

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

MODELS OF AUTONOMY AND ITS (IN) COMPATIBILITY WITH SYSTEM CAPACITY PLANNING IN POSITIVE BRAZILIAN CIVIL: REFLECTIONS ON A RESOLUTION 1995/2012 FEDERAL COUNCIL OF MEDICINE

Mônica Aguiar. Doutora em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP. Professora de direito civil e bioética dos cursos de Graduação e Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. Membro da Sociedade Brasileira de Bioética e Sócia-fundadora da SBB/Bahia. Juíza Federal Aposentada. Palestrante e autora.

RESUMO:

O Conselho Federal de Medicina editou a resolução 1995, de 31 de agosto de 2012, a título de dispor sobre diretivas antecipadas de pacientes em estado terminal. O presente artigo busca analisar qual o modelo de decisão substituta que teria sido adotado pela norma administrativa e em que medida suas regras podem ser compatibilizadas com o ordenamento positivo brasileiro e o sistema de incapacidades e representação de incapazes adotado pelo Código Civil. Conclui pela sua plena compatibilidade e pelo entendimento de que as normas codificadas se direcionam aos atos de efeitos patrimoniais, os quais não se coadunam com as diretivas antecipadas de vontade previstas pela resolução em apreço.

Palavras-chave: diretivas antecipadas de vontade; autonomia; capacidade; incapacidade.

ABSTRACT:

The Federal Medical Council edited Resolution 1995 of 31 August 2012, in order to advance directives provide for the terminally ill patients. This article seeks to analyze which model of surrogate decision would have been adopted by this administrative rule and to what extent its rules can be made compatible with the legal system and the Brazilian positive representation

of disability and unable adopted by the Civil Code. Concludes that they are fully compatible and understanding that codified norms are directed to acts of balance sheet effects, which are not consistent with the policies set by the willingness of early resolution in question.

Keywords: advance directives will; autonomy; ability; disability;

1. Introdução

A dificuldade de construir-se uma regulação para as questões de saúde pensadas globalmente parece estar presente a todo o momento quando se busca o dialogo com diferentes morais trazidos, ora de permeio, ora mais fortemente, quer no âmbito do estudo acadêmico, quer na aplicação pratica de normas referentes ao tema.

A circunstância de ser o Brasil, a exemplo de outros países latino-americanos, formado por camadas sociais tão dispares gera, inexoravelmente, um pensar conflitante a dificultar o estabelecimento de um consenso moral em diversos temas.

No exame em especial do direito à vida e à saúde, verifica-se esse dissenso de modo mais acentuado, tanto que, apesar de realizarem-se no país avançadas pesquisas científicas, que possibilitam o prolongamento da vida e cuidados paliativos, omite-se o Poder Legislativo nacional em editar lei especifica a tratar sobre a ortotanásia ou a utilização de testamento vital pela pessoa humana.

Embora seja esperado que a lei possa, tanto quanto possível, ser o reflexo do máximo consenso obtido na discussão do projeto de lei de que se origina, fato é que a omissão legislativa pode gerar, com frequência, distorções em que outros Poderes ou instancias passem a realizar o papel do legislador.

É o que tem ocorrido, certamente, por exemplo, com o fenômeno a que se dá o signo de ativismo judicial quando referente ao Poder Judiciário.

A soma, de um lado, da omissão legislativa quanto a um micro sistema bioético e por outro, da edição de regras não legais em sentido estrito, gera uma confusão tal a impor ao interprete do direito uma escolha ética para a qual a legitimidade decorre tão somente da investidura em cargo publico da Magistratura.

Embora essa seja uma tarefa habitual que se atribui a qualquer área do Direito, essa legitimidade decorrente do concurso público, gera, nos temas das questões de saúde e vida, um impacto significativo.

Aponte-se, como exemplo, a recente discussão havida em julgamento perante o Supremo Tribunal Federal brasileiro acerca da constitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança (Lei 11.105/05).

O voto do relator bem retrata essa dificuldade de realizar uma escolha de natureza ética em face da contradição das normas legais.

Assim, embora haja concluído que o embrião não é pessoa e, por tal pode ser utilizado em pesquisas e até mesmo descartado, proclama a existência de um direito à filiação do embrião.

Essa decisão reflete, como nenhuma outra, o alegado impacto da diversidade moral sobre a legislação brasileira, haja vista que, enquanto o art.2º do Código Civil afirma que a personalidade começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro, o art.1.597, III, confere aos embriões excedentários o direito à filiação ao presumir filho do marido a criança havida por inseminação artificial homologa, a qualquer tempo.

Não raras vezes, pois, a omissão do legislador é colmatada por órgãos administrativos, os primeiros chamados a solucionar conflitos, fenômeno que tem sido recorrente no cenário brasileiro, em especial, no tocante aos chamados problemas emergentes: aqueles que envolvem novas tecnologias.

Por ser a norma legal uma forma de controle social sobre as ciências, sob qualquer ótica pela qual se pense as diversas correntes doutrinárias existentes: bioética principialista, feminista, utilitarista, contratualista, libertária, antropológica, do discurso etc, é natural a omissão legislativa, embora nem sempre seja saudável a manutenção dessa lacuna legal, haja vista a eventual distorção de outras instancias de controle, como a do Conselho Profissional de que se cuida, quando não encontra parâmetro legal a guiá-las.

Por outro lado, a norma administrativa tem o condão de fomentar a discussão para que se possa gerar projetos de lei que venham a suprir a carência de normas legais e contemple amplamente um aspecto da vida cotidiana dos cidadãos, sem esquecer as discrepâncias sociais em um País tão desigual, os reais anseios da sociedade, mitigando a forte influência nas diversas parcelas de Poder, em especial no Poder Legislativo da parte mais rica do País.

Inúmeras são as hipóteses em que o Conselho Federal de Medicina tem usado de seu poder regulamentar para regular questões não encampadas, ainda, pelo ordenamento positivo.

Apenas a título de ilustração, tomem-se as regras administrativas referentes à reprodução humana assistida ou aquelas concernentes à ortotanásia.

No primeiro caso, desde o início da década de '90, do século passado, pululam projetos de lei propostos para regular seja a filiação decorrente de inseminação assistida, seja a legalidade ou não dos procedimentos de maternidade substituta – “barriga de aluguel” e tantos outros.

De igual modo, há propostas no Congresso Nacional para regular a ortotanásia de há muito tempo sem que a lei referida venha a ser criada.

O projeto de novo Código Penal que descriminaliza a conduta é exemplo significativo desse descompasso entre a realidade e a norma, fenômeno natural e sempre estudado, e que, entre nós tem estado na base de várias resoluções dos Conselhos Profissionais, as quais, para alguns, estariam desbordando do poder regulamentar constitucionalmente a eles assegurado.¹

A ausência de regulação autorizadora no Brasil do testamento vital, aquele definido como negócio jurídico que regule questões atinentes aos cuidados da saúde do testador quando ele, embora vivo, não esteja mais em condições de exprimir sua vontade, parece estar na base da decisão do referido órgão de classe em editar a Resolução 1995/2012 para regular o tema, constituindo um genuíno exemplo daquele descompasso entre fatos e norma legal.

Ao fazer publicar referida resolução, o Conselho Federal de Medicina utiliza, aparentemente, os três modelos de autonomia referidos por Beauchamp e Childress² ao construírem a doutrina da decisão substituta para a hipótese em que a pessoa não tem capacidade plena para expressar sua vontade.

O presente artigo pretende fazer uma comparação com aquele modelo gestado nos Estados Unidos da América, em um ambiente de *common law*, e o sistema de capacidades albergado pelo direito brasileiro, em especial pelo Código Civil.

¹ Veja-se a propósito a petição inicial do MPF na Ação Civil Pública 1.18.000.001881/2012- 38 .In.: <http://www.prgo.mpf.gov.br/images/stories/ascom/ACP-CFM-ortotanasia.pdf> Disponível em 16 MAR 2013.

² BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de Ética Biomédica**. Trad. Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola. 2002.p.195

Ao fazê-lo, buscará identificar qual dos modelos foi efetivamente escolhido pela norma administrativa de modo a examinar a ocorrência ou não de colisão com o art. 4º do mencionado Código, e, bem assim, com o entendimento revelado pelo Ministério Público Federal em Goiás a respeito da violação da norma legal pela Resolução.

Ao final, pretenderá resolver a contradição indicada no título sobre ser a norma administrativa compatível ou não com o sistema de representação veiculado pelo art. 1767 do Código Civil.

2. Modelos de decisão substituta

A chamada escola principiológica da Bioética surgiu no meio acadêmico norte americano pelos ensinamentos de professores da Universidade de Georgetown em Washington, vinculados ao Instituto Kennedy de Ética.

Inicialmente, a partir do relatório Belmont, produzido na década de setenta como relatório das atividades desenvolvidas pela Comissão Presidencial de Proteção do Ser Humano, Tom Beauchamp e James Childress, orientados pela necessidade de controle das pesquisas realizadas em seres humanos, publicaram obra clássica em Bioética³ que deu ensejo ao nascimento da corrente do principialismo.

A linha de pensamento adotada pelos dois autores prende-se à idéia de que todos os dilemas éticos surgidos na prática clínica e assistencial podem ser resolvidos mediante a aplicação de quatro princípios: respeito pela autonomia, beneficência, não maleficência e justiça.

A busca de uma enfoque principialista para a solução de problemas de natureza ética se coadunava com a visão, em termos culturais, de fornecer à comunidade científica um balizamento claro, simples e direto para aplicação nos casos que envolvessem questões de difícil solução, de molde a assegurar ao cientista certa “imunidade” ao adotar a resposta que a ele parecesse a mais adequada e que, porém, poderia ser questionada posteriormente pela comunidade exógena, especialmente, juízes, advogados, parentes dos pacientes atendidos etc.

Apesar de reconhecer a procedência da crítica feita à obra por CLOUSER e GERT, para quem os idealizadores da bioética principiológica nada mais fizeram do que compilar de forma inadequada quatro grandes teorias da filosofia moral, transformando-as em princípios, a saber: a autonomia de Immanuel Kant, a beneficência de Jonh Stuart Mill, a não-maleficência da

³ *Principles of Medical Ethics*. New York: Oxford University Press, 1979.

tradição hipocrática e a justiça de Jonh Rawls ⁴, o fato é que a obra gestada pelos professores da Universidade de Georgetown gerou impactos ao redor do mundo e, em especial, no Brasil em que durante muito tempo teve força e hegemonia de que é exemplo a regulação das regras de pesquisa em seres humanos inserida na resolução 196/96 do Conselho Nacional de Saúde.

Em sua obra, ao analisarem o primeiro desses princípios, fizeram distinção entre três modelos de decisão substituta, a saber, autonomia pura, julgamento substituto e melhores interesses.

Para entendermos a comparação a que se propõe, necessário examinar cada um desses paradigmas construídos, ressalve-se, para orientar os casos em que o paciente não tem condições atuais para decidir.

Esse pressuposto é indispensável à análise do quanto aqui se pretende, para que se consiga delimitar que a hipótese de que se cuida não é a de casos de pessoas que ainda não tenham alcançado esse estado de autonomia, por exemplo, em razão da idade, tema ao qual me debrucei em artigo anteriormente publicado. ⁵

Também se deve tomar como referencia um outro pressuposto inegavelmente importante, o de que a decisão deve ser pautada pela vontade manifestada anteriormente pelo paciente, caso o tenha feito, ou que seja aquela que ele teria, supostamente, adotado, sempre na tentativa de privilegiar-se a real vontade do paciente em relação a questões de saúde e vida.

Não se pretende, pois, estender a análise aos conflitos de natureza patrimonial, os quais encontram regulação específica e abrangente nas normas infraconstitucionais de direito privado.

Delimitado, assim, o objeto do estudo deste artigo, necessário debruçar-se sobre os diferentes paradigmas construídos pelos autores referidos.

2.1 – Modelo da autonomia pura

O modelo da autonomia pura é engendrado como forma de manter incólume a vontade real que a pessoa haja manifestado quando ainda capaz. Ou seja, no pleno uso de sua capacidade,

⁴ CLOUSER, K. Danner & GERT, Bernard. A critique of principlism. The Journal of Medicine and Philosophy. N. 15, 1990, p.219-223 apud Débora Diniz; Dirce Guilhem. O que é bioética. São Paulo: Brasiliense, 2002, p. 35.

⁵ V. AGUIAR, Mônica. 2002+10. Para além da capacidade: o impacto da vulnerabilidade em matéria de autonomia em questões de saúde. In.: **Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil**. São Paulo: IDP; ATLAS. 2012.

o paciente declarou o tratamento que gostaria ou não de receber se e quando estivesse impossibilitado de fazê-lo.

Somente se aplica para os casos em que o indivíduo tenha, anteriormente, em plena capacidade, declarado, expressamente, sua vontade.

A rigor, este modelo não é o de uma decisão substituta, mas de real aplicação do princípio do respeito à autonomia, levada a uma extensão da capacidade anterior a do momento de realização do ato, haja vista que cuida-se do respeito à vontade do paciente mesmo quando ele não pode mais ratificá-la.

Ressalte-se que se cuida de hipóteses nas quais se pretende regular não atos patrimoniais que geram efeitos subjetivos para além da própria pessoa, mas questões atinentes a sua própria vida e saúde, cujos efeitos são, a rigor, limitados ao agente.

2.2 – Modelo do julgamento substituto

Diversamente do que ocorre no paradigma anteriormente indicado, neste modelo o paciente não declarou sua vontade.

Apesar disso, para se chegar a uma decisão que mantenha intacto o respeito pela sua autonomia, a pessoa que irá decidir deve buscar realizar os desejos e necessidades do incapaz, inferindo-os do sistema de valores do paciente.

Por isso mesmo, a decisão não pode ser aquela que se adeque à tabua de valores do decisor substituto, mas a que se possa previsivelmente deduzir que seja a relativa àquele em nome de quem se age.

Dito de outro modo, não pode ser efetivada a decisão de acordo com a vontade daquele que, em substituição ao paciente, a manifesta, senão que se exige que a pessoa a decidir “se ponha nas vestes mentais do incapaz”⁶.

Analogamente, é o mesmo que se demanda do gestor de negócios no tocante aos direitos patrimoniais, consoante se infere da leitura do art. 861 do Código Civil.⁷

Ora, se para os direitos patrimoniais faz-se tal exigência, quanto mais para os extrapatrimoniais que se referem, repita-se, a intervenções concernentes à saúde e vida do incapaz.

⁶ p.196

⁷ Art.861. Aquele que, sem autorização do interessado, intervém na gestão de negócio alheio, dirige-lo-á segundo **o interesse e a vontade presumível de seu dono**, ficando responsável a este e às pessoas com que tratr. (sem grifo no original)

2.3 – Modelo dos melhores interesses

O ultimo dos esquemas abordados pelos autores refere à hipótese em que um decisor substituto, após avaliar as opções possíveis, tomando como parâmetros os benefícios e riscos para o paciente, decide de acordo com o que considera seja a alternativa que traga o maior benefício e o menor risco possível.

*Emprega-se o termo ‘melhor’ porque a obrigação é a de maximizar os benefícios por meio de uma avaliação comparativa que encontra o maior conjunto de benefícios.*⁸

Não se trata aqui, pois, de manter-se decisão tomada pelo paciente quando era capaz, ou de chamar um representante para indicar a provável vontade daquele que, não podendo expressá-la pessoalmente na atualidade do ato, não a veiculou anteriormente.

O paradigma dos melhores interesses, ao revés, trabalha com a hipótese de alguém – normalmente o médico, o Hospital ou uma Comissão – decidir o que considera ser o mais adequado ao paciente, levando em conta parâmetros usualmente observados em circunstâncias semelhantes.

É o que ocorre quanto à decisão, cuja eticidade aqui não será objeto de discussão, do médico em realizar transfusão de sangue em pacientes testemunhas de Jeová ao fundamento de afastar o risco de morte supostamente existente.

Vistos os modelos indicados, torna-se imperioso interpretar as normas administrativas de que se cuida com foco neles.

3. A resolução 1995/2012 em face dos modelos de decisão substituta

Tão logo publicada, a resolução referida causou forte impacto social, tendo sido objeto de inúmeras reportagens em derredor da novidade veiculada como adoção pelo Brasil do chamado testamento vital⁹.

No meio jurídico, foi igualmente recebida sob uma plêiade de opiniões opostas: críticas e apoios.

Passados mais de seis meses de sua vigência, já foi possível se chegar a alguns consensos em derredor de seu alcance, de que cabe indicar como exemplo, a interpretação conjunta levada a

⁸ p.205

⁹ V. por todos a reportagem sobre o tema veiculada pelo semanário Veja. In.: <http://veja.abril.com.br/noticia/saude/paciente-podera-escolher-a-quais-procedimentos-sera-submetido-no-fim-da-vida>

efeito por grupo de estudiosos capitaneado pela seção baiana da Sociedade Brasileira de Bioética, cujas conclusões serão publicadas brevemente.

Impõe, de início, registrar as considerações feitas em derredor do signo escolhido – diretivas antecipadas de vontade – por José Roberto Goldim

A denominação Diretivas Antecipadas de Vontade caracteriza adequadamente o seu propósito:

a) Diretiva, por ser um indicador, uma instrução, uma orientação, e não uma obrigação;

b) Antecipada, pois é dita de antemão, fora do conjunto das circunstâncias do momento atual da decisão;

c) Vontade, ao caracterizar uma manifestação de desejos, com base na capacidade de tomar decisão no seu melhor interesse.¹⁰

A primeira perplexidade com a qual o leitor se depara no exame do princípio do respeito à autonomia, aqui entendido como a qualidade de autogovernar-se, refere-se à incerteza sobre qual modelo de decisão substituta foi adotado pela ética médica, haja vista que no mesmo artigo a norma administrativa ora refere ao modelo de autonomia pura, ora ao do decisor substituto, ora ao dos melhores interesses.

Com efeito, ao tratar sobre o tema no caput do art.2º¹¹, determina que nas hipóteses em que os pacientes se encontrem incapazes de comunicar-se ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade, as quais são definidas no artigo antecedente como sendo 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.

Cuida-se na hipótese, pois do modelo da autonomia pura, ou seja, aquele em que se prestigia o desejo manifestado pelo paciente quando capaz.

Essa decisão pode ter sido manifestada oral e diretamente ao médico, não se exigindo forma especial, estando sua produção dentro do campo da confidencialidade entre médico e paciente.

¹⁰In.: <http://www.bioetica.ufrgs.br/diretivas2012.pdf>. Disponível em 16 MAR 2013.

¹¹ **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.

A mesma resolução, contudo, faz referência à designação de um representante para o fim de comunicar a vontade do paciente, no §1º¹² do mesmo artigo, tudo levando a crer que não houve a manifestação previa, ou seja, não há diretivas a serem observadas, uma vez que o paciente preferiu apontar alguém para o representar, no momento em que não estivesse mais no exercício pleno de sua capacidade. Adota, então, o modelo do julgamento substituto.

Não parece haver, na hipótese, uma contradição, haja vista que houve uma preferência do paciente ao escolher, ao invés de declarar expressamente sua vontade para valer quando não estivesse plenamente capaz, o fizesse mediante um representante.

Logo, em seguida, entretanto, o normativo profissional encampa uma hipótese em que o médico pode deixar de levar em consideração tanto as diretivas antecipadas quanto as informações do representante. Refere-se à previsão do §2º¹³ em que tal recusa se fundamenta no eventual desacordo com os preceitos do Código de Ética Médica, tudo fazendo parecer que o modelo dos melhores interesses estaria em posição privilegiada em relação aos demais.

Tal conclusão, entretanto, não pode ser indicada como a que melhor representa os fundamentos da norma.

Quer porque os considerandos da resolução se direcionam ao prestígio da vontade do paciente ao indicar a necessidade de regular as diretivas antecipadas de vontade, quer porque o artigo 1º e o caput do art.2º ao qual se subordinam as espécies de decisão substituta dão relevo ao modelo da autonomia pura.

O que se pode concluir é que o modelo por excelência escolhido pelo conselho profissional foi, efetivamente, o da autonomia pura.

Entretanto, não pode ser ele imposto de forma absoluta, sob pena de ter o médico, para cumprir a vontade do paciente, que violar o estatuto que regula sua atividade e que define os deveres éticos do profissional.

Não há, na hipótese, prevalência do modelo dos melhores interesses, mas admissão da vontade do paciente no limite da obediência aos ditames ético-profissionais.

¹² § 1º Caso o paciente tenha designado um representante para tal fim, suas informações serão levadas em consideração pelo médico.

¹³ § 2º O médico deixará de levar em consideração as diretivas antecipadas de vontade do paciente ou representante que, em sua análise, estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica.

Tanto é assim, que o modelo dos melhores interesses é efetivamente utilizado somente quando não são conhecidas as diretivas antecipadas de vontade do paciente, nem haja representante designado, familiares disponíveis ou falte consenso entre estes.

Neste caso, o médico para decidir poderá recorrer, se julgar necessário e conveniente, a outras instancias decisórias para fundamentar sua decisão.¹⁴

4. A resolução 1995/2012 em face do sistema de incapacidades albergado pelo Código Civil Brasileiro:

Não se pretende, neste trabalho, analisar a abrangência dos casos sobre os quais a norma vigora, mas tão somente indicar, em face dos aspectos jurídicos envolvidos, a compatibilidade ou não da regra administrativa quando cotejada com nosso sistema positivo, haja vista a expressa disposição legal que declara serem incapazes aqueles que, mesmo por causa transitória, não possam exprimir sua vontade –art.3º,III do Código Civil – combinada com a regra do art. 1767 do mesmo diploma legal que declara estarem sujeitos a curatela aqueles que, por enfermidade não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil.

O exame, portanto, restringe-se, a saber, se a segunda das regras acima indicadas tem a abrangência que se quer a ela emprestar, consoante interpretação gerada no âmbito da ação civil pública consoante termos da inicial veiculada pelo Ministério Público Federal em Goiás¹⁵, no sentido de que a resolução transbordou dos limites legais ao afastar a ouvida dos representantes legalmente previstos em rol referido no art.1.768, haja vista que a norma administrativa usa, genericamente, o signo “familiares disponíveis”.

Com efeito, pretendeu o *parquet* a suspensão dos efeitos da resolução sob múltiplos argumentos, entre os quais: a) inconstitucionalidade e ilegalidade da norma administrativa por criar direitos não albergados pela Constituição Federal e pela lei ao extravasar os limites da norma regulamentar; b) não exigência de capacidade civil atual do paciente para exprimir sua vontade; c) ausência de previsão de limite temporal de validade do testamento vital; d) ausência de previsão de forma especial para veicular a vontade do paciente; e) fere o direito

¹⁴ § 5º Não sendo conhecidas as diretivas antecipadas de vontade do paciente, nem havendo representante designado, familiares disponíveis ou falta de consenso entre estes, o médico recorrerá ao Comitê de Bioética da instituição, caso exista, ou, na falta deste, à Comissão de Ética Médica do hospital ou ao Conselho Regional e Federal de Medicina para fundamentar sua decisão sobre conflitos éticos, quando entender esta medida necessária e conveniente.

de familiares influírem na revelação da vontade de seus entes e de fiscalizarem o cumprimento das diretivas estabelecidas pelo paciente terminal; f) falta de razoabilidade e ilicitude na eleição do prontuário médico como documento apto a gerar efeitos;

Creio ser negativa a resposta.

A uma, porque a norma civilista especial se refere, expressamente, aos atos da vida civil, aqui entendidos aqueles que dizem respeito à seara patrimonial, neles, portanto, não abrangidos os que se dirigem aos referentes à saúde ou vida da pessoa.

Seria extremamente difícil que, para se decidir sobre um determinado tratamento ou sua ausência, se fizesse prévia interdição judicial do paciente, tempo que não se coaduna com a agilidade de que deve se revestir as decisões médicas.

Nesse ponto, cabe uma ressalva importante.

O Código Civil de 2002, ao regular a curatela, inovou o ordenamento positivo no tocante à regulação do seu antecedente – o Código Civil de 1916 – para incluir, ao lado do cônjuge a expressão “qualquer parente”.

Essa inovação bem demonstra o alargamento da possibilidade de indicar o Magistrado sentenciante da interdição a pessoa que melhor possa representar o interdito, independentemente da proximidade do vínculo de parentesco, certamente como forma de afastar a dificuldade de representação que poderia surgir para o curatelado.

Dito de outro modo, importante é gerar a representação necessária aos interesses daquele que, por motivos os mais diversos, não possa agir pessoalmente.

Ora, se essa conclusão é válida para os atos negociais da vida civil da pessoa humana, tanto mais o será em relação aos cuidados de saúde, haja vista a necessidade de garantir-se, na vida do paciente em estado terminal, que as decisões sejam tomadas de forma célere e continua.

A duas porque o próprio Código Civil em seu art. 1597, III¹⁶ admite a eficácia de vontade manifestada em vida para além da morte da pessoa até mesmo para partejar direitos para terceiros, no caso os filhos nascidos de fecundação artificial homologa realizada após a morte do marido, não sendo, portanto, caso de quebra de sistema a aplicação do modelo da autonomia pura no direito brasileiro.

A hipótese é, pois, ainda mais radical.

¹⁶ Art.1597. Presumem-se concebidos na Constancia do casamento os filhos: III – havidos por fecundação artificial homologa, mesmo que falecido o marido.

É prevista, legalmente, a geração de efeitos a manifestação de vontade de alguém que não mais está vivo.

Ora, se é possível garantir-se essa eficácia para terceiros, após a morte do detentor da vontade, quanto mais quando a pessoa ainda vive, mas por se encontrar em estado terminal e sem capacidade atual para decidir, possa ter sua vontade respeitada até o final da vida.

É importante lembrar que, em decisão publicada em 15.03.2013, a Justiça Federal de Goiás indeferiu a liminar pretendida pelo Ministério Público Federal para suspender a aplicação da resolução (Ação Civil Pública 1039-86.203.4.01.3500)¹⁷.

Com efeito, decidiu o julgador pela constitucionalidade da resolução, ao argumento de que assegura ao paciente em estado terminal que receba cuidados paliativos, mas sem o submeter, contra sua vontade, a tratamentos que prolonguem seu sofrimento e não lhe traga qualquer benefício.

5. Conclusão

O modelo da autonomia pura pelo qual uma pessoa anteriormente capaz tenha manifestado sua vontade em relação a atos concernentes a sua saúde e vida é plenamente compatível com o sistema positivo brasileiro

Em primeiro lugar porque não existe norma que o vede.

Em segundo, porque e, ao contrário, prevê o legislador infraconstitucional hipótese de relação jurídica de filiação mesmo quando já falecido o marido que haja autorizado a inseminação artificial homóloga de sua mulher. Ou seja, hipótese legal em que a vontade manifestada em vida gera efeitos mesmo quando já falecida a pessoa.

Ora, se a vontade expressa em momento em que a pessoa estava viva pode ser considerada eficaz quando ela já não mais existe, não se pode deixar de admitir valor àquela cuja eficácia é prevista ainda para quando a morte não chegou.

Tal modelo não é, pois, incompatível com a regra que prevê a curatela de interditos – art.1767 do Código Civil, no sentido de que não é necessário proceder-se a previa interdição do paciente que esteja incapacitado em razão da enfermidade para que se privilegie sua vontade, quer porque a manifestação já ocorreu e, portanto, o modelo adotado é o da autonomia pura

¹⁷ Disponível in.:

http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=10398620134013500&secao=GO&nome=conselho_federal_de_medicina&mostrarBaixados=N. 16 MAR 2013.

que respeita a decisão da pessoa durante toda sua vida quer porque mencionado artigo se dirige a regular efeitos patrimoniais da vida civil.

Por outro lado, a ordem dos legalmente previstos como representantes dos incapazes, inserida no art.1768 do mesmo código, não é excludente da norma administrativa que admite na ausência de representante designado pelo paciente que a decisão seja tomada pelos familiares disponíveis, uma vez que o inciso II do mesmo dispositivo expressamente reconhece que o representante pode ser qualquer parente, sem especificar grau de proximidade.

Ao editar a resolução 1995/2012, o Conselho Federal de Medicina não encampou hipótese ilegal de estabelecimento de direitos, haja vista que regulou para seus profissionais médicos como se comportar perante conflitos éticos eventualmente ocorrentes na terminalidade da vida do paciente sob seus cuidados.

Urge aos estudiosos do direito civil adotarem interpretação que mais se coadune com a realidade dos avanços tecnológicos os quais embora se dirijam à manutenção da vida do paciente não podem ou não devem ser “consumidas” em detrimento da vontade daqueles para os quais se dirigem.

6. Referências

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Brasília.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **RESOLUÇÃO CFM no 1.995/2012.** Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Diário Oficial da União. 2012;Seção I(170):269–270.

AGUIAR, Mônica. 2002+10. Para além da capacidade: o impacto da vulnerabilidade em matéria de autonomia em questões de saúde. In.: **Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil.** São Paulo: IDP; ATLAS. 2012.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de Ética Biomédica.** Trad. Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola. 2002

CLOUSER, K. Danner & GERT, Bernard. A critique of principlism. The Journal of Medicine and Philosophy. N. 15, 1990, p.219-223 apud Débora Diniz; Dirce Guilhem. O que é bioética. São Paulo: Brasiliense, 2002

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão e dominação. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003.