

VIDA: AFORISMO DE ETERNIDADE OU DE FIM?

Marcelo ERNANDES COELHO¹

RESUMO: Propõe-se neste artigo promover uma reflexão cognitiva no leitor sobre a temática de relativização da vida. Como instituto (con)sagrado na História, a inviolabilidade à vida é centro de debates apaixonados, os quais confia-se a estas linhas um compromisso em torná-los reflexivo-rationais. Delineia-se uma descrição da realidade premida por laços místico-religiosos. Contudo, evidencia-se hodiernamente uma nova atmosfera de revolução do pensamento jurídico brasileiro, em concomitância com a realidade social – desconstruir uma ideia de vida intangível, não passível de ser objeto de alterações da vontade de cada indivíduo, por outra embebida pelo espírito de liberdades e de relativização da existência.

Palavras-chave: Vida. Carta de Direitos. Relativização da vida. Causas dirimentes. Bioética. *Living will* e a diretiva no plano internacional.

1. INTRODUÇÃO

Consolidou-se neste artigo a tentativa de evidenciar e materializar uma consciência jurídico-social que ganha espaço nos julgamentos dos tribunais e em debates nos centros acadêmicos brasileiros: a relativização da vida. Fez-se um amplo uso da Hermenêutica, por meio dos métodos indutivo e dedutivo, a fim de instigar no leitor a clarificação reflexiva e a procura por doutrinas, as quais compartilhem da temática central deste artigo. Confiou-se ao papel uma construção textual-argumentativa fundada na abordagem de fontes brasileiras e internacionais, na análise histórica e atual dos direitos relevantes e no levantamento de problemáticas e de soluções sobre a análise do relativismo existencial.

¹ Discente do 1º ano do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. E-mail: marcelo.ernandes@hotmail.com

A construção textual obedeceu aos seguintes aspectos: nos primeiros dois capítulos, buscou-se ressaltar o conceito de Vida nas esferas da Ciência e Religião, ressaltando os dogmas e incertezas em cada campo/instituto.

Em sequência, analisou-se a previsão de relativismo à vida no ordenamento positivo, dando ênfase às causas de justificação presentes em norma infraconstitucional e na causa supralegal dirimente do instituto consentimento do ofendido.

Por fim, buscou-se evidenciar um novo objeto de questionamentos no campo do Direito, a criação da “diretiva antecipada da vontade”, (testamento vital), executada por Resolução do CFM. Conceituaram-se os precedentes internacionais; analisou-se a situação atual do testamento no âmbito jurídico e o juízo de aprovação social.

Restou-se à conclusão um desenvolvimento crítico sobre a realidade social e a tentativa de materialização deste princípio de relativização da vida nas relações indivíduo-Estado e coletividade-instituições públicas.

2. CONCEITO DE “VIDA”

Atribuir ao substantivo “vida” um conceito categórico/direto infere-se dificultoso, pois há conceitos diferentes ligados à medicina, ao direito e outras ciências. Ao passo que perquirir quando há um início certo da “vida” evidencia-se ainda mais complexo e discordante entre os estudiosos e intérpretes das Ciências Naturais, devido aos mecanismos de pesquisa ainda em avanço e às barreiras místico-religiosas que dificultam a evolução da fundamentação do conceito. Se isso não fosse suficiente, as religiões influenciariam as legislações.

As elucidações acadêmicas em se conceituar “vida” evidenciam divergências até mesmo na própria Biologia. Há correntes, como a adota pelo escritor Dan Edésio Pinseta na obra acadêmica “Livro 5 – Biologia” (2002,

p.90), as quais enfocam que após “a fusão gamética ocorrem as clivagens – mitoses sucessivas formando células-filhas” –, em cuja quinta fase o corpúsculo celular denomina-se mórula, a qual é classificada como **embrião**. Formado por células totipotentes, a mórula é centro de debates apaixonados sobre o uso e consequências de utilização de suas células na pesquisa de células-tronco². Discute-se se a utilização destas envolveria morte de uma vida embrionária, permitindo discussões doutrinárias sobre descarte de sêmen, fecundação ‘in vitro’ e outros.

Outra corrente a ser ressaltada é a hodiernamente aceita pela Suprema Corte brasileira e pela grande parcela dos doutrinadores jurídicos. Infere-se a teoria da nidadação, cujo conceito ressalva que o corpúsculo celular nidado/unido à parede uterina deve ser destacado como embrião – ser dotado de vida. Neste estágio, a fase de neurulação está consolidada, sendo vital para os estágios posteriores de formação e de diferenciação de tecidos na organogênese, como ressalta Pinseta (2002, p.93):

“(…) as células *diferenciam-se* progressivamente, organizam-se em tecidos e originam os órgãos funcionais. (...) Como o sistema nervoso é o primeiro a se diferenciar, o início da organogênese é um período de neurulação”.

A partir desse conceito, ressalta-se que o entendimento preponderante nos centros acadêmicos para se falar em vida assenta-se na presença de atividade cerebral - centro coordenador do organismo. Em conformidade com essa tese, podemos inferir sobre o texto da Lei de

² Para o Professor Titular da UERJ, Luís Roberto Barroso, admite-se o conceito de células-tronco como células diferenciadas das demais, as quais detêm “a capacidade de se diferenciarem,..., de se converterem em distintos tecidos no organismo e a propriedade de autorreplicação, ou seja, a capacidade que têm de produzirem cópias idênticas de si mesmas. Todavia, tais características não se manifestam com a mesma intensidade em todas as células-tronco. Estas podem ser classificadas em: (a) totipotentes, as quais possuem a capacidade de se diferenciar em qualquer dos 216 tecidos que compõem o corpo humano; (b) pluripotentes ou multipotentes, que podem se diferenciar em quase todos os tecidos, menos na placenta e nos anexos embrionários; (c) oligopotentes, que são capazes de se diferenciar em poucos tecidos; ou (d) unipotentes, que só conseguem se diferenciar em um único tecido” (2007, p.6).

Transplantes³. Em seu artigo 3.º é evidenciada, após constatação de **morte encefálica** no paciente, a possibilidade do tratamento ou transplante ocorrer.

Pode-se inferir uma nítida conciliação de teorias entre a neurociência e a doutrina jurídica sobre a gênese de proteção ao ser – como a égide do nascituro **com vida** prevista artigo 2º do Código Civil⁴ -, e sobre o término da existência - morte encefálica. Os dispositivos da Lei Maior são importantes, visto que o Brasil proíbe de forma categórica o fim da vida que não seja natural. Todavia, a Constituição é um reflexo de uma consciência de determinado momento na vida de um povo.

2.1. Vida no campo religioso monoteísta

Para os cristãos, é inegável que a vida entende-se como uma dádiva sagrada concedida por uma autoridade divina – Deus – a suas criaturas. Por cristão entende-se todo aquele que possui uma fé dogmática em Cristo Jesus e na existência de vida eterna *post mortem*. Isso inclui a Igreja Católica Apostólica Romana e as que romperam com ela, em especial as reformadas por John Calvino na Suíça (Genebra) e Martinho Lutero no Sacro Império Romano Germânico. Segundo entendimento Protestante, a defesa da vida é essencial, a fim de garantir uma oportunidade de salvação em Cristo para aqueles que ainda estejam em constante pecado. Como referência dogmática, pode-se citar o Livro de João, capítulo 14 e versículo seis, o qual infere: “Disse-lhe Jesus: ‘Eu sou o caminho, a verdade e a vida. Ninguém vem ao Pai, senão por mim’”. Desta análise, depreende-se o caráter inviolável que se atribui à vida terrena. Todavia, ressalva-se que há divergências entre os próprios cristãos, quanto aos modelos de vida defendidos e ao comportamento dos fiéis –

³ Lei n. 9434/97 tem expresso em seu artigo 3.º, “*caput*”, o seguinte texto: “A retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina”.

⁴ O artigo 2.º do Código Civil evidencia: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

transfusão ou não de sangue; matar ou não alguém dentro do uso dos meios moderados, para se defender, na legítima defesa e outros preceitos.

Aos seguidores do Islamismo, consoante aos mandamentos dispostos no Alcorão – “bem-estar neste mundo e bem-estar no outro” – vale-se da valorização da vida (conceito análogo ao adotado no Cristianismo), com o propósito de prática de boas obras e da caridade. Porém, admite-se em alguns casos a *Jihad*, quando preceitos e dogmas professados por Maomé são lesados por intervenções estrangeiras, que desconhecem as paixões e proselitismo islâmico. Admite-se, nesse caso, a morte do inimigo de *Allah*.

Seguindo preceitos do *Tanakh* (“Antigo Testamento” bíblico-cristão), os judeus fundamentam seus conceitos de vida na *Torah*, a qual traz os livros Pentateucos, que são os cinco primeiros livros da Bíblia cristã. Neles estão dispostos os mandamentos entregues ao patriarca Moisés, o qual recebeu de *Jeovah* (Deus) o Decálogo, em cujo texto estava escrito: “Não matarás” (Êxodo, capítulo 20, versículo 13 da Bíblia cristã). Por este mandamento é possível afirmar o comprometimento judaico em proteger a vida como ato mandamental e tê-la como concessão divina⁵.

Portanto, os cristãos, os islâmicos e judeus trazem preceitos ou dogmas a respeito da temática da vida, sempre buscando assegurar a existência como bem do Criador, repudiando quaisquer lesões fúteis à vida.

3. A VIDA COMO DIREITO NÃO ABSOLUTO

De acordo com o entendimento jurídico hodierno, é expressamente proibida a pena de morte no Brasil, sob o fundamento de lesão a um direito individual. Afirmação consagrada na Carta Maior de 1988 pode-se depreender que este núcleo imodificável tem as suas exceções, ressaltando que há pena de morte em caso de guerra declarada. Compondo o rol da

⁵ Observa-se que o grande índice de mortes na região da Palestina, envolvendo árabes e judeus, não é decorrente de um confronto de leis religiosas, e sim, de questões transcendentais a esta, embasando-se nas disputas por terras férteis e na geopolítica da região – controle dos estreitos marítimos para o comércio, possessões de áreas petrolíferas e de nascente de rios.

denominada Carta de Direitos, prevista no artigo 5º da CF/88, o direito à vida é reafirmado em texto constitucional como objeto de não deliberação (art. 60, § 4º), integrando o grupo das cláusulas pétreas – núcleo imodificável da Constituição. Todavia, mesmo sob este preceito literal de inviolabilidade, nenhum direito pode ser declarado absoluto, pois todos os direitos fundamentais apresentam como característica a limitabilidade. Conforme ratifica José Joaquim Gomes Canotilho (2007, p. 459-460) apud Alice Acioli Teixeira Baracho, no artigo “A dignidade da pessoa humana pode ser considerada um direito absoluto?”:

“As teorias absolutas veem no núcleo essencial um conteúdo normativo irrestringível, abstractamente fixado; as teorias relativas veem no núcleo essencial o resultado de um processo de ponderação de bens. De acordo com a primeira orientação, o núcleo essencial é uma posição subjectiva de tal modo indisponível que não pode ser relativizada por qualquer direito ou interesse contraposto. Para a segunda, o núcleo essencial é o resultado de um processo de ponderação, constituindo aquela parte do direito fundamental que, em face de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos e com ele colidentes, acaba por ser julgada prevalecente e consequentemente subtraída à disposição do legislador. (...) Por seu turno, as teorias absolutas esquecem que a determinação do âmbito de protecção de um direito pressupõe necessariamente equação com outros bens, havendo possibilidade de o núcleo de certos direitos, liberdades e garantias poder vir a ser relativizado em face da necessidade de defesa destes outros bens”.

Depreendem-se nas palavras de Canotilho a atitude a ser tomada pelo operador do Direito com a ponderação e harmonia na interpretação e aplicação de direitos, como fundamento de um processo equânime de Justiça e de segurança jurídica na tutela de bens. À “inviolabilidade do direito à vida”, portanto, deve-se engendrar uma harmoniosa ponderação interpretativa em ou se preservar a existência ou outro bem conflitante com aquele, de acordo com uma predominante consciência social no momento de aplicação dos princípios e das normas.

Essa relevante consciência social - consagrada na Magna Carta pelo poder constituinte originário - é exemplificada na própria Constituição

brasileira, quando nos períodos de tempos de guerra, segundo o escritor Rafaelo A Britta (2008 s.p.):

“(...) a ‘vida’ não é um direito absoluto até mesmo dentro do artigo 5º da Constituição Federal, uma vez em que o constituinte originário autorizou que o Estado institua a pena capital em períodos de conflitos bélicos (artigo 5º, XLVII, ‘a’).”

Este cenário de choques entre princípios - como evidente na realidade beligerante, entre o respeito à vida e à dignidade da pessoa humana - é visto pelos acadêmicos do Direito, como problemática singular que necessita de conhecimento e ponderação do aplicador das leis.

Em alguns quadros da realidade, em cujas cenas de violação à vida fazem-se notórias, é possível uma sensibilização crítica e indagadora de cada cidadão do por que o direito à vida não seja absoluto.

Ressalta-se no senso comum de alguns indivíduos a volição de oferecer aos crimes que resultem em morte das vítimas penas mais severas e prolongadas aos celerados. Destaca-se neste cenário intelectual social o papel da mídia, influenciadora de opinião e consciência de massas, em instigar na população o desejo por penas capitais e até mesmo por práticas de tortura aos acusados.

Obstando este desenfreado desejo instigado por uma parcela social, o Brasil fez-se signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, desde 1990. Conforme ressalta escritor Rogério Greco (2011, p.127-128):

“De todas essas considerações (do protocolo da Convenção que orienta à abolição da pena de morte), merece destaque aquela que diz que a pena de morte produz consequências irreparáveis que impedem sanar o erro judiciário e eliminam qualquer possibilidade de emenda e de reabilitação, haja vista que, nesta última parte, a pena de morte, além de contrastar com o princípio da dignidade da pessoa humana, contraria as funções preventivas atribuídas à pena, principalmente no que diz respeito à ressocialização do condenado”.

Destarte, sob o crivo racional em tentar garantir o respeito e o cumprimento mandamental dos Direitos Humanos, o Estado – monopolizador da força punitiva – assegura formalmente a todos os cidadãos um devido processo legal, não devendo, portanto, penalizar o réu com penas cruéis de tortura e de morte. Em uma de suas expoentes obras, “Dos Delitos e das Penas”, Cesare Beccaria evidencia (2011, p.53):

“O rigor do castigo faz menor efeito sobre o espírito do homem do que a duração da pena, pois a nossa sensibilidade é mais fácil e mais constantemente atingida por uma impressão ligeira, porém frequente, do que por abalo violento, porém passageiro”.

Infere-se que os legislantes e aplicadores de leis não devem prezar por penas rápidas e débeis moralmente, e sim, por ações punitivas ao condenado que sejam intensas, duradouras, e provoquem um impacto na visão social, através das consequências jurídicas em se cometer um delito. Verifica-se nesse caso, que há limitação do direito estatal em influir na contiguidade da vida dos cidadãos. No entanto, em contraste com a pena, o Estado – concomitantemente – tem o dever de assegurar ao condenado seus direitos fundamentais, como a vida, pois o preso, na condição de morto civil, não deve ser considerado um morto biológico.

4. RELATIVIZAÇÃO: ESTADO DE NECESSIDADE

Consoante à tendência de minimalização do Direito Penal na realidade cidadã, o legislador infraconstitucional ressaltou no ordenamento positivo a possibilidade de algumas condutas, em singulares situações, não serem ofensivas a determinados direitos, devido à pontual necessidade de proteção do bem jurídico próprio ou alheio. Segundo o escritor Cezar Roberto

Bitencourt, a criação de normas permissivas denominadas “causas de justificação” ou “ causas legais de exclusão da antijuridicidade” possibilitou ao indivíduo atuar na tutela de seu bem relevante, mesmo sob a condição de inevitabilidade de sacrifício de bem ameaçado - como no Estado de Necessidade.

Na obra “Tratado de Direito Penal” (2012, p. 395), Bitencourt evidencia:

“A sistematização das *causas de justificação* tem como fundamento material a necessidade de solucionar situações de conflito entre o bem jurídico atacado pela conduta típica e outros interesses que o ordenamento jurídico também considera valiosos e dignos de proteção”.

Ressalva-se que mesmo a vida, em cenário de intensa pressão psicológica pessoal, pode ser lesionada se da necessidade de salvar bem jurídico próprio ou alheio era inexigível conduta diversa do agente, amparado por uma justificante/exculpante.

Ainda segundo Bitencourt (2012, p.408):

“(...) na hora de decidir se a escolha da ação de salvaguarda deve ser *justificada* ou *exculpada* não cabe uma estrita valoração de se o bem salvo é de igual ou maior valor que o sacrificado, mas, sim, a ponderação de que o *mal causado pela ação de salvaguarda* não seja maior do que o mal que se pretende evitar”.

Neste cenário conflitante em salvaguarda seletiva de bens, pode-se inferir o exemplo do pai que, vendo o seu filho se afogar e seu amigo em mesma situação de risco do outro lado do rio, nada para socorrer seu filho, deixando a mercê da morte o amigo; ou no quadro catastrófico, em que o primeiro médico que chegou ao local do sinistro seleciona as vítimas de maior gravidade aparente para realizar os primeiros socorros, deixando de atender as outras vítimas.

Pode-se aferir que, em ambos os casos, era necessário aos agentes atuar contra perigo atual e inevitável – risco de morte das vítimas. Ao passo que a atuação singular dificultou a prestação pontual de socorro a todos os lesados, o que não era exigível aos autores a prestação de conduta diversa. Portanto, na condição garantista do Direito Penal, as condutas são eximentes de juízo de reprovação social, o que descaracteriza qualquer imputação de crime aos protetores.

5. LEGÍTIMA DEFESA

No instituto da Legítima Defesa (art. 25, CP), segundo um conceito formal admitido pela doutrina, o agente atua para afastar agressão injusta, atual ou iminente, fazendo uso moderado dos meios necessários, sendo primordial em sua conduta a constatação do “*animus defendendi*” – consciência e vontade integradas na defesa do bem jurídico próprio ou alheio.

Não obstante, em cenas reais de agressão injusta, em muitos casos, não é possível fazer uma dosimetria dos meios necessários. Bitencourt reconhece em sua obra este dificultoso comportamento objetivo (2012, p. 419):

“Reconhece-se a dificuldade valorativa de quem se encontra emocionalmente envolvido em um conflito no qual é vítima de ataque injusto. A reação ‘*ex improviso*’ não se compatibiliza com uma detida e criteriosa valoração dos meios necessários à repulsa imediata e eficaz”.

Com isto, alguns agredidos utilizam a legítima defesa com excessos, repelindo, por exemplo, uma lesão corporal desmotivada com a morte do agressor. Nesses casos, mesmo havendo o resultado morte do agressor, o agredido pode ser amparado pelo conceito *exculpante* de legítima defesa, salvo constatação de que o agredido queria ou estava desde o início

motivado a matar injustamente o agressor. Ainda segundo Cezar Bitencourt (2012, p. 419 a 421):

“Como afirma Welzel, ‘a defesa pode chegar até onde seja requerida para a efetiva defesa imediata, porém, não deve ir além do estritamente necessário para o fim proposto’. Havendo disponibilidade de defesas, igualmente eficazes, deve-se escolher aquela que produza menor dano. (...) Assim, causar a morte de alguém, dependendo das circunstâncias, motivos e, particularmente, do elemento subjetivo, pode configurar: homicídio doloso, homicídio culposo, legítima defesa real, legítima defesa putativa, excesso doloso ou culposo etc”.

No entanto, quanto ao requisito de “iminência” da agressão injusta, infere-se um maior grau de discussão entre os acadêmicos do Direito. O cenário da legítima defesa putativa, por exemplo, encontra-se divergente na doutrina quanto à presença do evento morte em alguns casos.

Exemplo notório é o desafeto “A” que encontrando seu oponente “B” em uma rua deserta e o vê caminhando em sua direção, levando as mãos ao bolso. “A” não titubeia e saca uma arma, desfechando-a em “B”, com dois tiros. Ao notar que este morreu, “A” constata que, na verdade, “B” não portava arma, e sim, as chaves de sua casa que naquele momento as estava tentando retirar do bolso.

Percebe-se a condição imaginária, em que alguns doutrinadores inferem que “A” estaria amparado pela legítima defesa putativa, com reflexo na excludente de culpabilidade por atuar com “inexigibilidade de conduta diversa”. Outra ala - conforme teoria limitada da culpabilidade - evidencia que “A” estava envolvido por inevitável engano dos pressupostos fáticos (da situação de fato), o que o condiciona a um erro de tipo inevitável, não respondendo nem por uma forma típica do texto penal. Ao autor, “A”, as excludentes. E quanto ao indivíduo “B”?

Esta derradeira forma de atribuição criminosa é resultado “*ultima ratio*” do Direito Penal, cujos aplicadores procuram ao máximo não utilizá-lo com discrepâncias, pois este é arrasador.

5.1 Legítima defesa putativa

Como ressaltado, infere-se que a natureza jurídica da legítima defesa putativa não é a exclusão da ilicitude, e sim, a da culpabilidade. No exemplo ressaltado no último texto, “A” não tinha exigibilidade de conduta diversa, restando a ele, por enérgico medo da presença de seu desafeto no local, o uso moderado dos meios escolhidos, ainda que ilícito. Percebe-se um cenário evidentemente imaginário de agressão, no qual o possivelmente agredido reagiu primeiro. As principais questões sobre putatividade ou não de alguns atos sempre envolvem a possibilidade de lesão ao bem vida. À outra ala de questões, restringem-se os bens de menor valor. No entanto, nesse cenário é possível afirmar que a importância em se manter a própria vida é mais intensa e urgente do que preservar a vida alheia.

6. ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL E EXERCÍCIO REGULAR DO DIREITO

A relevante polêmica na utilização das dirimentes consiste nos excessos dos meios escolhidos para a égide dos bens jurídicos. No Estrito Cumprimento do Dever Legal, cabendo a todo agente público, é função o dever legal de atuar, de agir, dentro do proposto pela norma.

Ao policial, por exemplo, é vedado matar alguém alegando estrito cumprimento do dever legal. Em choque de direitos, esta causa não prevalece, sobressaindo o direito à vida – princípio dominante. Valendo-se das palavras de Bitencourt (2012, p.423):

“Esta *norma permissiva* não autoriza, contudo, que os agentes do Estado possam, amiúde, matar ou ferir pessoas apenas porque são marginais ou estão delinquindo ou então estão sendo legitimamente perseguidas”.

Obstam-se os abusos de funcionário público, em virtude de sua condição profissional, na possibilidade de cometerem excessos contra a vida, dos quais o legislador, através da lei, repreende com ímpeto – abuso de autoridade, lesão corporal, homicídio...

No instituto legal de Exercício Regular do Direito, cabe aos cidadãos atuar dentro dos limites autorizados para salvaguarda de direitos. Como explana Bitencourt (2012, p. 424):

“*Regular* será o exercício que se contiver nos *limites* objetivos e subjetivos, formais e materiais impostos pelos próprios fins do Direito. Fora desses limites, haverá o *abuso de direito* e estará, portanto, excluída essa *causa de justificação* prevista no art. 23, III, do nosso Código Penal”.

Pode-se constatar como embasamento da interpretação de Bitencourt o *modus agendi* dos médicos, os quais, com a permissão do paciente – em alguns casos –, realizam intervenções cirúrgicas, estético-reparadoras etc. Apesar disso, quando têm em mãos pacientes que apresentem grave risco de morte, e estão inconscientes, os profissionais da Medicina agem em Estado de Necessidade, com o propósito de salvar - utilizando-se dos meios técnicos possíveis - a vida do paciente.

Conclui-se que, mesmo observando-se uma grande frequência em se utilizar as causas de justificação para sacrificar bem jurídico do agressor – como a vida -, há casos em que a invocação das excludentes de ilicitude não se justifica, pois se entende (entre os aplicadores do Direito) ser necessário garantir a manutenção da vida e dignidade do lesado.

7. CONSENTIMENTO DO OFENDIDO – CAUSA SUPRALEGAL DE EXCLUSÃO DA ILICITUDE

Os requisitos - a fim de se afirmar a existência desta causa supralegal de exclusão da ilicitude em um pressuposto fático - são dispostos, conforme o agente seja plenamente capaz, tendo-se o bem como disponível. Ressalta-se que o limite do consentimento é dentro do que foi consentido. Sendo a vida um bem jurídico classificado pela norma constitucional como inviolável, é possível que haja condições nas quais a vida seja o bem disponível nesta causa supralegal. A criação da *diretiva antecipada da vontade* pelo CFM (Conselho Federal de Medicina) permite afirmar que esse ideário ganha força, de modo a garantir ao grave doente o direito sobre a disposição de sua vida, para ter a possibilidade de um processo morte cômodo.

8. REFLEXÃO SOBRE A BIOÉTICA

Conforme evidenciado no célebre “juramento de Hipócrates”, citado em artigo da escritora Luiza Helena Lellis Andrade de Sá Soderro Toledo (2006, s.p.), “a ninguém darei, para agradar, remédio mortal, nem conselho para induzir à perdição”. Como preceito-vetor de condutas dos profissionais das Ciências Médicas, influir na duração da vida de cada paciente emerge-se como fundamental ponto de debates e indagações acadêmicas, os quais se protelam na História.

Sobre a possibilidade de um indivíduo influenciar no tempo de vida de outro, José Ildelfonso Bizzato (2000, p.18) apud Marcio Sampaio Mesquita Martins (2008, s.p.) ressalta: “Nelson Hungria, por outro lado, defendia que ‘a mais elementar prudência aconselha que nenhum homem, a pretexto de piedade, ante o padecimento alheio, se atribua a faculdade ou o direito de matar’”.

Em desacordo com este viés, há aqueles que defendem haver momentos nos quais é incabível uma sustentação aparente de um estado vegetativo de vida, ou seja, prolongar a passagem de morte natural em um paciente em derradeiro viver é indigno e incômodo. Novamente citando Bizzato (2000, p. 16) apud Martins (2008): “Hegel, na sua filosofia, entoava: ‘tenho a vida e o corpo porque são meus; tudo depende da minha vontade. Assim, o homem pode matar-se e mutilar-se a seu entendimento’”. Em feliz leitura de Hegel, Bizzato fez suscitar em seu interlocutor a reflexão sobre o princípio da alteridade, cujo conceito retratado no site JurisWay (s.d; s.p.) evidencia:

“O princípio da alteridade, também em sintonia com o princípio da insignificância, veda a incriminação de conduta meramente subjetiva ou que não ofenda a nenhum bem jurídico. Por exemplo: a tentativa de suicídio ou a autolesão não serão considerados crimes se não provocarem outros danos materiais a terceiros e se não houver intenção de fraude contra seguradora”.

Percebe-se uma tendenciosa propensão teórica em condicionar a situação fática ao princípio norteador de relativização da vida. Consoante a este cenário, podemos analisar o pensamento bioético e jurídico sobre a eutanásia, ortotanásia, e distanásia.

8.1 Eutanásia

Desde o fim do século passado, a doutrina discute a vida digna e conseqüentemente, uma morte também com dignidade. No campo médico e também no jurídico, a temática ganha espaço, pois apesar das técnicas e progressos da medicina, em muitos casos, não é possível dar ao paciente condições dignas durante o tratamento.

Segundo Daniella Parra Pedroso Yoshikawa (2009, s.p.), pode-se definir eutanásia “como morte provocada por sentimento de piedade à pessoa

que sofre”. Por motivos humanísticos e por um diagnóstico de não possibilidade de cura, forte sofrimento ou de estado terminal, o doente pode ter seu processo de morte acelerado através de aprovação e ação médicas. No entanto, a não observação de alguma dessas elementares condições pode acarretar ao autor – geralmente, um médico - uma perfeita adequação de sua conduta no crime de homicídio, previsto no art. 121 do CP.

Ainda nas declarações de Yoshikawa (2009, s.p.):

“Não há, em nosso ordenamento jurídico previsão legal para a eutanásia, contudo se a pessoa estiver com forte sofrimento, doença incurável ou em estado terminal dependendo da conduta, podemos classificá-la como **homicídio privilegiado**, no qual se aplica a diminuição de pena do parágrafo 1º do artigo 121 do CP; como **auxílio ao suicídio**, desde que o paciente solicite ajuda para morrer, disposto no art. 122 do mesmo diploma legal ou ainda a **conduta** poderá ser **atípica**”.

Percebe-se que ainda não houve clarificação da doutrina em caracterizar ou não a eutanásia no rol de crimes. Observa-se nos dizeres de Yoshikawa que a conduta de eutanásia, em determinadas condições, pode ser atípica. No entanto, há uma vedação para que o médico ou outro profissional de saúde tome providências para apressar a morte, mesmo que as condições do doente sejam ruins, ou seja, passe por sofrimento.

8.2 Ortotanásia

Há outras questões doutrinárias que merecem apreciação, como a ortotanásia, que visa não prolongar tratamentos para doenças incuráveis. Denominada também de *eutanásia passiva*, de acordo com o conceito etimológico do vocábulo, a ortotanásia significa “morte correta”. A escritora Yoshikawa (2009, s.p.) fundamenta o conceito, alegando que:

“(…) o doente já está em processo natural da morte e recebe uma contribuição do médico para que este estado siga seu curso natural. Assim, ao invés de se prolongar artificialmente o processo de morte (distanásia), deixa-se que este se desenvolva naturalmente (ortotanásia). Somente o médico pode realizar a ortotanásia, e ainda não está obrigado a prolongar a vida do paciente contra a vontade deste e muito menos aprazar sua dor”.

Depreende-se que o conceito humanístico ainda não está subtraído neste processo, pois, a partir de uma invocação prévia do doente em estado terminal, o médico toma as possíveis precauções, a fim de tentar diminuir o sofrimento do paciente, não possibilitando as chances de prolongamento da morte – desligamento de alguns aparelhos não vitais; suspensão de medidas extraordinárias que dão suporte à vida, como a administração de alguns medicamentos etc.

Em âmbito jurídico, a conduta praticada pelo profissional da Medicina, neste caso, infere-se como atípica, pois “não é causa de morte da pessoa, uma vez que o processo de morte já está instalado” (Yoshikawa, 2009, s.p.). Na verdade, o profissional da saúde busca tomar providências que visem diminuir o sofrimento.

8.3 Distanásia

Se por um lado há uma busca de diminuir os tratamentos paliativos, por outro, discutem-se as práticas que visem apenas o prolongamento de um estado de coma, por exemplo. Contrapondo-se ao processo anteriormente citado em se favorecer a morte regular do doente terminal, na distanásia há um prolongamento artificial do evento morte, concomitante com o sofrimento do paciente. Conforme explana Maria Helena Diniz (2001):

“(…) 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, Maria Helena. O estado atual do biodireito. São Paulo: Saraiva 2001).

A este cenário, atribui-se uma retórica arguição: Será que se faz necessário prolongar o sofrimento de alguém que gozou da vida e busca uma morte sem dor?

Em suma, atribuir a cada etapa uma barreira intransponível de moralidade, justificando que o elemento vida é direito absoluto, está sendo derribado ao longo do avanço do pensamento social, do qual a consciência jurídica embebe-se. No entanto, compilar os valores esparsos em um único e suficiente preceito, quanto relativizar ou não a existência do ser, é ainda objeto a ser definido pelos operadores do Direito, como exposto no tema a seguir.

5. NOVA QUESTÃO HODIERNA: TESTAMENTO VITAL

5.1. Análise genérica sobre o tema

Em tempos hodiernos, buscou-se entre os integrantes da cátedra jurídica e médica brasileiras um consenso sobre a disposição ou não de tratamentos que assegurem o estágio terminal do doente. Com a finalidade de manifestar esse tipo de acordo, emanou-se a “diretiva antecipada de vontade”, conhecida como “testamento vital”, que apresenta características próprias.

O testamento é um instrumento de manifestação de vontade das pessoas. “Não é uma questão de morrer cedo ou tarde, mas de morrer bem ou mal. Morrer bem significa escapar vivo do risco de morrer doente (Sêneca, 4 a.C.)”. Apreciando este aforismo do filósofo grego, e ressaltando as palavras de Hegel transcritas por Mesquita Martins (2008, s.p.) – “tenho a vida e o corpo porque são meus; tudo depende da minha vontade. Assim, o homem pode matar-se e mutilar-se a seu entendimento” – pode-se inferir o “*jus naturales*” e o “*princípio da alteridade*”, que são consagrados sobre cada indivíduo na autodeterminação de suas escolhas e de suas ideologias, como é evidente no art. 5.º, incisos IV, VI e VIII, da CF/88.

5.2. Influência externa

Na Comunidade Europeia de Nações, que reúne 27 países, há legislação do Direito Comunitário sobre a temática. Países europeus, como Espanha e Portugal, signatários da “Convenção de Direitos Humanos e Biomedicina do Conselho da Europa” – composta atualmente por 35 assinantes; criada em quatro de abril de 1997 pelo Convênio de Oviedo (Espanha) -, possuem o documento de “diretiva antecipada de vontade” como uma antiga realidade, alicerçada de experiências. O artigo 9.º da Convenção comprova:

“Artigo 9.º: Vontade anteriormente manifestada - A vontade anteriormente manifestada no tocante a uma intervenção médica por um paciente que, no momento da intervenção, não se encontre em condições de expressar a sua vontade, será tomada em conta”.

Mediante este cenário, pode-se inferir que o desejo do paciente e sua livre manifestação do pensamento têm sido levados em ponderação, quando há o choque destes princípios com o da vida. Dispor de um bem jurídico, em condição de eficácia “*inter vivos*” - como evidente no Código Civil brasileiro, em seu artigo 1857, *caput*⁶ –, é direito histórico, analisado por um vasto grupo de doutrinadores ao longo dos tempos, ganhando destaque na segunda metade do século XX, com a instauração dos direitos de Terceira e de Quarta Dimensões – respectivamente, direitos de solidariedade-transindividuais e de (re)afirmação Estado Social.

Os Estados Unidos, um dos precursores da “diretiva”, nos anos 1960 alcunharam a expressão “*living will*”, admitindo o testamento vital, segundo escritor Emanuel (1990) apud Luciana Dadalto Penalva (2008), como um “documento de cuidados antecipados, pelo qual o indivíduo poderia registrar seu desejo de interromper as intervenções médicas de manutenção da vida”. Deve-se considerar o período, no qual esse direito foi suscitado à disposição do indivíduo. Vários enfermos e mutilados começaram a se

⁶ Art. 1857 do Código Civil: “Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte”.

somarem nos hospitais norte-americanos, em decorrência da Guerra do Vietnã, cuja integração efetiva estadunidense ao conflito deu-se de 1964/65 a 1975. Devia-se, de modo efetivo garantir uma alternativa à totalidade de enfermos no período, se queriam ou não prolongar seus sofrimentos.

Observa-se o legado externo na instigação de vontade legiferante de normas e preceitos condizentes com a realidade no Brasil. Ao passo que, a morbidez intelectual e de ação brasileira precisa ser contemplada com um testamento vital, com propósito de cura.

De acordo com o site “Testamento Vital” (2012, s.p.), define-se o documento - que dá nome ao sítio virtual -, como:

“(…) um documento, redigido por uma pessoa no pleno gozo de suas faculdades mentais, com o objetivo de dispor acerca dos tratamentos e não tratamentos a que deseja ser submetida quando estiver diante de um diagnóstico de doença terminal e impossibilitada de manifestar sua vontade. É importante que este documento seja redigido com a ajuda de um médico de confiança do paciente. Ademais, ressalte-se que as disposições, para serem válidas no Brasil apenas podem versar sobre interrupção ou suspensão de tratamentos extraordinários, que visam apenas prolongar a vida do paciente. Tratamentos tidos como *cuidados paliativos*, cujo objetivo é melhorar a qualidade de vida do paciente, não podem ser recusados”.

Ainda ratificando este assecuratório direito de escolha, o geriatra Daniel Azevedo (SBGG, 2012, s.p.) evidencia:

“Antes, os médicos se sentiam compelidos a tomar medidas de tratamento nas quais, muitas vezes, nem mesmo eles acreditavam. E, agora, com esta resolução, a vontade do paciente é respeitada e soberana (...). Esta ideia (vida finita) se perdeu, e precisamos reconquistá-la... A essência dos cuidados paliativos consiste em permitir que a pessoa e seus familiares possam viver plenamente o tempo que lhes resta. A intenção não é dar anos a vida, mas sim, vida aos anos. Valorizar o tempo que existe”.

Dessa forma, busca-se consagrar um direito autêntico do cidadão em expressar sua vontade de como queira o seu processo de morte, sem as intervenções e mandamentos de representantes estatais. O consentimento do ofendido, como exposto anteriormente, é relevante para não imputar ao profissional da medicina, e nem ao próximo familiar a condição de criminoso, de modo que o bem consentido “vida” foi expressamente disposto pelo doente terminal.

5.3. Posição do Conselho Federal de Medicina

Buscando esclarecer aos seus associados quais os procedimentos que devem ser feitos, o Conselho federal de Medicina fez várias consultas e encontros, com a finalidade de elaborar um documento oficial. O documento oficial revela-se pela Resolução n. 1995/2012, publicada em Imprensa Oficial (D.O.U.), pelo Conselho Federal de Medicina, a “diretiva antecipada de vontade” ou “testamento vital” tem como objeto, segundo o presidente da Comissão de Cuidados Paliativos da Sociedade Brasileira de Geriatria e Gerontologia (SBGG), o geriatra Daniel Azevedo (SBGG, 2012, s.p.), “a possibilidade de definir junto ao seu médico os limites terapêuticos a serem adotados em uma fase terminal, por meio do registro expresso do paciente num documento”⁷. Neste âmbito, Azevedo ainda ressalta o dever de manutenção dos devidos cuidados médicos aplicados aos signatários da diretiva, mesmo sob uma ótica de iminente óbito do doente:

“Com a diretiva, o geriatra explica que as pessoas podem escolher não serem submetidas a tratamentos extraordinários de manutenção da vida na fase final de doenças como demência, insuficiência cardíaca, doença pulmonar obstrutiva crônica ou câncer, quando já não existe possibilidade de reversão do quadro. Mas ressalta que o cuidado deve continuar até o momento da morte, com ênfase no controle dos sintomas e na resolução de pendências. “A pessoa não é abandonada jamais e o foco da intervenção passa a ser o seu conforto”, pondera”.

A partir desta constatação, os procedimentos para com o doente ainda evidenciam um liame com os fundamentos humanistas de respeito à vida e à dignidade da pessoa humana. Essa posição serviu e serve como base para interpretação da temática por parte dos juristas.

⁷ Segundo as diretrizes e normas do CFM, a “diretiva antecipada de vontade” pode firmar-se consoante um contrato verbal; ao passo que para garantir maior segurança no processo, recomenda-se a criação de um instrumento contratual, conforme observação do artigo 1876 do Código Civil, e orientação no site <http://veja.abril.com.br/noticia/saude/testamento-vital-o-respeito-ao-desejo-do-paciente>, publicado em 07/09/2012.

CONCLUSÕES

Apesar da austeridade de alguns Estados-nação em consagrar uma parcela dos direitos como essencialmente absolutos, constata-se no mundo, a partir de uma análise sistemática, uma derradeira fase de consolidação do Estado social, em cujos fundamentos pode-se averiguar a relativização de direitos, mesmo aqueles consagrados “imodificáveis”. No Brasil, conforme os ensinamentos de Pedro Lenza ressaltados neste artigo, nenhum direito é absoluto, pois se presume a liberdade ao indivíduo em atuar na vida social, isento das opressões do Estado.

A “Carta de Direitos” brasileira, prevista no artigo 5º da C.F./88, é o cerne das liberdades remetidas aos cidadãos. Neste enfoque, a “inviolabilidade do direito à vida” é assecuratória, a fim da tutela da personalidade do indivíduo. Não obstante, assegurar a inviolabilidade pode-se presumir direito indisponível, embora haja consentimento e disposição da vida pelo ofendido? Dando ênfase ao princípio de que nenhum direito é absoluto, deve-se permitir ao indivíduo uma escolha, após um devido processo singular de reflexão e de condições patológicas, se deseja prorrogar uma vida aparente de morbidez ou uma morte ao seu tempo e digna.

No entanto, aproximar essa formalidade da real situação brasileira evidencia-se ainda dificultoso, devido às precárias condições de saúde e de modo de vida, que ainda atingem grande parcela populacional. Horas de espera; não concessão de atendimentos, por motivos de incompatibilidade de plano de saúde; profissionais da medicina despreparados; administração medicamentosa errônea... são cenários corriqueiramente observados nos hospitais, e que provocam no paciente grande desconfiança e incômodo, quanto à prestação do serviço na oferta de um tratamento adequado.

Promover um imediato processo de cura da patologia social - precarização do modo de vida e intensa violência – por integrantes da própria sociedade – comprometimento em eleger candidatos honestos e empenhados na solução das problemáticas sociais, e que saibam utilizar os instrumentos

que a própria Constituição prevê a todos, como ação popular, mandado de segurança, mandado de injunção... – e por representantes do Poder Público (ratificação de projetos de lei, de resoluções que possam melhorar as instituições vida, saúde, etc) são alterações de comportamento que não só emitem reflexo no cenário de convívio interpessoal, mas também, promovem uma eficácia das decisões legiferadas por Órgãos Legislativos e adotadas nos Tribunais.

A partir deste fato, poderá se falar com maior propriedade sobre como garantir ao ser um projeto de vida de modo a orientá-lo até mesmo - por instrumento de “testamento vital” – sua definição de morte.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRITTA, Rafaelo. Embriões in vitro – a vida não é direito absoluto nem mesmo no artigo 5º. Disponível em: http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20090329185404.pdf. Acesso em: 29 out. 2012.

ANGLO, Sistema de Ensino. **Biologia 5 – Zoologia-Embriologia**. 2. Ed.; São Paulo: Gráfica e Editora Anglo Ltda, 2002.

BARACHO, Alice Acioli Teixeira. A dignidade da pessoa humana pode ser considerado um direito absoluto? Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 30 de outubro de 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células-tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na constituição. Rio de Janeiro – RJ. Disponível em: http://www.panoptica.org/marco_abril07pdf/ano1_n%5B1%5D.7_mar.-abr.2007_1-37.pdf. Acesso em: 1 nov. 2012.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 6ª .ed.; São Paulo: Martin Claret, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 17. ed.; ver., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012

BIZZATO, José Ildelfonso. **Eutanásia e responsabilidade médica**. 2ª ed. São Paulo: Led Editora, 2000, p.18.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. 4. tir. Coimbra: Almedina, 2007, p. 459-460.

CONVENÇÃO para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina. **Site do Gabinete de Documentação e Direito Comparado**. Lisboa-Portugal. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/convbiologiaNOVO.html>. Acesso em: 31 out. 2012.

CONVENTION for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine. **Site da Convenção de Direitos Humanos e Biomedicina do Conselho da Europa**. Disponível em: <http://conventions.coe.int/treaty/en/Reports/Html/164.htm>. Acesso em: 31 de out. 2012.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva 2001.

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio – uma visão minimalista do Direito Penal**. 6ª .ed.; Niterói – RJ: Impetus, 2011.

JurisWay. Disponível em: <
<http://www.jurisway.org.br/v2/pergunta.asp?pagina=1&idarea=17&idmodelo=12417>>. Acesso em: 31 out. 2012.

MARTINS, Marcio Sampaio Mesquita. Direito à morte digna: eutanásia e morte assistida. Ceará, 2008. Disponível em: <
http://www.lfg.com.br/artigos/Blog/DIREITO_A_MORTE_DIGNA_EUTANASIA_E_MORTE_ASSISTIDA.pdf>. Acesso em: 28 out. 2012.

O QUE É O PRINCÍPIO da alteridade? Site JurisWay. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/pergunta.asp?pagina=1&idarea=17&idmodelo=12417>>. Acesso em: 30 out. 2012.

PENALVA, Luciana Dadalto. As contribuições da experiência estrangeira para o debate acerca da legitimidade do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro. Brasília – DF, 2008. Disponível em: http://www.advocaciapasold.com.br/artigos/arquivos/testamento_vital_-_contribuicao.pdf. Acesso em: 31 out. 2012.

SBGG. Testamento vital permitirá às pessoas definirem limites terapêuticos na manutenção da vida. **cfm@portalmedico.org.br**. Brasília-DF, 2012. Disponível em: http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=23202:testamento-vital-permitira-as-pessoas-definirem-limites-terapeuticos-na-manutencao-da-vida&catid=3. Acesso em: 31 de Agosto de 2012.

TESTAMENTO vital. Site Testamento vital. Disponível em: <http://www.testamentovital.com.br/>. Acesso em: 31 out. 2012.

TOLEDO, Luiza Helena Lellis Andrade de Sá Soderó. Eutanásia, ortotanásia e legislação penal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1730, 27 mar. 2008 . Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/11093/eutanasia-ortotanasia-e-legislacao-penal>. Acesso em: 30 out. 2012.

YOSHIKAWA, Daniella Parra Pedroso. Qual a diferença entre enutanásia, distanásia e ortotanásia? Disponível em: < http://www.lfg.com.br/artigo/2008080409551418_direito-criminal_qual-a-diferenca-entre-eutanasia-distanasia-e-ortotanasia.html>. Acesso em: 29 out. 2012.