

# **A ORTOTANÁSIA E O DIREITO FUNDAMENTAL IMPLÍCITO DE MORRER DIGNAMENTE**

*ORTHOTHANASIA AND IMPLIED FUNDAMENTAL RIGHT TO DIE WITH DIGNITY*

Mara Livia Moreira Damasceno, Universidade de Fortaleza  
Mônica Carvalho Vasconcelos, Universidade de Fortaleza

## **RESUMO**

Em busca de cura para todos os males que rodeiam a vida, a biotecnologia e a medicina avançam, no entanto, os procedimentos científicos são limitados e de alguma forma, beneficiando ou prejudicando, atingem a vida humana, razão pela qual há preocupação com a questão legal e ética da ortotanásia. Envolvendo a questão da limitação e impotência da Medicina existem discussões acerca do direito de viver e morrer dignamente. O que fazer quando não há como curar a doença que atinge o indivíduo? No Brasil não há legislação específica sobre a temática. Utilizou-se a metodologia de natureza “descritivo-analítica”, de cunho bibliográfico e documental quanto à legislação, jurisprudência, obras doutrinárias, artigos e revistas técnicas relacionados à temática. Este artigo propõe-se a elucidar o direito à morte digna como direito fundamental implícito na Constituição Federal de 1988, com reflexo na aceitação legal e ética da ortotanásia, inserido no contexto de Estado Democrático de Direito, bem como analisar os direitos fundamentais que envolvem a ortotanásia. Constatou-se que a ortotanásia assegura um direito fundamental implícito ao ser humano, pois visa assegurar uma morte digna ao paciente terminal, tendo concluído pela sua constitucionalidade.

**Palavras-chave:** Direitos Fundamentais Implícitos; Morte Digna; Ortotanásia;

## **ABSTRACT**

In search of a cure for all ills that surround life, biotechnology and medicine advance, however, the scientific procedures are limited and somehow benefiting or harming, affect human life, which is why there is concern about the issue legal and ethics orthotanasia. Involving the issue of limitation and powerlessness of Medicine there are discussions about the right to live and die with dignity. What to do when there is no cure the disease that affects the individual? In Brazil there is no specific legislation on the subject. We used the methodology of "descriptive and analytical" nature of bibliographic and documentary stamp about the legislation, jurisprudence, doctrinal works, articles and technical publications related to the theme. This article aims to clarify the right to a dignified death as implied fundamental right in the Constitution of 1988, as reflected in the legal and ethical acceptance of orthonasia, placed in the context of a democratic state, and analyze the fundamental rights involving orthotanasia. It was found that orthothanasia ensures an implied fundamental right to human, it aims to

ensure a dignified death to terminally ill patients, and concluded that its constitutionality.

**Keywords:**

Implied Fundamental Rights; Dignified death; orthotanasia;

## CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

*“Nenhuma época acumulou sobre o homem  
tão numerosos e diversos conhecimentos como a nossa [...]”  
Nenhuma época conseguiu tornar esse saber  
tão pronta e facilmente acessível.  
Mas nenhuma época tampouco soube menos o que é o homem.”*  
**Heidegger<sup>1</sup>**

Expressiva e pertinente frase do filósofo alemão, Martin Heidegger, escolhida para introduzir este artigo, que enseja à reflexão acerca dos direitos fundamentais do homem, especificamente o direito de morrer dignamente, como direito fundamental implícito, refletidos na questão dos avanços da biotecnologia.

Os direitos fundamentais são caracterizados pela sua função dignificadora, abraçada como princípio fundamental da República Federativa do Brasil.

A Constituição Federal de 1988 criou o Título II, onde trata expressamente os Direitos e Garantias Fundamentais, no entanto o art. 5º, § 2º da Constituição Federal amplia esse catálogo de direitos fundamentais, reconhecendo direitos “implícitos”, “decorrentes” e os positivados fora do Título II, ao afirmar que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição *não excluem outros* decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. [Grifo nosso].

Neste artigo, serão abordados o direito à vida, à morte digna e a dignidade da pessoa, relacionados aos avanços da biotecnologia.

Para melhor tratar do bem “vida” a biotecnologia e a medicina avançaram, e alguns temas ganharam grandes proporções no cotidiano da sociedade, tais como doação de órgãos, clonagem, reprodução assistida, aborto, entre outros.

---

<sup>1</sup> Filósofo alemão (1889-1976). Texto encontrado como nota de abertura do livro Biodireito e Dignidade da pessoa humana.

A ciência modificou a forma de se iniciar a vida, melhorou a qualidade de vida das pessoas, encontrou cura para doenças até então incuráveis. No entanto, esses procedimentos científicos são finitos e de alguma forma, beneficiando ou prejudicando, atingem a vida humana, razão pela qual há preocupação com os possíveis limites da ciência.

Envolvendo a questão da impotência da Medicina existem discussões acerca do direito de viver e morrer dignamente. Então, surge o questionamento: o que fazer quando não há como curar a doença que atinge o indivíduo?

O Conselho Federal de Medicina editou a Resolução 1.805, em novembro de 2006, abordando a ética médica, em relação a pacientes terminais, aprovando a prática da ortotanásia como conduta ética e adequada a esses casos, respeitada a vontade do paciente ou, na impossibilidade deste consentimento, de seu representante legal.

O Ministério Público Federal do Distrito Federal, em 2007, ingressou com Ação Civil Pública em face do Conselho Federal de Medicina, pleiteando a nulidade da Resolução acima referida ou, alternativamente, a alteração da Resolução.

Em 1º de dezembro de 2010, o juiz Roberto Luis Luchi Demo, da 14ª Vara da Justiça Federal do Distrito Federal, julgou a Ação Civil Pública impetrada pelo Ministério Público Federal, representado pelo Procurador da República Wellington Marques de Oliveira, considerando improcedente a solicitação de nulidade da Resolução nº1.805/2006, do Conselho Federal de Medicina, que trata da conduta ética dos médicos diante da prática da Ortotanásia.

A relevância do tema reside no fato de que a evolução da tecnologia na medicina e do Direito devem acompanhar os fatos sociais, de modo que o conteúdo da dignidade da pessoa - abrangendo vida e morte digna - deve ser rediscutido sempre que surgir circunstância nova que coloque em risco o seu teor principiológico.

Os parlamentares na Argentina aprovaram, por unanimidade, em maio de 2012, a Lei "Morte Digna", que possibilita ao paciente terminal ou em estado irreversível rejeitar tratamentos médicos que possam prolongar seu sofrimento ou sua vida artificialmente por meio de aparelhos.

No Brasil não existe legislação pertinente ao assunto, mas ressalta-se que o Código de Ética Médica (CEM) foi alterado em março de 2010, no Capítulo V, art. 41, tornando proibido ao médico abreviar a vida do paciente, ainda que a seu pedido, e confirma o entendimento da resolução 1.805/2006, no parágrafo único do mesmo artigo, *in verbis*:

Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.

Desta feita, o presente estudo propõe-se a estudar o reconhecimento do direito à morte digna como direito fundamental implícito no Brasil, com reflexo na aceitação legal e moral da ortotanásia, diante da análise dos direitos fundamentais.

## **2 PRÁTICAS QUE ENVOLVEM A TERMINALIDADE DA VIDA**

Há uma confusão de conceitos que envolvem as práticas acerca da terminalidade da vida (ortotanásia, eutanásia e distanásia) em que misturam-se situações bastante distintas na perspectiva legal, moral e ética. São práticas semelhantes, mas que têm tratamento jurídico diverso. Então, é necessário, primeiramente, tecer comentários sobre esses conceitos e diferenças, posto que influenciam diretamente os argumentos que neste artigo serão traçados.

### **2.1 Conceito de ortotanásia**

Etimologicamente, o termo ortotanásia significa “correta morte”, do grego *orto* significa correto, direito, e *thanatos* significa morte. É a morte correta, natural e no tempo certo, sem o prolongamento artificial deste momento através de intervenções da biotecnologia.

Segundo Giostri (2009, p.158) “o fato de este (o paciente) vir a morrer é considerado um fato natural do ciclo biológico da vida, já que sua morte não foi procurada, intencionalmente, nem pelo paciente e nem pelo médico. É apenas e tão somente o ciclo biológico se completando.”

É deixar que a vida desenvolva seu curso naturalmente e da forma menos dolorosa possível, mediante o oferecimento de cuidados paliativos ao paciente terminal (aquele que não tem chance real de cura), ajudando a aliviar as dores físicas, emocionais, sociais e espirituais.

### **2.2 Conceito e diferenças entre eutanásia e distanásia**

O termo eutanásia deriva do grego *eu* (bom) e *thanatos* (morte), por isso é também chamada de boa morte.

Ocorre quando o paciente, sabendo que a sua doença é incurável ou ostenta situação que o levará a não ter condições mínimas de uma vida digna, solicita

ao médico ou terceiro que o mate antecipadamente, visando evitar os sofrimentos e as dores físicas e psicológicas que lhe sobrevirão com o desenvolvimento da doença ou sua condição física. (BOMTEMPO, 2011, p.75)

A morte não ocorre em seu tempo natural, intencionalmente há abreviação deste momento, por ação ou omissão médica ou de terceiro, por isso no Brasil, a prática da eutanásia é considerada crime, tipificada no art.121 §1º do Código Penal, conforme assegura que “se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou *moral*, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.” [grifo nosso].

Trata-se de homicídio privilegiado, que neste caso será reduzida a pena pelo valor moral, identificando os sentimentos de compaixão e piedade pela vítima.

A eutanásia passiva não se confunde com ortotanásia. O elemento *intenção* é que faz a diferença. Na eutanásia passiva é a *omissão intencional* do médico que *causa* a morte do paciente, pois ainda não existe o processo de morte instalado, ou seja, a conduta omissiva do terceiro antecipa a morte.

Enquanto a eutanásia abrevia a morte, a distanásia age no sentido oposto, segundo Diniz (2006, p.399), é

também designada obstinação terapêutica ou futilidade médica, tudo deve ser feito mesmo que cause sofrimento atroz ao paciente. Trata-se de prolongamento exagerado da morte de um paciente terminal ou tratamento inútil. Não visa a prolongar a vida, mas sim o processo de morte.

É um meio de prolongar a vida de modo artificial, através de intervenções biotecnológicas, mas sem perspectiva de cura. Essa obstinação terapêutica se deve ao fato de a medicina ligar-se, originariamente, à cura de doenças, salvando pacientes de seus males.

Dentre essas formas (ortotanásia, eutanásia e distanásia) de decidir sobre a terminalidade da vida, apenas a ortotanásia agrega os requisitos de aceitabilidade diante do Direito, da Medicina e da Religião.

### **3 A ORTOTANÁSIA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

A questão da ortotanásia é intrínseca à noção dos direitos fundamentais que para Lopes (2001, p.35) são “princípios jurídica e positivamente vigentes em uma ordem constitucional que traduzem a concepção de dignidade de uma sociedade e legitimam o sistema jurídico estatal.” Não sendo confundidos com os “direitos humanos”, que

guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). (SARLET, 2011, p.29)

O referido autor explica que os direitos humanos também não se confundem com “direitos naturais” (ou direitos do homem), pois os direitos humanos uma vez positivados em documentos internacionais revelam sua dimensão histórica e relativa.

Então, direitos humanos e direitos fundamentais reconhecem, através da positivação, “uma série de direitos naturais do homem, que, neste sentido, assumem uma dimensão pré estatal.” (SARLET, 2011, p.30)

Sarlet (2011) entende que, a fundamentalidade destes direitos pode ser em sentido formal e/ou material. Sendo formal por encontrar-se no direito positivo constitucional, por decisão expressa do legislador constituinte, situando-se no ápice da constituição (natureza supralegal), encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento mais rígido) e material (cláusula pétrea) da reforma constitucional e tratam de normas de aplicação direta, imediatamente vinculando entidades públicas e privadas.

Por sua vez, a fundamentalidade em sentido material “decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elementos constitutivos da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade”. (SARLET, 2011, p.75). Somente após análise do sentido e conteúdo de determinado direito é que se afirma (ou não) sua fundamentalidade material.

Em síntese, com a lapidar formulação de Sarlet, os direitos fundamentais são:

todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo). (2011, p.77)

### **3.1 A ortotanásia e o direito à vida: respeito a indisponibilidade e a inviolabilidade**

No que concerne ao direito fundamental à vida, especificamente, e diante da importância do assunto, a Constituição Federal de 1988 prevê, somente no Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo I, art. 5º *caput*, entre os direitos e deveres individuais e coletivos, referência expressa ao direito à vida, *in verbis*:

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

O direito à vida é reputado o direito basilar, do qual todos os outros direitos fundamentais derivam. O seu exercício é um pré-requisito para a existência de todos os outros direitos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos dispõe em seu artigo III que “toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”. No mesmo contexto, o Pacto Internacional do Direitos Civis e Políticos, em seu artigo sexto, descreve no ponto 1 que: “O direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida.”

Então, além da Constituição Federal brasileira, documentos internacionais relevantes dão valiosa proteção à vida, reconhecendo-a como direito básico do ser humano, o qual ninguém pode ser privado arbitrariamente.

O direito à vida encontra-se classificado entre os direitos de 1ª geração, que compreendem os direitos individuais, civis ou políticos, tais como direito à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei (formal). Segundo Lopes (2001), os direitos de 1ª geração foram os primeiros direitos do homem a serem positivados, cujos titulares eram os indivíduos, marcados por um forte traço individualista.

Os direitos da primeira dimensão surgiram na primeira metade do século XVIII ao lado do Estado Liberal, “afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não-intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face do seu poder.” (SARLET, 2011, p.46)

É um direito natural, posto que a existência da pessoa não pode ser criada pelo direito positivo, este apenas o reconhece, ou seja, “trata-se de direito natural, que independe de normas escritas para ser resguardado e protegido” (FRISO, 2009, p.140)

Pela preeminência do direito à vida a Lei Maior garantiu sua inviolabilidade, neste sentido é pacífico o entendimento de que o direito à vida não pode ser desrespeitado por outrem, nem renunciado por ninguém, no sentido de autorizar a própria morte.

A prioridade que a Constituição Federal de 1988 concedeu ao direito à vida é notória, considerando-o ponto central aos demais direitos, no entanto não há direito

fundamental absoluto, mas sim relativo, pois todos os direitos necessitam conviver em harmonia com outros direitos igualmente fundamentais.

Comprova-se tal assertiva com a exceção contida na própria Constituição Federal, na alínea ‘a’ do inciso XLVII – “Não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX” e também no Código Penal Militar nos arts.55 a 57 que estabelece as hipóteses de sua aplicação. Além de outras limitações ao direito à vida, como a legalização do aborto em caso de estupro ou quando a mãe corre risco de morte com a gestação.

Diante do exposto, fica clara a relativização da inviolabilidade do direito à vida, diante das exceções permitidas pelo próprio ordenamento. O paradigma de que a vida é um bem totalmente indisponível, irrenunciável e inviolável deve ser flexibilizado diante de cada caso concreto, pois o direito à vida não pode ser interpretado no sentido de manter a pessoa viva a qualquer custo e em todas as situações.

O Ministério Público Federal, na Ação Civil Pública impetrada, argumentou que a ortotanásia ofende o direito à vida e que este é indisponível. No entanto, comungamos com o entendimento de Sztajn (2009, p.255) de que “a alegação de que o Conselho Federal de Medicina teria, com tal Resolução, ferido cláusula constitucional que atinge o direito à vida é falsa, incorreta e teologicamente viezada.”

O direito à vida não pode ser entendido como o dever à vida, a manter-se vivo a qualquer custo.

Alguém próximo da morte pode achar que a sua vida *não precisa mais ser vivida*, pois está longe do que pensava ser *o seu viver*; da mesma forma, alguém privado de sua capacidade física vivendo com ajuda de aparelhos, pode pensar que *a vida acabou*. O limite entre *sentir-se vivo* e *estar vivo* é complexo por natureza.”[grifo original] (JUNGES, 2010, p.283).

Nos casos de pacientes terminais não há violação quanto à indisponibilidade da vida, e sim o atendimento do direito do cidadão definir a respeito do modo como será o fim de sua vida, pois para alguns pacientes terminais a sensação é que a vida já chegou ao fim. Não há renúncia à vida, eles não buscam antecipação da morte, e sim há a aceitação/vontade de que esta ocorra no momento natural (ortotanásia).

Esse mesmo entendimento é explanado nos ensinamentos de Friso

Não se trata de *renúncia* do direito à vida, pois no caso o paciente não renuncia à sua vida, apenas opta por passar sus últimos momentos com mais conforto e dignidade, perto de seus entes queridos, e não numa UTI ou enfermaria.[...] Não se trata, também, de *disponibilidade* do direito à vida, mas sim de respeito à terminalidade da vida e da aceitação de que nenhum tratamento curará o doente, mas ao revés, trar-lhe-á dor e sofrimento.” [grifo nosso] (FRISO, 2009, p.147-148)

Outrossim, o direito à vida não estabelece que a pessoa seja obrigada a se submeter a tratamentos inúteis e invasivos quando já não existem mais possibilidades de cura, que ao invés de evitar a morte causam mais sofrimento. Vale ressaltar inclusive que,

o direito do paciente de não se submeter ao tratamento ou interrompê-lo é consequência da garantia constitucional de sua liberdade, autonomia jurídica, inviolabilidade de sua vida privada e intimidade e, principalmente, da dignidade da pessoa, erigida como fundamento no art.1º da Constituição Federal. (JUNGES, 2010, p.280)

A escolha não é entre viver ou morrer, ou seja, não há renúncia, nem violação ao direito à vida, pois não há interferência (antecipação ou adiamento) no processo natural da morte. “A partir do momento em que não há mais perspectivas de cura, deve ser dado ao paciente o direito de morrer com dignidade, pois o processo de morrer faz parte da vida do doente, que tem o direito à vida digna.” (BOMTEMPO, 2011, p.79)

A escolha se dá entre terapêuticas distintas, uma inútil e causadora de sofrimento (distanásia), e outra denominada cuidados paliativos, pois “transitar da vida para a morte não precisa ser algo necessariamente coberto de sofrimentos, principalmente quando estes forem perfeitamente evitáveis.” (ORLANDO, 2005, p.80)

Ao garantir o direito à vida, o Estado quis, implicitamente, garantir a vida com qualidade aos seres humanos. A ampla dimensão do direito à vida não se resume tão somente ao direito de estar vivo – sobreviver –, abrange o direito de viver em um nível que lhe garanta qualidade, prazer, em condições dignas.

A “qualidade de vida infere em bem-estar físico, psicológico, social e econômico.” (BOMTEMPO, 2011, p.79). Segundo a Organização Mundial de Saúde, qualidade de vida<sup>2</sup> é definida como

percepção individual da posição do indivíduo na vida, no contexto de sua cultura e sistema de valores, nos quais ele está inserido, e em relação aos seus objetivos, expectativas, padrões e preocupações. É um conceito de alcance abrangente, afetado de forma complexa por sua saúde física, estado psicológico e nível de independência, por suas relações sociais e relações com as características do seu meio ambiente.

A mensuração da qualidade de vida é subjetiva e individual, assim como deve ser subjetiva a escolha do paciente terminal em decidir qual a melhor forma de passar a

---

<sup>2</sup> Conceito de qualidade de vida extraído do artigo “Qualidade de vida e custos diretos em pacientes blefaroespasmos essenciais e espasmo hemifacial, tratados com toxina botulínica-A”, p.45. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/abo/v67n1/a08v67n1.pdf>. Acesso em 17 abr. 2012

última etapa de sua vida. O direito a essa escolha deve ser protegido pelo ordenamento jurídico pátrio.

Alguns estudiosos sobre o assunto em comento fundamentam a ortotanásia no dispositivo constitucional 5º, inciso III, ‘ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante’, no entanto discordamos desse entendimento.

Este dispositivo, na verdade, guarda precipuamente a integralidade e a inviolabilidade moral e física dos cidadãos. Portanto, tal dispositivo constitucional não pode embasar legalmente a Resolução do CFM, já que a manutenção do tratamento que prolonga a vida – *distanásia* – por si só não significa ‘tratamento degradante ou desumano’, mas sim a ausência de atendimento médico hospitalar adequado e eficiente ao paciente.” [Grifo nosso]. (BELTRAMI FILHO, 2007, p.98)

Não se pode afirmar que é tratamento desumano e degradante quando o paciente opta por manter-se vivo através de aparelhos e medicamentos. Desumano e degradante seria contrariar a vontade do paciente na etapa final de sua vida; contrariar sua decisão de não se opor ao inevitável.

Tentar fundar a proibição da prática da ortotanásia através da inviolabilidade do direito à vida é um despautério, fere de morte a dignidade do paciente terminal. Essa situação traz a baila o questionamento de Beltrami Filho (2007, p.98), “até que ponto a referida Resolução respeita a vida, ou ainda, respeita o direito da pessoa morrer com dignidade? Será mesmo que existe morte digna, ou digna deve ser a vida da pessoa até sua morte?”

O dispositivo constitucional, direito à vida, não pode ser examinado separadamente do princípio da dignidade da pessoa humana. A missão precípua do ordenamento jurídico brasileiro é proteger a vida da pessoa com dignidade.

### **3.2 Princípio da dignidade da pessoa – os direitos fundamentais de viver e morrer dignamente**

O pilar que alicerça o Estado Democrático de Direito no Brasil é a dignidade da pessoa humana, inserida no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal de 1988, *in verbis*: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana.”

Assim, a dignidade da pessoa não foi estabelecida como um direito, mas como um valor, um princípio que norteia todo o ordenamento pátrio, e que se preocupa

em assegurar os valores da dignidade e do bem-estar da pessoa humana, como imperativo de justiça social. [...] O valor da dignidade da pessoa

humana impõe-se como núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional. (PIOVESAN, 2010, p. 27)

Sarlet entende que a busca por este valor é almejado pela humanidade, e que “o respeito e a proteção da dignidade da pessoa (de cada uma e de todas as pessoas) constituem-se (ou, ao menos, assim o deveriam) em meta permanente da humanidade, do Estado e do Direito.” (2009, p.29)

A dignidade não é criação do Direito, preexiste a este. O reconhecimento e proteção deste valor pelo ordenamento jurídico é que lhe confere sentido, legitimidade e concordância prática à estrutura de direitos fundamentais, ensina o autor supracitado, que

É justamente para efeitos da indispensável hierarquização que se faz presente no processo hermenêutico, que a dignidade da pessoa humana (ombreado em importância talvez apenas com a vida – e mesmo esta há de ser vivida com dignidade) tem sido reiteradamente considerada por muitos como *princípio (e valor)* de maior hierarquia da nossa e de todas as ordens jurídicas que a reconheceram. (SARLET, 2009, p.91)

Portanto, embora o ordenamento jurídico pátrio tenha prescrito o direito à vida como direito fundamental, na verdade buscou garantir que seus efeitos fossem o mais amplos possíveis, pois “na realidade, a identificação dos *efeitos* que cada dispositivo pretende produzir poderá depender não apenas do exame da proposição jurídica isoladamente, mas também de um subsistema do ordenamento ou até mesmo do ordenamento como um todo.” [grifo original]. (BARCELLOS, 2008, p.41)

Não haveria razão de garantir a vida se esta não for contemplada de maneira digna, posto que, mais do que garantir o direito de estar vivo, a Constituição Federal quis garantir uma vida digna a todo ser humano.

Certo é que, a existência do ser humano tem que ser digna, mas surge a indagação: o que é uma vida digna? Ou na contramão, o que seria uma vida não digna?

Não há uma resposta única para o conceito de dignidade da pessoa. Na condição de conceito jurídico-normativo possui contorno vago e aberto que exige uma constante concretização e delimitação pela prática constitucional, através dos órgãos estatais. Se trata de qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano, elemento que o qualifica como tal e que dele não pode ser destacado, é um valor próprio na natureza do ser humano, tornando-se insuficiente a garantia da existência/vida do ser humano, sendo imprescindível a efetivação de vida *digna*. (SARLET, 2009).

Diante dessas certezas Friso (2009, p.145) levanta o questionamento “é certo que a existência humana deve ser digna, mas a morte da pessoa também não deveria ser? Não deveríamos garantir ao ser humano o direito de ‘morrer bem’?”

O ordenamento pátrio não reconhece explicitamente esse direito, mas o declara implicitamente como direito fundamental.

### **3.3 Direito de morrer dignamente - Direito fundamental implícito na Constituição Federal de 1988**

Sarlet (2009) discorre sobre a abertura material do catálogo constitucional dos direitos fundamentais, lembrando-nos de que

A Constituição de 1988, na esteira da evolução constitucional pátria desde a proclamação da República e amparada no espírito da IX emenda da Constituição norte-americana, consagrou a ideia da abertura material do catálogo constitucional dos direitos e garantias fundamentais. (SARLET, 2009 p.108)

O Art. 5º, §2º da Constituição Federal consagra que o elenco de Direitos Fundamentais do Título II da Constituição não é fechado, nem taxativo ou exaustivo, ao afirmar que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição *não excluem outros* decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” [grifo nosso].

Trata-se de uma abertura material do catálogo de direitos fundamentais, que permite que estes possam ser encontrados fora do Título II, ou até mesmo implicitamente. A omissão de um dispositivo formalmente contido no texto constitucional não representa a impossibilidade do reconhecimento de ser um direito fundamental, justamente porque o rol dos direitos fundamentais não é exaustivo.

Sarlet (2009) sustenta uma classificação dos direitos fundamentais em dois grandes grupos de direitos, que parte do critério dessa abertura material, resultante do §2º do art. 5º da Constituição: 1) Direitos expressamente positivados; 2) Direitos implicitamente positivados.

O primeiro grupo subdivide-se em: 1.1) Direito positivados no Título II da Constituição; 1.2) Direitos positivados na Constituição, mas fora do Título II; 1.3) Direitos positivados nos tratados internacionais. No segundo grupo, que trata dos direitos não escritos, se reconhece 2 categorias:

A primeira constitui-se dos direitos fundamentais implícitos, no sentido de posições fundamentais subentendidas nas normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, ao passo que a segunda categoria corresponde aos direitos fundamentais que a própria norma contida no art. 5º, § 2º, da CF denomina de direitos decorrentes do regime e dos princípios. (SARLET, 2011, p.87)

Os direitos implícitos<sup>3</sup> são direitos fundamentais que estão subentendidos na Constituição Federal, não tratando-se de novos direitos, trata-se de direitos já existentes que estão implícitos nos direitos fundamentais expressos. Estes reconhecem, ainda que não expressamente, o direito fundamental implícito neles subentendidos.

Atenta-se para o fato de que, o reconhecimento dos direitos implícitos pode ser abrangida pelo §2º do art. 5º da CF, mas dela não depende.

Os direitos fundamentais implícitos tem, isto sim, sua existência indiretamente reconhecida pelo citado preceito constitucional. Assim sendo, tenho pra mim que a dedução de direitos implícitos, é algo inerente ao sistema, existindo, ou não, norma permissiva expressa nesse sentido. (SARLET, 2011, p.92)

Conclui-se que, o direito de morrer dignamente deve ser consagrado como direito fundamental implícito, pois seu conteúdo e significado é extraído do direito fundamental expressamente positivado no Título II da Constituição: Direito à vida – posto que esta (a vida) compreende as etapas: nascer, crescer, reproduzir *e morrer* – que possui efetiva ligação com o princípio da dignidade humana, a ponto de merecer esse *status*, tanto em sentido material quanto formal.

Assim, o direito fundamental a uma morte digna “não equivale à criação propriamente dita de um novo direito, mas, sim, à definição (ou redefinição) do campo de incidência de um direito fundamental já consagrado na Constituição, ampliando seu âmbito de proteção.” (SARLET, 2011, p.139). No caso trata-se de redefinição do campo de incidência do direito à vida, portanto, a escolha do paciente terminal pela ortotanásia

---

<sup>3</sup> Nota exemplificativa de direitos implícitos. Ex<sup>1</sup>.: Não há nada na Constituição que expressamente assegure o sigilo bancário e fiscal, mas diz-se que está implícito no direito de intimidade da vida privada ou também na proteção dos dados. Os dados fiscais e bancários integram a nossa esfera da vida privada. Ex<sup>2</sup>.: Liberdade contratual. Não há a liberdade contratual positivada como tal, mas é evidente que a liberdade contratual está implícita no direito geral de liberdade. Ela faz parte do âmbito das nossas liberdades gerais. Exemplos extraídos do site:

representa a busca por realizar um direito fundamental do ser humano já garantido constitucionalmente.

Sabe-se que “a vida é direito irrenunciável e deve ser vivida até seu inevitável final. Mas teria o ser humano o dever de estendê-la o maior tempo possível, a qualquer custo, ainda que sua dignidade seja sacrificada?” (FRISO, 2009, p.141)

Entende-se que não. Neste contexto é importante ressaltar que há uma tênue diferença entre o direito à morte digna com o direito de decidir sobre a morte. “A oposição encontra-se entre o poder de tirar a vida, quando existe a possibilidade de viver, e o de prolongar a agonia, com sofrimento e dor, quando já não existe essa possibilidade.” (JUNGES, 2010, p.277)

Morrer dignamente relaciona-se com a vontade de ter uma morte no tempo certo, naturalmente, sem prolongamentos e sofrimentos inúteis, pois sabe-se que esta morte é invencível. Enquanto o direito de morrer refere-se à eutanásia ou ao auxílio a suicídio, que são intervenções que provocam a morte antecipadamente, o que não é permitido no ordenamento pátrio.

Junges explica que “a morte digna enfatiza o respeito à dignidade do enfermo, não o mantendo artificialmente conectado a aparelhos, entubado com respiração assistida e com manutenção artificial de dados vitais, sem qualquer possibilidade de cura.” (2010, p.280). Desde que seja realizada a vontade do paciente (ou na impossibilidade desta, de sua família) está se respeitando sua dignidade, pois para alguns pacientes terminais pode ser digno permanecer nesta situação.

Para Dworkin (2003, p.307) negar o direito de escolha do paciente terminal é mais do que desrespeitar sua dignidade, é “levar alguém a morrer de uma maneira que os outros aprovam, mas que para ele representa uma terrível contradição de sua própria vida é uma devastadora e odiosa forma de tirania.”

A existência do ser humano, seja em momento de saúde ou de doença, deve ser cingida pelo respeito e pela dignidade.

Lutar cega e obstinadamente, para manter um paciente ‘vivo’, muitas vezes é condená-lo (e também aos seus familiares e amigos) a uma existência miserável e muito aquém da dignidade a que todo ser humano tem direito. Não deveríamos aspirar à vida sob qualquer preço, mas sim à vida com qualidade. (ORLANDO, 2005, P.80)

Orlando (2005) ainda explica que não se trata de prolongar uma vida com reais possibilidades de cura para que se viva dignamente, trata-se de aprisionar, em razão da tecnologia, corpos que já nem pertencem à dimensão dos vivos.

O homem é um ser mortal e seu fim inevitável é a morte, que faz parte da sua condição humana. É preciso aceitar com mais naturalidade esse fenômeno.

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)

Respeita-se a dignidade do ser humano quando se permite que a vida termine no seu devido tempo, pois

não se pode, indefinidamente, evitar o óbito, por ser um mal que fatalmente ocorrerá, havendo moléstia invencível. É preciso dar ênfase ao *paradigma de cuidar e não curar, procurando aliviar o sofrimento*. Não há como evitar a morte; ela sempre existiu e existirá; a vulnerabilidade humana torna-a inevitável, por maior que seja o avanço da tecnologia médica. [...] O ser humano pode ser curado de uma doença que cause morte, mas não de sua imortalidade. (DINIZ, 2006, p.409). [grifo nosso] .

No entanto, muitas vezes, ocorre que, no afã de encontrar a cura de doenças a qualquer custo, alguns médicos enfrentam à morte, resultando em uma luta desmesurada pela manutenção da vida, mesmo desrespeitando a dignidade e a vontade do doente e de seus familiares.

Esse é o perfil de uma era médica paternalista, que deve ser substituída pela prática humanista da medicina, conforme decisão judicial analisada.

A resolução guerreada é, pois, uma manifestação dessa nova geração da ética nas ciências médicas, que quebra antigos tabus e decide enfrentar outros problemas realisticamente, com foco na dignidade humana. [...] A medicina deixa, por conseguinte, uma era paternalista, super protetora, que canalizava sua atenção apenas para a doença e não para o doente, numa verdadeira obsessão pela cura a qualquer custo, e passa a uma fase de preocupação maior com o bem estar do ser humano. (Trechos da sentença do processo Nº2007.34.00.014809-3).

Esta nova era médica, lança seu olhar para o paciente, o ser humano, fazendo-o sentir-se como pessoa, e não objeto de estudos médicos ou cobaia de tratamentos inúteis, que não trazem a possibilidade de cura, devido os limites da ciência.

Neste diapasão foi editada a Resolução do Conselho Federal de Medicina, que não determina a ortotanásia, mas trata do exercício ético da Medicina e orienta aos profissionais sobre a prescrição de cuidados paliativos, oferecendo a construção de um novo paradigma de cuidar do paciente, e não de lutar, obstinadamente, contra a doença e a morte (medicina paternalista).

Ao paciente terminal, a escolha pela ortotanásia significa a possibilidade de efetivação do seu direito fundamental implícito de morrer dignamente, no conforto de sua casa, sem dor nem sofrimento, no momento certo e rodeado por pessoas queridas.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Existe uma confusão de conceitos que envolve a terminalidade da vida (ortotanásia, eutanásia e distanásia), em que comumente, misturam-se situações bastante distintas na perspectiva legal, moral e ética. A ortotanásia é considerada como uma “morte correta”, do grego *orto* significa correto, direito, e *thanatos* significa morte. É a morte natural e no tempo certo, sem o prolongamento artificial deste momento através de intervenções da biotecnologia.

A partir dos avanços da medicina que evoluiu a passos largos em busca de cura de doenças que afligem os homens, surgiram alguns questionamentos acerca do direito de viver e morrer dignamente, pois não existe ainda cura para todos as doenças que atingem os homens.

O ordenamento brasileiro ainda não possui legislação específica que regulamente a prática da ortotanásia em final de vida. Porém, isto não significa que a Constituição Federal de 1988 não possa ser interpretada, a partir de seus dispositivos legais e princípios, de forma eticamente adequada, a fim de permitir tal prática.

Nesse contexto, o Ministério Público Federal, em 2007, propôs Ação Civil Pública, com pedido de antecipação de tutela, em face do Conselho Federal de Medicina, requerendo a nulidade da Resolução 1.805/2006, que trata da ética médica diante da prática da ortotanásia em pacientes terminais, desde que com o consentimento deste, ou de seu representante legal. O Ministério Público Federal questionou que o Conselho Federal de Medicina não tem competência para regulamentar sobre o direito à vida, sendo este direito fundamental e indisponível.

Em relação ao direito à vida, direito fundamental de primeira geração que, como tal, possui inegáveis características de inviolabilidade e indisponibilidade, logo, não se cogita a possibilidade de o homem dispor de sua vida e decidir qual momento de sua morte.

No entanto, a prática da ortotanásia não viola a indisponibilidade da vida, mas representa o atendimento do direito do paciente terminal definir a respeito do modo como será o fim de sua vida, pois para aqueles a sensação é que a vida já chegou ao fim. Não há renúncia à vida, pois eles não buscam antecipação da morte, e sim há a aceitação/vontade de que esta ocorra no momento correto (ortotanásia).

A prática da ortotanásia, além de respeitar o direito à vida e sua inviolabilidade, concretiza o direito fundamental implícito de morrer dignamente, pois, diante da abertura material do catálogo dos direitos fundamentais, sedimentado (in)diretamente no art. 5º, §2º da Constituição Federal, entende-se que o elenco de direitos fundamentais do Título II da Constituição não é taxativo e não excluem outros direitos.

Portanto, os direitos fundamentais podem ser encontrados expressamente fora do Título II, e podem ser reconhecidos até mesmo quando não escritos. É o que acontece com os direitos fundamentais implícitos, que, segundo a classificação de Sarlet (2011), são direitos subentendidos na Constituição Federal, não tratando-se de criação de direito, e sim de direitos já existentes que estão implícitos nos direitos fundamentais positivados expressamente.

Assim, o direito a uma morte digna deve ser reconhecido como direito fundamental implícito no Brasil, subentendido no conteúdo do direito fundamental à vida – posto que esta compreende o ciclo: nascer, crescer, reproduzir e morrer – que se vincula diretamente com o princípio da dignidade humana.

## **REFERÊNCIAS**

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. 2ªed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BELTRAMI FILHO, Ernesto. Ortotanásia: Direito ou Crime? **Revista Hospitais Brasil**, São Paulo, v.5, n.23, p.98, jan/fev. 2007.

BOMTEMPO, Tiago Vieira. A ortotanásia e o direito de morrer com dignidade: uma análise constitucional. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo. v.13, n.68, out/nov. 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998.

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

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

FRISO, Gisele de Lourdes. A Ortotanásia: uma análise a respeito do direito de morrer com dignidade. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v.885, p.130-153, jul. 2009.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. A morte, o morrer, a doação de órgãos e a dignidade da pessoa humana. In: CORRÊA, Elídia Aparecida de Andrade; GIACOIA, Gilberto;

CONRADO, Marcelo (orgs). **Biodireito e dignidade da pessoa humana: Diálogo entre a Ciência e o Direito**. Curitiba: Juruá, 2009.

JUNGES, José Roque et al. Reflexões legais e éticas sobre o final da vida: uma discussão sobre a ortotanásia. **Revista Bioética**. São Paulo. v.18, n.2. 2010.

LOPES, Ana Maria D'ávila. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabbris, 2001.

ORLANDO, José Maria da Costa. A eterna luta entre a vida e a morte: Descriminalização da ortotanásia. **Revista Hospitais Brasil**, São Paulo, v.3, n.14, p. 80, jul/ago. 2005.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11ªed. São Paulo: Max Limonad, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7ªed.rev.atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_; **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SZTAJN, Rachel. Terminalidade da vida: a ortotanásia e a constitucionalidade da Res.CFM 1.805/2006. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo. Ano 17, n.66, jan/mar. 2009.

#### **SITES:**

[http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias/noticias-do-site/copy\\_of\\_pdfs/ACP%20Ortotanasia.pdf/view?searchterm=resolu%C3%A7%C3%A3o%201.805](http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_pdfs/ACP%20Ortotanasia.pdf/view?searchterm=resolu%C3%A7%C3%A3o%201.805)

[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2007/111\\_2007.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2007/111_2007.htm)

[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2009/1931\\_2009.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2009/1931_2009.htm)

[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)

[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/pacto\\_dir\\_politicos.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_politicos.htm)

[http://www.jfdf.jus.br/destaques/14%20VARA\\_01%2012%202010.pdf](http://www.jfdf.jus.br/destaques/14%20VARA_01%2012%202010.pdf)