

AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DA VONTADE E A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

THE ADVANCE DIRECTIVES AND MEDICAL LIABILITY

Nicolle Feller¹

Resumo: O presente trabalho propõe-se a discutir a aplicação das diretivas antecipadas da vontade no Brasil, contextualizando-a com a relação médico-paciente e possível responsabilização do profissional. A contemporaneidade do tema manifesta-se, de um lado, pela percepção da atemporalidade da necessidade primordial que os indivíduos têm de recorrer a atividades da área médica, a fim de preservarem, tratarem e potencializarem sua saúde. Noutra direção, a atualidade da questão é reforçada pelo crescente debate, lastreado pela noção de autonomia, acerca do próprio direito humano de morrer dignamente. Assim, por meio de uma análise dos posicionamentos estampados na doutrina, bem como do próprio ordenamento jurídico, objetiva-se delimitar a extensão de aplicabilidade concreta de tais diretivas no âmbito médico. Para tanto, serão apresentadas lições gerais acerca do relacionamento entre pacientes e escúlprios; logo após, considerações específicas acerca do direito à vida e à morte e, por fim, aspectos envolvendo

as diretivas prévias de vontade, seus requisitos formais e conteúdo, e a responsabilidade médica eventualmente advinda de seu acatamento.

Palavras-chave: Relação médico-paciente. Direito à vida. Morte digna. Diretivas antecipadas de vontade. Responsabilidade médica.

Abstract: The hereby proposed research aims at the creation of a discussion about the application of the advance directives in Brazil, as well as putting them into the context of a doctor-patient relationship and a possible liability of the medical professional. It is possible to check the subject's contemporaneity, on one hand, by perceiving the atemporality of the primary needs individuals have from medical activities: the preservation, the treatment, and the development of their health. On the other hand, the topicality of the issue has been reinforced by the ascending debate, that started by the understanding of empowerment, regarding human rights to a dignified death. Therefore, through an analysis

1 Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Pós-Graduada em Direito Civil pela Universidade Anhangüera-Uniderp. Assessora de Gabinete no Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC). E-mail: nicollefeller@hotmail.com

of the legal doctrine's current trend, as well as of the justice system itself, this research seeks to delimitate the extensions of tangible applicability of such directives in the medical sphere. In order to do so, it has presented some general teachings about the relationship between patients and doctors. Thereafter, the work approaches

specific remarks regarding the right of life and the right of death, which result in the aspects of advance directives, its formal requisites, its contents and the medical liability occasionally resulted from its observance.

Keywords: Doctor-patient relationship. Right of life. Dignified death. Advance directives. Medical liability.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo principal delimitar a extensão de aplicabilidade concreta, na seara médica, das diretivas antecipadas de vontade, mediante análise dos preceitos emanados da doutrina, bem como do próprio ordenamento jurídico pátrio. A problemática encontra suporte nas disposições da Constituição Federal, Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e, ainda, nas normas emanadas do Conselho Federal de Medicina, entidade autárquica de âmbito nacional.

A contemporaneidade da questão é inequívoca, à vista da atemporalidade da necessidade primordial dos indivíduos de recorrer a atividades da área médica a fim de preservarem, tratarem e potencializarem sua saúde. Por outro lado, a atualidade do tema é reforçada pelo crescente debate, permeado pela noção de autonomia, acerca do próprio direito humano de morrer dignamente.

O interesse da autora consiste em, a partir da pesquisa científica, conhecer este importante instituto do direito civil e, também, oferecer contribuição para o entendimento e aprimoramento da temática, refletindo acerca dos aspectos que ainda geram discussões e questionamentos, especialmente os atinentes à formalização e à limitação material de tais diretivas.

Para tanto, o trabalho é amparado no método dedutivo, com procedimento de análise bibliográfica. Visando a fins di-

dáticos, foi dividido em tópicos gerais, nestes termos: relação médico-paciente, direito à vida e à morte digna, e, por último, diretivas antecipadas e responsabilização do médico.

Nesse rumo, o primeiro deles abordará a evolução do relacionamento entre enfermos e esculápios ao longo do tempo, e da própria noção de saúde. O segundo item, a seu turno, apresentará considerações acerca do direito à vida, dignidade humana e morte com intervenção. Por fim, o terceiro tópico tratará de aspectos envolvendo as diretivas prévias, seus requisitos formais e conteúdo, e a responsabilidade médica eventualmente advinda de seu acatamento. Seguem, por derradeiro, as considerações finais e as referências.

2. A RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

Os povos da antiguidade, de início, associavam as causas das doenças a forças da natureza, tidas como influências ou desejos divinos. Os códigos de conduta médica relacionavam o exercício do mister a critérios mágicos, “[...] não havendo uma ética propriamente dita, por falta de vínculo específico entre o médico e o paciente”. (D’AVILA, 2002, p. 10).

Paulatinamente, instaurou-se nas comunidades humanas, com destaque na Grécia Antiga, o caráter técnico-científico da atividade médica, fase em que as enfermidades passam a ter suas manifestações avaliadas objetivamente, provenientes de causas naturais (LOPES, 2011, p. 310-311).

Em um primeiro momento, a postura médica, de acordo com Lopes (2011, p. 311), “[...] revestia-se de frieza e distanciamento emocional em relação ao paciente [...]”, seguindo as recomendações de Hipócrates (460-377 a.C.), entre as quais a de que o médico deveria ser zeloso, altruísta, modesto e de aparência digna. Na medicina hipocrática, o padrão “[...] de relacionamento profissional é autoritário e paternalista: o médico sabe o que é melhor para seu paciente e sua decisão é indiscu-

tível, marcada pela confiança absoluta e inquestionável em sua autoridade [...]”, tanto técnica quanto moral.

A postura paternalista vigorou durante toda a Idade Média e, apenas nos séculos X a XII, com a gradativa desvinculação da medicina e da religião (medicina monástica) e a criação das primeiras universidades, o atributo técnico-científico da formação foi sendo retomado. No período do Renascimento, sobretudo com o Iluminismo e com os ideais positivistas do século XVIII, estabelece-se a medicina moderna e a “[...] reaproximação entre a ciência e a prática médicas”. (LOPES, 2011, p. 311-312).

Redefine-se, em realidade, a própria noção de saúde:

A partir do século XX reformula-se a definição de saúde, não mais apenas como ausência de doença e sim vinculada ao conceito de bem-estar físico, mental e social, numa visão holística e integrativa, biopsicossocial, do ser humano. Resgata-se o vínculo baseado na confiança depositada no médico pelo indivíduo e pela sociedade e na sua competência e autoridade, acrescido de respeito pelas características pessoais e direitos do paciente. (LOPES, 2011, p. 312).

Entram em cena, assim, os princípios da beneficência (fazer o bem) e justiça, advindos da medicina hipocrática. Juntamente a eles, somaram-se os ditames da autonomia e da não maleficência (não causar dano), os quais transformaram “[...] irreversivelmente a relação médico-paciente e a tornaram ainda mais complexa”. O modo paternalista do profissional, que mantinha o enfermo em estado passivo, de submissão e dependência, a toda evidência, passa a ser discutido (LOPES, 2011, p. 312).

3. O DIREITO À VIDA E À MORTE DIGNA

Nesse contexto, para além da livre escolha do paciente acerca das medidas e tratamentos curativos, em nítido realce ao direito à vida, ganha enfoque, na atualidade, o próprio di-

reito de morrer dignamente.

No particular, imperioso registrar a tentativa, sobretudo por parte da bioética, de uniformização de certos conceitos atinentes ao final da existência humana, como categorias inseridas dentro da denominada “morte com intervenção”, abrangendo, entre outras, a eutanásia, a ortotanásia e a distanásia, além de conceituações periféricas, conforme sintetizado por Barroso e Martel (2011, p. 105-106).

Segundo Barroso e Martel (2011, p. 106), o termo eutanásia, atualmente, restringe-se a uma forma ativa, compreendendo “[...] a ação médica intencional de apressar ou provocar a morte – com exclusiva finalidade benevolente – de pessoa que se encontre em situação irreversível e incurável, consoante os padrões médicos vigentes [...]”, padecendo de forte sofrimento físico e mental. Pode ser voluntária (há expresso e informado consentimento), não voluntária (sem o conhecimento da vontade) e involuntária (contra a vontade do paciente), sendo consenso, nesta última hipótese, seu caráter criminoso.

A distanásia, por seu turno, é compreendida, de acordo com Barroso e Martel (2011, p. 107), como a tentativa de protelar o falecimento o máximo possível, pelo emprego de todos os meios médicos disponíveis, mesmo que possam gerar sofrimentos a pessoa cuja morte seja inevitável e iminente. Prolonga-se, em realidade, o processo de morrer.

Associados a ela estão a noção de obstinação terapêutica, compreendendo o comportamento de lutar contra a morte de todas as maneiras, sem levar em conta os padecimentos e os custos humanos desencadeados, e a de tratamento fútil, consistente no uso de técnicas e métodos extraordinários e desproporcionais de tratamento, incapazes de trazer melhora ou cura, cujos benefícios previsíveis são inferiores às lesões causadas (BARROSO; MARTEL, 2011, p. 107).

Como categoria distinta, tem-se a ortotanásia, conceituada como a “[...] morte em seu tempo adequado, não combatida com os métodos extraordinários edesproporcionais utilizados na distanásia, nem apressada por ação intencional externa, como na eutanásia [...]” (BARROSO; MARTEL, 2011, p. 107-108), revelando verdadeira aceitação da morte. Está interligada ao cuidado paliativo, consistente no uso de tecnologia disponível com o fim de mitigar o sofrimento físico e psíquico do doente, mesmo que o emprego de determinadas substâncias possa reduzir o tempo de vida, como efeito previsível, mas não desejado (BARROSO; MARTEL, 2011, p. 107-108).

A recusa de tratamento médico, segundo Barroso e Martel (2011, p. 108), traduz-se na negativa, por parte do paciente ou de seu responsável, de começar ou manter um ou mais tratamentos médicos, culminando na assinatura de Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE). Tal recusa, esclarecem, pode ser ampla ou estrita, conforme seja admitida em quaisquer circunstâncias (inclusive por enfermos que podem recuperar-se com o tratamento rejeitado) ou em situações bastante específicas em que seja impossível a recuperação da saúde— hipótese esta que possui afinidade com a ortotanásia, sendo também denominada de limitação consentida de tratamento.

Por derradeiro, elucidam os autores:

A retirada de suporte vital (RSV), a não-oferta de suporte vital (NSV) e as ordens de não-ressuscitação ou de não-reanimação (ONR) são partes integrantes da limitação consentida de tratamento. A RSV significa a suspensão de mecanismos artificiais de manutenção da vida, como sistemas de hidratação e de nutrição artificiais e/ou o sistema de ventilação mecânica; a NSV, por sua vez, significa o não emprego desses mecanismos. A ONR é uma determinação de não iniciar procedimentos para reanimar um paciente acometido de mal irreversível e incurável, quando ocorre parada cardiorrespiratória. (BARROSO; MARTEL, 2011, p. 108).

Feitos os esclarecimentos, sob a ótica civil-constitucio-

nal, especialmente a partir da cláusula geral de dignidade humana, certo que “[...] ao direito de viver com dignidade, haverá de corresponder como espelho invertido o direito de morrer dignamente [...]”, como decorrência natural de toda e qualquer vida digna. Trata-se, portanto, “[...] de permitir que a natureza siga o seu rumo, fazendo o seu inexorável papel, sem que isso atinja a dignidade da pessoa, em determinadas situações”. (CHAVES; ROSENVALD, 2013, p. 372).

Ainda:

[...] a possibilidade de escolha consciente por parte do paciente sobre a sua terminalidade deve ser entendida como direito fundamental que se incorpora ao direito fundamental à vida previsto na Constituição Federal e compreendido em seu amplo sentido – início, meio e fim – de forma que a liberdade e autonomia de escolha, nesse momento único, devem ser garantidas e respeitadas sem qualquer possibilidade de violação. (ALMEIDA, 2012, p. 483).

Nesse âmbito, pode-se afirmar que a dignidade humana, erigida a fundamento da República (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988), visa à preservação e proteção da vida em si, constituindo a própria acepção positiva deste direito, elencado logo no início do título destinado aos direitos e garantias fundamentais contemplados na Constituição Cidadã:

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

A carga conceitual do princípio da dignidade humana ampara, ainda, duas visões antagônicas nos casos envolvendo morte com intervenção.

Em uma primeira óptica, tem-se a dignidade como autonomia (poder individual – *empowerment*), ideia atinente aos documentos de direitos humanos e às Constituições posteriores à

Segunda Guerra Mundial. Possui quatro aspectos essenciais: 1) a capacidade de autodeterminação; 2) as condições para seu exercício; 3) a universalidade; 4) a inerência da dignidade ao ser humano. Trata-se, pois, do direito real e intrínseco do homem de decidir os rumos da própria vida, realizando escolhas morais e assumindo responsabilidades (BARROSO; MARTEL, 2011, p. 119-120).

Noutro giro, de acordo com Barroso e Martel (2011, p. 122), a dignidade como heteronomia relaciona-se a valores compartilhados pela comunidade, e não a opções individuais. Abarca os chamados conceitos jurídicos indeterminados, a exemplo do “bem comum”, “interesse público”, “moralidade” e “vida boa”, funcionando como um freio externo à liberdade individual, de modo a “[...] obstar escolhas que possam comprometer valores sociais ou a dignidade do próprio indivíduo cuja conduta se cerceia.”.

Arrematam os doutrinadores:

Em suma, pode-se dizer que a ‘dignidade como heteronomia’ traduz uma ou algumas concepções de mundo e do ser humano que não dependem, necessariamente, da liberdade individual. No mais das vezes, ela atua exatamente como um freio à liberdade individual em nome de valores e concepções de vida compartilhados. Por isso, a ‘dignidade como heteronomia’ é justificada na busca do *bem* para o sujeito, para a preservação da sociedade ou comunidade, para o aprimoramento moral do ser humano, dentre outros objetivos. Entretanto, assim como a ‘dignidade como autonomia’, a ‘dignidade como heteronomia’ também possui inconsistências teóricas e práticas. Como críticas principais, é possível compendiar: a) o emprego da expressão como um rótulo justificador de políticas paternalistas, jurídico-moralistas e perfeccionistas; b) o enfraquecimento dos direitos fundamentais mediante o discurso da dignidade, especialmente em sociedades democrático-pluralistas; c) perda da força jurídico-política da locução ‘dignidade humana’; d) problemas práticos e institucionais na definição dos valores

compartilhados por uma comunidade ou sociedade política. (BARROSO; MARTEL, 2011, p. 126-17)

Quanto ao ordenamento jurídico vigente, constata-se Barroso e Martel (2011, p. 128-129) que é inegável o predomínio da dignidade como autonomia na Constituição de 1988 – marco inaugural da reconstrução da democracia no País. Tal característica, não apaga, porém, a dimensão comunitarista de seu texto, destacando-se “[...] os compromissos com o bem de todos, a erradicação da pobreza e a solidariedade social”, além do reconhecimento da importância de “[...] instituições que são expressões coletivas do eu, como a família, os partidos políticos e os sindicatos”.

Para Barroso e Martel (2011, p. 131), também no âmbito infraconstitucional é possível vislumbrar a prevalência da face autonomista da dignidade, notadamente na ligação entre a bioética e o Direito, a exemplo da Lei n. 9.434/1997 sobre transplantes de órgãos *inter vivos* e *post mortem*, centrada no consentimento, e da Lei n. 11.105/2005 (Biossegurança), que disciplina o uso de células tronco embrionárias em pesquisa ou processo terapêutico, cuja constitucionalidade fora chancelada pelo STF em sede de controle concentrado (ADI 3510/DF, em 29.05.2008).

4. AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DA VONTADE E A RESPONSABILIDADE DO MÉDICO

A Resolução n. 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina (CFM), autarquia supervisora da ética profissional em caráter nacional, dotada de competência para julgar e disciplinar a classe médica (art. 2º, Lei 3.268/1957), reforça as conclusões alcançadas por Luis Roberto Barroso e Letícia Martel (BARROSO; MARTEL, 2011), enaltecendo, a toda evidência, a autonomia do paciente no contexto da relação médica.

Na sua exposição de motivos, extraem-se como justifica-

tivas à edição do ato: 1) a dificuldade de comunicação do paciente em fim da vida; 2) a receptividade dos médicos às diretivas antecipadas da vontade; 3) a receptividade dos pacientes; 4) a inserção, de forma simplificada, do dever de respeito às diretivas antecipadas, inclusive verbais, nos Códigos de Ética Médica da Espanha, Itália e Portugal; 5) a possibilidade de envolvimento, sem caráter deliberativo, dos Comitês de Bioética, já presentes em grandes hospitais, em muitas decisões de fim de vida (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2012).

Tal diploma normativo define, em seu art. 1º, as diretivas antecipadas como “o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2012).

Ato contínuo, preconiza, no *caput* do art. 2º, que “nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de se comunicar, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas”. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2012).

Prevê, ainda, a possibilidade de designação, pelo enfermo, de representante para tal fim, cujas “informações serão levadas em consideração pelo médico”. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2012).

Pondera, no entanto, que tal manifestação antecipada não será considerada pelo especialista quando, em sua análise, revelarem-se “em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica”. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2012).

O diploma normativo da entidade autárquica explicita, ainda, que:

Art. 2º [...]

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

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

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

Segundo leciona Miguel Kfoury Neto (2013, p. 307):

Essas diretrizes prévias manifestam-se por meio do testamento do paciente ou testamento vital (*living will*), nas quais se indica que tipo de tratamento se aceita ou se recusa, em certos casos (doentes terminais, estados vegetativos persistentes) – e pelo estabelecimento de procuradores para cuidados de saúde (*durable power of attorney for health-care*), caso em que o paciente nomeará uma pessoa para tomar as decisões médicas por ele, na hipótese de o enfermo se encontrar privado da capacidade de decidir por si.

Não obstante também chamadas de *testamento vital (living will)*, as diretivas antecipadas não têm natureza testamentária, nos termos do art. 1.857 do Código Civil Brasileiro de 2002.

Consistem em declaração de vontade de caráter extrapatrimonial e personalíssimo, cujos efeitos, em realidade, projetam-se para momento anterior ao falecimento, embora com este se relacionem.

Tratando-se de disposição volitiva, aplicam-se como guias os preceitos do Código Civil Brasileiro de 2002 acerca da validade dos negócios jurídicos, a qual exige: 1) capacidade da

parte; 2) licitude, possibilidade e determinabilidade do objeto; 3) licitude de motivo; 4) observância à forma e à solenidade essencial exigidas em lei; 5) inexistência de finalidade fraudulenta; 6) ausência de proibição legal. (BRASIL, 2002)

É o que preconiza o art. 166 do Código Civil Brasileiro de 2002, nos seguintes termos:

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

I—celebrado por pessoa absolutamente incapaz;

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

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

IV—não revestir a forma prescrita em lei;

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

VI—tiver por objetivo fraudar lei imperativa;

VII—a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção. (BRASIL, 2002).

Estabelece ainda:

Art. 168. As nulidades dos artigos antecedentes podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir.

Parágrafo único. As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes.

Art. 169. O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo. (BRASIL, 2002).

A par da lacuna legislativa específica acerca da temática ora examinada, entende-se que o ato regulamentar do CFM se encontra em harmonia “[...] com o art. 15 do Estatuto Civil, que consagra a possibilidade de dispor do corpo para depois da morte, e com a própria autonomia privada, que rege as relações do Direito Civil”. (CHAVES; ROSENVALD, 2015, p. 324).

No âmbito da autonomia do paciente, Barroso e Martel (2011, p. 133) assinalam que o consentimento deve ser aferido mediante parâmetros seguros, a fim de que se tenha certeza de que as escolhas foram eleitas com liberdade, consciência e esclarecimento. As condições para seu exercício devem ser propícias, compreendendo a ausência de privações materiais e o acesso a sistemas adequados de saúde.

Sobre o tema, pertinente a ponderação:

Muitas vezes, o momento em que o indivíduo subscreve este documento é de muita tensão e pressão e, por isso, condicionada a assinar o testamento. Alguns deles talvez nem venham a ler tal declaração. As maiores vítimas serão os idosos nesse momento em que os velhos são mais desvalorizados. Não será nenhuma surpresa que amanhã alguém seja obrigado ou pressionado a assinar um termo dessa natureza como condição necessária para o internamento de uma doença grave, ou até mesmo no momento em que venha a aderir a um seguro ou plano de saúde como condição obrigatória do benefício. (FRANÇA, 2013, p. 519).

Embora a resolução exija – e não poderia ser diferente – a capacidade do agente no momento da expressa manifestação, não explicita maiores detalhes acerca da forma do ato, além da determinação de consignação no prontuário médico.

Nesse cenário, há corrente que advoga a não obrigatoriedade do registro público da manifestação volitiva. É o que sustenta Rosenvald (2015, p. 233), afirmando inexistir “[...] qualquer necessidade de registro em cartório da declaração de vontade”.

De outro lado, há quem defenda a formalidade do ato registral, a exemplo de Luciana Dadalto, criadora de portal eletrônico diretamente voltado à discussão da temática, à publicação de trabalhos, à coleta de dados e à divulgação para leigos, estudantes e profissionais do direito e da saúde (www.testamentovital.com.br).

Para Dadalto (2013, p. 64), afigura-se imprescindível a la-

vratura das diretivas por escritura pública, perante um notário, a fim de garantir a segurança jurídica. Segundo a advogada, a criação de um registro nacional possibilitaria maior efetividade na observância da vontade do declarante, cujas disposições seriam encaminhadas pelo próprio cartório, dando-se publicidade e uniformidade ao ato.

Especificamente quanto à extensão e à aplicação concreta das diretivas, leciona Veloso de França (2013, p. 518) que incidem diante de moléstia grave e incurável e quando o declarante “[...] não estiver mais em condições de manifestar a sua vontade”. Centram-se, pois, em “[...] autorizar a não utilização de tratamento fútil ou condutas desnecessárias [...]”, assegurando-lhe, no seu entender, uma morte digna. Alerta o doutrinador, no entanto, não se tratar de proposta de entendimento pacificado.

De acordo com Veloso de França (2013, p. 519), um dos itens insertos nessas diretivas é a sigla *DNR-Order* (ordem de não ressuscitar), ampliada para *Do Not Attempt Resuscitation Order* (ordem para não tentar ressuscitar). Em alguns testamentos encontra-se, ainda, o de não alimentar os acometidos de estado vegetativo permanente.

No mesmo sentido parecem estar as lições de Barroso e Martel (2011, p. 132-133), para quem a faceta da dignidade como autonomia deve prevalecer nos casos de “[...] impossibilidade de cura, melhora ou reversão do quadro clínico, importando o tratamento em extensão da agonia e do sofrimento, sem qualquer perspectiva para o paciente”, quando houver “[...] certeza do diagnóstico, do prognóstico e das alternativas existentes”, observado o consentimento livre e esclarecido.

Para Barroso e Martel (2011, p. 133-134), considerando-se que no Brasil não se tem feito qualquer distinção jurídica entre a obstinação terapêutica e as condutas ativas e intencionais de abreviação da vida, justifica-se a legitimação de um modelo

intermediário, que gira em torno da ortotanásia. Segundo eles, a limitação consentida de tratamento, o cuidado paliativo e o controle da dor são proposições plenamente compatíveis com a Constituição e com a legislação vigente.

Acerca da limitação consentida de tratamento, preconizam:

[...] constitui uma das políticas públicas cruciais para a dignidade da pessoa humana no final da vida. Pacientes terminais, em estado vegetativo persistente ou portadores de doenças incuráveis, dolorosas e debilitantes, devem ter reconhecido o direito de decidir acerca da extensão e intensidade dos procedimentos que lhe serão aplicados. Têm direito de recusar a obstinação terapêutica. Nesse contexto, a omissão de atuação do profissional de saúde, em atendimento à vontade livre, esclarecida e razoável do paciente ou de seus responsáveis legais, não pode ser considerada crime. Não há, na hipótese, a intenção de provocar o evento morte, mas, sim, de impedir a agonia e o sofrimento inútil. (BARROSO; MARTEL, 2011, p. 134).

Os sistemas de cuidados paliativos e de controle da dor, a seu turno, baseiam-se na ideia de atenção e amparo quando o diagnóstico e o prognóstico apontam que “[...] os esforços de cura serão poucos frutíferos e que haverá sofrimento no processo de morte”. O foco é elevar e manter a qualidade de vida do doente, da família e do cuidador, mediante o controle da dor, dos sintomas e outros problemas, “[...] sejam físicos, espirituais e até mesmo jurídicos”, como as questões testamentárias e a regularização de uniões (BARROSO; MARTEL, 2011, p. 135).

Dessa forma, tomando como norte a autonomia da vontade, centro fundamental dignidade da pessoa humana, pode-se concluir que, pelo menos nas hipóteses de ortotanásia, cuidado paliativo e limitação consentida de tratamento, não há que se falar em conduta antijurídica do profissional médico, existindo manifestação voluntária do paciente ou de seu representante, regularmente consignada em termo de consentimento livre e

esclarecido, após o adequado percurso informativo (NOVELINO, 2014, p. 474).

Vê-se, pois, que as circunstâncias fáticas nas quais externalizada a manifestação de vontade do indivíduo são determinantes para aferição da regularidade e validade das medidas eleitas pelo paciente e também pelo profissional médico, à luz das normas (princípios e regras) que compõe o ordenamento jurídico vigente.

Neste ponto, observa Novelino:

De acordo com as circunstâncias fáticas envolvendo o paciente, outros princípios (dignidade, liberdade, privacidade...) poderão justificar a realização do procedimento e afastar a ilicitude da conduta. O respeito à vontade do paciente tem apoio no reconhecimento constitucional do indivíduo como um ser moral capaz de fazer escolhas e assumir as responsabilidades delas decorrentes. (NOVELINO, 2014, p. 474-475).

No mesmo rumo, a lição de Dary Cesar Fabriz, explicitada por Miguel Kfourri Neto:

A recusa de um paciente de se expor a determinado procedimento terapêutico não significa que ele esteja recusando viver. O enfermo, com base em sua visão de mundo, fez uma opção, arcando com os possíveis e prováveis riscos. Cabe ao terapeuta adotar procedimentos alternativos que possam amenizar as manifestações deletérias da enfermidade, possibilitando o bem-estar possível, cabível ao caso.

Sobrevindo o óbito, não há que se questionar, visto que a morte é inexorável e faz parte do próprio processo de vida. O paciente que assim decidiu, arcando com a possibilidade de sua própria morte, entendeu que, assim, alcançou uma morte digna, na medida em que esta se enquadra em seu conceito de vida digna. No caso, a vida digna é aceitar a própria morte como um fato inexorável da própria vida [...] (KFOURI NETO, 2013, p. 320).

Nesse cenário, pode-se afirmar que, nos casos de estrita observância às diretivas antecipadas manifestadas pelo paciente,

após o devido processo informativo, nos quadros determinados em que não vislumbradas a cura ou a reversão do estado clínico, não há falar em responsabilidade civil do médico em sobrevivendo a morte.

Parte-se, por certo, da premissa de que o dever de indenizar resultante do atuar médico implica o acolhimento da teoria clássica da responsabilidade civil (SANTOS, 2008, p. 160), tornando-se indispensável, para sua configuração, a conjugação os pressupostos conduta humana (intervenção médica), dano, liame de causalidade entre eles, e, ainda, nexos de imputação consubstanciado na culpa, conforme art. 186, 927, *caput*, e 951 do Código Civil Brasileiro c/c art. 14, §4º, do Código de Defesa do Consumidor.

Em tais situações, para além da inexistência de um ato médico culposo, à vista do respeito à vontade livre e esclarecida do enfermo, não se constata a ocorrência de verdadeiro dano, porquanto a morte representará, nessas circunstâncias, o próprio viver dignamente.

A temática, longe de alcançar o consenso necessário, requer aprofundamento conjunto dos diversos setores da sociedade organizada (bioeticistas, médicos, juristas, entre outros), a fim de que se possam estabelecer critérios mais sólidos de aplicação do instituto, que tem como ponto de partida a identificação do paciente “[...] não apenas com a doença de que é portador, mas com a dignidade inarredável de ser humano”. (KFOURI NETO, 2013, p. 321).

5. CONCLUSÃO

O tema é, de fato, revestido de importância no âmbito jurídico, sobretudo por dois aspectos: possui relevância social e não é dotado de posicionamento consolidado entre os membros da coletividade.

Com relação ao primeiro aspecto, fala-se que a temática é

dotada de relevância entre a sociedade porque é permanente e primordial a necessidade humana de recorrer a atividades da área médica visando à preservação, tratamento e potencialização da saúde. Neste ponto, consta-se que tal tarefa, atualmente, é mais consciente e menos descrente, vale dizer, já não se associa mais o médico a uma figura paternalista, dotada de poderes divinos de cura, mas sim a um profissional capacitado pelos preceitos científicos da medicina.

Também se pode dizer que a repercussão social da questão é reforçada pelo fato de que, para além da livre escolha do paciente acerca das medidas e tratamentos curativos, em nítido realce ao direito à vida, ganha enfoque, na atualidade, o próprio direito de morrer dignamente, a partir dos ditames da autonomia da vontade.

Inseridas neste âmbito, apura-se que as diretivas antecipadas, denominadas pouco tecnicamente de testamento vital, constituem inequívoca expressão da autonomia do paciente, mediante consentimento prévio, alcançado a partir de condicionantes, materiais e mentais, favoráveis.

À vista da inexistência de disciplina legal específica acerca da temática, e considerando a generalidade das disposições constantes da Resolução n. 1995/2012, editada pelo Conselho Federal de Medicina, permanecem nebulosas questões fundamentais sobre a formalização eventuais solenidades da declaração, bem como acerca da concretização do instituto.

Atesta-se, entre outros aspectos, a possibilidade de utilização dos preceitos do diploma civilista atinentes à validade dos negócios jurídicos como referencial da declaração, devendo ser aferida mediante parâmetros seguros e condições propícias de exercício, após regular processo de esclarecimento.

Especificamente quanto ao seu conteúdo, verificam-se posições convergentes no sentido da viabilidade de aplicação das

diretivas nas hipóteses em que a enfermidade seja incurável ou irreversível, podendo compreender limitações consentidas de tratamento em situações determinadas, cuidados paliativos e de apacramento da dor e ordem de não reanimação, todos aspectos relacionados, em maior ou menor grau, à ortotanásia, categoria inserida na denominada morte com intervenção.

Defende-se, à luz da responsabilidade civil clássica, a impossibilidade de responsabilização do profissional médico em sobrevivendo o falecimento, nos casos de estrita observância às diretivas, manifestadas após o devido processo informativo, nos quadros determinados em que não vislumbrada a cura ou a reversão do estado clínico, diante da inexistência, em tais circunstâncias, de ato culposo, tampouco de dano propriamente dito – requisitos indispensáveis ao dever de indenizar.

Ao arremate, reconhece-se, inegavelmente, a necessidade de aprofundamento dos estudos a respeito da temática, envolvendo diversos setores da sociedade organizada, a fim de que se possa disciplinar de forma mais sólida os contornos do instituto, conferindo, em última análise, segurança e conforto às relações humanas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Antonio Jackson Thomazella de. A ortotanásia e a lacuna legislativa. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça; LIGIERA, Wilson Ricardo (Coord.). *Direitos do paciente*. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. *Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro, n. 40, p. 103-139, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, de 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 26 maio 2017.

BRASIL. *Lei nº 3.268*, de 30 de setembro de 1957. Dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências. Rio de Janeiro, RJ, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3268.htm>. Acesso em: 26 maio 2017.

BRASIL. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consu-

midor e dá outras providências Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 26 maio 2017.

BRASIL. *Lei nº 9.434*, de 04 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm>. Acesso em: 26 maio 2017.

BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 26 maio 2017.

BRASIL. *Lei nº 11.105*, de 24 de março de 2005. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm>. Acesso em: 26 maio 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 3.510*. Brasília, DF, 29 de maio de 2008. Brasília, DF Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro Teor ADI / 3510>>. Acesso em: 26 maio 2017.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM nº 1.995*, de 09 de agosto de 2012. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Brasília, DF, 31 ago. 2012. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em: 26 maio 2017.

DADALTO, Luciana. Testamento Vital: Aspectos Registrais das Diretivas Antecipadas de Vontade. *Revista Síntese Direito de Família*. São Paulo, v. 15, n. 80, out./nov., p. 60-69, 2013.

D'ÁVILA, Roberto Luiz. O Ato Médico e a Relação Médico-Paciente. In: LUZ, Newton Wiethorn da; OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; THOMAZ, João Batista (Coord.). *O ato médico: aspectos éticos e legais*. Rio de Janeiro: Rubio, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. v. 1., 11 ed. Salvador: JusPodvm, 2013.

_____. *Curso de direito civil: sucessões*. São Paulo: Atlas, 2015. v. 7.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito médico*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

LOPES, Fabio Firmino. A Relação Médico-Paciente: Entre a Atenção e a Incompreensão. In: PEREIRA, Hélio do Valle; ENZWEILER, Romano José (Coord.). *Curso de direito médico*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

NOVELINO, Marcelo. *Manual de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Método, 2014.

SANTOS, Leonardo Vieira. *Responsabilidade civil médico-hospitalar e a questão da culpa no direito brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2008.

Artigo recebido em: 29/05/2017

Artigo aprovado em: 04/10/2017