira irreversível, que posteriormente venha a ser submetido à reanimação, deve ser assistido indefinidamente? Ou, após um determinado momento, é mais prudente deixar que se opere sua morte biológica e completa?

Casos como esses, nos quais a possibilidade de cura é algo nulo, os processos de prolongamento da vida irão trazer apenas agonia aos pacientes terminais. São normalmente pacientes internados e submetidos a procedimentos dolorosos e fúteis, sobrevivendo tão somente à custa de isolamento e sofrimento desnecessário, caracterizando o que se identifica como obstinação terapêutica.

Ademais, a formação dos profissionais em Medicina lhes impõe o dever de prolongar a vida e vencer a morte, vislumbrando-a não como processo natural, mas como certo fracasso no seu conhecimento e na tecnologia médica. Todavia, importa considerar que a morte não representa um fracasso, uma derrota.

Por conseguinte, há normalmente a obstinação²⁸ em impor cada vez mais tratamentos terapêuticos, assim como os medicamentos como solução para todas as situações da vida; gerando as incomensuráveis ansiedades de cura que a medicina atualmente²⁹ implanta na sociedade.

Tendo em vista a dificuldade em se aferir qual o tratamento mais benéfico para o paciente que se encontra sem perspectiva de vida, resta empregar os meios ordinários, por serem vias menos dolorosas, não só para o paciente, como para a sua família.

O certo é que deve ser feita uma análise casuística, devendo estar vinculada ao conceito valorativo de qualidade de vida, na busca da função de benefício ou bem-estar.

Na década de 80, surgiu a expressão “tratamento fútil” ou “tratamento inútil”, que significa que o profissional da saúde não poderá abandonar o tratamento com indivíduo mesmo que não esteja surtindo os efeitos desejados. Portanto, deveria o médico permanecer com o paciente enquanto houver resquício de vida.

Conforme Garcia, a expressão “futilidade” se refere às práticas de tratamentos desnecessários, consistindo num termo técnico para designar o que é aplicado num paciente e não produz benefício algum, mas um dano.³⁰

O que a ortotanásia visa é à importância de não programar terapêuticas desnecessárias, fruto de uma simples histeria, mas que seja a forma mais benéfica ou a que se julgue mais apropriada para o caso concreto. A distinção entre meios ordinários e extraordinários é que define o que deve ser mantido e o que deve ser sustado.

Essa morte correta que a doutrina moderna vem defendendo e explicando se dá mediante a suspensão ou limitação de tratamento fútil, que seja extraordinário ou inapropriado, ante a morte inevitável do paciente em estado terminal.

A eutanásia passiva provoca a morte do enfermo terminal por omissão aos cuidados paliativos que sejam ordinários, haja vista que tais procedimentos são vitalmente imprescindíveis.³¹

Diante dessas situações supra-expostas, o conceito e entendimento de ortotanásia não se aproximam da definição de eutanásia passiva, vez que a última provoca a morte do enfermo terminal por omissão do tratamento ordinário.

O principal questionamento³² a respeito da ortotanásia é a legitimidade de se continuar o tratamento que mantém as funções vitais do paciente terminal. Em contrapartida, a eutanásia passiva abandona as técnicas que acelerariam a morte. Já na ortotanásia o que se discute é a obrigação de atuar, de continuar o tratamento extraordinário mediante a constatação de que não produzirá o efeito esperado da cura ou mesmo da melhora do estado clínico do paciente.³³

Atualmente o entendimento do Conselho Federal de Medicina (CFM) é de que a partir da fase de irreversibilidade do quadro clínico, o paciente terminal deve o receber os “cuidados paliativos”, que consistem em medicação para aliviar os sinais e sintomas da doença.

Essa conduta médica consiste na ortotanásia, que leva em conta os limites do ser humano, e a compreensão de que a morte é um processo, de que não se trata de uma derrota, mas do fim do ciclo da vida³⁴.

O anteprojeto de reforma do Código Penal que tramita no Congresso Nacional admitiria a possibilidade da ortotanásia mediante consentimento do paciente ou de algum familiar (art. 121 parágrafo 4º do anteprojeto), intentando assim diminuir o sofrimento do paciente, já que não haveria mais nenhuma perspectiva de cura. A ortotanásia seria então considerada uma prerrogativa ou uma opção do paciente mediante o estabelecimento formal do seu consentimento.

Não teria, portanto, o intuito de determinar a morte de alguém sem deixar que o tempo normal determine a hora do óbito. Por isso é que a ortotanásia não constitui crime.

Alguns doutrinadores admitem que a ortotanásia atenda ao princípio constitucional, o qual garante que “... ninguém será submetido à tortura, nem tratamento desumano ou degradante” (art. 5º inciso III).

No Brasil, os muitos diplomas que regeram a vida da Colônia e do Império nos séculos XVI, XVII e XVIII, foram unânimes em reservar severas sanções ao delito de homicídio, mesmo com a anuência da vítima.

O Código Criminal do Império manteve a postura semelhante para não atenuar a pena do homicídio. Foi o de 1830, o primeiro código a tipificar como conduta passível de punibilidade penal, o auxílio ao suicídio.

Em 1890 o Código Penal não operou maiores alterações, mantendo o que já estava estabelecido. Já o Código Penal de 1940 inaugurou um novo tratamento a esse tema, ao prever a hipótese de diminuição de pena para o agente que cometesse um crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral (art. 121. § 1º). O exemplo de relevante motivo de valor moral pode ser entendido

como “a compaixão ante o irremediável sofrimento da vítima”.

Em 1984, a Lei 7.209 promovia a reformulação da Parte Geral do Código Penal, mas o Anteprojeto de Reforma da Parte Especial não chegou a ser aprovado. A proposta era de isentar o médico de pena se houvesse o consentimento da vítima, ou se ela estivesse impossibilitada de fornecê-lo, caberia aos ascendentes, aos descendentes, ao cônjuge ou ao irmão, que pudessem antecipar a morte evitando tanto sofrimento (art. 121 § 3º).

Foi, entretanto, revisto pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciário, que jamais o encaminhou para o Congresso Nacional. Só em 1994 é que o projeto foi levado adiante e recebeu o nome de Esboço de Anteprojeto de Código Penal da Parte Especial, no qual o homicídio eutanásico era disciplinado de modo singular.

O anteprojeto de Código Penal-Parte Especial de 1998 concedia tratamento privilegiado para o autor de homicídio “por compaixão a pedido da vítima”. (Art. 121, § 3º) e, ao mesmo tempo, excluía a ilicitude da conduta do médico (Art. 121 § 4º). A própria exposição de motivos no texto cuidava de distinguir as formas de eutanásia, a figura prevista no art. 121 § 4º corresponderia à ortotanásia”.

Por fim, uma nova proposta veio à tona, no anteprojeto da Parte Especial do Código Penal de 1999, que fixa sanções mais brandas que o projeto anterior para quem comete a eutanásia ativa, desde que seja o autor do delito, o cônjuge, companheiro, ascendente, descendente, irmão ou quem tivesse estreitos laços com a vítima e que tenha agido por compaixão a fim de abreviar-lhe tamanho sofrimento, em razão do estado terminal devidamente diagnosticado (Art. 121 § 3º).

No que tange à exclusão de ilicitude – ortotanásia – houve uma pequena alteração, dando preferência ao cônjuge ou companheiro em detrimento dos ascendentes e descendentes do moribundo (art. 121 § 4º).

O referido Anteprojeto do Código Penal de 1999 cuidou bem em regular a eutanásia ativa direta como hipótese de homicídio privilegiado. O legislador não incorreu, porém, no mesmo acerto ao prever, para a ortotanásia, a simples exclusão da ilicitude, quando na verdade cuida-se aqui de atipicidade da conduta.

A ortotanásia é um novo modelo de moralidade, sendo um novo sistema ético da vida e da morte. A sua busca é no sentido de priorizar a pessoa que se encontra no estado terminal e não mais o tratamento da doença com a finalidade de prolongar aquela vida. Apesar da questão da ortotanásia girar em torno de tema trágico como é a morte, ela tem uma grandeza ao defender a dignidade humana.

No Brasil, não há autorização legal para a eutanásia nem para o suicídio assistido. Mas a suspensão de esforço terapêutico está autorizada na Constituição Federal e no novo Código Civil, que permite ao paciente recusar determinados procedimentos médicos, na Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90, artigo 7º III), que reconhece o direito à autonomia do paciente, e no Código de Ética Médica, que proíbe a realização de procedimentos terapêuticos contra a vontade do paciente, fora das situações de emergência médica de salvação, o que não é o caso de doentes com quadros irreversíveis, sem nenhuma resposta a qualquer tipo de tratamento.

Há ainda, uma lei excepcional sobre o tema, isto é, a “Lei dos Direitos dos Usuários dos Serviços de Saúde do Estado de São Paulo” (Lei nº 10.241/99), que diz: “Art 2º - São direitos dos usuários dos serviços de saúde do Estado de São Paulo: XXIII – recusar tratamentos dolorosos ou extraordinários para tentar prolongar a vida”.

O atual Código Penal, portanto, tem urgência em sua revisão em diversos assuntos, dentre os quais, a discriminação da ortotanásia. O que se quer não é a legitimidade da prática de matar alguém, mas tão somente deixar que a natureza siga seu caminho, que é a morte, sem que haja tantos sofrimentos, principalmente quando a cura é inevitável.

O princípio da dignidade humana é um dos maiores axiomas da Constituição. Esse princípio, ao lado de outros, constitui um dos fundamentos de nossa Carta Magna. A pessoa humana constitui um valor absoluto que não pode ser ultrapassado pelo Estado em favor de nenhum interesse coletivo.

Diante de todos os direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana é basilar. Por meio dela, do respeito a ela, é que os demais direitos são respeitados e se tornam inalienáveis, indisponíveis e irrenunciáveis.

O bem jurídico da vida humana, erigido à categoria de direito fundamental pela Constituição Federal, constitui o fulcro primordial para todos os demais direitos³⁵. A vida humana é algo sagrado e intangível, o direito surge aliado igualmente ao princípio da qualidade de vida, segundo o qual a vida humana é inerente de dignidade e condições igualitárias.

A dignidade da pessoa humana foi guindada à categoria de princípio fundamental, isto é, fonte última de legitimação do Estado de Direito Democrático. Tal princípio expressa a superioridade que o homem tem em relação a todos os demais seres e objetos da natureza, devendo agir holisticamente com todos eles³⁶.

Nesse sentido, afirma-se que a vida é o pressuposto da personalidade, dos direitos a ela atribuídos, e é o supremo bem individual. Por isso os direitos da personalidade são inalienáveis, indisponíveis, irrenunciáveis e imprescritíveis. O ser humano não pode dispor de sua vida, ou seja, renunciar à própria vida já que a vida é o bem maior tutelado pelo Estado de Direito. Mas, pode deixar-se falecer, na medida em que abdica da terapêutica abusiva.

Debates surgem, contudo, no tocante ao alcance da indisponibilidade do direito à vida e da legitimidade do representante legal do paciente inconsciente ou incapaz de autorizar a ortotanásia.

A dignidade humana³⁷, constitucionalmente tutelada, nos assegura que ninguém pode ser desprovido da própria vida contra sua vontade. O princípio da dignidade da pessoa humana é norma constitucional de eficácia plena, ou seja, produz, desde o momento de sua promulgação, todos os efeitos essenciais, todos os objetivos especialmente visados pelo legislador constituinte e incide direta e indiretamente, de modo pleno, sobre o seu objeto.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

AWAD, Fahd. O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana. **Revista Justiça do Direito**, Passo Fundo, v. 20, n. 1, 2006.

CANARIS, Claus-Wilhelm. A Influência dos Direitos Fundamentais sobre o Direito Privado na Alemanha. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Fortaleza: Del Rey, n. 3 jan./jun. 2004.

CARVALHO, G.M. **Aspectos jurídico-penais da eutanásia**. São Paulo: IBC-CRIM, 2001.

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

GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo. **Bioética: poder e justiça**. São Paulo: Loyola, 2003.

GOMES, Luiz Flávio. Eutanásia, morte assistida e ortotanásia: dono da vida, o ser humano é também dono da sua própria morte?. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1305, 27 jan. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9437>>. Acesso em: 25 out. 2007.

GORCZEWSKI, Clovis et al. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. **Revista do Direito**, São Paulo, Universidade de Santa Cruz, n. 24, jul./dez. 2005.

MARANHÃO, J.L.S. **O que é morte**. São Paulo: Brasiliense, 1985.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MOURA, Elizabeth M. Eutanásia, ortotanásia e doações de órgãos. **Revista Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, 2007.

OLIVEIRA, Patrícia de Almeida e. Importância da Bioética no âmbito médico-científico em prol da defesa de direitos humanos fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1563, 12 out. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10510>>. Acesso em: 25 out. 2007.

PESSINI, Leo. **Eutanásia: por que abreviar a vida?** São Paulo: Loyola, 2004.

PEQUENO, Tarcísio. Tempus Fugit, **Jornal O Povo**, Fortaleza, CE, 6 jan. 2008. Vida & Arte, Caderno de cultura.

SALES, Gabrielle Bezerra. **Teoria da Norma Constitucional**. São Paulo: Manole, 2004.

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

SOUSA, Deusdedith. Eutanásia, Ortotanásia e Distanásia. **Revista Pensar**, Fortaleza, ano 4, n. 3, p. 150-159, jan. 1995.

VARGAS, A.C. **Problemas de Bioética**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2001.

WANDERMUREN, Jonathas Lucas. Aspecto ético-religioso da eutanásia. **Revista Jurídica Consulex**, ano 9, n. 199, 30 abr. 2005.

- 1 PEQUENO, Tarcísio. Tempus Fugit, **Jornal O Povo**, Fortaleza, CE, 6 jan. 2008. Vida & Arte, Caderno de Cultura.
- 2 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 292.
- 3 ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 985-986. Entende-se por útil, “o que é meio ou instrumento para um fim qualquer. Nesse sentido a utilidade foi definida por Alberto Magno, Geulinx e Haumgarten; é um caráter das coisas. [...] Nesse sentido, por um lado a utilidade tornou-se fundamento da doutrina moral chamada utilitarismo e, por outro lado, conceito fundamental da economia política. Na primeira direção, Hume já perguntava “porque a utilidade agrada”, e encontrava a resposta a essa pergunta na natural simpatia do homem para com o outro homem. A coincidência da utilidade individual com a social estava assim já postulada e passou a ser um dos temas do utilitarismo. Bentham definia utilidade como “a propriedade de um objeto em virtude da qual ele tende a produzir benefício, vantagem, prazer, bem ou felicidade. No campo da economia política, por útil entendeu-se habitualmente “tudo o que satisfaz uma necessidade”.
- 4 VARGAS, A.C. **Problemas de Bioética**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2001, p. 236.
- 5 PESSINI, Leo. **Eutanásia: por que abreviar a vida?** São Paulo: Loyola, 2004, p.187. “Muitas, talvez a maioria, das decisões médicas a respeito da vida e da morte precisam ser feitas em favor de pessoas que não podem expressar qualquer desejo, seja porque elas ainda não tenham desenvolvido a capacidade de formular desejos e intenções, seja porque tal capacidade tenha sido destruída por doença de acidente – às vezes chamada de eutanásia não voluntária”fundamental à vida”.
- 6 WANDERMUREN, Jonathas Lucas. Aspecto ético-religioso da eutanásia. **Revista Jurídica Consulex**, ano 9, n. 199, 30 abr. 2005.
- 7 VARGAS, op. cit., p. 236.
- 8 MARANHÃO, J. L. S. **O que é morte**. São Paulo: Brasiliense, 1985, p. 56-57.
- 9 CARVALHO, G. M. **Aspectos jurídico-penais da eutanásia**. São Paulo: IBCCRIM, 2001, p. 115-116.
- 10 Ibid., p. 121-122.
- 11 O atual Código de Deontologia Médica, no artigo 6º, afirma claramente sua preocupação com o valor da vida humana, in verbis: “O médico deve guardar absoluto respeito pela vida humana, atuando sempre em benefício do paciente. Jamais utilizará seus conhecimentos para gerar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade.”

- 12 CARVALHO, op. cit., p.158.
- 13 MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p. 409.
- 14 GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo. **Bioética: poder e justiça**. São Paulo: Loyola, 2003, p. 391.
- 15 PESSINI, Leo. **Eutanásia: por que abreviar a vida?** São Paulo: Loyola, 2004, p. 390.
- 16 CARVALHO, G.M. **Aspectos jurídico-penais da eutanásia**. São Paulo: IBCCRIM, 2001, p.27.
- 17 PESSINI, op. cit.,p.226.
- 18 **World Medical Journal**, nov/dez. 1968, p.133. A definição de morte encefálica foi divulgada e, consequentemente, a Associação Médica Mundial formulou a declaração de Sidney, em 1968, na qual restou assentado que: “Uma dificuldade é que a morte é um processo gradual, a nível celular e que a capacidade dos tecidos, para suportar a falta de oxigênio, é variável. Sem embargo disto, o interesse clínico não reside no estado de conservação das células isoladas, mas no destino da pessoa. Em decorrência, o momento da morte de diferentes células e órgãos não tem tanta importância, como a certeza de que o processo tornou-se irreversível, quaisquer que sejam as técnicas de ressuscitação que se possam aplicar. Esta conclusão se deve basear no juízo clínico, complementado, caso necessário, por diversos instrumentos auxiliares de diagnóstico, dos quais o mais útil é atualmente o eletroencefalógrafo. Em qualquer caso, nenhuma prova instrumental isolada é inteiramente satisfatória no estado atual da medicina nem qualquer método pode substituir o ditame global do médico.”
- 19 GOMES, Luiz Flávio. Eutanásia, morte assistida e ortotanásia: dono da vida, o ser humano é também dono da sua própria morte?. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1305, 27 jan. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9437>>. Acesso em: 25 out. 2007.
- 20 DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 338.
- 21 SALES, Gabrielle Bezerra. **Teoria da Norma Constitucional**. São Paulo: Manole, 2004, p.143.
- 22 AWAD, Fahd. O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana. **Revista Justiça do Direito**, Passo Fundo, v. 20, n. 1, 2006, p. 111.
- 23 PESSINI, op. cit., p.273.
- 24 GORCZEWSKI, Clovis et al. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. **Revista do Direito**, São Paulo: Universidade de Santa Cruz, n. 24, jul/dez 2005, p.168.
- 25 CANARIS, Claus-Wilhelm. A Influencia dos Direitos Fundamentais sobre o Direito Privado na Alemanha. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Fortaleza, Del Rey, n. 3 jan/jun, 2004, p. 375. “No fato de os direitos fundamentais, enquanto parte da Constituição, terem um grau mais elevado na hierarquia das normas do que o Direito Privado, podendo, por conseguinte, influenciá-lo. De outro modo, a Constituição, em principio, não é o lugar correto nem habitual para regulamentar as relações entre cidadãos individuais e entre pessoas jurídicas. Nisso consiste, ao contrário, a tarefa específica do Direito Privado, que desenvolveu nesse empenho uma pronunciada autonomia com relação à Constituição; e isso não vale apenas em perspectiva histórica, mas também no tocante ao conteúdo, pois o Direito Privado, em regra, disponibiliza soluções muito mais diferenciadas para conflitos entre os seus sujeitos do que a Constituição poderia fazer. Disso resulta uma certa relação de tensão entre o grau hierárquico mais elevado da Constituição, por um lado, e autonomia do Direito Privado, por outros.”
- 26 DWORKIN, apud TORRES, Ricardo Lobo. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rev. Atual. 2. ed. Rio de Janeiro: 2001, p. 147-148. Moral e Direito numa visão unificada, Dworkin pensa no ordenamento jurídico positivo apenas como uma providência destituída a conferir maior segurança às relações jurídicas. As normas, no seu entender, devem ser sustentadas por princípios morais, os quais na verdade, são seu fundamento de validade. Daí a conclusão de que tais princípios podem, inclusive, afastar a aplicação de normas que lhes contrariem. Para Dworkin, a Moral se manifesta através de princípios, seja orientando a elaboração das normas, seja através da aplicação direta ao caso concreto, realizada pelo juiz. Portanto, aceitando-se uma definição de Direito como sendo apenas o texto positivado, chega-se à conclusão de que a Moral deve ser posta acima do Direito. A idéia que surge deste raciocínio é a de que a Moral é prévia ao Direito e deve ser resguardada por seus instrumentos. Desta afirmação de que os valores morais estão superpostos às leis escritas, nasceram conclusões interessantes, que merecem em estudo individualizado.
- 27 OLIVEIRA, Patrícia de Almeida e. Importância da Bioética no âmbito médico-científico em prol da defesa de direitos humanos fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1563, 12 out. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10510>>. Acesso em: 25 out. 2007.
- 28 GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo. **Bioética: poder e justiça**. São Paulo: Loyola, 2003, p. 395. “Diante deste critério, muito difundido entre os médicos, já ia ganhando corpo a tese de que não é digno nem prudente continuar agredindo a pessoa doente quando praticamente não existe mais possibilidade de continuar

- a viver. Afirma-se que não é o mesmo ajudando a viver quem está vivendo e impedir de morrer quem está morrendo. Surgiram expressões para nomear toda esta problemática, entre outras a de “obstinação terapêutica”. Nem tudo o que é tecnicamente possível é eticamente correto, e a luta pela vida deve levar em conta alguns limites racionais e humanos, para além dos quais se comportam a dignidade humana. É neste contexto que surge o debate da futilidade.”
- 29 KOVÁCS, Mário Júlio. Autonomia e o direito de morrer com dignidade. *Revista Bioética*, 1998, v. 6, n. 1, p. 63.
- 30 GRACIA apud GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo. *Bioética: poder e justiça*. São Paulo: Loyola, 2003, p 396
- 31 CARVALHO, op. cit., p. 28.
- 32 O Conselho Federal de Medicina, por seu turno, dispôs em documento publicado no Diário Oficial de 28/11/06, sobre a legitimidade da suspensão dos meios extraordinários de subsistência em casos desesperançados, mas não acrescentou haver obrigação de entreter a vida do paciente retirado do CTI mediante os recursos ordinários e corriqueiros da Medicina (injeções, soro, alimentação etc.)
Art. 1º É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal.
- § 1º - O médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação.
- § 2º - A decisão referida no caput deve ser fundamentada e registrada no prontuário.
- § 3º - É assegurado ao doente ou a seu representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica.
Art. 2º - O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar.
- Art. 3º - Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se as disposições em contrário.
- 33 SOUSA, Deusdedith. Eutanásia, Ortotanásia e Distanásia. *Revista Pensar*, Fortaleza, ano 4, n. 3, p.150-159, jan. 1995.
- 34 MOURA, Elizabeth M. Eutanásia, ortotanásia e doações de órgãos. *Revista Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, 2007, p. 44.
- 35 CARVALHO, op. cit., p. 96. “O direito à vida nem sempre tenha merecido expressa menção por parte dos textos constitucionais. Registre-se, por oportuno, que os direitos humanos atravessaram de primeiro uma fase metapositiva, vale dizer, de independência do Direito vigente na comunidade organizada como Estado, que resultou nas declarações e textos internacionais sobre direitos humanos, cujo mais significativo expoente de 10 de dezembro de 1948.”
- 36 CASABONA apud CARVALHO, Gisele.M. *Aspectos jurídico-penais da eutanásia*. São Paulo: IBC-CRIM, 2001, p.113. O respeito da dignidade humana, consoante expõe o autor, leva consigo a idéia de legitimação democrática e significa ao mesmo tempo seu reconhecimento como princípio material de justiça, prévio e imanente ao Direito positivo o que impede seja considerado apenas mais um interesse dentre vários passíveis de ponderação nas hipóteses de conflito.
- 37 SARLET, I.W. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 62. “[...] qualidade intrínseca e distinta de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existentes mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.”

THANÁTOS AND THE PARADOXES OF BIOTECHNOLOGY: ON THE SUITABILITY OF “ORTHOTANASIA” UNDER 1988 FEDERAL CONSTITUTION

ABSTRACT

This paper examines death as a natural consequence of life, highlighting the questions regarding the possibilities related to the abbreviation of the time of living or to its indefinite lengthening. From a constitutional and philosophical point of view, the author examines the typology of death, presenting the adequacy of abandoning certain medical and therapeutical practices that only bring suffering to the dying human being, as these practices are futile. The text also presents an assessment of the constitutionality of not using, in case of terminal illness and irreversible situations, extraordinary means that bring, as a sole consequence, a kind of survival incompatible with human dignity, distinctive characteristic of all human beings and paramount principle of the theory of the fundamental rights protected by constitutional order in Brazilian Law.

Keywords: Human dignity. Human rights. Death. Constitution. Immortality.