

OLHARES ANALÍTICO-DOGMÁTICOS SOBRE A BIOÉTICA:

Uma análise dogmática da validade da RES/CFM 1.995/2012 (diretivas antecipadas) a partir da perspectiva de Norberto Bobbio, Tercio Sampaio e Hans Kelsen

ANALYTICAL DOGMATIC PERSPECTIVES ON BIOETHICS:

A dogmatic analysis of the validity of RES/CFM 1.995/2012 (advance directives) from the perspective of Norberto Bobbio, Tercio Sampaio and Hans Kelsen

*Carolina Grant**

RESUMO

O presente trabalho se propôs a lançar olhares analítico-dogmáticos (FERRAR JUNIOR, 2003) sobre a Bioética, com o propósito de construir o necessário arcabouço jurídico-dogmático a embasar eventual decisão judicial acerca da confirmação da validade ou da própria incidência/aplicação da Resolução n.º 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina. Para tanto, valeu-se do raciocínio dedutivo (GUSTIN; DIAS, 2006), bem como da compreensão acerca da aferição de validade de uma dada norma jurídica elaborada por três grandes pensadores da Teoria Geral do Direito contemporânea: Norberto Bobbio (2010); Tercio Sampaio (2003); e Hans Kelsen (1999, 2006). Ao final, concluiu pela validade (constitucionalidade e legalidade) da citada resolução, bem como pela conformidade da atuação do Conselho Federal de Medicina, no âmbito da elaboração das RES/CFM n.º 1.482/97 (e subsequentes), RES/CFM n.º 1.805/06 e RES/CFM n.º 1.995/2012, com a competência regulamentar firmada no art. 5º, "d", da Lei n.º 3.268/57.

PALAVRAS-CHAVE: BIOÉTICA; DOGMÁTICA; VALIDADE; CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA.

ABSTRACT

This paper intends to proceed to a dogmatic analysis (FERRAZ JUNIOR, 2003) about Bioethics, in order to build the necessary legal-dogmatic bases for any judicial decision on the confirmation of the validity or the actual incidence/implementation of Resolution n.º 1.995/2012 of the Federal Council of Medicine. To do so, it took applied deductive reasoning (GUSTIN; DIAS, 2006) as well as the understanding of the determination of validity of a given legal standard by three great thinkers of the General Theory of Contemporary Law: Norberto Bobbio (2010); Tercio Sampaio (2003) and Hans Kelsen (1999, 2006). It concluded for the validity (legality and constitutionality) of that resolution, as well as the conformity of the actions of the Federal Medical Council over the edition of RES/CFM n.º 1.482/97 (and subsequent) RES/CFM n.º 1.805/06 and RES/CFM n.º 1.995/2012 with regulatory powers signed in art. 5, "d", of Law n.º 3.268/57.

KEYWORDS: BIOETHICS; DOGMATIC; VALIDITY; FEDERAL COUNCIL OF

* Professora substituta da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (FDFUBA). Mestranda vinculada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia (PPGD/UFBA). Pós-Graduada em Filosofia e Direitos Humanos pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Pesquisadora nas áreas de Direitos Humanos e Internacional, Propedêutica Jurídica (IED, Filosofia e Hermenêutica), Direito Civil, Bioética e Gênero. E-mail: carolinagrant@hotmail.com.

MEDICINE.

1. Introdução

No curso de nossa pesquisa de mestrado, nos propusemos a analisar e discutir os fundamentos e pressupostos teórico-filosóficos da Bioética, a partir do caso da transexualidade (do tratamento médico, bioético e jurídico conferido ao tema no Brasil), objeto de uma das resoluções do Conselho Federal de Medicina que será examinada em caráter complementar neste artigo.

Não obstante tal enfoque zetético¹, isto é, mais propriamente reflexivo, aberto e problemático, com foco em *perguntas fundamentais* e não necessariamente em *respostas definitivas*, não se pôde perder de vista a exigência e o clamor por soluções jurídicas em face de demandas sociais concretas, quiçá cotidianas, a partir da análise do ordenamento jurídico vigente, o que nos remeteu a uma elementar apreciação dogmática de algumas questões, tal qual o exame da validade da Resolução n.º 1.995, de 31 de agosto de 2012, do Conselho Federal de Medicina, cujo recente questionamento faz remissão a outras arguições de invalidade/inconstitucionalidade anteriores, de modo a tornar a discussão que se fará em torno da RES/CFM 1995/12, ao longo deste trabalho, menos pontual do que se possa imaginar, num primeiro momento, e, sim, aplicável, de maneira geral, à própria atuação do referido Conselho como um todo.

A abordagem, portanto, ora escolhida, diferentemente daquela adotada em trabalhos anteriores, prima pelo aspecto *resposta*, tendo em vista a *decidibilidade* de eventuais conflitos. Por isso a opção por lançar “olhares dogmáticos” sobre a Bioética, afinal, para Tercio Sampaio Ferraz Junior (2003, p. 41): “[...] O enfoque dogmático releva o ato de opinar e ressalva algumas das opiniões. [...] Questões dogmáticas têm uma função diretiva explícita e são finitas. [...] [preocupam-se] em possibilitar uma decisão e orientar a ação”.

Ademais, a apreciação dogmática prepara, ainda conforme lição de Tercio Sampaio (2003, pp. 93), as condições (além dos pressupostos) essenciais à tomada de uma decisão, com o escopo de evitar arbítrios ou, acrescentamos, incorreções e atecnias. O jurista, então,

¹ De acordo com Tercio Sampaio Ferraz Junior: “Temos, portanto, duas possibilidades de proceder à investigação de um problema: ou acentuando o aspecto *pergunta*, ou acentuando o aspecto *resposta*. Se o aspecto *pergunta* é acentuado, os conceitos básicos, as premissas, os princípios ficam abertos à dúvida. Isto é, aqueles elementos que constituem a base para a organização de um sistema de enunciados que, como teoria, explica um fenômeno, conservam seu caráter hipotético e problemático, não perdem sua qualidade de tentativa, permanecendo abertos à crítica. Esses elementos servem, pois, de um lado, para delimitar o horizonte dos problemas a serem tematizados, mas, ao mesmo tempo, ampliam esse horizonte, ao trazerem esta problematicidade para dentro deles mesmos. [...]” (FERRAZ JUNIOR, 2003, pp. 40-41 – grifo do autor).

“capta o direito num procedimento de incidência, ou seja, na imputação de normas a situações sociais atuais ou potencialmente conflitivas. Entre a norma e a situação conflitiva há, pois, um *procedimento*. [...] Este conjunto de normas, procedimento, situação compõe o fenômeno da aplicação. [...]” (grifamos).

Para a realização deste procedimento, no contexto global do fenômeno da aplicação, o direito precisa ser *analisado*, o que, por sua vez, envolve um processo de decomposição (sempre artificial, mas com feições didáticas) do todo (ou seja, tanto do problema apresentado – questão de fato, quanto do arcabouço jurídico passível de incidir sobre o caso – questão de direito) em partes identificadas e separadas, mas não desconectadas entre si. Esse processo envolve etapas de diferenciação (separação) e ligação (aproximação ou conexão)². Tais são os traços distintivos da chamada *dogmática analítica*, no âmbito da qual se procede à investigação, por exemplo, das múltiplas dimensões da norma jurídica, como a verificação de sua validade.

O estudo de dogmática analítica que se fará no presente trabalho, a partir da adoção do raciocínio *dedutivo*³ e com base nas compreensões de *validade* de três grandes pensadores da Teoria Geral do Direito contemporânea, terá, com efeito, a finalidade de auxiliar o jurista no desenrolar do processo de aplicação do direito, tomada de decisão e correspondente fundamentação. É o que se verá a seguir.

2. Por que examinar a questão

A problemática acerca da validade da Resolução n.º 1.995/2012⁴ do Conselho Federal de Medicina (que dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes) e,

² Nas palavras de Ferraz Junior: “Essas questões dogmáticas são finitas, isto é, têm um ponto de partida inegável: a lei, conforme um princípio dogmático: o da legalidade. Resolvê-las significa para o jurista identificar o direito objetivamente. Para fazê-lo, o direito tem de ser analisado. Entendemos por análise procedimento que se refere, de um lado, a processo de decomposição: parte-se de um todo, separando-o e especificando-o em suas partes. Realiza-se, nesse sentido, um exame que procede por distinções e classificações. De outro lado, análise significa também um procedimento regressivo, que consiste em estabelecer uma cadeia de proposições com base em uma proposição que, por suposição, resolve o problema posto, remontando às condições globais de solução, constituindo-se num sistema. Podemos dizer também que a análise envolve, genericamente, um procedimento de diferenciação e de ligação. Diferenciação é um recurso analítico no sentido de decomposição, que consiste numa desvinculação de elementos que se manifestam como formando um todo ou, por suposição, um conjunto solidário. Já ligação é um recurso analítico que se refere ao sentido de procedimento regressivo e consiste na aproximação de elementos distintos, estabelecendo-se entre eles uma solidariedade, tornando-os compatíveis dentro de um conjunto” (FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 95).

³ Conforme entendimento de Miracy Gustin e Maria Tereza Fonseca Dias (2010, p. 22), o raciocínio dedutivo: “é o processo que faz referência aos dados de nossa experiência ou às normas e regras em relação a leis e princípios gerais e ao maior número de casos que a eles possam ser referidos. Esse raciocínio trabalha com a suposição de subordinação, ou seja, uma especificidade subordina-se a uma regularidade geral [...]”; parte, pois, do geral para o particular.

⁴ Cf. na íntegra em: <http://www.bioetica.ufrgs.br/1995_2012.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2014.

consequentemente, a sua suposta incompatibilidade com a ordem vigente (isto é, a arguição de vícios formais de ilegalidade e inconstitucionalidade por extravasamento de competência regulamentar e usurpação de competência privativa da União) foi aduzida, dentre outros pontos nevrálgicos da resolução, pelo Ministério Público Federal de Goiás, em sede de Ação Civil Pública para tutela de direitos individuais homogêneos de cariz constitucional, como o direito à vida e à saúde⁵.

Em síntese, aduz o *parquet* que: a) o exercício do poder regulamentar decorre de norma hierarquicamente superior (em se tratando o ordenamento jurídico de um sistema escalonado de normas), devendo, pois, a norma inferior conformar-se aos limites formais e materiais estabelecidos pela norma superior; b) nesse sentido, a competência para expedir resoluções conferida ao Conselho Federal de Medicina encontra subsídio na Lei federal n.º 3.268/1957, em seu art. 5º, “d”, que lhe confere poderes para disciplinar a atuação ética dos profissionais da medicina, estando a RES/CFM n.º 1.995/2012, na opinião do MPF/GO, fora dos limites impostos pela aludida lei; c) isso porque as disposições contidas na resolução questionada ultrapassariam a mera regulamentação da ética médica, sobretudo por “transcenderem” a relação médico-paciente, uma vez que a temática objeto da resolução apresenta repercussões “familiares, sociais e nos direitos de personalidade, que escapam ao poder de normatização do réu [CFM]”; d) ademais, alega o MPF que, “não sem razão”, o espaço democrático adequado estabelecido pela Constituição Federal de 1988 para que fossem discutidas as “diretivas antecipadas de vontade dos pacientes” seria o Congresso Nacional, segundo o art. 49, *caput*, da Constituição, o qual, nos dizeres do *parquet*, “defere ao Poder Legislativo federal 'dispor sobre todas as matérias de competência da União', dentre as quais se incluem os direitos de personalidade – subdivisão acadêmica do direito civil (artigo 22, I), as condições para o exercício de profissões (artigo 22, XVI) e saúde, jungida à seguridade social (artigo 22, XXIII)”.

Embora tenha sido indeferido o pedido de liminar da Ação Civil Pública proposta, a decisão que o fez no bojo do Processo n.º 1039-86.2013.4.01.3500/7100⁶ – como já esperado,

⁵ “[...] esta demanda tem por objetivo lograr provimento judicial que, em caráter incidental, declare a inconstitucionalidade e ilegalidade da Resolução CFM n.º 1.995, de 9 de agosto de 2012, a qual, a pretexto de normatizar a atuação de profissionais da medicina frente à terminalidade da vida de seus pacientes, extravasa os limites do poder regulamentar, impõe riscos à segurança jurídica, alija a família de decisões que lhe são de direito e estabelece instrumento inidôneo para o registro de “diretivas antecipadas de pacientes”. Ademais, busca-se tutela jurisdicional que imponha ao réu conduta de não fazer, a fim de inibir a reiteração de atividades ilícitas fundadas na aludida resolução; e conduta de fazer, consistente em ordem para que o réu dê ampla publicidade à decisão que suspender a aplicabilidade da normativa aqui impugnada”. (Ação Civil Pública proposta pelo MPF/GO, p. 2 - Cf. na íntegra em: <http://www.testamentovital.com.br/sistema/arquivos_legislacao/inicial%20ACP%20testamento%20vital.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2014).

⁶ Cf. decisão na íntegra em: <<http://s.conjur.com.br/dl/liminar-resolucao-cfm-19952012.pdf>>. Acesso em: 18 jan.

posto que se trata de exame superficial e preliminar da matéria (apenas para constatar a existência ou não dos requisitos de *fumus boni juris* e *periculum in mora*) – não enfrentou, de modo detido, a questão da validade, apenas afirmando que não era o caso de extrapolação/usurpação de competência, restando a RES/CFM 1995/12 dentro dos limites previstos pelo art. 5º, “d”, da Lei n.º 3.268/57 e em conformidade com o texto constitucional, com ênfase na salvaguarda da dignidade da pessoa humana.

A análise da validade da Resolução n.º 1.995/2012 encontra-se, pois, na ordem do dia, principalmente se lembrarmos que a compatibilidade de outras resoluções do Conselho Federal de Medicina com o ordenamento jurídico pátrio em vigor já foi questionada por motivos similares; isso porque, de fato, o CFM vem procurando contornar, ainda que do ponto de vista meramente técnico, um demasiado longo e prejudicial silêncio do legislativo (alguns diriam “lacunas” do direito) sobre questões que contêm a marca da controvérsia e suscitam debates éticos, morais, filosóficos, religiosos, políticos e sociais, os quais causam tanto o retardo na apreciação de projetos de lei que versam sobre temas como transexualidade, ortotanásia e diretivas antecipadas, quanto a própria supressão, silenciamento intencional, da discussão sobre tais temas.

Não se pode olvidar, contudo, que, apesar do silêncio do legislador, as demandas sociais existem, a realidade social revela-se a cada dia mais complexa, plural e dinâmica, e a prática médica enfrenta, cotidianamente, dilemas que recaem (ou ao menos recaíam) na mais completa ausência de tratamento jurídico adequado, específico sobre a matéria. Foi o que ocorreu com a temática da transexualidade, cujos procedimentos médico-operatórios eram considerados crimes de mutilação até o final da década de 1990 no Brasil (destoando de diversos outros países), ou seja, até o advento da primeira resolução do Conselho Federal de Medicina sobre o tema, a RES/CFM n.º 1.482/97⁷.

Mais especificamente no que concerne à RES/CFM n.º 1.995/12 – que veio para regulamentar a atuação do médico em face da disposição de vontade do paciente realizada antes que não mais pudesse fazê-lo de forma livre, consciente e autônoma, bem como a própria realização da ortotanásia (em termos de interrupção ou não realização de determinado tratamento, associadas aos necessários cuidados paliativos, conforme se examinará de forma mais detida a seguir), objeto de outra resolução igualmente questionada pelo Ministério Público (MPF/DF) junto à Justiça Federal, no bojo do Processo n.º 2007.34.00.014809-3, que tramitou na 14ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal – alguns aspectos e

2014.

⁷ Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1997/1482_1997.htm>. Acesso em: 18 jan. 2014.

diferenciações necessitam ser pontuados antes que se proceda ao exame de sua validade.

3. Distinções conceituais importantes

Seguindo uma tradição que, infelizmente ou não, já vem se consolidando, de posicionar-se acerca de questões bioéticas antes que o Poder Legislativo também o faça, o Conselho Federal de Medicina aprovou, no dia 31 de agosto de 2012, a primeira regulamentação do país (*técnico-médica*) sobre as chamadas diretivas antecipadas de vontade do paciente.

Nesse contexto, Luciana Dadalto (2013) aponta para alguns esclarecimentos essenciais a uma melhor compreensão do teor da citada resolução.

Em primeiro lugar, interessante observar que o texto da resolução utiliza a expressão “estado terminal”, em seus “considerandos”, e “paciente em fim de vida”, na exposição de motivos, embora se tratem de expressões que não se confundem: *paciente terminal* é aquele que se encontra em estado irreversível, independentemente do tratamento a ser utilizado ou não, apresentando alta probabilidade de vir a falecer num espaço consideravelmente curto de tempo; já a noção de *paciente em fim de vida* abarca não apenas os terminais, mas também aqueles que se encontram em estado de coma profundo, irreversível, ou, ainda, em estado vegetativo persistente (EVP) (DADALTO, 2013, pp. 108-109).

Em segundo lugar, nota-se que o Conselho optou por reconhecer, em um único documento, dois institutos que têm sido entendidos como espécies de um mesmo gênero (diretivas antecipadas ou *advanced care documents*): o testamento vital (*living will*) e o mandato duradouro (*durable power attorney*), ainda que a mídia brasileira, de modo geral, tenha associado o texto das diretivas apenas ao testamento vital.

Ambos os institutos têm como finalidade geral resguardar e garantir o atendimento da vontade do paciente quando este não mais puder expressar-se livre e conscientemente, isto é, autonomamente. Não se trata, portanto, apenas de situações de terminalidade, mas também de situações transitórias de perda da autonomia⁸, sobretudo no que diz respeito à *liberdade*

⁸ Conforme esclarecem Jorge José Ferrer e Juan Carlos Álvarez: “[...] A autonomia pessoal refere-se à capacidade que têm as pessoas para se autodeterminar, livres tando de influências externas que as controlem, como de limitações pessoais que as impeçam de fazer uma genuína opção, como poderia sê-lo a compreensão inadequada do objeto ou das circunstâncias da escolha. O *indivíduo autônomo* age livremente em conformidade com um plano de ação que ele mesmo escolheu. Por outra parte, as ações de uma pessoa cuja *autonomia está diminuída* são controladas, pelo menos em parte, por outras pessoas, assim como o sujeito moral não pode, pelas razões que forem, deliberar ou atuar em conformidade com seus desejos e planos. Praticamente, todas as teorias sobre a autonomia admitem que existem duas condições essenciais para que as ações de uma pessoa sejam autônomas: 1) *liberdade externa*, ou seja, o agente deve estar livre de influências externas que o controlem; 2) *agência (ou liberdade interna)*, ou seja, o sujeito deve ter a capacidade para agir intencionalmente”. (FERRER;

interna ou agency, que é a capacidade de agir intencionalmente.

Diferenciam-se, contudo, quanto ao seu conteúdo e propósito específico.

O *testamento vital* destina-se propriamente à disposição, ou seja, à manifestação prévia acerca de cuidados e tratamentos futuros aos quais o paciente venha (ou não) a se submeter – é o que se depreende do teor do artigo 1º da resolução:

RES/CFM n.º 1.995/12: Art. 1º Definir diretivas antecipadas de vontade 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.

O *mandato duradouro*, ao seu turno, corresponde à nomeação de um terceiro com o intuito de que venha a substituir o paciente, conhecendo e atendendo ao que seria a sua vontade, na tomada de decisões relativas a cuidados, tratamentos, procedimentos, etc., quando estiver impossibilitado de fazê-lo, definitiva ou temporariamente, de maneira autônoma, não havendo diretivas antecipadas de vontade ou em casos de dúvida insolúvel, por parte do médico ou quem atenda ao paciente, quanto a algum aspecto do conteúdo das diretivas⁹. Esta seria a previsão constante art. 2º, §1º, da resolução:

RES/CFM n.º 1.995/12: Art. 2º Nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade.

§ 1º Caso o paciente tenha designado um representante para tal fim, suas informações serão levadas em consideração pelo médico. [...].

A coexistência de ambos os institutos em um mesmo documento, ressalta Dadalto (2003, p. 107), é não apenas possível, como também fundamental para o paciente, mas o ideal seria que este, na elaboração do seu testamento vital, nomeasse um procurador (para situações de terminalidade), mas, valendo-se do mandato duradouro, indicasse a mesma pessoa, a fim de que esta pudesse agir legitimamente também em situações que não envolvam propriamente a terminalidade. Desta forma, os documentos reforçar-se-iam e resguardariam o paciente de

ÁLVAREZ, 2005, pp. 123-124).

⁹ Nesse sentido, enfatiza Luciana Dadalto que: “Segundo os modelos de autonomia apontados por Beauchamp e Childress é possível inferir que o mandato duradouro enquadra-se no modelo de julgamento substituto, no qual é necessário que a *intimidade do decisor substituto com o paciente seja suficientemente profunda e relevante para que o julgamento reflita os objetivos e a opiniões do paciente*. Em contrapartida, o testamento vital é um documento no qual uma pessoa capaz *possa indicar seu desejo de que se deixe de lhe aplicar um tratamento em caso de enfermidade terminal*. Este documento enquadra-se no modelo de nominado por Beauchamp e Childress como de pura autonomia, vez que neste há expressa manifestação de vontade do paciente, feita enquanto capaz” (DADALTO, 2013, p. 107 – grifos da autora).

uma gama maior de possibilidades.

Em terceiro lugar, reitera a autora em comentário, o Conselho Federal de Medicina afirmou, para que não restassem dúvidas ou confusões, em nota esclarecedora acerca do teor da RES/CFM 1995/12, que o objetivo da resolução é atender e respeitar a vontade do paciente relativamente ao que concerne a eventual prática de *ortotanásia* e, jamais, da *eutanásia*:

[...] Em verdade, estes esclarecimentos apenas reafirmaram o conceito basilar das diretivas antecipadas: não podem conter disposições contrárias ao ordenamento jurídico do país em que são propostas. Logo, como a eutanásia é proibida no Brasil e a ortotanásia é permitida, conforme entendimento judicial no julgamento da ação civil pública 2.007.34.00.014809-3, a resolução – logicamente – acata esta determinação. O que a resolução efetivamente fez foi reconhecer o direito do paciente recusar tratamentos fúteis, também conhecidos como extraordinários, entendidos como os *tratamentos que não oferecem benefício real ao paciente, pois a morte é inevitável*, ou seja, são aqueles tratamentos que visam apenas prolongar a vida biológica do paciente, sem garantir a qualidade de vida. (DADALTO, 2013, pp. 108-109).

Cumpra, portanto, em face do exposto, em quarto e último lugar, promover à diferenciação entre conceitos que têm sido discutidos de modo associado e, em certa medida, confundidos, quais sejam: *eutanásia*, *ortotanásia*, *distanásia* e o pouco conhecido *mistanásia*. Isso porque, a depender da compreensão de cada um deles, o tratamento conferido pelo ordenamento jurídico brasileiro pode destoar completamente.

Falar em ortotanásia, como fez questão de frisar o Conselho Federal de Medicina, é, pois, invariavelmente remeter a um outro termo que se tornou muito mais “popular” e conhecido, integrando o senso comum, dada a sua maior visibilidade no cinema, literatura e na mídia em geral: a eutanásia, associação que reforça a rejeição instintiva de grande parte das pessoas também à ortotanásia, em razão do tabu construído em torno da eutanásia.

Mas o que de fato significaria cada um desses termos?

a) Eutanásia (“boa morte”): do grego “euthanasia”, (“eu” = “bom” + “thanatos” = morte), o termo eutanásia tem assumido diversas acepções e classificações.

Eutanásia, numa acepção mais geral, seria a interrupção intencional (consciente e deliberada) da vida de outrem, provocando a antecipação de uma morte tida como iminente ou inevitável, com o propósito de pôr termo a um sofrimento insuportável ou evitar maiores sofrimentos.

Esta interrupção, cuja dimensão ética/moral seria capaz de diferenciá-la do mero homicídio (“matar alguém”), dar-se-ia em circunstâncias específicas, isto é: em casos irreversíveis ou incuráveis de acordo com os padrões da Medicina da época, nos quais o

paciente padeça de intensos sofrimentos físicos e/ou psíquicos (de preferência atendendo a um desejo manifesto e consciente do próprio paciente).

Há, contudo, quem diferencie e classifique a Eutanásia em Ativa (Comissiva) e Passiva (Omissiva).

A *eutanásia ativa ou comissiva (ação)* ocorreria quando a interrupção mencionada acima se desse através de uma *ação* (um *fazer* algo) realizada por aquele que pratica a eutanásia, como administrar uma injeção ou um medicamento letal, por exemplo.

Uma subclassificação da *eutanásia ativa* a divide em direta e indireta: a *direta* seria quando o ato é praticado com o propósito direto de causar a morte (reiterando-se sempre as circunstâncias especiais para tal ato), tal qual no exemplo da injeção letal; já a *indireta* seria nos casos em que são aplicadas ao paciente terminal, por exemplo, medidas lenitivas que, embora não causem diretamente a morte, abreviam a vida (a exemplo da aplicação de altas doses de morfina para aliviar dores).

A eutanásia ativa costuma ser confundida com o chamado “**suicídio assistido**”, fazendo-se necessária, aqui, uma outra distinção importante. O *suicídio assistido* ocorre mediante o auxílio à morte de outrem, que realiza o ato final por si mesmo; ou seja, trata-se de modalidade de *auxílio ao suicídio de outrem*, daí a nomenclatura de “suicídio assistido” e a *diferença da eutanásia*: na *eutanásia*, é o médico, por exemplo, que realiza o ato que levará ao resultado morte; enquanto no *suicídio assistido* é o próprio paciente que realiza este ato, mediante auxílio que lhe foi prestado por alguém (pelo médico, p.ex.).

Esta diferença levaria, de acordo com ordenamento jurídico pátrio contemporâneo, mais especificamente de acordo com o nosso Código Penal vigente (Decreto-Lei n.º 2.848/1940), a uma diferença de punição, pois existem dois tipos penais diferentes nos quais se enquadrariam cada uma das condutas ora descritas (eutanásia, art. 121, e suicídio assistido, art. 122).

Como se vê, a *Eutanásia ativa (direta)* poderia, no máximo (visando beneficiar quem a praticou), ser enquadrada no **art. 121, §1º**, do Código Penal, que leva em consideração, como causa de diminuição da pena, o relevante valor moral da conduta do agente (do indivíduo que a pratica), mas ainda é punida com pena de reclusão.

Já a *Eutanásia ativa indireta*, nos moldes supradescritos, por não conter a intenção do resultado morte, não é punida; afinal, a utilização de analgésicos, medicamentos que aliviam a dor ou amenizam o estado do paciente, que pode ser associada aos chamados *cuidados paliativos*, é prática corrente da medicina e não poderia ser alvo de tamanha punição.

A *eutanásia passiva ou omissiva (omissão)*, por sua vez, se daria quando a citada

interrupção ocorresse por uma *omissão* do indivíduo que pratica a eutanásia, o qual *deixa de fazer* algo que possa impedir o resultado morte.

No caso do médico que realizasse a *eutanásia passiva ou omissiva*, sendo ele um *garanti* ou garantidor, isto é, tendo o dever legal de proteger o paciente, garantir-lhe a vida, se o deixasse morrer, não lhe prolongando a vida quando fosse possível fazê-lo, poderia recair também na hipótese prevista pelo art. 121, §1º, do Código Penal, conjugado com o seu art. 13, §2º.

Mas é justamente este último entendimento que vem sofrendo mudanças a partir da discussão que se tem promovido no campo da Medicina, da Bioética e do Direito, em torno de um conceito próprio que veio para diferenciar-se do entendimento comum e geral de eutanásia (conceito que acabou se consolidando na sua acepção mais restrita correspondente à de eutanásia ativa direta); trata-se do conceito de *ortotanásia*. Conceito que embasou a edição da RES/CFM n.º 1.805/2006¹⁰.

b) Ortotanásia (“morte certa, correta” ou “morte natural”): do grego “*orthothanasia*”, “*orthos*” (reto, correto, certo) + “*thanatos*” (morte), a ortotanásia tem representado, para muitos, uma “boa distância” entre a vida e a passagem final para a morte.

A ortotanásia corresponde, portanto, a uma situação de “morte natural” ou “morte no tempo certo”, “morte no tempo adequado”, implicando a ideia de não-prolongamento artificial da vida, para que a morte venha por causas naturais, em consequência do desenrolar do próprio estado do paciente, e evitando, com isso, também o prolongamento da dor e do sofrimento.

Por se tratar de uma omissão, de um “deixar de fazer algo” e, com isso, possibilitar que a morte venha no seu tempo certo ou adequado, a ortotanásia tem gerado uma aceitação moral maior entre as pessoas (estudiosos, profissionais, familiares, etc.), as quais julgam ser significativa e moralmente diferente “fazer algo” para causar a morte (ainda que as razões sejam piedosas), de um lado, o que seria eutanásia, e, de outro lado, apenas deixar de fazer algo que não venha a curar ou reverter de modo relevante o quadro do paciente, deixando a morte vir naturalmente (ortotanásia).

A ortotanásia, em tese, poderia vir ou não acompanhada dos chamados “*cuidados paliativos*”, os quais minimizam a dor atual do paciente, atenuam o seu quadro geral ou evitam maiores sofrimentos até que a morte ocorra, contribuindo para uma melhora geral

¹⁰ Cf. na íntegra em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm>. Acesso em: 18 jan. 2014

(física, psicológica, social e espiritual) da qualidade de vida de pacientes e familiares diante de doenças que ameacem a continuidade da vida. Não obstante, tem predominado a associação *necessária* entre ortotanásia e cuidados paliativos, a fim de que as práticas relacionadas a esta modalidade cumpram, de fato, o seu objetivo maior de evitar o prolongamento artificial da vida e, por conseguinte, o prolongamento da dor e do sofrimento desnecessários.

O Caso Terri Schiavo (EUA/2005) exemplifica bem as discussões ora travadas acerca da diferenciação entre eutanásia e ortotanásia, bem como acerca da necessidade ou não dos cuidados paliativos. Trata-se de uma paciente que se encontrava há cerca de quinze anos em estado vegetativo, em razão de uma parada cardíaca que sofrera na década de 1990 provocando uma lesão cerebral irreversível, sendo alimentada e hidratada por sondas. Após inúmeras controvérsias de ordem familiar, judicial e política, o marido de Terri ganhou na justiça o direito de solicitar a retirada dos aparelhos que a mantinham viva, ou seja, o direito de “desligar os aparelhos”. Terri veio a morrer, com efeito, naturalmente, por fome e sede, o que nos faz refletir sobre a real “ausência de sofrimento” numa simples interrupção do tratamento ou retirada dos mecanismos de prolongamento artificial da vida sem maiores intervenções ou cuidados.

A noção de ortotanásia, por fim, está associada à de “supressão do esforço terapêutico”, o que, para muitos, sobretudo para os familiares do paciente, pode ser confundido com *falta de vontade, descaso ou violação do juramento hipocrático* (Cf. Juramento de Hipócrates) realizado pelos médicos quando de sua formatura e início do exercício da profissão. Essa confusão pode gerar conflitos de diversas ordens, do médico consigo mesmo, com outros médicos e com familiares, amigos, etc. do paciente.

Mas, como já dito, o objetivo real da ortotanásia é evitar o prolongamento artificial da vida e do sofrimento; evitar, pois, aquilo que ficou conhecido como *distanásia*.

c) Distanásia (“morte difícil ou artificial”): do grego “disthanasia”, “dis” (dificuldade, perturbação) + “thanatos” (morte), a distanásia corresponde justamente à compreensão amplamente difundida no senso comum dos profissionais da área de saúde e da sociedade em geral de que será sempre necessário (senão obrigatório) fazer tudo o que for possível para prolongar a vida de um paciente, ideia simbolizada pela expressão comum no seio da comunidade médica de que: “no meu plantão, não”.

A distanásia representa, dessa forma, a morte lenta, sofrida, resultado de um prolongamento artificial da vida e do senso de necessidade de se fazer o máximo possível para

adiar a morte, empregando, para tanto, todos os meios disponíveis, mesmo que isso signifique causar dores, padecimento e pesar ao paciente (e a seus familiares) cuja morte é iminente ou inevitável.

Esse conceito está associado às noções de “*obstinação terapêutica*” – a qual equivale àquele senso de necessidade já exposto supra – e de “*tratamento fútil*”, isto é, tratamento que não trará nem a cura, nem a reversão do quadro do paciente, apenas prolongando a sua dor e sofrimento desnecessariamente. Essa vida artificialmente prolongada acaba sendo, portanto, uma vida sem qualidade ou dignidade, profundamente difícil e desgastante.

d) Mistanásia (“eutanásia social”):

Por fim, o conceito de mistanásia é pouco conhecido e difundido, mas traz uma dimensão social para o debate acerca da eutanásia, ortotanásia e distanásia. Trata-se da *morte miserável, fora e antes do tempo*. Chamá-la de “eutanásia social” seria uma atecnia, porque não seria uma “boa morte social”, mas uma morte terrível, fruto, na realidade brasileira, por exemplo, do descaso perante aqueles que não têm condições de arcar com os cuidados gerais e de saúde (em específico) de que necessitam. São exemplos as mortes de doentes nas filas de hospitais públicos, mas há quem compreenda que a mistanásia, nesses casos, ocorre em razão do abandono social no decorrer de toda uma vida, não apenas nos momentos finais e nos ambientes de hospitais públicos.

Feitas todas estas distinções conceituais preliminares e imprescindíveis ao desenvolvimento deste trabalho, passaremos à compreensão, propriamente dita, dos aspectos que informam a validade de uma dada norma jurídica na ótica dos três autores escolhidos pela representatividade do seu pensamento, a fim de proceder, ao final, o exame detido da validade específica da RES/CFM n.º 1.995/2012, mas também da RES/CFM n.º 1.805/2006 e da RES/CFM n.º 1.482/97 (e subsequentes sobre mesmo tema), estas duas últimas em caráter complementar.

4. A compreensão de validade de Norberto Bobbio: três operações necessárias

Para o jusfilósofo italiano Norberto Bobbio (2010, pp. 37-60), conforme entendimento esposado em sua obra “Teoria Geral do Direito”, o problema da *validade* equivale ao problema da *existência* da norma jurídica enquanto tal, sem que, para tanto, seja necessário o exame prévio da *justiça* desta mesma norma. Dessa forma, ao passo que o problema da justiça

corresponderia, para Bobbio, a um juízo de valor, o problema da validade, ao seu turno, resolver-se-ia com um juízo de fato, isto é, uma regra jurídica existiria ou não existiria. Dito de outro modo, se para avaliar a justiça de uma dada norma seria preciso equipará-la a um valor ideal, a investigação acerca de sua validade demandaria *pesquisas de tipo empírico-racional* – aquelas que, esclarece o autor napolitano, são “efetuadas para determinar a importância e o alcance de um evento”.

O enfrentamento do problema da validade de uma norma (a decisão sobre o fato de uma norma ser ou não válida, existir ou não enquanto regra pertencente a um dado sistema jurídico) envolveria, ainda, a **realização de três operações**:

(1) A primeira delas consiste em verificar a *competência da autoridade* que pôs a norma jurídica, isto é, se a autoridade da qual emanou a aludida norma detinha “*poder legítimo de emanar normas jurídicas* ou seja, normas obrigatórias naquele determinado ordenamento jurídico” – esta primeira etapa remonta, pois, à noção de “norma hipotética fundamental”, fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, tanto para Hans Kelsen, quanto para Norberto Bobbio, que incorpora as premissas do jurista austríaco neste ponto de busca pelo fundamento último de validade de todas as normas (regras) jurídicas;

(2) A segunda corresponde à verificação, por sua vez, da *não ab-rogação* da norma aplicanda, isso porque, segundo alerta Bobbio, uma norma pode ter ingressado validamente no ordenamento, mas tal não significa que ela *ainda seja válida*, uma vez que outra norma sucessiva no tempo pode tê-la revogado total e expressamente ou regulado a mesma matéria;

(3) A terceira e última operação remete à verificação da compatibilidade da norma aplicanda com as demais normas que integram o ordenamento (o que também pode ser identificado como *ab-rogação implícita*), principalmente em se tratando de normas hierarquicamente superiores, ao se considerar que “em todo ordenamento jurídico vigora o princípio de que duas normas incompatíveis não podem ser ambas válidas (assim como num sistema científico duas proposições contraditórias não podem ser ambas verdadeiras). [...]”. (BOBBIO, 2010, p. 39).

Os três critérios de valoração identificados pelo jurista italiano na obra citada, quais sejam, justiça, validade e eficácia, *dariam origem a três ordens distintas de problemas independentes um do outro*, o que significa dizer que uma norma pode ser válida sem ser justa ou eficaz e vice-versa.

Ademais, ressalta-se que o problema da validade relacionar-se-ia com averiguações destinadas a determinar “em que consiste o direito como regra obrigatória e coativa, quais são as características peculiares de um ordenamento jurídico distinto de outros ordenamentos

normativos [...] e, portanto, determinar não os fins que devem ser realizados, mas os meios excogitados para realizar esses fins [...]”. (BOBBIO, 2010, p. 43).

5. A compreensão de validade de Tercio Sampaio Ferraz Junior: validade condicional e validade finalística

Tercio Sampaio Ferraz Junior (2003), em sua já clássica obra “Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação”, valendo-se de uma filosofia analítica da linguagem, mais especificamente da semiótica, associa a posição kelseniana de busca pelo fundamento de validade das normas jurídicas a uma relação *formal ou sintática*, isto é, uma relação dos signos entre si, entre elementos estruturais (norma hierarquicamente superior fundante e norma hierarquicamente inferior fundada), ao não considerar, Kelsen, a possibilidade de se afirmar ser válida ou não uma norma de forma isolada, mas apenas no contexto do ordenamento em que se encontra inserida; já a posição de Alf Ross, Tercio associa à *dimensão semântica* (relação com o objeto da norma), ao exigir o jurista dinamarquês uma relação de dependência entre a validade da norma e a sua aplicabilidade, condicionando aquela a esta; e, a sua própria posição, por sua vez, Tercio Sampaio assume como *pragmática*, isto é, partindo da consideração da linguagem inserida no contexto do uso na comunicação, na sua relação com os usuários. A análise da validade da norma jurídica, em Tercio, portanto, ainda que este venha a exprimir um conceito geral, formal e padrão de validade *a posteriori*, genuinamente, para este autor, envolve a relação entre o emissor (autoridade competente) e receptor (destinatário) das normas jurídicas.

Do ponto de vista pragmático, normas jurídicas representam uma forma de comunicação, uma comunicação normativa, ocorrendo em dois níveis: o conteúdo ou relato daquele que comunica algo e a expectativa do receptor deste relato, devendo haver, entre ambos, uma confirmação, pois a desconfirmação da autoridade a descaracterizaria enquanto tal. Ora, afirma Tercio (2003, p. 184), “quando uma possível desconfirmação da parte do sujeito é, por sua vez, desconfirmada pela autoridade, que a ignora como desconfirmação e a toma como simples negação, dizemos que a norma ou comunicação normativa é válida. Para ser válida, porém, é preciso que a relação de autoridade esteja de antemão imunizada, [...] imune contra a possível desconfirmação do sujeito”. Esta imunização da qual decorre a validade de uma norma encontra fundamento em outra norma.

Eis que exsurgem os conceitos de *validade condicional* e *validade finalística* trabalhados por Tercio Sampaio, os quais, embora tratados no tópico “teorias zetéticas da

validade” da obra já mencionada supra, correspondem a uma *zetética aplicada*, a qual servirá bem ao nosso propósito de pensar respostas e soluções jurídicas do ponto de vista da *decidibilidade* dos conflitos humanos, isto é, integrará o que convencionamos identificar como “olhares analítico-dogmáticos” sobre a Bioética.

No âmbito da *validade condicional*, a norma imunizante neutraliza diretamente o *cometimento* (realização/elaboração de norma) da norma imunizada através do seu próprio relato ou conteúdo veiculado, de maneira que o conteúdo/retrato da norma produzida (imunizada) independa dos fins a serem alcançados. O que se deve observar, neste ponto, são os meios necessários para tanto, não os fins. Procede-se, assim, uma desvinculação entre meios e fins, restando a análise da validade condicional mais formal e automática do que a verificação da validade finalística, nos termos em que se verá a seguir.

No exame da *validade finalística*, a norma imunizante neutraliza a relação de autoridade (cometimento) da norma imunizada ao estabelecer determinados *fins* que o conteúdo/retrato da norma imunizada deve observar e atingir. Verifica-se, aqui, a *solidariedade entre meios e fins*, ao contrário do que ocorre com a validade condicional (os meios devem, pois, estar adequados aos fins e estes devem, obrigatoriamente, ser alcançados). O controle que se procede finalisticamente demanda, com efeito, uma avaliação mais criteriosa, detida e que leve em consideração aspectos empíricos (com o propósito de verificar se, de fato, os fins previstos foram atingidos).

Para além das diferenças já apontadas entre uma e outra dimensão da validade de acordo com o pensamento pragmático de Tercio Sampaio, destaca este autor que uma outra consequência da diferenciação corresponde ao tipo de controle que se irá fazer, se *retrospectivo* (em termos de validade condicional, remontando-se à cadeia imunizante que precede a norma aplicanda, até se chegar à *norma-origem*, versão de Tercio da norma fundamental) ou *prospectivo* (em termos de validade finalística, mediante a verificação do alcance dos fins previstos, o que só pode ocorrer da edição da norma em diante).

No direito contemporâneo, embora afirme o autor que ainda prepondera o exame da validade condicional, reconhece, por outro lado, que ambas as dimensões condicional e finalística da validade da norma têm sido cada vez mais exigidas simultaneamente.

Já sob uma perspectiva estritamente dogmática, reitera Tercio Sampaio (2003, pp. 197-198) que “para reconhecermos a validade de uma norma, precisamos em princípio e de início, que a norma esteja integrada no ordenamento. Exige-se, pois, que seja cumprido o processo de formação ou produção normativa, em conformidade com os requisitos do próprio ordenamento. Cumprido esse processo, temos uma norma válida”.

Nesse diapasão é, pois, retomado o conceito geral de validade em termos de forma de ingresso no ordenamento, *relação de pertinência ao sistema jurídico*, para utilizar o jargão do autor, tendo sido observadas, para tanto, as condições necessárias de produção e integração da norma jurídica (condições formais e materiais, sinaliza Ferraz Junior, abrindo uma brecha para a retomada da sua distinção entre validade condicional e validade finalística).

Ainda aproveitando as lições de Tercio, tem-se que a *vigência* de uma dada norma relaciona-se com o seu *tempo de validade* (do ingresso validado – momento em que ela entra em vigor – à sua retirada – momento em que é revogada ou se encerra o seu prazo de duração) e a *eficácia*, com a aptidão (eficácia técnica) ou efetiva produção (eficácia social ou efetividade) de *efeitos* jurídicos.

Ao encontrar-se válida, vigente e eficaz (ao menos tecnicamente), uma norma preenche as condições para ter a sua plena *incidência* (cf. FERRAR JUNIOR, 2003, pp. 249-250). É isso que se deve observar quando da aplicação de uma dada norma jurídica.

6. A compreensão de validade de Hans Kelsen: a peculiar relação entre validade e eficácia

Do pensamento do jusfilósofo austríaco Hans Kelsen, um dos maiores juristas do século XX, originou-se toda a compreensão hodierna do ordenamento como um sistema escalonado de normas jurídicas, de acordo com a qual tais normas encontram o seu fundamento de validade em outras normas hierarquicamente superiores, até se chegar ao necessário fim desta cadeia de fundamentação normativa que, para este autor, repousa na “norma hipotética fundamental”, pressuposto de natureza lógico-jurídica que dota de unidade e validade todo o ordenamento.

Para além desta acepção clássica da validade normativa – que leva em consideração aspectos formais, com destaque para a preocupação acerca da competência outorgada à autoridade que põe a norma, deixando em segundo plano aspectos materiais ligados ao conteúdo da norma posta *para fins de aferição de sua validade*¹¹ –, um dos pontos mais controversos da tese defendida por Kelsen em sua “Teoria Pura do Direito” (1999, 2006) – que considera o direito como norma (regra), norma posta e devidamente acompanhada ou embasada por uma sanção correspondente, direta ou indiretamente –, é a relação estabelecida

¹¹ De acordo com Kelsen: “[...] todo e qualquer conteúdo pode ser Direito. Não há qualquer conduta humana que, como tal, por força do seu conteúdo, esteja excluída de ser conteúdo de uma norma jurídica. A validade desta não pode ser negada pelo fato de o seu conteúdo contrariar o de uma outra norma que não pertença à ordem jurídica cuja norma fundamental é o fundamento de validade da norma em questão [...]” (KELSEN, 1999, p. 139).

por este autor entre *validade* e *eficácia*.

Nesse sentido, afirma Hans Kelsen que:

No silogismo normativo que fundamenta a validade de uma ordem jurídica, a proposição de dever-ser que enuncia a norma fundamental: devemos conduzir-nos de acordo com a Constituição efetivamente posta e eficaz, constitui a premissa maior; a proposição de ser que afirma o fato: a Constituição foi efetivamente posta e é eficaz, quer dizer, as normas postas de conformidade com ela são globalmente aplicadas e observadas, constitui a premissa menor; e a proposição de dever-ser: devemos conduzir-nos de harmonia com a ordem jurídica, quer dizer: a ordem jurídica vale (é válida ou vigente), constitui a conclusão. As normas de uma ordem jurídica positiva valem (são válidas) porque a norma fundamental que forma a regra basilar da sua produção é pressuposta como válida, e não porque são eficazes; mas elas somente valem se esta ordem jurídica é eficaz, quer dizer, enquanto esta ordem jurídica for eficaz. Logo que a Constituição e, portanto, a ordem jurídica que sobre ela se apóia, como um todo, perde a sua eficácia, a ordem jurídica, e com ela cada uma das suas normas, perdem a sua validade (vigência). (KELSEN, 1999, pp. 148-149).

Um *mínimo de eficácia* é, pois, condição necessária para a validade de uma norma jurídica ou, do ponto de vista global, em termos de aplicação e observância da maior parte das normas jurídicas que o integram, para a validade do próprio sistema. Essa associação entre validade e eficácia não deve, entretanto, conduzir a conclusões apressadas, tais como a de que a perda de eficácia de uma norma em particular faria ruir todo o ordenamento; a ineficácia de uma norma singular em casos específicos a invalidaria por completo; ou, ainda, de que validade e eficácia equivaler-se-iam. Nestes pontos, o jurista austríaco é enfático ao asseverar que a perda da validade de uma única norma particular não afeta a eficácia global do ordenamento, a ineficácia em alguns casos não afeta toda a dimensão de validade de uma dada norma, bem como, embora as considerações acerca da validade do Direito não possam prescindir da realidade e dos aspectos de força e poder, também com eles não se confundem¹².

Não obstante, ainda que validade e eficácia não se confundam, para uma teoria que se pretendia purista, isto é, cuja construção, compreensão e aplicação, no contexto do desenvolvimento da atividade do cientista do direito, estivessem dissociadas da averiguação de elementos situados fora do próprio ordenamento, o condicionamento da validade a um mínimo de eficácia recupera a relevância (de fato inquestionável para nós, mas não para o autor em comentário, ao menos em princípio) e imprescindibilidade de dados empíricos – quiçá,

¹² Não se considera como válida, portanto, “uma norma que nunca é observada ou aplicada. E, de fato, uma norma jurídica pode perder a sua validade pelo fato de permanecer por longo tempo inaplicada ou inobservada, quer dizer, através da chamada *desuetudo*. A *desuetudo* é como que um costume negativo cuja função essencial consiste em anular a validade de uma norma existente. Se o costume é em geral um fato gerador de Direito, então também o Direito estatuído (legislado) pode ser derogado através do costume. Se a eficácia, no sentido acima exposto, é condição da validade não só da ordem jurídica como um todo mas também das normas jurídicas em singular, então a função criadora de Direito do costume não pode ser excluída pela legislação, pelo menos na medida em que se considere a função negativa da *desuetudo*” (KELSEN, 1999, p. 149 – grifos do autor).

sociológicos –, para o próprio âmago da questão da validade; afinal, a própria norma hipotética fundamental (pressuposto último a ápice da abstração kelseniana) só poderia referir-se a uma primeira Constituição histórica efetivamente existente, posta e globalmente eficaz. Não poderá, pois, o Direito, no estudo da sua própria validade, jamais prescindir da realidade (mesmo para o maior expoente do positivismo jurídico...).

7. A análise da validade da RES/CFM n.º 1.995/2012 à luz das concepções supraexpostas: a competência do Conselho Federal de Medicina e três resoluções polêmicas, mas igualmente fundamentais (RES/CFM n.º 1.482/97, RES/CFM n.º 1.805/06 e a RES/CFM n.º 1.995/12)

Após a breve exposição da forma como os três autores escolhidos compreendem o exame de validade de uma dada norma jurídica, passa-se à aplicação destes pressupostos teóricos, seguindo-se o raciocínio dedutivo indicado *ab initio*, ao caso em questão, qual seja, a análise da validade, isto é, da compatibilidade com o ordenamento jurídico vigente, da RES/CFM n.º 1.995/2012.

Seguindo-se as três operações arroladas e indicadas por Norberto Bobbio como necessárias ao enfrentamento do problema da validade, a primeira delas aponta, justamente, para o aspecto aduzido pelo Ministério Público Federal de Goiás na ACP em que questiona a citada resolução, qual seja: a (in)competência da autoridade que emanou a norma.

Nesse sentido, convém analisar o próprio teor do texto de dois dos dispositivos constantes da Lei n.º 3.268/1957 que especificam não só a função e a atividade do Conselho, como, no particular, a sua capacidade regulamentar. Tratam-se do art. 2º e do já mencionado art. 5º, “d”, do diploma legal em apreço:

Art. 2º O Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina são os órgãos supervisores da ética profissional em toda a República e ao mesmo tempo, julgadores e disciplinadores da classe médica, cabendo-lhes zelar e trabalhar por todos os meios ao seu alcance, pelo perfeito desempenho ético da medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exerçam legalmente.

Art. 5º São atribuições do Conselho Federal: [...]

d) votar e alterar o Código de Deontologia Médica, ouvidos os Conselhos Regionais; [...].

Da leitura destes artigos, o que se pode perceber é que o Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina foram criados com o nítido propósito de disciplinar o

desempenho, a atuação da classe médica, a fim de assegurar a observância da ética profissional.

Cotidianamente, com efeito, médicos lidam com pacientes *em fim de vida*, em sentido amplo, ou em situações de *terminalidade*, em sentido estrito. O juramento hipocrático¹³, bem como o princípio da *beneficência* levam o profissional da medicina a empregar, pois, todos os esforços possíveis para retardar o resultado morte, recaindo, muitas vezes, na prática do que convencionamos chamar de *distanásia*. Dessa forma, as noções basilares, em termos de Princípios da Bioética, de “fazer o bem” (beneficência) e “não fazer o mal” (não-maleficência) terminam por corresponder muito mais a um resguardo do médico perante a lei e a sua consciência do que propriamente a um comportamento genuinamente *ético*, no sentido de pensar o “bem” *do paciente*, respeitando, por conseguinte, a sua “autonomia” (no sentido de Ferrer e Álvarez já exposto supra) e capacidade de “autodeterminação”; um “bem” que, de acordo com a mais moderna compreensão da Bioética é um bem relativo, respeitada a diversidade e diferentes concepções morais.

Conforme esclarecem Debora Diniz e Dirce Guilhem:

A bioética preocupa-se com todas as situações de vida, especialmente dos seres humanos que estejam em meio a diferentes escolhas morais quanto aos padrões de bem-viver. Mas, diferentemente dos discursos filosóficos que a antecederam, especialmente o da ética médica, a proposta de mediação dos conflitos morais sugerida pela bioética caracteriza-se pelo espírito não-normativo, não-imperativo e, especialmente, por sua harmonia com uma das maiores conquistas do iluminismo: o respeito à diferença moral da humanidade. A bioética é, então, parte de um desses projetos de tolerância na diversidade. [...]. (DINIZ; GUILHEM, 2007, p. 67).

A Resolução n.º 1.995/2012 vem ao encontro desta realidade corrente da prática médica e seus correspondentes dilemas éticos, sobretudo no que diz respeito ao recurso/utilização, ou não, de um determinado tratamento ou intervenção. Por isso expõe, nos seus “considerandos”, o seguinte:

CONSIDERANDO a necessidade de disciplinar a conduta do médico em face das mesmas;
CONSIDERANDO a atual relevância da questão da autonomia do paciente no contexto da relação médico-paciente, bem como sua interface com as diretivas antecipadas de vontade;
CONSIDERANDO que, na prática profissional, os médicos podem defrontar-se com esta situação de ordem ética ainda não prevista nos atuais dispositivos éticos nacionais; [...].

Não há como negar que a breve regulamentação acerca de como deve atuar o médico

¹³ Cf. na íntegra em: <http://www.ipebj.com.br/docdown/_a4247.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2014.

nos casos já especificados acima, de modo a procurar atender, da forma mais próxima e fiel possível, a vontade do paciente, proferida de forma livre, consciente e autônoma sob uma das modalidades de *diretivas antecipadas* também já diferenciadas em tópico anterior, representa exercício disciplinar da prática médica por parte do Conselho, visando resguardar e orientar os seus profissionais, na ausência de legislação específica que os ampare, mas sempre em observância às demais normas do ordenamento jurídico em vigor. A resolução não olvida a impossibilidade de violar a ordem vigente (tal qual aduzido supra, em reafirmação do comentário feito por Luaciana Dadalto à atuação do CFM no caso da edição da RES 1.995 – DADALTO, 2013, pp. 108-109), por isso procura suprir a “lacuna” do Direito, mas sem contrariá-lo.

A mesma situação se verificou quando da edição da primeira resolução que regulamentou o tratamento médico conferido aos casos de “transexualismo” no Brasil. Independentemente do fato de considerarmos a temática da transexualidade como uma questão de gênero e não de patologia, não podemos olvidar que a RES/CFM n.º 1.482/1997, assim como as subsequentes RES/CFM n.º 1.652/2002 e RES/CFM n.º 1.955/2010, representou significativo avanço no tratamento da matéria, considerada, até então, como hipótese de incidência do tipo penal *lesão corporal de natureza gravíssima* (art. 129, §2º, III, CP), levando à condenação, em primeira instância, do renomado cirurgião Roberto Farina na década de 1970. Ou seja, o Conselho Federal de Medicina atuou de modo a oferecer suporte ético-jurídico ao médico que realizava a cirurgia de transgenitalização, considerada de escopo eminentemente terapêutico, bem como em conformidade com diagnóstico preestabelecido e obtenção do consentimento informado, atendendo à necessidade de salvaguarda e tutela da própria dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade e, posteriormente, dos direitos da personalidade do indivíduo pleiteante. Visava, pois, disciplinar aspectos da deontologia médica, em termos de como proceder perante os casos “diagnosticados” como “transexualismo”, objetivando densificar/concretizar, jamais contrariar a ordem vigente, na ausência, frise-se, de normativa específica sobre o tema (diríamos, aqui, de questionável, eloquente e danoso silêncio do legislador).

Segue-se, então, para a terceira operação considerada por Bobbio, vez que a segunda, concernente ao cuidado com a verificação de possível *ab-rogação* da norma aplicanda, ainda sequer teve tempo hábil de prejudicar a análise em desenvolvimento, dado o caráter recente da resolução em apreço.

Nesta terceira operação, impende avaliar a *compatibilidade da norma aplicanda com as demais normas que integram o ordenamento*. Aqui, destacam-se três argumentos

relevantes:

- (a) Regulamentação da *ortotanásia* (e não da eutanásia);
- (b) Observância e realização da *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III, CF – (SOARES, 2010; BARROSO; MARTEL, 2012));
- (c) Compatibilidade dos *modelos de autonomia* contidos na resolução com o sistema de capacidade civil previsto no ordenamento jurídico (AGUIAR, 2013).

(a) A Resolução n.º 1.995/12, em outro dos seus “considerandos”, afirma que:

CONSIDERANDO que os novos recursos tecnológicos permitem a adoção de medidas desproporcionais que *prolongam o sofrimento do paciente em estado terminal, sem trazer benefícios*, e que essas medidas podem ter sido antecipadamente rejeitadas pelo mesmo; (grifamos).

Neste ponto, a resolução nos remete a duas outras resoluções anteriores do Conselho Federal de Medicina: a RES/CFM n.º 1.805/2006 (que regulamentou a prática da *ortotanásia*) e a RES/CFM n.º 1.931/2009 (que aprovou o Código de Ética Médica).

A RES/CFM n.º 1.805/2006 estabeleceu que – considerando o art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, que elegeu o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil; o art. 5º, inciso III, da Constituição, que fixou que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”; bem como que cabe ao médico zelar pelo bem-estar dos pacientes – na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis, será permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do paciente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade deste paciente ou de seu representante legal. Ou seja, a RES/CFM n.º 1.805/2006 institui e regulamentou a prática da *ortotanásia*.

Com efeito, tal qual já mencionado supra, esta resolução de 2006 também foi alvo de questionamentos por parte do Ministério Público Federal (desta vez do Distrito Federal) pelos mesmos argumentos de extrapolação da competência regulamentar e usurpação de competência privativa da União (por se considerar que a resolução versava sobre matéria penal ao supostamente criar exceção ao tipo “homicídio”). Ocorre que, embora tenha deferido o pedido de liminar em 2007, suspendendo os efeitos da aludida resolução, a Justiça Federal, em 1º de dezembro de 2010, voltou atrás em sua decisão, afirmando a compatibilidade da

RES/CFM n.º 1.805 com o ordenamento jurídico pátrio. Em sua sentença, o juiz Roberto Luis Luchi Demo afirmou que: “Diagnosticada a terminalidade da vida, qualquer terapia extra se afigurará ineficaz. Assim, já não se pode aceitar que o médico deva fazer tudo para salvar a vida do paciente (beneficência), se esta vida não pode ser salva. Desse modo, sendo o quadro irreversível, é melhor – caso assim o paciente e sua família o desejem - não lançar mão de cuidados terapêuticos excessivos (pois ineficazes), que apenas terão o condão de causar agressão ao paciente. Daí é que se pode concluir que, nessa fase, o princípio da não-maleficência assume uma posição privilegiada em relação ao princípio da beneficência - visto que nenhuma medida terapêutica poderá realmente fazer bem ao paciente”¹⁴.

A decisão levou em consideração a competência deontológica do CFM voltada para a atuação médica, tal qual já aludimos supra, bem como, em termos materiais, o equilíbrio entre os já também citados princípios basilares da Bioética da beneficência, não-maleficência e autonomia (FERRER; ÁLVAREZ, 2005; BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2011)¹⁵. Nesse diapasão, considerou ética e válida (constitucional, por respeitar e conformar-se ao art. 1º, III, CF, e legal, por não representar extravasamento de competência regulamentar) a prática da ortotanásia, a qual, conforme já tivemos o cuidado de destacar, difere da eutanásia, uma vez que implica em permitir que a morte sobrevenha no seu “tempo certo ou adequado”, uma “morte por causas naturais”, evitando sofrimentos desnecessários, tratamentos inúteis e distanciando-se da prática de uma *ação homicida* (art. 121, *caput* ou mesmo §1º do Código Penal).

A RES/CFM n.º 1.931/2009, ao seu turno, antes mesmo da decisão da Justiça Federal de 2010, reforçou, em seu art. 41, o reconhecimento e estímulo à ortotanásia, para evitar a distanásia, bem como expressamente proibir (por nítida incompatibilidade com a ordem, sobretudo penal, vigente) a prática da eutanásia:

É vedado ao médico: [...]

Art. 41. Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.

Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou

¹⁴ Cf. notícias sobre a decisão em: [“Justiça Federal autoriza a ortotanásia no país” (Folha de São Paulo)] <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/841259justicafederalautorizaortotanasianopais.shtml>> e em: [“Justiça valida Resolução 1805, que trata sobre ortotanásia” (Portal CFM)]

<http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21154:justica-valida-resolucao-1805-que-trata-sobre-ortotanasia&catid=3>. Acesso em: 18 jan. 2014.

¹⁵ Cf. Relatório Belmont (1978): <<http://www.fhi360.org/sites/default/files/webpages/po/RETC-CR/nr/rdonlyres/ena7zwmzpxffu44jh4evwz55t2cm3xeg7kxwld3hjae6np2vynxn3dy5hg7tsjtaglw1kz57zxmho/belmontSP.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2014.

terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal. (grifamos)

Instituir, prever e regulamentar a ortotanásia, respeitando a autonomia e a vontade do paciente em fim de vida, como manifestação válida do seu *consentimento informado*¹⁶, através, também, da disciplina das diretivas antecipadas, significa, ademais, respeitar e realizar um dos postulados fundantes da ordem jurídica brasileira: a *dignidade da pessoa humana*, dotado de força normativa vinculante em todos os casos em que se cogite de sua incidência (como no caso do recurso à ortotanásia).

(b) Ricardo Maurício Freire Soares (2010), em sua obra “O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana”, afirma que: “uma vez situado como princípio basilar da Constituição Federal de 1988, o legislador constituinte brasileiro conferiu à idéia de dignidade da pessoa humana a *qualidade de norma embasadora de todo o sistema constitucional, que orienta a compreensão da totalidade do catálogo de direitos fundamentais [...]*” (SOARES, 2010, pp. 135-136 – grifamos).

Ressalta, ainda, o constitucionalista baiano, que a dignidade da pessoa humana figuraria como “princípio ético-jurídico” capaz de nortear o reconhecimento de um “catálogo aberto e inconcluso” de direitos fundamentais, não representando, pois, o rol elencado no art. 5º, CF, um rol taxativo ou exclusivo destes direitos.

A norma constante do art. 1º, III, CF, teria por fim, uma eficácia tanto *positiva* – passível de suscitar uma prestação positiva do Estado a assegurá-la – quanto *negativa* – esta última capaz de engendrar a necessária *limitação* da atuação do Poder Público em respeito à esfera de liberdades individuais dos seus subordinados¹⁷.

¹⁶ Aqui nos valem da lição de Carlos Romeo Maria Casabona, de acordo com a qual: “No âmbito médico-sanitário, ao poder afetar os atos profissionais à integridade física e moral e à livre autodeterminação individual do paciente ou do usuário, além de outros direitos [...], esse consentimento *constitui a manifestação de um direito fundamental que, portanto, deve ser respeitado e protegido como tal*. Em consequência, o consentimento no âmbito médico não é apenas um componente do negócio jurídico, no sentido do Direito Civil, já que não se refere à fundamentação, supressão ou criação de direitos ou deveres entre as partes de uma relação jurídica; também não é sempre um elemento justificante com respeito a um tipo penal, pois não há motivo para que se veja sempre afetado um deles em relação a um tratamento médico-cirúrgico. Na atualidade pode ser concebido primordialmente como um *direito, subjetivo*, que entronca com diversos direitos fundamentais e que, enquanto tal, confere legitimidade ao ato médico nas demais e variadas projeções jurídicas que possa apresentar o dito ato [...]. *Podemos, conseqüentemente, adiantar que a informação e o consentimento informado são obrigações legais, como meio de respeito da autonomia ou autodeterminação dos pacientes, cujos direitos fundamentais e civis mantêm sua plena vigência apesar da situação de debilidade em que possam se encontrar, por causa dos padecimentos que sua enfermidade provoca*. Assim, é a regra, apesar de que, em situações extremas, a capacidade de formar e manifestar sua vontade possa diminuir sensivelmente e, por isso, sejam chamadas terceiras pessoas a prestar consentimento (p.ex., seus representantes legais)” (CASABONA, 2004, pp. 129-130 – grifamos).

¹⁷ Nas palavras do autor: “A eficácia positiva consiste em reconhecer, ao eventual beneficiado pela norma

Com esse último entendimento relaciona-se, sobremaneira, a discussão travada por Luís Roberto Barroso e Letícia de Campos Velho (2012), no artigo intitulado: “A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida”, acerca da dignidade como auto e heteronomia, ao qual remetemos o leitor. Destacamos, apenas, que a dupla conclui pela prevalência da dignidade como autonomia em sede de realização da ortotanásia, ao asseverar expressamente que:

4. A concepção da dignidade como autonomia valoriza o indivíduo, sua liberdade e seus direitos fundamentais. A dignidade como heteronomia, por sua vez, funciona como uma limitação à liberdade individual, pela imposição de valores sociais e pelo cerceamento de condutas próprias que possam comprometer a dignidade do indivíduo. No sistema constitucional brasileiro, embora haja lugar para as expressões heterônomas da dignidade, ela se manifesta predominantemente sob a forma de autonomia individual. (BARROSO; MARTEL, 2012, p. 61).

E ainda:

6. A *prevalência da noção de dignidade como autonomia* admite, como escolhas possíveis, em tese, por parte do paciente, a ortotanásia, a eutanásia, e o suicídio assistido. Todavia, onde a ortotanásia é disciplinada adequadamente do ponto de vista médico e jurídico, a eutanásia e o suicídio assistido perdem muito de sua expressão [...]. (BARROSO; MARTEL, 2012, p. 63 - grifamos).

A dignidade como *autonomia*, portanto, relaciona-se com a dimensão de *eficácia negativa* da norma do art. 1º, III, CF, de modo a interromper e fazer cessar a atuação invasiva do Estado no âmbito da esfera de liberdade do indivíduo, fazendo valer a sua vontade pessoal (de preferência manifesta de forma livre e consciente, como se daria mediante o recurso às diretivas antecipadas).

(c) Como último argumento em termos de análise da compatibilidade da RES/CFM n.º 1.995/2012 com o ordenamento jurídico pátrio, remetemos ao artigo intitulado: “Modelos de autonomia e sua (in)compatibilidade com o sistema de capacidade civil no ordenamento positivo brasileiro: reflexões sobre a resolução 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina”, jurídica enunciativa de direito fundamental, ainda que de suposta eficácia limitada, o direito subjetivo de produzir tais efeitos, mediante a propositura da medida administrativa ou da ação judicial competente, de modo que seja possível obter a prestação estatal, indispensável para assegurar uma existência digna. [...] De outro lado, a eficácia negativa limita a atuação do Poder Público e de particulares que atentem contra a esfera de liberdade dos cidadãos, conferindo aos sujeitos de direito a prerrogativa de questionar a validade de todas as normas infraconstitucionais que ofendam os diversos aspectos de uma existência digna, ferindo aqueles direitos fundamentais da cidadania que consubstanciam o conteúdo ético-jurídico do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. [...] Sendo assim, constata-se que o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana não apenas impõe um dever de respeito ou abstenção ao Estado e aos particulares, mas também exige a realização de condutas positivas por agentes públicos e privados tendentes a efetivar e a promover a existência digna do indivíduo” (SOARES, 2010, p. 145).

da bioeticista baiana Mônica Aguiar, no qual a autora analisa, de modo detido, os modelos de autonomia constantes da referida resolução (modelo da autonomia pura; modelo do julgamento substituto; modelo dos melhores interesses), concluindo pela prevalência do modelo da autonomia pura e pugnando pela sua compatibilidade com o sistema de capacidade civil previsto no direito brasileiro.

Em caráter complementar e reiterativo, reproduzimo trecho da fundamentação da decisão que indeferiu o pedido de liminar da ACP do Ministério Público Federal de Goiás, *in verbis*:

No mais, a manifestação de vontade do paciente é livre, em consonância com o disposto no art. 107 do Código Civil, que somente exige forma especial quando a lei expressamente estabelecer. É de observar que a Resolução apenas determina ao médico o registro no prontuário da manifestação de vontade que lhe for diretamente comunicada pelo paciente, não tendo determinado a forma de comunicação. Da mesma forma, para a validade das diretivas antecipadas de vontade do paciente, devem ser observados os requisitos previstos no art. 104 do Código Civil, não sendo necessário que a Resolução reitere a previsão legal¹⁸.

Resta, pois, demonstrada a compatibilidade da Resolução n.º 1.995/2012 com o ordenamento jurídico brasileiro em vigor, tanto com a Constituição Federal (art. 1º, III), quanto com o Código Penal (art. 121) e com o Código Civil (arts. 104 e 107), principalmente. Do mesmo modo, eis que foram realizadas, de forma exitosa, as três operações requeridas por Norberto Bobbio para o enfrentamento da questão da validade de uma norma jurídica.

A realização destas três operações auxiliam, ademais, também na verificação da chamada *validade condicional* de Tercio Sampaio, no sentido de que se pôde observar que os meios necessários para a consecução dos fins pretendidos pela resolução em apreço – independentemente de quais sejam, nesta etapa –, foram atendidos, tendo sido observada a relação de *imunização* da norma que outorga competência ao CFM (art. 5º, “d”, da Lei n.º 3.268/57) em relação à norma produzida (RES/CFM n.º 1.995/12), mais especificamente, em relação à atividade de sua produção.

Falta saber se a *validade finalística* também foi observada.

Como bem ressaltou o autor, o exame da validade finalística é prospectivo, ao contrário do que ocorre com a validade condicional, em que se dá retrospectivamente. Por essa razão, constatar a validade finalística de uma norma demanda acompanhar a observância e aplicação desta norma no tempo, a fim de investigar se está, de fato, alcançando os fins a que se propôs, considerando-se dados empíricos coletados. Não obstante, a exposição de

¹⁸ Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/liminar-resolucao-cfm-19952012.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2014.

motivos da RES/CFM n.º 1.995/12 já traz alguns indicativos da potencialidade de alcance dos seus objetivos, em termos de aplicabilidade prática, ao referenciar pesquisas realizadas no seio da comunidade médica, a qual revelou, por sua vez, um alto grau de aceitação das diretivas (cerca de 90% de aceitação). Por outro lado, também a experiência de países que adotaram as diretivas antecipadas há mais tempo, tais como Holanda, Suíça, dentre outros, também representa forte indicativo da receptividade geral deste instituto por parte dos seus destinatários.

A análise e conseqüente expectativa finalística então referida remete à relação estabelecida por Hans Kelsen entre *validade* e *eficácia*. Dessa discussão, destaca-se a imprescindibilidade, mesmo para o maior expoente do positivismo jurídico, da referência à realidade concreta no âmbito da avaliação acerca da própria validade de uma dada norma jurídica. Nesse sentido, relembramos que a elaboração e edição da RES/CFM n.º 1.995/2012 veio para atender a uma demanda inquestionável da prática médica cotidiana (real, concreta, empírica), dando prosseguimento a um movimento e articulação que teve início em 2006, quando da elaboração da RES/CFM n.º 1.805 (instituição e previsão da ortotanásia), seguida da RES/CFM n.º 1.931 (aprovação do Código de Ética Médica), de setembro de 2009, que a confirmou, da decisão proferida pela Justiça Federal em 2010, que a convalidou, da RES/CFM n.º 1.995 (diretivas antecipadas), de agosto de 2012, que muitos consideram ter vindo para regulamentá-la, e da própria decisão, também da Justiça Federal, de março de 2013, que, indeferindo o pedido de liminar do *parquet*, apontou tanto para a validade da RES/CFM n.º 1.995/12, quanto para a confirmação, ainda que indireta, da RES/CFM n.º 1.805/06¹⁹.

Ou seja, do ponto de vista da produção de efeitos, tem-se que a RES/CFM n.º 1.995/2012 foi observada e, até o momento, confirmada pelos órgãos julgadores (Justiça Federal). Do ponto de vista de uma eficácia jurídica ou técnica, a norma se encontra pata a produção de efeitos. Pesquisas empíricas e experiências de outros países, por sua vez, conforme já aduzimos, apontam para uma considerável probabilidade de eficácia social, não se podendo perder de vista que a própria edição da RES/CFM n.º 1.995 já veio para atender a uma demanda concreta. Com efeito, o mínimo de eficácia exigido por Kelsen, para além do fundamento de validade inserido na construção escalonada da ordem jurídica (cadeia de fundamentação envolvendo normas superiores fundantes e inferiores fundadas), já pôde ser

¹⁹ Nesse aspecto, cf. o seguinte trecho da decisão: “Igualmente, em exame inicial, entendo que a Resolução é constitucional e se coaduna com o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que *assegura ao paciente em estado terminal o recebimento de cuidados paliativos, sem o submeter, contra sua vontade, a tratamentos que prolonguem o seu sofrimento e não mais tragam qualquer benefício*” (grifamos). Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/liminar-resolucao-cfm-19952012.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2014.

verificada.

Restando, portanto, válida, vigente e eficaz (ao menos minimamente), a RES/CFM n.º 1.995/12 encontra-se apta para ter a sua plena incidência.

8. Conclusão

1 – No presente trabalho, nos propusemos a lançar olhares analítico-dogmáticos (FERRAR JUNIOR, 2003) sobre a Bioética, com o propósito de construir o necessário arcabouço jurídico-dogmático a embasar eventual decisão judicial acerca da confirmação da validade ou da própria incidência/aplicação da Resolução n.º 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina;

2 – Para tanto, nos valem do raciocínio dedutivo (GUSTIN; DIAS, 2006), reunindo as premissas teóricas gerais necessárias para o exame da relação de subordinação das circunstâncias fáticas e/ou específicas, particulares, a tais premissas gerais;

3 – Seleccionamos, nesse sentido, a compreensão acerca da aferição de validade de uma dada norma jurídica de três grandes pensadores da Teoria Geral do Direito contemporânea: Norberto Bobbio (2010); Tercio Sampaio (2003); e Hans Kelsen (1999, 2006);

4 – Ao proceder à realização das três operações consideradas por Bobbio (2010) como necessárias ao enfrentamento do problema da realidade, verificamos que: (a) a RES/CFM n.º 1.995/2012 não extrapolou a competência regulamentar do Conselho Federal de Medicina, isto é, a autoridade que emanou a norma detinha *competência* – “poder legítimo”, nos dizeres de Bobbio –, para tanto, uma vez que a resolução sobre as diretivas antecipadas objetiva atender ao propósito de regulamentar a prática, a deontologia médica, assegurando a observância da ética profissional e o respeito à autonomia e vontade do paciente em *situações de fim da vida*; (b) não houve sequer lapso temporal suficiente para *ab-rogação* da normativa em apreço; (c) por fim, verificou-se a compatibilidade da RES/CFM n.º 1.995/2012 com as demais normas que informam o ordenamento jurídico vigente, em particular com a Constituição Federal de 1988 (art. 1º, III), com o Código Penal (art. 121) e com o Código Civil (arts. 104 e 107), sem falar na harmonia e conformidade com as demais resoluções do próprio Conselho;

5 – Com Tercio Sampaio (2003), avaliamos a *validade condicional* (relação de imunização do cometimento da norma) e *finalística* (cumprimento dos fins pretendidos) da RES/CFM n.º 1.995/12, chegando à conclusão de que, tal qual a análise realizada no âmbito das três operações de N. Bobbio, também aqui haveria de se constatar o êxito do processo de

imunização, isto é, da relação de fundamentação de validade entre a norma imunizante (Lei n.º 3.268/57) e a norma imunizada (RES/CFM n.º 1.995/12). Já em termos de validade finalística, embora percebendo a dificuldade de seu exame prospectivo, ressaltamos que a própria exposição de motivos da aludida resolução traz indicativos, assim como a experiência vivenciada por outros países que incorporaram as diretivas antecipadas há mais tempo, da alta probabilidade de alcance dos fins a que se propõe, dada a potencial receptividade do instituto por seus destinatários;

6 – Com Hans Kelsen, destacamos a *relação entre validade e eficácia*, demonstrando que – para além da relação clássica de fundamentação de validade entre uma norma hierarquicamente superior e outra hierarquicamente inferior, atribuindo a primeira competência específica a uma determinada autoridade para a produção da segunda – é possível observar o mínimo de eficácia exigido para a validade da RES/CFM n.º 1.995/12, na medida em que esta foi observada e confirmada pelos órgão julgadores (Justiça Federal), sendo resultado de um processo iniciado em 2006 para atender a demandas concretas (afinal, mesmo para Kelsen não se pode prescindir da realidade no Direito), o que aponta para a sua iminente eficácia não apenas técnica ou jurídica (aqui no sentido de Tercio Sampaio (2003) de aptidão para produção de efeitos), mas também social, isto é, em termos de efetiva aplicação e observância por parte dos jurisdicionados.

7 – O Conselho Federal de Medicina, portanto, na edição da Resolução n.º 1.995/2012, assim na edição da RES/CFM n.º 1.482/97 (e subsequentes) e da RES/CFM n.º 1.805/06, não pretendeu extrapolar a sua competência regulamentar e usurpar competência privativa da União, mas apenas fornecer suporte ético-jurídico, orientação deontológica à comunidade médica, em termos de como agir para enfrentar situações cotidianas eticamente conflitantes na ausência de legislação específica sobre temas controversos, cujas demandas concretas clamam por definições, respostas rápidas, intervenções (ou não) e os quais têm caracterizado incômodo e demasiado silêncio do legislador.

8 – Dessa forma, reitera-se, restando *válida, vigente e eficaz* (ao menos minimamente), a RES/CFM n.º 1.995/12, encontra-se esta apta a incidir plenamente sobre os casos que se apresentarem.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Mônica. *Modelos de autonomia e sua (in)compatibilidade com o sistema de capacidade civil no ordenamento positivo brasileiro: reflexões sobre a resolução 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina*. In: XXII Encontro Nacional do CONPEDI, 2013, Curitiba.

Anais do XXII Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2013. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=69c7e73fea7ad35e>>. Acesso em: 18 jan. 2014.

BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. In: GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. [Org.]. *Bioética e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 21-62.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de Ética Biomédica*. 2ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2011.

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BRASIL. *Lei n.º 3.268, de 30 de setembro de 1957*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3268.htm>. Acesso em: 18 jan. 2014.

CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (coord.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). RESOLUÇÃO n.º 1.482/1997. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1997/1482_1997.htm>. Acesso em: 18 jan. 2014.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). RESOLUÇÃO n.º 1.652/2002. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2002/1652_2002.htm>. Acesso em: 18 jan. 2014.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). RESOLUÇÃO n.º 1.805/2006. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm>. Acesso em: 18 jan. 2014.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). RESOLUÇÃO n.º 1.931/2009. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2009/1931_2009.htm>. Acesso em: 18 jan. 2014.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). RESOLUÇÃO n.º 1.955/2010. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955_2010.htm>. Acesso em: 18 jan. 2014.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). RESOLUÇÃO n.º 1.995/2012. Disponível em: <http://www.bioetica.ufrgs.br/1995_2012.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2014.

DADALTO, Luciana. Reflexos jurídicos da Resolução CFM 1.995/12. In: Revista Bioética. Vol. 21, n.º 1 – 2013. Brasília/DF, Brasil, Conselho Federal de Medicina, 2013, pp. 106-111.

DINIZ, Debora; GUILHEM, Dirce. *O que é Bioética*. São Paulo: Brasiliense, 2007.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRER, Jorge José; ÁLVAREZ, Juan Carlos. *Para fundamentar a bioética: teorias e paradigmas teóricos na bioética contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

GRANT, Carolina. *Bioética e Transexualidade: para além da patologização, uma questão de identidade de gênero*. In: XIX Encontro Nacional do CONPEDI, 2010, Fortaleza. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010, pp. 842-858. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4144.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2014.

GRANT, Carolina. *Novos horizontes jurídicos para a transexualidade – a desessencialização das identidades a partir dos estudos queer e o resgate da autonomia*. In: Anais do III Seminário Internacional Enlaçando Sexualidades. Salvador: UNEB, 2013. Disponível em: <<http://www.uneb.br/enlacandosesexualidades/anais-edicoes-antiores/>>. Acesso em: 18 jan. 2014.

GRANT, Carolina. *Bioética e Transexualidade: o 'fenômeno transexual' e a construção do dispositivo da transexualidade (transexualismo) - o paradigma do 'transexual verdadeiro' vigente no direito brasileiro*. In: XXII Encontro Nacional do CONPEDI, 2013, Curitiba. Anais do XXII Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2013. B.

GRANT, Carolina. *Direito e Gênero em Trânsito: quando corpos e gêneros em trânsito obrigam o trânsito do Direito - uma análise crítica da 'Ley de Identidad de Género' argentina e do PL 5.002/2013 a partir dos estudos queer*. In: XXII Congresso Nacional do CONPEDI, 2013, São Paulo. Anais do XXII Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2013. C.

GUSTIN, Miracy B. de Sousa; DIAS, Maria Tereza F. *(Re)Pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/HansKelsenTeoria.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2014. [online].

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

REIS, Sérgio Nogueira; AGUIAR, Mônica. *Bioética no Cinema*. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições, 2009.

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