

A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O RECONHECIMENTO DA POSSIBILIDADE DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS COMO EXERCÍCIO DA SUA AUTONOMIA PRIVADA

Cristiano Chaves de Farias

Melissa Ourives Veiga

THE CONCRETIZATION OF THE RIGHTS OF THE DISABLED PERSON AND THE RECOGNITION OF THE POSSIBILITY OF THE ADVANCE DIRECTIVES AS EXERCISE OF THEIR PRIVATE AUTONOMY

RESUMO

Neste artigo, visa-se a analisar a possibilidade de diretivas antecipadas de vontade para pessoas com deficiência, sob o regime de curatela. Para tanto, buscou-se verificar a efetivação da autodeterminação humana e a inclusão, em igualdade de condições, da pessoa com deficiência, considerada a nova teoria das incapacidades. O trabalho se destina a analisar a tomada de decisão apoiada no ordenamento brasileiro, sob a influência do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

» **PALAVRAS-CHAVE:** PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. CAPACIDADE. AUTODETERMINAÇÃO. DIRETIVAS ANTECIPADAS. CURATELA.

ABSTRACT

This article aims to analyze the possibility of advance directives of will by people with disabilities under the caretaker regime. In order to do so, it sought to verify the need for effective human self-determination and the inclusion of disabled people, considering the new theory of disabilities.

» **KEYWORDS:** PEOPLE WITH DISABILITIES. CAPACITY. SELF-DETERMINATION. ADVANCE DIRECTIVES. CURATORSHIP.

1 A IMPORTÂNCIA DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DA AUTODETERMINAÇÃO DA PESSOA HUMANA

De forma ainda mais acentuada em meio às complexidades da vida contemporânea (aberta, plural e multifacetada), inexistente dúvida de que a liberdade de autodeterminação há de ser a regra da conduta humana. É o que se denomina, no âmbito jurídico, de autonomia privada.

Ou seja, a pessoa humana tem o direito de escolher os seus caminhos nas relações entre particulares, do que decorre ser certo o velho e conhecido adágio no qual se afirma: nas relações privadas, é possível tudo, menos o que a lei proíbe.

Nessa ambiência, ganha especial relevância a cláusula geral de avançada proteção da dignidade humana (CF, art. 1º, III), na medida em que, em caráter ordinário, caberá fundamentalmente ao titular estabelecer as latitudes e as longitudes do que seja, para si mesmo, o direito a uma vida digna.

Aliás, como consectário lógico e inexorável do reconhecimento do direito à vida digna, exsurge a afirmação de que é seu desdobramento cer-

to e incontestável a afirmação do direito à morte digna. São, enfim, o verso e o reverso da mesma moeda. Em palavras mais claras: ao direito de viver com dignidade haverá de corresponder, como espelho invertido, o direito de morrer dignamente, até mesmo porque uma morte digna é consequência natural de toda e qualquer vida digna.

Na certa ponderação de que “morrer é parte integral da vida, tão natural e previsível quanto nascer. É inevitável”, o que parece mais assustar os humanos é “que ninguém sabe o que lhe espera depois da vida” (SÁ, 2001, p. 80).

Fatal e inevitável, a morte não precisa, contudo, ser marcada por dores e sofrimentos. Um processo digno da morte é corolário para uma vida que se qualificou pela dignidade do exercício de suas possibilidades. Pondera, nessa trilha, Rohe (2003, p. 123) que

a dor e o sofrimento tornaram-se desvalores rejeitados por uma sociedade adoradora do corpo e da perfeição. Daí a necessidade de uma medicina operante que assegure aos homens o seu bem-estar físico e mental, proporcionando uma boa morte, mais humana e capaz de ser compreendida.

É importante, no ponto, chamar atenção para significativa advertência, a fim de evitar confusão conceitual entre categorias distintas: não se trata de debater, aqui, a admissibilidade de uma morte piedosa, bondosa, quase gentil. Cuida-se, em verdade, de buscar a afirmação do direito à morte digna como corolário, como consequência natural do direito à vida digna. Equivale a dizer: a dignidade que norteou a vida de uma pessoa humana deve acompanhá-la até o momento derradeiro, restando obstadas condutas procrastinatórias ou fúteis, que, a par de causar sofrimento, afrontam a sua integridade física, psíquica e intelectual. Invocando a precisa ponderação de Ribeiro (2006, p. 1.752),

a morte digna também é um direito humano. E por morte digna se compreende a morte sem dor, sem angústia e de conformidade com a vontade do titular do direito de viver e de morrer. E nesse sentido é paradoxal a postura social, muitas vezes emanada de uma religiosidade que a religião desconhece, que compreende, aceita e considera ‘humano’ interromper o sofrimento incurável de um animal, mas que não permite, com o mesmo argumento – obviamente sem a metáfora – e nas mesmas condições, afastar o sofrimento de um homem capaz e autônomo.

É nessa exuberante arquitetura que se apresentam as diretivas antecipadas de vontade, indevidamente apelidadas de testamento vital,¹ como mecanismo de afirmação da autonomia privada, por meio do qual o titular concretiza a sua percepção sobre o que seria, para si, uma morte digna, como corolário de seu direito à vida digna. Cuida-se de interessante instrumento de afirmação da vontade humana no que tange à extensão da assistência médica a ser prestada a alguém.

Com essa fina percepção, a Resolução nº 1.995/2012, do Conselho Federal de Medicina – CFM,² louvando-se, a toda evidência, da afirmação da autonomia do paciente, a partir do livre consentimento informado, autoriza as diretivas antecipadas em solo brasileiro, procurando minimizar as dores e os sofrimentos decorrentes de tratamentos e procedimentos médicos que prolongam a vida dos doentes terminais sem chance de cura (a chamada futilidade médica), em clara sintonia com o direito à vida e à morte dignas.³

Logo no comando do seu art. 1º, o ato normativo explica que as diretivas antecipadas de vontade constituem 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 ato regulamentar determina aos médicos o respeito às diretivas antecipadas de vontade manifestadas pelo paciente, afastando, inclusive, eventual discordância dos familiares.⁴ Por meio dessas diretivas antecipadas, o paciente pode definir, enquanto estiver no gozo de suas faculdades mentais, os limites terapêuticos a serem adotados em seu tratamento de saúde em eventual hipótese de estado terminal. Exige-se, para tanto, declaração expressa de vontade (diretiva antecipada de vontade, consoante a expressão consagrada na Espanha). Essa declaração, por óbvio, terá validade e eficácia e prevalecerá, inclusive, sobre qualquer outro parecer não médico e sobre a própria manifestação de vontade dos familiares (§ 3º do art. 2º da Resolução).

Não há necessidade de manifestação de vontade por meio de instrumento público, bem como não se exige o registro em cartório da declaração de vontade para que esta possa surtir efeitos, em virtude da inexistência de exigência expressa da Resolução.⁵

Trata-se de concretização da autonomia privada, que confere ao titular o reconhecimento de efetivar pessoalmente o seu direito à morte digna como consequência natural do direito à vida digna. Cuida-se, fundamentalmente, do direito do paciente de morrer sem sofrimentos desnecessários, na medida em que a Medicina não conseguiu estabelecer a cura ou os tratamentos mais adequados e eficazes para certas situações específicas.

Uma vida digna há de desembocar em epílogo igualmente digno. E a cada pessoa há de ser reconhecido o direito de autodeterminação, sopesados os próprios sentimentos, medos, fraquezas e possibilidades. E as diretivas antecipadas se apresentam como mecanismo para concretizar essa autodeterminação, ao possibilitar o respeito à sua vontade a quem não deseja tratamentos incertos ou soluções paliativas.

Há, sobre o tema, interessante decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que corrobora essa tese. No caso julgado, foi reconhecido a determinado paciente internado em unidade hospitalar o direito de não ser submetido a uma cirurgia indesejada de amputação, com base em sua própria manifestação volitiva.

[...]

1. Se o paciente, com o pé esquerdo necrosado, se nega à amputação, preferindo, conforme laudo psicológico, morrer para “aliviar o sofrimento”; e, conforme laudo psiquiátrico se encontra em pleno gozo das faculdades mentais, o Estado não pode invadir seu corpo e realizar a cirurgia mutilatória contra a sua vontade, mesmo que seja pelo motivo nobre de salvar sua vida.

[...]

3. O direito à vida, garantido no art. 5º, caput, deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa, previsto no art. 2º, III, ambos da CF, isto é, vida com dignidade ou razoável qualidade. A Constituição institui o direito à vida, não o dever à vida, razão pela qual não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a tratamento ou cirurgia, máxime quando mutilatória.[...]

4. Nas circunstâncias, a fim de preservar o médico de eventual acusação de terceiros, tem-se que o paciente, pelo quanto consta nos autos, fez o denominado testamento vital, que figura na Resolução nº 1995/2012, do Conselho Federal de Medicina (TJ/RS, Comarca de Viamão, 1ª Câmara Cível, ApCív n. 70054988266, Relator. Des. Irineu Mariani, DJe de 27/11/2013).

Demais de tudo isso, harmoniza-se, a toda evidência, com o comando do art. 14 do Estatuto Civil,⁶ que consagra a possibilidade de dispor do corpo para depois da morte, o que concretiza substancialmente a autonomia privada que rege as relações do Direito Civil, até porque não haveria justificativa ideológica para intervenção estatal nessa matéria.

Indubitavelmente, a pessoa humana que, no pleno gozo das faculdades mentais, declarou a sua vontade, livre e desembaraçada, de não ser submetida a determinados tratamentos de saúde ou a intervenções médicas em certas situações, deve ter a autonomia privada respeitada, a fim de que se efetive a sua dignidade na plenitude. Trata-se de mera projeção de sua autonomia privada, que concretiza a liberdade de autodeterminação como corolário da dignidade almejada pelo constituinte.

Disso não diverge Borges (2001, p. 284), cuja arguta percepção termina por asseverar a existência da

reapropriação da morte pelo próprio doente. Há uma preocupação sobre a salvaguarda da qualidade de vida da pessoa, mesmo na hora da morte. Reivindica-se uma morte digna, o que significa 'a recusa de se submeter a manobras tecnológicas que só fazem prolongar a agonia.

E é exatamente por isso que, mesmo antes do advento da Resolução nº 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina, já se afigurava válida e eficaz essa declaração prévia de vontade em razão da premente necessidade de respeitar a autonomia privada do paciente terminal, com base em preceitos éticos e jurídicos e no termo inexorável da vida humana. Com o mesmo pensar, Daldato (2010, p. 148), pioneiramente, já pontuava que a “declaração prévia de vontade do paciente terminal é válida no Brasil, mesmo com a inexistência de legislação específica, a partir de uma interpretação principiológica do ordenamento jurídico pátrio”.⁷

2 A NOVA TEORIA DAS INCAPACIDADES: A INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA COMO SUJEITO DE DIREITO EM IGUALDADE DE CONDIÇÕES COM AS PESSOAS SEM DEFICIÊNCIA E A LIBERDADE DE DECLARAR AS DIRETIVAS ANTECIPADAS

Com a visível (e salutar) preocupação de inaugurar um novo tempo no tratamento jurídico e social das pessoas com deficiência, a Convenção de Nova Iorque⁸ impôs uma revisitação à teoria das incapacidades no que se refere à indevida (porém, histórica) correlação com a deficiência humana, em seus aspectos físico, psíquico ou intelectual.

De fato, uma deficiência não pode induzir necessariamente à incapacidade. Inexiste, enfim, uma correlação implicativa entre deficiência e incapacidade jurídica. Todavia, de acordo com o histórico tratamento dedicado pela lei (inclusive pela redação originária do Código Civil de 2002), a pessoa com deficiência vinha, ao longo dos tempos, sendo enquadrada no conceito de incapaz – o que, para dizer pouco, escapava à razoabilidade e feria uma visão igualitária e digna sobre humanidade.

Com efeito, o conceito de deficiência (centrado na existência de uma menor valia de longo prazo, física, psíquica ou sensorial, independentemente de sua graduação) não tangencia, sequer longinquamente, uma incapacidade para a vida civil. A pessoa com deficiência pode desfrutar, plenamente, dos direitos civis, patrimoniais e existenciais. Já o incapaz, por seu turno, é um sujeito cuja característica elementar é a impossibilidade de autogoverno. Assim, a proteção dedicada pelo sistema jurídico a um incapaz há de ser mais densa, vertical, do que aquela deferida a uma pessoa com deficiência que pode exprimir a sua vontade. A premissa metodológica estabelecida pelo Estatuto, portanto, é irretocável.⁹

Desbravando essas sendas, considerada a proteção internacional pactuada pelo Brasil, a nova redação imposta pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência – EPD impôs significativas inovações ao regime das incapacidades absoluta e relativa.¹⁰

Por conseguinte, a Lei nº 13.146/15, apelidada de Estatuto da Pessoa com Deficiência – EPD ou Lei Brasileira de Inclusão, mitigou, mas não aniquilou, a teoria das incapacidades do Código Civil, apenas adequando-a às normas (regras e princípios) da Constituição da República e da Convenção de Nova Iorque.

Com uma visão prática, ficou abolida (para sempre! por conta da cláusula de proibição de retrocesso social implícita no Texto Constitucional) a perspectiva médica e assistencialista pela qual se rotulava como incapaz aquele que, simplesmente, ostentava insuficiência psíquica ou intelectual. Como não poderia ser diferente, agora se trata de pessoa humana plenamente capaz. Aliás, até porque toda pessoa humana é especial pela sua simples humanidade, tenha, ou não, algum tipo de deficiência. Não se justifica, em absoluto, impor a pessoa com deficiência o enquadramento jurídico como incapaz por conta de impedimento físico, mental, intelectual ou sensorial. Toda pessoa é capaz em si mesma. E, agora, o sistema jurídico reconhece essa assertiva. Inclusive porque, de fato, evidencia-se discriminatório e ofensivo chamar um humano de incapaz somente por conta de deficiência física ou mental.¹¹

Realmente, em tempos pós-modernos, com preocupações de inclusão social e cidadania, não mais se pode admitir que a lei repute um ser humano absolutamente incapaz somente por conta de deficiência física ou mental e, muito pior do que isso, que promova a transferência compulsória das decisões e das escolhas sobre a sua vida e as suas relações existenciais para terceiro, o curador, aniquilando a sua vontade e a sua preferência. Equivale, na prática, a verdadeira morte civil de um humano.

Há absoluta coerência filosófica: as pessoas com deficiência não podem ser reputadas incapazes em razão, apenas e tão somente, de sua debilidade. É que, na ótica civil-constitucional, especialmente à luz da dignidade humana (CF, art. 1º, III) e da igualdade substancial (CF, arts. 3º e 5º), as pessoas com deficiência dispõem dos mesmos direitos e garantias fundamentais que qualquer outra pessoa, inexistindo motivo plausível para lhes negar ou restringir a capacidade.¹²

Seguindo nessa trilha garantista, nota-se que as pessoas com deficiência precisam ter pleno acesso aos direitos fundamentais, constitucionalmente reconhecidos a toda e qualquer pessoa hu-

mana, exercendo, em sua plenitude, a dignidade prometida no texto constitucional. Não se admite qualquer limitação ao exercício de direitos pela pessoa com deficiência no que se refere aos seus direitos fundamentais, o que poderia, em última análise, representar afronta à sua própria dignidade.

No ponto, com idêntica sustentação teórica, Musse (2008, p. 76), enfaticamente, assegura o gozo das mesmas oportunidades concedidas aos 'normais' pelas pessoas com transtorno mental, em relação a qualquer dos direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal de 1988, sejam eles individuais – vida, honra, imagem, privacidade, liberdade, propriedade – ou sociais – educação, trabalho, saúde, transporte, aposentadoria, moradia, lazer.

É exatamente nesse espaço que se percebe estar situada a liberdade de autodeterminação e de expressão da vontade. Uma pessoa com deficiência, efetivamente, pode sofrer limitações de diferentes matizes, mas, seguramente, não perde a possibilidade de manifestação da individualidade em aspectos existenciais, como a afetividade e o próprio eu.

À luz de tais considerações, deflui, com convicção cristalina, a seguinte conclusão: uma pessoa com deficiência não mais estará enquadrada, automaticamente, no conceito de incapacidade (absoluta ou relativa), na medida em que a deficiência (física, mental ou intelectual) não enseja, por si só, incapacidade jurídica. A partir da plenitude de sua capacidade, então, uma pessoa com deficiência (física, mental ou intelectual) pode, sim, manifestar as suas vontades livremente, inclusive quanto às diretivas antecipadas, que lhe são facultadas por meio de instrumento público ou particular, como a qualquer outra pessoa sem deficiência.¹³

Trata-se de conclusão fatal e inexorável: a simples existência de deficiência não induz, automaticamente, a incapacidade. E, assim, a pessoa com deficiência é plenamente capaz, podendo eleger os seus caminhos e opções, inclusive no que diz respeito às diretivas antecipadas.

3 A PESSOA COM DEFICIÊNCIA ENQUADRADA NO CONCEITO DE INCAPACIDADE, A ESTRITA ABRANGÊNCIA DA CURATELA E A POSSIBILIDADE DA PRÁTICA DE ATOS EXISTENCIAIS, INCLUSIVE AS DIRETIVAS ANTECIPADAS

Malgrado a regra geral do novo sistema, descortinado pela Lei Brasileira de Inclusão, seja o desprendimento absoluto entre a deficiência e a incapacidade, haja vista a clareza meridiana do comando do art. 4º da nova redação emprestada ao Código Civil, é possível que uma pessoa com deficiência seja considerada incapaz nos mesmos moldes de uma pessoa plenamente capaz, quando não puder exprimir sua vontade.

Incorpora-se no ordenamento interno o art. 12.2 da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que é lacônico, porém absolutamente preciso. Veja-se:

Os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida.

Dessa forma, concretizando o comando convencional, a pessoa com deficiência há de estar submetida à mesma normatividade das demais pessoas em relação à teoria das incapacidades. E, por

isso, nota-se que a única hipótese de se lhe imputar a condição de relativamente incapaz é quando não puder exprimir vontade, com base no que determina o inciso III do art. 4º da Codificação de 2002.

Assim, não podendo manifestar a sua vontade, uma pessoa com deficiência (física, mental ou intelectual) pode ser reputada relativamente incapaz (jamais pode ser considerada absolutamente incapaz!), ficando submetida ao regime jurídico da curatela.

Atente-se, de todo modo, que o regime da curatela, a partir da nova sistemática imposta pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, é limitado, restrito a determinados atos,¹⁴ com vistas a que não se retire da pessoa curatelada (com, ou sem deficiência, mas que não pode exprimir vontade) a liberdade de autodeterminação existencial. É dizer: a curatela há de ser compreendida como medida protetiva específica, que abrange atos em que o curatelado não consiga exercer, de *per si*, a individualidade. Bem por isso, inclusive, a sentença que constitui a curatela precisa estabelecer um projeto terapêutico individualizado¹⁵ para o curatelado, delimitando os atos e os aspectos em relação aos quais reclamará a presença do curador.

Incorporando essas ideias, a própria Norma Estatutária cuidou de estabelecer, *in litteris*, no art. 85, que a curatela não pode transbordar os limites dos atos patrimoniais, preservados os atos existenciais ao curatelado. Ou seja, a ninguém mais do que ao próprio curatelado interessa a sua essência humana, a sua existência. Não é despiciendo conferir a clareza da dicção legal:

Art. 85, Estatuto da Pessoa com Deficiência:

A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.

§ 1º A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

§ 2º A curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado.

§ 3º No caso de pessoa em situação de institucionalização, ao nomear curador, o juiz deve dar preferência a pessoa que tenha vínculo de natureza familiar, afetiva ou comunitária com o curatelado.

Ora, patenteia-se, com segurança, que a decisão judicial constitutiva da curatela não pode atingir valores constitucionalmente preservados em favor da pessoa humana, como a liberdade, as manifestações afetivas e sentimentais e a intimidade.¹⁶

Significa que a curatela somente é justificável, em ótica civil-constitucional, com especial atenção à dignidade humana, em nome das necessidades do próprio curatelado. E essas necessidades “devem ser compreendidas em função de seus interesses, devendo ser respeitadas como manifestação de seu livre desenvolvimento e de vida”, consoante à percepção aguda de Abreu (2005, p. 225).

E é exatamente por conta dessa necessária limitação da extensão da curatela, que a atuação do terceiro em relação à pessoa do curatelado não pode alcançar situações atinentes “ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto”, por dizerem respeito aos seus direitos fundamentais, que concretizam a sua dignidade. Ilustrativamente, não mais há qualquer obstáculo ou requisito de validade atrelado à deficiência física ou psíquica

do agente para a celebração de um casamento. Casar é ato de vontade e de manifestação afetiva e, por isso, não pode ser invalidado por mera deficiência de uma das partes.

Assim, como regra, a atuação do curador está restrita, por óbvio, às relações patrimoniais do curatelado, não lhe sendo possível invadir a esfera personalíssima das relações do curatelado sob pena de afronta à sua dignidade. Ademais, implicaria transferência da própria titularidade da personalidade de um ser humano. Por isso, no que tange às relações existenciais, como a privacidade, a sexualidade, os afetos, a integridade física e psíquica, não há atuação do curador, e é possível ao curatelado comportar-se livremente.

4 A POSSIBILIDADE DE DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE POR PESSOAS COM DEFICIÊNCIA SOB O REGIME DE CURATELA

Como se nota, com o intuito de proclamar uma opção visivelmente humanista, o EPD delimitou as latitudes e as longitudes do regime de curatela: somente são abrangidos os atos patrimoniais e negociais, como reza o seu art. 85.

Sendo assim, o curatelado somente sofre restrições para a prática de atos de índole patrimonial (econômica), o que reclama a presença do curador – que se apresentará como um representante ou um assistente –, dependendo da extensão da curatela.

A outro giro, os atos de natureza existencial (de matriz ontológica) podem ser praticados diretamente pela pessoa curatelada, independentemente de representação ou de assistência. E é exatamente aqui que está domiciliada a efetiva possibilidade de uma pessoa com deficiência, sob o regime de curatela, manifestar, eventualmente, diretivas antecipadas de vontade, dispensando, validamente, tratamentos médicos em determinadas situações, conforme a regulamentação da Resolução nº 1.995/2012 do CFM. Efetivamente, tal ato pode ser praticado pela pessoa curatelada, quando, de algum modo, possa externar os seus desejos.

Isso, porque o regime da curatela incide, quando, por causa transitória ou definitiva, uma pessoa não puder exprimir vontades relacionadas à sua esfera patrimonial de interesses, o que recai no conceito de incapacidade relativa (CC, art. 4º, III). Nada impede que uma pessoa que não pode externar validamente sua vontade em negócios econômicos (por conta de uma potencialidade de prejuízo) tenha a exata noção do que deseja, ou não, em relação à sua existência na Terra, notadamente no que se refere aos seus aspectos ônticos.

Efetiva-se, assim, clara afirmação da dignidade humana, respeitada a essência valorativa da pessoa, independentemente de estar, sob o regime de curatela, por não poder se autodeterminar patrimonialmente.

Merece destaque o fato de que a declaração volitiva da pessoa sob curatela acerca de suas diretivas antecipadas pode ser inferida de diferentes atos ou condutas. Não se impõe a necessida-

de de manifestação formal, escrita – até por falta de previsão normativa. É de se lhe reconhecer a possibilidade de exteriorizar as suas vontades e desejos das mais diferentes maneiras, com vistas a efetivar a sua dignidade, sem aviltar a sua autodeterminação.

Invocando as palavras de Cabral e Souza (2015, p. 117), a pessoa interessada nas diretivas antecipadas pode, inclusive, “solicitar ao médico que registre no prontuário sua decisão de não desejar se submeter a certas práticas, procedimentos ou utilização de suporte vital e quaisquer outros meios artificiais de manutenção da vida”.

Incorporando e ampliando essa ideia, é perfeitamente possível a validade incontestável da manifestação de última vontade da pessoa com deficiência declarada aos familiares, amigos, cuidadores ou apoiadores, quer seja na forma verbal, escrita (desenhada), quer, até mesmo, gestual. Sob esse aspecto, é importante que se afirme não existir legitimidade hierárquica entre as pessoas receptoras da informação das diretivas antecipadas escolhidas pelo paciente, devendo, necessariamente, prevalecer a manifestação de última vontade do interessado.

Verticalizando ainda mais, é de se admitir, até mesmo, o suprimento judicial, quando a manifestação de vontade não foi precisa ou existem dúvidas objetivas acerca dela. Seria o caso de uma declaração de vontade do curatelado externada a determinado amigo, que se colocou em rota de colisão com a vontade da família no que diz respeito ao tratamento a que deve ser submetido o paciente. Na hipótese, é de se admitir o suprimento de outorga por meio de procedimento de jurisdição voluntária, e o juiz deve decidir com base no conjunto probatório, priorizando a autonomia privada da pessoa sob curatela. Aliás, em conformidade com o Parágrafo único do art. 723 do Código de Processo Civil, em se tratando de jurisdição voluntária, o juiz não está adstrito à legalidade estrita e pode decidir por equidade, adotando a solução mais conveniente e oportuna.

Admitir a possibilidade de suprimento judicial é preservar a autonomia privada do curatelado no campo das relações existenciais, respeitada a opção ideológica do EPD. É oportuna, inclusive, a lembrança da advertência de John Stuart Mill, ainda na Inglaterra liberal dos Oitocentos, de que

a razão para não interferir nos atos voluntários de uma pessoa, exceto para salvaguardar terceiros, é a consideração pela sua liberdade. A sua escolha voluntária é a prova de que o que escolher é desejável, ou, pelo menos, suportável para si e, de um modo geral, atende melhor ao seu bem (MILL, 2001, p. 194).

Em interessante precedente, a Corte de Justiça do Rio Grande do Sul, ancorada no supraprincípio da dignidade, reconheceu que a vontade humana de ter o mínimo de controle sobre sua morte deve ser respeitada, ainda que não tenha sido externada de maneira escrita e formal – o que serve para aplicar às pessoas curateladas que puderem, de algum modo, manifestar-se sobre a sua existência:

Há de se dar valor ao enunciado constitucional da dignidade humana, que, aliás, sobre-põe-se, até, aos textos normativos, seja qual for sua hierarquia. O desejo de ter a ‘morte no seu tempo certo’, evitados sofrimentos inúteis, não pode ser ignorado, notadamente em face de meros interesses econômicos atrelados a eventual responsabilidade indenizatória. No caso dos autos, a vontade da paciente em não se submeter à hemodiálise, de resultados altamente duvidosos, afora o sofrimento que impõe, traduzida na declaração do filho, há de ser respeitada, notadamente quando a ela se contrapõe a já referida preocupação patrimonial da entidade hospitalar que, assim se colocando, não dispõe nem de

legitimação, muito menos de interesse de agir (TJ/RS, Ac. 21ª, Comarca de Porto Alegre, Câmara Cível, ApCív. n. 70042509562, Relator Des. Armínio José Abreu Lima da Rosa, DJe de 22/6/2011).

Não se ignore, inclusive, a depender de situações episódicas e casuísticas, a possibilidade de utilização de mecanismos tecnológicos variados para a captação da vontade da pessoa humana sob curatela, a fim de preservar a sua liberdade de autodeterminação.

Obtempere-se, por oportuno, que, não podendo a pessoa humana sob a curatela, de nenhuma maneira, exprimir a sua vontade, sequer para escolhas pessoais e existenciais, ficará prejudicada a possibilidade das diretivas antecipadas de vontade. Não estará prejudicada por lhe ser obstado o cabimento da medida, mas, sim, pela impossibilidade de compreender os seus anseios e desejos. Nesse caso, caberá aos familiares deliberarem sobre o assunto.

Aprovado em: 20/06/2018. Recebido em: 11/7/2017.

NOTAS

¹ Considerando que o conceito de testamento é intrinsecamente ligado à transmissão patrimonial, explicita-se a atecnia da terminologia. A título ilustrativo, convém lembrar que a melhor civilística brasileira assevera ser o testamento “o ato essencialmente revogável pelo qual a pessoa física ou natural, dentro dos ditames da lei, dispõe, no todo ou em parte, do seu patrimônio, ou realiza determinações de caráter não patrimonial, cujos efeitos serão produzidos para depois da sua morte” (CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**, op. cit., p. 536), deixando patente a sua absoluta impropriedade para servir de sinônimo para as diretivas antecipadas.

² No sistema jurídico germânico, designa-se a medida como *Patientenverfügungen*, disciplinada pela reforma do Código Civil alemão, o BGB, nos parágrafos 1901a-1904.

³ Nos Estados Unidos da América, indo mais longe, já se normatizou, inclusive, a possibilidade do chamado *durable power of attorney for health care*, consistindo em um “ato de instituição de um procurador que tomará, em nome do paciente, as decisões relativas ao tratamento, suas formas, sua duração e sua cessação”, como noticia Luciana Dadalto (DADALTO, Luciana, *Testamento vital*, op. cit., p. 100).

⁴ As diretivas antecipadas de vontade “prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares” (§ 30, art. 20 da Resolução).

⁵ A partir da inteligência do art. 107 do Código Civil somente é exigido o cumprimento de formalidade nos negócios jurídicos por força da norma ou por expressa disposição das partes. Diz o texto codificado: “A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.”

⁶ Art. 14, Código Civil: “É válida, com objetivo científico ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte”.

⁷ Bastante oportuna, no ponto, a lembrança de um trecho da sensível e emocionante película *Mar adentro*, traduzindo na tela a história real do marinheiro Ramón Sampedro, passada em pequena cidade da Espanha. Tetraplégico desde os 25 anos de idade, por conta de um acidente no mar que o deixou paralisado sobre a cama, apenas movimentando os músculos da face, Ramón resolveu requerer, em juízo, o reconhecimento do seu “direito de morrer”. Argumentou, inclusive, que a única visão que tinha era de uma pequena janela, aberta para o mar. Como o marinheiro não tinha como pôr fim à sua própria vida, em face do estado físico, e por não querer a ajuda de amigos (para evitar eventual responsabilização penal), pediu aos juízes dos Tribunais de Barcelona e La Coruña que lhe fosse permitido se objetar às sondas pelas quais era alimentado. Ambas as Cortes negaram o seu pleito. O Tribunal Constitucional espanhol também não acolheu o pedido. Por isso, entendeu que foi “condenado a viver”. Em última tentativa, dirigiu-se à Comissão Europeia de Direitos Humanos, onde, mais uma vez, teve indeferida a autorização. Sem dúvida, o seu caso é emblemático para o Direito Civil e a discussão acerca da efetiva compreensão da morte.

⁸ Assinada em 30/03/2007, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo impõe aos Países signatários, inclusive o Brasil, proibir qualquer discriminação baseada na deficiência, garantindo às pessoas com deficiência igual e efetiva proteção legal contra a discriminação por qualquer motivo. Elaborada ao longo de quatro anos, o aludido Tratado contou com a colaboração direta de 192 países. Logo em seu art. 1º consta que o seu propósito é “promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua

dignidade inerente” e que reconhece as pessoas com deficiência como “aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas”.

⁹ Para aprofundamento sobre a matéria, seja consentido remeter a FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB, op. cit, *passim*, onde se trata com verticalidade dos novos quadrantes da teoria das incapacidades.

¹⁰ Art. 3º, Código Civil: “São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos” e Art. 4º, Código Civil: “São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II – os ébrios habituais e os viciados em tóxico; III – aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; IV – os pródigos. Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.”

¹¹ Com esse mesmo espírito, colhe-se em nossa doutrina: “Em verdade, o que o Estatuto pretendeu foi, homenageando o princípio da dignidade da pessoa humana, fazer com que a pessoa com deficiência deixasse de ser rotulada como incapaz, para ser considerada – em uma perspectiva constitucional isonômica – dotada de plena capacidade legal, ainda que haja a necessidade de adoção de institutos essenciais específicos, como a tomada de decisão apoiada e, extraordinariamente, a curatela, para a prática de atos da vida civil”. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. op. cit., p. 150.

¹² Para maiores referências acerca da proteção deferida constitucionalmente às pessoas com deficiência, faça-se justa alusão à pioneira obra de ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. Brasília: CORDE, 1994.

¹³ “Temos, portanto, um novo sistema que, vale salientar, fará com que se configure como imprecisão técnica considerar a pessoa com deficiência incapaz. Ela é dotada de capacidade legal, ainda que se valha de institutos assistenciais para a condução da sua própria vida”, GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**, op. cit., p. 150.

¹⁴ O Tribunal de Justiça de São Paulo já teve oportunidade de, expressamente, asseverar que o decreto de curatela pode ter uma extensão maior, ou menor, de poderes para o curador, a depender da situação específica e concreta do curatelando. Assim, chegou a afirmar que “a quase total falta de discernimento da requerida para os atos da vida civil foi percebida e retratada nitidamente nos autos, não restando a mais pálida dúvida sobre a inexistência de plena capacidade da interditanda”. O ponto alto do *decisum* merece alusão: “uma interpretação sistemática e teleológica do Estatuto da Pessoa com Deficiência impõe a conclusão de que as pessoas que não consigam exprimir sua vontade por causa transitória ou permanente devem ser consideradas relativamente incapazes, pois em geral conservam sua autonomia para a prática de atos de natureza existencial, relacionados aos direitos da personalidade, a exemplo dos direitos sexuais e reprodutivos, e aqueles relacionados ao planejamento familiar. Todavia, dependendo do grau de comprometimento das faculdades mentais da pessoa, poderá ela submeter-se à curatela total ou parcial, que abrangerá eminentemente os atos de natureza patrimonial e negocial” (TJ/SP, 1ª Câmara de Direito Privado, ApCív. 0307037-84.2009.8.26.0100 – comarca de São Paulo, rel. Des. Francisco Loureiro, voto 29.643).

¹⁵ A respeito do projeto terapêutico individualizado, já se disse, com razão, que “a sentença de curatela apresentará, necessariamente, uma forte carga argumentativa para justificar o projeto terapêutico individualizado, além de regulamentar a extensão da intervenção sobre a autonomia privada daquela pessoa humana. Cada curatelando tem o direito (de envergadura constitucional) de ter parametrizada a sua curatela de acordo com as suas particularidades, sem fórmulas genéricas e neutras”, FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da Pessoa com Deficiência Comentado**, op. cit., p. 270.

¹⁶ Na mesma direção, Flávio Tartuce, consigna, expressamente, em relação à curatela, que “podem existir limitações para os atos patrimoniais e não para os existenciais, que visam a promoção da pessoa humana”, TARTUCE, Flávio, **Direito Civil**, op. cit., p. 131.

REFERÊNCIAS

ABREU, Célia Barbosa. **Curatela e Interdição Civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. Brasília: CORDE, 1994.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital. Análise constitucional e penal e direito comparado. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: RT, 2001.

CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat; SOUZA, Carlos Henrique Medeiros de. **As diretivas antecipadas de vontade e a efetividade da ortotanásia**. In CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat (coord.). **Ortotanásia: bioética, biodireito, medicina e direitos da personalidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. São Paulo: Atlas, 2. ed., 2015.

DADALTO, Luciana. **Testamento vital**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**, Salvador: JusPodivm, 14. ed., 2016, vol. 1.

FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da Pessoa com Deficiência Comentado**. Salvador: JusPodivm, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, vol.1.

MILL, John Stuart. **On Liberty**. Ontario: Batoche Books/Kitchener, 2001.

MUSSE, Luciana Barbosa. **Novos sujeitos de direito: as pessoas com transtorno mental na visão da bioética e do biodireito**. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2008.

RIBEIRO, Diaulas Costa. A autonomia: viver a própria vida e morrer a própria morte. In **Cadernos Rio de Janeiro: Saúde Pública**. 22(8): 1.749-54, ag. 2006.

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

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de morrer, eutanásia, suicídio assistido**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral**. São Paulo: Forense, 12. ed., 2016, vol. 1.

Cristiano Chaves de Farias

*Mestre em Ciências da Família na Sociedade Contemporânea pela
Universidade Católica de Salvador – UCSal.*

Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM.

Professor de Direito Civil do Complexo de Ensino Renato Saraiva – CERS.

Professor de Direito Civil da Faculdade Baiana de Direito.

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia.

cristianofarias@uol.com.br

Melissa Ourives Veiga

Mestre em Direito Privado pelo Centro Universitário 7 de Setembro – Uni7.

Professora de Direito Civil da Faculdade Ruy Barbosa/BA.

Presidente da Comissão Baiana de Direito Homoafetivo e de Gênero do IBDFAM.

Advogada especializada em família e sucessões.

melissaveiga@gmail.com