

**UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
CURSO DE DIREITO**

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO NA VIOLAÇÃO DO TESTAMENTO
VITAL**

Salvador – BA

2019

LUEIDE VIEIRA DA SILVA ARAÚJO MENDES

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO NA VIOLAÇÃO DO TESTAMENTO
VITAL**

Monografia apresentada ao curso de Direito da Universidade Católica do Salvador, como requisito parcial à obtenção de título de Bacharel em Direito, sob orientação da Profa. Ms. Florimar Viana.

Salvador – BA

2019

Resumo: o testamento vital é um documento elaborado com a finalidade de resguardar a manifestação de vontade acerca da recusa de tratamentos e procedimentos desnecessários. Assim, a autonomia do paciente, a autodeterminação e a dignidade da pessoa humana sustentam e garantem o cumprimento do testamento vital. No mesmo sentido, a observância da relação médico-paciente é imperiosa para a elaboração do testamento vital, já que através dela surge o consentimento informado, pilar da manifestação de vontade do enfermo. Em contrapartida, o ordenamento jurídico brasileiro não possui lei específica para regulamentação do testamento vital, entretanto, o Conselho Federal de Medicina na Resolução nº 1995/2012 dispõe sobre ele, de modo geral, ao regulamentar as diretivas antecipadas de vontade. Nesse sentido, tramitam no Senado Federal brasileiro dois projetos de leis que disciplinam o testamento vital de maneira peculiar, demonstrando avanço do instituto no país. Importante ainda é distinguir a eutanásia, distanásia e ortotanásia, uma vez que apenas esta última é permitida no Brasil, dessa forma, entende-se por eutanásia o acelerar da morte, enquanto a distanásia é o prolongamento artificial da vida e por último a ortotanásia é a morte correta que preza os cuidados paliativos, respeitando a morte ao seu tempo. Por último, salienta-se que a violação do testamento vital, pelo profissional da medicina, enseja responsabilidade civil do mesmo, sem prejuízo de demais sanções no âmbito penal e ético.

Abstract: living will is a document designed to safeguard the manifestation of will about the refusal of unnecessary treatments and procedures. Therefore, the patient's autonomy, self-determination and the dignity of the human person sustain and guarantee the fulfillment of the living will. In the same sense, the observance of the doctor-patient relationship is imperative for the elaboration of the living will, since through it arises the informed consent, pillar of the manifestation of will of the patient. On the other hand, the Brazilian legal system does not have a specific law to regulate the living will, however, the Federal Medical Council in Resolution nº 1995/2012 regulates it in general, by regulating the anticipated directives of will. In this sense, the Brazilian Federal Senate processes two bills that discipline the living will in a peculiar way, demonstrating the institute's advance in the country. It is still important to distinguish euthanasia, dysthanasia and orthatanasia, since only the latter is allowed in Brazil, in this way, euthanasia means accelerating death, whereas dysthanasia is the artificial prolongation of life, and finally ortho- the correct death that prizes palliative care, respecting death in its time. Lastly, it should be pointed out that the violation of the living will by the medical professional, entails civil liability of the same, without prejudice to other sanctions in the penal and ethical framework.

Palavras-chave: Testamento vital; consentimento informado; dignidade da pessoa humana; relação médico-paciente; responsabilidade civil do médico.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	5
2. A RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE E O TESTAMENTO VITAL.....	6
3. CONSENTIMENTO INFORMADO COMO PRESSUPOSTO PARA ELABORAÇÃO DO TESTAMENTO VITAL.....	11
4. FUNDAMENTOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA APLICAÇÃO DO TESTAMENTO VITAL.....	16
5. REQUISITOS LEGAIS PARA O TESTAMENTO VITAL.....	20
6. ANÁLISE DA AUTONOMIA PROFISSIONAL DO MÉDICO E A AUTONOMIA DO PACIENTE.....	26
7. A LACUNA LEGISLATIVA E A JURISPRUDÊNCIA ACERCA DO TESTAMENTO VITAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	30
7.1 RESOLUÇÃO Nº 1995/2012 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA.....	36
7.2 PROJETOS DE LEIS Nº 149 E Nº 267 E A VALIDADE DO TESTAMENTO VITAL NO ORDENAMENTO PÁTRIO.....	38
8. A ORTOTANÁSIA NA PERSPECTIVA DA LICITUDE QUANTO AO CONTEÚDO DO TESTAMENTO VITAL.....	41
9. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO.....	46
10. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	50
11. BIBLIOGRAFIA.....	52

1. Introdução

O assunto do presente estudo perpassa sobre a responsabilidade civil do médico na violação do testamento vital. O testamento vital é um documento que registra a manifestação de vontade do paciente terminal, elaborado quando do pleno gozo das faculdades mentais, com a finalidade de recusar determinado procedimento ou tratamento desnecessário. A problemática ocorre no questionamento de como se dá essa responsabilidade no desrespeito do testamento vital no direito contemporâneo brasileiro.

A figura da responsabilidade civil do médico é importante e imperiosa, vez que os serviços oferecidos pelos profissionais da medicina para a sociedade possuem uma carga significativa, uma vez que aos profissionais são entregue um bem, no qual deve ser respeitada em todas as suas vertentes, sendo este bem a vida.

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 eleva a dignidade da pessoa humana, pressupondo o direito à vida digna. Também a Carta Magna, ao lado do Código Civil de 2002 e legislações esparsas tratam da responsabilidade civil, estabelecendo que aquele que causa dano a outrem tem o dever de indenizá-lo. Isto posto, compreende-se que o tema escolhido tem sustentáculo em leis extremamente relevantes no ordenamento jurídico brasileiro.

A partir dos estudos realizados constatou-se a importância do testamento vital (espécie da qual é gênero as diretivas antecipadas de vontade) elaborado pelo paciente, documento este que o médico deve respeito, considerando a autonomia e autodeterminação do indivíduo, este foi o ápice para nos motivar a pesquisar sobre o assunto e encontrar arcabouço para desenvolvimento do trabalho de conclusão do curso do Direito.

As hipóteses que permeiam o presente trabalho se situam na formação dos médicos no sentido de cuidar e proteger a vida humana, por tal motivo entendem que o direito à vida é maior do que o disposto no testamento vital, além da ausência de legislação específica enfraquece o instituto e gera desconhecimento sobre o tema e sua importância e conseqüentemente acarretam inobservância e violação ao testamento vital.

O trabalho foi realizado através de pesquisas bibliográficas, consultas em legislações e buscas jurisprudenciais. O primeiro tópico retrata sobre a relação médico paciente como contribuição para a elaboração do testamento vital, devido à participação do paciente na relação de saúde, na sequência se discute o consentimento informado como pressuposto para elaboração do testamento vital, por conseguinte são analisados os fundamentos da dignidade da pessoa humana na aplicação do testamento vital.

Consequentemente, observa-se os requisitos legais para o respeito ao testamento vital e a análise da autonomia profissional do médico e a autonomia do paciente, bem como a lacuna legislativa e a jurisprudência acerca do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro, que se estende ao estudo da Resolução nº 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina e dos projetos de leis nº 149 e nº 267. Por último é apresentado à ortotanásia na perspectiva da licitude quanto ao conteúdo do testamento vital e a responsabilidade civil do médico na violação da manifestação de vontade do paciente.

2. A relação médico-paciente e o testamento vital: análise da participação do paciente na relação de saúde

Desde priscas épocas a relação médico-paciente enfrenta desproporcionalidades, histórica e gradativamente o médico era visto como uma figura mística, que possuía poderes curativos sobrenaturais; também existia o impasse do dano ocasionado pela incorreta conduta médica, ser considerado inevitável, tornando-se raro a busca por reparação dos danos; de maneira análoga a projeção do médico amigo da família, em que a relação era baseada na fidúcia, perante o erro médico, era incogitável demandar contra o profissional. Todo esse endeusamento do médico contribuiu para assimetria na relação médico-paciente ao longo dos anos (KFOURI NETO, 2018).

Na contemporaneidade, o profissional da medicina prossegue sendo visto como benfeitor, contudo, o agir do médico passou a ter uma análise mais rigorosa. Hodiernamente pode-se cogitar que o médico cometa erro inescusável - como o erro de diagnóstico grosseiro (KFOURI NETO, 2018) -, pratique imperícia inadmissível –

desconhecimento de qual técnica usar em determinado procedimento ou doença (LUI NETTO; ALVES, 2010) - ou efetue negligencia criminosa – omissão de notificação de doença contagiosa (PRATES, MARQUARDT, 2003) -, tal cenário contribui para a integração efetiva do paciente nas relações pessoais de saúde, não sendo apenas este o fundamento que justifica a participação do paciente, mas é um fator que concede espaço para o equilíbrio da relação médico-paciente que outrora era oscilante (KFOURI NETO, 2018).

Por motivos como esses supramencionados, surgiu a necessidade de inclusão do paciente nas relações pessoais de saúde, com o fito de mitigar o poder até então pleno do médico, que consistia no conhecimento (FOUCAULT, 2013) da ciência médica - no qual desabrochou a figura do paternalismo médico –, assim como conceder participação efetiva ao paciente. Essa ideia da inserção da participação ávida do enfermo na relação médico-paciente sobreveio da Escola Hipocrática, posto que o pai da medicina¹ reverberou que a prática desta consistia em três coisas: a doença, o paciente e o médico, acrescentando que o médico é servo da técnica, e que o paciente deve combater a doença juntamente com o médico (ALVES; FERNANDES; GOLDIM, 2012).

Com o avanço da tecnologia e a ascensão cada vez mais do capitalismo, a relação entre médicos e pacientes tem sido paulatinamente longínqua, ao considerarmos que: i) as consultas duram pouco menos que 7 minutos, denominada como consulta relâmpago, de igual modo, não se tem mais o contato direto do médico com o paciente, sendo marcado pela perda do espaço relaciona entre as pessoas; ii) os serviços médicos viraram material de consumo, onde o médico almeja atender o maior número possível de pacientes, sendo considerado ineficiente e não produtivo se não galgar determinada meta; e iii) as identificações dos pacientes, tem sido substituído por números ao invés de nomes, muitas vezes em decorrência do fenômeno do fracionamento do corpo humano, em que o ser humano é dividido entre especialistas, olvidando-se que o paciente é um ser biopsicossocial (SALLES, 2010). Em verdade, são fatores que causam distanciamento das pessoas, *in casu*, entre médico e paciente (LOPES, 2011).

¹“Medicina é, antes de tudo, terapia (curando, às vezes), alento (aliviando geralmente) e consolo (consolando sempre), tríade que explica o porquê do benefício obtido pelos pacientes desde há milênios, muito antes de a Medicina ser também ciência.” (GOTTSCHALL, 2007, p. 11).

A despeito dessas circunstâncias, a relação médico-paciente moderna deve ser apoiada em princípios bioéticos e na humanização da medicina, nas quais se almejam o reconhecimento da importância da sensibilidade diante do sofrimento do paciente – reafirmando o entendimento da alteridade -, guerreando para que realidade do estranho avaliando outro estranho seja superada. Aspira-se que os médicos e pacientes repensem o conceito da humanização da medicina, na qual constata que nada substitui o tratamento humanizado, nada é mais importante do que o médico que tem nome e rosto e que conhece o nome, rosto e história do seu paciente (LOPES, 2011).

Como contribuição para concretização e efetivação da relação médico-paciente existe a possibilidade do enfermo em casos de impossibilidade de exteriorização da sua vontade, fixar diretivas antecipadas de vontade, considerando que os médicos não são detentores exclusivos das decisões dos procedimentos e tratamentos nos quais os pacientes são submetidos. A questão não corresponde apenas ao conhecimento e poder do profissional da saúde, existem questões maiores para ser analisadas, como invasões das estruturas da dignidade e autonomia do paciente se ocorrer desrespeito às vontades do enfermo. Esses instrumentos raiaram para conceder ao paciente o exercício da sua autonomia privada e autodeterminação.

Mediante interpretação literária, as diretivas antecipadas de vontade (DAV) se bifurcam no mandato duradouro para cuidados de saúde e no testamento vital que possuem fundamento na manifestação de vontade para tratamento médicos, com o fito de assegurar o processo da morte digna do paciente ante a irreversibilidade da doença (DADALTO, 2018). Existem outras classificações de diretivas antecipadas de vontade, repetindo as já mencionadas e acrescentando uma terceira, que consiste na junção das demais (BOMTEMPO, 2012).

No Brasil há pouco estudo relacionado ao assunto em voga. As poucas reflexões existentes sobre o tema trazem imprecisão, no que concerne a considerar as Diretivas Antecipadas de Vontade sinônimo de testamento vital, entretanto, a lei federal americana denominada *ato de autodeterminação do paciente*², elaborou a

²Os EUA, mediante clamor público, aprovaram em 1991 a *Patient Self Determination Act* – Ato de Autodeterminação do Paciente – primeira lei federal que reconhece o direito á autodeterminação do paciente, traz em seu bojo a instituição das diretivas antecipadas como gênero de documentos de

distinção entre estes institutos e implementou a definição dos mesmos. É considerada uma norma importantíssima no estudo das diretivas antecipadas de vontade, que deve ser analisada como parâmetro para os demais países que não possuem legislação específicas sobre o tema, posto que foi a primeira Pátria a positivar os institutos e consolidá-los (DADALTO, 2018).

No que se refere à interpretação das diretivas antecipadas de vontade, os princípios bioéticos informam e auxiliam, sendo os mais expressivos o da autonomia, lealdade e o respeito às pessoas, reafirmando os princípios bioéticos universais da autonomia, beneficência, não-maleficência e justiça. (DADALTO, 2018).

Assim posto, o princípio da autonomia corresponde ao respeito às pessoas quanto às escolhas individuais nas quais devem ser acatadas, evocando a capacidade de autodeterminação do indivíduo e autorização para qualquer ato médico (MATSUMOTO, 2012). Já o princípio da beneficência se reflete no *benefacere* (SILVA, H., 2010) corresponde ao fazer o bem, não se confundindo com benevolência, posto que proceder com o bem é um dever que determina a obrigação moral dos profissionais da saúde, isto é, visar sempre o bem-estar do paciente (GUERRA; PIOVEZAN, 2012). Lado outro, o princípio da não-maleficência se baseia no *primum non nocere* (NEVES; SIQUEIRA, 2010) traduz em primeiro não prejudicar, causar dano, dor ou sofrimento desnecessário ao paciente, onde se requer apenas o não fazer (SILVA, H., 2010). Por último, mas não menos relevante, o princípio da justiça é aquele que compreende a igualdade na distribuição de recursos, alcançando o maior número de pessoas possível, este princípio traz reflexão sobre cooperação social, minimização das injustiças sociais, construção da cidadania global e a obrigação ética de tratamento moralmente correto e adequado (NEVES; SIQUEIRA, 2010).

Nessa linha de raciocínio, voltando para a espécie de DAV, o testamento vital tem em seu termo um equívoco quanto ao verdadeiro significado, visto que seu conceito não coaduna com a realidade da sua aplicabilidade. O erro no termo se dá pelos efeitos e conteúdo do testamento *ipsis litteris*, no qual não se adéqua ao testamento vital, na medida em que não é uma disposição de última vontade, tal

manifestação de vontade para tratamentos médicos, do qual são espécies o testamento vital e o mandado duradouro (DADALTO, 2018).

como o testamento vital é, que deve produzir seus efeitos antes da morte e não depois dela, ainda o teor da disposição deve ser uma manifestação personalíssima e extrapatrimonial (KFOURI NETO, 2018).

O surgimento do testamento vital ocorreu em 1967 por intermédio do advogado americano Luis Kutner, no ato em que redigiu um documento que constava o desejo de um paciente, recusando o tratamento diante do término da vida. Daí sobreveio leis nos Estados americanos que autorizava a fusão de vontades daquele que estabelece a sua declaração de vontade diante da doença terminal, com aquele que lhe representará quando não puder falar por si. Outro ponto digno de registro diz respeito aos Estados Unidos da América que foram os pioneiros em versar sobre as diretivas antecipadas de vontade no mundo, a partir deles desencadeou para outros países com diferentes posicionamentos sobre o tema. Compreende-se que as diretivas antecipadas de vontade repercutiram e ultrapassaram fronteiras (KFOURI NETO, 2018).

O testamento vital consiste no registro de manifestação de vontade através de um documento redigido por uma pessoa quando do seu pleno discernimento, com a finalidade de dispor sobre futuro cuidados, procedimentos e tratamentos médico que deseja ou não ser submetida em momentos de incurabilidade, tais quais: a doença terminal, estágio vegetativo permanente e demência avançada. Em verdade, o testamento vital é um documento hábil para registro de manifestação de última vontade, diante da impossibilidade de sua expressão, assegurando o indivíduo a ter uma morte digna, sem prolongamentos desnecessários (DADALTO, 2018).

O testamento vital é algo íntimo, no qual é cabível apenas ao indivíduo realizar. A individualidade e a intimidade estão interligadas, uma vez que possuem expressões com sentido aproximado, individual é algo que pertence a uma só pessoa e íntimo é aquilo que é inteiramente privado. Dessa forma, o testamento vital pertence a uma só pessoa em sua particularidade (KFOURI NETO, 2018).

Assim, mesmo a titularidade sendo apenas do enfermo, o testamento vital produz efeitos para todos, vinculando médicos, parentes, amigos, eventual procurador de para cuidados de saúde ou quaisquer outro que queira interferir, motivo pelo qual o disposto no testamento vital é a máxima expressão da autonomia

do paciente que é, antes da doença, um indivíduo, com direitos e vontades a ser respeitados (DADALTO, 2018).

Com isso, dar ao paciente a possibilidade de elaborar um testamento vital é um direito resguardado no Código de Ética de Medicina, onde garantir a informação adequadamente sobre a doença e a possibilidade de decidir sobre o tratamento é uma oportunidade do enfermo optar, se quer ou não, suspender intervenções que prolonguem inutilmente a vida com doenças incuráveis e terminais, pressupondo um consentimento com informação livre e esclarecida (SCOTTINI; SIQUEIRA; MORITZ, 2018).

3. Consentimento informado como pressuposto para elaboração do testamento vital

Entende-se por consentimento, de um modo geral, a anuência, a concordância, ou o simples estar de acordo (FERREIRA, 2010). No contexto em voga, o consentimento é percebido como o comportamento mediante o qual se autoriza alguém determinada atuação, sendo este enquadrado no consentimento para o ato médico, em que a atuação se baseia no âmbito físico-psíquico do paciente, com o intuito de melhoria na saúde do enfermo (KFOURI NETO, 2018).

A denominação consentimento informado surgiu em 1767 na Inglaterra em razão de um tratamento ortopédico em que os médicos, sem consultar o paciente, agiram e desta ação sobreveio danos desnecessários. Na ocasião o paciente acionou a Justiça, que condenou os médicos, fundamentando-se na inexistência de informação e de consentimento (KFOURI NETO, 2018). Após a Segunda Guerra Mundial, o consentimento informado evoluiu para o consentimento livre e esclarecido, porquanto volveu na manifestação do paciente desprendido de qualquer interferência externa, conformando o direito à informação com a autonomia do enfermo (DADALTO, 2018).

Passados séculos, o Brasil manifestou interesse sobre o tema e em 1978 o Ministério da Saúde publicou a Resolução Normativa 1/78, por meio de aspectos éticos da experimentação terapêutica e a informação de que o pesquisador/médico decidia se o consentimento do paciente se dava na forma oral ou escrita. Em 1981 o

órgão brasileiro responsável pela regulação das drogas e medicamentos elaborou um documento base, intitulado como Termo de Conhecimento de Risco que deveria ser utilizado para ensaios de medicamentos, contudo, este documento não alcançou o sucesso previsto (HARDY; BENTO; OSIS, 2002).

Em 1988 o Conselho Federal de Medicina (CFM), definiu que para elaboração de pesquisa com seres humanos era necessário o consentimento por escrito, com posterior elucidação aos sujeitos sobre a natureza e as consequências da pesquisa. Neste diapasão, no mesmo ano o Conselho Nacional de Saúde (CNS), estabeleceu o consentimento informado como uma concordância por escrito, no qual o indivíduo participante da pesquisa anui envolver-se no estudo inteiramente informado sobre os procedimentos e riscos, livre de quaisquer coerção (HARDY; BENTO; OSIS, 2002).

A incidência inicial do consentimento informado no Brasil ocorreu em relações médicas que envolviam pesquisas, conforme a Resolução 196/96 do CNS que estabelecia a pesquisa envolvendo seres humanos. Ademais, na ocasião dispôs sobre a obrigatoriedade de um Comitê de Ética em Pesquisa (CEP), com a finalidade de acompanhar o processo de informação ao paciente. Conjuntamente, esta Resolução determinou o que deveria constar no Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE) e a fiscalização pelo CEP sobre o conteúdo do TCLE, se realmente aduzia a realidade do paciente e se a concordância sobre a pesquisa era autônoma e livre (HARDY; BENTO; OSIS, 2002).

O Termo de Consentimento Livre e Esclarecido é um documento dado ao paciente pelo médico, ante à iminência de tratamentos ou pesquisas a serem efetuadas. Nele consta o consentimento informado do paciente, em que pressupõe a informação transmitida ao enfermo de forma clara e objetiva, exercendo sua autonomia, ao decidir em concordar ou recusar determinado procedimento. Não podendo olvidar que a prática médica não abarca plenitude em seus resultados, a cura ou o experimento é incerto, na ocasião em que o TCLE divide, entre o médico e o paciente, a responsabilidade por eventuais insucessos no resultado do tratamento ou procedimento (OLIVEIRA; PIMENTAL; VIEIRA, 2010).

Partindo de uma bioética principialista, o TCLE é elaborado com sustentáculo no princípio da autonomia - consagrada no ordenamento jurídico brasileiro como direito

fundamental, seguimento do princípio da dignidade da pessoa humana (AZEVEDO, 2010) – como exigência ética para resguardar a decisão do sujeito, por ser este autolegislator e autodirigido das suas vontades, não agindo e nem sendo interferido por influências alheias (JUNGES, 2007).

O termo autonomia encontra reforço no sentido de liberdade, nela reflete o poder que o indivíduo possui de efetuar suas livres eleições e por elas ser responsável (FARIAS; ROSENVALD, 2016). No que pese ao assunto em evidência, a autonomia encontra guarida nas ações e eleições autônomas que um indivíduo é capaz de realizar, com repercussão no campo da bioética, uma vez que discute sobre a disposição do seu corpo (JUNGES, 2007).

É possível que ocorram imprecisões na autonomia do indivíduo, isto é, pode suceder que pessoas autônomas realizem escolhas não-autônomas, da mesma forma, pessoas não-autônomas podem efetuar ações autônomas, motivo pelo qual torna-se imprescindível a reunião de requisitos do consentimento informado para que seja considerado válido (JUNGES, 2007). Dessa forma, a comprovação da competência, da comunicação, da compreensão, da voluntariedade e do consentimento são elementos estruturais essenciais para a configuração da validade do consentimento informado (NUNES, Rui, 2014).

A competência, neste contexto, se dá pela capacidade civil da pessoa gerir sua própria vida sucedendo em adquirir direitos e contrair deveres para si, como a expressão máxima da personalidade jurídica do indivíduo (DINIZ, 2012). Pode ela ser subdividida em capacidade de fato e capacidade de direito, a primeira é a aquisição de direitos e deveres, tendo como marco o nascimento com vida, a segunda sucede diante do exercício dos atos da vida civil, tendo como referência o discernimento. Não é absoluto o entendimento de que a capacidade civil se desabrocha do discernimento, posto que podem ser interpretados como institutos diferentes, uma vez que a capacidade civil é mera formalidade e o discernimento é o cerne do consentimento. Chega-se à conclusão de que o paciente não só precisa da

capacidade civil para ser considerado válido o consentimento informado, mas também ser detentor de discernimento³ (DADALTO, 2018).

A comunicação é o veículo da informação dada ao paciente impreterivelmente e tão somente pelo médico, devendo ser explicados minuciosamente os detalhes de sua condição física, os tratamentos a ser submetido, os riscos e tudo o que envolver o procedimento em iminência. Acompanhado da comunicação vem a compreensão, fator indispensável para a validade do consentimento, vez que deve ser clara e objetiva, de acordo com os ditames do Código de Defesa do Consumidor⁴ (OLIVEIRA; PIMENTEL; VIEIRA, 2010). Não se deve exigir uma explicação exaustiva, com termos médicos incompreensíveis pelo paciente, basta a adequada informação, sendo extraída dela a natureza, as consequências e os possíveis resultados da execução do procedimento (JUNGES, 2007).

A voluntariedade diz respeito à liberdade em decidir, ante a inexistência de controle externo, fragmentando-se em coerção, manipulação e persuasão. A coerção é a ameaça que constrange o indivíduo, ao ponto de se concordar com algo contrário a sua vontade; a manipulação é a influência intencional com subterfúgios emocionais em que altera a decisão pela mudança de percepção; e por último, a persuasão ocorre na influência intencional, mediante procedimentos racionais que impõe aceitação daquilo defendido por aquele que persuade. É rechaçado todo e qualquer controle externo que influencie a decisão do indivíduo em conceder o seu consentimento (JUNGES, 2007).

É essencial lembrar que a informação para obtenção do consentimento é mitigado por circunstâncias excepcionais que fogem do controle do médico, *verbi gratia*, o tratamento de emergência, onde o paciente necessita de intervenção médica imediata; o privilégio terapêutico, em que a informação prejudicará a saúde do paciente, reafirmando o princípio da não-maleficência; e o tratamento compulsório, em que diante de doença que ponha em risco a saúde da sociedade, é

³ Diante da incapacidade, o consentimento informado deverá ser veiculado por um representante ou um assistente do incapaz, para que os seus atos sejam válidos, por não ser capaz sozinho de realizar ato jurídico desta dimensão (OLIVERA; PIMENTEL; VIEIRA, 2010).

⁴ “**Art. 6º.** É direito do consumidor: (...) **III-** a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem” (CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, 1990).

dispensável o consentimento para o tratamento, dado o prestígio da coletividade em detrimento da vontade individual (OLIVEIRA; PIMENTEL; VIEIRA, 2010).

No regimento pátrio, o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, pode ser analisado para benefício de ambas as partes, vez que para o médico a assinatura do paciente no TCLE contribui para a sua proteção em supervenientes e possíveis ações judiciais, em virtude do compartilhamento da responsabilidade da escolha do tratamento e seus resultados. Por outro lado, o paciente, de maneira análoga é beneficiado, dado que evita a incidência do paternalismo hipocrático, na medida em que o médico deve informar a respeito do tratamento e possíveis insucesso deste (OLIVEIRA; PIMENTEL; VIEIRA, 2010).

Percebe-se que o TCLE manifesta sua importância na relação médico-paciente, quanto a existência do consentimento com finalidades terapêuticas, porquanto permite que o paciente interfira, outorgando o seu consentimento para autorização de avaliação, medicamento e prática de procedimentos necessários para um tratamento específico. Sustenta a relação médico-paciente o consentimento livre e esclarecido, considerando o diálogo e a colaboração entre as partes da relação de saúde (DADALTO, 2018).

O descumprimento do consentimento informado pode gerar responsabilidade civil ao médico, tendo em vista que este direito é um direito da personalidade, não uma mera escolha. No mesmo sentido, aduz o art. 14, §4º do Código de Defesa do Consumidor que a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais médicos será apurada mediante a verificação de culpa, a qual surge pela falta de informação, tendo em mente que o consentimento é um pressuposto indispensável para tratamento ou intervenções médicas. Indeniza-se o paciente por dano moral, devido ao impedimento de exercício da sua autonomia (KFOURI NETO, 2018).

Enfim, o consentimento⁵ é a decisão baseada nas informações prestadas, deve ser levado em conta tanto a sua manifestação positiva (consentimento em si), como

⁵ Há a figura do consentimento em branco, em que veicula a renúncia do paciente ao direito de consentir, outorgando ao médico um TCLE genérico. É a expressão da confiança no profissional de saúde. Sobre este tema, existem divergências doutrinárias, filiamos aquela em que rechaça esta modalidade, tendo em vista que não atinge a finalidade proposta pelo instituto que é comprovar que o paciente foi informado e nem a sua validade na inexistência de objeto determinado e determinável (OLIVEIRA; PIMENTEL; VIEIRA, 2010).

a sua manifestação negativa (dissentimento). Este último refere ao elementos de recusa, pressupondo a recusa informada de um tratamento desproporcional. Daí surge a importância do consentimento informado para o Testamento Vital, posto que não se nega aquilo que não se conhece (NUNES, Rui, 2014). O dissentimento é a expressão do direito de recusa e exteriorização do princípio da autonomia da vontade, infringir tal direito é cecear a liberdade de indivíduo em negar a realização de tratamento, mesmo depois de ser fartamente informado (OLIVEIRA; PIMENTEL; VIEIRA, 2010).

No ordenamento jurídico brasileiro, o consentimento informado é regulado por uma gama de normas – realidade que não atinge o do Testamento Vital -, tem-se como obrigação na Resolução nº 196/96 do Conselho Nacional de Saúde; previsto em oito resoluções do Conselho Federal de Medicina, sendo a primeira a nº 671/1975, e as subsequentes respectivamente nº 1544/1999, nº 1640/2002, nº 1643/2002, nº 1653/2002, nº 2056/2013, nº 2057/2013 e nº 2136/2015; regulamentado no Código de Defesa do Consumidor nos artigos 6º e 14, §4º; normatizado pelo Código Civil no artigo 15 e os referente à autonomia privada do indivíduo; e disposto pela Carta Maior do Brasil, a Constituição da República Federativa do Brasil, no art. 5º, XIV.

4. Fundamentos da dignidade da pessoa humana na aplicação do testamento vital

A dignidade da pessoa humana é o princípio fundamental mais prestigiado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, porquanto ocupa o espaço de fundamento do país, de acordo com o art. 1º, inciso III, transmitindo a ideia de que é o princípio mor, regendo todos os demais direitos e garantias (NUNES, Rizzato, 2018).

É considerado conceito de valor, notadamente devido à abertura de valoração em que comporta. Não sendo a melhor opção fixar um conceito uno, dessa forma, para orientar a noção da dignidade da pessoa humana devem ser observados cinco componentes essenciais: i) integridade física e espiritual, como algo que não se pode renunciar, uma vez que faz parte da individualidade da pessoa humana; ii)

garantia da identidade do indivíduo, como desenvolvimento da sua personalidade; iii) assegurar o mínimo existencial; iv) defesa da autonomia individual; e v) observância da igualdade (CANOTILHO, 1993).

O princípio da dignidade da pessoa humana possui forte ligação com os direitos humanos e os direitos fundamentais, posto que há repercussão no plano internacional e nacional. O Brasil sucedeu tardiamente no reconhecimento e posituação do princípio⁶ em discurso, a CRFB/88 foi a primeira das Constituições a elevá-lo a condição de fundamento do país. Já no âmbito externo surgiu o interesse de debate sobre o tema depois de 1945, com o fim do conflito militar global (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018).

Como já se analisou o conceito de dignidade da pessoa humana é uma cláusula aberta, uma vez que abrange diversas conceituações e interpretações (MABTUM, 2015, *apud* SARLET, 1998). Contudo, entende-se por dignidade a condição intrínseca à pessoa humana, especificamente por ser exclusiva em comportar valor interno, que excede a qualquer preço e não permite nenhuma substituição equivalente (SILVA, J., 1998).

A essência do princípio em menção é proteger o ser humano, ante a iminência do poder estatal e dos demais indivíduos que compõem o coletivo (SILVA, J., 1998), de arbitrariedade, opressão, violações e demais desrespeitos à integridade da pessoa humana, com a finalidade de evitar os erros de outrora, a título de exemplos a segunda guerra mundial, ditadura militar e ataques terroristas, dentre outros.

Ao Estado cabe promover a dignidade da pessoa humana, vez que a ele pertence à incumbência de propiciar o bem comum, que se desdobra em todas as demais ações estatais, porquanto é o sustentáculo para interpretar o sistema legal brasileiro (MAGALHÃES, 2012). Logo, é o Estado que existe para a pessoa humana e não a pessoa humana para o Estado, sem o indivíduo o Estado não tem razão de ser (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018).

⁶ A Constituição de 1934 do Brasil inaugurou a disposição sobre a dignidade humana em sede constitucional, no art. 115: “a ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites é garantida a liberdade econômica” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018)

A maior incidência e reconhecimento da dignidade da pessoa humana como princípio mor do ordenamento pátrio sobreveio com o surgimento do neoconstitucionalismo e conseqüente instituição do Estado Democrático de Direito, marcados, dentre outros pontos, pela relevância dos valores constitucionais e aplicação da própria Constituição Federal de 1988. Assim, a dignidade humana deve ser interpretada sob um novo sistema constitucional, que preze o respeito ao disposto no texto da Carta Maior (VIEIRA, 2018).

Nesse diapasão, o ser humano deve ser respeitado em todas as esferas e acima de todo e qualquer interesse, a reverência a este se estende à sua dignidade e personalidade, desrespeitar tal feito é reduzir a pessoa à coisa. A dignidade exala no cotidiano do indivíduo, através de atos que autentica a sua autonomia e autodeterminação. No que concerne aos direitos da personalidade são aqueles que protegem o ser humano contra interferências externas, partindo do pressuposto da dignidade humana (MABTUM; MARCHETTO, 2015).

Importante salientar que a noção de dignidade da pessoa humana não é criação da ordem jurídica, os diplomas legais apenas reconhecem a sua existência, importância e abrangência, dado a peculiaridade do princípio ao ser humano, que engloba os demais direitos fundamentais, inclusive o direito à vida (SILVA, J., 1998). E este deve ser analisado mediante percepção protetiva, vez que é fonte original dos demais bens jurídicos, notadamente através desse direito subsiste a reprovação ao aborto, a eutanásia e as demais formas de agressão à vida, reafirmando o fundamento da dignidade da pessoa humana (SILVA, J., 2015).

O direito à vida compreende a vida digna como sendo aquela abarcada pelo mínimo existencial. O indivíduo deve ser tratado como o ser humano que é, reconhecendo a vida humana acima de toda e qualquer ação externa (MABTUM; MARCHETTO, 2015). *In casu*, na área da saúde, vida digna é considerar a qualidade de vida ou bem-estar em que o paciente se encontra, que deverá acarretar o seu total desenvolvimento com base no contexto em que vive, protegendo todas as formas de qualidade de vida (JUNGES *et al*, 2010).

Da mesma forma que existe o direito a uma vida digna, há o direito à morte digna, sendo esta conseqüência da primeira. Meramente é deixar que a natureza

siga o seu fluxo, sem interferência humana no processo morte (FARIAS; ROSENVALD, 2018). Partindo deste pressuposto que o prolongamento da vida artificial não é permitido no sistema brasileiro, a obstinação terapêutica também denominada distanásia é vedada na prática médica, porquanto não traz benefícios ao indivíduo, sobrevivendo apenas o atraso do inevitável: a morte. Ao causar sofrimentos desnecessários ao paciente, recai-se na violação da integridade física e moral, por conseguinte, viola a própria dignidade da pessoa humana. Nesta conjuntura, preza-se mais pela qualidade do pouco de vida que ainda resta, dispensando a quantidade em favor do bem-estar do enfermo (SANTANA *et al*, 2014).

Em contrapartida, a busca pela morte com dignidade é aquela referendada pela ortotanásia, resguardando que a morte deve ocorrer em momento oportuno, sem prolongamentos nem antecipação. A prática de deixar a morte transcorrer a seu tempo, com oferecimento de cuidados paliativos ao enfermo, para o controle de sua dor é posicionamento de total respeito à dignidade da pessoa humana (KOVÁČ, 2014). A decisão do indivíduo em optar por morrer naturalmente poderá ser veiculada mediante o testamento vital, que contribui para a efetivação da relação médico-paciente e assegura a autonomia do paciente e respeito à sua eleição, com a finalidade de controlar os procedimentos médicos desmedidos (BOMTEMPO, 2012).

Neste contexto, verifica-se por meio desta pesquisa o comportamento de humanização das práticas médicas, tendo em vista que é uma forma de assegurar a dignidade da pessoa humana nos estabelecimentos de saúde. Entende-se por humanização o ato de ser mais sociável, gentil ou amável (FERREIRA, 2010). De maneira análoga é interpretada no âmbito hospitalar, como tratamento e cuidado digno, solidário e acolhedor por parte dos profissionais de saúde aos enfermos (BACKES; LUNARDI; LUNARDI FILHO, 2006). A atitude de dispensar tratamento humanizado é ter a sensibilidade de perceber o outro como ser humano que é, detentor de dignidade humana. Dessa forma, recai em tratamento não humanizado procedimentos onerosos e que não trazem benefícios diante da terminalidade da vida, que almejam o prolongamento desta, quando na verdade distancia a qualidade de vida do enfermo, em que notoriamente na prática percebe-se a frieza dos

sentimentos que envolvem a relação médico-paciente e a não contemplação da dignidade da pessoa humana (MARENGO; FLÁVIO; SILVA, 2009).

A dignidade serve como freio para a atuação de demais direitos fundamentais, entretanto o oposto também ocorre, a exemplo da autonomia do indivíduo, em que se pode fazer o que lhe apraz, mesmo que viole a dignidade da pessoa humana. Por óbvio há limite ao limite da dignidade humana, porquanto existem direitos intangíveis, *verbi gratia*, tortura, trabalho escravo, entre outros. Estas limitações devem sempre ser conduzidas a luz do princípio da proporcionalidade e operam de maneira excepcional (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018).

É importante mencionar que diante de enfermidades não há exclusão da dignidade, já que esta independe de circunstâncias externas para existir, porquanto nenhum contexto pode alterar a natureza substancial da pessoa humana (MAGALHÃES, 2012).

Dessarte, a dignidade da pessoa humana é o núcleo do ordenamento jurídico brasileiro, ocupando o *status* de direito fundamental e fundamento da República Federativa do Brasil. É norte para o respeito ao ser humano, dentre suas diversas nuances, incluindo a sua autonomia e direito à vida e morte digna, com contribuição para a elaboração e aplicação do disposto no testamento vital.

5. Requisitos legais para o respeito ao testamento vital

A autonomia da vontade, ao lado da autodeterminação e do discernimento devem ser avaliados como requisitos legais para que o testamento vital seja respeitado.

Assim sendo, autonomia da vontade é compreendida como diretriz que o indivíduo determina para si, fundamenta-se na dignidade da pessoa humana, uma vez que é exigência natural do ser humano decidir, escolher e optar, sem ingerência de terceiros. Optar pelo simples querer, decidir de acordo com suas vontades e escolher consoante seus pré-conceitos e crenças. De maneira análoga, a autonomia conversa com vários direitos fundamentais, sendo o mais expressivo o

direito à liberdade, sendo a liberdade para demonstrar sua vontade (MOREIRA; DEGRAVA, 2018).

Por muito tempo se embaraçou o conceito de autonomia de vontade e autonomia privada, e nos dias atuais tal confusão ainda persiste. Rompendo esse equívoco, interpreta-se que a primeira atua no plano subjetivo, enquanto a segunda na esfera objetiva, entretanto, independente da categoria da autonomia, ela se ampara na liberdade do indivíduo (AMARAL, 2006).

A autonomia privada revela-se nas relações jurídicas de cunho patrimonial, cujas normas que as rege são de natureza cogente. A depender das circunstâncias a autonomia se demonstra de forma peculiar, como em casos de normatividade jurídica se apresenta na liberdade de se contratar; em situações que envolvam o domínio econômico se evidencia na liberdade de iniciativa privada e, por fim, exteriorizam-se em liberdades diversas espalhada na Constituição Federal de 1988, tais quais: as liberdades de associação, de matrimônio, de testamento, dentre outras (AMARAL, 2006).

Partindo do pressuposto de que a autonomia privada ganha forma nos negócios jurídicos, determinado a criação, modificação ou extinção das relações jurídicas do indivíduo, é importante frisar o surgimento da autonomia existencial, que se configura quando a autonomia privada vai além do espaço das regras jurídicas firmadas pela vontade das partes, atingindo os direitos da personalidade. Com efeito, é do apreço à dignidade da pessoa humana que surge a autonomia existencial (FARIAS; ROSENVALD, 2016).

Nada obstante, a autonomia privada é considerada o princípio fundamental do Direito Civil (AMARAL, 2006), cuja a regulamentação de uma das suas vertentes no Código Civil tem previsão no art. 421, *in verbis*:

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, observado o disposto na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. (CÓDIGO CIVIL, 2002).

Há previsão constitucional para a autonomia privada, no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, prevendo o direito geral de liberdade do indivíduo (SCHNEIDER, 2014), dentre outros dispositivos que atestam a liberdade contratual, tem-se o art. 170 que dispõe sobre a livre iniciativa, bem como o art. 1º, inc. IV que o eleva ao status de fundamento da República.

Por outro lado, a autonomia de vontade é a manifestação da liberdade individual, por ser considerada subjetiva, consubstancia em ato jurídico que o indivíduo delimita a forma, o conteúdo e os sujeitos de sua obrigação. Assim, a pessoa pode criar normas jurídicas, compreendendo que essa aptidão é concedida pelo Estado, de forma que só há uma complementação daquilo que ele dispõe. Acresça-se que os vícios de consentimento – coação, erro e dolo – são a expressão da violação da autonomia de vontade, uma vez que macula a liberdade individual de escolha, notadamente pela ingerência de terceiros na tomada de decisão (AMARAL, 2006).

A noção de autonomia da vontade não diz respeito à ampla liberdade, isto é, não é fazer o se quer, sem analisar a repercussão que os atos trarão no plano externo, respeitando o conceito de alteridade⁷. Contudo, retrata a noção que cada indivíduo tem do que é plenitude de vida e a busca por essa vida plena é a manifestação da autonomia e da dignidade da pessoa humana (DADALTO, 2018).

A previsão legal da autonomia da vontade está espalhada por todo o ordenamento jurídico, *verbi gratia*, o art. 5º, inc. X da Constituição Federal de 1988, que defende a intimidade, a vida privada, honra, dentre outros. Podendo ainda realizar interpretação extensiva ao princípio maior da Constituição Federal de 1988 previsto no art.1º, *caput*, da CRFB/88, como expressão de respeito às liberdades individuais de acordo com a dignidade humana.

O que se depreende dessa pesquisa é que o testamento vital deve ser analisado à luz de todas as modalidades de autonomia apresentada, vez que se encontra presente a autonomia privada ao firmar contrato de prestação de serviço com o hospital ou profissional da saúde, os quais deverão cumprir o disposto no testamento vital; a autonomia existencial por se tratar de conjunturas jurídicas existenciais, tal qual o direito à vida/morte digna e, por último, a autonomia da

⁷Fato ou qualidade de uma coisa ser diferente da outra, relacionado à diversidade (FERREIRA, 2010).

vontade pela escolha do indivíduo ser no sentido de não realizar certos tipos de tratamento.

No mesmo sentido, a autodeterminação se revela como direito fundamental, tendo em vista o histórico mundial de violações ao ser humano. Em verdade, são termos distintos (autonomia e autodeterminação), mas que se assemelham no sentido, já que possuem a mesma linha de partida que é a dignidade da pessoa humana e se expressam pelas escolhas e opções realizadas pelo indivíduo.

A autodeterminação é o corolário lógico da autonomia plena do indivíduo, pode ser comparado com o poder que o Estado tem de se autogovernar (RIBEIRO, 2006). É o resultado da escolha de recusar ou aceitar determinado procedimento médico, sendo assim a essência do testamento vital. O Estado da Califórnia nos EUA foi pioneiro em legislar sobre a autodeterminação, ao estabelecer o *Patient Self Determination Act* em 1991, sendo este o marco para o reconhecimento das diretivas antecipadas de vontade no mundo. No plano interno, o Estado de São Paulo, dispôs sobre direitos dos pacientes em recusar ou aceitar procedimentos através de informações esclarecidas acerca dos seus benefícios e riscos, por meio da Lei de Covas de 1999⁸ (MABTUM; MARCHETTO, 2015).

In casu, o desrespeito ao testamento vital, à recusa de determinados procedimentos e tratamentos pelo paciente e o desrespeito a ter uma morte digna é violação crassa ao direito de autodeterminação do indivíduo, que poderá resultar, inclusive, em responsabilidade penal, conforme ensinamento doutrinário:

Se o paciente recusa a operação que salvaria sua vida, ou a necessária internação numa unidade de tratamento intensivo, deve o médico abster-se de tais medidas e, se for o caso, deixá-lo morrer. Esta solução é deduzida, corretamente, da autonomia da personalidade do paciente, que pode decidir a respeito do alcance e da duração de seu tratamento (ROXIN, 2005).

Dos arts. 13º e 15º do Código Civil se extraem importantes dispositivos para o assunto em análise. O primeiro dispõe sobre os limites da disposição do próprio corpo, que segundo a literalidade do texto, deve pressupor autorização do médico.

⁸ Lei nº 10.241, de 17 de março de 1999.

Ora, não mais subsiste esta possibilidade, uma vez que já se superou o paternalismo médico no país, sendo, portanto, letra morta. Já o art. 15º é o protagonista da autodeterminação, posto que preconiza que ninguém será obrigado a se submeter a procedimentos médicos. Assim, reafirma o respeito que se espera diante do que prevê o testamento vital, sob pena de violação ao Código Civil (RIBEIRO, 2006).

Diante da ruptura da autodeterminação do indivíduo, surge o conceito de vulnerabilidade, de acordo com o Ministério da Saúde, na Resolução nº 196 de 10 de outubro de 1996, que estabelece as diretrizes e normas reguladoras que envolvem pesquisas em seres humanos. Sendo assim, entende-se por vulnerabilidade “estado de pessoas ou grupos que, por quaisquer razões ou motivos, tenham a sua capacidade de autodeterminação reduzida, sobretudo no que se refere ao consentimento livre e esclarecido”, que pode ser aplicada, por interpretação extensiva, aos casos de violação do testamento vital.

Nesse sentido, a partir da decisão do REsp 1.540.580-DF, o relator compreendeu que o direito à autodeterminação pressupõe o direito à informação, como garantia de respeito ao ser humano que se tem por trás do paciente. Acrescendo que tal ofensa à autodeterminação resulta em responsabilidade civil, com o fundamento de se retirar do paciente a opção de escolha ante o procedimento a ser realizado, ocasionando-lhe danos.

A outro giro, o discernimento é essencial para tomada de decisão, já que é a capacidade de anuir, concordar com algo que lhe é demonstrado. O discernimento possui íntima ligação com a capacidade jurídica que se revela em duas dimensões distintas: a de fato e a de direito. A capacidade de fato é a competência pessoal para praticar atos da vida civil, sem ajuda de outrem. Já a capacidade de direito está prevista no art. 1º do Código Civil, aduz que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. Partindo dessa definição, percebe-se a possibilidade das capacidades não se coexistirem, isto é, um indivíduo pode possuir a capacidade de direito – inerente à pessoa -, mas não possuir a capacidade de fato, é exemplo disto os menores de 16 anos (FARIAS; ROSENVALD, 2017b)

Outrossim, fala-se em capacidade civil plena, quando o indivíduo possui as duas modalidades de capacidade, é a junção da aquisição do direito com o exercício dele

por si só. A inexistência da capacidade de fato resulta no instituto chamado incapacidade civil, dele também se extrai duas modalidades, a incapacidade civil absoluta e a incapacidade civil relativa. Com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência em 2015 houve mudanças substanciais acerca do assunto, uma vez que afastou do rol dos incapazes a pessoa com deficiência, conforme dispõe o art. 6º da Lei nº 13.146/2015, vez que “a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa” e ainda o art. 84 aduz que “a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017).

Atualmente, o rol da incapacidade absoluta restou restrito aos menores de 16 anos, enquanto a incapacidade relativa permaneceu, com algumas alterações, dessa forma, são relativamente incapazes os maiores de 16 anos e menores de 18 anos, os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, as pessoas que por causas transitórias ou permanentes não podem exprimir sua vontade e o pródigo (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017).

Vale ressaltar que concernente o direito à saúde das pessoas com deficiência, também lhe é assegurado o respeito à sua autonomia, de acordo com o art. 18, §2º do Estatuto de Pessoas com Deficiência. Por toda a lei se encontra proteção à autonomia, reafirmando a importância de sua garantia, encontramos tal afirmação nos dispositivos que versam sobre o direito à habilitação e reabilitação, à educação, à assistência social e à tecnologia assistida. Demonstrando a unidade do sistema legal brasileiro no apreço pela dignidade da pessoa humana.

Por vezes, o discernimento é pressuposto de capacidade, visto que aquele que não pode expressar pessoalmente suas vontades, não poderá optar por determinada coisa. Assim, sem capacidade, sem discernimento, entretanto, há de se analisar em cada caso concreto, tendo em vista que alguns dos relativamente incapazes poderão possuir discernimento, mesmo sem capacidade civil e em muitas ocasiões o indivíduo que possui capacidade, pode não possuir discernimento. Conquanto, para as práticas médicas é necessário que a capacidade e o discernimento estejam associados (MABTUM; MARCHETTO, 2015).

Destarte, são pressupostos para a aplicação e respeito ao testamento vital a autonomia da vontade, a autodeterminação e o discernimento do paciente, devendo ser observado os dispositivos legais, bem como jurisprudências acerca do tema. Sem prejuízo da observância da autonomia profissional ante a autonomia do paciente.

6. Análise da autonomia profissional do médico e a autonomia do paciente

É imprescindível o estudo sobre a autonomia profissional do médico, tendo em vista que pode ser objeto de argumento para escusa de descumprimento ao testamento vital. Inicialmente, o Conselho Federal de Medicina prevê, mediante o Código de Ética Médica e Resoluções a avulsas nuances sobre a autonomia profissional do médico.

Merece destaque um dos princípios fundamentais do Código de Ética Médica:

CAP I, inc VII: O médico exercerá sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência ou a quem não deseje, excetuadas as situações de ausência de outro médico, em caso de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente (BRASIL, 2018).

Desse dispositivo se extrai que a vontade do médico deve ser considerada, não podendo ser instituída uma ditadura da vontade do enfermo (RESENDE, 2016). No caso concreto deverão existir ponderações, tendo em vista que nem a autonomia do médico, nem a do paciente são direitos absolutos. Em situações conflitantes entre as autonomias, o ideal é a solução ocorrer à luz dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

A incidência do regulamento em comento poderá suceder quando o médico declarar a objeção de consciência diante do testamento vital, por não concordar moralmente, religiosamente ou eticamente. Entretanto, mesmo nessa circunstância o médico deverá assistir o paciente de forma básica, para que não haja prejuízos ao enfermo, configurando assim mitigação à autonomia do médico (RESENDE, 2016).

Não se pode omitir que no ordenamento brasileiro há uma ponderação afirmativa no que diz respeito à autonomia do paciente. Compreendemos que essa inclinação ao paciente se justifica pela vulnerabilidade que este possui, notadamente pela posição em que se encontra: doente. Nesse sentido a Organização Mundial de Saúde considera saúde a plenitude do bem-estar físico, mental e social e não apenas à inexistência da enfermidade. Por óbvio, não há como equiparar a posição do médico – pressupõe que este goze de completo bem-estar – com a pessoa debilitada (SCLIAR, 2007).

Entretanto, em que pese a autonomia do médico diante da gerência do hospital, aquela subsiste a esta, uma vez que faz parte dos princípios fundamentais do Código de Ética Médica a escolha pelo médico do método a ser aplicado ao caso a cada situação, com exceção de critérios que poderão trazer benefícios ao enfermo, de acordo com o CAP I, inc. XVI do Código de Ética Médica.

De outro modo, em simples leitura ao Código de Ética Médica se identifica vedações ao médico, a título de exemplo: i) é proibido ir de encontro ao direito de decisão do paciente ou do seu representante legal, uma vez que estes são livres para deliberar acerca procedimentos, salvo em caso de iminente risco de morte, consoante o art. 31 do CEM; ii) é reprovável ocasionar dano ao enfermo, seja através do agir ou do omitir, mediante imprudência, negligência ou imperícia. Outrossim, a responsabilidade do médico é pessoal, não possuindo espaço para presumi-la, segundo o art.1º do CEM; e iii) é desautorizado a prática ou indicação de atos médicos supérfluos no país.

Por sua vez, a Resolução nº 2.144/2016 reafirma a autonomia do médico e do paciente, bem como dispor na exposição de motivos que o alvo é o equilíbrio entre a autonomia do enfermo e do profissional médico. Além de apontar a mudança na relação médico-paciente, que outrora era paternalista, entretanto, cada vez mais ganha participação do indivíduo, tendo como fruto deste avanço o reconhecimento da autonomia do enfermo.

O paternalismo médico é uma construção histórica, tinha mais incidência na época em que o médico era o detentor absoluto da tomada de decisão acerca de procedimentos de saúde, tal ato, por décadas se justificou devido ao poder

econômico do profissional da medicina, pelo conhecimento considerado poder e até mesmo pela reverência à figura médica (BEIER, 2010).

Existem diversas interpretações para a figura do paternalismo médico, motivo pelo qual existem correntes distintas, cujo ponto de partida está na gradação da autonomia do paciente, considerando-o como princípio clássico bioético. Dessa forma, quando não há ofensa à autonomia do paciente, o paternalismo existente é o brando, *verbi gratia*, é a vacinação obrigatória nos casos de pestilência. Lado outro, existe o paternalismo duro, consubstancia na agressão à autodeterminação do indivíduo (ALMEIDA, J., 2000).

Em contrapartida, cabe salientar que por longo período a incidência do paternalismo fundamentou-se nos princípios da não-maleficência e da beneficência. Aquele devido à opção de práticas que não causem dor, enquanto esta é realização de métodos em favor do benefício do paciente, podendo ser a cura ou alívio da dor. Em verdade, ainda há um impasse bioético acerca do paternalismo médico, uma vez que considerando a autonomia do médico suprime-se a autonomia do paciente e assim o contrário de perfaz (SILVA, H., 2010).

Pela análise realizada, pode-se dizer que, na realidade, existe mitigação do paternalismo médico no Brasil, com o aumento do reconhecimento da autonomia do paciente, podendo claramente afirmar que o país vive um paternalismo brando.

Por conseguinte, a autonomia do paciente ganhou mais espaço com o advento do novo Código de Ética Médica, que entrou em vigor no dia 30 de abril de 2019, ao reafirmar o direito da autodeterminação do paciente e o apreço pelos princípios bioéticos, inclusive o princípio da autonomia. Ademais, é considerado princípio fundamental do CEM a aceitação pelo médico das escolhas realizadas pelos enfermos, concernente aos tratamentos almejados ou não por eles, de acordo com o CAP I, inc. XXI.

Neste contexto, o médico não poderá restringir a autonomia do paciente, vez que o Código de Ética Médica veda tal ato pelo profissional da medicina, ao aduzir que é proibido dispensar a garantia do enfermo no desempenho dos seus direitos, tais quais: o direito de decidir livremente e o direito de escolher pelo seu bem-estar. É da mesma forma proibido, o médico se valer da sua autoridade para frear a

autonomia do paciente, segundo o art. 24 do Código de Ética Médica. Ainda no art. 31, é desautorizado o médico ofender a tomada de decisão do paciente ou do representante legal acerca da execução dos tratamentos e procedimentos.

A autonomia do paciente é a expressão da liberdade individual que tomou forma e substituiu o princípio da benevolência, que antes fundamentava o agir médico, sem a observância dos direitos individuais (ALMEIDA, J., 1999). Percebe-se que a partir de um sistema jurídico, que tem como núcleo a dignidade da pessoa humana, o indivíduo ganha notoriedade e respeito das suas deliberações.

O conceito de autonomia, nestas circunstâncias, não difere da autonomia em sentido amplo, em razão da essência do instituto – proteção da dignidade da pessoa humana. A peculiaridade da autonomia do paciente encontra-se nas questões sensíveis no âmbito da saúde, considerando o momento de fragilidade do enfermo diante, *in casu*, da terminalidade da vida. Assim, na interpretação da autonomia do indivíduo em ocasiões de saúde, deve-se analisar todo o contexto vivido pelo enfermo, para assegurar a sua autonomia e conseqüente dignidade humana nos últimos dias de vida.

É necessário que ocorra uma análise criteriosa, no que diz respeito à plenitude do paciente em se autogovernar, equivale a dizer, deverá ser apurado se a autonomia está maculada por alguma ingerência externa ou ainda se a própria situação psicológica – dor, aflição, angústia, desespero, entre outros sentimentos que permeiam os enfermos - do paciente afeta a integralidade da sua autonomia (BELTRÃO, 2016).

Conseqüentemente, a autonomia do paciente tem firme relação com os direitos da personalidade previstos no Código Civil de 2002, tanto é que o art. 15, fundamento da autodeterminação, está inserido no capítulo que regulamenta os direitos da personalidade. Por isso, o profissional da medicina deve respeitar a autonomia do paciente, não só pelo fato de está regulado nas normas deontológicas da classe, mas porque a lei ordinária federal a tutela (MABTUM; MARCHETTO, 2015).

Como já analisado em linhas acima, os conceitos dos institutos possuem correspondência, por causa da dependência que um tem do outro. Dessa forma, em

regra, para ter autonomia é necessário que o discernimento esteja presente, para se ofertar o consentimento informado é imprescindível autonomia para concordar e para efetividade da autodeterminação deve ser considerada a dignidade da pessoa humana. Todos esses institutos atuam em sincronia e merecem altíssimo respeito.

É importante destacar que a autonomia do paciente pode sofrer variável, posto que existem indivíduos que tem sua autonomia mitigada em razão da sua incapacidade. De fato, não se pode analisar o conflito autonomia *versus* incapacidade de maneira absoluta, tendo em vista que existe possibilidade de um incapaz escolher por si mesmo, é o caso dos menores de 16 anos que possuem discernimento (ALMEIDA, E., 2010).

Mesmo aquele que não pode deliberar por si próprio, deve ter um tratamento diferenciado, colocando em prática os princípios bioéticos da equidade e justiça, uma vez que tal indivíduo está em posição desigual aos demais, devido à restrição que possui, não considerar assim é tirar do enfermo a dignidade inerente ao ser humano. O ideal é observar aquilo que o representante legal ou o procurador para cuidados de saúde delibera e se tal ato não existir daí o profissional médico pode atuar com fulcro no princípio da beneficência⁹ (ALMEIDA, E., 2010).

Assim, constata-se que falar em autonomia, tanto a do profissional médico como do paciente é extremamente importante no cenário atual da relação médico-paciente, tendo em vista o avanço da participação do enfermo nas deliberações sobre tratamentos e procedimentos, bem como a relevância do consentimento informado. Percebe-se ainda que a regulamentação legal de tais institutos é essencial para o seu conhecimento e efetividade.

7. A lacuna legislativa e a jurisprudência acerca do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro

No Brasil, não há diploma legal que regule as diretivas antecipadas de vontade. Todavia, existe a Resolução do Conselho Federal de Medicina, nº 1995/2012, que

⁹ A inconsciência também reduz a autonomia do paciente, deve-se conceder o tratamento a este da mesma forma dos demais incapazes, seguindo a ordem respectivamente do testamento vital (autonomia do paciente), autonomia da família e autonomia do profissional médico (com base no princípio da beneficência) (DADALTO, 2018).

dispõe sobre o assunto, trazendo ao país a oportunidade de reconhecimento do instituto, depois de 36 anos de surgimento no mundo (KFOURI NETO, 2018).

Da mesma maneira, os efeitos do testamento vital e do mandato duradouro não encontram óbice, considerando a omissão legislativa, uma vez que estes institutos são instrumentos para o adiantamento do consentimento sobre aceitar ou recusar determinados procedimentos médicos. O próprio sistema legal brasileiro dispõe que o indivíduo pode fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, consoante reverbera o princípio da legalidade ampla e pela o que se extrai do art. 5º, inc. II da CRFB/88, assim sendo, a lei não veda a produção das diretivas antecipadas de vontade, devendo estas produzir seus efeitos normalmente (GODINHO, 2012).

A validade do testamento vital no direito brasileiro encontra arcabouço na dignidade da pessoa humana e na autonomia do indivíduo, já que o país se estrutura no Estado Democrático de Direito (DADALTO, 2018). Inúmeras são as razões para que as diretivas antecipadas de vontade estejam presentes no ordenamento jurídico nacional.

No plano internacional, existem alguns países que usufruem das diretivas antecipadas de vontade. Alguns com legislação específica, outros sem. Os pioneiros em versar sobre as diretivas antecipadas de vontade foram os Estados Unidos da América, a partir deles desencadeou para outros países de diferentes posicionamentos. Compreende-se, portanto, que as diretivas antecipadas repercutiram e ultrapassaram fronteiras (KFOURI NETO, 2018).

Vale destacar alguns países que dispõem sobre as diretivas antecipadas de vontade: i) na Inglaterra, não há lei para o cumprimento do que está disposto nas diretivas antecipadas de vontade, contudo, o indivíduo plenamente informado pelo médico tem a opção e o direito de recusar o tratamento. Essa declaração de vontade, juridicamente, vincula os médicos; ii) na Espanha existe lei que regulamenta as diretivas antecipadas de vontade, entretanto, a forma de ser elaborado difere de acordo com o regime escolhido, se for mediante documento público ou documento particular; iii) a França consagrou a possibilidade de qualquer pessoa denominar alguém para ser o seu procurador para cuidados de saúde ao lado dos médicos, podendo este ser da família, amigo ou o próprio médico

encarregado do caso; iv) na Itália inexistente norma que regule as diretivas antecipadas de vontade, mesmo assim elas possuem validade no ordenamento jurídico local; e por fim v) em Portugal também não há legislação específica acerca das diretivas antecipadas de vontade, conquanto se vale do princípio da legalidade, aquilo que não é proibido é permitido (KFOURI NETO, 2018).

Através do direito comparado e resoluções do Conselho Federal de Medicina, pode-se chegar a um modelo dos requisitos para aplicação do testamento vital no Brasil. Sendo assim, para validade do testamento vital é imprescindível que não haja recusa aos cuidados paliativos, no mesmo sentido, a disposição deve ser no sentido de recusar ou aceitar tratamentos supérfluos. Ainda, o disposto no testamento vital não pode colidir com preceitos previstos no ordenamento jurídico pátrio. Além disso, existem mais premissas a serem observadas, tais quais: a pessoa deve ter discernimento; o documento deve ser feito por escritura pública ou particular; o documento deve constar no prontuário médico do paciente; a revogação pode ocorrer a qualquer tempo e não há prazo de validade (DADALTO, 2018).

Acrescendo, há ainda categorias listadas que devem ser ponderadas, os valores e desejos é um deles, em que reverbera o embasamento do paciente para as deliberações médicas, o outro é a decisão sobre o fim de vida¹⁰, o centro das diretivas antecipadas de vontade. Outras disposições podem ser fixadas, inclusive o conhecimento da possibilidade de que através dos cuidados paliativos ocorra o prolongamento da vida. As diretrizes para a equipe médica devem existir, porquanto é indispensável que o médico anexe ou registre ao prontuário do paciente as diretivas. Por fim, a revogação mais uma vez se faz presente, reafirmando a essência das diretivas antecipadas de vontade: revogável (DADALTO, 2013a).

Assim sendo, verifica-se a demonstração de um modelo que o Brasil poderá seguir quando da edição da norma específica sobre as diretivas antecipadas de vontade, mais precisamente sobre o testamento vital. É um padrão completo que

¹⁰ É o gênero do qual comporta as espécies: doença terminal, estado vegetativo permanente e demências avançada. A doença terminal relaciona-se com a impossibilidade de cura com a iminência da morte. Já o estado vegetativo permanente diz respeito à inexistência de noções de si e do ambiente em que se encontra. Por fim, a demência avançada é marcada pela perda da consciência e autonomia do indivíduo (DADALTO, 2018).

valoriza os princípios bioéticos, princípios gerais e direitos individuais, tal como se deve proceder diante de assuntos pertinente a terminalidade da vida.

É certo que a lacuna legislativa enfraquece o instituto no país, entretanto, existem casos concretos que discutem as diretivas antecipada de vontade no Brasil. Não é assunto que se encontra apenas nas literaturas, por outro lado, não são números exorbitantes de fatos discutidos no Poder Judiciário brasileiro (MASSAROLI; FABRO, 2017). Dessa maneira, a primeira ocorrência a ser relatada, se dá na divergência entre o neto e o filho de uma paciente com doença grave, em que prevaleceu à autonomia da vontade da paciente, mesmo sem esta poder se manifestar, de acordo com a jurisprudência:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. MANTENÇA ARTIFICIAL DE VIDA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PACIENTE, ATUALMENTE, SEM CONDIÇÕES DE MANIFESTAR SUA VONTADE. RESPEITO AO DESEJO ANTES MANIFESTADO. Há de se dar valor ao enunciado constitucional da dignidade da pessoa humana, que, aliás, sobrepõe-se, até, aos textos normativos, seja qual for a sua hierarquia. O desejo de ter a “morte no seu tempo certo”, evitando sofrimentos inúteis, não pode ser ignorado, notadamente em face de meros interesses econômicos atrelados a eventual responsabilidade indenizatória. No caso dos autos, a vontade da paciente em não se submeter à hemodiálise, de resultados altamente duvidosos, afora o sofrimento que impõe, traduzida na declaração do filho, há de ser respeitada, notadamente quando a ela se contrapõe a já referida preocupação patrimonial da entidade hospitalar, que assim se colocando, não dispõe nem de legitimação, muito menos de interesse de agir. (Apelação Civil nº 70042509562, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Armínio José Abreu de Lima da Rosa, julgado em: 01/06/2011).

Com a simples leitura da jurisprudência, percebe-se que o relator considerou a vontade da paciente, mesmo sem feitura do testamento vital, com base no depoimento do seu filho. É o máximo zelo pela dignidade humana, sopesando o desgaste do tratamento, nas palavras do julgador é “ponderar-se o direito à vida, confrontando-o com o direito à dignidade da pessoa, o qual também se deve entender como a possibilidade de viver com dignidade e sem sofrimento”.

Não há dúvidas quanto à urgência de lei que regulamente as diretivas antecipadas de vontade no país, conquanto os conflitos acerca de manifestação de

vontade em caso de terminalidade de vida são cada vez mais frequentes, devido ao avanço e inserção do paciente na tomada de decisão na relação médico-paciente.

Nesse sentido, o Enunciado nº 37¹¹ da Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça reverbera que preferencialmente espera-se que as diretivas antecipadas de vontade sejam realizadas por escrito, por instrumento particular ou público, com duas testemunhas, entretanto, não há óbice para prática de outras formas de manifestações de vontade. Assim, a vontade da paciente mencionada no julgado acima está nos ditames do enunciado¹² em menção.

Seguindo as análises jurisprudenciais, esta demonstra a manifestação de vontade do paciente ante a doença grave, de modo consciente, em contraste com a recusa da madrasta, veja-se:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. DIREITO À SAÚDE. AUTORIZAÇÃO PARA REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. NEGATIVA DO PACIENTE. NECESSIDADE DE SER RESPEITADA A VONTADE DO PACIENTE. 1. O direito à vida previsto no artigo 5º da Constituição Federal não é absoluto, razão por que ninguém pode ser obrigado a se submeter a tratamento médico ou intervenção cirúrgica contra a sua vontade, não cabendo ao Poder Judiciário intervir contra esta decisão, mesmo para assegurar direito garantido constitucionalmente. 2. Ademais, considerando que “não se justifica prolongar um sofrimento desnecessário, em detrimento à qualidade de vida do ser humano”, o Conselho Federal de Medicina (CFM), publicou a Resolução nº 1.995/2012, ao efeito de dispor sobre as diretivas antecipadas de vontade do paciente, devendo sempre ser considerada a sua autonomia no contexto da relação médico-paciente. 3. Hipótese em que o paciente está lúcido, orientado e consciente, e mesmo após lhe ser explicado os riscos da não realização do procedimento cirúrgico, este se nega a realizar o procedimento, tendo a madrasta do paciente, a seu pedido, assinado termo de recusa de realização do procedimento em questão, embora sua esposa concorde com a indicação médica. 4. Por essas razões, deve ser respeitada a vontade consciente do paciente, assegurando-lhe o direito de modificar o seu posicionamento a qualquer tempo, sendo totalmente responsável pelas consequências que esta decisão

¹¹ **ENUNCIADO n.º 37:** As diretivas ou declarações antecipadas de vontade, que especificam os tratamentos médicos que o declarante deseja ou não se submeter quando incapacitado de expressar-se autonomamente, devem ser feitas preferencialmente por escrito, por instrumento particular, com duas testemunhas, ou público, sem prejuízo de outras formas inequívocas de manifestação admitidas em direito.

¹² Mesmo diante de equívocos de nomenclatura, o enunciado em comento demonstra o interesse do Brasil em regulamentar as diretivas antecipadas de vontade, ainda que de maneira incompleta (MABTUM; MARCHETTO, 2015).

pode lhe causar. NEGADO SEGUIMENTO AO RECURSO. (Agravo de Instrumento Nº 70065995078, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sergio Luiz Grassi Beck, Julgado em 03/09/2015).

Neste contexto, o paciente estava em plena condição de manifestação da sua vontade, sendo a declaração dele suficiente para o cumprimento da sua escolha, não devendo prosperar a ação da madrastra, já que a lucidez do enfermo e conseqüente discernimento estavam acionados. Dessa forma, o disposto no art. 15 deve ser aplicado nestas situações, conquanto ninguém é obrigado a se submeter a tratamentos médicos contra a sua vontade, *in casu*, o paciente deixou claro que não queria ser submetido a tal procedimento.

Ainda há uma apelação merecedora de destaque, considerando a idade do paciente e seu quadro psicológico, em que discute a existência ou não do discernimento de um idoso. Ora, ter idade avançada não diminui a autodeterminação, autonomia, muito menos a dignidade humana, optar pelo sim ou pelo não, independe desta condição, quanto à seara da psique o aludado atestou a lucidez do paciente, assim foi aceita a vontade manifestada pelo idoso em não optar pelo procedimento de amputação de um membro necrosado, *in verbis*:

EMENTA: 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. 2º, III, ambos da CF, isto é, vida com dignidade ou razoável qualidade. A Constituição institui o *direito à vida*, não o *dever à vida*, razão pela qual não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a tratamento ou cirurgia, máxime quando mutilatória. 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. (Apelação Cível Nº 70054988266, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, Julgado em 20/11/2013).

Pela demonstração das decisões acima, a jurisprudência gaúcha respeita a manifestação de vontade do paciente, seja ela realizada por escrito ou de forma oral, efetuada pelo próprio enfermo ou por se representante. Através desses julgamentos o instituto toma espaço no ordenamento brasileiro, urgindo ainda mais a necessidade de lei que regulamente as nuances acerca das diretivas antecipadas de vontade, que o Enunciado nº 37 e decisões citadas não conseguiram atingir.

Por fim, necessário se faz mencionar a Lei de Covas¹³, instituída no estado de São Paulo, que relata em seu art. 2º, inc. VII a possibilidade “consentir ou recusar, de forma livre, voluntária e esclarecida, com adequada informação, procedimentos diagnósticos ou terapêuticos a serem nele realizados”. Esta lei foi marcada pela situação em que se encontrava Mário Covas, o governador do Estado de São Paulo na época da instituição da lei, porquanto aduziu que a lei era também para ele, tendo em vista que possuía doença terminal e se valeu da lei para recusar o alongamento artificial da vida¹⁴.

De tudo se extrai que não há lei específica para regulamentar testamento vital, existem normas que dispõem sobre manifestação de vontade de forma genérica, bem como resoluções do conselho da classe médica e projetos de leis em trâmite no Senado Federal. Estas normas ajudam, mas não é o satisfatório para a valorização e efetividade do instituto no Brasil.

7.1 Resolução nº 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina

O Conselho Federal de Medicina é uma autarquia brasileira, segundo o art. 1º da lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957. É competente para editar resoluções que vinculam a classe médica, assim, através da Resolução nº 1997/2012, concede-se a elaboração de diretivas antecipadas de vontade, que proporciona ao indivíduo a

¹³ Lei Estadual nº 10.241 de 17 de março de 1999.

¹⁴ APC 70020868162.

efetivação do direito a morte digna, isto é, através dele o indivíduo declara sua vontade, para que em momentos de fim de vida não seja realizados procedimentos e tratamentos que não tem o condão de curar a enfermidade, tão somente tem a capacidade de prolar o sofrimento e a doença do enfermo. (FARIAS; ROSENVALD, 2018).

A referida resolução possui força de lei somente entre a classe médica, por isso não é considerada a legalização das diretivas antecipadas de vontade no país, mas não se deve ignorar que tal norma existe, notadamente pelo fato de conceder avanço, ainda que pouco, na existência do instituto no Brasil (DADALTO, 2013b).

Foi objeto de controle de constitucionalidade a resolução em comento, com alegação de que extravasava o poder regulamentar do Conselho Federal de Medicina, com justificativa de que permiti-la seria colocar em perigo a segurança jurídica, além de cecear o direito dos familiares. Conquanto, não progrediu¹⁵, especificamente pelo fato da resolução não criar leis, nem invadir a seara penal, além de respeitar o art. 5º¹⁶, inc. III da Constituição Federal da República e o art. 107¹⁷ do Código Civil. A única coisa que a resolução tem o condão de produzir é a garantia da manifestação de vontade do paciente (DADALTO, 2018).

Outrossim, a autonomia privada do indivíduo é o direito de manifestar a própria vontade, é um desdobramento da dignidade da pessoa humana. Diante dessa Resolução do CFM, é obrigatória a observância à autonomia privada do paciente terminal, como segurança de preceitos éticos e jurídicos. (FARIAS; ROSENVALD, 2018).

Dessa forma, o disposto na resolução vincula os médicos a cumprir o previsto nas diretivas antecipadas de vontade, não levando em consideração a posição dos familiares, de acordo com o art. 2, §3º da Resolução nº 1.995/12. Deve-se respeitar às diretivas antecipadas, visto que é o instrumento que declara a vontade do enfermo enquanto no pleno gozo das faculdades mentais. (FARIAS; ROSENVALD, 2018).

¹⁵ Processo nº 1039-86.2013.01.3500.

¹⁶ Art. 5º: (...) III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

¹⁷ Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

O papel do médico na feitura do testamento vital e consequentes diretivas antecipadas de vontade é tão somente o registro do documento em prontuário médico, consoante expressão do art. 2, §4º da resolução em voga (DADALTO, 2018), contudo há quem defenda que o profissional médico e o profissional jurídico deverão orientar o paciente na elaboração e no cumprimento do testamento vital, o advogado atuando como garantidor do cumprimento dos ditames do documento e o médico prestando esclarecimentos sobre os benefícios e malefícios dos procedimentos e tratamentos (MABTUM; MARCHETTO, 2015).

Na exposição de motivos da resolução, o relator prolatou justificativas para a existência da mesma, no sentido de ser necessária, devido ao impedimento de comunicação com o enfermo em fim de vida. Também é importante salientar que o fundamento da resolução baseia-se na necessidade de regulamentação sobre o tema sem previsão no ordenamento brasileiro, bem como orientar a classe médica no cumprimento das mesmas, inclusive na rejeição da prática da distanásia.

Com isso, a Resolução nº 1.995/12 traz mínima regulamentação do instituto, dividida em apenas três artigos que não alcança todos os detalhes do testamento vital, mais uma vez comprovando a necessidade de legislação específica sobre o tema que alcance as vertentes do discernimento, tipos de tratamentos e procedimentos que podem ser rejeitados em sede de testamento vital, os requisitos para aceitação desses, o seu registro, sua extensão, entre outras nuances passíveis de regulamentação (DADALTO, 2013b).

7.2 Projetos de leis nº 149 e nº 267 e a validade do testamento vital no ordenamento pátrio

No Senado Federal brasileiro tramitam dois projetos de leis que dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade sobre tratamento de saúde e acerca de cuidados médicos a serem submetidos os pacientes em situações específicas, sob o número 149 e 267, respectivamente.

O Projeto de Lei nº 149 de 2018 separa seu segundo artigo e incisos para conceituação de assuntos pertinentes ao tema, começando pela compreensão do

instituto em si, que considera as “diretivas antecipadas de vontade: manifestação documentada por ‘escritura pública sem conteúdo financeiro’ da vontade da pessoa declarante quanto a receber ou não receber determinados cuidados ou tratamentos médicos, a ser respeitada quando ela não puder expressar, livre e autonomamente, a sua vontade”, sendo este o testamento vital.

Ainda merece destaque o conceito de fase terminal de doença grave, segundo o art. 2º, inc. III do Projeto de Lei nº 149/2018, sendo este:

Estágio avançado de doença incurável e progressiva ou vítima de grave e irreversível dano à saúde, cujo prognóstico, em ambos os casos, seja de morte iminente e para a qual, de acordo com a melhor evidência científica, não exista perspectiva de melhora do quadro clínico mediante a instituição de procedimentos terapêuticos.

Pela transcrição dos conceitos acima, percebe-se que o projeto de lei caminha à regulamentação do testamento vital de forma a suprir lacuna legislativa e complementar resoluções do Conselho Federal de Medicina, porquanto traz todos os requisitos para a realização do instituto, tal como a previsão de quem pode elaborar, sendo toda pessoa maior e capaz, nos termos do art. 3º do PLS nº 149/18. Revela ainda possibilidade de revogação e modificação do testamento vital, de acordo com art. 4º, podendo ocorrer de forma parcial ou total, a qualquer momento e pode ser realizada de maneira verbal.

Interessa falar sobre a obrigatoriedade instituída pelo art. 5º, onde prevê que os profissionais de saúde deverão observar as diretivas antecipadas de vontade se estas estiverem devidamente registradas em cartório competente por meio de escritura pública (art. 3, §1º), o cumprimento vinculado alcança, da mesma forma, os familiares e responsáveis legais. No projeto de lei há previsão também para as hipóteses de não observância do testamento vital, que podem ocorrer em três ocorrências distintas, a saber: i) quando a manifestação da vontade do paciente estiver em desacordo com os ditames éticos médicos; ii) diante de perigo de morte iminente e dificuldade em ter acesso ao testamento vital; e iii) quando o disposto no testamento vital for obsoleto quanto aos progresso de tratamento.

O art. 9º incentiva a existência do testamento vital, uma vez que o profissional médico deve perquirir se o paciente possui tal documento, na sua inexistência o médico explicará o instituto e dará a oportunidade do paciente produzir o seu testamento vital. É uma excelente ideia para a propagação do instituto na sociedade brasileira e incentivo ao respeito da dignidade humana ao considerar a sua opinião sobre o procedimento e tratamento em que será submetido.

Com relação ao outro Projeto de Lei nº 267 de 2018, possui um conteúdo mais extenso, uma vez que aborda o tema de maneira mais exaustiva, especificando as situações que serão objeto do testamento vital, abrindo possibilidade para os maiores de 16 anos realizarem a elaboração documento, reafirmando a exclusão do absolutamente incapaz para a feitura do registro da manifestação da vontade, logicamente por carecer discernimento para tal ato.

Traz em seu bojo o conceito de testamento vital, no art. 2º, inc. I, do PLS nº 267/2018, sendo “considerado o documento no qual uma pessoa manifesta sua vontade, explicitando os cuidados, tratamentos e procedimentos aos quais deseja ou não ser submetida nas situações previstas no caput deste artigo”, sendo essas situações: doença grave, incurável, terminal, crônica em fase avançada e degenerativa também em fase avançada.

Os projetos de lei também abordam acerca das vedações da manifestação de vontade do paciente, porquanto há limites para a autonomia do paciente, em que pese não poder recusar os cuidados paliativos que concede ao enfermo um fim de vida digno, não se podendo elaborar o pedido de eutanásia, tendo em vista que é prática proibida pelo sistema brasileiro, há também a impossibilidade de dispor sobre conteúdo patrimonial no testamento vital, consoante o art. 3º do PLS 2267/18.

No projeto de lei em discussão também se encontram os deveres que os profissionais de saúde devem se ater, segundo o art. 6º: i) obedecer à vontade do paciente; ii) prestar informações técnicas aos declarantes; iii) utilizar os cuidados paliativos em todos os enfermos em fim de vida; iv) dar assistência emocional à família, dando apoio para a família internalizar a vontade do paciente; v) dar ciência ao Ministério Público acerca de ofensa à vontade do paciente; vi) não realizar a distanásia, conhecida como obstinação terapêutica. Por outro lado são direitos dos

profissionais de saúde suscitar a objeção de consciência quando o disposto no testamento vital colidir com suas concepções de vida, como também ter seu nome nas diretivas antecipadas de vontade quando tiver sido por ele orientado a elaboração dos documentos, consoante o art. 7º do PLS.

Os projetos de leis mencionados trazem a oportunidade de fixar as espécies das diretivas antecipadas de vontade no ordenamento jurídico brasileiro, para conceder a efetividade e garantia da vontade manifestada pelo paciente, permitindo a negativa de procedimentos e tratamentos desnecessários e concedendo cuidados paliativos para galgar uma morte digna.

8. A ortotanásia na perspectiva da licitude quanto ao conteúdo do testamento vital

Entende-se por ortotanásia a morte correta, a morte ao seu tempo certo, aquela que segue a correnteza natural da vida, sem prolongamentos artificiais que de nada trazem benefícios ao enfermo, pelo contrário conduz sofrimentos desnecessários em momentos sensíveis como a terminalidade da vida (JUNGES *et al*, 2010).

O ordenamento jurídico brasileiro não possui lei específica regulamentando a prática da ortotanásia, entretanto, o Conselho Federal de Medicina, editou a Resolução nº 1805/2006 na qual concede permissão ao médico em limitar ou suspender tratamentos que prolonguem a vida na fase terminal de doenças graves, todavia, também dispõe que devem ser mantidos cuidados necessários para que o paciente tenha sua dignidade assegurada, isto é, que tenha uma morte digna, sem sofrimentos e sem prolongamentos, apenas seguindo o fluxo natural da morte (DADALTO, 2018)

A Resolução nº 1805/2006 repercutiu negativamente, uma vez que o Ministério Público entendeu que o conteúdo da ortotanásia era contrária à lei¹⁸, significa dizer que, o ingresso da Ação Civil Pública teve como finalidade evidenciar que o CFM não possui competência para legislar sobre fatos que são considerados crimes. Ora, e realmente o CFM é incompetente para legislar sobre matéria penal, todavia, o

¹⁸ Por entender que ortotanásia se assemelha a eutanásia e assim se encaixar no tipo penal do art. 121 do Código Penal Brasileiro.

assunto aduzido na resolução não constitui crime, mas uma possibilidade do médico suspender tratamentos e procedimentos que não produzem resultado para o paciente, em respeito à dignidade da pessoa humana (DADALTO, 2018).

Por hora a resolução foi suspensa por entender que a prática da ortotanásia seria um encurtamento da vida, conquanto não progrediu, na justificativa de que o Conselho Federal de Medicina é competente para editar norma que verse sobre ética médica, claramente pela permissão dada ao médico de restringir ou impedir tratamentos ou procedimentos que amplie a vida (SANCHES; SEIDL, 2013).

Cabe ainda transcrição de parte da sentença que rejeitou o pedido de nulidade da Resolução nº 1.805/06, veja-se:

O médico deixa de intervir no desenvolvimento natural e inevitável da morte. Tal conduta é considerada ética, sempre que a decisão do médico for precedida do consentimento informado do próprio paciente ou de sua família, quando impossível for a manifestação do doente. Tal decisão deve levar em conta não apenas a segurança no prognóstico de morte iminente e inevitável, mas também o custo-benefício da adoção de procedimentos extraordinários que redundem em intenso sofrimento, em face da impossibilidade de cura ou vida plena¹⁹. (BRASIL, 2010)

A ortotanásia não deve ser tida como crime, uma vez que é a concretização de garantia dos princípios constitucionais do indivíduo. Não permitir a ortotanásia seria invadir a seara privada do indivíduo ao extremo, levando-o a forçadamente prosseguir com algo que não é de sua vontade, causando sofrimentos desnecessários (DADALTO, 2018).

Considera-se desrespeito à dignidade da pessoa humana a insistência em atos que não trazem resultados favoráveis ao indivíduo, pelo contrário, atos que trazem desconforto e agressão à seara pessoal, isto é, afronta aos direitos da personalidade. (FARIAS; ROSENVALD, 2018).

A dignidade da pessoa humana é o valor fundamental do ordenamento jurídico brasileiro, inerente a qualquer ser humano, com previsão legal na Carta Maior. Ela reflete na intangibilidade da vida humana, isto é, na intocabilidade da vida digna de

¹⁹ Processo nº 2007.34.00.014809-3

outrem. Lado outro, para a morte digna deve-se usar o mesmo pressuposto de ser algo particular, intangível por terceiros. Compreendendo dessa forma, fácil se torna aceitar que a morte é um consectário da vida, não podendo e nem merecendo tratamento distinto. Lembrando que a dignidade alcança o indivíduo na vida, como também na morte (FARIAS; ROSENVOLD, 2018).

É necessário distinguir da distanásia, eutanásia e ortotanásia, tendo em vista que muito se confunde esses institutos, fato este que não pode ocorrer devido às diferenças que possuem, bem como ao tratamento jurídico diverso dado a eles. A distanásia é o prolongamento da vida por meio de tratamento ou procedimento desnecessário, o foco não é o bem-estar do paciente, mas a busca pelo aumento dos dias de vida. A prática da obstinação terapêutica²⁰ não é bem vista no ordenamento brasileiro, tendo em conta a prorrogação do sofrimento do enfermo, porquanto não possuem probabilidade de cura nem evolução na qualidade de vida (JUNGES *et al*, 2010).

Já a eutanásia é prática proibida pelo ordenamento jurídico brasileiro, porquanto é processo que acelera a morte e o país valoriza a vida acima dos demais direitos, pois ela é pressuposto para a existência dos demais direitos, conquanto em um Estado Democrático de Direito, como nosso, não existe direito absoluto, nem mesmo à vida (ROCHA, 2014).

O Código de Ética Médica veda expressamente a prática da distanásia e da eutanásia, ao reverberar em seu art. 14º que é proibido ao médico “praticar ou indicar atos médicos desnecessários ou proibidos pela legislação vigente no País”. A primeira parte do dispositivo retrata dos atos supérfluos que não trazem benefícios aos pacientes, já a segunda parte percebe-se a vedação à eutanásia, uma vez que o ordenamento jurídico pátrio veda tal prática.

Ainda no Código de Ética Médica de 2018 há previsão proibitiva das práticas da eutanásia:

É vedado ao médico:

²⁰ A obstinação terapêutica é considerada má prática médica, de acordo com o próprio conselho de classe e deve ser distanciada independentemente de manifestação do paciente nesse sentido (GODINHO,2012).

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

Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal (BRASIL, 2018).

De maneira análoga, há no rol dos princípios fundamentais, a vedação à prática da distanásia:

CAP I, inc. XXII: Nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados (BRASIL, 2018).

Seguindo essa linha de raciocínio, nota-se que o Conselho Federal de Medicina segue o direito brasileiro, ao respeitar o direito à vida, entretanto não se pode confundir o direito à vida com o dever à vida. Mormente por ser um princípio fundamental deve ser interpretado à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, porquanto de nada vale ter o direito à vida e esta não ser digna, assim compreende-se que a maior expressão da dignidade humana é o indivíduo optar por uma morte digna (JUNGES *et al*, 2010).

A vida do enfermo terminal não pode ser submetida a prolongamentos contra a sua vontade, o intuito das diretivas antecipadas de vontade é evitar que isto ocorra, mesmo diante de opiniões médicas – eivadas de interesses diversos -, o que deve ser considerado é o direito do paciente ser observado mesmo diante da morte (FARIAS; ROSENVALD, 2018).

Dessa forma, o testamento vital instrumentaliza a ortotanásia, uma vez que este tem como finalidade a recusa de tratamentos ou procedimentos médicos extraordinários em casos de terminalidade de vida. Conquanto a prática da

ortotanásia, bem como o disposto no testamento vital devem assegurar os cuidados paliativos para os enfermos, consoante o parágrafo único do art. 41 do Código de Ética Médica.

Os cuidados paliativos são os cuidados aos indivíduos em situações de doença terminal para controle da dor, alcançando as dimensões física, psicológica, social e espiritual. A Organização Mundial de Saúde (OMS) define como “o cuidado ativo e total dos pacientes cuja enfermidade não responde mais aos tratamentos curativos”. Esses cuidados se estendem, da mesma forma, aos familiares, uma vez que a filosofia dos cuidados paliativos além do alívio da dor, do encarar o processo natural da morte, é também conceder apoio aos parentes do enfermo para compreensão do processo morte (MARTA; HANNA; SILVA, 2010).

Assim, a medicina paliativa defende a vida digna e o reconhecimento de que a morte é a consequência da vida, deste modo, os cuidados paliativos reafirmam a ortotanásia por defender, de igual modo, o morrer com dignidade, aproveitando os últimos dias ao lado do amor da família, sem tentativas frustradas de vencer a morte (MARTA; HANNA; SILVA, 2010).

Ademais, existe no Brasil um anteprojeto de reforma ao Código Penal, em que a desconsidera a ortotanásia como tipo penal do art. 121:

Art. 121. Não constitui crime deixar de manter a vida de alguém por meio artificial, se previamente atestada por dois médicos, a morte como iminente e inevitável e desde que já haja consentimento do paciente, ou na sua impossibilidade de ascendente, descendente, cônjuge ou irmão (CÓDIGO PENAL, 1940).

Assim sendo, não é crime a prática da ortotanásia no Brasil, porquanto é a expressão da autonomia do paciente e da dignidade humana, entretanto há muitas divergências enquanto ao instituto por considera-lo eutanásia, assim, urge a necessidade de desconsideração da ortotanásia como crime da forma como o anteprojeto prevê.

Dessarte, já que o objeto da ortotanásia – recusa de tratamentos extraordinários, desnecessários e supérfluos – está em consonância com o ordenamento brasileiro,

o profissional médico não pode desrespeitar a vontade do enfermo, entretanto se tal fato ocorrer acarreta em responsabilidade civil profissional.

9. A responsabilidade civil do médico no ordenamento brasileiro

A responsabilidade civil surgiu no processo de mitigação da vingança privada, porquanto, havia época em que a reação ao dano sofrido era impreterivelmente iminente, realizado de acordo com a ira e a força do indivíduo. O primeiro registro que se tem na humanidade, sobre a noção de ressarcimento do dano, advém da Lei do Tabelaio encontrado em livros primitivos, tal como a Bíblia Sagrada, em que preconizava sobre a reação de um mal injusto, permitindo a igualdade entre o mal sofrido e a resposta a este. É o conhecido olho por olho e dente por dente (NADER, 2016).

Com o passar do tempo, surgiu a responsabilidade aquiliana, que sucedeu da Lex Aquilia, propagando que o dono de determinado bem, tinha o direito de receber pagamento daquele que o deteriorou, como forma de penalidade. Deste fato se extrai o conceito de responsabilidade civil dos dias atuais, notadamente pela punição patrimonial da conduta que ocasiona dano. O conceito da lei aquiliana foi aperfeiçoado pela Escola do Direito Natural, ao aduzir que o dano é o motivo principal que enseja a indenização, ignorando, de certa forma, os elementos subjetivos: dolo e culpa (VENOSA, 2016).

Hoje, a responsabilidade civil ocorre diante da violação de um dever jurídico que tem potencialidade de ocasionar dano a outrem, constituindo assim um ilícito²¹. A responsabilidade civil pode ser considerada como reparação a um dano injusto resultante da violação de um dever geral de cuidado (FARIAS; ROSENVALD, 2017b). Em verdade, toda atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo o problema da responsabilidade, esta se destina a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano, sendo assim, a fonte geradora da responsabilidade civil é justamente este interesse de restabelecer a harmonia e o equilíbrio violado pelo dano (GONÇALVES, 2017).

²¹ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo (Código Civil, 2002).

A definição de dever jurídico é, de forma geral, um vínculo jurídico que gera a necessidade de cumprir aquilo que se é obrigado. É um gênero da qual a obrigação é espécie. Assim, de um dever jurídico violado, surge outro dever jurídico: reparar o dano (DAL COL, 2002).

São pressupostos essenciais da responsabilidade civil no direito brasileiro: conduta, nexos causal e dano. Entende-se pela conduta o comportamento humano voluntário que se desdobra na culpa ou no dolo, bem como na ação ou omissão. Já o nexos causal é a referência entre a conduta e o resultado, sendo este o pressuposto mais sensível de ser identificado, porquanto a causa dada ao resultado é o parâmetro para a obrigação de indenizar. Por outro lado, o dano é a lesão ao bem jurídico, constituindo aqui a essência da indenização, uma vez que sem sua presença não haverá o que reparar (CAVALIERI, 2015).

Superando as generalidades da responsabilidade civil, cumpre ingressar na responsabilidade civil do médico, objeto do nosso estudo. Inicialmente foi visualizada e configurada a partir dos insucessos profissionais dos médicos, tendo em vista que eram considerados magos, sacerdotes, curandeiros, entre outras denominações que demonstravam poderes curativos sobrenaturais, mesmo na inexistência da ciência já se cogitavam penalidades para os infortúnios cometidos pelas figuras médicas (KFOURI NETO, 2018).

No ordenamento jurídico brasileiro a responsabilidade do profissional da medicina repousa na culpa²², que poderá se desdobrar em negligência, imprudência ou imperícia. A culpa médica é algo complexo, dado que torna-se singular em cada caso concreto, porquanto se orienta na gravidade da culpa, entretanto, existem casos que ela não influencia na configuração da responsabilidade civil, mas na quantificação da indenização. Vale pontuar que a aferição da culpa é valorada pelo juiz, na observância dos casos a ele apresentados com auxílio da perícia, já que não possui conhecimento técnico na área médica (KFOURI NETO, 2018).

À vista disso, o Código de Ética Médica em seu art. 1º, preconiza que “é vedado ao médico ocasionar dano ao paciente, por ação ou omissão, podendo se desdobrar em imperícia, imprudência ou negligência”, acresce ainda no parágrafo único que “a

²² Art. 14, §4º: A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa (Código de Defesa do Consumidor, 1990).

responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida”. Desse modo, compreende-se que a responsabilidade civil do médico é subjetiva, posto que se apresenta mediante a culpa, de forma pessoal e sem margem para dúvida.

Considerando o desdobramento da culpa em negligência, imprudência e imperícia, necessário se faz destrinchar cada uma. A negligência é o ato omissivo praticado pelo médico, enquanto a imprudência é ato comissivo em que o médico age injustificada e precipitadamente, sem cautela alguma. Lado outro, a imperícia é a inobservância ou desconhecimento das normas técnicas de profissão, é na verdade o despreparo prático (CAVALIERI, 2015).

A responsabilidade médica é de natureza contratual, matéria já sedimentada pela jurisprudência, consiste em reparar o dano decorrente do descumprimento de uma obrigação prevista em contrato. Vale mencionar que os requisitos gerais estão presentes tanto na responsabilidade civil contratual como extracontratual, o que as distingue é a origem da obrigação, sendo a primeira advinda do negócio jurídico e a segunda decorre da lei (CAVALIERI, 2015).

Assim, é possível que a responsabilidade civil do médico recaia sobre a violação do testamento vital, uma vez que é dever legal e, portanto, dever jurídico do médico respeitar o disposto no documento que manifesta a vontade do enfermo, notadamente pela autonomia e dignidade humana do paciente, como também pelo vedação pelo Conselho Federal de Medicina em “desrespeitar o direito do paciente ou do seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas”, nos termos do art. 31 do Código de Ética Médica.

Nesse sentido, o testamento vital é personalíssimo, pertencente a uma só pessoa, que traduz a expressão dos seus direitos mais íntimos e sensíveis, não sendo passível de violação, entretanto, caso ocorra será rechaçada mediante responsabilidade civil, sem prejuízo das demais (KFOURI NETO, 2018).

É digno de menção o art. 951 do Código Civil, pois dispõe sobre a responsabilidade civil do profissional que no exercício de suas atividades causar morte do paciente, agravar o seu mal, provocar ao paciente lesão, ou ainda impossibilita-lo de trabalho, *in casu*, o dispositivo legal se enquadra na violação do testamento vital, em razão da intensificação da situação da qual o paciente se

encontra (terminalidade da vida), não apenas na concepção física, mas também na psicológica e espiritual, em que conseqüentemente acarreta lesão ao paciente, certamente pela invasão na seara privada.

Comete ilícito jurídico o médico que desconsidera as diretivas antecipadas de vontade, ato pelo enseja reparação pelo dano ocasionado. No assunto em voga, a conduta ocorre pela prática da obstinação terapêutica, que pode se expressar através da culpa, já o dano pode ser material, devido aos custos gerados pelo processo da morte, tendo em vistas que os tratamentos para paciente terminais possuem alto custo ou pode ser dano moral, notadamente pelo abalo psicológico que o paciente e a sua família sofre, ficando notório o prejuízo ocasionado pela prática médica. Por outro lado, o nexu causal é a inquietude psicológica ou os gastos desnecessários decorrentes da obstinação terapêutica (MABTUM; MARCHETTO, 2015).

Diante da prática do profissional da saúde que desrespeita o testamento vital e conseqüentemente a declaração de vontade do enfermo em fase terminal de vida, para a recusa de tratamentos ou procedimentos extraordinários, a culpa do médico se demonstra através da negligência, já que não analisou a existência da declaração de vontade do paciente (CRUZ; OLIVEIRA, 2013).

Ao transgredir a manifestação de vontade do enfermo o médico acaba realizando a obstinação terapêutica, isto é, descumprindo a ordem do paciente de não querer determinado tratamento ou procedimento, tendo em vista a situação de terminalidade (MABTUM; MARCHETTO, 2015). Como já estudado em linha acima, a distanásia (obstinação terapêutica) é contra os ditames as regras e princípios do ordenamento brasileiro, uma vez que não acarreta benefícios ao paciente e só aumenta o sofrimento, colidindo com o disposto no art. 5º, inciso III que preconiza que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”.

De maneira análoga, comete infração ética o médico que descumprir o testamento vital, certamente devido à contrariedade de valores éticos e morais que a classe médica defende, assim como a autonomia do paciente, desta forma, o Código de Ética Médica veda a prática da obstinação terapêutica em seu art. 41, que é o resultado do desrespeito ao testamento vital (MABTUM; MARCHETTO, 2015).

A repercussão do ato médico em que propõe o paciente a tratamentos contra a sua vontade, enseja o tipo penal de constrangimento ilegal, previsto no artigo 146 do Código Penal, aduzindo que “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”.

Nesse contexto, entende-se que a autonomia do paciente, a sua autodeterminação e dignidade da pessoa humana deve ser respeitada através do testamento vital, entretanto, se assim não ocorrer poderá surgir responsabilidade de ordem civil, ética e penal.

10. Considerações finais

O objetivo deste trabalho foi analisar a responsabilidade civil do médico na violação do testamento vital ao explorar as nuances da evolução da relação médico-paciente, vez que o enfermo deve atuar em conjunto com o profissional da medicina nas relações de saúde, cuja autonomia, autodeterminação e dignidade humana são valorizadas.

Da mesma forma, o consentimento informado, fruto do desempenho do enfermo na relação médico-paciente deve ser prestigiado para que haja a manifestação de vontade do enfermo sobre determinado tratamento ou procedimento. Toda ação realizada nas questões sensíveis como a saúde, deve ser respaldada na dignidade da pessoa humana, já que é o fundamento da República Federativa do Brasil.

É importante considerar o contexto da formação dos profissionais da medicina, em que a formação ocorre com base no cuidado e na proteção da vida humana, assim surge a sensação de que a vida deve ser resguardada em sua totalidade, conquanto, o direito à vida não se pode confundir com o dever a vida, já que se está for degradante foge dos parâmetros da dignidade da pessoa humana, maculando o ordenamento jurídico pátrio.

Por outro lado, a lacuna legislativa sobre o testamento vital no Brasil não impede o sua existência, mas contribui para o enfraquecimento do instituto, uma vez que a Resolução nº 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina a qual dispõe sobre as

diretivas antecipadas de vontade não alcança todos os conteúdos necessários, entretanto, tramitam dois projetos de leis que dispõem sobre as questões pertinentes ao tema.

Pelo fato de não existir lei específica sobre o testamento vital e conseqüentemente não ter previsão de sanção civil quanto à sua violação, propõe-se que esta deve ocorrer nos moldes da responsabilidade civil prevista no Código Civil de 2002, até que seja editada norma própria, evitando a impunidade dos profissionais da medicina na violação do testamento vital.

Além disso, deve-se considerar a obstinação terapêutica, tendo em vista que é o ponto nuclear para a responsabilidade civil do médico no desrespeito do testamento vital, porquanto a prática de prolongamento artificial da vida desrespeita o texto do testamento vital, uma vez que este veicula a rejeição de tratamentos e procedimentos desnecessários, possuindo como resultado danos de ordem material e moral ao enfermo.

Diante da inexistência de jurisprudência sobre o assunto, notadamente pela lacuna legislativa, e a partir dos estudos realizados, chega-se a conclusão de que a responsabilidade civil do médico na violação do testamento vital, segue os moldes da responsabilidade civil do médico genérica, que considera, *prima facie*, a relação jurídica entre o médico e o paciente uma relação contratual, sendo baseada na responsabilidade subjetiva, tendo em vista a incidência da culpa e a extensão do seu dano e nexos causal advindo da prática médica que resulte dano ao paciente.

Desse modo, a responsabilidade civil do médico na violação do testamento vital ocorre, em linhas gerais, pela conduta culposa do profissional da medicina em prolongar tratamento ou procedimento que foi dispensado pelo paciente, levando em consideração o nexos causal de que tal ato do médico resulta no acréscimo da dor de todas as ordens do enfermo. A modalidade da culpa deve ser aferida de acordo com o caso concreto, podendo manifestar-se como negligência ou imprudência.

Assim sendo, cabe ao julgador auferir o *quantum* deste ilícito, mediante as provas em direito admitido. Considerando os danos morais e materiais advindos do desrespeito ao testamento vital, de acordo com cada circunstância específica.

Com todo o exposto, depreende-se que é indispensável regulamentação específica acerca do testamento vital, bem como a consequência ao seu desrespeito, para que seja alcançado minúcias que envolvem o tema, restando a aplicação subsidiária da norma geral, enquanto ausente a norma própria.

11. Bibliografia

ALVES, Cristiane Avancini. FERNANDES, Marcia Santana. GOLDIM, José Roberto. Diretivas antecipadas de vontade: um novo desafio para a relação médico-paciente. Rio Grande do Sul: Revista HCPA 32(3), 2012. ISSN: 2357-9730.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Autonomia do paciente e direito de escolha de tratamento médico sem transfusão de sangue: mediante os atuais preceitos civis e constitucionais brasileiros. São Paulo: Rede Virtual de Bibliotecas, Localização: STF, 2010. (CDDir 341.2731).

ALMEIDA, José Luiz Telles de. Da moral paternalista ao modelo de respeito à autonomia do paciente: os desafios para o ensino da ética médica. Rio de Janeiro: Revista Brasileira de Educação Médica, 2000. V. 24, nº 1. ISSN 1989-5271

ALMEIDA, José Luiz Telles de. Respeito à Autonomia do Paciente e Consentimento Livre e Esclarecido: Uma Abordagem Principlista da Relação Médico-Paciente. Rio de Janeiro: Escola Nacional de Saúde Pública, 1999.

ALMEIDA, Eduardo Henrique Rodrigues de. Dignidade, autonomia do paciente e doença mental. Brasília: Revista Bioética, 2010. 18 (2): 381 – 395. ISSN 1983-8034

AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BACKES, Dirce Stein; LUNARDI, Valéria Lerch; LUNARDI FILHO, Wilson D. A humanização hospitalar como expressão da ética. São Paulo: Revista Latino Americana de Enfermagem, 2006. ISSN 1518-8345

BEIER, Mônica. Algumas considerações sobre o Paternalismo Hipocrático. Minas Gerais: Revista Médica de Minas Gerais, 2010. 20(2): 246-254. ISSN 2238-3182

BELTRÃO, Silvio Romero. Autonomia da vontade do paciente e capacidade para consentir: uma reflexão sobre a coação irresistível. São Paulo: Revista de Direito Sanitário, 2016. v.17 n.2, p. 98-116. ISSN 2316-9044

BOMTEMPO, Tiago Vieira. Diretivas antecipadas: instrumento que assegura a vontade de morrer dignamente. Barcelona: Revista de Bioética y Derecho, 2012. ISSN 1886-5887.

BRASIL. Código de Ética Médica. Resolução CFM nº 2.217, de 01 de novembro de 2018.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina (CFM). RESOLUÇÃO CFM nº 1805 de 28 de novembro de 2006.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina (CFM). RESOLUÇÃO CFM nº 1.995 de 31 de agosto de 2012.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina (CFM). Resolução CFM nº 2.144, de 22 de junho de 2016.

BRASIL. Justiça Federal do Estado de Goiás; primeira vara federal; sentença; processo nº 1039-86.2013.4.01.3500; cuidam os autos da Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal em desfavor do Conselho Federal de Medicina, visando a suspensão da aplicação da Resolução nº 1995/2012; Juiz Federal Substituto: Eduardo Pereira da Silva. Publicação: Goiânia, 21 de fevereiro de 2014. Disponível em: <https://testamentovital.com.br/wp-content/uploads/2018/05/senten%C3%A7a-ACP-testamento-vital.pdf>.

BRASIL. Ministério da Saúde. RESOLUÇÃO Nº 196, de 10 de outubro de 1996.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul; Apelação Cível nº 70042509562; Constitucional. Manutenção artificial de vida. Dignidade da pessoa humana. Paciente, atualmente, sem condições de manifestar sua vontade. Respeito ao desejo antes manifestado; Vigésima Primeira Câmara Cível; Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa; Data de Julgamento: 01 jun de 2011; Publicação: Diário da Justiça do dia 22/06/2011. Disponível em: [http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70042509562%26num_processo%3D70042509562%26codEmenta%3D4200429+CONSTITUCIONAL.+MANTEN%C3%87A+ARTIFICIAL+DE+VIDA.+DIGNIDADE+DA+PESSOA+HUMANA.+PACIENTE,+ATUALMENTE,+SEM+CONDICAO](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70042509562%26num_processo%3D70042509562%26codEmenta%3D4200429+CONSTITUCIONAL.+MANTEN%C3%87A+ARTIFICIAL+DE+VIDA.+DIGNIDADE+DA+PESSOA+HUMANA.+PACIENTE,+ATUALMENTE,+SEM+CONDICAO%3D%26num_processo%3D70042509562%26codEmenta%3D4200429+CONSTITUCIONAL.+MANTEN%C3%87A+ARTIFICIAL+DE+VIDA.+DIGNIDADE+DA+PESSOA+HUMANA.+PACIENTE,+ATUALMENTE,+SEM+CONDICAO%3D%26num_processo%3D70042509562%26codEmenta%3D4200429+CONSTITUCIONAL.+MANTEN%C3%87A+ARTIFICIAL+DE+VIDA.+DIGNIDADE+DA+PESSOA+HUMANA.+PACIENTE,+ATUALMENTE,+SEM+CONDICAO)

ESEJO+ANTES+MANIFESTADO++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70042509562&comarca=Porto%20Alegre&dtJulg=01/06/2011&relator=Arm%C3%ADnio%20Jos%C3%A9%20Abreu%20Lima%20da%20Rosa&aba=juris.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul; primeira câmara cível; agravo de instrumento; processo nº 70065995078; Agravo de instrumento. Direito público não especificado. Direito à saúde. Autorização para realização de procedimento cirúrgico. Negativa do paciente. Necessidade de ser respeitada a vontade do paciente; seção cível; relator Sérgio Luiz Grassi Beck. Publicação: diário oficial do dia 10 de set de 2015. Disponível em: [BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio grande do sul; primeira câmara cível; apelação cível; processo nº 70054988266; Apelação cível. Assistência à saúde. Biodireito. Ortotanásia. Testamento vital; Relator Irineu Mariani; Publicação: diário de justiça do dia 27 de novembro de 2013; Disponível em: \[BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio grande do sul; quinta câmara cível; apelação civil; processo nº 70020868162; Apelação cível. Transfusão de sangue. Testemunha de Jeová. Recusa de tratamento. Interesse em agir. Relator: Umberto Guespari Sudbrack; Publicação: 28 de agosto de 2007. Disponível em: \\[BRASIL. Tribunal Regional Federal; décima quarta vara federal; sentença; processo nº 2007.34.00.014809-3; trata-se de ação civil pública com pedido de antecipação de\\]\\(https://tjrs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8031792/apelacao-civel-ac-70020868162-rs.</p>
</div>
<div data-bbox=\\)\]\(http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=APELA%C3%87%C3%83O+C%C3%8DVEL.+ASSITENCIA+A+SAUDE.+BIODIREITO&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=AGRAVO+DE+INSTRUMENTO.+DIREITO+P%C3%9ABLICO+N%C3%83O+ESPECIFICADO+DIREITO+%C3%80+SA%C3%9ADE.+AUTORIZA%C3%87%C3%83O+PARA+REALIZA%C3%87%C3%83O+DE+PROCEDIMENTO+CIRURGICO&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&requiredfields=ct%3A3.crr%3A161.ccc%3A198&as_q=+#main_res_juris.</p>
</div>
<div data-bbox=\)](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=AGRAVO+DE+INSTRUMENTO.+DIREITO+P%C3%9ABLICO+N%C3%83O+ESPECIFICADO+DIREITO+%C3%80+SA%C3%9ADE.+AUTORIZA%C3%87%C3%83O+PARA+REALIZA%C3%87%C3%83O+DE+PROCEDIMENTO+CIRURGICO&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=AGRAVO+DE+INSTRUMENTO.+DIREITO+P%C3%9ABLICO+N%C3%83O+ESPECIFICADO+DIREITO+%C3%80+SA%C3%9ADE.+AUTORIZA%C3%87%C3%83O+PARA+REALIZA%C3%87%C3%83O+DE+PROCEDIMENTO+CIRURGICO&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&requiredfields=ct%3A3.crr%3A414.ccc%3A202&as_q=+#main_res_juris.</p>
</div>
<div data-bbox=)

tutela ajuizada pelo Ministério Público Federal contra o Conselho Federal de Medicina pleiteando o reconhecimento da nulidade da Resolução CFM n. 1.805/2006 e alternativamente sua alteração a fim de que se definam critérios a serem seguidos para a prática da ortotanásia; Juiz Federal Substituto: Roberto Luis Luchi Demo; Brasília, 1º de dezembro de 2010. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. TRF 5ª região; recurso Especial; processo nº 1540580; Recurso especial. Violação ao art. 535 do cpc/1973. Não ocorrência. Responsabilidade civil do médico por inadimplemento do dever de informação. Necessidade de especialização da informação e de consentimento específico. Ofensa ao direito à autodeterminação. Valorização do sujeito de direito. Dano extrapatrimonial configurado. Inadimplemento contratual. Boa-fé objetiva. ônus da prova do médico. Relator : Ministro Lázaro Guimarães. Publicado no DJe do dia 04 de setembro de 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/621592003/recurso-especial-resp-1540580-df-2015-0155174-9/relatorio-e-voto-621592021?ref=juris-tabs>.

BRASÍLIA. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Publicado no D.O.U do dia 7 de julho de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm.

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Lei nº 8.0798, de 11 de setembro de 1990.

CÓDIGO CIVIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

CÓDIGO PENAL. Decreto Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6ª ed., rev.,. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

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, 2013. 21(3): 405-411. ISSN 1983-8034.

DADALTO, Luciana. Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro. Brasília: Revista Bioética, 2013. 21(3): 463-476. ISSN 1943-8042.

DADALTO, Luciana. Reflexos jurídicos da Resolução CFM 1.995/12. Brasília: Revista Bioética, 2013. 21 (1): 106-112. ISSN 1983-8042.

DADALTO, Luciana. Testamento Vital. 4. ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2018.

DAL COL, Helder Martinez. Dever jurídico e direitos da personalidade. Publicado no CD-ROM Juris Síntese Millennium nº 36 jul-ago/2002. Editora Síntese – Porto Alegre-RS; e na Revista Eletrônica da Editora Forense: <http://www.forense.com.br/>.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. Volume 1: teoria geral do direito civil. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: contratos. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: parte geral e LINDB. 15. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: sucessões. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de direito civil: responsabilidade civil. 4. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Mini Aurélio: o dicionário da língua portuguesa. Coordenação de edição Marina Baird Ferreira. 8 ed. Curitiba: Psotivo, 2010.

FOUCAULT, Michel. A Arqueologia do saber. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Manual de direito civil: volume único. São Paulo: Saraiva, 2017.

GODINHO, Adriano Marteleto. Diretivas antecipadas de vontade: testamento vital, mandato duradouro e sua admissibilidade no ordenamento brasileiro. RIDB [Internet], 2012. 1(2): 945-978. Disponível em: <https://bit.ly/2FDt9hT>. Acesso em: 06/04/2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: responsabilidade civil. v.4.12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GOTTSCHALL, Carlos Antonio Mascia. Medicina hipocrática: antes, durante e depois. Porto Alegre: Stampa, 2007.

GUERRA, César Augusto; PIOVEZAN, Ronaldo Delmonte. Cap 11. Cuidados paliativos. Geriatria e cuidados paliativos. Organizado por Atílio Gustavo Blanco Barbos, Sandrini Darine Caldeira. 1ª ed. São Paulo: Medcel, 2012. ISBN 978-85-7925-166-5.

HARDY, Ellen; BENTO, Silvana Ferreira; OSIS, Maria José Duarte. Consentimento informado normatizado pela Resolução 196/96: conhecimento e opinião de pesquisadores brasileiros. Rio de Janeiro: Revista brasileira de ginecologista e obstetrícia, 2002. Volume 24, nº 1. ISSN 1806-9339.

JUNGES, José Roque. Exigências éticas do consentimento informado. Brasília: Revista bioética, vol. 15(1), 2007. ISSN 1983-8034.

JUNGES, José Roque; CREMONESE, Cleber; OLIVEIRA, Edilson Almeida de; SOUZA, Leonardo Lemos de; BACKES, Vanessa. Reflexões legais e éticas sobre o final da vida: uma discussão sobre a ortotanásia. Brasília: Revista Bioética, 2010. 18(2): 275-288. ISSN 1983-8034.

KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade Civil do Médico. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA., 2018.

KOVÁČ, Maria Julia. A caminho da morte com dignidade no século XXI. Brasília: Revista Bioética, 2014. p.94-104. ISSN 1943-8042.

LOPES, Antonio Carlos. Relação médico-paciente: humanização é fundamental. São Paulo: Sociedade Brasileira de Clínica Médica, 2011. Disponível em: <http://www.sbcm.org.br/v2/index.php/artigo/2038-relacao-medico-paciente-humanizacao-e-fundamental> Acesso em: 16/02/2019.

LUI NETTO, Adamo. ALVES, Milton Ruiz. Responsabilidade médica. São Paulo: Rev Bras Oftalmol 69 (2): 75-6, 2010. ISSN 1982-8551.

MABTUM, Mateus Massaro; MARCHETTO, Patrícia Borba. O debate bioético e jurídico sobre as diretivas antecipadas de vontade. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura acadêmica, 2015. ISBN 978-85-7983-660-2.

MAGALHÃES, Leslie Lester dos Anjos. O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARENGO, Mariana O.; FLÁVIO, Daniela A.; SILVA, Ricardo Henrique Alves da. Terminalidade de vida: bioética e humanização em saúde. Ribeirão Preto – SP: Revista Medicina, 2009. ISSN 2176-7262.

MARTA, Gustavo Nader; HANNA, Samir Abdallah; SILVA, João Luís Fernandes. Cuidados paliativos e ortotanásia. São Paulo: Diagn Tratamento, 2010. 15(2): 58-60. ID: lil – 550874.

MASSAROLI, Fábio; FABRO, Roni Edson. As diretivas antecipadas de vontade na jurisprudência brasileira. Editora Unoesc, 2017. ISSN 2237-6593.

MOREIRA, José Cláudio Domingues; DEGRAVA, Ana Carolina da Silva. Autonomia privada como fundamento constitucional. Disponível em: <https://juridicocerto.com/p/anadegrava/artigos/autonomia-privada-como-fundamento-constitucional-4851> Acesso em: 17/05/19

MATSUMOTO, Dalva Yukie. Cuidados paliativos: conceito, fundamentos e princípios. Capítulo I do livro Manual de Cuidados Paliativos da ANCP. Organizadores: Ricardo Tavares de Carvalho e Henrique Afonseca Parsons. Disponível em: <http://biblioteca.cofen.gov.br/wp-content/uploads/2017/05/Manual-de-cuidados-paliativos-ANCP.pdf>.

NADER, Paulo. Curso de direito civil: responsabilidade civil. v.7. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NEVES, Nedy Maria Branco Cerqueira. SIQUEIRA, José Eduardo. A bioética no atual Código de Ética médica. Brasília: Revista Bioética, 18 (2): 439 – 50, 2010. ISSN: 1983-8034.

NUNES, Rui. Consentimento informado. Portugal: Academia Nacional de Medicina de Portugal, 2014.

NUNES, Rizzatto. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência. 4. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

OLIVEIRA, Vitor Lisboa; PIMENTEL, Déborah; VIEIRA, Maria Jésia. O uso do termo de consentimento livre e esclarecido na prática médica. Brasília: Revista Bioética, 18(3); 705-724, 2010. ISSN 1943-8042.

PRATES, Núria Derviche. MARQUARDT, Marcelo. A responsabilidade penal do médico e o processo penal. J Vasc Br 2003, Vol. 2, Nº3. ISSN 1677-7301.

RESENDE, Frederico Ferri de. Objeção de consciência do médico e autonomia do paciente Disponível em: http://www.portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=26565:2016-11-22-14-13-19&catid=46. Acesso em: 17/05/2019

RIBEIRO, Diaulas Costa. Autonomia: viver a própria vida e morrer a própria morte. Rio de Janeiro: Caderno de Saúde Pública, 2006. 22(8) :1749-1754. ISSN 0102-311X

RIO DE JANEIRO. Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957. Dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências. Publicado no D.O.U de 01 de outubro de 1957. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/L3268.htm.

ROCHA, Renata da. Eutanásia, suicídio assistido, distanásia, ortotanásia e testamento vital: aspectos éticos e jurídicos acerca da morte digna. São Paulo: JUS HUMANUM, 2014. V.1, n.3. ISSN 2238-2143.

ROXIN, Claus. A tutela penal da vida humana. São Paulo: Editora Damásio de Jesus; 2005.

SALLES, Alvaro Angelo. Transformações na relação médico-paciente na era da informatização. Brasília: Revista Bioética, 18(1); 49-60, 2010. ISSN: 1983-8034.

SANCHES, Kilda Mara Sanchez y Sanches; SEIDL, Eliane Maria Fleury. Ortotanásia: uma decisão frente à terminalidade. Botucatu, SP: Interface, 2013. vol.17, n.44, pp.23-34. ISSN 1414-3283.

SANTANA, Júlio César Batista; LUCAS, Cynthia Pacheco; FRAGA, Eulalia Martins; SOUZA, Laryssa Arruda Costa; SANTOS, Tânia Mara Bernardes. Ortotanásia: uma

visão multidisciplinar acerca do morrer com dignidade. Minas Gerais: Enfermagem Revista, 2014. ISSN 2238-7218.

SÃO PAULO. I JORNADA DE DIREITO DA SAÚDE. Enunciados aprovados na I Jornada Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça em 15 de maio de 2004. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/forum-da-saude/i-jornada-de-direito-da-saude>.

SÃO PAULO. Lei nº 10.241, de 17 de março de 1999. Dispõe sobre os direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde no Estado e dá outras providências. São Paulo, primavera de 1999. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1999/lei-10241-17.03.1999.html>.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SENADO FEDERAL. Projeto de Lei do Senado nº 267 de 2018. Dispõe sobre as diretivas antecipada de vontade acerca de cuidados médicos a serem submetidos os pacientes nas situações especificadas. Brasília, DF. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133458>.

SENADO FEDERAL. Projeto de Lei do Senado nº 149 de 2018. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade sobre tratamentos de saúde. Brasília, DF. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132773>.

SCHNEIDER, Aline. Direitos fundamentais x autonomia privada: análise teórica e prática do princípio da proporcionalidade como método de resolução de conflitos contratuais privados nas relações de consumo. Disponível em: http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16164. Acesso em: 17/05/2019.

SCLIAR, Moacyr. Histórico do Conceito de Saúde. Rio de Janeiro: Revista Saúde Coletiva, 2007. 17(1): 29-41. ISSN 0103-7331.

SCOTTINI, Maria Aparecida. SIQUEIRA, José Eduardo. MORITZ, Rachel Duarte. Direito dos pacientes às diretivas antecipadas de vontade. Brasília: Rev. Bioéti. (impr.), 26 (3): 440-50, 2018. ISSN: 1983-8034.

SILVA, Henrique Batista. Beneficência e paternalismo médico. Recife: Rev. Bras. Saúde Matern. Infant., 10 (Supl. 2): S419-S425 dez., 2010. ISSN 1806-9304.

SILVA, José Afonso. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. Rio de Janeiro: Revista direito administrativo, 1998. ISSN 2238-5177.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: obrigações e responsabilidade civil. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

VIEIRA, Bruna. Cap. 2: Direito Constitucional. Super-revisão para a OAB. Organizado por Wander Garcia e Ana Paula Garcia. 8ªed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2018.