



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

RENATA BRAGA VALE

A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL MÉDICA PELO DESCUMPRIMENTO DE
DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE NO FIM DA VIDA

SOUSA - PB

2021

RENATA BRAGA VALE

**A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL MÉDICA PELO DESCUMPRIMENTO DE
DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE NO FIM DA VIDA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito da Universidade Federal de Campina Grande para aquisição do diploma de Bacharel em Direito.

Professora Orientadora: Olindina Ioná da Costa Lima Ramos

SOUSA – PB

2021



V149r Vale, Renata Braga.

A responsabilização cível médica pelo descumprimento de diretivas antecipadas de vontade no fim da vida. / Renata Braga Vale. – Sousa, 2021.

68 f.

Monografia (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal de Campina Grande; Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, 2021.

Orientadora: Profa. Dra. Olindina Ioná da Costa Lima Ramos.

1. Responsabilidade cível médica. 2. Bioética e biodireito. 3. Direito antecipado de vontade. 4. Representante do paciente para expressar sua vontade. 5. Ausência de previsão legal no ordenamento jurídico. 6. Paciente em estado terminal. 7. Morte natural. I. Ramos, Olindina Ioná da Costa Lima. II. Título.

CDU: 342.7(043.1)

Elaboração da Ficha Catalográfica:

Marly Felix da Silva

Bibliotecária-Documentalista

CRB-15/855

RENATA BRAGA VALE

**A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL MÉDICA PELO DESCUMPRIMENTO DE
DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE NO FIM DA VIDA**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovado em 14 / 05 / 2021

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Olindina Ioná da Costa Lima Ramos (Orientadora)

Profa. Msc. Marília Daniella Freitas de Oliveira Leal

Prof. Dr. Osmando Formiga Ney

*À tia Lena e tio Beto, que me ensinaram a caminhar
sob a luz do altruísmo.*

“Não sei como me sentirei quando morrer, mas não quero me arrepender da maneira como vivi.”

Yuji Itadori

RESUMO

Com o crescente progresso no ramo das pesquisas biomédicas, é possível afirmar que os profissionais estão sempre em busca de desenvolver métodos que visem ajudar a humanidade a enfrentar as mais variadas adversidades e entre elas está o desejo de prolongar cada vez mais a expectativa de vida, obstando de todas as formas possíveis a chegada da morte. O problema nessa obstinação encontra-se evidente nas situações de fim da vida em que o paciente demonstrou sua prévia vontade de afastar tais práticas infrutíferas e atingir sua morte de forma natural, sendo necessário refletir acerca da responsabilização do profissional médico em caso de descumprimento desse desejo anteriormente expresso. O presente trabalho versa sobre se o profissional médico que descumpre uma Diretiva Antecipada de Vontade, na terminalidade da vida, previamente firmada pelo paciente ou seu representante e insiste em realizar procedimentos que contrariam tal disposição poderia ser civilmente responsabilizado por tal descumprimento e, além disso, analisa os princípios que orientam a Bioética e o Biodireito e o instituto das diretivas antecipadas de vontade e como este é tratado no ordenamento brasileiro, discutindo-se com base na legislação brasileira a possibilidade de haver responsabilidade civil médica por sua violação. O intuito de tal estudo encontrou-se na ausência de previsão legal expressa acerca das diretivas e nos princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Autonomia que surgem como postulados com força normativa a serem observados também nos casos de fim da vida, além da importância de se debater sobre o tema que é pouco discutido em âmbito acadêmico e a relevância de difundi-lo para a população em geral, já que permanece pouco divulgado. Com a finalidade de cumprir com os objetivos pretendidos, foi utilizado, quanto à abordagem, o método dedutivo, realizando-se pesquisa bibliográfica e documental, com referencial teórico disposto em livros, artigos, periódicos e outros e analisando as normas vigentes no ordenamento nacional. Concluiu-se que, apesar da ausência de previsão expressa em nosso ordenamento, é possível a responsabilização civil do profissional médico por descumprimento de Diretiva Antecipada de Vontade com fulcro na legislação civilista pátria, nos princípios da Dignidade da Pessoa Humana, Beneficência, Não-Maleficência, Justiça e Autonomia, e na Resolução nº 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina.

Palavras-chave: Diretivas Antecipadas de Vontade. Desrespeito. Responsabilidade Civil.

ABSTRACT

With the growing progress in the field of biomedical research, it is possible to affirm that professionals are always looking to develop methods that aim to help humanity to face the most diverse adversities and among them is the desire to prolong life expectancy even more, preventing in every possible way the arrival of death. The problem in this obstinacy is evident in end-of-life situations in which the patient has demonstrated his previous desire to avoid such unsuccessful practices and to reach his death in a natural way, being necessary to reflect on the responsibility of the medical professional in case of non-fulfillment of this desire previously expressed. The present work is about whether the medical professional who fails to comply with an Anticipated Will Directive, in the end of life, previously signed by the patient or his representative and insists on performing procedures that contradict such provision could be held civilly responsible for such non-compliance and, in addition, it analyzes the principles that guide Bioethics and Biological Law and the institute of anticipated directives of will and how it is treated in the Brazilian system, discussing, based on Brazilian legislation, the possibility of medical civil liability for its violation. The purpose of such study was found in the absence of an express legal provision regarding the directives and principles of the Human Dignity and Autonomy that appear as postulates with normative force to be observed also in end-of-life cases, in addition to the importance of to debate about the topic that is little discussed in the academic field and the relevance of spreading it to the general population, since it remains little publicized. In order to comply with the intended objectives, the deductive method was used for the approach, carrying out bibliographic and documentary research, with theoretical framework provided in books, articles, periodicals and others and analyzing the rules in force in the national system. It was concluded that, despite the absence of express provision in our law, civil liability of medical professionals for noncompliance with the Anticipated Will Directive with fulcrum in the civilian national legislation, in the principles of Human Dignity, Beneficence, Non-Maleficence, Justice and Autonomy, and in Resolution No. 1.995/2012 of the Federal Council of Medicine.

Keywords: Anticipated Directives of Will. Disrespect. Civil Responsibility.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 CONCEITUAÇÃO E PRINCÍPIOS DA BIOÉTICA E DO BIODIREITO	12
2.1 CONCEITOS DE BIOÉTICA E BIODIREITO	12
2.2 PRINCÍPIOS DA BIOÉTICA E DO BIODIREITO.....	13
2.2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	15
2.2.2 Princípio da Beneficência.....	17
2.2.3 Princípio da Não-Maleficência	18
2.2.4 Princípio da Justiça	19
2.2.5 Princípio da Autonomia	21
2.2.5.1 Eutanásia.....	23
2.2.5.2 Ortotanásia.....	25
2.2.5.3 Distanásia	27
2.2.5.4 Suicídio Assistido	28
3 DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE	30
3.1 HISTÓRICO.....	30
3.2 ESPÉCIES DE DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE	34
3.2.1 Testamento Vital.....	35
3.2.2 Mandato Duradouro.....	37
3.3 PREVISÃO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO	38
4 A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA PELO DESCUMPRIMENTO DAS DIRETRIZES ANTECIPADAS DE VONTADE NO FIM DA VIDA	42
4.1. A RESPONSABILIDADE CIVIL	42
4.1.1 Pressupostos da Responsabilidade Civil.....	43
4.1.2 A Responsabilidade Civil Contratual, Extracontratual, Subjetiva e Objetiva	44
4.2 A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA	46
4.2.1 Excludentes da Responsabilidade Civil Médica	48

4.3. A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO MÉDICO PELO DESCUMPRIMENTO DE DIRETIVA ANTECIPADA DE VONTADE NO FIM DA VIDA	49
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	55
REFERÊNCIAS	
ANEXOS	
ANEXO A - Resolução Nº 1.995 de 09 de agosto de 2012 do Conselho Federal de Medicina	
ANEXO B - Resolução Nº 2.232 de 17 de julho de 2019 do Conselho Federal de Medicina	

1 INTRODUÇÃO

Conforme o IBGE, uma pessoa nascida no Brasil em 2019 tem expectativa de viver, em média, até os 76,6 anos (IBGE, 2020), um privilégio que seus antepassados não possuíam, pois nos anos de 1940, há cerca de 80 anos, essa expectativa atingia a marca de 45,5 anos. O aumento da expectativa de vida do brasileiro neste período de tempo deu-se por diversos fatores, incluindo ambientais, índices de violência e poluição, mas o que mais apresenta impacto nesse progresso é a inegável evolução das ciências biomédicas.

Um evento tido como um marco foi a descoberta da penicilina por Alexander Fleming, ocorrida em 1928, estopim inicial do progresso da biomedicina no século XX, levando-a ao ponto em que atualmente se encontra, onde o homem descobriu e catalogou as origens e como combater grande parte das doenças que comumente o afligem, em uma busca incessável por continuar derrotando-as de modo a estender ainda mais a estimativa de vida, e assim, evitar a morte.

Apesar dessa obstinação ter ajudado a humanidade a evoluir tanto em matéria de qualidade de vida (e seu prolongamento) em um período de cerca de 100 anos o que não havia evoluído desde sua origem, é preciso afirmar que ela também possui um lado obscuro, principalmente nas situações de fim da vida, em que a morte é inevitável e os tratamentos médicos apenas visam ainda mais retardar esse momento, infringindo um grande sofrimento, principalmente para aqueles se encontram incapazes de manifestar-se.

Para esses momentos, é preciso pensar antecipadamente e tratar de expressar as preferências em não optar por submeter-se a esses tratamentos que visam apenas prolongar a vida biológica, para que se tenha uma morte digna e humanizada, surgindo as chamadas diretivas antecipadas de vontade como instrumentos hábeis para a expressão desses desejos e como meio de exercício da autonomia da vontade. Tais diretivas não encontram escopo legal no ordenamento jurídico brasileiro, mas foram legitimadas pela Resolução 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina que assegura o seu respeito por parte dos profissionais médicos.

Porém, dada a ausência de previsão legal expressa acerca desses instrumentos, e havendo um caso em que o paciente demonstrou sua prévia vontade de afastar tais práticas infrutíferas e atingir sua morte de forma natural, é possível a responsabilização do profissional médico em caso de descumprimento desse desejo anteriormente expresso?

O presente trabalho objetiva analisar se o profissional médico que descumpre uma diretiva antecipada de vontade, na terminalidade da vida, previamente firmada pelo paciente e

insiste em realizar procedimentos que contrariam tal disposição poderá ser civilmente responsabilizado por tal descumprimento. Além disso, serão analisados os princípios que orientam a Bioética e o Biodireito e o instituto das diretivas antecipadas de vontade e como este é tratado em nosso ordenamento, discutindo-se com base em nossa legislação a possibilidade de haver responsabilidade civil médica por sua violação.

O motivo para o presente estudo é a falta de uma legislação em nosso ordenamento acerca das diretivas antecipadas de vontade, o que gera insegurança para aqueles que buscam fazê-las e não tem nenhuma garantia de que haverá seu cumprimento, e essa ausência de previsão legal expressa pode levar o médico, mesmo tendo conhecimento da existência de uma dessas diretivas, a seguir suas próprias convicções com base na beneficência ao paciente e não respeitar a vontade previamente firmada por aquele que encontra-se impossibilitado de exprimi-la, insistindo em tratamentos fúteis que apenas prolongarão a vida biológica do indivíduo.

Em um primeiro momento será feita uma breve diferenciação entre os conceitos de Bioética e Biodireito, e então, serão pormenorizados cada princípio que constitui o chamado “princípio bioético”, originado pelo Relatório Belmont, em 1978, nos Estados Unidos, e aprimorado pelo filósofo americano Tom Beauchamp e o teólogo James Childress, quais sejam: o princípio da beneficência, da não-maleficência, da justiça e da autonomia, além do princípio da dignidade da pessoa humana, um princípio geral de direito, aplicável ao ramo do biodireito. Especificamente dentro do princípio da autonomia, serão analisadas quatro condutas diretamente relacionadas ao seu exercício, a eutanásia, ortotanásia, distanásia e o suicídio assistido.

Em seguida, serão analisadas as chamadas diretivas antecipadas de vontade, com um breve histórico desse instituto, além de as modalidades pelas quais se exprime, que são o testamento vital e o mandato duradouro, buscando os fundamentos legais em nosso ordenamento jurídico pátrio que as fundamentam, ressaltando a ausência de posituação de tais institutos na legislação brasileira.

Na sequência serão tratados o conceito e os elementos que configuram a responsabilidade civil e suas classificações quanto ao dever jurídico violado (contratual ou extracontratual) e quanto à presença do elemento da culpa (subjetiva e objetiva), com enfoque na responsabilidade civil médica e sua caracterização, além de as causas excludentes que podem eximir o profissional de responder pelos atos que praticar.

Finalmente, será tratada a questão da responsabilidade civil do médico quando do descumprimento de uma diretiva antecipada de vontade tendo em vista o conflito entre o princípio bioético e a objeção de consciência médica, visto que esses documentos são

vontades expressas pelos próprios indivíduos para orientarem o profissional a como proceder no caso em que não mais possam manifestar-se e mesmo assim o médico se recuse a cumpri-la.

Quanto à metodologia da pesquisa, será utilizado o método dedutivo, com técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, com referencial teórico disposto em livros, artigos, periódicos e outros, com análise das normas vigentes no ordenamento nacional.

2 CONCEITUAÇÃO E PRINCÍPIOS DA BIOÉTICA E DO BIODIREITO

O presente capítulo trata acerca dos conceitos de Bioética e Biodireito e a diferenciação entre esses institutos, e em seguida aborda, além do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, aqueles que compõem o principialismo bioético, sendo eles os princípios da Beneficência, Não-Maleficência, Justiça e Autonomia, e as condutas médicas pelas quais esta se manifesta, quais sejam, a ortotanásia, eutanásia, distanásia e o suicídio assistido, a distinção entre esses termos e suas visões no panorama jurídico nacional.

2.1 CONCEITOS DE BIOÉTICA E BIODIREITO

Antes de iniciar o estudo do principialismo da Bioética e do Biodireito, é necessário que previamente seja esclarecida a diferenciação de ambos os termos, que implicam em conceitos diferentes, mas que possuem uma mesma gênese.

A nomenclatura “bioética” surgiu em 1971 na obra do bioquímico e oncologista norte-americano Van Rensselaer Potter, “*Bioethics: a Bridge to the Future*”, onde o autor revisou discussões filosóficas e biológicas acerca da ciência e da natureza humana, indicando a bioética como área destinada a compreender os processos de adaptação fisiológica e cultural que seriam necessários à sobrevivência no planeta (POTTER, 2016, p. 79), possuindo um significado diferente do que se tem do instituto atualmente, pois no contexto moderno, conforme traz Santos (2006):

O vocábulo Bioética hoje indica um conjunto de pesquisas e práticas pluridisciplinares tendentes a solucionar questões éticas que o avanço da tecnociência biomédica tem provocado, ultrapassando os limites da medicina, alcançando a Psicologia, a Biologia, a Antropologia, a Sociologia, a Ecologia, a Teologia, a Filosofia, o Direito, dentre outras.

Logo, a bioética está intrinsecamente ligada à ética, visando manter os valores morais da sociedade e os conciliando com o desenvolvimento das ciências, principalmente médicas e biológicas, para resguardar o próprio bem da humanidade.

Já o Biodireito surgiu posteriormente como forma de positivação da bioética, cuja função seria de trazer normas que regulamentassem o comportamento humano diante dos avanços nas tecnologias relativas à medicina, biologia e biotecnologia.

Na verdade, o biodireito nada mais é do que a produção doutrinária, legislativa e judicial acerca das questões que envolvem a bioética. Vai desde o direito a um meio-ambiente sadio, passando pelas tecnologias reprodutivas, envolvendo a autorização ou negação de clonagens e transplantes, até questões mais corriqueiras e ainda mais inquietantes como a dicotomia entre a garantia constitucional do direito à saúde, a falta de leitos hospitalares e a equânime distribuição de saúde à população. (FERNANDES, 2000, p. 42)

Assim, vê-se dentro da conceituação a própria diferenciação e relação entre esses institutos, pois o Biodireito enquanto área do direito vem para estabelecer os ditames da Bioética, desdobrando-se dentro dos mais diversos ramos, como Direito Civil, Ambiental, Penal, e esta está ligada a preceitos morais que delimitam a intervenção do homem sobre a própria vida.

2.2 PRINCÍPIOS DA BIOÉTICA E DO BIODIREITO

Miguel Reale (2001, p. 299) traz que os princípios são "verdades fundantes" de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da *práxis*.

Definido o conceito de Biodireito, deve-se ter em mente a existência de uma base principiológica geral, que diz respeito aos Princípios Gerais de Direito, aplicáveis a todos os ramos do direito por se tratarem de postulados constitucionais a serem observados independentemente do âmbito o qual se esteja analisando, destacando-se o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que se reputa crucial para o estudo em questão e pode ser entendido como um direito inerente a todas as pessoas e que fundamenta o Estado Democrático de Direito, pois visa garantir que cada um seja respeitado pela coletividade e pelo Estado e tenha asseguradas garantias mínimas de vida, além de afastar tratamentos desumanos e discriminatórios.

Dentro da Bioética, é imprescindível mencionar o “Relatório Belmont”, cuja comissão foi instalada pelo Congresso americano em 1972, porém só veio a ser efetivamente promulgado no ano de 1978, como uma reação ao que vinha ocorrendo no ramo da pesquisa médica desde a 2ª Guerra Mundial, e como resultado, essa comissão trouxe no escopo do Relatório três princípios essenciais de serem observados no campo da pesquisa com seres humanos: o Respeito às Pessoas, a Beneficência e a Justiça.

Integrando a comissão mencionada, estavam o filósofo americano Tom Beauchamp e o teólogo James Childress, que publicaram em 1979 seu livro “*Principles of Biomedical Ethics*”, ampliando tais princípios e se tornando um marco no estudo do chamado “principlismo bioético”, acrescentando o princípio da Não-Maleficência e, ainda, trazendo mais especificidade ao princípio do Respeito às Pessoas, enfatizando a ideia de respeito à sua autonomia, que as escolhas por cada um efetuadas deveriam ser respeitadas como um produto de sua própria vontade, restando estabelecidos quatro princípios basilares dentro da bioética: a Beneficência, a Não-Maleficência, a Justiça e a Autonomia.

O livro *Principles of Biomedical Ethics* de T. Beauchamp & J. Childress, considerado o texto de referência da corrente bioética conhecida como *principlism* (“principlismo”), que é, de fato, especificação da ética contida no Relatório Belmont e que se baseia nos quatro princípios *prima facie* (isto é, “não absolutos”) seguintes: 1) princípio do respeito da autonomia; 2) princípio da não-maleficência; 3) princípio da beneficência; 4) princípio da justiça.

O principlismo ou bioética dos princípios tenta buscar soluções para os problemas e as controvérsias éticas a partir de uma perspectiva negociável e aceitável pelo conjunto das pessoas envolvidas no processo por meio dos princípios selecionados. (BRAZ; SCHRAMM; TELLES; REGO; PALÁCIOS, 2013)

A partir desses princípios, pode-se afirmar a existência de uma base para solucionar os conflitos dentro do ramo da ética médica, onde sua aplicabilidade depende da análise do caso concreto, pois não há uma hierarquia predeterminada entre esses postulados e havendo conflito entre eles, é preciso valorar sua aplicação, por isso são chamados de princípios *prima facie*.

Apesar da inexistência de hierarquia, o psiquiatra e professor espanhol Diego Gracia Guillén, em sua obra “*Cuestión de Principios*” de 1997, traz uma classificação aos princípios bioéticos entre primeiro e segundo nível, analisando o caráter público e privado destes.

Os princípios da não-maleficência e justiça foram classificados como de primeiro nível. Por adquirir caráter público, figuram como a ética da ética mínima ou minimalista, ou seja, uma obrigação universalmente imposta a todo cidadão. Portanto, define os deveres de cada indivíduo, tanto em sua ordem biológica de vida (princípio da não maleficência), quanto em sua vida social (princípio de justiça). [...]

Os princípios de autonomia e beneficência, por sua vez, foram classificados como segundo nível. Na medida em que adquirem caráter privado, ou seja, por se situarem

no espaço privado de cada indivíduo, representam a ética de máxima ou máxima ética. Esses princípios se referem à relação entre o pessoal de saúde e paciente. (FIGUEIREDO, 2011, p. 349)

Dessa forma, se torna mais democrática a relativização dos postulados diante do caso concreto, em que aqueles de ordem pública, de caráter deontológico (não-maleficência e justiça) possuem mais prioridade em detrimento dos de ordem privada, de caráter teleológico (autonomia e beneficência), mas apesar disso, não há vinculação a essa classificação.

2.2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da dignidade da pessoa humana, como visto, não é um postulado específico da bioética, mas sim do direito de forma geral, encontrando escopo dentro da própria Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948¹ e, em nosso ordenamento, fundamento dentro da Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, inciso III².

Esse foi um dos princípios que mais apresentou evolução dentro do próprio progresso da humanidade, pois apesar de existir desde épocas remotas, onde os povos lutavam pelo seu próprio reconhecimento, sempre foi demasiadamente relativizado, mas atualmente com o desenvolvimento social e moral, passou a abranger a pessoa humana em si de forma indistinta, mesmo aqueles que foram objeto de exclusão durante séculos.

O cerne de tal princípio está na própria existência do Estado Democrático de Direito, pois, como afirma o jurista Ingo Wolfgang Sarlet:

A dignidade da pessoa humana é a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2001, p. 60)

¹ Artigo 1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.”

² Artigo 1º da Constituição Federal da República Brasileira: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]

III - a dignidade da pessoa humana;”

Assim, a dignidade da pessoa humana é um valor inerente à própria pessoa a ser respeitado pelas outras e também pelo próprio Estado, expressa por meio dos direitos fundamentais, dispostos no art. 5º de nossa Carta Magna, que incluem a autonomia, a liberdade, a igualdade e o próprio direito à vida.

A disposição da própria vontade é um reflexo da dignidade da pessoa humana que não pode ser arbitrariamente suprimida pelo Estado ou por terceiros, baseando-se no direito que cada um possui de fazer suas próprias escolhas, um poder inerente ao próprio indivíduo, e não uma concessão do Estado, mas apesar de tudo, não possui um caráter absoluto, cabendo sua relativização dentro do âmbito dos interesses coletivos ou públicos.

Assim, tal princípio, está intrinsecamente ligado ao princípio da autonomia, pois esta possui uma estreita relação com o direito que o indivíduo possui de realizar suas próprias escolhas existenciais e morais, traçando os rumos de sua vida, possibilitando o livre desenvolvimento de sua personalidade e assumindo os riscos das decisões tomadas (MOURA, 2017).

Desse modo, é preciso fazer uma análise desses aspectos dentro da própria terminalidade da vida, onde o interesse é sim do indivíduo, porém o Estado ou terceiros habitualmente intervém para resguardar o direito à vida.

Esta percepção implicaria numa relação médico-paciente marcada pelo paternalismo que, desconsiderando os interesses do paciente (destinatário do tratamento), produziria um protagonismo médico, em virtude de seus conhecimentos técnicos adequados à abordagem terapêutica tecnicamente recomendada. Derivam desta lógica, uma concepção excessivamente tecnicista do exercício da medicina, e sua conseqüente desumanização. Ademais, o foco do tratamento passaria a ser um enfrentamento da patologia e da morte (daí a ideia de que o papel do médico não poderia ser o de abreviar a vida), desconsiderando que o real objetivo da relação médico-paciente deve ser o bem-estar deste, o que implica reconhecer a morte como parte do processo da vida, eventualmente benéfica quando o prolongamento desta produza sofrimentos desnecessários. (ROCHA, 2016, p. 152)

A imposição de manutenção da vida a qualquer custo, à primeira vista, poderia ser vista como uma intervenção no direito individual em prol do interesse público, considerando-se o direito à vida como inviolável, com escopo no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal³, porém analisando com cautela, vê-se uma incoerência em restringir a autonomia do indivíduo em escolher o momento no qual chegar ao fim de sua vida, sendo que aquele que carrega o ônus

³ Artigo 5º da Constituição Federal da República Brasileira: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]”

de suportar o sofrimento e ver frustrados seus planos é ele mesmo, e não é adequado dar ao Estado a obrigação de proteger a vida acima da autonomia da pessoa a optar por aceitar a chegada de sua morte.

Além de pensar na dignidade em vida, é preciso que a todo indivíduo seja assegurada também uma morte digna e humanizada, não legalizando procedimentos que sirvam para causá-la, mas reconhecendo que a pessoa possui a liberdade e a autonomia para fazer suas escolhas nesse momento.

Ainda é possível ver que a discussão não está fundada no fato de haver uma pessoa que, devido ao estado em que se encontra, irá morrer, mas sim de ela preferir essa opção, pois os valores morais enraizados na sociedade geram um estigma para aqueles que, independentemente dos motivos, não pretendem aceitar todos os meios possíveis para prolongar o fim da vida.

Na cultura ocidental, estudos revelam a grande resistência a assuntos relativos à morte e a ampla cultura de negação da morte são fatores que favorecem repercussões negativas entre os profissionais de saúde. Prestar atenção e cuidados ao outro expõe o profissional da saúde a emoções e sentimentos que revelam os fantasmas de suas próprias realidades de perdas, mortes e lutos relembrando fatos do histórico familiar, medos infantis de separação e de sua própria imortalidade. (SOUSA; BEZERRA, TIMOTEO, 2018, p. 152)

Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana e os aspectos que dele derivam, sendo direitos individuais fundamentais e essenciais a todo ser humano, não podem ser objeto indiscriminado de intervenção do Estado apenas baseada genericamente no direito à manutenção da vida, pois a escolha do momento de morrer também é um direito subjetivo e muitas vezes reflete mais dignidade do que a pessoa enferma possuía em vida.

2.2.2 Princípio da Beneficência

O princípio da beneficência em seu sentido literal quer dizer “fazer o bem”, ou seja, ele estabelece que devemos fazer o bem aos outros independente de desejá-lo ou não (GOLDIM, 2004), não podendo ser confundida tal acepção com “benevolência”, que é o conceito de apenas “desejar fazer o bem”.

A beneficência, junto com a não-maleficência, estão presentes na lista de sete princípios da chamada “Teoria de Ross”, cujo autor diz serem os princípios aos quais todos deveriam seguir como uma lista de mandamentos, criada por William David Ross, filósofo britânico da Universidade de Oxford, em seu livro “*The Right and The Good*”, publicado em 1930, tido como um marco da filosofia moral do Século XX.

Segundo Frankena (1981, p. 73), o princípio da beneficência não nos diz como distribuir o bem e o mal, só nos manda promover o primeiro e evitar o segundo. Quando se manifestam exigências conflitantes, o mais que ele pode fazer é aconselhar-nos a conseguir a maior porção possível de bem em relação ao mal. Dessa forma, o autor nos traz que dentro desse princípio, além de a concepção de fazer o bem, também existe a de não fazer o mal.

As regras deste princípio se resumem em cinco: a de proteger e defender os direitos dos outros, de prevenir dano, de remover condições que irão causar dano aos outros, de ajudar pessoas deficientes e de resgatar pessoas em perigo (DALL’AGNOL, 2004, p. 46) e o próprio Juramento de Hipócrates, solenidade proferida pelos médicos em sua formatura, afirma: “aplicarei os regimes para o bem do doente segundo o meu poder e entendimento, nunca para causar dano ou mal a alguém”, e também “em toda casa, aí entrarei para o bem dos doentes, mantendo-me longe de todo o dano voluntário” (ANDRADE, 2014 p. 179).

Tendo um caráter de ordem privada, como visto anteriormente, esse princípio, diante de situações práticas, precisa ser frequentemente colocado em uma balança visto que facilmente entra em conflito com outros, pois há uma linha muito tênue sobre até que ponto a prática reiterada de atos que visem o bem do paciente, evitando o seu mal, não estão fazendo justamente o oposto por ele, prolongando o sofrimento de uma conclusão inevitável, sendo nuances a serem exploradas dentro do princípio da não-maleficência.

2.2.3 Princípio da Não-Maleficência

Este princípio não se confunde com o da beneficência, mas sim o complementa, pois enquanto este fala da conduta ética de fazer o bem, maximizando o benefício e minimizando o prejuízo, a não-maleficência traz que o médico não deve fazer o mal, buscando sempre causar o menor prejuízo ou agravos à saúde do paciente, observando a máxima *primum non nocere* (antes de tudo, não causar dano). É possível visualizar essa heterogeneidade diante do caso concreto, conforme trazem Pedro Piva e Paulo Carvalho (1993, p. 3):

De uma forma objetiva e simples, poderíamos dizer que na fase salvável deve prevalecer a beneficência sobre a não-maleficência. Neste período, justifica-se a aplicação de medidas salvadoras (diálise, amputações, ventilação mecânica, transplantes, etc), mesmo que tragam consigo algum grau de sofrimento. O primeiro objetivo neste momento é a preservação da vida. Por outro lado, quando o paciente se encontra em fase de morte inevitável, a cura já não é mais possível e os objetivos concentram-se na não-maleficência. Ou seja, tomar medidas que proporcionem o alívio do sofrimento em primeira instância. Se instituído nesta fase, um tratamento mais agressivo, visando à cura (um transplante, por exemplo), além de ineficaz, trará maior sofrimento.

Dessa forma, entende-se que o momento da aplicação de ambos os princípios varia dependendo da condição em que o paciente se encontra, pois se é possível que seja salvo, a beneficência deve ser visada pelos profissionais médicos como forma de preservação da vida, porém no caso em que se tratar de uma situação de morte iminente, deve-se priorizar a não-maleficência, que afasta os tratamentos ineficazes e assegura que sejam aplicados tratamentos de forma a reduzir o sofrimento do enfermo até o momento de sua morte.

Na obra de William David Ross, *“The Right and The Good”*, já mencionada, o autor sustenta que todos os princípios obrigam as pessoas de forma *prima facie*, não absoluta, devendo relativizar a aplicação desses princípios a depender da situação em tela, porém em caso de existência de conflito entre eles, o dever de não-maleficência é mais importante do que os demais, pois independente da conduta que venha a efetuar, o profissional, acima de tudo, deve evitar que ela proporcione um sofrimento ao paciente maior do que aquele que ele teria se ela não fosse praticada.

Dessa forma, a aplicação da não-maleficência prevalece nos casos em que não mais é remediável a situação com o uso dos métodos existentes recomendados, pois há apenas um prolongamento do martírio pelo qual se está passando, sem expectativas de que o paciente venha a melhorar, e a continuidade nessas práticas apenas protela a chegada ao inevitável, onde a aplicação da beneficência seria relativa, pois o “fazer o bem” ao paciente, que seria mantê-lo com vida a qualquer custo, só adia algo irremediável.

2.2.4 Princípio da Justiça

Conforme traz Tristram Engelhardt Jr. (1996, p. 156), a maior parte dos recursos ao princípio da justiça pode ser entendida como, na raiz, uma preocupação com a beneficência, visando a distribuição de bens conforme uma visão moral particular na tentativa de fazer o bem,

relembrando a conceituação de Justiniano, que define a justiça como “o constante e permanente desejo de dar a cada um o que lhe é devido”.

Assim, esse princípio preconiza o dever de agir com equidade, tratando com desigualdades os desiguais, de modo a minimizar injustiças já existentes, sendo um dever do profissional atuar de forma imparcial, evitando influenciar-se pelos aspectos sociais, culturais, financeiros ou religiosos do paciente.

Apesar de esse ser o conceito amplo de justiça, é necessário enfatizar a divisão de Aristóteles que traz que essa definição se concebe em duas ideias: a justiça comutativa e a justiça distributiva. Conforme Guy Durand (2007, p. 207):

Aquém do ideal de justiça que permite criticar e julgar todas as relações entre os humanos e o poder político, uma longa tradição moral distingue dois campos, ou melhor, dois tipos de justiça.

1. A justiça comutativa, que se refere à justa relação entre dois indivíduos, dois grupos, à retidão nas trocas. Dar a cada um o que lhe é devido significa devolver exatamente o que foi tomado de empréstimo, o que foi prometido, fornecer um salário adequado ao trabalho fornecido etc.;

2. A justiça distributiva, que se refere antes à relação entre a autoridade e o indivíduo, o indivíduo e a autoridade. Ela diz respeito à justa repartição dos encargos e das vantagens da vida social. De modo mais concreto, designa, por um lado, a distribuição equitativa dos custos e benefícios na sociedade (impostos, recursos, privilégios) e, por outro, o justo acesso a esses recursos.

Assim, o conceito de justiça comutativa se refere à relação do homem com outro homem, entre iguais, enquanto a distributiva se refere à relação da sociedade com o homem, de forma que aqueles que participam do âmbito da comunidade possam gozar dos encargos e privilégios que ela oferece.

Desse modo, o princípio da justiça em nosso campo de estudo deve ser visto como uma expressão relacionada à justiça distributiva, que seria contemplar a justa e equitativa apropriação dos benefícios auferidos pelo progresso tecnocientífico por toda a sociedade, de acordo com normas que respeitem a cooperação social (NEVES, 2010, p. 443).

Como mencionado na classificação de Gracia, o princípio da justiça possui caráter público, junto com o da não-maleficência, estando diretamente interligados, pois o ato de causar dano a outrem fere diretamente a justiça, visto que se trata de uma conduta negativa, qual seja, não causar dano.

A não-maleficência e a justiça são expressão do princípio geral de que todos os homens são iguais e merecem igual consideração e respeito. Quando isso não se cumpre e se causa dano no âmbito da vida social, transgride-se o princípio de justiça e quando o dano se faz no âmbito da vida biológica, descumpe-se o princípio de não-maleficência. Podem obrigar-nos a cumprir esses dois deveres contra nossa vontade.

Por isso, o Direito penal contém as obrigações de não-maleficência e o Direito civil e político, as de justiça. Obrigando ambos os princípios com independência da vontade das pessoas. (FERRER, 2005, p. 445)

Assim, deve-se agir de modo a assegurar que todos tenham o mesmo acesso à saúde, respeitando suas desigualdades, com a manutenção da equidade e expurgando tratamentos discriminatórios, com base em qualquer que seja o fator (social, religioso, racial), de modo a conceder uma prestação igualitária e com isso também evitar a ocorrência de eventuais danos à integridade da pessoa.

2.2.5 Princípio da Autonomia

A palavra autonomia tem sua origem no grego, composta pela junção do adjetivo pronominal *autos*, que quer dizer “de si mesmo”, e o substantivo *nomos*, que significa “norma, lei”, com isso, consiste em um valor atribuído à escolha pela qual a pessoa se torna ‘norma para si mesma’, ou seja, decide o próprio ‘plano de vida’ com base em sua própria visão de mundo (ZUCCARO, 2007, p. 127), logo, o ser autônomo é aquele capaz de autodeterminar-se conforme sua própria consciência e vontade, garantindo a autonomia privada que cada indivíduo persiga seu interesse individual, também relacionando-se com uma forma de manter a ordem pública.

Como visto, no tocante ao Relatório Belmont, a autonomia estava meramente inserida dentro do princípio do respeito, aduzindo que os indivíduos deveriam ter suas escolhas pessoais respeitadas, porém foi com a obra de Beauchamp e Childress que surgiu um enfoque maior na ideia de governo pessoal, pois além de a necessidade do cumprimento dessa vontade por terceiros, ela deveria estar livre de influências, e além de o paciente ter a liberdade para exercer a sua escolha, dever receber a informação necessária de forma que compreenda a situação e assim possa refletir adequadamente.

Segundo Beauchamp e Childress, a autonomia corresponde a um tipo de “governo pessoal do eu que é livre”, tanto de interferências controladoras de terceiros, quanto de limitações pessoais que obstem a escolha. Os autores enfocam a questão da liberdade do paciente para agir de acordo com um plano de vida quando toma decisões sobre si mesmo. Eles consideram três condições essenciais para a autonomia: 1) a liberdade do agente; 2) a qualidade do agente (ser capaz de agir de forma intencional); e o 3) entendimento e conhecimento da situação pelo agente. Essas condições podem se fazer mais ou menos presentes no indivíduo, o que resulta em uma gradação da

autonomia; um indivíduo pode também ter capacidade para tomar algumas decisões autônomas, mas não para tomar outras. (KUHNNEN, 2012, p. 75)

Assim, esse princípio surge ainda como uma oposição ao modelo paternalista tradicional, em que o médico é o detentor do poder de tomar decisões quanto ao tratamento, independentemente de haver o paciente expressado sua vontade, pois habitualmente alegavam o princípio da beneficência, agindo como melhor fosse para o indivíduo, do seu ponto de vista, porém a vontade do paciente é decisiva quanto a quais medidas o médico deve tomar, ou seja, ele não pode mais ignorar ou subestimar os valores, desejos e preferências do paciente. Mas é preciso ressaltar que esse critério não é exclusivo do paciente, pois o médico também goza de autonomia e, procurando cumprir os deveres impostos pela profissão, deve encontrar o equilíbrio certo entre a autonomia exercida pelo paciente e os demais princípios da bioética (ENGELHARDT Jr., 1996, p. 168).

Pode-se tomar como base para analisar tal princípio a chamada “recusa terapêutica”, em que é direito do paciente a recusa de se submeter a determinados tratamentos, na forma da Resolução Nº 2.232 de 17 de Julho de 2019 do Conselho Federal de Medicina (Anexo B), que a traz como um direito do paciente a ser respeitado pelo médico, desde que o informe dos riscos e das consequências previsíveis da decisão que o paciente está tomando, e também que este seja maior de idade, capaz, lúcido, orientado e consciente, no momento da decisão, fazendo pleno uso de sua autonomia, porém, por outro lado, o próprio médico tem o dever de agir diante do risco iminente de vida, mesmo que a recusa tenha sido manifestada, conforme prevê o artigo 26 do Código de Ética Médica⁴, e também o artigo 146 do Código Penal⁵ que traz que é defeso ao médico a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida.

A autonomia deriva diretamente do exercício da dignidade da pessoa humana, por se tratar de prerrogativa dada a cada um de ter respeitadas suas escolhas, sendo essa relação entre ambos os princípios necessária para a compreensão da aplicação do princípio da autonomia quando se trata de situação que implique o fim da vida. Como traz Moller (2007, p. 144):

⁴ Artigo 26 do Código de Ética Médica: “Deixar de respeitar a vontade de qualquer pessoa considerada capaz física e mentalmente, em greve de fome, ou alimentá-la compulsoriamente, devendo científicá-la das prováveis complicações do jejum prolongado e, na hipótese de risco iminente de morte, tratá-la.”

⁵ Artigo 146 do Código Penal Brasileiro: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa. [...]

§ 3º - Não se compreendem na disposição deste artigo:

I - a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida; [...].”

O direito de um doente em estágio terminal (cuja morte é inevitável e iminente), de recusar receber tratamento médico, bem como, o de interrompê-lo, buscando a limitação terapêutica no período final da sua vida, de modo a morrer de uma forma que lhe parece mais digna, de acordo com suas convicções e crenças pessoais, no exercício de sua autonomia, encontra-se plenamente amparado e reconhecido pela nossa Constituição.

Se tais princípios garantem o direito individual subjetivo de elaborar um plano de vida, levando em conta os desejos e ambições pessoais, essas mesmas convicções também merecem ser levadas em consideração quando a pessoa não mais se encontra em uma situação que a possibilite a execução desse plano e opte pela morte.

Quando o indivíduo é informado de seu diagnóstico, também é notificado das opções que ele tem a partir daquele momento, relativas aos tratamentos a que pode ser submetido, estando dentro de seu exercício de autonomia optar por fazê-los ou não, o que deverá ser respeitado pelo médico. Da mesma forma deve se proceder no fim da vida, quando as opções em questão servem apenas para prolongar sua vida, o que se torna um verdadeiro martírio para o paciente que deve ter respeitado também o seu direito de escolha em não mais continuar insistindo em tratamentos improdutivos e por fim alcançar uma morte digna.

Analisando do ponto de vista do paciente que se encontra em estado terminal e padece de um incurável sofrimento, existem condutas no âmbito da própria medicina de modo a antecipar o seu óbito que relacionam-se diretamente com o exercício da autonomia: a eutanásia, a ortotanásia, a distanásia e o suicídio assistido.

2.2.5.1 Eutanásia

A palavra eutanásia, tem sua etimologia originada do grego, pela junção de *eu*, que significa “bem” e *thanatos*, equivalente à “morte”, tendo então o significado de “boa morte” ou “morte sem dor”. A expressão foi criada no século XVII, pelo filósofo inglês Francis Bacon em sua obra “*Historia vitae et mortis*”, onde trouxe que, em se tratando de enfermidades consideradas incuráveis, era absolutamente humano e necessário dar uma boa morte e abolir o sofrimento dos enfermos.

A eutanásia é legalizada apenas na Holanda, Bélgica, Luxemburgo, Canadá e Estados Unidos (nos estados de Oregon, Washington, Montana, Vermont e Califórnia), e mais

recentemente também obteve sua legalização na Colômbia, sendo o único país da América do Sul a legitimar essa prática.

Ainda é uma modalidade polêmica de antecipar o fim da vida e bastante discutida em âmbito mundial, pois apesar de visar garantir à pessoa que sofre de doença incurável uma morte humanizada, ainda sim é uma forma de trazer a morte. No Brasil, tendo em vista a própria proteção constitucional do direito à vida, os contornos desse instituto não possuem nenhuma regularização, e se tratando de uma sociedade que foi construída sobre bases religiosas, ainda é muito repudiada. Como trazem Ridolphi e Rangel (2017):

Tomando como exemplo a relação da eutanásia com a pena de morte, apresentada por Dowrkin (1993), a instituição ou o clamor da pena de morte parece ser muito mais plausível e aceita perante a sociedade. Seria então o direito de o Estado assassinar o criminoso, mesmo contra sua vontade individual, mais justo e digno que o direito de um indivíduo optar pela sua morte digna? Há de se entender que nenhum direito é absoluto, nem mesmo o direito à vida é absoluto no ordenamento jurídico brasileiro. No artigo 5º, inciso XLVII, é apresentada a exceção à pena de morte em caso de guerra. O artigo 23 do Código Penal apresenta as hipóteses de excludentes de ilicitude e que também se aplicam no caso de homicídio, não sendo crime o ato de matar alguém, por exemplo, em legítima defesa. Deste modo, a morte já tem no Brasil algum contorno de regularização e situações em que o homicídio pode não ser considerado como crime, mas discute-se a eutanásia como uma condição de legalização do homicídio e violação do direito à vida.

Assim, em nosso ordenamento jurídico, a eutanásia não possui qualquer previsão específica, integrando o previsto no art. 121 do Código Penal⁶, que trata do crime de homicídio, porém poderá ser considerada como homicídio privilegiado de acordo com o caso concreto, tendo em vista o disposto no §1º desse artigo que prevê redução da pena de um sexto a um terço “se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral”.

Existem classificações doutrinárias que trazem que a eutanásia pode ser passiva ou ativa, e esta ainda pode ser direta ou indireta. A eutanásia ativa é aquela em que o profissional age diretamente com o objetivo de alcançar a morte antecipada do paciente em estado terminal e que se encontra em sofrimento, em uma conduta comissiva, e já na passiva, há a interrupção dos tratamentos que prolongariam sua vida, uma omissão que resultará na morte. Conforme traz Laura Scalldaferri Pessoa (2003):

Na classificação apresentada por Gisela Farias, distingue-se a eutanásia ativa (quando alguém atua diretamente, introduzindo no corpo do enfermo alguma substância que

⁶ Art. 121 do Código Penal Brasileiro: “Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

§ 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.”

interrompa sua vida) da eutanásia passiva (quando se omite toda intervenção que pode prolongar a vida de forma artificial, a exemplo da aplicação de respiradores mecânicos, técnicas de ressuscitação cardíaca, hidratação e nutrição por via subcutânea).

Tradicionalmente se tem dito que há ação direta na eutanásia ativa e ação por omissão na eutanásia passiva. Junto com essa ideia tem prevalecido e persistido a tendência de atribuir diferente relevância ética à ação direta e à omissão. Argumenta-se que a última envolve menos conflitos, porque se trata de retirar ou de não intervir e simplesmente se permite que a enfermidade siga seu curso. Já a ação positiva de aplicar uma substância para finalizar a vida, aparentemente, contém maior gravidade ética.

Dentro da eutanásia ativa, entende-se como sua forma ativa direta quando implica na prática de atos visando o objetivo de chegar única e diretamente à morte do paciente, e sua modalidade indireta se relaciona com o uso de meios para aliviar o sofrimento, mas que têm como efeito secundário acelerar o óbito, sendo necessária tal diferenciação dado o fato de que nosso ordenamento não pune a prática da eutanásia ativa indireta, pois a morte não é o objetivo que se pretende alcançar com tais atos, o que é requisito essencial para se configurar o crime de homicídio, mas sim de modo a amenizar a dor.

Na eutanásia ativa direta, ocorre a abreviação da vida por meio de operações efetivas como injeção de substâncias letais ou medicação em doses excessivas que desencadeiem o óbito de forma rápida. Enquanto na eutanásia ativa indireta, não se procura uma rápida morte, mas mitigar o sofrimento e a dor do paciente, conquanto se utilize meios com efeitos imperativos à abreviação da vida (SOUZA, 2010).

Assim, a defesa da regularização desse instituto se baseia fortemente dentro do princípio da dignidade da pessoa humana, que mais do que uma vida digna, também se trata de assegurar uma morte equivalente, enquanto as críticas se fundam dentro do próprio direito à vida e na insegurança que sua legitimação traria, pois o paciente, ao se submeter a um tratamento, seria acometido por um receio fundamentado de que o médico, talvez, não estivesse usando de todos os meios disponíveis para assegurar a sua vida (RODRIGUES, 2019, p. 57).

2.2.5.2 Ortotanásia

A ortotanásia dá ao profissional a prerrogativa de, na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis, limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao

sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal (BRASIL, 2006).

É preciso trazer a diferenciação entre a eutanásia passiva e a ortotanásia, conceitos que constantemente se confundem, mas não possuem o mesmo significado, pois na ortotanásia, é a doença de base a responsável pela morte; na eutanásia passiva, a moléstia não é fatal, ou ainda não chegou ao ponto da terminalidade, da reta final da vida. A eutanásia passiva abrevia a vida e a ortotanásia permite a morte (SANCHES; SEIDL, 2013).

Assim, a ortotanásia possui três requisitos essenciais para sua configuração: o consentimento informado do paciente, a irreversibilidade de seu quadro que levará a uma morte inevitável e a administração de cuidados paliativos para amenizar o sofrimento.

Diferentemente da eutanásia, a ortotanásia possui sua regulamentação prevista na Resolução Nº 1.805/2006, onde não há uma antecipação da morte, mas que ela chegou no momento justo e não é possível fazer mais nada além de fornecer ao paciente os cuidados paliativos necessários para que amenize seu sofrimento até seu fim, de modo a seguir o curso natural da vida sem prolongá-la de forma fútil.

Essa Resolução foi objeto de Ação Civil Pública pelo Ministério Público Federal, tombada sob o número nº 2007.34.00.014809-3, que correu perante 14ª Vara Federal de Brasília/DF, para que fosse declarada sua inconstitucionalidade e, conseqüentemente, sua nulidade, alegando que ela estava regulamentando a prática de eutanásia, mostrando tamanho o desconhecimento pelos aplicadores do direito acerca de tais práticas, porém após três anos de trâmites e discussões, foi julgada improcedente consubstanciada que no fim da vida, é preciso dar prioridade ao princípio da não-maleficência em detrimento do princípio da beneficência, pois mais do que fazer o bem ao paciente, é preciso que o profissional também se atenha a não praticar atos inúteis que em verdade estão fazendo mal ao enfermo, conforme o entendimento do juiz Roberto Luis Luchi Demo, da 14ª Vara da Justiça Federal:

É 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. Então, o que propugna a medicina paliativa, em cujo contexto está a ortotanásia, é que, na impossibilidade de salvar a vida, deve-se deixar correr o processo natural - e irreversível - da morte, conferindo-se ao paciente o maior conforto que possa ter nos seus últimos dias (o que pode se limitar ao alívio da dor ou chegar

até a desospitalização, se esta for a vontade do próprio paciente e de sua família.
(BRASÍLIA, 2010)

Dessa forma, em sua sentença, da qual não houve recurso por parte do Ministério Público Federal, o magistrado tanto reconheceu a validade da Resolução no âmbito nacional, quanto pontuou as diferenciações entre eutanásia e ortotanásia, assegurando que a prática desta não configura crime porque não busca provocar a morte, mas apenas visa assegurar o oferecimento de cuidados paliativos para mitigar a dor do paciente, enquanto se aproxima de uma morte natural e no tempo certo, não agindo de forma a antecipá-la.

Assim, esse instituto se relaciona diretamente com o princípio da dignidade da pessoa humana, em que a pessoa que se encontra na terminalidade da vida de forma inevitável merece todos os cuidados paliativos que aliviem a sua dor, e ainda, esclarecendo o médico toda a situação para o paciente ou seu representante legal, este tem autonomia em expressar sua vontade de continuar ou interromper os tratamentos que adiam sua morte, mas prolongam sua vida.

2.2.5.3 Distanásia

A distanásia vem justamente no sentido oposto ao objetivo da ortotanásia, que visa dar uma morte sossegada ao paciente terminal, pois é uma tentativa de combater a morte a qualquer custo, se utilizando de todos os tratamentos possíveis e disponível para prolongar a vida, prolongando também o sofrimento do paciente.

Esse instituto pode ser visto como o lado obscuro da evolução médica, pois ao mesmo tempo em que cada vez mais evoluímos em busca de aperfeiçoar as técnicas existentes ou remediar doenças que ainda não possuem cura, também se descobrem novos métodos de modo a adiar ao máximo o momento da morte, provocando a chamada “obstinação terapêutica”, onde os profissionais, seja por suas próprias motivações ou por pressão dos familiares do paciente, mantém o indivíduo vivo a qualquer custo.

Essa variante vai de encontro tanto ao princípio da beneficência quanto ao da não-maleficência, pois além de apenas adiar o inevitável, reduzindo a pessoa meramente à biologia, que é o manter-se vivo, trata a vida não mais como um direito, mas sim como uma obrigação.

O princípio da beneficência norteia a essência das condutas médicas, visando garantir a saúde do paciente e o seu bem-estar. A distanásia propõe o ato de prolongar a vida dos enfermos considerados incuráveis, situados em um contexto de sobejo sofrimento, tanto físico como emocional e psíquico. Prolongar a vida de um paciente nessa condição certamente não significa promover a beneficência. Pelo contrário, pode-se estar a ampliar exageradamente os seus momentos de dor e desconforto, o que vai de encontro ao que se objetiva na prática médica, ou seja, assegurar o bem-estar do paciente. (SANTOS, 2014)

A distanásia, não trata de causar a morte, mas de não deixar que ela venha naturalmente, de forma que, com tratamentos e manutenção artificial da vida, a pessoa permaneça em uma situação de mera sobrevivência e que pode perdurar por tempo indeterminado.

2.2.5.4 Suicídio Assistido

No suicídio assistido, diferentemente das vertentes vistas anteriormente, a morte não é advém da conduta do profissional, mas sim é causada pelo próprio paciente, de forma voluntária, recebendo apenas o auxílio de terceiro. O elemento essencial é a vontade de pôr termo à vida, sendo secundária a forma de fazer: por suas próprias mãos, com auxílio solicitado a outrem, hipótese inevitável em certos casos de deficientes motores, crônicos ou acidentes (CARDOSO, 1986, p. 156), visto nos casos que a pessoa que padece de doença incurável que a causa dor e sofrimento e os cuidados paliativos não mais tem o efeito de aliviar tal situação, tomando então a decisão de, com o auxílio de outrem, pôr fim a própria vida.

O auxílio ao suicídio encontra seu fundamento em casos que o paciente, após receber toda assistência necessária dos médicos e seus auxiliares, opta, por si mesmo, por colocar fim a sua vida, pois não se encontra feliz e confortável com a sua situação atual, trata-se de uma quebra de expectativa do que era esperado e do que se vive. Para o paciente que possui este pensamento, ter que vivenciar a sua realidade é um fardo e não um prazer, algo que se faz com vontade. Logo, para ele, a morte deixa de ser uma opção para se tornar a única solução viável para seu problema. (RODRIGUES, 2019, p. 65)

No ordenamento pátrio, o suicídio (no caso, a sua tentativa) nunca foi criminalizado, porém o Código Penal, em seu artigo 122⁷ traz que a prestação de auxílio material, além da indução ou instigar a prática do suicídio, é considerado crime, e diferentemente do caso da

⁷ Artigo 122 do Código Penal Brasileiro: “Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou a praticar automutilação ou prestar-lhe auxílio material para que o faça: Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.”

relação da eutanásia como um homicídio privilegiado, o ato de esse terceiro agir moralmente compelido pelo seu senso de misericórdia para com o enfermo, não é uma hipótese em que haverá redução da pena.

Em 2019, o Ministro Luís Roberto Barroso, negou provimento ao recurso de Agravo Regimental em Mandado de Injunção N° 6825, que objetivava manifestação do Poder Legislativo acerca do direito fundamental à morte constitucionalmente previsto, que havia sido negado pelo relator Edson Fachin que alegou que tal remédio era inadequado para o objetivo. Em sua decisão Barroso trouxe importante consideração acerca do instituto da morte assistida, ressaltando a delicadeza necessária ao se dispor desse assunto no ordenamento nacional.

Qualquer flexibilização da morte assistida, portanto, deve envolver cautelas múltiplas. Por exemplo, há um risco real de que a autorização da morte assistida coloque elevada pressão para que os mais velhos e aqueles acometidos de doenças graves optem pela morte na tentativa de reduzir o ônus sobre seus familiares. Em tais cenários, embora a opção pela morte possa parecer ser uma decorrência da autonomia individual, na verdade, ela se transforma em produto de uma coerção sobre indivíduos vulneráveis e marginalizados. (BRASIL, 2019)

Assim, ao mesmo tempo que essa modalidade é vista como uma violação da não-maleficência, outros veem como uma forma corajosa de beneficência (BEAUCHAMP; CHILDRESS 2002, p. 253), vista a existência de razões morais que justificam a prestação de assistência, mas sua legitimação é um assunto a ser discutido em nosso ordenamento, dadas as nuances desse instituto, que pode variar entre a prestação de auxílio para aquele que objetiva realmente livrar-se do sofrimento que o aflige e o incitamento de tal prática para alívio de terceiros.

3 DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

O presente capítulo visa tratar acerca das diretivas antecipadas de vontade, trazendo um breve histórico acerca desse instituto e os fatos que culminaram em sua origem, além de conceituar duas de suas espécies, o testamento vital e o mandato duradouro, e sua previsão dentro do nosso ordenamento, mais especificamente acerca das disposições trazidas na Resolução 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina, também relacionando tais diretivas como um desdobramento do princípio da dignidade.

3.1 HISTÓRICO

As chamadas diretivas antecipadas de vontade são uma criação relativamente recente no âmbito do direito, sendo conceituadas como um documento que tem a finalidade de retratar a vontade do paciente em seus momentos finais de existência livrando-o da obstinação terapêutica, oriunda do desenvolvimento da biotecnologia que trouxe para o universo médico (MALUF, 2020).

Mais do que apenas a autonomia, essas diretivas são um desdobramento do princípio da dignidade, dando ao indivíduo a prerrogativa de determinar previamente a conduta profissional que deve ser tomada no caso em que chegue a um quadro em que não esteja possibilitado de manifestar sua vontade, de modo a evitar a prática de tratamentos fúteis e também de distanásia. Como trazem Mabtum e Marchetto (2015, p. 90)

A nomenclatura diretiva antecipada de vontade" explica-se pelas seguintes razões: o termo "diretiva" remete a orientação ou instrução; "antecipada" porque a manifestação remete a uma situação pretérita àquela em que o paciente se encontra no momento, fazendo menção ao momento em que assinou o documento; "vontade" diz respeito ao fato de os desejos do declarante serem manifestados por meio da diretiva, com base no seu discernimento e na sua capacidade de escolher, entre as opções disponíveis, aquela que melhor satisfaz as suas necessidades essenciais.

Foi em 1969, que o ativista americano dos Direitos Humanos, Luis Kutner, criou o primeiro conceito de diretivas antecipadas de vontade, apresentando a proposta do chamado "*Living Will*" (traduzido para testamento vital) em seu artigo científico "*Due Process of*

Euthanasia: The Living Will, A Proposal”, ressaltando que o direito de determinar a quais procedimentos desejaria se submeter ou não caso se tornasse incapaz de manifestar sua vontade são uma questão de privacidade, de ter autonomia sobre o seu próprio corpo.

A lei estabelece que o paciente não pode ser submetido a tratamento sem o seu consentimento. Mas quando ele está em uma condição em que seu consentimento não pode ser expresso, o médico deve presumir que o paciente deseja ser tratado para preservar sua vida. Sua omissão de agir totalmente para manter o paciente vivo em uma instância particular pode levar à responsabilidade por negligência. Mas pode muito bem ser que um paciente não deseje ser mantido em um estado de animação vegetativa indefinida. Como então o paciente individual pode manter o direito à privacidade sobre seu corpo - o direito de determinar se ele deve ter permissão para morrer, para permitir que seu corpo seja entregue ao agente funerário? (KUTNER, 1969, p. 550, tradução nossa)

Assim, Kutner traz uma crítica direta ao chamado “sistema paternalista”, em que o profissional médico é educado a agir primordialmente para preservar a vida do paciente, de forma que poderá vir a ignorar as vontades e desejos deste em detrimento da manutenção de sua vida biológica, e isso se torna ainda mais evidente nos casos em que o enfermo não tem a possibilidade de se manifestar, pois o médico se torna o principal responsável pela tomada de decisões acerca de seu tratamento.

Com isso surgiu uma discussão existente nos anos 70, principalmente envolvendo a Sociedade Americana para a Eutanásia, que adotou e alastrou a ideia de utilização de um documento que o indivíduo pudesse manifestar sua vontade relativamente a cuidados futuros de saúde e expressar seu desejo de se negar ao submeter-se a intervenções médicas com o fim único de manutenção e prolongamento da vida (ARAÚJO; TOLOTTI; CERDOTES, 2018, p. 114).

A situação foi ainda mais fomentada com a ocorrência de um caso tido como um marco no tocante à legitimação do direito de morrer, ocorrido nos Estados Unidos, quando a americana Karen Quinlan, em abril 1975, deu entrada no Newton Memorial Hospital em Nova Jersey, em estado de coma. Os médicos atestaram que o período que ficou sem respirar até que a emergência chegasse para reaver a respiração foi suficiente para causar danos cerebrais irreversíveis que implicaram em sua entrada em estado vegetativo, quando foi transferida para o Hospital St. Clare, em Nova Jersey.

Diante dessa situação, os pais de Karen iniciaram um processo judicial para que o respirador fosse desligado, decididos a acabar com o sofrimento da filha, pois mesmo sendo muito religiosos, queriam que ela partisse em paz e de forma natural, o que foi negado pelo Tribunal. Essa decisão os levou a recorrer à Suprema Corte, onde o juiz determinou que o

Comitê de Ética do Hospital St. Clare, que até então não existia e foi criado com o objetivo de analisar o caso, fizesse o prognóstico e determinasse se não haveria mais uma real possibilidade de Karen recuperar sua cognição, caso em que o Comitê atestou a irreversibilidade do quadro, concedendo o juiz do caso o direito à família de desligar os aparelhos. Com o desligamento, Karen sobreviveu por mais nove anos quando faleceu, em junho de 1985, por conta de uma pneumonia aguda.

O tribunal manteve uma nova interpretação do direito à privacidade, e que o interesse da Srta. Quinlan em ter seus sistemas de suporte de vida desconectados excedeu o interesse do estado em preservar a vida, desde que as autoridades médicas vissem "nenhuma possibilidade razoável" de que ela se recuperaria. **O tribunal também decidiu que ninguém poderia ser responsabilizado criminalmente pela remoção dos sistemas de suporte de vida, porque a morte da mulher "não seria homicídio, mas sim a expiração de causas naturais existentes".**

A decisão unânime também determinou que Joseph Quinlan fosse nomeado guardião de Karen Ann e que qualquer decisão que ele tomasse em relação ao cuidado dela "deveria ser aceita pela sociedade, a esmagadora maioria de cujos números, pensamos, em circunstâncias semelhantes exerceriam tal escolha no da mesma forma para eles próprios ou para aqueles mais próximos deles". Isso deu à família o direito de determinar seu tratamento médico, incluindo a suspensão de meios extraordinários. (KAREN ANN QUINLAN HOSPICE, tradução e grifo nossos)

Além de o caso de Karen, sobreveio um julgamento que representou um marco acerca das diretivas, envolvendo a também americana Nancy Beth Cruzan, que em 1983 perdeu o controle de seu carro e sofreu impacto que a deixou sem fluxo de oxigênio do cérebro por um período de seis a vinte minutos, tendo sido ressuscitada pelos paramédicos, e desde então entrou em estado vegetativo, que era sustentado graças a um tubo de alimentação, chegando a ser estimado que desse modo ela poderia viver por mais trinta anos.

Cruzan já havia tido conversas anteriores com sua família de que não gostaria de continuar vivendo se não pudesse mais fazer as coisas por si mesma, de forma que não queria enfrentar a vida sendo apenas uma "mera existência". Com isso em mente, em 1988, cinco anos após a ocorrência do acidente, os pais dela pediram aos médicos que removessem o tubo de alimentação que havia sido inserido, porém os profissionais se recusaram a fazê-lo sem ordem judicial, pois a retirada implicaria na morte de Nancy. Foi então que eles decidiram entrar na justiça para conseguir a ordem, sendo o pedido julgado procedente com base no diagnóstico do quadro irreversível em que se encontrava e na manifestação prévia da paciente para com sua família, ainda que informal.

Porém, a Suprema Corte do Estado do Missouri reverteu a decisão do Tribunal alegando que ninguém poderia interferir no tratamento médico de outrem sem um testamento vital

adequado, levando os pais a recorrerem, em 1990, para a Suprema Corte dos Estados Unidos que julgou o caso em uma votação de cinco votos contra quatro, mantendo a decisão da Corte do Missouri e alegando que os membros da família não podem tomar decisões com as quais a pessoa teria concordado se não trouxerem evidências claras e convincentes de que aquilo era o que ela realmente queria.

Além de reconhecer em nível federal que os pacientes têm o direito de ver seus desejos de cuidados de fim de vida atendidos, o caso Cruzan, por meio da publicidade que gerou, trouxe a questão do DAVs (Diretivas Antecipadas de Vontade) ao conhecimento público. Pediu às pessoas que pensassem seriamente sobre qual tratamento médico, suporte de vida e qualidade de vida elas desejariam caso ficassem incapacitadas. Além disso, acelerou o desenvolvimento de ações concretas que as pessoas poderiam realizar para registrar seus desejos e sentimentos:

Em 1991, como resultado da decisão Cruzan, o governo federal promulgou o *Patient Self Determination Act* (Ato de Autodeterminação do Paciente) que exige que hospitais, instalações de enfermagem, hospícios, programas de assistência médica domiciliar e organizações de manutenção da saúde informem os pacientes sobre seu direito de tomar medidas voltadas para o futuro cuidados e decisões de tratamento através do uso de diretivas antecipadas.

Seguindo o caso Cruzan, os estados desenvolveram leis de procuração médica, por meio das quais os indivíduos podem designar alguém para tomar decisões médicas por eles se ficarem incapacitados, e testamentos em vida, declarações legais de desejos de cuidados de fim de vida. (TAUB, 2001, tradução nossa)

Assim, após a repercussão do caso, o Judiciário americano se viu na obrigação de legitimar a expressão da vontade anterior do indivíduo em não se submeter a tratamentos que apenas estendessem sua expectativa de vida quando se encontrasse em situação na qual esteja incapaz de manifestar-se, então, em 1991 esse instituto foi positivado pela lei federal *Patient Self Determination Act* (Ato de Autodeterminação do Paciente), que instituía essas diretivas como um documento pelo qual a pessoa manifestaria sua vontade no que tange os tratamentos médicos, trazendo duas formas em que poderia ser feita tal disposição, o *Durable Power of Attorney for Health Care* (DPAHC), que foi traduzido para mandato duradouro, e o *Living Will*, traduzido para testamento vital.

Apenas com a promulgação da lei americana foi que outros países decidiram também legalizar o tema, ainda no início da década de noventa a Hungria, Finlândia e Holanda já haviam criado suas próprias leis, porém o restante dos países europeus apenas reconheceram as diretivas a partir da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano em face das Aplicações da Biologia e da Medicina, conhecida também como Convenção de Direitos Humanos e Biomedicina ou Convênio de Oviedo, cujos signatários são os Estados Membros do Conselho da Europa, redigida em 4 de abril de 1997 (DADALTO, 2015, p. 33), que dizia em seu texto que seriam levados em consideração os desejos expressados

anteriormente pelo paciente, que dizem respeito à intervenção médica, quando este, no momento da intervenção, não puder expressar sua vontade.

Na América Latina, Porto Rico foi o primeiro território a legislar sobre o tema em 2001, seguido por Uruguai e Argentina que o fizeram em 2009. No Brasil ainda não existe legislação sobre o tema, a única regulamentação existente é a Resolução N° 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina que será tratada mais à frente.

3.2 ESPÉCIES DE DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

As diretivas antecipadas de vontade, sendo um produto oriundo da própria dignidade da pessoa humana, podem ser consideradas um instrumento de expressão dos direitos da personalidade, inerentes à própria natureza humana e de caráter absoluto, que limitam a ação do poder estatal e de terceiros para a proteção da pessoa, por dizer respeito à sua própria individualidade, sendo considerado assim intransmissíveis, irrenunciáveis, indisponíveis, além de impenhoráveis e inalienáveis, como por exemplo os direitos à intimidade, honra, imagem e privacidade, também abrangendo o direito à integridade física.

O chamado direito à integridade física encontra primordialmente escopo no *caput* do artigo 5^o da Constituição Federal tendo em vista que ele assegura a inviolabilidade do direito à vida e à liberdade, incorporando tanto a questão dos transplantes quanto da disposição do próprio corpo, conforme previsão do Código Civil (Brasil, 2002):

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

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

Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

⁸ Art. 5^o da Constituição Federal: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]”

Com isso, tais previsões legais asseguram que cada pessoa tem autonomia para dispor de seu corpo, pois é uma consequência da liberdade individual, inerente aos direitos de personalidade, e conforme traz Luciana Dadalto (2013), a declaração prévia de vontade do paciente terminal é instrumento garantidor deste dispositivo legal, uma vez que evita o constrangimento do paciente ser submetido a tratamentos médicos fúteis, que apenas potencializam o risco de vida. Assim, ao contrário do direito à vida, direito indisponível, o direito à integridade do homem pode, dentro de certos limites, ser disponível apesar de ser um direito absoluto (CULPIS, 1961, p. 64).

Assim, “diretiva antecipada de vontade” é o termo genérico para se definir qualquer expressão de vontade onde dispõe-se do próprio corpo quanto aos tratamentos médicos aos quais deseja ou não se submeter, para um momento em que não mais esteja possibilitado de manifestar-se, em definitivo ou transitoriamente, que com base na Resolução N° 1.995 de 09 de agosto de 2012 do Conselho Federal de Medicina (Anexo A), poderá ser feito por meio de duas espécies: o testamento vital e o mandato duradouro, porém não se tratam de hipóteses taxativas, já que outros documentos que manifestem essa vontade e não violem dispositivos legais, os bons costumes ou princípios de direito, poderão também ser considerados válidos para o mesmo fim.

3.2.1 Testamento Vital

O testamento vital ou biológico é apenas uma espécie de diretiva antecipada de vontade e não um sinônimo dessa expressão, por meio do qual se declaram os tratamentos médicos a que deseja ser submetida ou não em caso de incapacidade decorrente de doença ou acidente. Essa diretiva também não deve ser confundida com o testamento civil, que trata do destino que se pretende dar ao patrimônio quando da ocorrência da morte do proprietário.

Ricardo Rabinovich traz que a nomenclatura “testamento” é, no mínimo, equivocada, já que os efeitos do testamento vital devem ser produzidos antes da ocorrência do falecimento, diferente do testamento (*apud* CASSETTARI, 2018), sendo que com relação à tradução do termo em inglês “*living will*” seria mais correto chamá-lo de “desejos de vida”, pois a palavra *will* pode tanto ser traduzida para testamento como para desejo.

Para doutrinadores pátrios, como Luciana Dadalto e Paulo Lôbo, o testamento vital enquadra-se nos fundamentos gerais do negócio jurídico, no direito brasileiro, sendo considerado negócio jurídico unilateral sujeito a condição suspensiva, isto é, o advento de causa, mesmo transitória, que impeça o declarante de exprimir livremente sua vontade. Sua validade é assegurada pelo direito brasileiro, pois, para sua realização, supõe-se a capacidade do agente, a inexistência de forma legal determinada e a licitude do objeto, além de não ser resultante de defeito do negócio jurídico (LÔBO, 2020).

Por esse motivo, entende-se que sua formulação, dada a inexistência de legislação específica, deverá obedecer aos ditames do Código Civil, mais precisamente de seu artigo 104⁹, quanto à sua elaboração e para que tenha validade, inclusive mantendo observância sobre as causas previstas no artigo 166¹⁰ desse texto que poderão levar a sua nulidade, como quando celebrado por pessoa absolutamente incapaz ou tratar de objeto ilícito ou impossível.

Esse testamento possui o seu fundamento legal no próprio princípio da autonomia, que dá a cada um o direito de livre escolha, observando-se também a dignidade da pessoa humana, de modo que com a existência de um documento que expressa a vontade clara, caso venha a se encontrar em uma situação em que não possa manifestar a sua vontade ou não esteja em plena cognição de tomar decisões com relação aos tratamentos médicos a que possa ser submetido, já tenha seus ideais previamente declarados. Conforme traz Ernesto Lippman (2013, p. 18):

Nessas situações, não seria melhor ter um documento escrito, previamente discutido entre você e seu médico, redigido com clareza, enquanto você está bem, lúcido, em plena capacidade de manifestar seus desejos, do que tentar se comunicar por meio de gestos, em uma UTI e com severas dificuldades para se expressar? Não seria o caso de assinar previamente uma limitação consentida, delimitando o nível de tratamento que você deseja?

Especialmente no caso de uma situação grave, é possível que haja divergências entre os membros de sua família, e até mesmo que a equipe médica se sinta inibida em tomar uma decisão mais drástica, se não houver absoluta clareza quanto à vontade do paciente, que deve ser manifestada pelo testamento vital.

⁹ Art. 104 do Código Civil Brasileiro: “A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.”

¹⁰ Art. 166 do Código Civil Brasileiro: “É nulo o negócio jurídico quando:

I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;

II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;

III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;

IV - não revestir a forma prescrita em lei;

V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;

VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa;

VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.”

O testamento vital pode ser inclusive uma forma de se evitar a prática da distanásia, para que, seja por sua própria vontade ou pela pressão exercida pelos familiares do paciente, o profissional não insista em métodos e procedimentos que apenas sujeitam a pessoa a permanecer por um tempo indeterminado em uma situação irreversível e sem expectativa de melhora alguma, permitindo que tenha uma morte humanizada, dispondo acerca do uso de manutenção da vida por meio artificial, reanimação em caso de parada cardiorrespiratória, submissão a quimioterapia ou hemodiálise, entre outros tratamentos.

Também é preciso ressaltar que esse documento não pode ser discricionariamente produzido, fazendo o autor inserir nele disposições como requerer a prática de eutanásia ativa direta ou auxílio para cometer suicídio, visto que, são práticas consideradas criminosas pelo nosso ordenamento e conseqüentemente implicariam em um objeto ilícito gerando a nulidade da disposição, daí vê-se a importância de na elaboração do testamento vital não ser consultado apenas um médico para orientar o autor acerca dos procedimentos, mas também um advogado para prestar a consultoria no tocante à seara legal.

3.2.2 Mandato Duradouro

O chamado mandato duradouro é uma outra modalidade de diretivas antecipadas de vontade, sendo conceituada como uma cláusula por meio do qual se nomeia um ou mais representantes para que os médicos o consultem quando tiverem de tomar alguma decisão sobre o tratamento, em caso de incapacidade do paciente, definitiva ou não (CASSETTARI, 2018).

É considerado um mandato com objeto muito específico, mas ainda assim semelhante a um mandato tradicional, sendo chamado de “duradouro” por haver continuidade de seus efeitos mesmo quando o mandatário perde sua capacidade de tomar decisões de forma autônoma. É classificado por Espolador e Paiano (2019, p. 115) como um “negócio biojurídico” em razão do conteúdo das obrigações do mandatário dizerem respeito à vida e à dignidade do mandante, mas devendo manter também a observância aos elementos necessários à validade do negócio jurídico.

Ao contrário do que se pode pensar, esse documento não precisa ser utilizado apenas nos casos de situações que impliquem no fim da vida, podendo ser exercido em caso de qualquer incapacidade, ainda que transitória, caso em que o mandante fará um “julgamento substitutivo”

da situação e expressa a provável pretensão que o mandatário expressaria se o pudesse, ainda que isso venha a contrariar a opinião do restante da família, pois seu julgamento prevalecerá.

O mandato duradouro não precisa necessariamente estar acompanhado de um testamento vital, ou vice-versa, mas pode trazer mais segurança jurídica, pois não é possível prever todas as possíveis situações em que a pessoa pode vir a se encontrar e então descrevê-las em um documento, mas pode ser nomeado um mandante para decidir acerca daquilo que o testamento não contemplar.

3.3 PREVISÃO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

O ordenamento brasileiro não possui qualquer legislação acerca das diretivas antecipadas de vontade, porém a omissão legislativa não implica dizer que essas disposições são ilegais, pois ao mesmo tempo que não há previsão legal, também não existe proibição, pois a máxima que vigora no âmbito do Direito Privado é de que aquilo que não é proibido, consequentemente é permitido, e tais diretivas se tratando de uma relação entre particulares, submetem-se a essa regra.

Tal possibilidade decorre de expressa previsão trazida no artigo 452, do Código Civil Brasileiro¹¹, assegurando que é permitida a estipulação de contratos que não encontrem expressa previsão legal no ordenamento vigente, chamados também de contratos atípicos ou inominados, desde que não contrariem a lei, os bons costumes e os princípios gerais de direito, sendo esses contratos também manifestação direta do princípio da autonomia da vontade.

Apesar a omissão no plano jurídico, as normas de modo geral não são totalmente omissas quanto ao tema desde o ano de 2012, quando foi editada a Resolução 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina, que dispôs acerca da possibilidade de formulação de tais diretivas, considerando a inexistência de regulamentação acerca do tema e também a necessidade de existir previsão, também levando em conta a própria da autonomia do paciente no contexto da relação médico-paciente e os novos recursos tecnológicos permitem a adoção de medidas desproporcionais que prolongam o sofrimento do paciente em estado terminal, sem

¹¹ Artigo 452 do Código Civil Brasileiro: “É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.”

trazer benefícios, e que essas medidas podem ter sido antecipadamente rejeitadas pelo mesmo (BRASIL, 2012).

Apesar de sua notável importância quanto ao tratamento do tema no país, a resolução não se mostra tão acurada, pois em seu texto ela trata a nomenclatura *testamento vital* como um sinônimo de *diretivas antecipadas de vontade*, que como já foi visto, não possuem o mesmo significado, pois as *diretivas* são um gênero do qual o *testamento vital* e o *mandato duradouro* são espécies, e também no tocante ao *mandato*, não chega a utilizar essa nomenclatura, apenas menciona que se o paciente tiver designado representante com o fim de tomar as decisões quanto a seu tratamento quando ele estiver incapacitado de expressar sua vontade, suas informações serão levadas em consideração pelo médico.

Outro ponto também errôneo é quanto ao uso da nomenclatura “fim da vida” na exposição de motivos, ao trazer que uma das justificativas da elaboração de tal resolução está na dificuldade de comunicação do paciente em fim de vida, quando as decisões médicas sobre seu atendimento passam então a ser tomadas com a participação de outras pessoas que podem desconhecer suas vontades e, conseqüentemente, desrespeitá-las, porém, nas considerações iniciais, a expressão usada como equivalente a esse termo é “paciente estado terminal”. Conforme traz Luciana Dadalto (2013):

Ocorre que essas duas expressões não são sinônimas e podem gerar confusão na feitura e na aplicação das *diretivas antecipadas*. Isto porque *paciente terminal é aquele cuja condição é irreversível, independente de ser tratado ou não, e que apresenta uma alta probabilidade de morrer num período relativamente curto de tempo*. Por sua vez, os pacientes em fim de vida podem ser entendidos como os terminais e, também, como aqueles que estão em estado de coma profundo e irreversível, ou ainda em estado vegetativo persistente (EVP).

Assim, vê-se que há necessidade em se legislar sobre o tema, pois o próprio Conselho Federal de Medicina trata de temas controversos no âmbito da bioética e do Direito Médico muito antes de essas discussões chegarem ao próprio Poder Legislativo, mas sendo conselho profissional e, conseqüentemente, órgão da Administração Pública Indireta, não pode criar leis, apenas utilizando-se do poder normativo próprio da administração para produzir normas que limitam e coordenam a prática médica (PITTELLI, 2014).

Quando da publicação da resolução, surgiram imediatamente debates acerca de sua legalidade, o que levou o Ministério Público Federal a ajuizar a Ação Civil Pública Nº 1039-86.2013.4.01.3500 em janeiro de 2013, onde requereu que a resolução fosse declarada inconstitucional e ilegal, com pedido liminar para que sua aplicação fosse suspensa em todo o

território nacional por estar incidindo em um âmbito que não era de sua competência, pois conforme o previsto na Constituição Federal, a União era a única competente para legislar sobre as condições para o exercício da profissão.

Além de ter sido fundamentada com base na incompetência do Conselho, o Ministério Público Federal alegou que a resolução, ao invés de facultar ao paciente a designação de um representante legal, instituiu as diretivas que devem ser formuladas pelos próprios pacientes, inclusive prevalecendo sobre a vontade dos familiares, além disso, extrapolou os poderes que o conferem a Lei nº 3.268/57, que permite aos Conselhos de Medicina regular a atuação técnica e moral da classe, pois regulamentou tema que possui desdobramentos dentro dos direitos relativos à personalidade e em âmbitos sociais e familiares, além de ser omissa em pontos essenciais, tais como a exigência de capacidade civil do paciente, limite temporal de validade das diretivas e formas de revogação, o que viola a segurança jurídica, também não trazendo o direito de a família influenciar na formação da vontade e fiscalizar o seu cumprimento.

Em sua defesa, o Conselho Federal de Medicina trouxe que a Lei nº 3.268/57 não estava sendo violada, pois a capacidade de manifestação de vontade já está prevista nos arts. 1º a 5º do Código Civil, logo, não havia de se falar que tal resolução estaria normatizando o tema porque ele já possui sua norma, porém o ponto considerado mais importante levantado na defesa foi acerca do fundamento das diretivas dentro dos princípios da autonomia e a dignidade da pessoa humana, mencionando que os pacientes devem ter os seus valores, cultura e direitos respeitados, em especial, direito ao sigilo, confidencialidade, consentimento livre, voluntário e esclarecido e livre escolha de quem será o responsável pela tomada de decisões na hipótese de sua incapacidade (GOIANIA, 2013).

O juiz julgou o pedido liminar improcedente, entendendo que a resolução não excedeu os poderes normativos previstos na Lei nº 3.268/57 e que era constitucional, pois além de encontrar fundamento dentro da própria dignidade da pessoa humana, também não há vedação das diretivas dentro de nosso ordenamento jurídico.

Assim, a resolução passou a ter sua constitucionalidade e validade confirmadas e servir como uma breve base para a formulação das diretivas, estabelecendo que deverá haver o respeito a autonomia do paciente por parte do profissional no tocante à prática da ortotanásia, pois não seria possível estabelecer disposições contrárias à lei, como por exemplo, requerendo que em determinada situação seja praticada a eutanásia, pois configura um crime no ordenamento brasileiro, mas dando a prerrogativa de rejeitar os tratamentos infrutíferos a qual pode vir a ser submetido mesmo em um momento em que não mais possa manifestar a sua vontade.

Sendo a resolução tão sucinta e vinculando apenas a categoria médica, pois o Conselho não tem a competência necessária para que ela adquira força de lei, é onde se demanda a atuação do Legislativo que precisa produzir legislação específica a fim de regulamentar questões afetas ao discernimento do outorgante, a uma exemplificação de cuidados e tratamentos que podem ou não ser recusados, aos critérios para aceitação e recusa dos mesmos, ao registro das diretivas antecipadas e à extensão da participação do médico da feitura das diretivas (PITTELLI, 2014), o que se faz fundamental para trazer a segurança jurídica ao instituto.

Além da mencionada Resolução, o Enunciado nº 528 da V Jornada de Direito Civil (2011), também prevê que é válida a declaração de vontade expressa em documento autêntico, também chamado ‘testamento vital’, em que a pessoa estabelece disposições sobre o tipo de tratamento de saúde, ou não tratamento, que deseja no caso de se encontrar sem condições de manifestar a sua vontade.

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA PELO DESCUMPRIMENTO DAS DIRETRIZES ANTECIPADAS DE VONTADE NO FIM DA VIDA

O presente capítulo trata do instituto da responsabilidade civil, os elementos que a configuram e sua classificação em contratual, extracontratual, objetiva e subjetiva, tratando posteriormente de forma mais específica da chamada responsabilidade civil médica e as excludentes de tal responsabilidade, e por fim analisa a possibilidade de responsabilização do médico pelo descumprimento de diretiva antecipada de vontade no término da vida.

4.1. A RESPONSABILIDADE CIVIL

Conforme traz Paulo Nader (2016, p. 33), o vocábulo “responsabilidade” provém do verbo latino *respondere*, de *spondeo*, que significa garantir, responder por alguém, prometer, relacionando-se diretamente com o cumprimento de uma obrigação e usado para referir-se àquele que não cumpriu com o seu dever.

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiro em razão de ato por ela mesmo praticado, por pessoa por quem responda, por algo que a pertença ou de simples imposição legal (DINIZ, 2004, p. 39).

Essa obrigação de reparar o dano possui o objetivo principal de retornar a pessoa lesada ao chamado *status quo ante*, ressarcindo-a de modo que, ao máximo possível, ela volte ao estado em que se encontrava anteriormente à prática da ação que a gerou danos. Nas palavras de Patrícia Rizzo Tomé (2020):

Para tanto, segundo Maria Helena Diniz, a função primordial da responsabilidade civil é: garantir o direito do lesado à segurança, mediante o pleno ressarcimento dos danos que sofreu, restabelecendo-se, na medida do possível, o *status quo ante*. Logo, o princípio que domina a responsabilidade civil na era contemporânea é o da *restitutio in integrum*, ou seja, da recomposição completa da vítima à situação anterior à lesão, por meio de uma reconstituição natural, de recurso a uma situação material correspondente ou de indenização que represente do modo mais exato possível o valor do prejuízo no momento de seu ressarcimento.

Uma vez violada a norma geral de não lesar, nasce o dever secundário de reparar os danos causados. E, não sendo possível restabelecer os fatos e os danos causados no

status quo ante, "impõe-se o pagamento de um *quantum* indenizatório, em importância equivalente ao valor do bem material ou compensatório do direito não redutível pecuniariamente".

Assim, a responsabilidade civil trata da violação de uma obrigação, que consequentemente gerou um prejuízo à parte inadimplida e, portanto, é passível de reparação, seja ela patrimonial, ressarcindo o prejuízo material sofrido, ou extrapatrimonial, chamado comumente de dano moral, em que o prejuízo não se verifica quanto a um objeto pessoal do lesado, mas a ele próprio, por ofensa a seus direitos da personalidade, como imagem, honra e dignidade.

4.1.1 Pressupostos da Responsabilidade Civil

O instituto da responsabilidade civil é tratado no Código Civil de 2002, que traz em seu artigo 927¹² que aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo, conceituando o termo "ato ilícito" em seus artigos 186¹³ e 187¹⁴, como a ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, que viola direito e causa danos a outrem, ainda que exclusivamente moral, ou que sendo titular de um direito, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (CULPIS, 1961, p. 74).

Com base no texto desses artigos, tem-se então os pressupostos essenciais para a configuração dessa responsabilidade que ensejará a obrigação de reparar o dano, quais sejam: a ação ou omissão do agente, a ocorrência do dano e o nexos causal entre ambos.

A ação ou omissão se trata da prática do ato por parte do agente e pelo qual ele é diretamente responsável, seja pela prática de negligência, imprudência ou imperícia, que é considerado ilícito pelos artigos 186 e 187 do Código Civil tendo em vista que gerou dano a outrem, e desse ato é que se origina a obrigação de reparar. Para a diferenciação dessas três ações, a doutrina considera negligência como deixar de fazer algo que deveria ter feito, a

¹² Artigo 927 do Código Civil Brasileiro: "Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo."

¹³ Artigo 186 do Código Civil Brasileiro: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."

¹⁴ Artigo 187 do Código Civil Brasileiro: "Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes."

imprudência é a prática do ato precipitadamente e sem cautela, e a imperícia diz respeito à prática de um ato por alguém que não está habilitado para tal.

O dano é a ofensa a um bem juridicamente tutelado de outrem, seja de cunho moral ou material, sendo elemento essencial para ensejar a reparação, pois a indenização sem que tenha havido prejuízo pela parte que a pleiteia, implica em enriquecimento ilícito, pois o objetivo primordial dessa obrigação é refletido em seu caráter reparatório. Além disso, o dano material pode ser dividido em dano emergente, referente ao valor patrimonial sobre o qual a vítima teve efetivo prejuízo, como o valor despendido por uma pessoa acidentada com custos médicos, ou lucros cessantes, quando a prática da ação que gera o dano leva o lesado a deixar de ganhar um valor esperado, como um autônomo que ao não poder exercer seu trabalho, também não poderá auferir seu lucro.

O nexa causal traduz a conexão direta entre a prática do ato e o dano sofrido, pois para que surja a obrigação de reparar o dano, é preciso que o prejuízo experimentado pela vítima tenha sido consequência do ato praticado pelo agente, ainda que omissivo, por isso é preciso analisar inicialmente se foi realmente a prática da ação do autor que ensejou o dano, pois sem essa relação, não é possível falar em responsabilização deste.

4.1.2 A Responsabilidade Civil Contratual, Extracontratual, Subjetiva e Objetiva

Com base na presença dos elementos essenciais à responsabilização civil, quais sejam, a ação ou omissão, o dano e o nexa causal, é possível analisar a responsabilidade e consequente obrigação à reparação do dano, porém é necessária a observância de um fator determinante para determinar-se quem será o responsável por essa reparação, a culpa.

A responsabilidade civil pode ser inicialmente dividir-se quanto ao dever jurídico em que ela se fundamenta, em contratual, com base na inexecução de um contrato previamente firmado pelas partes, ou se extracontratual, em que não há esse acordo prévio, mas sim o descumprimento de um dever legal, seja previsto em lei ou originado de um princípio geral de direito. Essa diferenciação é pertinente tendo em vista que no caso da responsabilidade civil contratual, não há a necessidade de provar que houve a culpa do agente, mas o mero inadimplemento da obrigação firmada em contrato, porém no caso da extracontratual, é necessário a prova de que o autor agiu com negligência, imprudência ou imperícia para alcançar

a reparação, mas existem situações em que a prova da existência de culpa não será obrigatória. Desse modo, tal classificação subdivide-se em duas teorias: a responsabilidade subjetiva (teoria da culpa) e a responsabilidade objetiva (teoria do risco), que trazem uma discussão acerca da presença desse elemento.

A teoria da responsabilidade subjetiva é a mais clássica e a regra geral no ordenamento pátrio, pois ela exige a presença de dolo ou culpa do agente para que seja configurada a responsabilidade. Traz Iuri Bolesina (2019, p. 87):

A responsabilidade civil subjetiva é a teoria tradicional da responsabilidade civil. Isso não significa dizer que ela é melhor ou preponderante, apenas que é mais clássica. No Brasil, atualmente, ela representa uma versão atualizada do modelo francês napoleônico fundado na culpa. Daí porque afirma-se que na responsabilidade civil subjetiva o elemento enaltecido é a culpa. A discussão sobre a conduta dolosa ou culposa do causador do dano é essencial para eventual dever de reparação (chega-se a dizer que sem culpa, sem responsabilidade). Não obstante o papel destacado da culpa, a responsabilidade civil subjetiva possui quatro elementos como pressupostos configuradores: a) Ato ilícito (ação ou omissão); b) a culpa ou conduta culposa (dolo ou culpa); c) o dano; d) o nexo causal. Assim, a responsabilidade civil subjetiva é a modalidade na qual alguém imputável é responsabilizado por ter cometido um ato ilícito (comissivo ou omissivo), de forma culposa (com dolo ou culpa), a partir do qual adequada e necessariamente (nexo causal) gerou-se dano(s).

Logo, nesse caso a existência de culpa é imprescindível tanto para que se configure a responsabilização como para determinar o sujeito obrigado a indenizar, porém, conforme bem trazem Luciana e Cassio Mahuad (2015, p. 45), essa prova da culpa, que incumbia à vítima do dano, era, em muitos casos, diabólica e com a revolução industrial e o desenvolvimento social, deixou de traduzir justiça e liberdade ao cidadão, tornando-se um verdadeiro empecilho ao restabelecimento do equilíbrio social, eternamente buscado pelo direito. Foi quando se desenvolveu a ideia de responsabilidade independente de culpa, chamada de responsabilidade objetiva.

Tal teoria, encontra-se fundada no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, que traz que “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem” (BRASIL, 2002), assim, o elemento da culpa é prescindível para que haja a responsabilização, bastando a presença da ação, o dano e o nexo causal entre eles.

Assim, é possível afirmar que na responsabilização objetiva, há a desnecessidade de provar a culpa por quem alega o fato, porém apenas na existência de duas hipóteses: se houver

prévia previsão legal ou se a atividade habitualmente exercida implicar em risco ao direito de terceiros.

4.2 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

No tocante ao âmbito da responsabilidade civil médica, apesar de não haver unanimidade na doutrina quando se que trata de determinar a natureza jurídica da relação médico-paciente, doutrinadores como Sergio Cavalieri Filho e Maria Helena Diniz trazem um balanço entre a existência da responsabilidade médica contratual e a extracontratual, que não conflituam entre si, mas se complementam, como dois lados da mesma moeda dependendo do ângulo em que se observe o caso concreto.

A responsabilidade médica é, de regra, contratual, em razão da forma como se constitui a relação paciente-médico. Normalmente, o paciente procura o médico, escolhe o profissional de sua confiança, constituindo com ele vínculo contratual. Resta, todavia, uma vasta área para a responsabilidade médica extracontratual, como, por exemplo, nos casos de atendimento de emergência, estando o paciente inconsciente, ou quando o médico se recusa a atender o paciente nesse estado emergencial; tratamento desnecessário, cirurgias sabidamente indevidas, experiências médicas arriscadas, etc. Há, ainda, casos, até, de ilícito penal perpetrado por médicos que realizam aborto fora dos casos permitidos em lei, desligam aparelhos para apressar a morte do paciente, receitam tóxicos ou substâncias entorpecentes indevidamente etc. (FILHO, 2000, p. 272)

Assim, tem-se a responsabilidade contratual, com a existência de um prévio acordo entre as partes, por ter sua origem na própria atividade do médico, como a regra, e a extracontratual, no caso de não haver um contato prévio como paciente, como no caso de um atendimento de caráter emergencial.

Se a obrigação médica, em regra com fundamento contratual, independesse da comprovação da culpa do profissional, inúmeros seriam os casos em que aqueles que não alcançam um resultado plenamente satisfatório responsabilizariam o médico pela sua insatisfação. Por esse motivo, mesmo que o mero inadimplemento contratual gerasse a responsabilização, existe ainda um fator determinante que exige a comprovação da existência de culpa mesmo que essa relação seja considerada contratual, que é o fato de que a obrigação do profissional médico é de meio e não de resultado.

Por ser uma obrigação de meio, o médico busca se utilizar dos melhores meios possíveis para que alcance o resultado pretendido, mas não se vincula a esse resultado que poderá não ser plenamente atingido a depender das circunstâncias, entendimento que inclusive é ratificado no âmbito jurisprudencial:

Os médicos têm obrigação de meio, ou seja, sua responsabilidade é a de se esforçar para obter o melhor resultado, mediante aplicação dos procedimentos e técnicas adequados e disponíveis. Assim, a culpa do médico não é presumida, sendo do prejudicado o ônus de provar a ocorrência de negligência, imprudência ou imperícia, ao contrário do que acontece com a obrigação de resultado, em que há o dever de atingir o resultado pretendido. Constatada a inexistência de conduta ilícita do médico e do hospital no procedimento, é indevido o pagamento de indenização. (MINAS GERAIS, 2019)

Com base nesse entendimento, também é possível atestar que a responsabilidade civil médica é de caráter subjetivo, com fundamento no disposto no artigo 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor¹⁵, que prevê que a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

A responsabilidade objetiva, que no caso seria direcionada ao hospital que tem o médico que praticou o ilícito como seu preposto, seria a exceção dessa regra, cabível apenas nos casos em que houver uma falha na prestação de serviços atinentes exclusivamente ao próprio hospital, mas não é possível falar que ele será responsabilizado pelas práticas errôneas dos médicos que nele trabalham, como já foi determinado pelo Supremo Tribunal de Justiça:

1. A doutrina tem afirmado que a responsabilidade médica empresarial, no caso de hospitais, é objetiva, indicando o parágrafo primeiro do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor como a norma sustentadora de tal entendimento. **Contudo, a responsabilidade do hospital somente tem espaço quando o dano decorrer de falha de serviços cuja atribuição é afeta única e exclusivamente ao hospital. Nas hipóteses de dano decorrente de falha técnica restrita ao profissional médico, mormente quando este não tem nenhum vínculo com o hospital seja de emprego ou de mera preposição, não cabe atribuir ao nosocômio a obrigação de indenizar.**
2. Na hipótese de prestação de serviços médicos, o ajuste contratual vínculo estabelecido entre médico e paciente refere-se ao emprego da melhor técnica e diligência entre as possibilidades de que dispõe o profissional, no seu meio de atuação, para auxiliar o paciente. Portanto, não pode o médico assumir compromisso com um resultado específico, fato que leva ao entendimento de que, se ocorrer dano ao paciente, deve-se averiguar se houve culpa do profissional teoria da responsabilidade subjetiva.
No entanto, se, na ocorrência de dano, tal como o que sucedeu nos autos, impõe-se ao hospital que responda objetivamente pelos erros cometidos pelo médico, estar-se-á

¹⁵ Artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor: “O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. [...] §4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.”

aceitando que o contrato firmado seja de resultado, pois se o médico não garante o resultado, o hospital garantirá. Isso leva ao seguinte absurdo: na hipótese de intervenção cirúrgica, ou o paciente sai curado ou será indenizado, daí um contrato de resultado firmado às avessas da legislação. (BRASIL, 2008, grifo nosso)

Assim, chega-se à convergência das classificações quanto à responsabilidade civil médica, restando esta identificada, em regra, como contratual, de meio e de natureza subjetiva, onde depende-se da comprovação da culpa do profissional para surgir a obrigação de indenizar, e este responde diretamente pelos danos que causar.

4.2.1 Excludentes da Responsabilidade Civil Médica

O artigo 951 do Código Civil¹⁶ prevê que haverá a responsabilização e consequentemente o dever de indenização por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho, sendo assim, no âmbito médico:

Considera-se negligência a omissão do médico com relação aos comportamentos recomendáveis pela prática. Logo, haverá negligência médica quando o profissional, conhecedor das técnicas recomendáveis, deixa de aplicá-las a seu paciente, atua com desleixo ou, mesmo, o abandona à própria sorte, recomendando alta médica ou não realizando os exames necessários, entre variadas outras hipóteses.

A imprudência caracteriza-se por um ato comissivo do médico, que, por qualquer motivo, não toma as devidas cautelas – por ele conhecidas – ao tratar um paciente. Os cuidados e regras ignorados pelo médico imprudente existem para resguardar o paciente de possível empecilho que possa resultar no insucesso do procedimento. Portanto, ao ignorar esses cuidados instituídos pela prática, o médico assume o risco do insucesso.

Por fim, a imperícia é a falta de conhecimento ou habilitação técnica do médico. (CRUZ; OLIVEIRA, 2013)

Assim, o médico poderá ser responsabilizado se, com a prática de uma dessas condutas, vier a causar dano a outrem, provado onexo causal entre a ação ou omissão e esse dano, mas é possível haver uma quebra nesse nexocom a ocorrência das chamadas excludentes de responsabilidade, que obstarão o dever de indenizar. Essas excludentes poderão ser: a culpa

¹⁶ Artigo 951 do Código Civil Brasileiro “O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.”

exclusiva do paciente, a culpa exclusiva de terceiros, a ocorrência de caso fortuito ou força maior.

A culpa exclusiva do paciente diz respeito às práticas por ele efetuadas em descumprimento aos seus deveres para consigo e com o médico, como no caso de omissão de informações essenciais que podem influenciar no diagnóstico e conseqüentemente na aplicação de um tratamento equivocado.

A culpa exclusiva de terceiro quebra o nexo causal porque o ato não foi praticado pelo médico ou pelo paciente, mas por uma pessoa estranha a essa relação, ressaltando-se que:

Evidentemente, não estão compreendidos nessa condição os prepostos, empregados e auxiliares do médico, porquanto, em caso de comprovada culpa, o médico está obrigado a reparar os danos, sem prejuízo do manejo de ação regressiva. O fato de terceiro, como a denominação sugere, deve decorrer de pessoa que não integre a equipe médica, que seja estranha aos seus quadros e pela qual o médico não se responsabilizou. (CASTRO, 2018, p. 297)

Ainda, tem-se como excludente do nexo causal o caso fortuito e a força maior, conceitos que costumavam confundir-se como sinônimos, porém a doutrina foi pacificada com a diferenciação entre ambos, relacionando o caso fortuito com um fato alheio às partes, mas decorrente da prática de um ato humano e de caráter imprevisível, já a força maior é um evento da natureza, como uma tempestade, que pode ser previsto, mas de toda forma é inevitável. A ocorrência desses eventos faz com que o dano experimentado não tenha relação com a prática médica, e conseqüentemente não haverá a responsabilidade.

4.3. A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO MÉDICO PELO DESCUMPRIMENTO DE DIRETIVA ANTECIPADA DE VONTADE NO FIM DA VIDA

O princípio da beneficência é repetidamente usado na justificativa das práticas médicas, tendo em vista que o dever primordial do médico é agir em benefício do paciente, praticando os atos que visem trazer o melhor amparo para a situação em que este se encontre, porém, essa ideia de benefício pode se desvirtuar quando se trata de uma situação no fim da vida.

Como disposto inicialmente, o conceito de buscar manter a vida a qualquer custo diante de um quadro irreversível que levará à morte iminente, implica em uma violação ao próprio princípio da não-maleficência, pois ao buscar de qualquer forma manter a vida biológica, se

prolonga o sofrimento do paciente e apenas adia um fato natural, configurando, conseqüentemente, a prática de distanásia, além de ofender o princípio da justiça quando implica na causa de danos ao paciente.

Diante desse contexto, o testamento vital vem como um instrumento de expressão da autonomia do indivíduo, produto do próprio princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, no qual é possível determinar que no momento em que se encontra em um quadro em que seu óbito é inevitável e não possa expressar-se acerca da recusa de tratamentos médicos que objetivam apenas mantê-lo fisicamente vivo, possa ter mesmo assim a sua vontade respeitada, pois esta foi previamente atestada por meio desse documento, podendo também determinar por meio do mandato duradouro a pessoa que deseja responsabilizar pela tomada de decisões relativas a seu tratamento. Como trazem Crippa, Pithan e Bonhemberger (2019):

É importante, sempre e constantemente, associar e lembrar do caráter de continuidade da nossa existência, na medida em que a expressão de nossa vontade anteriormente manifestada não pode ser, simplesmente, excluída de nossa história ou, na expressão de Giovanni Maria Flick, de nossa "vontade historicizada". Segundo esse jurista italiano, não é possível "aceitar a ideia de que um sujeito, privado de sua capacidade de autodeterminação, se torne um 'objeto'; que a ele não se reconheça mais a possibilidade de continuar a fazer valer - nos limites da nova situação - a autodeterminação expressa em precedência".

Assim, esses instrumentos servem para assegurar o respeito a essa vontade firmada, além disso, a própria doutrina compreende a classificação das diretivas antecipadas de vontade como negócio jurídico, que observando o disposto no Código Civil no tocante aos requisitos que o permeiam, será considerado existente, válido e eficaz e, portanto, produzirá seus efeitos lícitos, por isso, tais diretivas não dizem respeito a obrigar o profissional a praticar um ato ilícito como a eutanásia ou suicídio assistido, pois configuraria um objeto ilícito prejudicando a validade desse negócio jurídico, mas sim determinar a vontade do paciente em optar pela prática da ortotanásia, em que os tratamentos que prolonguem artificialmente a manutenção da vida serão afastados e o médico ficará incumbido de fornecer os cuidados paliativos para amenizar o sofrimento até o momento da morte natural.

O artigo 2º, parágrafo 3º, da Resolução N° 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina (Anexo A), previamente mencionada como a norma que atualmente dispõe acerca das diretivas antecipadas de vontade, traz que “as diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares” (BRASIL, 2012), sendo tal Resolução vinculante para os profissionais médicos, é visível que ela determina que as diretivas emitidas pelos pacientes deverão ser respeitadas pelos profissionais.

Ainda no tocante a tal Resolução, na Ação Civil Pública, também mencionada, que buscava a declaração de sua inconstitucionalidade, mas foi julgada improcedente, trouxe na sentença importante ressalva acerca da busca do Judiciário quando o profissional se opor às diretivas firmadas pelo paciente.

A Resolução CFM nº 1995/2012 apenas regulamenta a conduta médica perante a situação fática de o paciente externar a sua vontade quanto aos cuidados e tratamentos médicos que deseja receber ou não, na hipótese de se encontrar sem possibilidade de exprimir sua vontade.

A resolução tem efeito apenas na relação ético-disciplinar existente entre os Conselhos de Medicina e os médicos, mas não tem o condão de criar direitos ou obrigações, sobretudo nas esferas cível e penal. Com efeito, uma vez respeitadas as prescrições ali dispostas, não caberá aos Conselhos a imposição de quaisquer sanções ético-disciplinares ao médico.

Mas a família e o poder público não estarão impedidos de buscar tutela judicial caso se oponham a diretivas antecipadas do paciente, nem a responsabilização dos profissionais de saúde por eventual ilícito. (BRASÍLIA, 2010, grifo nosso)

Com isso, é possível observar que apesar da omissão legislativa acerca das diretivas antecipadas de vontade, a Resolução cumpre um papel determinante para assegurar a autonomia dos pacientes e o respeito a ela, diante das situações em que não esteja possibilitado de expressar-se, inclusive garantindo o direito de buscar o Judiciário caso haja uma violação acerca da vontade expressa do indivíduo.

O novo Código de Ética Médica brasileiro prevê em seu Capítulo II, IX, que é direito do médico recusar-se a realizar atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência (BRASIL, 2018), seja por motivos religiosos, éticos, morais ou pessoais, alegando a chamada objeção de consciência. Assim, o médico não está vinculado ao cumprimento da diretiva, podendo recusar o tratamento, porém também não tem resguardada a prerrogativa de descumpri-la alegando o melhor interesse do paciente ou que tal cumprimento fere suas próprias convicções.

Dessa forma, o não cumprimento da diretiva poderá ser levantada pelo médico conforme os ditames de sua consciência, designando outro profissional para que o faça, mas o descumprimento, seja ignorando o disposto no testamento vital ou não observando as decisões tomadas pela pessoa designada no mandato duradouro, viola o disposto na Resolução Nº 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina (Anexo A) e fere diretamente o direito da personalidade de disposição do próprio corpo instrumentalizado nesses documentos, que à luz do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, afirma que ninguém poderá ser constrangido a tratamento ou intervenção cirúrgica, tendo desrespeitada sua autonomia.

Parte-se, por certo, da premissa de que o dever de indenizar resultante do atuar médico implica o acolhimento da teoria clássica da responsabilidade civil, tornando-se indispensável, para sua configuração, a conjugação dos pressupostos: conduta humana (intervenção médica), dano, liame de causalidade entre eles, e, ainda, nexó de imputação consubstanciado na culpa, conforme arts. 186, 927, *caput*, e 951 do Código Civil Brasileiro combinado com art. 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor (FELLER, 2017, p. 351), e desde que não haja presença de uma das excludentes de responsabilidade, seja a culpa exclusiva do paciente, culpa exclusiva de terceiros, caso fortuito ou força maior.

Nesse sentido, é possível analisar a aplicação prática do tema em um caso ocorrido em março de 2013, nos Estados Unidos, quando Bucilla Stephenson, que tinha 91 anos, faleceu após passar duas semanas internadas no Doctors Hospital, em Augusta, Geórgia, e após o fato, sua neta, Jacqueline Alicea, atuando como administradora do espólio de sua avó, processou o hospital e o médico Phillip Catalano, alegando que, descumprindo o disposto em diretiva antecipada para cuidados com a saúde feita pela idosa em 2009 e também contrariando a neta, a mandatária designada para questões de saúde, intubaram sua avó e a colocaram em um ventilador mecânico, o que prolongou sua vida quando ela estava em estado terminal e lhe causou dor e sofrimento desnecessários.

A idosa deu entrada no hospital em 3 de março de 2013, já sofrendo de sepse, pneumonia e insuficiência renal aguda, e no dia seguinte à sua internação, ficou sob os cuidados do Dr. Catalano, que ligou para Alicea informando que a avó estaria sendo transferida para a UTI e faria uma tomografia computadorizada, ocasião em que a neta informou acerca da diretiva antecipada e que em hipótese alguma deveria ser feita reanimação cardiopulmonar, porém, mesmo sabendo da existência da diretiva e contrariando a neta que era a mandatária em questões de saúde, o profissional realizou cirurgia para retirar parte do pulmão necrosado e dois dias depois, intubou Stephenson e a colocou em um ventilador mecânico, alegando que não queria que ela morresse.

Após descobrir o que tinha ocorrido e pedir a retirada de sua avó da intubação, Alicea foi informada de que precisaria ser feita uma outra cirurgia para limpar o pulmão, o que foi consentido por ela, já que a extubação sem os pulmões limpos levaria ao sufocamento, e outras medidas que visassem regredir o quadro em que ela se encontrava, até que os rins de Stephenson paralisaram em 14 de março de 2013, e ficou decidido que ela seria retirada do ventilador e seriam aplicadas medidas paliativas até que ela falecesse, o que ocorreu três dias após.

Alicea alegou que o ato praticado pelo médico de realizar cirurgia e intubar sua avó sem seu consentimento somente prolongaram o sofrimento pela qual ela estava passando, já que

quando a mesma chegou ao hospital sua condição já era crítica e a carga de quaisquer procedimentos invasivos e tratamentos superaram quaisquer benefícios esperados, e se ele não tivesse decidido intubá-la por seu próprio egoísmo, ela teria partido em paz.

O caso veio a ser decidido em julho de 2016, ocasião em que o médico e o hospital foram obrigados a indenizar Alicea em um milhão de dólares, afirmando a Suprema Corte do Estado da Geórgia:

A Assembleia Geral há muito reconheceu o direito do indivíduo de controlar todos os aspectos de seus cuidados pessoais e tratamento médico, incluindo o direito de insistir no tratamento médico, recusar o tratamento médico ou ordenar que o tratamento médico seja suspenso. O Tribunal considerou que isso significa que “um objetivo claro da lei é garantir que, ao tomar decisões sobre os cuidados de saúde de um paciente, seja a vontade do paciente ou de seu agente designado, e não a vontade do provedor de cuidados de saúde, que domine.” [...]

Embora haja evidências em contrário, há muitas evidências de que, ao solicitar esse procedimento, o Dr. Catalano não estava agindo de boa-fé - na dependência honesta - em qualquer decisão que Alicea tivesse feito como mandatária de Stephenson. Em vez disso, as evidências apoiaram a conclusão de que o Dr. Catalano tomou a decisão sobre os cuidados de saúde por conta própria, no exercício de seu próprio julgamento médico e pessoal. (FINDLAW, 2016, tradução nossa)

No caso exposto, ficou provado que o profissional agiu conforme seus próprios preceitos, desrespeitando o que havia sido determinado tanto na diretiva feita pela paciente, quanto pela própria fala de sua neta que havia reiterado que não queria “atos heróicos” que a mantivessem viva a qualquer custo, agindo o médico de má-fé, desrespeitando a autonomia da vontade previamente firmada por Bucilla Stephenson, o que o levou à obrigação de indenizar.

No Brasil, em 2013, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul enfrentou na prática a temática de diretivas antecipadas de vontade, quando julgou a Apelação Nº 70054988266, na qual o Ministério Público ingressou com pedido de alvará judicial para suprir a vontade de João Carlos Ferreira e determinar a realização da amputação de seu pé esquerdo que estava em processo de necrose devido a lesão que sofreu em 2011, levando inclusive a um quadro de anemia aguda e emagrecimento progressivo que culminariam em uma morte por infecção generalizada, pois o idoso se recusava a seguir voluntariamente com a amputação.

Nos autos, foi atestado que o paciente se encontrava em pleno gozo de suas faculdades mentais, conforme laudo psiquiátrico, e também que ele havia feito um testamento vital no qual expressava a recusa pela prática de amputação, assim, mesmo que viesse a sofrer interdição, teria de ter respeitada sua decisão que havia sido previamente firmada por meio de tal instrumento. Ressaltou ainda o Relator Irineu Mariani que, conforme a Resolução Nº 1.995/2012 (Anexo A), esse documento afastaria a responsabilização do médico de terceiros

por não efetuar a amputação, pois estava apenas obedecendo à vontade do paciente em não se submeter ao procedimento, desprovidando o recurso.

APELAÇÃO CÍVEL. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. BIODIREITO. ORTOTANÁSIA. TESTAMENTO VITAL. 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. 2. O caso se insere no denominado biodireito, na dimensão da ortotanásia, que vem a ser a morte no seu devido tempo, sem prolongar a vida por meios artificiais, ou além do que seria o processo natural. 3. O direito à vida garantido no art. 5º, caput, deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa, previsto no art. 1º, 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. Ademais, na esfera infraconstitucional, o fato de o art. 15 do CC proibir tratamento médico ou intervenção cirúrgica quando há risco de vida, não quer dizer que, não havendo risco, ou mesmo quando para salvar a vida, a pessoa pode ser constrangida a tal. 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.** 5. Apelação desprovida. (RIO GRANDE DO SUL, 2013, grifo nosso).

Desse modo, é possível extrair que, com base na decisão proferida, a determinação feita no testamento vital inicialmente afasta a responsabilização médica por não efetuar a amputação, dada a disposição expressa e prévia do paciente de que este era seu desejo, mas por outro lado é possível considerar que se o profissional insiste em efetuar tal prática, a responsabilidade não poderá ser afastada da mesma forma, tendo em vista que feriu diretamente a disposição que havia sido materializada pelo paciente na forma de diretiva antecipada de vontade prevista na Resolução Nº 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina (Anexo A) e reconhecida pelo Tribunal, e portanto deve responder por tal ato.

Assim, apesar da ausência de previsão legislativa acerca das diretivas antecipadas de vontade, essa resolução cumpre esse papel reconhecendo tais disposições e vinculando o corpo médico a sua observância, resguardando ao paciente, representado por seus familiares, ou mesmo sua família, o direito de recorrer à justiça para responsabilização subjetiva do profissional que a inobservou, tanto no tocante ao ressarcimento material, com o custeio de despesas hospitalares, quanto pelo caráter extrapatrimonial da lesão, visto o prolongamento de um quadro inevitável que apenas estendeu mais o sofrimento do lesado e de seus familiares.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Bioética e o Biodireito apresentam dois conceitos diferentes, porém que devem caminhar juntos com a constante evolução no âmbito das ciências biomédicas, pois visam estabelecer limitações éticas e legais em tais práticas, buscando manter intactos os valores morais e sociais, sendo a temática das diretivas antecipadas de vontade afeta a ambos os ramos, pois tanto tem desdobramentos éticos quanto jurídicos.

O chamado princípalismo bioético surgiu como diretrizes obrigatórias a serem observadas dentro do âmbito da prática médica, mantendo estreita ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana e assegurando que os profissionais da área deverão visar a beneficência, o fazer o bem; a não-maleficência, não fazer o mal; a justiça, manter um tratamento igualitário e também não causar danos; e a autonomia, assegurando que a vontade do paciente deverá ser respeitada; tendo sido dado enfoque em tais princípios nas situações que se referem ao fim da vida, em que o paciente apenas aguarda por um resultado iminente, sem expectativa de melhora e cabe ao profissional considerar se o benefício está em manter a mera vida biológica e manter a aplicação de tratamentos infrutíferos, ou trazer apenas os cuidados paliativos para que haja uma morte digna.

No tocante à autonomia é possível analisar práticas médicas que podem levar ao óbito do paciente, seja ela humanizada ou não, como a eutanásia e o suicídio assistido, que são atualmente consideradas criminosas no ordenamento jurídico brasileiro, a distanásia, uma prática de obstinação terapêutica em que o profissional visa manter a qualquer custo a vida de outrem mesmo sem a possibilidade de reverter seu quadro, e a ortotanásia, que é prática legitimada no Brasil e assegura que o médico poderá ministrar os cuidados necessários para que seja aliviado o sofrimento do paciente, porém permitindo que a morte natural aconteça.

Como uma expressão da própria dignidade da pessoa humana e do exercício de sua autonomia, surgem as chamadas diretivas antecipadas de vontade, instrumentos através dos quais o paciente poderá atestar sua vontade no âmbito das práticas médicas, para o momento em que não mais esteja possibilitado de expressar-se, servindo então para orientar os profissionais sobre como proceder com base em seus próprios desejos.

Atualmente, essas diretivas não possuem uma legislação que as positive, porém são reconhecidas pela Resolução 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina (Anexo A), que foi declarada constitucional pelo Judiciário e também vincula os profissionais médicos. Tal norma reconhece duas espécies de diretivas: o testamento vital, documento pelo qual se declara os

tratamentos aos quais deseja ou não submeter-se quando incapaz de manifestar-se; e o mandato duradouro, onde escolhe alguém para tomar tais decisões nessa mesma situação, ambos mantendo observância aos requisitos do negócio jurídico para obterem validade, inclusive não podendo trazer previsões que vão de encontro à legalidade, como pedir a prática de eutanásia, mas afastando a distanásia e garantindo a prática de ortotanásia.

Por fim, trata-se do instituto da responsabilidade civil, que gera a alguém que atingiu outrem o dever de indenizar, e os pressupostos para sua configuração, quais sejam: a ação ou omissão, o dano e o nexos causal entre ambos; além de a classificação quanto à origem de tal obrigação de reparar, contratual ou extracontratual, e quanto à existência do elemento de culpa, subjetiva ou objetiva, que determinará aquele incumbido de responder pelo dano. No âmbito da responsabilidade civil médica, o profissional responde pessoalmente por suas práticas, conforme o artigo 14, § 4º do Código de Defesa do Consumidor, necessitando comprovar-se a culpa vista a natureza de sua profissão ser de meio, não respondendo nos casos de incidência de uma excludente de responsabilidade, seja a culpa exclusiva do paciente, culpa exclusiva de terceiros, caso fortuito ou força maior.

O médico tem a prerrogativa de se recusar a cumprir diretivas antecipadas de vontade no tocante a permitir que o fim da vida do paciente ocorra de forma natural sem intervenções fúteis, designando então outro profissional para que o faça, porém a ele é defeso descumpri-lo, tendo em vista sua vinculação à Resolução Nº 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina (Anexo A), que assegura as diretivas como instrumentos válidos que asseveram a vontade do paciente em não se submeter a tais procedimentos e, portanto, atingir a morte naturalmente, e com isso, em eventual violação ao disposto no testamento vital ou ao que for decidido pelo mandatário de um mandato duradouro, com o prolongamento artificial de vida que havia sido declinado, prolongando também a aflição e angústia, é cabível que o profissional seja responsabilizado e incumbido de indenizar material e moralmente o paciente, representado, ou seus familiares.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Adauto de. **Filosofias de Um Velho Casuístico**. 1. ed. São José dos Campos: O Autor, 2014.

ARAUJO, Thiago Luiz Rigon de; TOLOTTI, Jucelma Cássia Camara; CERDOTES, Angelica. **Direito em Cartaz: Nuances do Direito com a Sétima Arte**. Erechim: Editora Deviant, 2018.

BEAUCHAMP, Tom Lamar; CHILDRESS, James Franklin. *Principles of Biomedical Ethics*. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

BOLESINA, Iuri. **Responsabilidade Civil**. Erechim: Deviant, 2019.

BRASIL. Código de Ética Médica. **Resolução Nº 2.217, de 27 de setembro de 2018**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2019. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2021.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução Nº 1.805, de 9 de novembro de 2006**. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2006/1805>. Acesso em: 18 dez. 2020.

BRASIL. Conselho Federal De Medicina. **Resolução Nº 1.995 de 09 de agosto de 2012**. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995>. Acesso em 23 dez. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 fev. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei Nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 11 jan. 2021.

BRASIL. **Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 11 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 351178 SP 2001/0108187-8. Recorrente: Eduardo Libório Menniti e outros. Recorrida: Associação Hospital Alemão Oswaldo Cruz. Relator: Ministro Massami Uyeda. Brasília, DF, 24 jun. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, DF, 24 de novembro de 2008. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2049594/recurso-especial-resp-351178/inteiro-teor-12228499>. Acesso em: 22 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Mandado de Injunção nº 6825 DF 0014429-87.2017.1.00.0000. Agravante: George Salomão Leite. Agravados: Câmara dos Deputados, Senado Federal e Presidente da República. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, DF, 11 de abril de 2019. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 27 maio 2019.

Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768176802/agreg-no-mandado-de-injuncao-agr-mi-6825-df-distrito-federal-0014429-8720171000000/inteiro-teor-768176812?ref=amp>. Acesso em: 20 fev. 2021.

BRASÍLIA. 14^a Vara da Justiça Federal do Distrito Federal. **Ação Civil Pública Nº 2007.34.00.014809-3**. Requerente: Ministério Público Federal. Requerido: Conselho Federal de Medicina. Relator: Juiz Federal Substituto Roberto Luis Luchi Demo. Brasília, DF, 1 dez. 2010. Diário de Justiça. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2020.

BRAZ, Marlene; SCHRAMM, Fermin Roland; TELLES, José Luiz; REGO, Sérgio Tavares de Almeida; PALÁCIOS, Marisa. **Bioética: Algumas Datas e Acontecimentos**. Disponível em: <http://www.ghente.org/bioetica/historico.htm>. Publicado em: 23 ago. 2013. Acesso em: 15 dez. 2020.

CARDOSO, Álvaro Lopes. **O Direito de Morrer: Suicídio e Eutanásia**. Algueirão-Mem Martins: Publicações Europa-América, 1986.

CASSETTARI, Cristiano. **Elementos de Direito Civil**. 6. ed. Volume Único. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CASTRO, Danilo Fadel de. **A Não Incidência da Responsabilidade Civil Médica e o CDC**. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/cdc14.pdf?d=636680533763406696>. Publicado em: 24 jul. 2018. Acesso em: 13 jan. 2021.

CRIPPA, Anelise; PITHAN, Lívia Haygert; BONHEMBERGER, Marcelo. **Bioética como Análise de Casos**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2019.

CRUZ, Maria Luiza Monteiro da; OLIVEIRA, Reinaldo Ayer de. **A licitude civil da prática da ortotanásia por médico em respeito à vontade livre do paciente**. Brasília: Revista Bioética, v. 21, n. 3, set./dez. 2013. e-ISSN 1983-8034. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1983-80422013000300004>. Acesso em: 10 jan. 2021.

CULPIS, Adriano de. **Direitos da Personalidade**. Lisboa: Livraria Moraes, 1961.

DADALTO, Luciana. **Distorções Acerca do Testamento Vital no Brasil**. Barcelona: Revista de Bioética y Derecho, Barcelona, n. 28, maio, 2013. e-ISSN 1886-5887. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.4321/S1886-58872013000200006>. Acesso em: 12 jan. 2021.

DADALTO, Luciana. **História do Testamento Vital: entendendo o passado e refletindo sobre o presente**. Barcelona: Revista *Mirabilia Medicinæ*, v. 4, jan.-jun. 2015. ISSN 1676-5818. Disponível em: <https://www.revistamirabilia.com/sites/default/files/medicinae/pdfs/med2015-01-03.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2021.

DADALTO, Luciana. **Reflexos Jurídicos da Resolução CFM 1.995/2012**. Brasília: Revista Bioética, v. 21, n. 1, jan./abr. 2013. e-ISSN 1983-8034. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/bioet/v21n1/a12v21n1>. Acesso em: 23 dez. 2020.

DALL'AGNOL, Darlei. **Bioética**. Rio de Janeiro: DPZA, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DURAND, Guy. **Introdução Geral à Bioética: História, Conceitos e Instrumentos**. São Paulo: Edições Loyola, 2007.

ESPOLADOR, Rita de Cássia R.; PAIANO, Daniela Braga. **Questões Atuais dos Negócios Jurídicos à Luz do Biodireito: Discussões Sobre Negócios Biojurídicos**. 1. ed. Londrina: Thoth, 2019.

FERNANDES, Thyco Brahe. **A Reprodução Assistida em Face da Bioética e do Biodireito**. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

FELLER, Nicolle. **As Diretivas Antecipadas de Vontade e a Responsabilidade Civil Médica**. Florianópolis: Revista da ESMEC, v. 24, n. 30, p. 351-370, 2017. ISSN 2236-5893. Disponível em: <https://doi.org/10.14295/10.14295/revistadaesmesc.v24i30.p351>. Acesso em: 14 jan. 2021.

FERRER, Jorge José; ÁLVAREZ, Juan Carlos. **Para Fundamentar la Bioética**. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

FIGUEIREDO, Antonio Macena de. **Bioética Clínica e sua Prática**. Brasília: Revista Bioética, v. 19, n. 2, p. 343-358, 2011. e-ISSN 1983-8034. Disponível em: https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/632/659. Acesso em 18 jan. 2021.

FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

FINDLAW. **Doctors Hospital of Augusta v. Alicea Administratrix**. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/ga-supreme-court/1741593.html>. Publicado em: 05 jul. 2016. Acesso em: 08 abr. 2021.

FRANKENA, William Klass. **Ética**. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.

PIVA, Jefferson Pedro; CARVALHO, Paulo R. Antonacci. **Considerações Éticas nos Cuidados do Paciente Terminal**. Brasília: Revista Bioética, v. 1, n. 2, 1993. e-ISSN 1983-8034. Disponível em: https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/download/491/308. Acesso em: 16 dez. 2020.

GOIANIA. 1ª Vara da Justiça Federal do Estado de Goiás. **Ação Civil Pública Nº 1039-86.2013.4.01.3500/Classe: 7100**. Requerente: Ministério Público Federal. Requerido: Conselho Federal de Medicina. Juiz Federal Jesus Crisóstomo de Almeida. Goiânia, GO, 14 de março de 2013. Diário de Justiça. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/liminar-resolucao-cfm-19952012.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2020.

GOLDIM, José Roberto. **Princípio da Beneficência**. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/benefic.htm>. Acesso em: 16 dez. 2020.

GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello Guerra; BENACCHIO, Marcelo (Coord.). **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2015.

IBGE. **Em 2019, expectativa de vida era de 76,6 anos**. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/29502-em-2019-expectativa-de-vida-era-de-76-6-anos#:~:text=Em%202019%2C%20expectativa%20de%20vida,anos%20%7C%20Agência%20de%20Notícias%20%7C%20IBGE>. Publicado em: 26 de novembro de 2020. Acesso em: 20 fev. 2021.

ENGELHARDT Jr., Hugo Tristram. *The Foundations of Bioethics*. Oxford University. New York: Press Inc., 1996.

KAREN ANN QUINLAN HOSPICE. **The History of Karen Ann Quinlann Made Headlines**. Disponível em: <https://www.karenannquinlanhospice.org/about/history/>. Acesso em 21 dez. 2020.

KUHNEN, Tânia. **Autonomia na bioética médica: a resposta do principialismo de Beauchamp e Childress à crítica de O'Neill ao triunfo da autonomia**. Brasília: Revista Brasileira de Bioética, v. 8, n. 1-4, p. 67-82, 2012. e-ISSN 1808-6020. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/rbb/article/view/8156/6753>. Acesso: 18 dez. 2020.

KUTNER, Luis. *Due Process of Euthanasia: The Living Will, A Proposal*. Indiana Law Journal, Volume 44, Issue 4, Article 2, 1969. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/232651207.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2020.

LIPPMAN, Ernesto. **Testamento Vital: o Direito à Dignidade**. São Paulo: Matrix, 2013.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Sucessões**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. v. 6.

MABTUM, Matheus Massaro; MARCHETTO, Patrícia Borba. **O debate bioético e jurídico sobre as diretivas antecipadas da vontade**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. São Paulo: Almedina, 2020.

MATIAS, João Luis Nogueira. **Relações Privadas, Direitos Humanos e Desenvolvimento nos 30 Anos de Constituição de 1988**. 1. ed. Fortaleza: Mucuripe, 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 10702052364735001. Apelante: Michel Alves de Faria. Apelados: Hospital Santa Genoveva LTDA e José Antonio Patrocínio. Relator: Rogério Medeiros. Uberlândia, MG, 10 de setembro de 2019. **Diário da Justiça**. Uberlândia, 12 set. 2019. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/756084117/apelacao-civel-ac-10702052364735001-mg/inteiro-teor-756085337?ref=juris-tabs>. Acesso em: 05 jan. de 2021.

MOLLER, Letícia Ludwig. **Direito à Morte com Dignidade e Autonomia**. Curitiba: Juruá, 2007.

MOURA, Niderlee e Silva Souza de. **O princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento para o livre exercício da personalidade humana e a autonomia de vontade do paciente**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/61417/o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana-como-fundamento-para-o-livre-exercicio-da-personalidade-humana-e-a-autonomia-da-vontade-do-paciente>. Publicado em: out. 2017. Acesso em: 16 dez. 2020.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil, Volume 7: Responsabilidade Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NEVES, Nedy Maria Cerqueira; Siqueira, José Eduardo de. **A bioética no atual Código de Ética Médica**. Brasília: Revista Bioética, v. 18, n. 2, p. 439 – 450. 2010. e-ISSN 1983-8034. Disponível em: https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/575/547. Acesso em: 20 dez. 2020.

PESSOA, Laura Scaldaferrri. **Pensar o Final e Honrar a Vida: Direito à Morte Digna**. São Paulo: Saraiva, 2013.

PITTELLI, Sergio Domingos. **O Poder Normativo do Conselho Federal de Medicina e o Direito à Saúde**. São Paulo: Revista de Direito Sanitário, v. 3, n. 1, 2002. e-ISSN 2316-9044. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/81294/84933>. Publicado em: 18 jun. 2014. Acesso em: 23 dez. 2020.

POTTER, Van Rensselaer. **Bioethics: a Bridge to the Future**. São Paulo: Edições Loyola, 2016.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

RIDOLPHI, Alencar Cordeiro; RANGEL, Tauã Lima Verdan. **Morte digna à luz da dignidade da pessoa humana: o direito de morrer**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-164/morte-digna-a-luz-da-dignidade-da-pessoa-humana-o-direito-de-morrer/>. Publicado em: 01 set. 2017. Acesso em: 17 dez. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70054988266. Requerente: Ministério Público. Requerido: João Carlos Ferreira. Relator: Irineu Mariani. Porto Alegre, RS, 20 de novembro de 2013. **Diário da Justiça**. Porto Alegre, 27 nov. 2013. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113430626/apelacao-civel-ac-70054988266-rs>. Acesso em: 20 fev. 2021.

ROCHA, Luiz Augusto Castello Branco de Lacerda Marca da; PEREIRA, Thiago Rodrigues. **O Direito de Morrer com Dignidade**. Ribeirão Preto: Revista Paradigma, v. 25, n. 1, p. 147-172, jan./jun. 2016. ISSN 2318-8650. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/147-172/712>. Acesso em: 16 dez. 2020.

RODRIGUES, Camila Mello e Silva Fortuna. **Direito à Morte Digna, eis a Questão**. Dissertação (Mestrado em Direito Público e Evolução Social). Universidade Estácio de Sá, Rio

de Janeiro, 2019. Disponível em: <https://portaladm.estacio.br/media/4679622/camila-mello-e-silva-fortuna-rodrigues.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2020.

SANCHES, Kilda Mara Sanchez y; SEIDL, Eliane Maria Fleury. **Ortotanásia: Uma Decisão Frente à Terminalidade**. Botucatu: Revista Interface, v.17, n. 44, jan./mar. 2013. ISSN 1807-5762. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-32832013000100003&lng=pt&tlng=pt. Acesso em: 19 dez. 2020.

SANTOS, Ana Célia de Julio. **Da Vida Humana e Seus Novos Paradigmas: a Manipulação Genética e as Implicações Na Esfera Da Responsabilidade Civil**. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina – UEL, Londrina, 2006. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/4109/3536>. Acesso em: 15 dez. 2020.

SANTOS, Daniel Abreu. **Reflexões Bioéticas Sobre a Distanásia a Partir de Caso Paradigmático**. Brasília: Revista Bioética, v. 22, n. 2, mai./ago. 2014. e-ISSN 1983-8034. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422014000200019. Acesso em: 19 dez. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

SOUSA, Milena Nunes Alves de; BEZERRA, André Luiz Dantasa; TIMOTEO, Rayrla Cristina de Abreu; SOUSA, Selda Gomes de. **Saúde e Bioética em Foco**. Curitiba: Appris Editora, 2018.

SOUZA, Yulian Lopes. **Uma Análise Ético-Filosófica da Morte Digna**. Joinville: Clube de Autores, 2020.

TAUB, Sara. **“Departed, Jan 11, 1983; At Peace, Dec 26, 1990”**. Disponível em: <https://journalofethics.ama-assn.org/article/departed-jan-11-1983-peace-dec-26-1990/2001-07>. Publicado em: julho de 2001. Acesso em: 20 fev. 2021.

TOMÉ, Patrícia Rizzo. **Responsabilidade Civil Médica**. Lisboa: Lisbon International Press, 2020.

V JORNADA DE DIREITO CIVIL. **Enunciados aprovados na V Jornada de Direito Civil: Enunciado Nº 258**. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal, 2011. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/597>. Acesso em: 26 fev. 2021.

ZUCCARO, Cataldo. **Bioética e Valores no Pós-Moderno**. São Paulo: Edições Loyola, 2007.

ANEXOS

ANEXO A - Resolução Nº 1.995 de 09 de agosto de 2012 do Conselho Federal de Medicina

Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes.

O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, no uso das atribuições conferidas pela Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, e pela Lei nº 11.000, de 15 de dezembro de 2004, e

CONSIDERANDO a necessidade, bem como a inexistência de regulamentação sobre diretivas antecipadas de vontade do paciente no contexto da ética médica brasileira;

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;

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;

CONSIDERANDO o decidido em reunião plenária de 9 de agosto de 2012, resolve:

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.

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.

§ 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.

§ 3º As diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares.

§ 4º O médico registrará, no prontuário, as diretivas antecipadas de vontade que lhes foram diretamente comunicadas pelo paciente.

§ 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.

Art. 3º. Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

ROBERTO LUIZ DAVILA

Presidente do Conselho

HENRIQUE BATISTA E SILVA

Secretário-geral

ANEXO B - Resolução Nº 2.232 de 17 de julho de 2019 do Conselho Federal de Medicina

Estabelece normas éticas para a recusa terapêutica por pacientes e objeção de consciência na relação médico-paciente.

O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, no uso das atribuições conferidas pela Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, alterada pela Lei nº 11.000, de 15 de dezembro de 2004, e regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, e pela Lei nº 12.842, de 10 de julho de 2013,

CONSIDERANDO que a Constituição Federal (CF) elegeu a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República;

CONSIDERANDO o Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), em especial o inciso I do § 3º do art. 146, que exclui a tipicidade da conduta nos casos de intervenção médica sem o consentimento do paciente, se justificada por iminente perigo de morte;

CONSIDERANDO o disposto no Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2012) em relação à capacidade civil, à autonomia do paciente e ao abuso de direito;

CONSIDERANDO o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990);

CONSIDERANDO que a Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001, assegura direitos e proteção a pessoas com transtorno mental e autoriza sua internação e tratamento involuntários ou compulsórios;

CONSIDERANDO o normatizado pelo Código de Ética Médica em relação aos direitos e deveres dos médicos e a autonomia dos pacientes;

CONSIDERANDO a Resolução CFM nº 1.995/2012, que dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade;

CONSIDERANDO que os Conselhos de Medicina são, ao mesmo tempo, julgadores e disciplinadores da classe médica, cabendo a eles zelar e trabalhar, com todos os meios a seu alcance, pelo perfeito desempenho ético da medicina, pelo prestígio e pelo bom conceito da profissão e dos que a exercem legalmente; e

CONSIDERANDO o decidido na sessão plenária de 17 de julho de 2019, resolve:

Art. 1º A recusa terapêutica é, nos termos da legislação vigente e na forma desta Resolução, um direito do paciente a ser respeitado pelo médico, desde que esse o informe dos riscos e das consequências previsíveis de sua decisão.

Art. 2º É assegurado ao paciente maior de idade, capaz, lúcido, orientado e consciente, no momento da decisão, o direito de recusa à terapêutica proposta em tratamento eletivo, de acordo com a legislação vigente.

Parágrafo único. O médico, diante da recusa terapêutica do paciente, pode propor outro tratamento quando disponível.

Art. 3º Em situações de risco relevante à saúde, o médico não deve aceitar a recusa terapêutica de paciente menor de idade ou de adulto que não esteja no pleno uso de suas faculdades mentais, independentemente de estarem representados ou assistidos por terceiros.

Art. 4º Em caso de discordância insuperável entre o médico e o representante legal, assistente legal ou familiares do paciente menor ou incapaz quanto à terapêutica proposta, o médico deve comunicar o fato às autoridades competentes (Ministério Público, Polícia, Conselho Tutelar etc.), visando o melhor interesse do paciente.

Art. 5º A recusa terapêutica não deve ser aceita pelo médico quando caracterizar abuso de direito.

§ 1º Caracteriza abuso de direito:

I - A recusa terapêutica que coloque em risco a saúde de terceiros.

II - A recusa terapêutica ao tratamento de doença transmissível ou de qualquer outra condição semelhante que exponha a população a risco de contaminação.

§ 2º A recusa terapêutica manifestada por gestante deve ser analisada na perspectiva do binômio mãe/feto, podendo o ato de vontade da mãe caracterizar abuso de direito dela em relação ao feto.

Art. 6º O médico assistente em estabelecimento de saúde, ao rejeitar a recusa terapêutica do paciente, na forma prevista nos artigos 3º e 4º desta Resolução, deverá registrar o fato no prontuário e comunicá-lo ao diretor técnico para que este tome as providências necessárias perante as autoridades competentes, visando assegurar o tratamento proposto.

Art. 7º É direito do médico a objeção de consciência diante da recusa terapêutica do paciente.

Art. 8º Objeção de consciência é o direito do médico de se abster do atendimento diante da recusa terapêutica do paciente, não realizando atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência.

Art. 9º A interrupção da relação do médico com o paciente por objeção de consciência impõe ao médico o dever de comunicar o fato ao diretor técnico do estabelecimento de saúde, visando garantir a continuidade da assistência por outro médico, dentro de suas competências.

Parágrafo único. Em caso de assistência prestada em consultório, fora de estabelecimento de saúde, o médico deve registrar no prontuário a interrupção da relação com o paciente por objeção de consciência, dando ciência a ele, por escrito, e podendo, a seu critério, comunicar o fato ao Conselho Regional de Medicina.

Art. 10. Na ausência de outro médico, em casos de urgência e emergência e quando a recusa terapêutica trazer danos previsíveis à saúde do paciente, a relação com ele não pode ser interrompida por objeção de consciência, devendo o médico adotar o tratamento indicado, independentemente da recusa terapêutica do paciente.

Art. 11. Em situações de urgência e emergência que caracterizarem iminente perigo de morte, o médico deve adotar todas as medidas necessárias e reconhecidas para preservar a vida do paciente, independentemente da recusa terapêutica.

Art. 12. A recusa terapêutica regulamentada nesta Resolução deve ser prestada, preferencialmente, por escrito e perante duas testemunhas quando a falta do tratamento recusado expuser o paciente a perigo de morte.

Parágrafo único. São admitidos outros meios de registro da recusa terapêutica quando o paciente não puder prestá-la por escrito, desde que o meio empregado, incluindo tecnologia com áudio e vídeo, permita sua preservação e inserção no respectivo prontuário.

Art. 13. Não tipifica infração ética de qualquer natureza, inclusive omissiva, o acolhimento, pelo médico, da recusa terapêutica prestada na forma prevista nesta Resolução.

Art. 14. Revoga-se a Resolução CFM nº 1.021/1980, publicada no D.O.U. de 22 de outubro de 1980, seção I, parte II.

Art. 15. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

CARLOS VITAL TAVARES CORRÊA LIMA

Presidente do Conselho

HENRIQUE BATISTA E SILVA

Secretário-Geral