



13

CONFLITOS ENTRE DIREITOS: A DIGNIDADE, O LIVRE ARBITRIO E O DIREITO A VIDA (DIGNA)

Palavras-chave

Dignidade. Livre Arbitrio. Morte Digna. Direito à Vida. Jurisdição Voluntária.



Rosana Chiavassa

Advogada, especialista em Direito do Consumidor, formada pela Universidade de São Paulo e pós graduada pela Faculdade Getúlio Vargas e pela PUC Belo Horizonte.



Marcelo Chiavassa de Mello Paula Lima

Advogado formado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, e pós Doc pela USP.

1. Constituição Federal de 1988

Em termos de direitos humanos e sociais, a Constituição Federal de 1988 foi a grande precursora da garantia de direitos no Brasil, posto que, até então, poucos encontravam-se firmemente positivados.

A título ilustrativo, os direitos do idoso, da criança, da família em conceito maior, igualdade de gênero, veto ao racismo, ao preconceito, ao terrorismo, direitos do consumidor, entre tantos outros.

Desde então, e paulatinamente, a Sociedade passou a absorver esses temas, de acordo com seus interesses e direitos de forma crescente e acompanhamos o nascimento e organização de ilhas de direitos. Chamamos de ilhas de direitos os grupos organizados que saíram, literalmente, às ruas e gritaram, chamando a atenção da Sociedade, do Judiciário, Legislativo e Executivo. Algumas dessas ilhas obtiveram sucesso, e o reconhecimento ou regulamentação dos pleitos, através de políticas públicas. Outras, ainda não.

De qualquer forma, uma enorme evolução legislativa, principalmente em função da velocidade das mudanças na Sociedade, mercê da era digital, enquanto ainda se discute o marco regulatório indígena.

Continuamos a assistir essas conquistas e, inclusive, a parte da sociedade contrária às mesmas. Momentos de grandes conflitos sociais.

Por outro lado, hoje, já podemos constatar, como uma das consequências, os conflitos de direitos existentes entre essas ilhas, ilustrando com uma fala de uma avó carente indagar o motivo de seu neto não ter acesso a fraldas descartáveis e enxoval, se os filhos das presidiárias são contemplados.

Em verdade, as duas crianças deveriam receber essa materialização do direito, mas, infelizmente, quem tem o poder de gritar mais, está à frente da parte da população que ainda não se organizou e está virando minorias.

Democracia. Processo lento e paulatino.

E nesse emaranhado de processo evolutivo, esbarramos, por outro lado, em outro grande problema: o da irreverência brasileira frente a algumas leis, que – simplesmente – não são respeitadas. Como se respeitar ou cumprir a lei fosse volitivo.

Educação, ou sua ausência.

E, por fim, diante da inércia do Poder Estatal, acompanhamos uma crescente judicialização de boa parte desses direitos, citando a título de exemplo, a área da saúde, da educação, de gênero.

Em função da obrigatoriedade do fornecimento de creches, sabemos que liminares concedidas tem comprometido os orçamentos de várias e várias Prefeituras, o que acaba refletindo em carência de outros direitos, às vezes igualmente importantes, como segurança e saúde.

O mesmo se diga, na área da saúde, que, sendo pragmática, estando garantido o direito universal à saúde, essa discussão não terminará no judiciário.

Indagações são feitas pela Sociedade: mas falta ou não orçamento? Dá para contemplar toda a Medicina sem prejuízo de outros setores? Ou prejudicamos o fornecimento de outros direitos universais garantidos, como saneamento e segurança?

Certo é que essa discussão dar-se-á no âmbito da Sociedade, decidindo os destinos de um orçamento que, apesar de ainda não haver transparência e pensando num Poder ético e incorruptível, é finito.

É tirando um viés desse direito à saúde que adentraremos no tema dessa discussão.

E, principalmente porque é de fácil constatação que justamente por prever toda essa proteção, tentando reparar um passado de abandono e repressão, que o Estado se arvorou no papel de agente altamente paternalista.

2. Direito à Dignidade Humana

Expresso em nossa CF, pela primeira vez, já no artigo 1º, que a República Federativa do Brasil traz, como um de seus inerentes fundamentos, a dignidade da pessoa humana.

Referido fundamento se propaga em outras passagens da Magna Carta, principalmente no artigo 5º, que traz as garantias e direito individuais.

Dignidade humana é a garantia do respeito e consideração, por parte do Estado e da comunidade, a cada ser humano.

Com isso, passou o ser humano a ter, de um lado, as condições mínimas de uma existência saudável para poder protagonizar sua própria existência. E, de outro, a proteção contra qualquer ato degradante.

E, por fim, e mais importante, o respeito à sua liberdade individual e a sua personalidade.

Assim, de forma, indiscutível, temos que a dignidade humana é a espinha de todo o ordenamento jurídico pátrio, não podendo ser mitigado ou relativizado, sob pena de gerar a instabilidade do regime democrático, o que confere ao dito fundamento caráter absoluto.

Doutrina e jurisprudência caminham juntos nesse reconhecimento:

A dignidade da pessoa humana, (...) está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora “as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 4ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, pg. 54):

É no valor da dignidade da pessoa humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, na tarefa de interpretação normativa. Consagra-se, assim, dignidade da pessoa humana como verdadeiro super princípio a orientar o Direito Internacional e o Interno.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos, O Princípio da dignidade da pessoa humana e a Constituição de 1988, 2004, pg. 92

(...) o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo (...).

(HC 95464, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 03/02/2009, DJe-048 DIVULG 12-03-2009 PUBLIC 13-03-2009 EMENT VOL-02352-03 PP-00466)

De qualquer forma, a garantia da dignidade da pessoa humana é absoluta, não podendo sequer ser renunciada.

Claro que haverá momentos em que nos confrontaremos com a contraposição desse mesmo direito com o de outrem e nesses casos caberá ao aplicador do direito essa resolução, com a análise caso a caso e considerando todas as nuances envolvidas isoladamente.

3. O Direito à Vida e à Liberdade (livre arbítrio)

Na sequência, a Carta magna traz, em seu artigo 5º a Carta Magna a individualização dos direitos, sendo de destaque, agora, somente o *caput*.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

O direito à vida, na realidade, é a incorporação pela axiologia jurídica de um valor sociocultural historicamente delimitado. Nesse sentido, o Professor Miguel Reale destaca o “valor da pessoa humana” como principal elemento da axiologia jurídica, o qual constitui “uma conquista histórica, um fruto do amadurecimento lentamente através do tempo”.¹

O direito à vida, portanto, impõe na ordem jurídica um valor cultural que é um constructo social e uma conquista histórica de nossa época, qual seja: o respeito à sacralidade da vida.

No caso do direito à vida, o bem protegido não é apenas a existência singular de uma pessoa, mas,

¹ REALE, Miguel. *Pessoa Sociedade e História: gênese e validade transcendental da personalidade*. P. 1.

sobretudo, a defesa dos valores sagrados intrínsecos àquela vida humana.

Em termos jurídicos, o direito à vida é a condição *sine qua non* para a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana.

Para os doutrinadores, a vida é o bem jurídico de maior proteção legal, obviamente que de forma indissolúvel da dignidade.

Por isso, podemos e devemos falar em vida digna, pois o conceito de vida não é meramente o bater de um coração e o funcionamento de um cérebro.

A vida é o conjunto de histórias, conquistas, derrotas, lutas, pensamentos e convicções de cada ser humano dotado de consciência e, portanto, de livre arbítrio.

Essa conceituação mais rasa tem sido vital para alguns debates, como o aborto de crianças anencefálicas, ou oriundas de estupros, e etc.

Mas, para a discussão que se pretende, com a devida vênia, referido conceito é anacrônico, antiquado e ineficaz.

Sim, pois, numa análise um pouco mais profunda, o Estado deixou o direito à liberdade – frise-se, indispensável à sociedade proposta pela Constituição – restrito, engessado, absolutamente limitado.

De forma curiosa, o Estado reconhece direitos para o nascituro, mas nega a concretização da verdadeira liberdade de decisão (livre arbítrio) em assuntos ainda hoje considerados tabus.

De um lado nos permite, nos dá o direito de infringir leis (obviamente assumindo as consequências), mas de outro, não.

Em verdade, o que vemos é o Estado, no seu papel conservador de paternalista, não respeitando, verdadeiramente, nosso livre arbítrio, partindo da premissa (inconsciente) de que ainda engatinhamos em algumas questões e por isso não podemos decidir.

Partindo do pressuposto de que seus jurisdicionados, mesmo que maiores de idade, formados em grau superior, imbuídos de todas as informações necessárias para formar sua opinião no que toca à **si mesmo** não poderia fazê-lo.

4. Direito à Saúde

Temos garantido, também, na Constituição Federal, o direito à saúde:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015)

Pois bem. Unindo-se o direito ao livre arbítrio e à saúde temos que cada ser humano deve ter toda a Medicina disponível a seu favor, podendo, com as informações adequadas, decidir, inclusive, se aceita ou não o tratamento proposto.

Aliás, alguns dos princípios do Código de Deontologia Médica, legislação infraconstitucional, ligados ao tema:

Dos Princípios

Princípio 2 - O alvo de toda a atenção do médico é o paciente, em benefício do qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional.

Princípio 5 – É dever do médico aprimorar

continuamente os seus conhecimentos e usar o melhor progresso científico em benefício do paciente, agindo sempre com prudência e diligência.

Princípio 9 – O médico, ainda que em caráter de pesquisa, guardará sempre absoluto respeito pela vida humana, desde a concepção até a morte, utilizando seus conhecimentos em benefício do paciente e jamais o fazendo para gerar sofrimento mental e físico ou extermínio do homem, nem para permitir ou encobrir tentativa contra sua dignidade ou integridade.

E, de outro lado, demonstrando que tudo converge aos 4 direitos constitucionais aqui discutidos, dignidade, vida, saúde e liberdade, temos inseridos na citada legislação, as condutas caracterizadoras de infrações éticas:

Artigo 1- Deixar de utilizar todos os conhecimentos técnicos ou científicos, ao seu alcance, contra o sofrimento ou o extermínio do homem.

Artigo 3 – desrespeitar o pudor de qualquer pessoa sob seu cuidado profissional.

Na relação singular típica, o doente procura o médico – conferindo-lhe, com este gesto, a legitimidade inicial para o observar e para o desenvolvimento seguinte da atividade, o cuidar, se for de sua vontade.

Isto constitui um passo natural na execução continuada do contrato médico/paciente.

O direito, nessa relação contratual, está assentado nas garantias individuais e nos direitos da personalidade, vida, saúde, direito à integridade física e moral de cada indivíduo, intimidade, dignidade, constituindo as técnicas médicas invasivas e sofisticadas, uma das facetas mais relevantes nessa sua proteção.

O dever de zelo e respeito do doente funda-se num direito inato da personalidade e não depende, na sua afirmação básica, da estrutura contratual em que se pratica o ato médico.

O tema é de tal importância, que hoje a legislação brasileira e internacional, nisto inserindo os Pactos e Tratados, tem como preocupação primordial, aliar à saúde, a liberdade e a dignidade humana.

Assim, estatuído na Cartilha dos direitos do paciente emitida pela Secretária de Saúde do Estado de São Paulo o item nº 2, sob o título Respeito e Dignidade, a obtenção de:

‘Um tratamento digno, atencioso e respeitoso por parte de todos os profissionais de saúde’

Já no item 6, denominado ‘informação’ temos:

‘Um tratamento digno, atencioso e respeitoso por parte de todos os profissionais de saúde’

‘.. a informações claras, simples e compreensivas, adaptadas à sua condição cultural, sobre as ações diagnósticas e terapêuticas, o que pode decorrer delas, a duração do tratamento, a localização de sua patologia, se existe necessidade de anestesia, qual o instrumental a ser utilizado e quais regiões do corpo serão afetadas pelos procedimentos”. (grifo nosso).

Similares exposições são trazidas na cartilha da União e em muitas Prefeituras.

Ou seja, minimamente, respeito. Existem vários meios para se garantir dignidade e respeito. Não se pede nem simpatia. Mas, apenas e simplesmente, respeito ao ser humano.

Através do Decreto 591 de 06/07/1992, o Brasil tornou-se signatário do Pacto Internacional sobre Di-

reitos Econômicos, Sociais e Culturais adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966.

Através dos princípios proclamados nesse Pacto das Nações Unidas, o relacionamento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

Mais. Reconhecido ficou que esses direitos decorrem da dignidade inerente à pessoa humana e que se não criadas condições que permitam a cada um gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, assim como de seus direitos civis e políticos, não haverá o ideal do ser humano livre, liberto do temor e da miséria. Não pode ser realizado a menos que se criem medidas para garantir tais direitos.

Tanto assim, que a Carta das Nações Unidas impõe aos Estados a obrigação de promover o respeito universal e efetivo dos direitos e das liberdades do homem. Destaca-se desse Tratado:

ARTIGO 4º

Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem que, no exercício dos direitos assegurados em conformidade com presente Pacto pelo Estado, este poderá submeter tais direitos unicamente às limitações estabelecidas em lei, somente na medida compatível com a natureza desses direitos e exclusivamente com o objetivo de favorecer o bem-estar geral em uma sociedade democrática.

ARTIGO 12

1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental.

E, através do artigo 2º do Decreto lei 592 de 06/07/1992, temos assegurado o acesso à prestação jurisdicional que:

3. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a:

a) Garantir que toda pessoa, cujos direitos e liberdades reconhecidos no presente Pacto tenham sido violados, possa de um recurso efetivo, mesmo que a violência tenha sido perpetrada por pessoas que agiam no exercício de funções oficiais;

b) Garantir que toda pessoa que interpor tal recurso terá seu direito determinado pela competente autoridade judicial, administrativa ou legislativa ou por qualquer outra autoridade competente prevista no ordenamento jurídico do Estado em questão; e a desenvolver as possibilidades de recurso judicial;

c) Garantir o cumprimento, pelas autoridades competentes, de qualquer decisão que julgar procedente tal recurso.

Ainda, a ser invocado, temos a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, subscrita pelo Brasil, através do decreto 678, em 06/11/1992.

Destacamos do referido Pacto:

Artigo 4. Direito à vida (digna)

Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

Artigo 5. Direito à integridade pessoal

Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.

Artigo 11. Proteção da honra e da dignida-

de

1.Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.

Artigo 25. Proteção judicial

1.Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

2. Os Estados Partes comprometem-se:

a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpor tal recurso;

a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e

c. a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.

Impossível, ainda, não invocar a Declaração Universal de Direitos Humanos, em seus artigos:

Artigo 1º - Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.

Artigo 22 - Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais

indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

Artigo 28 – Toda pessoa tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados.

Artigo 29, §2. - No exercício de seus direitos e liberdades, toda pessoa estará sujeita apenas às limitações determinadas por lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.

Pois bem, e tudo isso não pode deixar de levar em consideração as subjetividades de cada ser humano, pois em muitos casos, a decisão sobre a extensão de seu direito à saúde, passa, inclusive, pela crença religiosa, caso das transfusões de sangue em testemunhas de Jeová, onde de forma inerente está o direito à liberdade.

Como se pode ver, o direito à saúde tem causado muita polêmica, pois da forma como concebido, de acesso universal, garantido foi tudo o que a Medicina dispõe a favor do ser humano.

Mas, desde que a pessoa o queira e desde que inserido em suas crenças, citando de forma exemplificativo, tudo o que envolve a mulher e a procriação, desde a colocação de um 'DIU'.

E, para engrossar esse caldo, pois não é o foco da matéria, levando em conta o 'dever' do médico de fornecer ao paciente toda a melhor medicina, com a judicialização da saúde, os orçamentos públicos (municipais e estaduais) sofrem sérios abalos, posto não haver previsão orçamentária para arcar com todas as despesas médicas prescritas.

Um exemplo elucidativo são os medicamentos (objeto de investimento maciço da indústria farmacêutica) que podem custar R\$ 1.500.000,00 (hum milhão e quinhentos mil reais) por 4 aplicações, mensais sequenciais.

Mas, essa questão não é, como já dito, objeto desta discussão.

Agora, juntemos, direito à dignidade, à vida, ao livre arbítrio e à saúde.

5. Dignidade Humana da Vida e na Morte, da Liberdade e da Saúde

Entramos agora, na parte mais difícil da discussão, que é a seara subjetiva individual de cada ser humano, com a garantia esses direitos inalienáveis.

A morte assusta não pela possibilidade de ser o começo do nada, mas, principalmente, porque pode ser o fim de tudo.

A ideia que empregamos na noção de 'morrer com dignidade' revela como é importante que a vida termine em paz, ou seja, que a morte seja um reflexo do modo como pretendemos – ou pretenderíamos – viver.

Portanto, a tragédia da morte é o fim da vida. E aí reside o paradoxo. Falamos de que vida? A meramente física, com órgãos funcionando? Ou aquela que decorre de junção de ideias, vontades, pensamentos e sentimentos?

Quando uma pessoa está moribunda, sofrendo com dores desumanas ou em estado vegetativo, e nos perguntamos o que seria melhor para ela, não deveríamos considerar somente seu futuro.

A morte é a última etapa da vida. Se ela for lenta, sofrida e em contradição com tudo aquilo que a pes-

soa entende como viver, todo o seu passado é contaminado pela rotina da angústia, por mais que esta possa encontrar-se inconsciente.

É crucial, assim, considerar o sentido que damos às nossas vidas. Antes de qualquer análise isolada sobre a morte, é preciso valorizar o que cada pessoa considera como vida digna e, por esse ideal, esforça-se para desenvolver suas potencialidades e obter a sua realização pessoal, respeitada sua convicção.

Deve-se analisar, na perspectiva dos direitos da personalidade, três dos principais direitos constitucionais e civis: (i) o direito à vida, (ii) o direito à liberdade e (iii) a dignidade da pessoa humana.

Juntos, estes direitos formam o núcleo essencial dos direitos de uma pessoa, e são amplamente defendidos pela Magna Carta e pelas legislações federais.

Mas estariam todos estes direitos essenciais no mesmo nível de hierarquia? Ou poder-se-ia dizer que algum deles é mais importante que outros?

Algumas outras indagações pertinentes: o que seria uma vida digna e qual a efetiva importância que as pessoas dão para a conjunção destes dois direitos (vida digna)? Poder-se-ia conceber uma vida indigna?

Se alguma pessoa entender que sua vida não é digna, teria ela o direito de colocar fim à sua própria existência mundana?

Se sim, o que legitimaria este seu direito? Ao contrário do senso-comum, seria o direito à liberdade fundamentalmente o maior direito de uma pessoa, em detrimento até do seu direito à vida?

Qual é o sentido da vida e como agir para obter uma vida satisfatória são questões que habitam cada pessoa, intrinsecamente.

Essas considerações sobre a satisfação da vida influenciam o que julgamos como viver com dignidade e nos faz encarar a hora da morte de forma distinta.

Para muitas pessoas², passar semanas, meses ou anos sofrendo com dores e tratamentos torturantes, totalmente paralisadas ou em estado vegetativo permanente, representa uma morte que contradiz todos os parâmetros que nortearam suas vidas. Em outras palavras, uma morte lenta e torturante é o capítulo final trágico que viola toda a dignidade da pessoa.

O direito à vida não se resume à ideia superficial de manter alguém vivo até a última pulsação, mesmo que isso signifique sofrimento intenso por conta das condições físicas e mentais que o grave estado de saúde provoca ao paciente.

A correta interpretação do direito à vida deve considerar, de modo sistemático e harmônico, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Conforme já exposto, o direito à vida deve ser contextualizado para sua correta compreensão. Atualmente, o conteúdo do direito à vida não se esgota na defesa da integridade física dos indivíduos, como era a sua pretensão inicial após a Revolução Francesa.

Agora é preciso compreender a vida atrelada à dignidade, aos valores que conduzem e dão sentido ao estar vivo de cada pessoa.

² No Brasil, conforme a pesquisa Datafolha citada, em 2007 por volta de 40% da população era favorável à eutanásia. Esse número tende a crescer.

Indubitavelmente, o dever de proteção à vida continua sendo a tônica jurídica, mas a vida merece ser corretamente entendida, para que o fato de se estar respirando não vire uma tortura, uma violação à dignidade.

As concepções sobre como viver para obter a satisfação pessoal definem as convicções sobre quando morrer nos casos de graves problemas de saúde. Por tal motivo, quando vemos alguém em estado de sofrimento intenso, dizemos “isso, para mim, não é vida”.

A cessação do ‘tratamento médico fútil’, termo ora empregado de forma genérica para indicar a morte sem sofrimento, respeita a liberdade de escolha em relação aos limites do suportável. Diante de situações que impõem a alguém o sofrimento intenso e irremediável, a única maneira de respeitar a dignidade da vida é reconhecer a autodeterminação do paciente para definir o seu termo final.

A imposição de um modo específico de morrer, o qual deve passar pelo intenso sofrimento e angústia de um paciente já sem qualquer perspectiva de melhora, é um abuso do Estado que viola a liberdade fundamental de uma pessoa, impedindo-a de determinar, sem prejuízo para quem quer que seja, a sua própria forma de viver segundo seus juízos de valor.

A dignidade humana configura fundamento do República Federativa do Brasil, previsto logo no primeiro artigo da Constituição Federal. Desse modo, o princípio da dignidade humana deve orientar todo o ordenamento pátrio, inclusive a forma de interpretar e conceber o direito à vida.

A defesa da vida, em sintonia com a dignidade humana, será mantida como finalidade precípua do Estado. Contudo, não se trata simplesmente de de-

fender a manutenção da vida biológica a qualquer preço.

Qualquer ser humano que venha a se encontrar em um quadro de inconsciência irreversível, com forçosa manutenção de sua vida pode entender que essa situação é uma afronta a sua dignidade, porquanto um amplo período de inconsciência causará inequívoco sofrimento a seus familiares, tornando-se, possivelmente, um fechamento da vida em contradição com todos os parâmetros que sempre orientaram sua vida.

Por isso, pode-se pleitear o reconhecimento de seu direito à declarar a vontade de não iniciar o ‘tratamento médico fútil’ – nas situações e seguindo os procedimentos previstos no tópico seguinte desta petição inicial – em um título judicial que, além de garantir a certeza de sua vontade manifesta, servirá para afastar as supostas restrições legais que frequentemente são invocadas para negar a legalidade da morte sem sofrimento.

Negar esse direito ao Reclamante é violar seu livre arbítrio de forma tirânica. Em outras palavras, impor a permanência da vida a qualquer custo quando viver já se tornou uma tortura sem sentido é uma supressão da liberdade e uma negação da dignidade humana imotivadamente.

Por tais razões, é lícito ao indivíduo ingressar com procedimento de jurisdição voluntária, requerendo o provimento jurisdicional que reconheça o seu direito de optar pela eliminação da dor e do sofrimento e de morrer com dignidade, como expressão do próprio direito à vida em consonância com o princípio da dignidade humana.

Sim, pois cada ser humano tem seu conceito de vida, saúde, liberdade e dignidade humana.

Juntando-se o direito à dignidade, ao livre arbítrio, à vida por obviedade, temos o inequívoco direito a uma morte digna.

Existe somente uma certeza: a de que nascemos para morrer; com data de vencimento (ainda que incerta), fazendo com que a vida, seja apenas um hiato entre o 'vazio' que precede o antes de nascermos e o 'vazio' que procede o depois da morte.

É certo que algumas pessoas têm mais facilidade de lidar (ou de fugir) com esta questão.

Por exemplo, os médicos lidam com a morte de uma forma menos fantasiosa e por isso ousam mais falar sobre o tema.

Já os religiosos, nem pensam a respeito, em reverência às suas crenças, o que, registre-se, está longe de ser uma crítica, visto que algo completamente imbuído no direito ao credo livre.

Pois bem.

Se a CF garante direito à vida e direito à dignidade, como princípio federativo, as pessoas deveriam pensar sobre o que é, dentro de sua história, uma morte digna.

O direito cujo reconhecimento se reclama diz respeito à *vida, o que se entende apenas desde que, eivada, esta, com dignidade humana em toda sua plenitude.*

A medicina evolui constantemente na busca de tecnologias e medicamentos que permitem manter vivas pessoas que já estão à beira da morte. Por outro lado, essa mesma medicina está se esquecendo do ser humano como um todo e, justamente por isso, impondo, para pessoas com incapacidade irreversível, dores físicas ou psíquicas atrozes e desumanas.

Falamos da manutenção por métodos fugazes de órgãos pincelados de um todo, independente da análise do ser humano. Essa realidade desrespeita as convicções, as crenças, enfim, a história de cada um.

Além da medicina moderna estar em constante evolução, desenvolvendo continuamente novos aparatos tecnológicos capazes de curar ou pelo menos prolongar o viver por longos períodos, o que pode parecer um capitalismo selvagem, temos que essa mesma medicina, em alguns casos, está distanciada da moralidade, pois serve somente para manter pessoas que estão à beira da morte e/ou ligadas a inúmeros aparelhos que induzem as funções vitais; ou que estão total e permanentemente paralisadas; assim como aquelas que enfrentam dores insuperáveis ou que estão semiconscientes de tão sedadas, ou mesmo mortas-vivas, pois privadas perpetuamente de sua volitividade.

Esse estado, para muitas pessoas, não pode ser considerado "vida digna".

Agora é preciso compreender a vida atrelada à dignidade, aos valores que conduzem e dão sentido ao estar vivo de cada pessoa.

Indubitavelmente, o dever de proteção à vida continua sendo a tônica jurídica, mas a vida merece ser corretamente entendida, para que o fato de estar respirando não se torne uma tortura, uma violação à dignidade.

As concepções sobre como viver para obter a satisfação pessoal definem as convicções sobre quando morrer nos casos de graves problemas de saúde. Por isso que, quando vemos alguém em estado de sofrimento intenso, dizemos "isso para mim não é vida".

A defesa da vida, em sintonia com a dignidade humana, será mantida como finalidade precípua do Estado. Contudo, não se trata simplesmente de defender a manutenção da vida biológica a qualquer preço.

Para alguns que já pensaram a respeito, um quadro de inconsciência irreversível, a forçosa manutenção de sua vida é uma afronta a sua dignidade.

Por isso, deveria o Estado, não no seu papel conservador paternalista, mas no seu papel de respeito absoluto ao ser humano e suas concepções subjetivas, reconhecer seu direito à declarar a vontade de *não iniciar o 'tratamento médico fútil'* – nas situações e seguindo os procedimentos médicos previstos – além de garantir a certeza de sua vontade manifesta, afastar as supostas restrições legais que frequentemente são invocadas para negar a legalidade da morte sem sofrimento.

Negar esse direito é violar o livre arbítrio de forma tirânica. Em outras palavras, impor a permanência da vida a qualquer custo quando viver já se tornou uma tortura sem sentido é uma supressão da liberdade e uma negação absoluta da dignidade humana sem motivação.

6. Da Ausência de Legislação e Práticas não Seguras

É fato que esse direito não está normatizado.

É fato que muitas pessoas já pensaram a respeito.

Com isso, alguém teve a ideia de que bastaria registrar sua vontade num documento lavrado em cartório, através de uma escritura de declaração, vulgarmente denominada de 'testamento vital'.

Hospitais debateram e debatem a questão sob esse prisma, junto a pacientes que tenham interesse.

Esqueceram de um pequeno detalhe: o de que esse tipo de documento, como todo testamento, poderá ser questionado judicialmente, inclusive pelos familiares, seja por motivos próprios de crença religiosa, filosófica ou mesmo, patrimonial.

Exemplo? O moribundo ateu, com testamento vital, tem um filho extremamente religioso. Ou uma divergência de interesses entre um curador na administração dos bens do moribundo versus os demais herdeiros.

Claro que se o Estado legislar a respeito, declarando a fé pública do escrevente de cartório extrajudicial, para convolar a suposta avaliação de lucidez do testador, afirmar a validade do 'testamento vital' não teremos mais problemas com essa questão.

Mas estamos num vácuo perigoso.

E diante dessa ausência normativa, ajuizadas algumas lides, no formato de jurisdição voluntária, para obter esse mandamento de forma definitiva, reconhecendo o direito a uma morte digna, que certamente traz a segurança jurídica definitiva, algo inexistente no 'testamento vital' lavrado em Cartório.

No procedimento de jurisdição voluntária não há lide (por conseguinte, não há partes da forma que tradicionalmente concebemos como autor e réu) e não se busca, necessariamente, uma tutela jurisdicional apta a proteger um direito violado ou sob ameaça de violação.

Por essa razão, José Frederico Marques,³ dentre outros renomados processualistas que seguem a lição de Liebman, definia a jurisdição voluntária como administração pública de interesses privados, que tem, ao mesmo tempo, função de natureza administrativa

³ MARQUES, José Frederico. *Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária*. São Paulo: Saraiva, 2003.

e caráter de ato jurídico do ponto de vista subjetivo e orgânico (emanado pelo Poder Judiciário).

O ínclito processualista José Ignácio Botelho de Mesquita, em lição esclarecedora e preventiva,⁴ ressaltando a proximidade do procedimento da jurisdição voluntária prevista no Código de Processo Civil pátrio com a doutrina alemã que concebe o direito como princípio vital da sociedade, revela que:

“A jurisdição voluntária tem sido considerada usualmente sob uma perspectiva extremamente acanhada, que não dá a conhecer, de modo algum, as suas reais dimensões, as suas verdadeiras proporções.”⁵

Lembrando Mauro Cappelletti, o Professor Mesquita ensina que a jurisdição voluntária não se limita aos procedimentos especiais previstos no Título II do Livro IV do Código de Processo Civil (artigos 1.113 a 1.210), mas, ao contrário, visa **“fazer prevalecer a ordem política, econômico-financeira ou social”, pressupondo a existência de “lesão ou ameaça a interesses políticos, econômicos ou sociais”**.⁶

Corroborando a posição do professor Mesquita, o Código de Processo Civil prevê em seus artigos 1.103 a 1.112 as disposições gerais sobre jurisdição voluntária, as quais norteiam os procedimentos sem expressa previsão. O artigo 1.103 estabelece que:

Art. 1.103. Quando este Código não estabelecer procedimento especial, regem a jurisdição voluntária as disposições constantes deste Capítulo.

4 MESQUITA, José Ignacio Botelho de. *As novas tendências do direito processual: uma contribuição para o seu reexame*. In: Revista Forense, vol. 361, p. 47-72.

5 *Ibidem*. P. 48.

6 *Ibidem*. P. 50.

Depreende-se, pois, que os procedimentos de jurisdição voluntária não estão restritos às hipóteses de procedimentos especiais que estão previstas no Código de Processo Civil.

Muito pelo contrário, há autorização legal à propositura de procedimentos voluntários não específicos.

A prestação jurisdicional almejada no procedimento de jurisdição voluntária coincide perfeitamente com a preservação da ordem social – destacada pelo Professor José Mesquita como função da jurisdição voluntária – por meio da tutela de um interesse relativo ao direito fundamental contido no princípio da dignidade humana.

Busca-se neste procedimento a obtenção de uma decisão que reconheça e ampare um direito fundamental do Requerente, qual seja: o direito à dignidade na hora da morte como forma de respeito a sua vida caso ela venha a enfrentar situações de condição física insuportável e irreparável ou de perda irreversível da consciência.

Em outras palavras, este procedimento procura o reconhecimento jurisdicional do direito ao veto de ‘tratamento médico fútil’ como forma de preservar a dignidade humana e o livre arbítrio do ser humano, em condições específicas que, eventualmente, tenha que enfrentar no fim da vida.

O reconhecimento do direito aqui discutido, por jurisdição voluntária, implica na constituição de uma situação juridicamente definida na qual esse direito possa ser regularmente exercido e NÃO QUESTIONADO.

A contemporaneidade da discussão é patente. Miguel Reale Júnior, assim se posicionou recentemente

te em artigo veicula pelo jornal “O Estado de São Paulo”⁷:

“Com efeito, mais facilmente estabelecemos disposições testamentárias patrimoniais, querendo abraçar a vida depois da morte, para comandar o destino e a fruição de nossos bens, estendendo nosso poder de decisão para após a entrada no reino dos mortos.

Mais difícil, porém, é enfrentarmos a possível realidade da desgraça em vida que nos leve a um estado de inconsciência. Para Sartre, a vida seria uma desconversa diante da morte inexorável. Viver a pensar na morte levaria a abdicar do gosto pela vida, razão por que fazemos de conta que não ocorrerá. Mas, mais do que a morte, afastamos com maior vigor de nossa mente a probabilidade da desgraça de doença terminal que nos prostrará inconscientes. Imaginar essa hipótese, todavia, passa a ser preciso, pois a arte médica consegue prolongar artificialmente a vida sem consciência, impondo-se a necessidade de anteciparmos decisões para fazer prevalecer nossa vontade quando incapacitados para expressá-la, nomeadamente no sentido de não querer uma vida vegetativa.

(...)

Para permanecer dono do próprio corpo mesmo inconsciente, sem riscos de conflitos éticos no exercício da medicina ou perante o Ministério Público, é de todo conveniente que a matéria seja objeto de lei (...) elaborando-se anteprojeto em discussão com os médicos, juristas e especialistas em bioética.” (grifo nosso)

Ante a falta de regulamentação legislativa, no Brasil, deste instrumento jurídico (*living will*), cabe ao Poder Judiciário atuar em uma de suas funções atípicas: de legislar positivamente, em consonância com o ar-

tigo 4º da LINDB (princípio do *non liquet*) e de fazer justiça, como assevera Ruy Barbosa, em seu discurso de paraninfo na Universidade de São Paulo:

“Que extraordinário, que imensurável, que, por assim dizer, estupendo e sobre-humano, logo, não será, em tais condições, o papel da justiça! Maior que o da própria legislação. Porque, se dignos são os juízes, como parte suprema, que constituem, no executar das leis, em sendo justas, lhes manterão eles a sua justiça, e, injustas, lhes poderão moderar, se não, até, no seu tanto, corrigir a injustiça.

De nada aproveitam leis, bem se sabe, não existindo quem as ampare contra os abusos; e o amparo sobre todos essencial é o de uma justiça tão alta no seu poder, quanto na sua missão. “Aí temos as leis”, dizia o Florentino.”⁸

Muitos aqui poderiam começar a questionar as condições desse procedimento.

7. Das Condições da Ação, Direito Material e Convicções Pessoais

7.1 O (Im)Provimento e as Condições da Ação: Distinção entre Direito Material e Possibilidade Jurídica do Pedido

Discute um direito que diz respeito a sua vida e a sua dignidade, o qual pretende ver reconhecido e tutelado pelo Poder Judiciário, não havendo que se falar em falta de interesse de agir, obviamente.

Poderia haver um eventual obstáculo à apreciação do direito apresentado neste tipo de procedimento, o qual, todavia, repousa sobre o equívoco corrente de reduzir a possibilidade jurídica do pedido a uma avaliação prévia de mérito.

⁷ *Testamento Vital*, publicado em 04.05.2013.

⁸ *Oração aos Moços*.

Vejamos: as condições da ação, incluindo a possibilidade jurídica do pedido, não se confundem com o mérito da causa, ainda que guardem certa proximidade,⁹ e isso fica ainda mais evidente ao constatar que o julgamento de carência da ação não produz os efeitos exclusivos de julgamento de mérito, tal qual define o Código de Processo Civil.

Segundo essa concepção das condições da ação, correta a nosso ver, pedido e fundamento jurídico (causa de pedir) não se confundem, sendo somente em relação ao primeiro (o pedido em si) que a carência da ação com base na impossibilidade jurídica do pedido poderia vir a incidir.

Se, portanto, a extinção da ação ocorre com base na relação pedido e causa de pedir, concluindo o juiz que o fundamento jurídico utilizado não sustenta o pedido formulado na petição inicial, não há impossibilidade jurídica do pedido, mas sim extinção com julgamento de mérito.

Nesse caso, o pedido só é juridicamente impossível se, independente da causa de pedir em que se ampara, a lei o veta expressamente.

Se, por outro lado, para extinguir a ação é preciso argumentar que a causa de pedir não está amparada no direito vigente, não haverá impossibilidade jurídica, mas de fato improcedência do pedido e, para tanto, o devido processo legal deve ser respeitado.

Na análise de um procedimento de jurisdição voluntária cujo objetivo seja a consecução da impossibilidade de prolongamento da vida do indivíduo, o pedido consiste em obter do Estado-juiz o reconhe-

9 José Roberto dos Santos Bedaque destaca a proximidade das condições da ação com o mérito, afirmando que "é inegável que as condições da ação têm conotações com o mérito, pois examiná-las significa conhecer de aspectos da pretensão, do objeto do processo, ainda que decisão a respeito nem sempre represente resposta ao pedido formulado." (*Efetividade do processo e técnica processual*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 248).

cimento de um direito, bem como o modo de efetivar sua tutela.

Trata-se, portanto, de pedido que pretende a declaração de um direito e, simultaneamente, a constituição de um documento (sentença) que o reconheça e defina as regras para sua efetivação, com força de coisa julgada material.

Desse modo, verifica-se de plano que o pedido discutido neste tipo de procedimento seria juridicamente possível, pois não há no ordenamento pátrio qualquer vedação ao pleito que pretende obter o reconhecimento de um direito e a definição dos meios de sua tutela efetiva, mesmo que tal pleito seja a cessação da vida indigna, no ver do pleiteante.

Não existe qualquer óbice legal ao pedido de declaração de um direito.

Por isso, o pleito que visa o reconhecimento do direito à cessação do 'tratamento médico fútil' (declaração), bem como a fixação da forma de tutelá-lo caso isso seja necessário no futuro, configura, em nosso entender, pedido inequivocamente possível na acepção jurídica.

7.2. O Interesse de Agir: a Constituição do Living Will

Outro aspecto processual que poderia ser apontado para julgar extinto este tipo de procedimento sem a análise de mérito, uma vez afastada a hipótese de impossibilidade jurídica do pedido, seria a falta de interesse de agir.

Uma das condições da ação, o interesse de agir, usualmente é compreendido como a exigência feita para análise de mérito, que se configura mediante a existência de necessidade e utilidade da via judicial para a satisfação da pretensão da Reclamante.¹⁰

10 MESQUITA, José Ignacio Botelho; e outros. *O colapso das condições da ação?: um breve ensaio sobre os efeitos da carên-*

Alguém poderia alegar que a pretensão ora reclamada em procedimento de jurisdição voluntária deste jaez não possuiria interesse de agir, considerando para tal alegação que a Reclamante está requerendo o reconhecimento de um direito que seria aplicado em uma situação futura e hipotética (qual seja, a Reclamante perder de forma irreversível a consciência ou sofrer com doença insuportável e incurável), que pode nem vir a se concretizar.

Todavia, o interesse de agir, e de agir com antecedência e precaução, existe neste caso. Por essa razão, é crucial que a pessoa que não suporta a ideia de uma (sobre)vida completamente privada de consciência ou movimentos, ou mesmo repleta de dores intermináveis, possa manifestar com antecedência o seu desejo de não se sujeitar a tais condições, demonstrando, de forma inequívoca, e sob a chancela do Estado-juiz, a sua vontade de ter uma morte que considera digna.

É apenas antecedentemente que se pode conceber tal pleito, haja vista que no momento de inconsciência ou impossibilidade de expressar sua vontade, o indivíduo obviamente não poderá fazê-lo.

Outro ponto poderia consubstanciar-se na alegação de que o indivíduo teria outros meios para garantir sua vontade, através do registro de testamento vital em cartório de títulos e documentos, sendo desnecessária a tutela do Poder Judiciário para garantir tal direito. Entretanto, conforme já explicitado anteriormente, um testamento vital não tem e nunca terá força de coisa julgada, podendo ser contestado – naquele momento de mais necessidade do declarante – por membros da família, por motivos alheios ao do Pleiteante.

Desta forma, visando obter o reconhecimento da autenticidade dessa manifestação volitiva, é fun-

cia de ação. In: Revista de Processo – RePro nº 152, 2007, p. 27.

damental que o Estado reconheça, por meio do exercício da jurisdição, a possibilidade de tutelar o direito à vida com dignidade e, ao mesmo tempo, acompanhe o procedimento em que a pessoa pede para ter direito de veto ao 'tratamento médico fútil', o que promove maior segurança ao procedimento, já que o documento que expressa a vontade é uma sentença.

Como consequência, a lide deve transcorrer na forma prevista pelo Código de Processo Civil (art. 1.103 a 1.112), com a manifestação dos interessados e com a dialética necessária para que o magistrado formule sua convicção fundamentada em argumentos jurídicos.

A pretensão reclamada seria obter, além do reconhecimento jurídico do direito de veto ao 'tratamento médico fútil', a constituição de um documento público (uma sentença) que afirme que a Recorrente quer e tem o direito a uma morte digna caso sua consciência seja perdida de forma irreversível, ou na hipótese de se encontrar sofrendo de uma doença incurável e torturante.

Diante dessa pretensão, está claro que há interesse de agir no presente caso, vez que o provimento judicial é necessário, útil e adequado para reconhecer o direito da Recorrente, bem como para dar a segurança necessária ao documento (coisa julgada material) que expressa o desejo dela de não ser mantida viva em condições que considera insuportáveis e/ou que atentariam sua dignidade humana.

7.3. O Limite das Convicções Pessoais na Prestação Jurisdicional

O reconhecimento jurídico da vontade manifestada pelo seu livre arbítrio quanto ao veto do '*tratamento médico fútil*', como todo tema relativo à vida, desperta uma série de posições pessoais orientadas por

convicções de ordem religiosa e moral. Convicções e opiniões estão sempre presentes na sociedade e no pensamento coletivo, e inevitavelmente afetam a apreciação de qualquer direito.

Mesmo em temas que possuem expressa previsão legislativa estabelecendo literalmente a forma de aplicar o direito, as mudanças interpretativas, decorrentes das transformações sociais que impactam sobre as convicções dominantes, acabam por alterar o modo de aplicar a norma jurídica. Nesses casos, fica nítido que a convicção do julgador influi no resultado.

Típico exemplo é o recente julgamento da união estável homoafetiva. O texto constitucional (artigo 226, § 3º, da Constituição Federal) prevê a união estável apenas “entre o homem e a mulher”, não deixando margem interpretativa para o reconhecimento jurídico de uma união entre pessoas do mesmo sexo.

O reconhecimento e a tutela jurídica da união estável homoafetiva, assim, só seria possível se fosse empregado um esforço argumentativo por meio de uma interpretação sistemática que, embora se coadune mais com o tempo presente do que o texto cru, não condiz com a estrita literalidade da norma constitucional.

Essa aplicação do direito em consonância com o tempo foi utilizada pelo Supremo Tribunal Federal (ADI 4.277/DF) para reconhecer a união homoafetiva como um núcleo familiar, mesmo sob claro conflito com a gramática e literalidade da lei.

Tal decisão é um exemplo recente, dentre tantos outros, que evidencia, de forma inegável, que o magistrado possui/formula sua própria convicção e opinião sobre o tema a ser julgado e que essa posição pessoal influencia a forma como ele aplica o direito em suas decisões. Analisando essa problemática, o

constitucionalista Luiz Roberto Barroso, ministro do Supremo Tribunal Federal, ressalta que:

(...) juízes não são seres sem memória e sem desejos, libertos do próprio inconsciente e de qualquer ideologia e, conseqüentemente, sua subjetividade há de interferir com os juízos de valor que formula. (...). Sua interpretação, portanto, sempre terá uma dimensão política, ainda que balizada pelas possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento vigente.¹¹

O mesmo jurista, contudo, pondera que:

Evidentemente, Direito não é política no sentido de admitir escolhas livres, tendenciosas ou partidárias. (...) Mesmo nas situações que, em tese, comportam mais de uma solução plausível, o juiz deverá buscar a que seja mais correta, mais justa, à luz dos elementos do caso concreto. O dever de motivação, mediante o emprego de argumentação racional e persuasiva, é um traço distintivo relevante da função jurisdicional e dá a ela uma específica legitimação.¹²

Percebe-se, pois, que, em que pese a nítida influência das convicções pessoais do magistrado, a decisão deve ser motivada com argumentos extraídos do direito positivado, os quais revelam o emprego da equidade e da justiça como justificativa para o *decisum*.

Nesse sentido, Mauro Cappelletti, um dos maiores estudiosos do Poder Judiciário do século passado, afirmava a relevância da motivação como traço distintivo de legitimidade das decisões judiciais, apontando que:

(...) tribunais superiores são normalmente

11 BARROSO, Luiz Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. P. 13. Disponível no site: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/12350666701742181901.pdf>. Acessado em: 10/04/2012.

12 *Ibidem*, p. 14.

chamados a explicar por escrito e, assim, abertamente ao público, as razões das suas decisões, obrigação que assumiu a dignidade de garantia constitucional em alguns países, como a Itália. Essa praxe, (...), mantém o seu valor enquanto tentativa de assegurar ao público que as decisões dos tribunais não resultem de caprichos ou idiossincrasias e predileções subjetivas dos juizes, representado, sim, o seu empenho em se manterem fiéis “ao sentimento de equidade e justiça da comunidade”.¹³

8. A Primeira Decisão Judicial

A primeira decisão a respeito da cessação de tratamentos fúteis para sobrevivida indigna se deu, infelizmente, após ter o Ministério Público declinado de participar, invocando o art. 221 do Manual de Atuação Funcional (Ato nº 675/2010 - PGJ - CGMP, de 28 de dezembro de 2010), sendo proferida pelo Magistrado Alexandre Coelho, que após muito analisar a questão, bem como ouvir a Autora da lide em audiência especialmente para tal fim, assim decidiu:

A advogada ROSANA CHIAVASSA, qualificada nos autos e atuando em causa própria, ajuizou pedido de jurisdição voluntária, em que pretende obter o reconhecimento de seu “direito de optar pelo não recebimento de tratamento médico fútil que sirva exclusivamente para prolongamento de sua vida assim definido temporalmente quando da prescrição médica” e de “não ser obrigada a viver sem dignidade prevista na C. F., nisso entendido caso de doença irreversível que comprometa sua cognitividade e/ou consciência, cessando o prolongamento dessa sub-vida, após entendimento de pelo menos três dos médicos” por ela indicados.

Em suma, argumentando com o princípio

da dignidade, a requerente, em sã consciência e no gozo de sua saúde física e mental, alega que a medicina e os hospitais em geral vêm praticando o denominado ‘tratamento fútil’ naqueles casos em que já iniciado o processo de morte, o qual não busca curar a pessoa, mas sim prolongar sua vida a qualquer preço, de modo paliativo, muitas vezes com perda volitiva irreversível, o que seria incompatível com seu desejo de morte digna.

Alega que necessita de provimento jurisdicional em razão da possibilidade de vir a perder sua volitividade e por isso não poder mais expressar esta sua vontade de não receber referido tratamento fútil.

A requerente juntou documentos.

O Ministério Público não se interessou pelo caso.

A requerente foi ouvida em interrogatório.

É o relatório. Fundamento e decido.

Trata-se de procedimento de jurisdição voluntária, em que ausente qualquer conflito de interesses.

O que se constata no pedido deduzido na inicial, é que a requerente, em pleno gozo de sua saúde física e mental, conforme documentos médicos juntados, se apresenta em Juízo como pessoa humana dotada de intensa vontade de viver e de celebrar a vida, como sempre fez em sua vida pessoal, familiar e profissional, mas que não vê sentido algum em, no futuro e eventualmente, quando e se vier a se encontrar já privada de sua energia vital e com sua volitividade comprometida, quem sabe acamada em algum hospital, ter sua vida prolongada artificialmente, mediante o denominado “tratamento fútil”, que não objetivaria a cura, então impossível, mas apenas algum alívio temporário, atrasando o resultado morte

¹³ CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Ávaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 98.

inevitável.

E depois de muito refletir a respeito do tema, que foi discutido com seus familiares, amigos, advogados colegas e juristas, resolveu por bem a requerente pedir a chancela estatal para sua vontade de não receber o aludido tratamento, se observadas as circunstâncias de irreversibilidade do processo de morte iminente e de ausência de cura para o mal que vier a ter, o que deverá ser aferido ao menos por três médicos, dentre aqueles listados na inicial e que bem conhecem seu estado de saúde.

Na análise do pedido, cabe, de plano, afastar qualquer ideia relacionada à *eutanásia*, porquanto não se pretende a morte, obtida mediante intervenção humana, mas sim a vida, com toda a sua dignidade, evitando-se apenas a positivação de procedimentos médico-hospitalares que sabidamente nenhum resultado obterão quanto à recuperação da saúde e reversão do quadro mórbido.

Trata-se, na verdade, de *ortotanásia*, ou seja, permitir, por inação, que a morte sobrevenha no momento certo, em que nada mais poderia ser feito, do ponto de vista humano e da Medicina, para reverter o processo de extinção da pessoa, a não ser as medidas paliativas combatidas pela requerente. Em outros termos, é da vontade dela viver e, quando chegar a hora de morrer, que esta sobrevenha nem antes, nem depois (*distância*), mas no momento certo.

Considerando os aspectos legais e culturais envolvidos, inclusive o envolvimento de crenças, porquanto a medida tem a ver com o constante dualismo vida-morte, é forçoso reconhecer a presença das condições da ação, sobretudo do interesse processual, uma vez que a decisão de se ministrar o 'tratamento fútil' costuma ser tomada pelo médico junto com os familiares do paciente, sem consultar este, já privado de sua consciência. Com a presente medida, a reque-

rente pretende ser mais que um simples *objeto do tratamento*, mas sim pessoa humana ainda dotada de dignidade e com capacidade de ter manifestado sua vontade a respeito da questão, ainda que em momento anterior ao seu estado terminal.

E para que referida manifestação de vontade seja conhecida por todos e aceita como ato jurídico válido, não apenas em seu aspecto formal, mas também e especialmente com relação ao seu mérito, emerge o interesse processual em se obter a manifestação estatal ora exercitada.

O tema ortotanásia não é novo e já foi objeto de disputa judicial. O Conselho Federal de Medicina, em sua Resolução nº 1.805/2006, publicada no DOU em 28/11/06, disciplina os critérios para a prática da ortotanásia "na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis" e dá permissão ao médico para "limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente (...) respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal." O Ministério Público Federal impugnou a validade da resolução, em ação civil pública, mas a Justiça Federal reconheceu a legalidade da resolução e julgou improcedente a ação, ressaltando que o próprio Ministério Público, autor da ação, alterou seu entendimento e ao final se manifestou favoravelmente à resolução (autos nº 2007.34.00.014809-3, da 14ª Vara Federal, do Distrito Federal).

Deste modo, é certo que a comunidade médica aprova a prática da ortotanásia.

Em ocasião mais recente (2012), o mesmo Conselho Federal de Medicina foi mais adiante na questão ligada à autonomia da vontade do paciente e editou a Resolução CFM nº 1995/2012, que dispõe sobre diretivas antecipadas de vontade dos pacientes, definidas como "o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que

quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade.”

Consta em tal resolução que, “nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou se expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade.”

Uma das justificativas constantes da exposição de motivos da resolução em análise menciona que “um aspecto relevante no contexto do final da vida do paciente, quando adotadas decisões médicas cruciais a seu respeito, consiste na incapacidade de comunicação que afeta 95% dos pacientes (D’Amico et al, 2009).”

A Lei nº 8.080/90, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, estabelece, como princípio, a “preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral.”

Se o atual estágio da Medicina brasileira – e de vários outros países – é francamente favorável à manifestação prévia de vontade da pessoa com relação à ortotanásia, bem é de se ver que a requerente não deixou qualquer dúvida de que se trata de vontade refletida e discutida com seus próximos (família, amigos e profissionais da Medicina e do Direito) ao longo de dois anos. Os argumentos que ela mesma, como advogada, lançou na inicial refletem a maturidade de sua vontade, a qual foi pessoalmente constatada por este magistrado, durante o interrogatório.

Por fim, a respeito da *legalidade* da vontade por ela manifestada, não é difícil concluir-se, após a distinção entre eutanásia e ortotanásia, mais acima realizada, pela conformidade do ato aos princípios constitucionais que

regem nossa convivência.

Com efeito, o princípio da dignidade da pessoa humana vem afirmado logo no artigo 1º, do texto constitucional, como fundamento da república. Significa isto que a vida humana, também tutelada pela Carta Magna, é direito a ser exercido com a dignidade proclamada. Aliás, outro direito fundamental é o de que ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante (artigo 5º, III).

Destarte, a vontade da requerente, de viver com dignidade até seus últimos dias e de não receber tratamento “fútil”, que no mais das vezes não passam de gritantes agressões contra a pessoa, em inúteis terapias que nenhuma esperança trazem em termos de cura, em nenhum ponto conflita com o nosso ordenamento.

Interessante notar que dentre nós já há texto legal que aceita a ideia de “morte cerebral”, a partir da qual órgãos e tecidos podem ser removidos do corpo que ainda vive, para fins de transplante e tratamento, mediante autorização de quem de direito (Lei nº 9.434/97).

Por fim, cumpre mencionar que o segundo pedido deduzido na peça inicial (de não ser obrigada a viver sem dignidade) está expressamente relacionado ao primeiro (ortotanásia) e não pode, de modo algum, ser interpretado como autorização de suicídio ou de eutanásia, ambos vedados pela lei.

De tudo isso resulta que o pedido da requerente comporta integral acolhimento, sem qualquer ressalva, a fim de que a sentença valha como manifestação de sua vontade, até a sua morte, ressalvado o direito de ela própria alterar sua vontade a respeito, seja por via judicial ou não.

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido deduzido a fls. 42/71 para o fim de

DECLARAR O DIREITO DE OPÇÃO DA AUTORA de não receber “tratamento médico fútil” que sirva exclusivamente para prolongamento de sua vida, assim definido temporalmente quando da prescrição médica dos profissionais indicados no pedido e de não ser obrigada a viver sem a dignidade prevista na Constituição da República, nisso entendido caso de doença irreversível que comprometa sua cognitividade e/ou consciência, cessando o prolongamento dessa sub-vida após entendimento de pelo menos três médicos indicados no pedido.

Expeçam-se os alvarás pleiteados na inicial.

Custas, pela requerente.

PRIC.

São Paulo, 28 de junho de 2013.

Juiz de Direito Dr. Alexandre Coelho

Como se pode notar, o Magistrado, confrontado com decisão tão extremamente relevante, despiu-se de seus credos e convicções para, de maneira absolutamente imparcial, julgar procedente a lide proposta, possibilitando à Requerente a satisfação de sua vontade prévia.

De fato, superou questões importantíssimas já travadas neste artigo, como a suposta falta de interesse de agir e carência da ação, para verificar que tudo que a Requerente desejava era o cumprimento inequívoco de sua vontade, formada após anos de discussão e aprendizado, de forma intransponível, ou seja, acobertada por coisa julgada e impassível de combate ou revisão.

Trata-se, enfim, de uma superação do Paternalismo Estatal e Judiciário, de maneira a se efetivar a volitividade absoluta do indivíduo, desde que este – tal qual o caso – não viole qualquer legislação.

Consagra-se, com acerto, a supremacia dos direitos de liberdade, vida digna e livre arbítrio acima de qualquer noção religiosa ou filosófica de qualquer sorte, garantindo-se a opção de escolha de cada um para decidir, desde que fundamentadamente, sobre sua vida – e, por que não, sobre sua morte.

9. Essa Questão Além Fronteira (Eutanásia e Morte Assistida)

Na Suíça desde 2001 é permitida a morte assistida, considerada lícita pela compaixão e desse que haja ciência e autorização diante de uma doença terminal. E de forma, extremamente avançada, até casos de portadores de doenças mentais, que tenham volitividade, podem praticar.

A Bélgica e Holanda legalizaram a questão, em 2002, sendo a exigência sofrimento físico ou psicológico. A Holanda inclusive autoriza de menores de 12 anos, com autorização dos pais.

Luxemburgo permite, da mesma forma, desde 2009, sempre havendo necessidade de manifestação consciente e sofrimento incurável.

Observem que há uma timidez para aceitar a volitividade humana, sempre numa arrogância incrível do Estado sobre a pessoa.

Reino Unido, em 2015.

Canadá desde 2016, de forma mais liberal, exigindo somente a expressão da vontade e em casos de sofrimento físico e mental.

Hoje, nos EUA, 5 Estados permitem, Oregon, Washington, Vermont, Montana e Califórnia.

O Estado de Vitoria da Austrália, desde 2019.

Na América do Sul, temos a Colômbia, desde 2022 a autorização, para suicídio assistido.

10. CONCLUSÃO

Conhecemos a dificuldade que o tema traz na intimidade de cada indivíduo. Por outro lado, conhecemos o drama das famílias que passam por isso, tendo que lidar com um ser humano nessas condições.

E, independentemente do grau de parentesco do ser humano que encontra-se em tal condição, filha(o), esposa ou marido, tia(o), prima(o), o drama persistirá até a morte natural, se não houver, no mínimo, conversa prévia.

Assistimos os familiares conscientes terem de lidar com a miséria humana, no sentido de ter – infelizmente – (i) condições materiais para suprir a(o) doente, (ii) dar assistência aos cuidados básicos de alimentação e/ou higiene, (iii) da perda da memória emocional da história daquele ser humano, pois não há mais interatividade, conexão.

E, inevitavelmente, a manifestação, naquele momento, de que não desejaria isso para sua própria vida.

Tudo por conta de um egoísmo emocional de não querer pensar no assunto e nem prevenir aqueles que, provavelmente e sem poder de recusa – ante a inequívoca responsabilidade pelo incapaz previsto na legislação cível – terão de cuidar desse assunto, que pela intimidade deveria ser cuidado por cada um.

Que pai ou mãe em sã consciência quer ser motivo impeditivo da vida do descendente por ficar ele atrelada a isso e não poder decolar ou cumprir seu papel da maneira como gostaria?

Obviamente que mesmo sabedor disso, cada qual é livre para tomar sua decisão, que deve ser respeitada inequivocamente. Mas que esta tem que ser pensada, comunicada e planejada é fato incontestado, não podendo se aceitar como automático o desejo de prolongar inutilmente sua vida.

Tudo o que se deseja é que todas as pessoas, com o conhecimento e esclarecimento necessários, e imbuídas de inequívoca certeza após o conhecimento de todos os fatos – inclusive da possibilidade de poder interromper este tratamento fútil – tome a decisão que mais lhe aprouver.

Boa sorte a todos em suas decisões.



**Revista
Científica
Virtual**

Acesse:

[https://issuu.com/
esa_oabsp](https://issuu.com/esa_oabsp)

www.esaoabsp.edu.br

Revista
Científica
Virtual

Edição 43
Ano 2023