UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA

BRUNA DE MENEZES

ORTOTANÁSIA: RESPEITO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA OU OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA

Tubarão

2011

BRUNA DE MENEZES

ORTOTANÁSIA: RESPEITO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA OU OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel.

Linha de pesquisa: Justiça e Sociedade.

Tubarão

2011

BRUNA DE MENEZES

ORTOTANÁSIA: RESPEITO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA OU OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA

Esta monografia foi julgada adequada à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovada em sua forma final pelo Curso de Graduação em Direito na Universidade do Sul de Santa Catarina.

Tubarão, 17 de julho de 2011.

_____

Prof. Vilson Leonel, Esp.

Universidade do Sul de Santa Catarina

_____

Prof. Lester Camargo, Msc.

Universidade do Sul de Santa Catarina

_____

Profª. Sandra Luíza Nunes Ângelo Mendonça Fileti, Esp.

Universidade do Sul de Santa Catarina

A minha mãe, Rosa Regina, pelo amor, carinho, paciência e incentivo, inclusive financeiro, sempre presentes nos longos cinco anos e meio de graduação.

Ao meu irmão, Jorge Henrique, pelo companheirismo em meus vinte e três anos de vida.

Ao meu pai, Milton Esmeraldino Menezes (*in memoriam*), pelo tempo que esteve ao meu lado, guardo ótimas lembranças que deixam muita saudade.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, que em sua grande e maravilhosa graça me concedeu vida e oportunidades, que hoje me permitem encerrar este curso. Pelas orações ouvidas e atendidas, no seu tempo.

Agradeço a todos os meus familiares, meus avós, meus tios, minhas tias, meus primos e primas que, com certeza, de alguma forma especial, contribuíram para a concretização deste objetivo, hoje alcançado.

Agradeço a minha tia, Rosangela Menezes, pelo carinho e atenção com que, quase que semanalmente, me esperava em sua casa, na cidade de Tubarão, com o jantar pronto, a cama preparada e um pijama cheirosinho, para que eu pudesse descansar e enfrentar, no outro dia, as aulas de estágio obrigatório do curso.

Agradeço a todos os integrantes do Ministério Público da comarca de Laguna, Santa Catarina, especialmente à Promotora de Justiça, Elizabete Mason Machado, pela oportunidade de estágio e pelo conhecimento jurídico compartilhado. Também, às assistentes de promotoria, Evelyn Santos Custódio e Mônica Firmino, pelo apoio e grande incentivo nos momentos de desânimo, pelo conhecimento jurídico que obtive durante as tardes que passamos juntas e, claro, pelas risadas descontraídas.

Por fim, agradeço a todos os meus amigos, pelo apoio incondicional e pela amizade verdadeira, também àqueles que contribuíram de forma indireta para a realização deste trabalho.

“Que homem há que viva e não veja a morte? [...].” (SALMOS 89:48)

RESUMO

O presente trabalho monográfico versa sobre ortotanásia. Teve por objetivo principal estudar o instituto da ortotanásia, analisando a compatibilidade da sua utilização com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, bem como os direitos de personalidade do indivíduo, especialmente o direito de ter uma morte digna. Nesse contexto, objetivou-se ainda, explicar e analisar as possíveis consequências advindas da eventual permissão da ortotanásia frente à garantia constitucional do direito à vida. Para tal propósito, o método de abordagem utilizado foi o dedutivo, com método de procedimento monográfico, utilizando-se de livros jurídicos, artigos científicos expostos na internet e jurisprudências. Viu-se, então, que a ortotanásia no Brasil foi recentemente regulamentada pelo Código de Ética Medico. Observou-se ainda, conforme os resultados da pesquisa bibliográfica, que o referido procedimento é referendado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, pois é direito do indivíduo ter dignidade no processo morte. De outro norte, concluiu-se que a ortotanásia não fere a garantia constitucional do direito à vida, pois a sua essência é fundamentada no princípio da dignidade da pessoa humana e na autonomia da vontade do doente terminal. Nesse prisma, intitular a ortotanásia como uma prática criminosa é retirar do doente terminal o direito de ter dignidade no findar de sua vida.

Palavras-chave: Ortotanásia. Princípios constitucionais. Dignidade da pessoa humana. Morte digna. Direito à vida. Colisão de direitos.

ABSTRACT

This monograph deals orthotanasia. Main objective was to study the Institute of orthotanasia, analyzing the compatibility of use with the constitutional principle of human dignity and the rights of the individual's personality, especially the right to a dignified death. This experiment aimed to further explain and analyze the possible consequences resulting from any permission from orthotanasia front of the constitutional guarantee of right to life. For this purpose, the method of deductive approach was used, with monographic method of procedure, using the legal books, papers and case law through the internet. It was seen then that orthotanasia in Brazil was recently regulated by the Code of Medical Ethics. There was also, according to results of the research literature, that the procedure is sanctioned by the principle of human dignity, because it is the individual's right to have dignity in death process. Another north, it was concluded that orthotanasia not hurt the constitutional guarantee of right to life, because its essence is founded on the principle of human dignity and autonomy of the will of the terminally ill. In this light, titling orthotanasia as a criminal practice is to remove the terminally ill the right to have dignity in the ending of his life.

Key words: Orthotanasia. Constitutional principles. Human dignity. Dignified death. Right to life. Collision of rights.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....10
1.1 DELIMITAÇÃO DO TEMA E FORMULAÇÃO DO PROBLEMA.....10
1.2 JUSTIFICATIVA.....12
1.3 OBJETIVOS.....13
1.3.1Geral.....13
1.3.2 Específicos.....13
1.4 PROCEDIMENTOS METOLÓGICOS 14
1.4.1 Método.....14
1.4.2 Tipo de pesquisa 15
1.5 DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO: ESTRUTURAÇÃO DOS CAPÍTULOS.....16
2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA 17
2.1 CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....17
2.1.1 Conceito.....17
2.1.2 Supremacia da Constituição Federal.....21
2.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....23
2.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana 25
2.3 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS 27
2.3.1 Garantia constitucional do direito à vida 29
3 ORTOTANÁSIA.....32
3.1 CONCEITO 32
3.2 LEGISLAÇÃO SOBRE A ORTOTANÁSIA 36
3.2.1 Legislação em vigor.....36
3.2.1.1 Lei Estadual nº 10.241/99 37
3.2.1.2 Resolução 1.805/06 do Conselho Federal de Medicina.....39
3.2.1.3 Resolução nº 1.931/2009 do Conselho Federal de Medicina 43
3.**3** LEGISLAÇÃO PROJETADA 44
4 ORTOTANÁSIA: RESPEITO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA OU OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA.**47**
4.1 OS DIFERENTES ENTENDIMENTOS DOUTRINÁRIOS SOBRE A

ORTOTANÁSIA..... 47
4.1.1 Ofensa à vida.....47
4.1.2 A imputação de homicídio privilegiado ao médico pela prática da ortotanásia.....48
4.1.3 Direito à morte digna 50
4.2 O CONFLITO ENTRE OS DIREITOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO À VIDA.....53
4.3 CONFLITO ENTRE DIREITOS CONSTITUCIONAIS E CRITÉRIOS PARA A SOLUÇÃO DESTES CONFLITOS NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO . 56
4.4 ORTOTANÁSIA: RESPEITO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA OU OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA..60
5 CONCLUSÃO.....63
REFERÊNCIAS 67

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objeto de estudo o instituto da ortotanásia, conceito, legislação em vigor e projetada e, ainda, suas implicações jurídicas. Especificadamente a análise da compatibilidade da utilização deste instituto com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, bem como os direitos da personalidade do indivíduo, inclusive o direito de ter uma morte digna, em contra partida, a garantia constitucional do direito à vida.

1.1 DELIMITAÇÃO DO TEMA E FORMULAÇÃO DO PROBLEMA

O tema tratado no presente trabalho monográfico é o seguinte: Ortotanásia: respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana ou ofensa à garantia constitucional do direito à vida.

O tema proposto retrata a grande discussão sobre o ato médico de suspender os procedimentos terapêuticos do paciente que se encontra com o processo morte iniciado, a pedido do próprio doente terminal ou de seus familiares.

O ato supracitado é denominado ortotanásia, pelo Código de Ética Médica, instituído pela Resolução CFM nº 1.931/2009, de 13 de abril de 2010.

Alguns doutrinadores jurídicos apontam a prática da ortotanásia como tipificadora do ilícito de homicídio privilegiado, previsto no artigo 121, § 1º, do Código Penal.[1]

---

[1] "Art. 121. Matar alguém: [...] § 1º 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, ou juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço". Cf. BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 21 maio 2011.

De outro norte, em que pese o Código de Ética Médica dispor a prática da ortotanásia no parágrafo único, do artigo 41[2], o mesmo Código no artigo 14[3], proíbe que o médico, no exercício da profissão, pratique atos contrários à lei brasileira.

Assim, o Código de Ética Médica na visão de muitos doutrinadores é contraditório, haja vista que a ortotanásia, a princípio, é proibida pela lei penal brasileira.

Não se desconhece a existência do projeto de lei registrado no Senado sob o nº 116/2000, para exclusão da tipicidade jurídica da ortotanásia, atualmente em trâmite.

Contudo, o referido projeto está pendente de aprovação.

Sobremais, a ortotanásia é apontada como uma afronta ao direito fundamental à vida, prevista na Carta Magna de 1988, como garantia constitucional.

De outro norte, há aqueles, porém, que afirmam que a ortotanásia garante ao doente uma morte digna, sendo um procedimento legal, pois é respaldada nos princípios da dignidade da pessoa humana, autonomia da vontade e liberdade.

Neste diapasão, surge a discussão acerca da legalidade da ortotanásia, uma prática legal, com base no princípio da dignidade da pessoa humana ou uma afronta ao direito à vida, tipificada como conduta criminal.

Nesse passo, diante da divergência de opiniões sobre a legalidade da ortotanásia, necessário a produção do presente estudo científico, para que seja avaliado qual fundamento doutrinário deve sopesar no tema em lição.

Ante o exposto, o presente trabalho monográfico foi desenvolvido, especialmente, a partir da problemática a seguir apontada:

A ortotanásia prevista no Código de Ética é amparada pelo princípio da dignidade da pessoa humana ou fere o direito à vida, ambos previstos na lei maior?

---

[2] "Art. 41. Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal. Parágrafo único. 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." Cf. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 1931, de 17 de setembro 2009. **Código de ética médica.** Disponível em: <http://www.cremers.org.br/pdf/codigodeetica/codigo_etica.pdf>. Acesso em: 27 maio 2011.

[3] "Art. 14. Praticar ou indicar atos médicos desnecessários ou proibidos pela legislação vigente no País." Cf. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, loc. cit.

E ainda, das questões secundárias, a seguir:

Considerando que os princípios constitucionais não possuem hierarquia entre si, havendo conflito entre estes, quais critérios serão aplicados pelo jurista para a escolha do direito constitucional aplicável no caso em estudo?

E por fim, questiona-se: é possível declarar a inconstitucionalidade da ortotanásia sem ferir o direito do paciente em ter uma morte digna, com base no princípio da dignidade da pessoa humana?

1.2 JUSTIFICATIVA

A morte é, sem dúvida alguma, um dos grandes temores da humanidade. Goldim disserta que:

> [...] a morte, ao longo de toda a história humana, foi um dos mais importantes temas de reflexão. Questões envolvendo o temor à morte, a busca da imortalidade, o suicídio e a eutanásia foram temas abordados por inúmeros autores da Medicina e da Filosofia.[4]

Observa-se, portanto, que a antítese vida e morte é presente no cotidiano humano, todos os dias nos deparamos com nascimentos e falecimentos.

Para definir um tema para a realização da monografia, procurou-se a escolha de um tema polêmico, atual e com entendimentos divergentes na doutrina.

Verificou-se que a ortotanásia está dentre as questões atualmente discutidas pelos profissionais do direito sobre a ortotanásia. Os estudos vistos sobre o tema são, em sua maioria, artigos científicos que versam sobre a ausência de disciplina jurídica para a ortotanásia, apontada como um direito à morte digna.

Nesta esteira, o estudo de um tema que envolve situações críticas, como a morte e o sofrimento humano, despertou o interesse na elaboração da pesquisa científica, na busca de esclarecimentos para o conflito apontado pelos estudiosos,

---

[4] GOLDIM, José Roberto. O direito de morrer: bioética, morte e morrer. **Consulex**, Brasília, DF, ano 14, n. 322, p. 28, 15 jul. 2010.

ou seja, se o instituto da ortotanásia confere ao doente terminal uma morte digna ou se fere o direito à vida.

Desta forma, após leitura destes artigos, optou-se pelo tema, pois surgiu o questionamento sobre a legalidade da prática da ortotanásia no Brasil.

1.3 OBJETIVOS

1.3.1 Geral

Analisar a possibilidade de o médico praticar a ortotanásia, com base no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade e suas consequências jurídicas, especialmente, a eventual imputação da prática de homicídio privilegiado.

1.3.2 Específicos

Investigar a prática da ortotanásia no Brasil e no mundo e analisar as principais características e efeitos jurídicos deste procedimento médico.

Analisar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e os direitos de personalidade do indivíduo, previstos na Constituição Federal, enfatizando sua relação direta com a manifestação de vontade dos doentes terminais em ter uma morte digna.

Investigar se a ortotanásia, vista como direito à morte digna, infere-se dentre os direitos da dignidade da pessoa humana.

Identificar os posicionamentos dos doutrinadores jurídicos do nosso país acerca do tema, por meio da análise de artigos, livros, textos e opiniões publicadas.

1.4 PROCEDIMENTOS METOLÓGICOS

Para o bom desempenho de um estudo científico, faz-se necessário que o pesquisador realize um planejamento prévio e adequado de sua pesquisa, assim, passa-se a apresentação da metodologia utilizada na presente pesquisa.

O delineamento, segundo Gil "refere-se ao planejamento da pesquisa em sua dimensão mais ampla, envolvendo tanto a sua diagramação quanto a previsão de análise e interpretação de dados."[5]

Sendo assim, apresenta-se os métodos e tipo de pesquisas que serão utilizados na monografia.

1.4.1 Método

Método é a trajetória traçada pelo autor com o objetivo de encontrar as respostas para a problemática da sua pesquisa.

Leonel e Motta citam que "a palavra método vem do grego *methodos* e é composta de *metá* (através de, por meio de) e de *hodós* (via, caminho)."[6]

Pasold, por sua vez, complementa afirmando que "método é a forma lógico-comportamental na qual se baseia o pesquisador para investigar, tratar os dados colhidos e relatar os resultados."[7]

Os métodos de pesquisa, segundo Marconi, são dois: o de abordagem, que "caracteriza-se por uma abordagem mais ampla, em nível de abstração mais elevado, dos fenômenos da natureza e/ou da sociedade"[8] e o método de procedimento, que tem seu uso mais restrito na área do Direito, "são menos abrangentes e menos abstratos do que os métodos de abordagem."[9]

---

[5] GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 64.
[6] LEONEL, Vilson; MOTTA, Alexandre de Medeiros. **Ciência e pesquisa**: livro didático. 2. ed. rev., atual. Palhoça: Unisul Virtual, 2007. p. 64.
[7] PASOLD, César Luiz. **Prática da pesquisa jurídica:** idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito. 7. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2002. p. 104.
[8] MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia científica:** para o curso de direito. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 47.
[9] Ibid., p. 48.

Nesse passo, método é procedimento utilizado pelo pesquisador para chegar ao fim desejado, ou seja, investigar a resposta do problema.

O método de abordagem utilizado no trabalho é o dedutivo.

Para Leonel e Motta, o método dedutivo "parte de uma proposição universal ou geral para atingir uma conclusão específica ou particular."[10]

No método de procedimento, foi utilizado o monográfico.

Para Lakatos e Marconi, o procedimento monográfico é:

> [...] um estudo sobre um tema específico ou particular de suficiente valor representativo e que obedece a rigorosa metodologia. Investiga determinado assunto não só em profundidade, mas em todos os seus ângulos e aspectos, dependendo dos fins a que se destina.[11]

Em suma, o método de abordagem utilizado foi o dedutivo e o método de procedimento foi o monográfico.

1.4.2 Tipo de pesquisa

Na elaboração da monografia foi utilizado o tipo de pesquisa bibliográfica.

O tipo de pesquisa bibliográfica, segundo Rauen "[...] consiste na busca de informações bibliográficas relevantes para a tomada de decisão em todas as fases da pesquisa."[12]

Conclui-se, portanto, que a pesquisa bibliográfica envolve todo e qualquer tipo de bibliografia publicada sobre tema em estudo, como livros, periódicos, monografias, teses, dissertações em meio físico, impresso ou eletrônico.

Na elaboração da presente pesquisa, fez-se uso da técnica da pesquisa bibliográfica, com o uso de artigos e livros sobre a ortotanásia previamente escolhidos, com o propósito de sintetizar as peculiaridades do tema, apontando o posicionamento dos doutrinadores e comparando estes posicionamentos com a legislação em vigor, mantendo-se a fidelidade dos dados.

---

[10] LEONEL, 2007, p.66.
[11] Ibid., p. 66.
[12] RAUEN, Fábio José. **Roteiros de investigação científica.** Tubarão: Unisul, 2002. p. 65.

A pesquisa bibliográfica orientou-se pela leitura, revisão, análise e interpretação das fontes supracitadas, para posterior redação da dissertação.

1.5 DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO: ESTRUTURAÇÃO DOS CAPÍTULOS

A presente monografia está dividida em três capítulos.

No primeiro capítulo será discorrido sobre a Constituição Federal, sua importância, supremacia, direitos e princípios fundamentais, especialmente, o princípio da dignidade da pessoa humana e a garantia constitucional do direito à vida.

No segundo capítulo, será estudado, de maneira geral, o instituto da ortotanásia, seu conceito, legislação em vigor e projetada, e ainda, suas implicações jurídicas.

Por fim, no terceiro capítulo, procedeu-se a análise da legalidade do instituto.

2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA

Diante da importante função dos princípios constitucionais no ordenamento jurídico brasileiro, apresenta-se neste capítulo um estudo, sucinto, sobre a Constituição Federal, num primeiro momento será apresentado o conceito e a supremacia da Constituição Federal. Logo após, a função dos princípios nela inseridos, especialmente, o princípio da dignidade da pessoa humana. Por fim, será apresentado os direitos fundamentais, dentre eles, a garantia do direito à vida.

2.1 CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição Federal é o alicerce de todo o ordenamento jurídico, é a Lei das Leis, a nossa Lei Maior, onde todas as outras leis devem fundamentar-se.

Neste pensar, para analisar se a prática da ortotanásia está em consonância ou não com a Carta Magna, faz-se necessário estudar alguns de seus aspectos, como seu conceito jurídico e sua supremacia perante as demais leis vigentes no país.

2.1.1 Conceito

Ferreira afirma que a Constituição Federal é a “lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas respeitantes à formação dos poderes públicos, forma de governo, distribuição de competências, direitos e deveres dos cidadãos, etc.”[1]

A Constituição apresenta diferentes significados, o que varia de acordo com a forma como é analisada.

---

[1] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio**. Disponível em: <http://trendnt.prsc.mpf.gov.br/aurelio/>. Acesso em: 25 mar. 2011.

Bastos afirma que:

> Tentar oferecer um conceito de Constituição não é das tarefas mais fáceis de serem cumpridas, em razão de este termo ser equívoco, é dizer, prestar-se a mais de um sentido. Isto significa dizer que há diversos ângulos pelos quais a Constituição pode ser encarada, conforme seja a postura em que se coloque o sujeito, o objeto ganha outra dimensão. [...] Não se pode dar um conceito único, pois ela varia conforme a ótica a partir da qual se vai visualizá-la.[2]

Neste trabalho, abordar-se tão-somente o conceito jurídico de Constituição, dentre os quais, destaca-se o conceito material, o formal e o substancial.

Barroso ensina que a conceituação da Constituição será:

> a) do ponto de vista *político*, como o conjunto de decisões do poder constituinte ao criar ou reconstruir o Estado, instituindo os órgãos de poder e disciplinando as relações que manterão entre si e com a sociedade;
> b) do ponto de vista jurídico, é preciso distinguir duas dimensões:
> (i) em sentido *material*, *i.e.*, quanto ao conteúdo de suas normas, a Constituição organiza o exercício do poder político, define os direitos fundamentais, consagra valores e indica fins públicos a serem realizados;
> (ii) em sentido *formal*, *i.e.*, quanto à sua posição no sistema, a Constituição é a norma fundamental e superior, que regula o modo de produção das demais normas do ordenamento jurídico e limita seu conteúdo.[3] (grifo do autor).

A Constituição em sentido material caracteriza-se pelos fatores referentes à estrutura do Estado, para a configuração de determinada sociedade.

Teixeira citado por Tavares qualifica o sobredito conceito como "concepção sociológica de Constituição: a Constituição como 'fato social'."[4]

No pensar de Tavares, "sob o aspecto material, a Constituição será o conjunto juridicizado de forças sociais, políticas, econômicas, religiosas e ideológicas que configuram determinada sociedade."[5]

Na visão de Carrillo citado por Bastos:

> Podemos dizer que Constituição material é o conjunto de forças políticas, econômicas, ideológicas etc., que conforma a realidade social de um determinado Estado, configurando a sua particular maneira de ser. Embora mantenha relações com o ordenamento jurídico a ela aplicável, esta

---

[2] BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 57.
[3] BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 74.
[4] TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional.** 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 62.
[5] TAVARES, loc. cit.

> realidade com ele não se confunde. Ela é do universo do *ser*, e não do *dever ser*, do qual o direito faz parte. Ela se desvenda através de ciências próprias, tais como a sociologia, a economia, a política, que formulam regras ou princípios acerca do que existe, e não acerca do que deve existir como se dá com o direito.[6]

Bonavides diferencia as acepções em material e formal, veja-se:

> Do ponto de vista material, a Constituição é o conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais.
> [...] Debaixo desse aspecto, não há Estado sem Constituição, Estado que não seja constitucional, visto que toda sociedade politicamente organizada contém uma estrutura mínima, por rudimentar que seja.
> [...] diz respeito [...] tão somente ao conteúdo das determinações mais importantes, únicas merecedoras, segundo o entendimento dominante, de serem designadas rigorosamente como matéria constitucional.[7]

Isto significa que, a Constituição em sentido material não é a norma propriamente dita, mas todos os fatores que estão presentes na sociedade e que deveriam ser considerados na elaboração da Constituição e das demais leis infraconstitucionais.

Vale dizer também, que é o conjunto de fatores que caracterizam o Estado como ele realmente é, e não como deveria ser.

No que se refere ao conceito formal de Constituição, este é decorrente da existência de leis que, não apresentam teor constitucional, contudo, assemelham-se às leis constitucionais por necessitarem de processo legislativo diferenciado das leis ordinárias para serem alteradas ou suprimidas. Assim, são constitucionais apenas em sua forma.

Sobre esta classificação, Palu declara:

> Toda Constituição emana de um Poder Constituinte democraticamente legitimado que manifeste a intenção de elaborar documento desse jaez, seguindo procedimento específico, organicamente elaborada, é considerada como Constituição em sentido formal, independentemente de seu conteúdo. Os requisitos para uma Constituição (em sentido formal) são: Poder Constituinte + procedimento + intenção normativo-constitucional.[8]

---

[6] CARRILLO apud BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 60.

[7] BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 81.

[8] PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade***: conceitos, sistemas e efeitos.* 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 39-40.

Conforme Kelsen citado por Bonavides, “fala-se de Constituição em sentido formal quando se faz a distinção entre as leis ordinárias e aquelas outras que exigem certos requisitos especiais para sua criação e reforma.”[9]

Barroso concebeu a Constituição (e o próprio Direito) como uma estrutura formal, cuja nota era o caráter normativo, a prescrição de um dever-ser, independentemente da legitimidade ou justiça de seu conteúdo e da realidade política subjacente.[10]

Para Bastos a Constituição em sentido formal:

> Seria um conjunto de normas legislativas que se distinguem das não-constitucionais em razão de serem produzidas por um processo legislativo mais dificultoso, vale dizer, um processo formativo mais árduo e mais solene. Esta dificuldade acrescida pode consistir em múltiplos fatores: a criação de um órgão legislativo com a função especial de elaborar a Constituição, chamado Assembléia Constituinte; a exigência de um *quorum* especial, mais expressivo que o requerido pelas leis ordinárias, e de votações repetidas e distanciadas temporalmente; ou, ainda, a sujeição do projeto de lei constitucional à aprovação popular (*referendum*).[11]

Por derradeiro, tem-se o conceito de Constituição em sentido substancial.

O supracitado conceito leva em conta o conteúdo das normas, ou seja, o objetivo de sua criação. Apresenta regras “que dão essência ou substância ao Estado”.[12]

Segundo Tavares, “substancialmente, a Constituição é o conjunto de normas organizacionais de determinada sociedade política”.[13]

Bastos discorre:

> Pode-se, segundo esta acepção, saber se uma dada norma jurídica é constitucional ou não, examinando-se tão-somente o seu objeto. Se regular um aspecto fundamental da comunidade política, indispensável à sua concepção ou à sua permanência, se tratar da distribuição do poder dentro da sociedade, se versar, enfim, sobre algo que, alterado, abalaria as próprias vigas mestras do ente político, será constitucional, fará parte da Constituição. Se não satisfizer a este requisito de ser norma relativa às relações basilares, fundamentais, entre os órgãos do Estado ou entre estes e os indivíduos, ela não fará parte da Constituição.[14]

---

[9] KELSEN apud BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 82.
[10] BARROSO, 2009, p. 79.
[11] BASTOS, 2002, p. 63.
[12] Ibid., p. 61.
[13] TAVARES, 2003, p. 61.
[14] BASTOS, op. cit., p. 61.

Sobre a constituição em sentido substancial, Palu ensina:

> É o conjunto de regras e princípios que têm por objeto a estruturação do Estado. É concepção estritamente jurídica. A Constituição é um complexo de normas jurídicas fundamentais, escritas ou não, que traçam as linhas mestras de um ordenamento jurídico. A Constituição substancial defini-se pelo objeto de suas normas.[15]

Do exposto, observa-se que as normas substancialmente constitucionais podem residir dentro da Constituição ou no interior das leis infraconstitucionais. Para identificá-la, basta a análise de seu conteúdo e seu objeto.

Em suma, a Constituição Federal é "o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado."[16]

Palu exalta que:

> A Constituição é algo que tem como forma um complexo de normas (escritas ou costumeiras); como conteúdo, a conduta humana motivada pelas relações sociais (econômicas, políticas, religiosas etc.); como fim, a realização de valores que apontam para o existir da comunidade; e, finalmente, como causa criadora e recriadora, o poder que emana do povo. Não pode ser compreendida e interpretada se não se tiver em mente essa estrutura, considerada como conexão de sentido, como é tudo aquilo que integra um conjunto de valores.[17]

A partir deste conceito, passa-se a análise da supremacia da Constituição sobre as demais leis.

2.1.2 Supremacia da Constituição Federal

A Constituição Federal possui força hierarquicamente superior em relação as demais normas jurídicas.[18]

Conforme afirmado anteriormente neste estudo, a Constituição Federal é nossa Lei Suprema, motivo pelo qual todas as demais leis devem submeter-se a ela.

---

[15] PALU, 2001, p. 40-41.
[16] Ibid., p. 38.
[17] Ibid., p. 31-32.
[18] Ibid., p. 38.

"Daí resulta uma pretensão de validade e de observância como norma superior diretamente vinculante em relação a todos os poderes públicos."[19]

Sobre a supremacia da Carta Magna, discorre Ferrari:

> Concernente à supremacia constitucional, isto é, ao fato de que a Constituição é a lei fundamental da ordem jurídica, ou, ainda, que para uma norma ser válida necessita buscar sua validade na norma superior – de tal forma que, sistematicamente escalonada em um ordenamento jurídico, a sua unidade reduz-se à conformação de todo o ordenamento jurídico à lei fundamental, que, considerada como a de maior escalão, é orientadora da produção de todas as demais normas inferiores, que buscam validade nas normas superiores, contrariarem estas e conseqüentemente a Constituição.[20]

Dessa forma, "a Constituição é dotada de superioridade jurídica em relação a todas as normas do sistema e, consequentemente, nenhum ato jurídico poderá subsistir validamente se for com ela incompatível."[21]

Conclui Barroso:

> Para assegurar essa supremacia, a ordem jurídica contempla um conjunto de mecanismos conhecidos como *jurisdição constitucional*, destinados a, pela via judicial, fazer prevalecer os comandos contidos na Constituição. Parte importante da jurisdição constitucional consiste no *controle de constitucionalidade*, cuja finalidade é declarar a invalidade e paralisar a eficácia dos atos normativos que sejam incompatíveis com a Constituição.[22] (grifo no autor)

Silva afirma:

> Nossa Constituição é rígida. Em conseqüência, é a lei fundamental e suprema do estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais. Nem o governo federal, nem os governos dos Estados, nem os dos Municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental. Exercem suas atribuições nos termos nela estabelecidos.[23]

Silva complementa:

---

[19] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e a teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 888.

[20] FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 72.

[21] BARROSO, 2009, p. 83-84.

[22] Ibid., p. 84.

[23] SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 46.

> A constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as *normas fundamentais* de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas. O princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição. Essa conformidade com os ditames constitucionais, agora, não se satisfaz apenas com a atuação positiva de acordo com a constituição. Exige mais, pois omitir a aplicação de normas constitucionais, quando a Constituição assim a determina, também constitui conduta inconstitucional.[24]

Sobre a supremacia, Palu conclui:

> Em conclusão, a supremacia da norma constitucional em seus aspectos mais recônditos, intrínsecos, somente exsurge se houver a correlação com os valores, realidade e "possibilidade subjacentes". Se houver divórcio, tornar-se-á norma sem vida (sem eficácia), descaracterizada do poder de regular o comportamento social, individual, institucional.[25]

Nesse passo, a supremacia da Constituição determina a submissão de todas as leis ao seu conteúdo, sob pena de ser considerada inconstitucional.

A Constituição Federal de 1988, lei maior em nosso ordenamento jurídico consagrou os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, bem como os direitos de personalidade do cidadão.

2.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Princípio é o início, é o ponto de partida, o começo.

Os princípios são normas abstratas e dentro de uma Constituição rígida adquirem dimensão jurídica. A orientação doutrinária contemporânea é no sentido de reconhecer eficácia plena e imediata às normas constitucionais.[26]

Antes de iniciar o estudo do princípio da dignidade da pessoa humana e da garantia constitucional do direito à vida, necessário enaltecer a relevância dos princípios dentro do contexto jurídico.

---

[24] SILVA, 2003. p. 45-46.
[25] PALU, 2001, p. 63.
[26] SILVA, op. cit., p. 76.

O princípio é o alicerce, a base para a formação de normas, sistemas ou pensamentos. Neste sentido, Espíndola:

> Pode-se concluir que a idéia de princípio ou sua conceituação, seja lá qual for o campo do saber que se tenha em mente, designa a estruturação de um sistema de idéias, pensamentos ou normas por uma idéia mestra, por um pensamento chave, por uma baliza normativa, donde todas as demais idéias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ou se subordinam.[27]

Na mesma esteira, conceitua-se o princípio constitucional, cuja função é estruturar o ordenamento jurídico.

Rocha citado por Espíndola, afirma que:

> Os princípios constitucionais são os conteúdos primários diretores do sistema jurídico-normativo fundamental de um Estado. Dotados de originalidade e superioridade material sobre todos os conteúdos que formam o ordenamento constitucional, os valores firmados pela sociedade são transformados pelo Direito em princípios. **Adotados pelo constituinte, sedimentam-se nas normas, tornando-se, então, pilares que informam e conformam o Direito que rege as relações jurídicas no Estado. São eles, assim, as colunas mestras da grande construção do Direito, cujos fundamentos se afirmam no sistema constitucional.**[28] (grifo nosso).

Na visão de Crisafulli apud Espíndola:

> Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e, portanto, resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam [...] estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contêm.[29]

O texto constitucional apresenta inúmeros princípios, todos de vital importância, pois servem de orientação aos profissionais do direito, na compreensão e na utilização correta das normas.

Barroso diz que:

---

[27] ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceitos de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 53.

[28] Ibid., p. 81.

[29] Ibid., p. 61.

> Os princípios constitucionais são, precisamente, a síntese dos valores principais da ordem jurídica. A Constituição [...] é um sistema de normas jurídicas. Ela não é um simples agrupamento de regras que se justapõem ou que se superpõem. A idéia de sistema funda-se na de harmonia, de partes que convivem sem atritos. Em toda ordem jurídica existem valores superiores e diretrizes fundamentais que costuram suas diferentes partes. **Os princípios constitucionais consubstanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo sistema. Eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos.**[30] (grifo nosso).

Afrontar os princípios constitucionais é ofender o texto constitucional.

Esta afronta é gravíssima, conforme ensina Mello:

> [...] violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais [...].[31]

Do exposto, verificada a importância dos princípios constitucionais no direito brasileiro, passa-se a análise do princípio da dignidade da pessoa humana.

2.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

Inicialmente, imprescindível destacar que o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana é aplicável a todos indistintamente, desde o nascimento até a morte.

Dignidade da pessoa humana significa que todos têm direito, inato, de ser tratado de forma digna, respeitosa e honrosa. O conteúdo deste princípio é de suma importância, pois é um dos cinco valores, ou seja, um dos fundamentos de nossa república.

---

[30] BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da constituição brasileira. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p. 285.

[31] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 230.

De outro norte, conceituar o princípio da dignidade da pessoa humana não é tarefa muito fácil, haja vista seu conteúdo subjetivo e abstrato, o que permite inúmeras definições.

Segundo Silva:

> [...] a dignidade pessoal é um valor que deve ser *em si mesmo* levado em conta, especificamente e caso por caso, por ser ínsito a cada indivíduo. Isto, em conformidade à circunstância natural de que cada pessoa é uma individualidade própria e única, sendo por isso um indivíduo. De notar, a propósito, nem mesmo impressões digitais as têm idênticas duas pessoas.[32] (grifo do autor)

Moraes didaticamente ensina que:

> **A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas**, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos [...] O princípio fundamental consagrado pela Constituição Federal da dignidade da pessoa humana apresenta-se em dupla concepção. Primeiramente, prevê um direto individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes. **Este princípio fundamental resume-se: viver honestamente, não prejudicar ninguém e dê a cada um o que é devido.**[33] (grifo nosso).

Vê-se, portanto, que o princípio da dignidade da pessoa humana é superior às leis infraconstitucionais, as quais não podem suprimi-la, sob pena de serem declaradas sem efeito.

O princípio da dignidade da pessoa humana está consagrado na Constituição Federal como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Como fundamento do Estado Democrático de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser respeitado, permanecendo inabalado em qualquer circunstância, sendo irrelevante a conduta moral, religiosa ou sexual do indivíduo.

---

[32] SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. **Breves comentários à constituição federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 39.

[33] MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 128-129.

Como dito alhures, a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana é tão grande, que está consagrada no texto constitucional como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, prevista em seu artigo 1º, inciso III, que assim dispõe: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrática de Direito e tem como fundamentos: […] a dignidade da pessoa humana.[34]

Desta feita, inegável que o referido princípio, que também é um dos fundamentos do Estado, não pode ser afrontado, permanecendo inatingível em qualquer situação.

Frisa-se também, que a dignidade da pessoa humana possui duas dimensões: uma negativa e outra positiva. A negativa protege a integridade da pessoa humana, impedindo que seja ofendida ou humilhada. Independente do motivo gerador da agressão, a dignidade deve prevalecer, pois o direito à vida saudável, tanto física quanto mental, é atribuído a todo ser humano, independentemente de sua origem ou condição social.[35]

De outro norte, a dignidade positiva, refere-se ao desenvolvimento total de cada indivíduo, sem que haja impedimentos externos na realização deste.[36]

Observa-se que o princípio da dignidade da pessoa humana é um valor inerente ao indivíduo, tem por objetivo proteger seus direitos fundamentais.

Por derradeiro, forçoso concluir que a dignidade da pessoa humana é o núcleo essencial dos direitos fundamentais, cujo conteúdo abaixo analisa-se a seguir.

2.3 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Fundamento nada mais é que a base, assim como a fundação de uma moradia. Neste pensar, pode-se afirmar que os princípios fundamentais são a fundação da pirâmide de leis do nosso país.

---

[34] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 2001. p. 3.
[35] MORAES, 2002. p. 128-129.
[36] MORAES, loc. cit.

Os direitos e garantias fundamentais são a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Colhe-se dos ensinamentos de Bastos:

> No início, como já foi visto, os direitos individuais existiam para proteger o indivíduo contra o Estado. Hoje, já se aceita a proteção de um indivíduo contra outro, ou mesmo contra grupos de indivíduos. Isso se deve ao fato de que em um sem-número de situações as ameaças aos direitos fundamentais vêm de particulares.[37]

Aliado aos ensinamentos, cita-se Sarlet:

> Pode afirmar-se que os direitos fundamentais de defesa se dirigem a uma obrigação de abstenção por parte dos poderes públicos, implicando para estes um dever de respeito a determinados interesses individuais, por meio da omissão de ingerências ou pela intervenção na esfera de liberdade pessoal apenas em determinadas hipóteses e sob certas condições.[38]

O respeito aos direitos fundamentais são direitos inerentes ao homem, direitos que a pessoa humana possui em relação ao Estado. Neste pensar Schmitt citado por Bonavides:

> Os direitos fundamentais propriamente ditos são, na essência, entende ele, os direitos do homem livre e isolado, direitos que possui em face do Estado. E acrescenta: numa acepção estrita são unicamente os direitos da liberdade, da pessoa particular, correspondendo de um lado ao conceito de Estado burguês de Direito, referente a uma liberdade, em princípio ilimitada diante de um poder estatal de intervenção, em princípio limitado, mensurável e controlável.[39]

Desta feita, os direitos fundamentais permitem a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, ou seja, quando respeitados permitem que os cidadãos tenham pleno desenvolvimento, e, consequentemente, sejam dignos, justos e corretos.

---

[37] CARVALHO, Denyse Thives de; CUNHA; Eliane Cristina et. al. Colisão de direitos fundamentais: direito à intimidade versus direito de expressão, referente à vitimadas chamadas ‘pegadinhas’ televisivas. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <http:// jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2468>. Acesso em: 11 nov. 2010.

[38] SARLET, Ingo Wofgand. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 167-168.

[39] SCHMITT apud BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 561.

2.3.1 Garantia constitucional do direito à vida

No seio dos direitos fundamentais estão os direitos da personalidade, e, dentre os direitos da personalidade está inserido o direito à vida, objeto de estudo desta pesquisa.

Bittar ensina que: “são direitos da personalidade os reconhecidos ao homem, tomado em si mesmo e em suas projeções na sociedade. Visam à defesa de valores inatos, como a vida, a intimidade, a honra e a higidez física.”[40]

Assim, a concepção dos direitos da personalidade está intimamente atrelada ao reconhecimento de valores inerentes à pessoa humana, como a vida, o próprio corpo, o nome, a imagem, entre outros, os quais são indispensáveis para o pleno desenvolvimento do indivíduo.

Possível aduzir, então, que os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, consoante dispõe o artigo 11 do Código Civil, que dispõe: “com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.”[41]

Salienta-se que cada direito da personalidade refere-se a um valor fundamental, portanto, os direitos da personalidade são inerentes à pessoa, são direitos indisponíveis, e a ela estão ligados de forma contínua e perpétua.[42]

Há doutrinadores que caracterizam os direitos de personalidade como direitos inatos e originários, já que são adquiridos quando do nascimento; vitalícios ou perpétuos, pois perduram por toda a vida; e absolutos, no sentido de que podem ser opostos *erga omnes,* porque todos têm o dever de respeitar.

O direito à personalidade é inerente do indivíduo, integra a própria noção de pessoa, como a vida, a honra, a integridade física, a imagem, a privacidade, dentre outros.

---

[40] BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro, 1989. p. 1.

[41] BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 21 mar. 2011.

[42] MAZEAUD; CHABAS apud RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: parte geral das obrigações. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 2. p. 222.

"Os direitos de personalidade são os próprios direitos do homem encarados sob outra perspectiva. Como direitos do homem são direitos públicos, como direitos da personalidade são direitos privados."[43]

De todos os artigos da Constituição, o artigo 5º é o mais amplo e protetivo, pois aplica-se não só aos brasileiros, como também aos estrangeiros residentes no país, de forma a garantir o direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade.

Além dos direitos e garantias expressos no artigo 5º, outros podem ser acrescidos por meio de tratados internacionais.

Em razão disso, a legislação nacional, com acerto, protegeu o corpo de cada indivíduo, eis que configura um dos valores dos direitos da personalidade, proibindo o ato de disposição do mesmo.

O artigo 13 do Código Civil disciplina que: "salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes."[44]

No artigo 14[45] do mesmo código, o ato de disposição do próprio corpo, só é permitido com objetivo científico ou altruístico, contudo ressalva que seu teor pode ser livremente revogado a qualquer tempo, caso viole algum direito expressamente assegurado pela legislação vigente.

Os principais direitos fundamentais previstos na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente são os direitos à vida e à saúde, citados como essenciais e conectados à dignidade da pessoa humana.

O direito à vida, verdadeira garantia constitucional, está prevista nos incisos 2º, 3º e 4º da Declaração Internacional dos Direitos da Criança, nos artigos 6º a 9º da Convenção dos Direitos da Criança e no artigo 7º do ECA[46], que assim dispõe: "A criança e o adolescente tem direito a proteção, a vida e a saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência."[47]

---

[43] SILVA, Edson Ferreira da. **Direito à intimidade**: de acordo com a doutrina, o direito comparado, a Constituição de 1988 e o código civil de 2002. 2. ed. São Paulo: J. de Oliveira, 2003. p. 16.
[44] CAHALI, 2003, p. 264.
[45] Art. 14. "É válida, com objetivo altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte." CAHALI, 2003, p. 14.
[46] ALBERGARIA, Jason. **Direito do menor**. Rio de Janeiro: Aide, 1995. p. 29.
[47] CURY; SILVA; MENDEZ, 1992, p. 41.

É importante delinear, que cada direito da personalidade diz respeito a um valor fundamental, começando pela vida, que é condição essencial da nossa existência.

A vida é defendida pela Constituição de forma ampla, não abrangendo apenas o direito de nascer e de permanecer vivo. No direito civil é reconhecida apenas se houver nascimento com vida, porém para o direito constitucional o direito à vida é mais extenso, abarcando institutos como a eutanásia, a proibição do aborto, a pena de morte, e a proibição à prática de tortura.

Muitos doutrinadores conceituam o direito à vida como um direito absoluto, porém há casos em que a própria constituição trata o direito à vida com determinadas ressalvas, como por exemplo, nos casos de guerra declarada, situação em que é permitido a pena de morte. Nesse passo, vê se que a Constituição Federal não declarou o direito à vida como um direito absoluto.

3 ORTOTANÁSIA

A ortotanásia consiste no ato médico de suspender os procedimentos terapêuticos, do paciente que se encontra com o processo morte iniciado, a pedido do próprio doente terminal ou de seus familiares.

Nesse passo, para melhor entendimento sobre o tema, neste capítulo, apresenta-se, inicialmente, noções gerais e introdutórias sobre a ortotanásia, como conceito e noções legislativas deste instituto.

3.1 CONCEITO

A ortotanásia "é a oportunidade da morte correta, sem ultrapassar barreiras e sem motivar debates com princípios Éticos, Teológicos ou Jurídicos."[1]

Frisa-se que:

> A ortotanásia não abarca a possibilidade de desligamento de *"qualquer meio artificial",* como é o suporte vital, mas tão-somente a suspensão de terapias consideradas extraordinárias para o caso e que visem apenas prolongar um processo de morte já iniciado.[2] (grifo do autor)

No mesmo pensar, Lima aponta que o "seu advento evita prolongamentos irracionais e cruéis da existência do paciente, poupando-o e a sua família do desgaste que essa situação envolve."[3]

Cardoso define ortotanásia como a "suspensão de terapias consideradas extraordinárias para o caso e que visem apenas prolongar um processo de morte já iniciado."[4]

---

[1] COELHO, Milton Schmitt. Eutanásia: uma análise a partir de princípios éticos e constitucionais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 51, p.26, 1 out. 2001. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/2412**>**. Acesso em: 18 mar. 2011.

[2] CARDOSO, Juraciara Vieira. Ortotanásia: uma análise comparativa da legislação brasileira projetada e em vigor. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2590, p.3, 4 ago. 2010. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/17110>. Acesso em: 18 mar. 2011.

[3] LIMA, Carlos Vital. Ortotanásia e cuidados paliativos: instrumentos de preservação da dignidade humana. **Consulex**, Brasília, DF, ano 14, n. 322, p. 3, 15 jul. 2010.

Martini a conceitua como “a morte natural sem intervenção desproporcional que o avanço científico permite, possibilitando ao paciente morte digna, sem sofrimento, deixando que a vida complete o seu curso de forma natural e o menos dolorosa possível.”[5]

Com o intuito de evitar considerações equivocadas, faz-se necessário diferenciar a ortotanásia de outros procedimentos envolvendo o processo morte, como a eutanásia, distanásia, mistanásia e suicídio assistido.

Cabette diferencia:

> Há na doutrina uma certa confusão entre eutanásia passiva ou por omissão e a ortotanásia. Alguns autores costumam empregar termos como sinônimos. No entanto, esse não é o melhor entendimento, pois que não há “identidade conceitual” entre ortotanásia e eutanásia passiva. Etimologicamente ortotanásia advém do grego *othós* (normal, correta) e *thánatos* (morte), designando, portanto, a “morte natural ou correta”. Assim sendo, “a ortotanásia consiste na 'morte a seu tempo', sem abreviação do período vital (eutanásia) nem prolongamentos irracionais do processo de morrer (distanásia). É a 'morte correta', mediante a abstenção, supressão ou limitação de todo tratamento fútil, *extraordinário* ou *desproporcional* , ante a iminência da morte do paciente, morte esta a que não se busca (pois o que se pretende aqui é humanizar o processo de morrer, sem prolongá-lo abusivamente), nem se provoca (já que resultará da própria enfermidade da qual o sujeito padece)”. Nesses termos as condutas ortotanásicas diferem amplamente da eutanásia passiva, pois nesta ocorre a provocação da morte do doente terminal por meio da omissão quanto aos cuidados “paliativos ordinários e proporcionais” que evitariam seu passamento.[6] (grifo do autor).

Santos citada por Cabette salienta:

> A única hipótese que justifica a denominação de ortotanásia é aquela em que o enfermo já se acha inserido num processo marcado pela irreversibilidade da chegada da morte. Nesse caso, em seu entendimento “o auxílio médico à morte será lícito sempre que operado sem encurtamento do período natural de vida”. Enquanto na eutanásia a morte decorre de um ato praticado voluntariamente pelo médico, na ortotanásia o seguimento natural da doença e seu agravamento são independentes das ações ou omissões do facultativo.[7]

---

[4] CARDOSO, loc. cit.

[5] MARTINI, Miguel. Ortotanásia, sim; eutanásia, não!! **Consulex**, Brasília, DF, ano 14, n. 322, p. 33. 15 jul. 2010.

[6] CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Eutanásia e ortotanásia**: comentários à Resolução 1.805/06 CFM. Aspectos éticos ou jurídicos. Curitiba: Juruá, 2009. p. 24-25.

[7] Ibid., p. 25.

A ortotanásia não se confunde com a eutanásia, pois enquanto a eutanásia abrevia a vida, mudando o curso da natureza, a ortotanásia permite apenas que o processo morte ocorra naturalmente, sem intervenção do homem.

Goldim leciona:

> A melhor maneira de descrever o que é ortotanásia é utilizar o conceito de *futilidade*, isto é, reconhecer que alguns tratamentos são inúteis, sem benefício para o paciente, e que podem ser não iniciados ou retirados. Não é a ortotanásia que deve ser implantada como uma nova prática, mas a *futilidade* deve ser evitada. Evitar a futilidade é retirar as medidas inúteis que apenas prolongam, de forma indevida, a vida do paciente. Não há necessidade de burocratizar o que deve ser uma prática adequada da relação médico-paciente, por meio de novo texto legal, conforme propostas em tramitação no Legislativo. Há isto sim, que se esclarecer médicos, pacientes e a sociedade de que já existe respaldo técnico, ético e moral para esta ação, restando apenas compatibilizar o texto do Código Penal com a realidade.
> A eutanásia passiva, ao contrário, suprime a implantação de medidas que ainda trariam benefício real para o paciente. Se intencionalmente elas não forem implantadas, irão abreviar a vida do paciente, ainda que com a finalidade de reduzir sofrimentos. Esta é a diferença. O reconhecimento da situação futilidade, ou ortotanásia, se quiserem, evita prolongar a utilização desnecessária de medidas sem benefícios, permitindo que a morte ocorra em seu devido tempo.
> O que diferencia ambas as situações são a intenção e o resultado, pois uma antecipa a morte – eutanásia passiva – e outra – futilidade – evita prolongar a vida.[8]

Sá, com maestria conceitua eutanásia, ratificando que tal procedimento abrevia a vida, veja-se:

> Nos dias atuais, a nomenclatura eutanásia vem sendo utilizada como a ação médica que tem por finalidade abreviar a vida das pessoas. É a morte de pessoa – que se encontra em grave sofrimento decorrente de doença, sem perspectiva de melhora – produzida por médico, com o consentimento daquela. A eutanásia, propriamente dita, é a promoção do óbito. É a conduta, através da ação ou omissão do médico, que emprega, ou omite, meio eficiente para produzir a morte em paciente incurável e em estado de grave sofrimento, diferente do curso natural, abreviando-lhe a vida.[9]

A ortotanásia diferentemente da eutanásia, evita que o paciente passe por sofrimentos desnecessários, com o fim de prolongar um processo de morte irreversível.

---

[8] GOLDIM, José Roberto. O direito de morrer: bioética, morte e morrer. **Consulex**, Brasília, DF, ano 14, n. 322, p. 30, 15 jul. 2010.

[9] SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de morrer**: eutanásia, suicídio assistido. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 66-67.

Lima leciona que o “processo de ortotanásia significa a morte no momento certo. Nem apressada, como no caso da eutanásia, nem prolongada, como no caso da distanásia.”[10]

Sá ao criticar a prática da eutanásia, que provoca a morte antes da hora, cita o comentário do Dr. Leonardo M. Martin sobre distanásia:

> A distanásia erra por outro lado, não conseguindo discernir quando intervenções terapêuticas são inúteis e quando se deve deixar a pessoa abraçar em paz a morte como desfecho natural de sua vida […]. A distanásia, que também é caracterizada como encarniçamento terapêutico ou obstinação ou futilidade terapêutica, é uma postura ligada especialmente aos paradigmas tecnocientífico e comercial-empresarial da medicina […]. Os avanços tecnológicos e científicos e os sucessos no tratamento de tantas doenças e deficiências humanas levaram a medicina a se preocupar cada vez mais com a cura de patologias e a colocar em segundo plano as preocupações mais tradicionais com o cuidado do portador de patologias.[11]

Neste pensar, pode-se afirmar que a ortotanásia é antítese da eutanásia e da distanásia, que “se dedica a prolongar ao máximo a quantidade de vida humana, combatendo a morte como grande e último inimigo.”[12]

Da mesma forma, ortotanásia não é sinônimo de mistanásia ou de suicídio assistido.

A mistanásia “é a morte miserável, fora e antes da hora.”[13]

Martin citado por Sá, discorre que “a mistanásia é uma categoria que nos permite levar a sério o fenômeno da maldade humana.”[14]

Já, no “suicídio assistido, a morte não depende diretamente da ação de terceiro. Ela é consequência de uma ação do próprio paciente, que pode ter sido orientado, auxiliado ou apenas observado por terceiro.”[15]

Por fim, Cabette ensina que:

> A ortotanásia apresenta-se como aquilo que se poderia referir à clássica lição aristotélica da virtude como medianidade, de um lado a eutanásia que abrevia o ciclo vital para fugir do padecimento, de outro, a chamada distanásia, que prolonga o processo de morte, causando sofrimento

---

[10] LIMA, Carlos Vital. Ortotanásia e cuidados paliativos: instrumentos de preservação da dignidade humana. **Consulex**, Brasília, DF, ano 14, n. 322, p. 32, 15 jul. 2010.
[11] SÁ, 2001, p. 68.
[12] SÁ, loc. cit.
[13] SÁ, loc. cit.
[14] SÁ, loc. cit.
[15] Ibid., p. 69.

> desnecessário. Portanto, a ortotanásia pode ser admitida, desde que compreenda num sentido muitíssimo restrito, isto é, desde que não se cogite de antecipar o desfecho letal – tal qual ocorreria com a pura e simples desconexão de aparelhos que mantém a pessoa viva-, mas simplesmente de profligar o encarniçamento terapêutico, adotando métodos de amparo ao moribundo menos agressivos que uma cirurgia inútil, ou um tratamento quimioterápico rigorosamente inócuo.[16]

Do exposto, vê-se que a ortotanásia, dentre todos os procedimentos aqui citados, é o que mais humaniza o processo morte e não se confunde com os demais institutos da eutanásia, mistanásia, distanásia ou suicídio assistido.

3.2 LEGISLAÇÃO SOBRE A ORTOTANÁSIA

Visto o conceito de ortotanásia, faz-se necessário, a análise das disposições legais deste instituto, a fim de possibilitar ao leitor uma compreensão da sua evolução no campo jurídico, do seu surgimento até os dias atuais.

Segundo Cabette, “a prática da eutanásia e da chamada ortotanásia tem sido ao longo do tempo tema de acesas polêmicas sob os mais diversos prismas, com especial destaque para os campos ético, religioso e jurídico.”[17]

O doutrinador confirma a importância desta pesquisa, pois o estudo da ortotanásia enfrenta um problema atual e socialmente relevante em várias áreas, inclusive a jurídica.

3.2.1 Legislação em vigor

A lei dita aos cidadãos o que é permitido e o que é considerado ilícito. Sendo assim, as condutas devem ser regulamentadas, especialmente aquelas ligadas ao início e ao término da vida humana.

---

[16] CABETTE, 2009, p. 26.
[17] Ibid., p. 13.

Assuntos como a legalização do aborto, eutanásia e ortotanásia causam um verdadeiro debate feroz na sociedade brasileira, pois são assuntos que envolvem não só o aspecto jurídico, como também o aspecto religioso e moral.

Sendo assim, a análise das normas existentes e projetadas sobre a ortotanásia torna-se imprescindível na presente pesquisa.

3.2.1.1 Lei estadual nº 10.241/99

A primeira lei a tratar da ortotanásia no país foi a Lei Estadual nº 10.241/99, do Estado de São Paulo, que disciplinou o direito dos pacientes submetidos a tratamentos dolorosos ou extraordinários de exercerem seu direito à autonomia e requererem junto à equipe profissional a suspensão deste tipo de terapia.

Sobre o caráter ortotanásico da lei, cita-se:

> Inquestionável o caráter ortotanásico da *Lei Covas*, principalmente quando associado a outros dispositivos ali constantes: (a) que preveem que o paciente tem direito a ter um atendimento digno; (b) a receber informações claras, objetivas e compreensíveis sobre seu estado de saúde; (c) a consentir ou recusar, de forma livre, voluntária e esclarecida, procedimentos a serem realizados e (d) receber ou recusar assistência moral, psicológica, social ou religiosa. A Lei é direcionada ao paciente consciente, uma vez que não faz referência à possibilidade de substituição no exercício de autonomia.
> Em um fórum realizado pelo Conselho Federal de Medicina, em parceria com o Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, o desembargador do Superior Tribunal de Justiça, Gilson Langaro Dipp, afirmou que as questões em torno da *Lei Covas* eram puramente médicas e que ninguém melhor que os médicos para se manifestarem sobre o assunto.[18]

A referida lei é popularmente conhecida como *Lei Covas*, haja vista que foi sancionada pelo governador Mário Covas, e ainda, utilizada por ele em seu processo de terminalidade, ocasionada pelo câncer.

Aguiar citado por Cabette ratifica que:

---

[18] CARDOSO, Juraciara Vieira. Ortotanásia: uma análise comparativa da legislação brasileira projetada e em vigor. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2590, p.5, 4 ago. 2010. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/17110>. Acesso em: 18 mar. 2011.

> O próprio governador Mário Covas, que sancionou a lei, o fez "como político e paciente", uma vez ciente do diagnóstico de seu câncer. Efetivamente, Mário Covas teria sido um dos pacientes terminais que se utilizou da legislação para afastar o "prolongamento artificial da vida."[19]

Cardoso relata o histórico da doença que acometeu o governador Mário Covas e o desenlace até a promulgação da lei, *in verbis*:

> Em 1998, o então governador de São Paulo, Mário Covas, foi operado após diagnóstico um câncer de bexiga. Em janeiro de 2001, seu médico particular, David Uip, fez o anúncio de que o governador tinha câncer na meninge. Em 25 de fevereiro de 2001, Covas foi internado e seu médio afirmou que não o levaria para uma unidade de terapia intensiva a pedido do próprio enfermo. Após o anúncio, o médico desabafou, dizendo que aquele era o momento de maior risco de sua vida profissional, eis que conduzir o paciente para terapia intensiva seria o esperado em uma cultura voltada para o prolongamento avalorado do processo de morte.
> Após nove dias de internação, por volta das 05h30min do dia 06 de março de 2001, natural e dignamente morria Mário Covas, aos 70 anos de idade, fazendo uso de uma lei que ele mesmo havia promulgado em 17 de março de 1999. O Projeto de Lei n. 546/97, de autoria do deputado estadual Roberto Gouveia, foi transformado na Lei Estadual 10.241, que dispõe sobre os direitos de usuários dos serviços de saúde do estado de São Paulo. Pelo fato de o ex-governador ter feito uso da citada Lei em sua terminalidade, ela é mais conhecida como *Lei Covas*. No artigo 2º, inciso XXIII, entre os *direitos dos usuários dos serviços de saúde no Estado de São Paulo,* dentre outros, estão os de*: recusar tratamentos dolorosos ou extraordinários para tentar prolongar a vida e o de optar pelo local de sua morte.*[20]

Frisa-se que no Estado de São Paulo não houve discussão sobre a validade ou inconstitucionalidade da Lei Covas.

Nesse sentido:

> O promotor público de defesa dos usuários da saúde do estado de São Paulo se manifestou no sentido de que, entre os seus pares promotores, não havia qualquer restrição à *Lei Covas*, eis que esta permitia ao doente escolher seu local de morte e recusar tratamentos e procedimentos que visassem o prolongamento desmedido da vida e não abreviação desta.
> Não houve qualquer questionamento sobre a constitucionalidade da referida Lei, sendo considerada por todos formal e materialmente válida.[21]

O mesmo não ocorreu com a edição da Resolução nº 1.805/06, que desde a sua publicação foi alvo de inúmeras críticas e discussões acerca de sua

---

[19] CABETTE, 2009, p. 36.
[20] CARDOSO, loc. cit.
[21] CARDOSO, loc. cit.

validade e eficácia, sendo liminarmente suspensa por iniciativa do Ministério Público, e voltando a eficácia plena com o julgamento da Ação Civil Pública nº 2007.34.00.014809-3, nos termos a seguir expostos.

3.2.1.2 Resolução 1.805/06 do Conselho Federal de Medicina

Em 2006 o Conselho Federal de Medicina, mediante Resolução nº 1.805/06, assentou que "na fase terminal é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente."[22]

E ainda: "que o médico garanta os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral."[23]

Cabette leciona que "em 28.11.2006 o Conselho Federal de Medicina (CFM) firmou posição com relação à não reprovabilidade deontológica da prática da ortotanásia. Efetivamente naquela data foi publicada no Diário Oficial da União a Resolução 1.805/06 do CFM."[24]

Cabette ressalta a importância desta resolução, veja-se:

> A Resolução 1.805/06 CFM é um passo importante para o incremento da discussão de tão relevante problema, ensejando certa pressão legítima para uma tomada de posição da sociedade brasileira, inclusive e especialmente, na seara legal, tão carente de um tratamento seguro sobre tal questão.
> O CFM tomou posição e conferiu aos profissionais médicos a autorização, sob o aspecto deontológico de proferirem um julgamento em conjunto com o doente ou seu representante legal, quanto a estar-se diante de um caso de prolongar a vida ou de prolongar a morte.
> Isso impõe à sociedade, representada pelo Poder Legislativo, também uma tomada de posição segura sobre o assunto. Enquanto isso não acontece, agrava-se a situação, já existente anteriormente, de insegurança jurídica face a omissão legislativa. Com o advento da Resolução 1.805/06 CFM, torna-se ainda mais duvidosa a configuração ou não do crime de homicídio quando médico e familiares optarem pela ortotanásia.[25]

Diante da publicação desta Resolução, muitas foram as manifestações públicas de que o Conselho Federal de Medicina estaria regulamentando e

---

[22] LIMA, loc. cit.
[23] LIMA, loc. cit.
[24] CABETTE, 2009, p.13.
[25] Ibid., p. 14

referendando a prática da eutanásia, porém as referidas manifestações foram proferidas por intérpretes ruins e leigos, pois a resolução nada mais fez que regulamentar a ortotanásia.

Sobre o assunto, cita-se:

> O Conselho Federal de Medicina tem procurado deixar claro que não está convalidando a prática da eutanásia, mas sim da ortotanásia, de modo a apenas a antecipar a morte inevitável, sem nem mesmo causá-la por ação ou omissão. Ademais, a decisão sobre a adoção do procedimento não é arbitrariamente conferia ao profissional da medicina. A responsabilidade pela decisão são compartilhadas entre o médico e o doente ou seus representantes legais.[26]

E ainda:

> No mesmo diapasão encontra-se a manifestação do Presidente do Conselho Federal de Medicina, Edson de Oliveira Andrade, destacando que não está autorizando a eutanásia, mas apenas externando a afirmação de que os médicos devem respeitar a vida, tendo consciência de que a medicina pode e deve ajudar os seres humanos. Mas, "a medicina não pode ser algo arrogante que acha que pode superar os limites da natureza". Ressalta-se que o objetivo da resolução do CFM é "não submeter ninguém a sofrimento desnecessário" e que tal formulação foi produto de consenso obtido por amplo debate com a sociedade, de que participaram representantes dos mais diversos setores e pensamentos, desde médicos, cientistas, sociológicos, antropólogos até religiosos (padres, rabinos e etc).[27]

Moreira Aguiar citado por Cabette aponta a Lei Mário Covas como um precedente legal da resolução em comento: "Mencionado diploma já permitia aos doentes recusarem tratamentos dolorosos ou extraordinários para tentar prolongar a vida."[28]

No que diz respeito ao peso jurídico da Resolução nº 1.805/06, tem-se:

> Acontece que a Resolução 1.805/06, como qualquer outro diploma administrativo ou mesmo legal similar, não passa de um conjunto de regras referentes a certa categoria profissional, no caso, os médicos, adequando-se à primeira acepção apresentada de "Deontologia". Obviamente, uma normativa dessa natureza pode até fundar-se em certa perspectiva ou orientação ética, mas não esgota a discussão que, sob o aspecto ético, é

---

[26] CABETTE, 2009, p. 35.
[27] Ibid., p. 36.
[28] CABETTE, loc. cit.

> muito mais ampla e extrapola o mero espaço da atividade profissional ou dos conhecimentos específicos.[29]

A sobredita resolução foi suspensa, liminarmente, pela 14ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, em 2007, por ação proposta pelo Ministério Público Federal, distribuída sob o nº 2007.34.00.014809-3.[30]

Os argumentos utilizados pelo membro do Ministério Público Federal foram:

> Em apertada síntese das alegações do representante de Ministério Público Federal, afirmou que (a) a ortotanásia seria uma espécie de eutanásia e, neste sentido, faltaria à autarquia competência para a disciplina da matéria; (b) por esta razão, pedia a revogação da Resolução nº. 1.805/06, ou o estabelecimento, pelo Conselho Federal de Medicina, de critérios objetivos e subjetivos para permitir que o médico acate o desejo do paciente de suspender tratamentos extraordinários, desde que, com a prévia consulta ao Ministério Público, antes de qualquer suspensão.[31]

Pela análise superficial dos pedidos do Ministério Público Federal exigir que o paciente requeira judicialmente a prática da ortotanásia é igualá-la com a eutanásia, e ainda, retirar do paciente o direito de liberdade e autonomia.

Da decisão que concedeu a liminar pleiteada pelo *parquet*, extrai-se o entendimento do julgador:

> [...] o entendimento do magistrado que julgou o pedido é no sentido da impossibilidade do médico de acatar a decisão autônoma do paciente ou de seus familiares, ainda que à custa de um processo de morte injustificadamente prolongado. No entendimento do magistrado, ao que parece, não precisa haver um questionamento ético sobre a interferência dos avanços da tecnologia no agir médico e o paciente teria o dever de se submeter a qualquer tratamento médico proposto, ainda que não se coadune com a sua vontade.[32]

Veja-se que o magistrado seguiu o raciocínio do promotor, retirando do paciente a autonomia, o direito de escolha, e, salvo melhor juízo, a dignidade.

Ademais, “na ação judicial que suspendeu a Resolução nº 1.805/06, do Conselho Federal de Medicina, sobre limitar ou suspender procedimentos e

---

[29] Ibid., p. 15.
[30] LIMA, loc. cit.
[31] CARDOSO, loc. cit.
[32] CARDOSO, loc. cit.

tratamentos que prolonguem a vida do doente, havia confusões conceituais nesse sentido."[33]

Confusões que foram superadas, pois a ação foi julgada improcedente, após três anos de trâmite.

Extrai-se do sítio eletrônico do Conselho Federal de Medicina o teor da sentença que julgou improcedente a Ação Civil Pública que atacava a Resolução nº 1.805/06:

> A decisão divulgada pela 14ª Vara da Justiça Federal, sediada em Brasília, coloca ponto final em disputa que se arrastou por mais de três anos.
> Em sua sentença, o magistrado afirma que, após refletir a propósito do tema, chegou "à convicção de a resolução, que regulamenta a possibilidade de o médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis, realmente não ofende o ordenamento jurídico posto". Essa possibilidade esta prevista desde que exista autorização expressa do paciente ou de seu responsável legal.[34]

Para o Presidente do Conselho Federal de Medicina a sentença proferida nos moldes supracitado foi uma vitória para a categoria, veja-se:

> Estamos orgulhosos do desfecho alcançado. Trata-se de uma sentença que resgata nossa preocupação com o bem estar e o respeito ao direito de cada individuo. Prevaleceu uma posição amadurecida ao longo dos anos, saudou o presidente do Conselho Federal de Medicina, Roberto Luiz d'Avila, ao comentar a sentença.
> Para ele, a decisão valoriza a opção pela prática humanista na Medicina, em detrimento de uma visão paternalista, super-protetora, com foco voltado para a doença, numa busca obsessiva pela cura a qualquer custo, mesmo que isso signifique o prolongamento da dor e do sofrimento para o paciente e sua família.[35]

Desta feita, a justiça referendou a Resolução nº 1.805/06, reafirmando que a prática da ortotanásia é favorável e coaduna com as melhores técnicas de cuidados paliativos exercidos pelos médicos em pacientes terminais.

Aborda-se a seguir a Resolução nº 1.931/09.

---

[33] GOLDIM, loc. cit.

[34] JUSTIÇA valida Resolução 1805, que trata sobre ortotanásia**. Conselho Federal de Medicina**. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21154%3Ajustica-valida-resolucao-1805-que-trata-sobre-ortotanasia&catid=3%3Aportal&Itemid=1>. Acesso em: 20 maio 2011.

[35] JUSTIÇA, loc. cit.

3.2.1.3 Resolução nº 1.931/2009 do Conselho Federal de Medicina

Em 13 de abril de 2010, o Conselho Federal de Medicina reinseriu no campo legislativo o aconselhamento da ortotanásia, ao inserir no Código de Ética Médica, Resolução CFM nº 1.931/2009, a seguinte orientação:

> Art. 41. Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.
> Parágrafo único. 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.[36]

Sobre o artigo acima citado, Lima esclarece que "o Código de Ética Médica assegura ao profissional a possibilidade de abstenção de procedimentos abusivos e incompatíveis com a dignidade humana, de forma a reverenciar a autonomia da vontade do paciente."[37]

Amorim aponta as inovações que o novo Código de Ética Médica trouxe ao ordenamento jurídico:

> Ao civilista, interessa uma gama de assuntos renovados ou que passaram a ser regulados pela Resolução. Dentre eles, a vedação da eutanásia (Capítulo V, art.41), a regulamentação da ética médica nas doações de órgãos e tecidos (Capítulo VI e art.15, *caput,* do Capítulo III), a expressa contrariedade à criação de embriões supranumerários ou exclusivamente para estudos, e a proibição da manipulação genética (art.15 e art.16 do Capítulo III).
> A maior autonomia do paciente é sensível, inclusive na escolha e utilização dos métodos contraceptivos irreversíveis. Isso pode gerar nova problemática para a responsabilidade civil. Ao que parece, o médico escusa da responsabilidade tão somente cumprindo o dever de informação (art.42 do Capítulo V), privilegia-se o consentimento informado e a liberdade na disposição do próprio corpo.
> Algumas normas, ainda, merecem breves apontamentos, como é o caso do inciso XX do Capítulo I que, em contradição com o Código de Defesa do Consumidor (§4º, art.14) [03], afirma que "A natureza personalíssima da atuação profissional do médico não caracteriza relação de consumo".
> Também a regulamentação acerca da responsabilidade civil (inciso XIX do Capítulo I e no Capítulo III, art.1º) merece cuidados. O código rejeita a responsabilização objetiva e a presunção de culpa, no entanto, o Judiciário deve permanecer invertendo o ônus da prova em favor do paciente (art. 6º, inciso VIII, do CDC), já que é o médico quem tem aparato e conhecimento

---

[36] OLIVEIRA JÚNIOR, Eudes Quintino de. Homicídio piedoso descriminalização. **Consulex**, Brasília, DF, ano 14, n. 322, p. 37, 15 jul. 2010.

[37] LIMA, loc.cit.

> técnico para a produção qualificada da prova. Ademais, dificilmente a redação trará maior harmonia às questões judiciais acerca da responsabilidade civil do cirurgião plástico e a celeuma sobre a natureza de sua obrigação, se de fim ou de meio.
> Dentre tantas alterações ou modernizações, ressalta importância ao civilista a regulamentação da ortotanásia.[38]

A nova resolução além de proibir a prática da eutanásia, imprimiu sobre a ortotanásia a característica de humanização. Outrossim, concedeu aos médicos maior segurança na utilização dos procedimentos paliativos nos pacientes terminais, que padecem nos hospitais com tratamentos inócuos e sem eficácia alguma.[39]

Amorim ressalta que a sobredita resolução trouxe à baila a necessidade da humanização nos cuidados com os pacientes terminais:

> Deve-se ressaltar os avanços que a regulamentação da ortotanásia no Código de Ética Médica não abrevia a luta pela humanização no cuidado dos pacientes terminais, mas certamente reforça o direito social à morte digna e o direito subjetivo à vida, que deve ser gozada de forma especial e harmônica respeitando os limites do corpo, dos sentimentos e do tempo. Certo é que sobre os mistérios da vida e da morte, deve ser dado a cada pessoa humana conhecer e se determinar.[40]

Contudo, questiona-se a validade e eficácia da supracitada norma, pois a prática da ortotanásia é apontada como criminosa por alguns doutrinadores da área penal. E ainda, o direito à morte digna estabelecido pela ortotanásia conflita, em tese, com o direito à vida, previsto no texto constitucional.

3.3 LEGISLAÇÃO PROJETADA

O Projeto de Lei nº 6.544/09 visa à regulamentação de procedimentos relativos aos pacientes, com o objetivo de dar dignidade ao “paciente em fase terminal de enfermidade, de modo que tenham alívio da dor e do sofrimento,

---

[38] AMORIM, Ricardo Henriques Pereira. O novo Código de Ética Médica e o direito à morte digna. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2627, 10 set. 2010. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/17381>. Acesso em: 18 mar. 2011.
[39] AMORIM, loc. cit.
[40] AMORIM, loc. cit.

preservando-se, sempre que possível sua lucidez e o convívio familiar e de amizade."[41]

Sobre o caráter criminal deste procedimento, releva ponderar que "o Código Penal, elaborado em 1940, erigiu à categoria de crime de homicídio a conduta daquele que, agindo com sentimentos de piedade e compaixão, pratique ato terminativo que venha a livrar o paciente da dor e do sofrimento."[42]

Sendo assim, "o profissional da saúde que agir imbuído de intenção piedosa comete o crime de homicídio, que leva o rótulo de privilegiado em razão do relevante valor social ou moral."[43]

Com a finalidade de retirar o caráter criminal da prática da ortotanásia, no ano de 2000, o Senador Gerson Camata, propôs um Projeto de Lei PSL nº 116/00, com conteúdo idêntico ao do Projeto de Reforma do Código Penal, acrescentado por um outro parágrafo, disciplinando os procedimentos a serem adotados em caso de suspensão do tratamento médico curativo, cujo teor é retirar a ilicitude da ortotanásia.[44]

Cardoso aborda os requisitos para a prática da ortotanásia, previstos no Projeto de Lei nº 116/00:

> O parágrafo 6º do Projeto de Lei de autoria do senador Gerson Camata, proposto no ano de 2000 e ainda em tramitação, tem conteúdo idêntico ao proposto no parágrafo 4º do anteprojeto da Parte Especial do Código Penal. De acordo com o previsto para o parágrafo 6º, seriam requisitos para a configuração da ortotanásia:
> *. morte como iminente e inevitável:* é preciso que o paciente ingresse no processo de terminalidade, que não tem prazo fixado, mas que pode ser verificado, tendo em vista a ocorrência de alguns pressupostos, tais como a falta de resposta à terapêutica curativa, a progressividade da doença e um prognóstico de morte breve;
> *. iminência e inevitabilidade da morte, atestadas por dois médicos*: com a observação de que estes médicos não devem fazer parte da equipe que cuida do paciente, nem tampouco serem membros da equipe médica responsável pelo transplante de órgãos. A despeito de a lei não ser clara no tocante a quem pode proceder a ortotanásia, é perfeitamente compreensível que somente ao médico é possível indicá-la, uma vez que a manutenção artificial da vida ou a indicação de terapias extraordinárias são responsabilidades médicas;
> *. o meio para a manutenção da vida deve ser artificial*: ou seja, o médico não teria a obrigatoriedade de manter a vida do paciente por meio artificial.[45] (grifo do autor)

---

41 MARTINI, 2010, p. 34.
42 OLIVEIRA JÚNIOR, 2010, p. 35.
43 Ibid., p. 36.
44 Ibid., p. 37.
45 CARDOSO, loc. cit.

Observa-se um equívoco no projeto de lei, ou uma extravagância, pois a ortotanásia não comporta meio artificial de vida. Neste pensar adverte Cardoso:

> É preciso notar que a disciplina da ortotanásia, no projeto do senado, também vai além do entendimento atual do que seria ortotanásia. Aqui se fala em *meio artificial* e, neste sentido, estariam abrigados os pacientes em estado vegetativo persistente, mantidos artificialmente por meio de suporte vital.
> No entanto, quando o projeto, em seu parágrafo 7º, faz menção à *"obstinação terapêutica"* bem como à *"omissão de meios terapêuticos ordinários"* leva a crer que está, neste momento, tratando da ortotanásia. O problema é que este parágrafo não é uma conclusão lógica do anterior, pois a possibilidade de desligamento de suporte vital não se encontra abrigada no conceito.
> Deixar de manter a vida de alguém por *"qualquer meio artificial"* (como está no parágrafo 6º) não é deixar de administrar *"tratamento extraordinário"*, que são atitudes terapêuticas completamente diversas.[46] (grifo do autor)

Sendo assim, observa-se que o tema ainda é mal interpretado, não só pelo meio jurídico, mas pelo legislativo também.

Neste pensar:

> Também é interessante notar que tanto a Resolução 1.805/06, como os projetos de reforma do Código Penal que vêm sendo apresentados não são bastante claros e restritivos em sua formulação semântica e conceitual. Isso é bastante preocupante, principalmente tendo em conta a diversidade de modalidades e classificações de eutanásia e a recorrente confusão conceitual entre ortotanásia e eutanásia passiva, mesmo entre os juristas. Seria aconselhável que diplomas legais e regulamentares sobre o tema deixassem bem claro o alcance da autorização concedida, a qual deve-se restringir à ortotanásia propriamente dita (distinta da eutanásia passiva) e à eutanásia indireta.[47]

De outro norte, necessário citar que outro projeto de lei encontra-se sob análise no país. É o Projeto de Lei nº 6.715/09, que confere legalidade na abstenção do uso de meios extremos no tratamento de doença incurável e irreversível. A proposta legislativa insere um artigo no Código Penal para estabelecer que não é crime, no âmbito dos cuidados paliativos aplicados a paciente terminal, deixar de fazer uso de meios desproporcionais e extraordinários. No entanto, exige que esta opção seja autorizada pelo próprio paciente ou, em caso de impossibilidade, por familiar próximo.

Contudo, até que haja alteração na lei penal brasileira a ortotanásia pode ser tipifica como criminosa.

---

[46] CARDOSO, loc. cit.
[47] CABETTE, 2009, p. 110.

4 ORTOTANÁSIA: RESPEITO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA OU OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA

Neste capítulo, enfrenta-se a problemática principal da presente pesquisa, ou seja, a verificação da legalidade da ortotanásia frente ao princípio da dignidade humana.

O tema ora proposto retrata a grande discussão sobre o ato médico de suspender os procedimentos terapêuticos, do paciente que se encontra com o processo morte iniciado, a pedido do próprio doente terminal ou de seus familiares.

A análise desta problemática requer cuidado, pois o assunto morte está inserido dentre os assuntos mais polêmicos e divergentes.

Com o objetivo de analisar a legalidade da ortotanásia, inicia-se o presente capítulo com a abordagem dos diferentes entendimentos sobre a ortotanásia. Na sequência, aborda-se o conflito dos direitos constitucionais da dignidade da pessoa humana e o direito à vida no tema ortotanásia.

Ato contínuo passa-se ao estudo dos critérios para a solução de conflitos de direitos e princípios constitucionais.

Por fim, faz-se a análise da legalidade da ortotanásia com base no princípio da dignidade da pessoa humana.

4.1 OS DIFERENTES ENTENDIMENTOS DOUTRINÁRIOS SOBRE A ORTOTANÁSIA

Aponta-se a seguir os fundamentos das diferentes opiniões sobre o tema.

4.1.1 Ofensa à vida

A ortotanásia é apontada como uma afronta ao direito fundamental à vida, prevista na Carta Magna de 1988, como garantia constitucional.

Mister, portanto, definir este direito, para posteriormente verificar-se se a ortotanásia o ofende.

Amorim cita que:

> Vida não é conceito que se contenha em dicionários. Conceituar esse fenômeno, se é que de fenômeno se trata, é cumprir uma jornada aventureira por todos os aspectos da humanidade, deliberando sobre história, sociologia, filosofia, religião, ciência, e também Direito. Mais difícil ainda será encontrar respaldos para delimitar a vida qualificada por digna.[1]

O direito à vida é uma garantia constitucional irrenunciável. O legislador ao dispor a referida garantia no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, objetivou dar segurança máxima a este direito.

Frisa-se que a vida é definida pela Carta Magna de forma ampla, não abrangendo apenas o direito de nascer, como também o direito de permanecer vivo com dignidade.

Para Martini "a vida humana deve receber todo cuidado e atenção, desde a concepção até completar seu curso natural, pois todo ser humano tem direito de nascer, crescer e chegar ao fim da vida com dignidade."[2]

A prática da ortotanásia é apontada como criminosa por alguns doutrinadores da área penal. E ainda, o direito à morte digna estabelecido pela ortotanásia conflita, em tese, com o direito à vida, previsto no texto constitucional.

Nesse passo, ainda que a ortotanásia ofenda o direito a vida, na visão de poucos, o direito à vida não é absoluto, devendo no caso da ortotanásia ser visto sob o enfoque da dignidade humana, no momento morte, para que os pacientes terminais tenham uma morte digna.

4.1.2 A imputação de homicídio privilegiado ao médico pela prática da ortotanásia

---

[1] AMORIM, Ricardo Henriques Pereira. O novo Código de Ética Médica e o direito à morte digna. **Jus Navigandi,** Teresina, ano 15, n. 2627, p. 2, 10 set. 2010. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/17381>. Acesso em: 18 mar. 2011.

[2] MARTINI, Miguel. Ortotanásia, sim; eutanásia, não!! **Consulex**, Brasília, DF, ano 14, n. 322, p. 33. 15 jul. 2010.

Alguns doutrinadores jurídicos apontam a prática da ortotanásia como tipificadora do ilícito de homicídio privilegiado, previsto no artigo 121, § 1º, do Código Penal.

Sobre o caráter criminal deste procedimento, releva ponderar que "o Código Penal, elaborado em 1940, erigiu à categoria de crime de homicídio a conduta daquele que, agindo com sentimentos de piedade e compaixão, pratique ato terminativo que venha a livrar o paciente da dor e do sofrimento."[3]

Cabette informa que:

> Em geral, os comentaristas do Código Penal brasileiro não se aprofundam no tema ora vertido e limitam-se a catalogar tanto a eutanásia como a ortotanásia, normalmente equiparada esta à eutanásia passiva, como espécies de homicídios (CP, art. 121) nos casos em que o autor suprime a vida do moribundo movido por piedade e compaixão. Quando há algum auxílio para que o próprio moribundo dê cabo de sua vida (suicídio assistido), acena-se como o art. 122, CP. Participação em Suicídio. O móvel compassivo é apontado como configurador do "relevante valor moral" como privilégio no homicídio ou atenuante genérica na participação em suicídio (respectivamente CP, arts. 121, § 1º, 65, III, "a").[4]

Franco citado Cabette "apresenta a morte eutanásica indistintamente como "*exemplo clássico de homicídio privilegiado",* no que é seguido, dentre muitos outros, por Bitencourt."[5]

Mirabete citado por Cabette, vai além e afirma com veemência que a ortotanásia tipifica o crime de homicídio, veja-se:

> Assim, o autor do homicídio praticado com o intuito de livrar um doente, irremediavelmente perdido, dos sofrimentos que o atormentam (eutanásia) goza de privilégio da atenuação da pena. O Código Penal Brasileiro não reconhece a impunibilidade do homicídio eutanásico, haja ou não o consentimento do ofendido, mas, em consideração ao motivo, de relevante valor moral, permite a minoração da pena. É possível a eutanásia propriamente dita (ação ou omissão do sujeito ativo que, por sua natureza ou intenção causa a morte, por ação ou omissão com a finalidade de evitar a dor) e mesmo a ortotanásia (emprego de remédios paliativos, acompanhamento médico sem procedimento de cura etc.), mas discute-se a possibilidade de não se falar em homicídio quando se interrompe uma vida mantida artificialmente por meio de aparelhos.[6]

---

[3] OLIVEIRA JÚNIOR, Eudes Quintino de. Homicídio piedoso descriminalização**. Consulex**, Brasília, DF, ano 14, n. 322, p. 35, 15 jul. 2010.

[4] CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Eutanásia e ortotanásia**: comentários à Resolução 1.805/06 CFM. Aspectos éticos ou jurídicos. Curitiba: Juruá, 2009. p. 87.

[5] CABETTE, loc. cit.

[6] Ibid., p. 88.

A Ordem dos Advogados do Brasil sobre o assunto firmou entendimento que a ortotanásia prevista na resolução do Conselho Federal de Medicina afronta as normas penais vigentes no país, podendo o médico responder por omissão de socorro, ou ainda, crimes mais graves como homicídio ou participação em suicídio.[7]

Oliveira afirma que, “o profissional da saúde que agir imbuído de intenção piedosa comete o crime de homicídio, que leva o rótulo de privilegiado em razão do relevante valor social ou moral.”[8]

Vê-se que dentre os doutrinadores penais supracitados a ortotanásia tipifica o crime de homicídio privilegiado.

4.1.3 Direito à morte digna

A morte é, sem dúvida alguma, um dos grandes temores da humanidade.

Goldim disserta que:

> A morte, ao longo de toda a história humana, foi um dos mais importantes temas de reflexão. Questões envolvendo o temor à morte, a busca da imortalidade, o suicídio e a eutanásia foram temas abordados por inúmeros autores da Medicina e da Filosofia.[9]

Observa-se, portanto, que a antítese vida e morte é presente no cotidiano humano, todos os dias nos deparamos com nascimentos e falecimentos.

O prolongamento do processo morte além de causar sofrimento ao paciente terminal e a seus familiares, retira a dignidade da pessoa humana.

Martini acompanha este raciocínio:

> Quando se trata de prolongar a vida artificialmente, se tal procedimento não levar à esperança de reversão do quadro clínico ou da recuperação do paciente em casos terminais, de nada adianta, pois somente prolonga o próprio sofrimento e dos familiares.
> Um fato de conhecimento mundial que exemplifica o que estamos falando foi vivido pelo Papa João Paulo II. Diante de sua enfermidade, mantê-lo vivo

---

7 CABETTE, loc. cit.
8 OLIVEIRA JÚNIOR, 2010, p. 36.
9 GOLDIM, José Roberto. O direito de morrer: bioética, morte e morrer. **Consulex**, Brasília, DF, ano 14, n. 322, p. 28, 15 jul. 2011.

> artificialmente, sobrevivendo por aparelhos, em nada traria a melhora do seu quadro clínico. Os recursos artificiais certamente prolongariam seu sofrimento e o de todos que o amavam.[10]

E complementa:

> É mais ético e moral que se procure aliviar a dor do paciente e que se lhe ofereça qualidade de vida junto a seus familiares, evitando intervenções agressivas que não tragam esperança de vida, e sim mais dor e desgaste para ele próprio e sua família. É uma decisão aceita pela sociedade e pela Igreja.

Nesse passo, alguns pacientes com processo de morte iniciado declaram o desejo de terem uma morte digna, ou seja, solicitam que os procedimentos médicos de prolongamento inútil sejam cessados, para que a morte ocorra naturalmente, com o objetivo de manterem sua dignidade humana até o findar de seus dias.

Sobre o direito de decisão do paciente, como titular de sua própria vida, disserta Sá:

> Tradicionalmente, o que se sustenta é que a vida humana constitui bem jurídico de titularidade social, não individual, e o princípio da indisponibilidade da vida é consequência dessa assertativa.
> Inobstante tal afirmação, modernamente, o que se vê é o surgimento de outra corrente, contrária a anterior, que afirma a disponibilidade da vida, sendo certo que ao seu titular há de ser reconhecida a liberdade de disposição. É que, como se disse no segundo capítulo deste trabalho, mister se faz o respeito ao princípio da dignidade da vida de cada indivíduo. Não se trata, portanto, de referência retórica, mas de verdadeiro caráter normativo, em que o ser humano apresenta-se como fim de si mesmo – tem direitos subjetivos, exerce situações subjetivas e traça planos de vida. Ora, se é assim em vida, por que não poder escolher a forma como se quer morrer? Se a vida lhe pertence (cumpre lembrar que não há qualquer punição À forma tentada de suicídio), por que não há de lhe pertencer sua morte, já que está é parte integrante daquela?[11]

A ortotanásia garante ao doente uma morte digna, sendo um procedimento legal, pois é respaldada nos princípios da dignidade da pessoa humana, autonomia da vontade e liberdade.

---

[10] MARTINI, 2010, p. 33.

[11] SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de morrer**: eutanásia, suicídio assistido. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 178.

Ressalta-se que a liberdade é um direito fundamental do ser humano, veja-se:

> A liberdade, entre outros valores tais como a igualdade, a justiça e a segurança, é assegurada no preâmbulo da nossa atual Constituição, que os proclama "valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos". O art. 5º, caput, reconhece como invioláveis os direitos (fundamentais) à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. O inciso VI desse dispositivo, por sua vez, garante especificamente a liberdade de consciência e de crença. Como decorrência dessa liberdade, o inciso VIII estabelece que "ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei". Por fim, destacamos o artigo 4º, inciso III, que reconhece como um dos princípios fundamentais a reger as relações internacionais do país a auto-determinação dos povos.[12]

Gomes complementa este raciocínio:

> Na nossa opinião, mesmo *de lege data* (tendo em vista o ordenamento jurídico vigente hoje), desde que esgotados todos os recursos terapêuticos possíveis e desde que cercada a morte de certas condições razoáveis (anuência do paciente, que está em estado terminal, sendo vítima de grande sofrimento, inviabilidade de vida futura atestada por médicos etc.), a eutanásia (morte ativa), a morte assistida (suicídio auxiliado por terceiro) e a ortotanásia (cessação do tratamento) não podem ser enfocadas como um fato materialmente típico porque não constitui um ato desvalioso, ou seja, contra a dignidade humana, senão, ao contrário, em favor dela.[13]

Rocha também disserta:

> Não se questiona que a sociedade atual nega a morte, nada mais natural, pois a morte é desconhecida e provoca medo, assim, afim de fugir do medo, nega-se (ou ao mesmo se procura esquecer) que a morte deverá chegar, mas ainda assim, questiona-se a obrigação de viver. Atualmente, a possibilidade de se questionar se convém ou não morrer, e a possibilidade de reivindicar o direito à morte advém justamente do conflito entre o direito à vida e à liberdade, bem como a dignidade humana, sendo que estes dois últimos direitos prevalecem sobre a própria vida biológica.[14]

---

[12] MOLLER, Letícia Ludwig. **Direito à morte com dignidade e autonomia**: o direito à morte de pacientes terminais e os princípios da dignidade e autonomia da vontade. Curitiba: Juruá, 2008. p. 142-143.

[13] 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 12, n. 1305, p. 1, 27 jan. 2007. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/9437>. Acesso em: 18 mar. 2011.

[14] ROCHA, Augusto Filipe Azevedo. **Eutanásia, ortotanásia e distanásia em face da dignidade humana, o direito à vida, e os direitos de personalidade no direito pátrio**. BDJur, Brasília, DF, 25 fev. 2008. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/16489>. Acesso em: 18 mar. 2011.

Assim, vê-se que a "morte digna", respeita a razoabilidade, retira a atipicidade material da conduta, pois a morte, no caso da ortotanásia, não é arbitrária, tampouco desarrazoada ou desmotivada.[15]

4.2 O CONFLITO ENTRE OS DIREITOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO À VIDA

O direito à vida é inato ao ser humano.

Ocorre que, o direito fundamental à vida é encarado por alguns autores como sendo o mais fundamental dos direitos, já que é pressuposto dos demais. Neste pensar, é possível supor que o direito à vida deve prevalecer em detrimento de qualquer outro direito.

Contudo, como visto anteriormente o direito à vida não é um direito absoluto no ordenamento jurídico, pois suporta exceções, nos casos de guerra declarada, ou de aborto legal, ou seja, quando conflita com outro direito fundamental, como é o caso da dignidade da pessoa humana.

Desta feita, tanto o direito à vida deve ser protegido como o direito à dignidade do paciente no processo de morte também deve ser respeitado.

Gomes afirma que:

> Dono da vida, o ser humano deve ser também, dentro de determinadas circunstâncias e segundo certos limites, o dono da sua própria morte. Não há nenhuma censura (reprovação) ética ou jurídica na chamada “morte digna”, que é a morte desejada por quem já não tem mais possibilidade de vida e que, em estado terminal, está sofrendo muito. A morte nessas circunstâncias, rodeada de vários cuidados (para que não haja abuso nunca), não se apresenta como uma morte arbitrária, ou seja, não gera um resultado jurídico desvalioso, ao contrário, é uma morte “digna”, constitucionalmente incensurável.[16]

Neste diapasão, Silva afirma que:

> Agredir o corpo humano é um modo de agredir a vida, pois esta se realiza naquele. A integridade fisio-corporal constitui, por isso, um bem vital e

[15] GOMES, loc. cit.
[16] GOMES, loc. cit.

> revela um bem fundamental do indivíduo [...] É um direito fundamental que não interessa somente ao Estado, mas também a humanidade.[17]

Moraes ensina que a dignidade da pessoa é:

> Um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos [...] **Este princípio fundamental resume-se: viver honestamente, não prejudicar ninguém e dê a cada um o que é devido.**[18] (grifo nosso).

Neste princípio, o que se defende é a pessoa humana enquanto valor, sendo considerado, portanto, princípio absoluto, núcleo essencial dos direitos fundamentais.

O princípio da dignidade da pessoa humana visa impedir não apenas o sofrimento físico, bem como o sofrimento moral. Sendo assim, impossível impedir que o indivíduo sofra qualquer dano, seja de ordem física ou psíquica, sob pena de infringir o direito fundamental da dignidade da pessoa humana.

Da mesma forma, não é lícito infringir o direito à vida.

Gomes retrata o conflito:

> A base dessa valoração decorre de uma ponderação (em cada caso concreto) entre (de um lado) o interesse de proteção de um bem jurídico (que tende a proibir todo tipo de conduta perigosa relevante que possa ofendê-lo) e (de outro) o interesse geral de liberdade (que procura assegurar um âmbito de liberdade de ação, sem nenhuma ingerência estatal), fundado em valores constitucionais básicos como o da dignidade humana.
> Todas as normas e princípios constitucionais pertinentes (artigos 1º, IV - dignidade da pessoa humana -; 5º: liberdade e autonomia da vontade etc.) conduzem à conclusão de que não se trata de uma morte (ou antecipação dela) desarrazoada (ou abusiva ou arbitrária).
> Não há dúvida que o art. 5º da CF assegura a inviolabilidade da vida, mas não existe direito absoluto. Feliz, portanto, a redação do art. 4º da Convenção Americana de Direitos Humanos, que diz: ninguém pode ser privado da vida "arbitrariamente".
> Há muitos que afirmam que a vida e a morte pertencem a Deus (isso decorre da relevante liberdade constitucional de crença). Mas no plano terreno (e

---

[17] SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 187-188.

[18] MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 128-129.

> jurídico) o que temos que considerar é a Constituição Federal, os tratados internacionais e o Direito infraconstitucional. Na esfera constitucional o fundamental nos parece respeitar os princípios da dignidade humana e da liberdade (que significa direito à autodeterminação). Eles não conflitam com o direito à eutanásia ou ortotanásia ou morte assistida, ao contrário, constituem a base da chamada "morte digna".
> Por seu turno, proclama o Direito Internacional vigente no Brasil (Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, art. 6º, e Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San Jose -, art. 4º), que conta com *status* supralegal, nos termos do voto do Min. Gilmar Mendes (STF, RE 466.343-SP, rel. Min. Cezar Peluso), o seguinte: o direito à vida é inerente à pessoa humana. Esse direito deve ser protegido por lei e ninguém pode ser *arbitrariamente* privado dele.
> Enfatizando-se: ninguém pode ser privado da vida *arbitrariamente*. Em conseqüência, havendo justo motivo ou razões fundadas, não há como deixar de afastar a tipicidade material do fato (por se tratar de resultado jurídico não desvalioso). Essa conclusão nos parece válida seja para a ortotanásia, seja para a eutanásia, seja para a morte assistida, seja, enfim, para o aborto anencefálico. Em todas essas situações, desde que presentes algumas sérias, razoáveis e comprovadas condições, não se dá uma morte arbitrária ou abusiva ou homicida (isto é, criminosa).[19] (grifo do autor)

A ortotanásia depara-se, portanto, com dois direitos constitucionais em conflito, o direito à vida em conflito com o da dignidade da pessoa humana.

No ordenamento jurídico vigente inexiste hierarquia entre os princípios constitucionais, de forma que, ocorrendo conflito entre direitos previstos na constituição, faz-se necessário o uso do princípio da proporcionalidade para a solução de casos concretos. [20]

Lima ensina que os dois direitos, tanto o direito à vida quanto o da dignidade, são igualmente “protegidos pela ordem estatal, são patrimônios e valores supremos.”[21]

Contudo, há situações que estes direitos conflitam. É o caso dos doentes crônicos, que a doença atinge um estágio avançado, que o médico não visualiza nenhuma possibilidade de cura, sobrando somente recursos terapêuticos e medicinais que prolongam o processo de morte, o qual é inevitável.

Tem-se, portanto, instalado o conflito entre direitos constitucionais sobre a prática da ortotanásia, de um lado a dignidade da pessoa humana e do outro o direito à vida.

---

[19] GOMES, loc. cit.

[20] ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 151.

[21] LIMA, Carlos Vital. Ortotanásia e cuidados paliativos: instrumentos de preservação da dignidade humana. **Consulex**, Brasília, DF, ano 14, n. 322, p. 31, 15 jul. 2010.

4.3 CONFLITO ENTRE DIREITOS CONSTITUCIONAIS E CRITÉRIOS PARA A SOLUÇÃO DESTES CONFLITOS NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Os princípios constitucionais e os direitos fundamentais servem de sustentação do texto constitucional.

Neste pensar, estes direitos devem ser harmônicos e compatíveis entre si.

Motta dispõe sobre o princípio da concordância prática ou harmonização, veja-se:

> A Constituição Federal é composta por um conjunto de princípios e normas de idêntico peso hierárquico, organizados de forma sistemática, **segue-se que a aplicação de um deles não pode ser feita em detrimento de outro.**
> Em outros termos, a aplicação de um dispositivo constitucional não pode ser feita de modo a resultar na perda de valor ou de eficácia de outro.[22] (grifo do autor).

Porém, em alguns casos, como da ortotanásia, observa-se que os direitos constitucionais divergem numa mesma situação, sendo necessária a resolução de uma antinomia jurídica.

Motta leciona sobre o conflito entre os princípios constitucionais:

> A existência de interesses contrapostos na Constituição leva à necessidade de estudar como solucionar estes conflitos. A partir do momento em que a Constituição é uma e que o intérprete também deve procurar harmonizar os conflitos sociais e ideológicos que os próprios legisladores constituintes tiveram que administrar, é correto afirmar que precisamos aprender a ponderar, compatibilizar, harmonizar os interesses reconhecidos no texto da Carta Magna, por mais díspares que possam parecer.
> Aqui temos uma hipótese de surgimento das chamadas **antinomias,** que ocorrem quanto temos duas normas em conflito, cada qual dizendo que um mesmo problema deve ser solucionado desta ou daquela forma. Antinomia é simplesmente um conflito de normas. Às vezes o conflito é aparente e sua solução se dá com o uso de determinados critérios de valoração de uma ou outra norma, a fim de ver qual prevalece; outras vezes o conflito é real, fruto da incompetência do legislador ou da perpetuação na norma dos conflitos originários (ou seja, as normas apenas repetem as “brigas” que os que as redigiram vinham travando). Nesse ponto, os princípios terão ainda mais importância para resolver o problema.[23] (grifo do autor).

---

[22] MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da. **Direito constitucional**: teoria, jurisprudência e questões. 21. ed. atual. até a Emenda Constitucional n. 56/2007. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 38-39.

[23] MOTTA FILHO, 2009, p. 57.

Diniz confirma a classificação quanto ao critério de solução, *in verbis*:

> Pode-se classificar as antinomias quanto:
> Ao critério de solução. Hipótese em que se terá: a) antinomia aparente, se os critérios para solucioná-la forem normas integrantes de ordenamento jurídico; e b) antinomia real, se não houver na ordem jurídica qualquer critério normativo para sua solução, sendo, então, imprescindível para a sua eliminação, e edição de uma nova norma.[24]

Desta feita, no caso de conflito existente entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida, deve-se perquirir uma harmonização entre estes direitos.

A antinomia instalada sobre a ortotanásia é classificada como antinomia aparente, pois não advêm de incompetência legislativa ou de conflitos de normas originárias.

Nesse passo, a solução para o conflito em liça será a conciliação harmônica desses direitos, "reduzindo-se proporcionalmente o alcance jurídico de ambos."[25]

Vicente Paulo citado por Motta ensina:

> O princípio da harmonização fundamenta-se na idéia de igual valor dos bens constitucionais (ausência de hierarquia entre dispositivos constitucionais), que impede, como solução, o sacrifício de uns em relação aos outros, e impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre esses dispositivos.[26]

Na harmonização, mister a utilização do princípio da proporcionalidade. Sobre o princípio da proporcionalidade, Silva disserta que:

> A aplicação do princípio da proporcionalidade repousa, portanto, na necessidade de construir-se o Direito pela utilização da norma positivada de forma coerente, harmonizando, sempre que possível, os vários interesses antagônicos que coadjuvam uma mesma relação jurídica. Quando ocorre uma colisão de princípios é preciso verificar qual deles possui maior peso diante das circunstâncias concretas, implicando regras cujo estabelecimento depende de uma ponderação. O dever de proporcionalidade, deste modo, deve ser resultante de uma decorrência coesa do caráter principal das normas. Assim, o princípio da proporcionalidade representa a exata medida em que deve agir o Estado, em suas funções específicas. Deste modo, este

---

[24] DINIZ, Maria Helena. **Conflito de normas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 25.
[25] MOTTA FILHO, op. cit., p. 38-39.
[26] Ibid., p. 39.

> não deve agir com demasia, da mesma forma que não pode agir de modo insuficiente na realização de seus objetivos. Além da força de limitação da intervenção do Estado o princípio de proporcionalidade também está relacionado à proteção substancial do indivíduo. Ocorrerá violação ao princípio da proporcionalidade sempre que o administrador, tendo dois valores legítimos a sopesar, priorizar um a partir do sacrifício exagerado do outro.[27]

Nesse pensar, diante da impossibilidade de concordância de direitos num caso específico, o intérprete deverá fazer uso do critério de solução denominado sopesamento.

Dworkin citado por Espíndola estabeleceu, dentre outros critérios, o critério de que "os princípios possuem uma dimensão que não é própria das regras jurídicas: a dimensão do peso ou importância."[28], veja-se:

> [...] quando se entrecruzam vários princípios, quem há de resolver o conflito deve levar em conta o peso relativo de casa um deles. [...] As regras não possuem tal dimensão. Não podemos afirmar que uma delas, no interior do sistema normativo, é mais importante do que outra, de modo que, no caso de conflito entre ambas, deva prevalecer uma em virtude do seu peso maior. Se duas regras entram em conflito, uma delas não é válida.[29]

Nesse sentido, Espíndola ensina:

> Em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objeto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas 'exigências' ou *standards* que, em 'primeira linha (*prima facie*), devem ser realizados; as regras contêm 'fixações normativas' definitivas, sendo insustentável a validade simultânea da regras contraditórias.[30] (grifo do autor).

No caso de uma antinomia jurídica de regras, uma é declarada válida e a outra regra é declarada nula. Já, no caso dos princípios, a consequência é diversa: observa-se qual princípio possui peso maior naquele caso concreto, ocasião em que o intérprete aplicará o princípio com peso maior à situação específica, pondo fim à lide. Contudo, frisa-se que os princípios divergentes não são em hipótese alguma declarados nulos, são válidos após a ponderação.

---

[27] SILVA, Roberta Pappen da. Algumas considerações sobre o princípio da proporcionalidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 565, p. 1-2, 23 jan. 2005. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/6198>. Acesso em: 3 nov. 2010.

[28] ESPÍNDOLA, 2002, p. 64.

[29] Ibid., p. 64-65.

[30] Ibid., p. 67.

Para a solução de conflitos desta natureza, observa-se a norma mais justa ao caso em comento, ou seja, “o critério dos critérios para solucionar as antinomias de segundo grau conduz ao apelo ao valor *justum*, pelo qual se prefere, entre duas normas incompatíveis, a mais justa.”[31]

Diniz ensina que:

> A ideologia permite solucionar antinomias jurídicas, obrigando o jurista e o aplicador a lerem as normas conflitantes sob a luz dos valores e dos princípios gerais de direito, indicando-lhes os pontos de partida de uma argumentação jurídica e de uma solução ao conflito, sob o prisma da lógica razoável.[32]

Assim, na colisão do princípio da dignidade da pessoa humana com o direito à vida, utiliza-se a técnica do sopesamento.

Para Silva:

> A ponderação entre os bens que estão em jogo é feita através da aferição dos valores, que é a técnica correta no caso da colisão entre os direitos fundamentais. Assim, o método da concordância prática e a lei da ponderação ou princípio da proporcionalidade em sentido estrito são os meios de concretização de normas constitucionais de natureza principal. Destarte, várias possibilidades de interpretação das normas constitucionais que convierem ao caso devem ser utilizadas. Deste modo, é a partir do princípio da proporcionalidade que se opera o "sopesamento" dos direitos fundamentais, assim como dos bens jurídicos quando se encontram em estado de contradição, oferecendo ao caso concreto uma solução ajustadora de condenação e cominação dos bens em colisão.[33]

Do exposto, vê-se que o sopesamento significa estabelecer a relevância específica, de um princípio em relação a outro direito que lhe seja conflitante, levando em consideração o peso abstrato de cada um deles, e ainda, as restrições a serem concretamente impostas a cada um deles.

Na problemática enfrentada nesta pesquisa, têm-se, que a morte digna permitida mediante a ortotanásia protege o direito a dignidade até o findar da sua existência humana, direito este que, no caso específico, se sobrepõe a garantia constitucional de proteção à vida.

---

31 DINIZ, 2001, p. 93.
32 Ibid., p. 93-94.
33 SILVA, 2005, p. 6.

4.4 ORTOTANÁSIA: RESPEITO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA OU OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA

Viu-se no primeiro capítulo que a dignidade da pessoa humana é um valor inerente ao indivíduo, visando a proteger seus direitos fundamentais. É um misto de valor psíquico e moral, variável entre os indivíduos.

O princípio da dignidade da pessoa humana está previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal[34] e protege a integridade da pessoa humana, deixando-a salva de qualquer humilhação ou agressão aos seus direitos fundamentais.

Sobremais, protege o direito à vida saudável, tanto física quanto mental do ser humano, independentemente de sua origem ou condição social. E ainda, protege o desenvolvimento total de cada indivíduo, sem que haja impedimentos externos na realização deste.

Os enfermos são considerados sujeitos de direitos, usufruindo de todos os direitos fundamentais, assegurados o desenvolvimento moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade, elementos indispensáveis no decorrer de toda a sua existência humana.

A dignidade da pessoa humana é o núcleo essencial dos direitos fundamentais e a preservação desse direito é fator essencial para que o paciente de doença crônica tenha dignidade durante todo o seu tratamento, inclusive no processo morte.

Os doentes terminais entendidos como sujeitos de direitos devem sim, usufruir de seus direitos fundamentais, como o direito à vida e à saúde, à liberdade, respeito e dignidade.

O direito à liberdade, artigos 5º, *caput* e 227, da Constituição Federal[35], garantem o direito de liberdade a todos os cidadãos, indistintamente.

O direito à liberdade compreende o direito de ir e vir, bem como o de manifestar opinião e expressão.

---

[34] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 2001. p. 3.

[35] BRASIL, loc. cit.

O direito ao respeito abrange de uma maneira especial a preservação da imagem e da identidade pessoal, protegendo enfermo de qualquer ofensa ou ameaça que possa agredir a sua personalidade física ou moral.[36]

A concepção dos direitos da personalidade está atrelada ao reconhecimento de valores inerentes à pessoa humana, como a vida, o próprio corpo, o nome, a imagem, entre outros, os quais são indispensáveis para o pleno desenvolvimento do indivíduo.

Nesse passo, o direito à morte digna já foi reconhecida como direito que propicia ao enfermo, maior dignidade.

Nessa esteira, os enfermos que desejam ter o procedimento morte transcorrido naturalmente, sem a interferência humana, merecem respeito em sua decisão, pois o princípio da dignidade da pessoa humana confere ao enfermo inúmeros direitos fundamentais atrelados à dignidade, dentre os quais o direito à autonomia de vontade e direito à liberdade de decidir se quer prolongar sua vida artificialmente ou não.

Em contrapartida, a ortotanásia esbarra com os defensores do direito à vida, de qualquer forma, mesmo que artificialmente, sob o fundamento que o direito à vida é um direito absoluto, impossível de ser confrontado.

A solução para esse impasse, como visto, é a ponderação, ou seja, a valoração do direito mais justo aplicável no caso em liça.

Neste caso, o princípio da proporcionalidade é a resposta que ampara e possibilita que o intérprete decida justamente o conflito existente.[37]

Nos casos de violação dos direitos fundamentais, é necessário analisar os benefícios e os prejuízos decorrentes da procedência deste pedido.

É primordial que o intérprete pondere qual direito é mais benéfico no caso conflituoso, possibilitar a ortotanásia com o objetivo de preservar a dignidade da pessoa humana, ou sujeitar o paciente a um procedimento inútil, sem nenhuma eficácia, somente para prolongar a vida.

Steinmetz citado por Silva, leciona sobre a aplicação da proporcionalidade em casos de conflitos de direitos:

---

[36] BRASIL, loc. cit.
[37] ÁVILA, 2003, p. 151.

> Primeiro lugar, analisa-se se há, de fato, uma colisão de direitos fundamentais; posteriormente, descreve-se o conflito, identificando os pontos relevantes do caso; e, por fim, procede-se, sucessivamente, aos exames de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.[38]

Ante o exposto, conclui-se que na solução de conflito existente entre o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida, o direito à prática da ortotanásia deve sopesar, com base no princípio da dignidade da pessoa humana que confere ao homem uma morte digna, direito este que, no caso específico, se sobrepõe a garantia constitucional de proteção à vida.

---

[38] SILVA, 2005, p. 9.

5 CONCLUSÃO

Para a conclusão desta pesquisa, estudou-se, de maneira geral, o instituto da ortotanásia, conceito, legislação em vigor e projetada, e ainda, suas implicações jurídicas. Estudou-se, a Constituição Federal, sua importância, supremacia, direitos e princípios fundamentais, especialmente, o princípio da dignidade da pessoa humana e a garantia constitucional do direito à vida. Por fim, procedeu-se a análise da legalidade do instituto.

No capítulo inicial, verificou-se a relevância e valoração da Constituição Federal. Viu-se que a Constituição Federal é o alicerce de todo o ordenamento jurídico, analisou-se seu conceito e confirmou-se a inexistência de hierarquia dentre os princípios constitucionais.

Verificou-se que o princípio da dignidade da pessoa humana confere ao indivíduo a proteção de um valor moral ínsito a cada pessoa, de possuir dignidade desde o seu nascimento até a sua morte.

Estudou-se que, dentre os direitos fundamentais, está previsto o direito à vida. E ainda, os direitos da personalidade, os quais devem ser respeitados para que o indivíduo tenha dignidade como pessoa humana.

No segundo capítulo, estudou-se diretamente o instituto da ortotanásia, que consiste no ato médico de suspender os procedimentos terapêuticos inúteis do paciente que se encontra com o processo morte iniciado, a pedido do próprio doente terminal ou de seus familiares, com o fim de permitir que a morte ocorra no momento natural.

Observou-se que a ortotanásia difere-se da eutanásia e dos demais institutos que abreviam, prolongam ou promovem a morte do paciente. Constatou-se que muitos estudiosos confundem a finalidade da ortotanásia e a classificam erroneamente como uma eutanásia passiva.

Verificou-se que a prática da ortotanásia evita que o paciente passe por sofrimentos desnecessários, que não possuem nenhum efeito curativo, somente objetivam prolongar o processo morte já iniciado, o qual é irreversível.

Do exposto, viu-se que a ortotanásia, dentre todos os procedimentos estudados, é o que mais humaniza o processo morte e não se confunde com os

demais institutos da eutanásia, mistanásia, narcotanásia, distanásia ou suicídio assistido.

Analisou-se, ainda no segundo capítulo, a legislação existente e projetada sobre a ortotanásia.

Viu-se que a primeira norma regulamentadora do instituto foi a Lei Estadual nº 10.241/99, intitulada Lei Mário Covas, que foi promulgada e utilizada pelo governador Mário Covas, que diante do diagnóstico médico de terminalidade de um câncer agressivo e irreversível, manifestou a vontade de não ter o processo morte prolongado, solicitando que sua morte ocorresse naturalmente, sem prolongamento com procedimentos médicos fúteis e inúteis, sendo o primeiro paciente brasileiro a fazer uso da ortotanásia.

Observou-se ainda, que a Resolução nº 1.805/06, do Conselho Federal de Medicina foi alvo de inúmeras críticas e discussões acerca de sua validade e eficácia, ao regulamentar o ato médico de suspender os tratamentos inúteis em caso de processo morte iniciado, ou seja, a regulamentar a ortotanásia.

Citou-se que a referida resolução foi até suspensa, liminarmente, numa Ação Civil Pública, ingressada pelo Ministério Público Federal, distribuída sob nº 2007.34.00.014809-3. Contudo, a pedido do próprio promotor de justiça que a protocolizou foi julgada improcedente, voltando a ter eficácia plena.

Viu-se ainda, que o recente Código de Ética, editado pelo Conselho Federal de Medicina, Resolução nº 1.931/09, manteve as disposições sobre a prática da ortotanásia pela classe médica.

Analisou-se a existência de projetos de lei, distribuídos sob o nº 6.544/09 e nº 116/00, que visam a reforma do Código Penal Brasileiro, com o intuito de estabelecer que a ortotanásia não é crime, mas sim uma forma de possibilitar ao paciente terminal uma morte digna.

Por fim, no terceiro e último capítulo realizou-se a análise da problematização.

Constatou-se, neste capítulo, a colisão entre os dois direitos constitucionais em estudo: o primeiro aponta a legalidade da ortotanásia com base no princípio da dignidade da pessoa humana; o segundo aponta que a vida é uma garantia constitucional protegida pela Constituição e leis infraconstitucionais e que a

prática da ortotanásia é vista como uma afronta a esta garantia, sendo considerada por muitos estudiosos uma conduta criminosa, tipificada no Código Penal.

Contudo, através do estudo sobre a antinomia das normas e os critérios para a solução desses conflitos, chegou-se a uma segunda análise, em especial sobre a necessidade de valorar os direitos em conflito, para saber qual direito deverá ser aplicada na antinomia de direitos existente no instituto da ortotanásia.

Nesse passo, viu-se que a técnica do sopesamento traz a solução ao conflito, pois permite estabelecer o peso concreto de um princípio em relação a outro direito que lhe seja conflitante, levando em consideração o peso abstrato de cada um deles.

Ao sopesar a valoração dos direitos em conflito, ponderou-se que a dignidade da pessoa humana do paciente terminal, que manifestou sua vontade de ter uma morte digna, sem abreviação ou prorrogação do processo morte, deve ser respeitado. Verificou-se que este direito, da dignidade da pessoa humana, se sobrepõe à garantia constitucional do direito à vida, pois o direito à vida foi estabelecido pelo legislador com o intuito de se preservar à vida digna, e não a manutenção da vida em qualquer situação, de forma artificial, indigna, sujeitando o indivíduo a procedimentos inúteis, dolorosos e sem eficácia.

Constatou-se que no caso dos pacientes terminais, diante do sofrimento fútil e inútil dos tratamentos terapêuticos, permitir que sejam mantidos vivos artificialmente, sem que haja possibilidade de reversão no processo de morte já iniciado é retirar do indivíduo a dignidade, é desrespeitar o direito de autonomia de vontade, liberdade e dignidade do paciente terminal.

Ante o exposto, verificou-se que na colisão do princípio da dignidade da pessoa humana e a garantia constitucional do direito à vida, no caso dos pacientes terminais, com processo morte já iniciado, os quais manifestam a vontade de morte ortotanásica, ou seja, no momento certo, ocorrido naturalmente, o princípio da dignidade da pessoa humana se sobrepõe ao direito à vida.

Concluiu-se ainda a necessidade da regulamentação da ortotanásia por uma lei específica, com reflexos abrangentes, haja vista que a Resolução do Conselho Federal de Medicina é uma norma que refere-se somente a categoria dos médicos. Que a ausência de regulamentação da ortotanásia traz prejuízos aos enfermos e aos médicos que ficam vulneráveis a uma possível imputação criminal,

por parte daqueles que entendem que a prática da ortotanásia tipifica o crime de homicídio privilegiado.

REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Jason. **Direito do menor**. Rio de Janeiro: Aide, 1995.

AMORIM, Ricardo Henriques Pereira. O novo Código de Ética Médica e o direito à morte digna. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2627, 10 set. 2010. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/17381>. Acesso em: 18 mar. 2011.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro, 1989.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 2001. Brasília: Senado Federal, 2001.

_____. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 21 mar. 2011.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Eutanásia e ortotanásia**: comentários à Resolução 1.805/06 CFM. Aspectos éticos ou jurídicos. Curitiba: Juruá, 2009.

CAHALI, Yussef Said. (Org.). **Constituição federal – código civil – código de processo civil**. 5. ed. São Paulo: RT, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e a teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARDOSO, Juraciara Vieira. Ortotanásia: uma análise comparativa da legislação brasileira projetada e em vigor. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2590, 4 ago. 2010. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/17110>. Acesso em: 18 mar. 2011.

CARVALHO, Denyse Thives de; CUNHA; Eliane Cristina et. Al. Colisão de direitos fundamentais: direito à intimidade versus direito de expressão, referente à vitimadas chamadas ”pegadinhas” televisivas. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2468. Acesso em: 11 nov. 2010.

COELHO, Milton Schmitt. Eutanásia: uma análise a partir de princípios éticos e constitucionais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/2412>. Acesso em: 18 mar. 2011.

CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral; MENDEZ, Emílio Garcia. (Coord.). **Estatuto da criança e do adolescente**: comentários jurídicos e sociais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

DINIZ, Maria Helena. **Conflito de normas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceitos de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio**. Disponível em: <http://trendnt.prsc.mpf.gov.br/aurelio/>. Acesso em: 25 mar. 2011.

GOLDIM, José Roberto. O direito de morrer: bioética, morte e morrer. **Consulex**, Brasília, DF, ano 14, n. 322, p. 28-30, 15 jul. 2011.

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 12, n. 1305, 27 jan. 2007. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/9437>. Acesso em: 18 mar. 2011.

JUSTIÇA valida Resolução 1805, que trata sobre ortotanásia**. Conselho Federal de Medicina.** Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21154%3Ajustica-valida-resolucao-1805-que-trata-sobre-ortotanasia&catid=3%3Aportal&Itemid=1>. Acesso em: 18 mar. 2011.

LIMA, Carlos Vital. Ortotanásia e cuidados paliativos: instrumentos de preservação da dignidade humana. **Consulex**, Brasília, DF, ano 14, n. 322, p. 31-32, 15 jul. 2010.

MARTINI. Ortotanásia, sim; eutanásia, não!! **Consulex**, Brasília, DF, ano 14, n. 322, p. 33-37. 15 jul. 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

MOLLER, Letícia Ludwig. **Direito à morte com dignidade e autonomia**: o direito à morte de pacientes terminais e os princípios da dignidade e autonomia da vontade. Curitiba: Juruá, 2008.

MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da. **Direito constitucional**: teoria, jurisprudência e questões. 21. ed. atual. até a Emenda Constitucional n. 56/2007. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

OLIVEIRA JÚNIOR, Eudes Quintino de. Homicídio piedoso descriminalização. **Consulex**, Brasília, DF, ano 14, n. 322, p. 35-37, 15 jul. 2010.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade**: conceitos, sistemas e efeitos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ROCHA, Augusto Filipe Azevedo. **Eutanásia, ortotanásia e distanásia em face da dignidade humana, o direito à vida, e os direitos de personalidade no direito pátrio**. BDJur, Brasília, DF, 25 fev. 2008. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/16489>. Acesso em: 18 mar. 2011.

RODRIGUES, Silvio. Parte geral das obrigações. In:_____. **Direito civil**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 2.

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

SALMOS. Português. In: **Bíblia Sagrada**: Nova Versão Internacional. Trazida pela comissão de tradução da Sociedade Bíblica Internacional. 1. ed. São Paulo: Vida, 2001.

SARLET, Ingo Wofgand. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, Edson Ferreira da. **Direito à intimidade**: de acordo com a doutrina, o direito comparado, a Constituição de 1988 e o código civil de 2002. 2. ed. São Paulo: J. de Oliveira, 2003.

_____, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____, Paulo Napoleão Nogueira da. **Breves comentários à constituição federal.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____, Roberta Pappen da. Algumas considerações sobre o princípio da proporcionalidade.**Jus Navegandi**. Teresina, ano 9, n. 565, 23 jan. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6198>. Acesso em: 6 out. 2010.

_____. Algumas considerações sobre o princípio da proporcionalidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 565, p. 1-2, 23 jan. 2005. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/6198>. Acesso em: 3 nov. 2010.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.