XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS II

MARIA APARECIDA ALKIMIN

HERON JOSÉ DE SANTANA GORDILHO

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

B615
Biodireito e direitos dos animais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;
Coordenadores: Heron José de Santana Gordilho, Maria Aparecida Alkimin – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-286-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Biodireito. 3. Direito dos animais. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS II

Apresentação

Este volume se inicia com o artigo denominado EVOLUÇÃO DAS NANOTECNOLOGIAS E A NECESSÁRIA APLICAÇÃO DA BIOÉTICA COMO GARANTIA DE RESPEITO À DIGNIDADE HUMANA, de Daniele Weber da Silva (E-mail: weber.daniele@yahoo.com.br), mestranda da UNISINOS/RS, que face à incerteza científica sobre os efeitos da nanotecnologia sobre a saúde humana o meio ambiente, propõe, a partir dos princípios da precaução e da responsabilidade de Hans Jonas, a proteção do bem-estar humano e o respeito à dignidade da pessoa humana.

A professora Doutora Maria Aparecida Alkmin (E-mail: maalkmin@terra.com.br) coordenadora do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Salesiano de São Paulo, em coautoria com o professor Doutor Lino Rampazzo (E-mail: lino.rampazzo@uol.com.br), em DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE (TESTAMENTO VITAL): IMPLICAÇÕES ÉTICAS E JURÍDICAS DIANTE DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, analisa as diretivas antecipadas de vontade (testamento vital) à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e dos princípios da bioética, invocando os aspectos éticos disciplinados pelo Código de Ética Médica, envolvendo a Constituição Federal, o Código Civil, o Código de Ética Médica e a Resolução1995/2012 (CFM).

O artigo O DIREITO À MORTE DE PACIENTES ONCOLÓGICOS TERMINAIS, de Isadora Orbage de Brito Taquary, mestranda da UNICEUB/DF, analisa a processos de resiliência e o stress enfrentado pelos familiares dos pacientes terminais para ressaltar a autonomia de vontade do paciente em seu direito à uma morte digna.

Alexandra Clara Ferreira Faria, professora Doutora da PUC/MG, no artigo A DISPOSIÇÃO DO CORPO PARA PESQUISA CLÍNICA NO BRASIL – ANÁLISE DO PROJETO DE LEI 200/2015 QUANTO AO MATERIAL BIOLÓGICO HUMANO, analisa a impossibilidade de patenteamento das amostras biológicas utilizadas em pesquisas clínicas, uma vez que o material genético é um direito personalíssimo e indisponível.

Em seguida, o professor Doutor Tagore Trajano de Almeida Silva, do programa de Pós-Graduação da Universidade Tiradentes/SE, juntamente com o mestrando Renato Carlos Cruz Meneses, apresenta o artigo O ESPECISMO COMO ARGUMENTO FILOSÓFICO DA NÃO ACEITAÇÃO DO ANIMAL COMO SUJEITO DE DIREITOS, que propõe a

desconstrução do paradigma utilitarista - que concebe os animais e a natureza como simples objeto destituído de dignidade - para considerá-los como sujeitos de direito.

Caroline Silva Leandrini, mestranda do Programa de Pós-Graduação da UNIMAR/ Maringá /PR, que no artigo DO BEM-ESTAR DOS ANIMAIS DOMÉSTICOS: RECONHECIMENTO DA FAMÍLIA PLURIESPÉCIE E A GUARDA, analisa as possibilidade de garantir direitos aos animais domésticos em famílias pluriespécies onde ocorrem rupturas conjugais.

Em seguida, Luciana Ventura e Rubismark Saraiva Martins, mestrandos da UNICEUB/DF, em O NÃO ACOLHIMENTO DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL PARA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DECORRENTES DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE E PROTEÇÃO ANIMAL, examinam os limites da aplicação da reserva do possível para negar a implementação de políticas públicas ambientais e de proteção animal.

O professor Doutor Heron José de Santana Gordilho, coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, juntamente com o professor Francisco José Garcia Figueiredo, da Universidade Federal da Paraíba, apresentam o artigo A VAQUEJADA À LUZ DA ORDEM CONSTITUCIONAL, que analisa a prática da vaquejada a partir da ponderação do conflito entre os direitos fundamentais do meio ambiente e da livre manifestação cultural.

Fernanda Luiza Fontoura Medeiros professora Doutora da UNILASALLE/RS, juntamente com o mestrando Cássio Cibelli Rosa, apresentam o artigo A DIGNIDADE DA VIDA E A VEDAÇÃO DE CRUELDADE, que analisa o princípio da dignidade humana a partir da vedação constitucional de práticas cruéis contra os animais.

Em seguida, professoras doutoras Ana Stela Vieira Mendes Câmara e Gabrielle Bezerra Sales, da Faculdade de Direito do Centro Universitário Christus/CE, em OS LIMITES DA AUTONOMIA EXISTENCIAL E OS DEVERES JURÍDICOS FUNDAMENTAIS DE PRESERVAÇÃO DA VIDA DE PESSOAS INCONSCIENTES, analisa a razoabilidade dos parâmetros que estabelecem limitações à autonomia individual tendo em vista a preservação da vida de pessoas em estado vegetativo persistente e a necessidade de heteronomia para a proteção de seus direitos.

A professora Doutora Janaína Reckziegel do PPGD da UNOESC, juntamente com a mestranda Fernanda Tofolo, em A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS PESQUISAS

GENÉTICAS EM SERES HUMANOS E SUA CONSTANTE LUTA COM A DIGNIDADE HUMANA, analisa a dignidade humana como elemento fundamental no estabelecimento de limites éticos para a realização de pesquisas genéticas com seres humanos.

Vivian Martins Sgarbi, mestranda em Direito pela Universidade Estadual de Londrina/PR, apresenta o artigo O USO DA FOSFOETALAMINA SINTÉTICA À LUZ DOS PRINCÍPIOS DO BIODIREITO, que investiga, à luz dos princípios do biodireito, a legitimidade da Lei n. 13269/2016, que autoriza o uso da fosfoetalamina sintética por pacientes portadores de neoplasia maligna

Vivian do Carmo Bellezzia, mestranda da Faculdade de Direito da Universidade Dom Helder, em ORIGENS DA BIOÉTICA, investiga a origem histórica e científica da Bioética, ressaltando o seu marco histórico.

Beatriz de Lima Fernandes Gottardo, mestranda pela UNIPE, em seu artigo A EUTANÁSIA COMO LIBERDADE INDIVIDUAL, faz um estudo comparado da eutanásia nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português.

Bruna de Oliveira da Silva Guesso Scarmanhã, mestranda em Direito pela UNIVEM, no artigo A PROTEÇAO JURÍDICA DO EMBRIÃO IN VITRO E O DIREITO À SAÚDE DOS PORTADORES DE ANOMALIAS, analisa a proteção jurídica dos embriões in vitro e o papel do Estado na regulação da utilização de embriões excedentes para a efetivação do direito à saúde através de meios políticos fraternos.

Tatiane Albuquerque de Oliveira Ferreira, mestranda em Direito pela FUMEC, em A POLÊMICA ANÁLISE SOBRE A LEGALIZAÇÃO DO ABORTO E OS DIREITOS DAS MULHERES NO ESTADO BRASILEIRO, faz um estudo sistemático sobre a legalização do aborto à luz da doutrina nacional e internacional.

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA

Profa. Dra. Maria Aparecida Alkmin - UNISAL

A EUTANÁSIA COMO LIBERDADE INDIVIDUAL

EUTHANASIA AS INDIVIDUAL FREEDOM

Beatriz de lima Fernandes Gottardo [1]

Resumo

O estudo consiste na análise das normas que tratam da eutanásia no contexto jurídico brasileiro.Tendo como objetivo abordar não apenas a questão da morte em si, mas a sua relação com o direito, a liberdade e autonomia do indivíduo, e assim responder a questão se a vida é mesmo um direito inviolável? Aplicamos a técnica de pesquisa documental, através do método dedutivo analítico,para deste modo, averiguar até onde o nosso sistema jurídico garante a qualidade de vida, a liberdade e autonomia em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da proporcionalidade.

Palavras-chave: Eutanásia, Direitos fundamentais, Liberdade, Dignidade da pessoa humana

Abstract/Resumen/Résumé

The study is the analysis of the rules dealing with euthanasia in the legal context brasileiro. Tendo aimed not only address the issue of death itself, but its relationship with the law, the freedom and autonomy of the individual, and thus answer the question life itself is an inviolable right? We apply the documentary research technique, through analytical deductive method, to thereby ascertain how far our legal system guarantees the quality of life, freedom and autonomy in line with the principle of human dignity and the principle of proportionality.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Euthanasia, Fundamental rights, Freedom, Dignity of human person

[1] Especialista em Direitos Humanos IGC, Coimbra. Mestranda em Direito e Desenvolvimento Sustentável, UNIPE.

1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Os avanços tecnológicos nos domínios da biomedicina permitiram que o curso da vida se modificasse neste sentido, a natureza deixou de ser o único arbítrio entre o viver e o morrer. Exemplo disso, são os casos que, antigamente, eram considerados incuráveis e que os estudos científicos evoluíram consideravelmente, como é o caso dos tratamentos para doenças como câncer e a AIDS. Entretanto, fazemos a ressalva de que, para algumas pessoas, essa evolução nos tratamentos resulta em um problema: ter a vida prolongada por aparelhos que exercem as funções vitais do organismo humano.

Cumpre destacar que a inspiração para a abordagem dessa temática surgiu do conhecimento de diversas histórias divulgadas pelos meios de comunicação com repercussões nos meios jurídico, acadêmico e no contexto da sociedade civil, envolvendo pacientes em estado vegetativo, considerado irreversível pela medicina, e as relações que cercam a convivência destes com seus familiares: a situação muda de foco, ou seja, a luta do paciente deixa de ser contra a morte e passa a sê-lo contra a vida.

Nessas condições há dois caminhos que podem ser seguidos: abreviar o sofrimento da própria família e do paciente, obtendo autorização judicial para proceder à eutanásia; ou manter essa agonia sine die, aguardando resposta do organismo do próprio paciente. Assim, seja qual for a opção escolhida esta é regulada por normas jurídicas, as quais, por sua vez, têm o intuito de normatizar responsabilidades, decisões e direitos e, por consequência, permitir o estabelecimento de relações que permeiam aspectos do direito com a cultura, a ética e a religiosidade, situados em pólos opostos, logo, aspectos como moralidade, legalidade e praticidade situam-se nesse contexto.

Desse modo, advogamos a tese de que é preciso atentar para o princípio da dignidade da pessoa humana, artigo 1, III da Constituição Federal de 1988, ao apressar o fim do paciente em estado vegetativo, ou que padece de sofrimento, se sua morte é considerada como iminente e inevitável, dadas as circunstâncias que o envolvem. Em outras palavras, admitimos que a morte digna é um direito humano, e, é sob esse prisma, que esse estudo direciona sua argumentação, chamando o leitor a uma reflexão na busca de resposta para a seguinte questão norteadora desta pesquisa: é a vida um direito inviolável?

2 O DIREITO À VIDA E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Sabemos que todos os seres humanos são sujeitos jurídicos, constituídos pela totalidade dos reconhecimentos legais e das relações jurídicas, ou seja, os seres humanos são criaturas possuidoras de vontade e desejo, encontrando no direito o alicerce que lhes permite comprovar a concepção de sujeito jurídico (DOUZIMAS, 2009).

Tendo por base essa concepção, podemos afirmar que o ser humano é investido de direitos e deveres, privilégios e obrigações desde a sua concepção e nascimento até a sua morte, ou seja, o ser humano enquanto sujeito jurídico pode ser comparado a uma tela na qual várias projeções são realizadas.

Reale (2003, p. 60) pondera com muita propriedade o seguinte: "o direito não é uma relação qualquer entre os homens, mas sim uma relação que implica numa proporcionalidade cuja medida é o homem mesmo". O direito tutela as coisas, somente em razão dos homens, de sorte que a relação jurídica ocorre entre pessoas e não entre homens e coisas, embora a coisa seja também seu objeto.

Neste contexto, Constituição Federativa do Brasil de 1988 afirma que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida (BRASIL, 2005).

Importa ainda considerar que este direito é duplamente protegido pelo Estado, quando este afirma o direito de continuar vivo e de ter uma vida digna quanto a sua subsistência. É dever do Estado garantir esse direito a um nível considerado adequado com a condição humana, respeitando os princípios fundamentais, dentre eles o da dignidade da pessoa humana, princípio consagrado no art. 1º,III da Constituição Federal de 1988, in verbis:

> A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:(...) III- a dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana vem a ser um valor espiritual e moral inerente à pessoa, e por sua vez, encontra no texto constitucional total aplicabilidade em relação ao aspecto essencial do direito, enquanto expressão ou dimensão da vida humana, e apresenta-se em dupla concepção, onde a primeira prevê um direito individual protetivo e a segunda

estabelece um dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes, onde, conforme descrevem Machado e Ferraz (2011), neste dever, o indivíduo deve respeitar a dignidade do seu semelhante tal e qual a nossa Carta Magna determina.

Segundo mostra Pinheiro (2001), historicamente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil, reconhece a dignidade inerente a todos os membros da família humana e como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. Do mesmo modo que o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, consagrou o direito à vida como inerente à pessoa humana, direito que deverá ser protegido por lei, e que ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida.

Reforçando esse posicionamento, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, no Artigo 3º, estabelece que "todo homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal" (PINHEIRO, 2001).

Dito isto, torna-se perceptível que o direito à vida está intimamente ligado à dignidade, à plenitude da vida e à liberdade, e assim passamos a entender que a vida não é apenas o sobreviver, mas sim o viver dignamente em todas as dimensões e exercício de suas capacidades e direitos. Resta, portanto, enquadrar o direito à saúde enquanto aspecto inerente às incertezas que cercam o sentido da existência humana, não como postura filosófica, mas como fundamento da dignidade da pessoa humana.

Abrimos aqui um parênteses para falar sobre o que vem a ser qualidade de vida. Podemos dizer que qualidade de vida vem a ser um conjunto de aspectos que resultam na satisfação com o seu bem estar físico(saúde), psíquico e social. Ou seja, o termo qualidade de vida está intimamente ligado à saúde do indivíduo, como também a sua relação com o meio que esta inserido e o seu nível de satisfação com si mesmo e para com os que o cercam.

A Organização Mundial da Saúde, em 1993, conceituou a qualidade de vida como:

> "a percepção que o indivíduo tem do seu lugar na vida, no contexto da cultura e do sistema de valores nos quais vive, em relação com os seus objectivos, os seus desejos, as suas normas e as inquietudes. É um conceito muito amplo que pode ser influenciado de maneira complexa pela saúde física do indivíduo, pelo estado psicológico e pelo seu nível de independência, as suas relações sociais e as suas relações com os elementos essenciais do seu meio."

Ao falar sobre qualidade de vida, não poderia deixar de relacionar com a liberdade e a autonomia, que são inerentes ao ser humano, e assim podemos dizer que estes dois princípios estão interligados com o que entendemos por qualidade de vida.

Neste sentido, ao abordarmos o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da autonomia da vontade, é importante dizer que:

> ”(…)embora do princípio da autonomia da vontade não conste literalmente na Constituição, é possível encontrar no texto Constitucional a proteção a seus aspectos essenciais. A Carta de 1988 assegura uma liberdade geral no caput do seu art. 5^{0}. O próprio reconhecimento do valor da dignidade humana como fundamento do Estado brasileiro (art. 1^{0}, inc. III, CF) - dignidade que não se concebe sem referência ao poder de autodeterminação - confirma o status constitucional do princípio da autonomia individual.” (OLIVEIRA, 2013, p. 11)

Ao falarmos de qualidade de vida nos casos dos pacientes terminais, esta torna-se algo complexo, visto que estes pacientes encontram-se muitas vezes em estado que podemos classificar como indignos, uma vez que, perderam a sua autonomia sobre sua própria vida e por consequência o sentido do viver, estando apenas a contar dias a sua vida e não mais vida e sentido aos seus dias, perdendo de vista a qualidade de vida destes pacientes. Portanto, a questão vai além da qualidade de vida.

> "a qualidade de vida relacionada com a saúde é um conceito multidimensional, que expressa o bem-estar subjectivo do doente, nas 23 vertentes físicas, psicológicas e sociais. A dimensão física refere-se à percepção que o doente tem da sua capacidade em realizar as suas actividades diárias. A dimensão social refere-se à capacidade do doente se relacionar com os membros da família, vizinhos, amigos e outros. A dimensão psicológica incorpora aspectos do bem-estar emocional e mental, como depressão, ansiedade, medo, raiva, entre outros.” (PIMENTEL, 2006, p.22.)

A multidimensão deixa claro o comprometimento da vida na mais ampla visão. O homem sem saúde já não tem qualidade de vida e assim, quando a totalidade esta comprometida, achamos que a vida já não é mais plena por função da ausência de liberdade, autonomia, dignidade e participação.

3 EUTANÁSIA E ORTOTANÁSIA

O verbete eutanásia é encontrado em Holanda (2010) com a indicação de ser morte serena, sem sofrimento. E, ainda, como sendo prática médica geralmente sem amparo legal,

pela qual se busca abreviar, sem dor ou sofrimento, a vida de um enfermo incurável ou terminal.

Explica Maria de Fátima Freire de Sá:

> O termo eutanásia foi criado no século XVII, pelo filósofo inglês Francis Bacon. Deriva do grego eu (boa), thanatos (morte), podendo ser traduzido como "boa morte", "morte apropriada", morte piedosa, morte benéfica, fácil, crime caritativo, ou simplesmente direito de matar" (SÁ, 2005, p. 38).

A proibição a chamada "boa morte" (interrupção voluntária da vida biológica), esta expressa em nosso ordenamento jurídico:

> (…) "boa morte", nada mais é que a interrupção da vida biológica, tendo em conta o grande sofrimento físico ou mental a que alguém esta submetido, e para o qual não há possibilidade científica de recuperação. No Brasil, a prática da eutanásia é proibida, considerada como homicídio. Importante considerar que, para a configuração da eutanásia, é necessário que a pessoa tenha condições de continuar vivendo, ainda que com sofrimentos terríveis. Podemos citar como exemplo, o caso do paciente em estado terminal de câncer, que, para ter seu sofrimento aliviado, é mantido a base de morfina. Assim, convêm não confundir com aquela situação na qual a pessoa não tem mais vida autônoma, ou seja, só está sobrevivendo por meios artificiais, sendo lícito à família autorizar o desligamento dos aparelhos (ortotanásia, paraeutanásia ou eutanásia por omissão). No primeiro exemplo, a interrupção da continuidade biológica será considerada prática da eutanásia, visto que a pessoa tem condições de continuar sobrevivendo. já no segundo exemplo, o desligamento dos aparelhos não configura eutanásia, pois se a pessoa não tem condições de continuar vivendo não há falar em interrupção da vida biológica. (OLIVEIRA, 2013, p. 61)

Segundo Wandermuren (2005), a eutanásia compreende três modalidades: a ativa em que o doente, desenganado pela medicina, recebe drogas letais ou é desligado do aparelho com função cardio-respiratória, sobrevindo-lhe a morte; a passiva, também conhecida como ortotanásia é aquela em que, esgotados os recursos médicos e terapêuticos, deixa-se de administrar certos fármacos que prolongariam a vida do paciente; e a social que é frequentemente aplicada em pessoas que vivem em condição de indigência.

Juridicamente falando, a ortotanásia consiste na suspensão dos recursos da medicina empregados para prolongar a vida com muito sofrimento do paciente cujo estado não oferece possibilidade de cura. É a chamada morte digna. O não prolongamento do processo da morte, ou seja, o encaminhamento natural do curso da vida sem interferência médica através do prolongamento artificial está em oposição à prática conhecida como distanásia, por sua vez, vem a ser a morte lenta, com sofrimento.

> Pela distanásia, também designada obstinação terapêutica (L'acharnement thérapeutique) ou futilidade médica (medical futility), tudo deve ser feito

> mesmo que cause sofrimento atroz ao paciente. Isso porque a distanásia é morte lenta e com muito sofrimento. Trata-se do prolongamento exagerado da morte de um paciente terminal ou tratamento inútil. Não visa prolongar a vida, mas sim o processo de morte [...]" (DINIZ, 2006, p. 399).

Desta forma, podemos dizer que a ortotanásia evita a chamada distanásia.

Quanto à questão da eutanásia, a doutrina científico-jurídica universal ainda está dividida no que diz respeito a considerar esta prática como crime. Ao traçar um panorama do tema no direito comparado, Wandermuren (2005) revela que, na Alemanha, por exemplo, a eutanásia é considerada homicídio solicitado ou a pedido, e está regulada no artigo 216 do Código Penal Alemão, que estabelece pena de seis meses a cinco anos a quem praticá-la. Na França, a prática da eutanásia é considerada assassinato e punida como homicídio voluntário, sendo um crime contra a vida previsto no Código Penal. Já na Espanha, o artigo 143 do Código Penal também prevê redução das penalidades para a eutanásia passiva e para a ativa indireta, desde que haja vontade expressa e inequívoca do doente. A Holanda é um país onde tal prática também é autorizada para os casos de doença incurável e depressão decorrente de senilidade, desde que o idoso se declare cansado de viver. Nos Estados Unidos a questão não é pacífica, a Suprema Corte tem permitido o suicídio assistido nos estados em que há legislação regulamentando o tema.

Em nosso ordenamento jurídico, o artigo 121^{0} do Código Penal enquadra a prática da eutanási" como crime, sendo este tipificado como crime de homicídio simples, sujeito a pena de 6 a 20 anos de reclusão. Entretanto, conforme relata Moreira Filho (2010), deve ser assinalado que esse enquadramento legal fere diretamente o princípio da inviolabilidade do direito à vida, protegido pela Constituição Federal. Porém, no ano de 1996, chegou a ser instaurado um Anteprojeto de Lei com o intuito de modificar o disposto do artigo 121 do Código Penal, passando a legislar em dois itens sobre a questão da eutanásia apresentada nos seguintes termos: para o homicídio, reza o Art. 121 em comento, que isto significa "matar alguém" sendo estabelecida a pena de reclusão, de seis a vinte anos, ao passo que para a eutanásia, os parágrafos que seguem são bem explícitos, in verbis:

> § 3º. Se o autor do crime agiu por compaixão, a pedido da vítima, imputável e maior, para abreviar-lhe o sofrimento físico insuportável, em razão de doença grave: Pena - Reclusão, de três a seis anos.
>
> § 4º. que "não constitui crime deixar de manter a vida de alguém por meio artificial, se previamente atestada por dois médicos, a morte como iminente e inevitável, e desde que haja consentimento do paciente, ou na sua

> impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão."

Quanto ao disposto do artigo 121 do Código Penal e a sua relação com o crime da eutanásia, é importante dizer o que a ciência médica entende por morte:

> a ciência médica define morte como a cessação total e irreversível de toda atividade encefálica. Segundo a Sociedade Brasileira de Neurocirurgia para que o médico faça este diagnóstico é essencial que sejam observadas as seguintes condições: diagnosticar a presença e a causa da lesão encefálica responsável pelo quadro atual e a sua irreversibilidade,excluindo possíveis causas reversíveis que simulem o mesmo quadro; determinar a ausência de função do tronco cerebral em todos os seu níveis;teste de apneia; determinar a ausência de função do encéfalo, por meio da realização de exames complementares que demonstrem inequivocadamente ausência de atividade elétrica cerebral, de atividade circulatória intracraniana ou de atividade metabólica encefálica;confirmar o exame de ausência das funções do tronco encefálico após um período mínimo de seis horas" (MOREIRA FILHO, 2010).

Já no que diz respeito ao suicídio, o professor Luiz Flávio Gomes, 2009, entende por a morte assistida ou suicídio assistido:

> "é a prática (ou seja, o auxílio) pela qual se abrevia a vida de um enfermo incurável (terminal ou não), a seu pedido e em razão do seu insuportável sofrimento. O ato da morte é gerado pela própria vítima, que é auxiliada por um terceiro".

Diante do exposto nas linhas acima, vamos tratar da chamada ortotanásia bem como a posição do Conselho Federal de Medina sobre o tema.

3.1 A Ortotanásia e a Posição do Conselho Federal de Medicina no Novo Código de Ética Médica

Dentre as várias mudanças propostas no novo Código de Ética Médica, o Conselho Federal de Medicina aconselha evitar exames ou terapias desnecessárias em pacientes terminais. Em vez de ações "inúteis ou obstinadas", como diz o texto, é aconselhada a adoção de cuidados paliativos, que reduzem o sofrimento do doente.

Em 2007, o Conselho Federal de Medicina esclareceu o que viria a ser a ortotanásia: "suspensão do tratamento que mantém vivo artificialmente paciente sem cura ou terminal" e que esta prática não representaria mais uma infração ética.

O Novo Código de Ética Médica, começou a orientar os médicos adotarem cuidados

paliativos, que viriam a reduzir a dor e o sofrimento do doente terminal, ao invés de prolongar sua vida com ações "inúteis e obstinadas".

No Capítulo I, inciso XXII, onde trata dos Princípios Fundamentais, o Código disse:

> Nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará sob sua atenção todos os cuidados apropriados.

Completando a conduta que deve ser tomada pelo médico, no parágrafo único do capitulo 5, aconselha o Novo Código de Ética Medica:

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

Anterior a entrada em vigor do novo Código de Ética Médica de abril de 2010, ainda no ano de 2007, diante da orientação do Conselho Federal de Medicina ao tratar da ortotanásia, o Ministério Público entrou com uma ação alegando que os médicos praticariam a eutanásia, que por sua vez, é tipificada como homicídio no artigo 121^0 do nosso Código Penal. Ainda em 2007 o pedido foi aceito numa decisão provisória da Justiça Federal em Brasilia. Em 2010, diante de um novo entendimento do Ministério Público e da decisão do juiz Roberto Luiz Demo, o qual concluiu que a resolução do Conselho Federal de Medicina não fere o ordenamento jurídico, ou seja, que ela pode ser aplicada.

Esta decisão para a classe médica representa uma segurança a mais, visto que anteriormente eles não poderiam aplicar esta prática, uma vez que mesmo diante da vontade do paciente a ortotanásia era vista como uma prática ilegal, correndo o médico o risco de ser processado.

Neste sentido, nos corrobora Letícia Martel:

> "Um paciente, quando opta pela limitação de tratamento, expressa sua liberdade, autodetermina-se. Se optar pelo tratamento pleno, também. Querer viver os momentos momentos finais de existência naturalmente, na companhia dos seus, em um estabelecimento de saúde ou em seu lar é certamente um exercício de liberdade garantida constitucionalmente. Ser compulsoriamente tratado, sem chances de cura, com geração de intenso sofrimento, significa uma restrição total de liberdade do sujeito de decidir os seus caminhos. Não ser tratado, se assim o desejar, também. Deve-se

> lembrar que a internação compulsória interfere com a liberdade de ir e vir. (OLIVEIRA, 2013", p. 12.)

Deste modo, torna-se claro que o que o médico deve ter sempre em conta é o bem estar do paciente, respeitando seus limites do corpo e sua vontade de como seguir em frente no que tange sua saúde e bem estar físico e psíquico.

4 FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA E MEIOS DE PROTEÇÃO NO CASO CONCRETO

Antes de adentrarmos ao direito à vida em si, é deverás importante fazermos menção sobre o respeito ao principio da dignidade da pessoa humana, consagrado por nossa Constituição Federal de 1988 no art. 1º, III.

Neste contexto, podemos dizer que no ordenamento jurídico pátrio, o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser tido como um supra-principio, uma vez que todo o nosso ordenamento jurídico deve estar em consonância com este princípio. Logo, entendemos que o princípio da dignidade da pessoa humana auxilia na difícil tarefa de conciliar os demais princípios constitucionais em sua aplicação no caso concreto. Assim, nos ensina Daniel Sarmento, que o princípio da dignidade da pessoa humana:

> "pela sua notável abertura, abriga e fomenta esse pluralismo, constituindo fórmula elástica o bastante para acolher valores potencialmente conflitantes, como liberdade e segurança, igualdade e direito diferença. (SARMENTO, 2003, p. 74)

Diante do exposto, devemos fazer uma ponte do principio da dignidade da pessoa humana com o direito à vida, que por sua vez esta protegido em nossa Constituição de 1988 no artigo 5º.

O direito à vida tem por principal característica a sua indisponibilidade. Porém, nos casos que foram citados anteriormente, apesar do seu conflito com dispositivos constitucionais, estaria evitando a tortura nos casos de pacientes terminais. Até porque, se buscarmos outras circunstâncias, o Estado permite ao cidadão a prática legitima de condutas que venham a retirar a vida de outrem, como nos casos do aborto legal, o estado de necessidade e ainda a legítima defesa. Portanto, a eutanásia seria apenas mais uma exceção à inviolabilidade do direito à vida.

Dito isto, claramente percebemos que estamos diante de um conflito de princípios constitucionais e deste modo devemos recorrer ao principio da proporcionalidade como meio de resolução de conflitos, como veremos no tópico a seguir.

4.1 O Princípio da Proporcionalidade como meio de Solucionar os Conflitos

A Constituição Federal de 1988, abriga um número considerável de princípios aos quais nosso ordenamento jurídico nacional deve respeito, e sendo assim, não é divicil nos depararmos com questões que possam gerar conflitos entre estes princípios. Assim, como já mencionamos anteriormente o princípio da dignidade da essa humana transcende esse conflito, uma vez que este é o princípio máximo de nossa constituição.

Todavia, ao nos depararmos com situações conflitantes outra ferramenta bastante utilizada é o princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade ou razoabilidade é um princípio deveras importante, visto que,em situações de colisão entre valores constitucionais, sempre buscamos o auxilio deste princípio para encontrar a melhor solução para o conflito em questão.

Nas palavras de Renato Sertã:

> Por proporcionalidade deve se entender moderação, utilização adequada de determinado comando. Ora se o desafio consiste em encontrar a solução justa para determinada situação posta ao exame do jurista, parece-nos que o princípio da proporcionalidade servirá de guia, senão infalível, ao menos suficientemente seguro para este objetivo. De notar-se que a proporcionalidade caminha frequentemente de braços dados à razoabilidade, conceitos que embora não se confundam, servem de parâmetro, um ao outro, para a busca da justa solução." (CHARNAUX, 2005, p. 70)

O princípio da proporcionalidade ou razoabilidade pode ser definido como sendo um princípio que:

> [...] em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins, precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive de âmbito constitucional; e ainda como princípio geral do direito serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico." (LENZA, 2011, p. 35)

Fazendo uma relação desse princípio com o objeto de estudo desse trabalho, verifica-se que, ao longo da história, o termo eutanásia foi sofrendo mudanças, e, atualmente,

eutanásia vem a ser a prática na qual procura-se abreviar, sem sofrimento ou dor, a vida de pessoas que sofrem de doenças incuráveis.

Todavia, Moraes afirma que (2011, p. 49) "o direito à vida tem um conteúdo de proteção positiva que impede configurá-lo como o direito de liberdade que inclua o direito à própria morte. Tendo assim o homem direito a vida e não direito sobre ela". Arremata o referido autor que "cabe ao Estado assegurar o direito à vida, e este não consiste apenas em manter-se vivo, mas se ter vida digna quanto à subsistência".

Já Gomes e Sousa (2011), que ao nosso ver têm uma compreensão mais razoável acerca deste tema, entendem que não há dúvida que o artigo 5º da Constituição Federal de 1988 assegura a inviolabilidade da vida, mas diante de uma interpretação sistemática, o que a Lei Maior quer garantir a todos é uma vida digna. Isso implica em considerar a vida não como sendo um direito inviolável desde que as condições indiquem sofrimento e morte como algo iminente e inevitável, dado que todos os recursos disponíveis foram empregados em vão.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo que foi abordado ao longo deste artigo, podemos afirmar que existem diversos modos de compreender e interpretar o que vem a ser legal aos olhos do nosso ordenamento jurídico e ainda o que vem a ser digno aos olhos dos que sofrem ao viver a fase terminal e seus familiares e amigos que, de certa forma, vivem em conjunto o sofrimento, vislumbrando a possibilidade de praticar a eutanásia, como forma de abreviar o desfecho dessa situação.

Sendo assim, o mais correto seria definir o que vem a ser legal ou ilegal, não a partir de conclusões vagas e coletivas, mas, através de uma análise justa e individual no que tange ao estado físico e emocional de cada paciente, fazendo com que cada um sinta-se, acima de tudo, digno e seguro diante da sociedade na qual está inserido, nesta fase delicada da vida na qual se encontra.

Se pensarmos que, na maioria dos casos, estes indivíduos já perderam o sentido do que é viver, e foram privados do direito da liberdade de escolha, como também de viver dignamente em sociedade, seja por meio profissional ou pessoal, chegaremos a conclusão que este indivíduo não tem mais vida, e logo nos tornaria de fácil percepção que a eutanásia seria

uma forma de devolver esta dignidade a este ser humano que já foi privado por demais. E se buscarmos amparo na nossa Carta Magna, veremos que uma pessoa diante destas condições já não apresenta mais vida aos seus dias, pois a sua vida já lhe foi retirada involuntariamente.

Concluímos, que, nessas condições a vida deixa de ser um direito inviolável, pois, por mais paradoxal que isso possa parecer, é essa violabilidade que vai proporcionar dignidade a esse ser humano, desumanizado pelo sofrimento, pela dor e falta de perspectiva. Portanto, nada mais justo do que respeitar a escolha de cada paciente e, na ausência desta, a escolha de seus entes mais próximos, evitando um sofrimento prolongamento e lhes dando o direito de ter dignidade no fim de sua vida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Gisela Pátricia Duarte de. **Direitos Humanos em fim de vida:** a decisão de não reanimar, Lisboa: Coimbra, 2009.

BRASIL, Constituição da República Federativa, 1988. 32º edição, São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Código de Ética Médica, CFM, 2010.

_____. Convenção sobre os Direitos do Homem e da Biomedicina.

FERNANDES, Sérgio Joaquim Deodato. **Direito da Saúde:** Colectânea de legislação anotada, Coimbra: Almedina,2012.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos.** São Leopoldo: UNISINOS, 2009.

GOMES, Luiz Flávio; SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. **Ortotanásia deixará de ser crime.** Disponível em http://www.lfg.com.br - 13 de dezembro de 2010.

HOLANDA, Aurélio Buarque Ferreira de. **Mini Aurélio**, 8º edição, São Paulo: Editora Positivo, 2010.

MACHADO, Costa; FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Constituição Federal interpretada**, 2º edição, São Paulo: Manole, 2011.

MACHADO, Jónatas E. M., **Direito Internacional Público:** do paradigma clássico ao pós 11 de setembro. 3º edição, Lisboa: Editora Coimbra, 2006.

MORAES, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais.** 9º edição, São Paulo: Atlas. 2011.

____. Direito Constitucional. 27. ed., São Paulo: Atlas. 2011 (b).

MOREIRA FILHO, Guaracy. **Código Penal comentado.** São Paulo: Rideel, 2010.

PINHEIRO, Carla. **Direito Internacional e Direitos Fundamentais.** São Paulo: Atlas, 2001.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 27º edição, São Paulo: Saraiva, 2003.

WANDERMUREN, Jonathas Lucas. **Aspecto ético-religioso da eutanásia.** Revista Jurídica Consulex. ano IX, nº 199, 30 abril 2005, p. 26-35.

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

SÁ, Maria de Fatia Freire de. **Aspectos jurídicos da eutanásia.** In.: TAITSON, Paulo Franco (Ed.) et al. Bioética: vida e morte. Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2008. p.129-150.

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

RODRIGUES, José Carlos. **Tabu da morte.** 2. ed. rev. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2006.

ROHE, Anderson. **O paciente terminal e o direito de morrer.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

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

ROCHA, Renata. **O direito à vida e a pesquisa em células-tronco.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO). 2005. Universal Draft Declaration on Bioethics and Human Rights. Paris, 2005. Disponível em: http://www.unesco.org. Acesso em: 25 set. 2016.

SILVA, Camila Barreto Pinto. **Transplante de órgãos e tecidos e a morte encefálica.** In: GARCIA, Maria (Coord.) et al. Biodireito constitucional. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. **Da eutanásia ao prolongamento artificial:** aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final da vida. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. **A ortotanásia e o Direito Penal brasileiro.** Revista Bioética. Brasília, Volume 16, no 1, 2008.

Bioética e direitos fundamentais/ Debora Gozzo, Wilson Ricardo Ligiera (organizadores). São Paulo: Saraiva, 2012.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito** - 2º ed., São Paulo: Atlas, 2013.

Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional/ Beatrice Maurer… [et. al.]; org. Ingo Wolfgang Sarlet; trad. Ingo Wolfgang Sarlet, Luis Marcos Sander, Pedro Scherer de Mello Aleixo, Rita Dostal Zanini. 2º ed. rev. e ampl. 2º tir. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

SOARES, Ricardo Mauricio Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana:** em busca do direito justo. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana:** princípio constitucional fundamental.1º ed.,(ano 2003), 7º reimpr./Curitiba: Juruá,2012.

CONVENÇÃO Americana de Direitos Humanos. Pacto de San José da Costa Rica. Adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Inter-americana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, em 22 de novembro de 1969 - ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9º edição, Ed.: Revista dos Tribunais,2013.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do direito da Família**. Editora: Saraiva, 2006.

A Dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Editora Fórum. 2º Edição.

ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/ sedh/ct/legis_intern/ ddh_bib_inter_universal.htm>.

DIAS, Maria Berenice. **Código civil comentado.** 17º edição. Editora: Saraiva.

OLIVEIRA, James Eduardo. **Constituição Federal anotada:** doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Aspectos da Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.** In: Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais. Brasilia Jurídica. 1. ed. 2^0 tiragem. p. 172.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato** - Novos Paradigmas. Renovar, 2002.

CHARNAUX, Renato Lima. **A distanásia e a dignidade do paciente.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal.** Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris. 2003.