



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**NATÁLIA RIBEIRO MAYAN**

**A APLICAÇÃO DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE  
VONTADE EM SITUAÇÕES DE RISCO IMINENTE DE  
MORTE: O CONFLITO ENTRE A AUTONOMIA DO PACIENTE E O  
DEVER DE AGIR DO PROFISSIONAL MÉDICO ESTABELECIDO  
PELO CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA.**

Salvador  
2015

**NATÁLIA RIBEIRO MAYAN**

**A APLICAÇÃO DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE  
VONTADE EM SITUAÇÕES DE RISCO IMINENTE DE  
MORTE: O CONFLITO ENTRE A AUTONOMIA DO PACIENTE E O  
DEVER DE AGIR DO PROFISSIONAL MÉDICO ESTABELECIDO  
PELO CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA.**

Monografia apresentada ao curso de  
graduação em Direito, Faculdade Baiana de  
Direito, como requisito parcial para obtenção do  
grau de bacharel em Direito.

Salvador  
2015

**TERMO DE APROVAÇÃO**

**NATÁLIA RIBEIRO MAYAN**

**A APLICAÇÃO DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE  
VONTADE EM SITUAÇÕES DE RISCO IMINENTE DE  
MORTE: O CONFLITO ENTRE A AUTONOMIA DO PACIENTE E O  
DEVER DE AGIR DO PROFISSIONAL MÉDICO ESTABELECIDO  
PELO CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA.**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em  
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Salvador, \_\_\_\_/\_\_\_\_/ 2015

Aos meus pais, com amor.  
Ainda, ao meu saudoso avô por me ensinar que a virtude da justiça consiste em reconhecer as razões das diversas partes.

## **AGRADECIMENTOS**

Direciono meus agradecimentos aos meus pais por respeitarem minhas ausências em virtude da construção desse trabalho.

Ao meu amigo Daniel de Sá Cajé pela eterna disponibilidade para me ajudar.

A Aline Barral pelas palavras de incentivo e de cobrança.

Aos professores da Faculdade Baiana de Direito que me deram a oportunidade de crescer academicamente.

A minha irmã Mariana Ribeiro Mayan e ao meu cunhado Paulo Amorim Júnior, por todo carinho e ajuda.

Ao meu namorado Caio Requião Barreto, por toda atenção e paciência nesse trajeto.

Aos meus amigos que se mantiveram presentes em todos os momentos da minha vida.

A Dra. Sônia França e Dra. Lucy, pela compreensão e reconhecimento do meu trabalho.

A Dra. Larissa Ferry, pelo carinho e ajuda.

A Dra. Nádia Husein, pelas conversas enriquecedoras sobre a valorização da vida e as diversas visões religiosas.

Ao Dr. Vitor Hugo Rezende, por acreditar no meu potencial.

“Não sei se a vida é curta ou longa demais para nós,  
mas sei que nada do que vivemos tem sentido, se não tocarmos o coração das pessoas.”.

Cora Coralina

## RESUMO

Esse trabalho traz um estudo acerca das Diretivas Antecipadas de Vontade, importada no direito brasileiro pela Resolução 1995, abordando os aspectos jurídicos, de sua aplicabilidade, sua obrigatoriedade e conseqüências jurídicas em caso de desrespeito. Ademais, objetiva analisar o conflito entre a autonomia da vontade consagrada nas Diretivas Antecipadas de Vontade e o dever de agir do médico em risco iminente de morte previsto no artigo 31 do Código de Ética Médica. Visa-se, ainda, sugerir uma proposta de fortalecimento das Diretivas Antecipadas de Vontade e assim como a forma de responsabilização dos profissionais médicos que não façam cumprir as diretivas, através de fundamentos principiológicos e a regra da proporcionalidade.

**Palavras-chave:** Diretivas antecipadas de vontade; Autonomia da vontade; Resolução 1995 do CFM; Mitigação da Autonomia; Situações de risco iminente de morte; Pacientes terminais.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

|       |                                   |
|-------|-----------------------------------|
| art.  | artigo                            |
| CC    | Código Civil                      |
| CF/88 | Constituição Federal da República |
| CFM   | Conselho Federal de Medicina      |
| CRM   | Conselho Regional de Medicina     |
| DAV   | Diretivas Antecipadas de Vontade  |
| MP    | Ministério Público                |
| ONU   | Organização das Nações Unidas     |
| PL    | Projeto de Lei                    |



## SUMÁRIO

|  |    |
|--|----|
| <b>1. INTRODUÇÃO</b>   | 11 |
| <b>2. RELAÇÃO DOS PROFISSIONAIS DA ÁREA DA SAÚDE E PACIENTE</b>    | 13 |
| 2.1. RESPONSABILIDADE CIVIL  | 16 |
| <b>2.1.1 Responsabilidade nas relações de consumo</b>              | 21 |
| 2.2. RESPONSABILIDADE MÉDICA                                       | 24 |
| 2.3. RESPONSABILIDADE DOS PROFISSIONAIS DE SAÚDE                   | 28 |
| 2.4. PARÂMETROS LEGAIS E ÉTICOS                                    | 29 |
| <b>2.4.1. Bioética e Biodireito</b>                                | 29 |
| 2.4.1.1. Evolução Histórica  | 29 |
| 2.4.1.2. Princípios Norteadores                                    | 32 |
| <b>2.4.2 O Direito Médico</b>                                      | 33 |
| <b>3. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS E A AUTONOMIA DO PACIENTE</b>        | 35 |
| 3.1. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS                                    | 35 |
| <b>3.1.1 Colisão entre Princípios Fundamentais</b>                 | 36 |
| <b>3.1.2. Dignidade da Pessoa Humana</b>                           | 41 |
| <b>3.1.3. Direito a Vida</b>                                       | 42 |
| 3.2. MORTE DIGNA OU “BOA MORTE”                                    | 42 |
| 3.3 A AUTONOMIA DA VONTADE COMO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL              | 44 |
| <b>3.3.1. A Autonomia do Paciente</b>                              | 46 |
| 3.3.1.1 Consentimento Informado                                    | 47 |
| <b>4. DISCIPLINA JURÍDICA DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE</b> | 51 |
| 4.1. HISTÓRICO   | 51 |
| 4.2. CONCEITO E ESPÉCIES   | 52 |
| <b>4.2.1. <i>Living will</i> – Testamento Vital</b>                | 52 |

|   |    |
|---|----|
| <b>4.2.2. Durable power of attorney for health care (DPAHC) – Mandato dura-douro</b>  | 53 |
| <b>4.2.3. Documento único para o <i>living Will</i> e o <i>Durable Power of attorney for health care</i>.</b>                 | 54 |
| <b>4.3. EUTANÁSIA, ORTOTANÁSIA E DISTANÁSIA.</b>  | 55 |
| <b>4.3.1. Conceitos e diferenças</b>  | 55 |
| <b>5. A ATUAL REALIDADE BRASILEIRA DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE EM (DES)CONFORMIDADE COM O CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA</b> | 66 |
| <b>5.1. CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA</b>  | 67 |
| <b>5.1.1 Principiologia e Vedações Éticas</b>   | 67 |
| <b>5.1.2 Força Normativa do Código de Ética Médica</b>  | 68 |
| <b>5.2. RESOLUÇÃO CFM Nº 1.805 DE 2006</b>  | 70 |
| <b>5.3. RESOLUÇÃO CFM Nº 1.995 DE 2012</b>  | 72 |
| <b>5.3.1. Projeto de Lei do Senado, nº 524 de 2009</b>  | 73 |
| <b>5.4. PRONTUÁRIO MÉDICO</b>   | 74 |
| <b>5.4.1 Projeto Lei 474 de 2008</b>  | 76 |
| <b>6. CONCLUSÃO</b>   | 78 |
| <b>REFERENCIAS</b>  |    |

## **1 INTRODUÇÃO**

A incapacidade do ser humano é um dos assuntos capaz de tirar o sossego de grande parte da população. Qualquer ser humano pode se deparar com um acidente automobilístico, uma doença inesperada ou até a própria idade avançada. É importante perceber que a incapacidade, seja ela temporária ou definitiva, traz dificuldades não só para quem sofre dela, mas também para todos aqueles que possuem contato direto com essa realidade. É a partir disso que se faz importante o presente tema de monografia.

A forma com que o ser humano reage quanto às adversidades da vida varia de acordo com sua situação econômica, religião e cultura. Diante dessa realidade temos um impasse: Quem de fato estaria habilitado para decidir sobre nossa vida senão nós mesmos?! Consagrando a autonomia da vontade prevista em nosso Código Civil de 2002, a Resolução 1.995 de 2012 do Conselho Federal de Medicina, traz pela primeira vez a regulamentação e a previsão de adoção das Diretivas Antecipadas de Vontades no Brasil (DAV).

As DAV são formas de documentos nos quais alguém, prevenindo-se de uma possível incapacidade, define diretrizes acerca de tratamentos (autorizando ou negando o procedimento) e/ou a previsão de um procurador para assuntos relacionados à saúde. O Código de Ética Médica traz uma série de dispositivos que reconhecem a autonomia do paciente para decidir sobre questões relacionadas à sua saúde. Como por exemplo, a previsão do Consentimento Informado da obrigatoriedade da permissão do paciente para a aplicação dos procedimentos médicos.

Ocorre que, o Código de Ética Médica traz a previsão de que, em casos de risco iminente de morte, o médico deverá atuar independentemente da opinião do paciente. É nesse ponto que se baseia o objeto central dessa monografia. Considerando que o instrumento das Diretivas Antecipadas de Vontade é exatamente proteger sua real intenção em situações de incapacidade e que, em regra, essas situações de incapacidade resultem em situações de risco iminente de morte, essa previsão do Código de Ética Médica estaria por mitigar ou incapacitar a utilização das diretivas antecipadas de vontade?

Em decorrência desse aparente conflito entre a autonomia do paciente consagrada pelas DAV e o dever de agir do médico em situações de risco de morte, esse trabalho visa sugerir critérios para a solução desse conflito. Passando, portanto, a analisar os conceitos de autonomia do paciente, as espécies de diretivas antecipadas de vontade, os princípios basilares das Diretivas Antecipadas, bem como a realidade desse instrumento e a sua aplicabilidade no Brasil.

## 2 RELAÇÃO DOS PROFISSIONAIS DA ÁREA DA SAÚDE E PACIENTE

Hoje não cabe falar somente sobre a relação médico-paciente, o médico há muito tempo já exerce suas atividades com o apoio de uma equipe multidisciplinar e a bioética hoje estuda todas as relações dos profissionais de saúde com o paciente. Em respeito às demais profissões de saúde, com o exemplo de dentistas, enfermeiros, fisioterapeutas, fonoaudiólogos e nutricionistas, o nome deste capítulo será “relação dos profissionais da área da saúde e paciente”. Contudo, será utilizado o termo relação médico-paciente em diversos momentos dessa monografia, como forma de manter coerência com a bibliografia utilizada na construção desse trabalho, bem como com o objeto dessa monografia.

A relação médico-paciente foi sofrendo modificações com o passar do tempo, das evoluções biotecnológicas, do desenvolvimento dos hospitais, bem como das especializações da própria medicina. Não é difícil recordar da figura do médico de família, o médico amigo da família, aquele que era chamado para resolver os mais diversos problemas de saúde e que mantinha com seus pacientes uma relação pautada no respeito e na amizade. Esse tipo profissional era visto com certo temor reverencial, não havia espaço para questionamentos, muitas vezes por haver uma confusão estabelecida entre a figura do amigo e do profissional da saúde.<sup>1</sup>

Como já mencionado preliminarmente no parágrafo anterior, o afastamento entre médico e o seu paciente, se deu por conta da própria evolução da medicina. A criação de hospitais, clínicas, setores especializados em determinadas enfermidades, bem como a necessária especialização do profissional para comandar essas subdivisões da medicina, transformou a relação médico-paciente em uma relação de consumo, para grande parte da doutrina, situação na qual o médico representa o prestador de serviços e o paciente é o usuário desses.<sup>2</sup> Pensam assim: Pablo Stolze Gagliano<sup>3</sup>, Rodolfo Pamplona Filho<sup>4</sup>, Genival Veloso de França<sup>5</sup> e Felipe P. Braga Netto.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> FREIRE DE SÁ. Maria de Fátima. NAVES. Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**, 2.ed. Editora DELREY, 2011.p.81-84

<sup>2</sup> *Ibidem*.p.96-101

<sup>3</sup> GAGLIANO. Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO. Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil.Responsabilidade Civil 3**. 13, ed. Editora Saraiva. 2015. p. 273.

<sup>4</sup> *Loc. Cit.*

<sup>5</sup> FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**. 12.ed. Editora Forense, 2014.pgs.89-90

<sup>6</sup> NETTO. Felipe P. Braga. **Responsabilidade Civil**. Editora Saraiva. 2008. P. 309-310.

A partir da transformação da relação entre médico e paciente, o paciente adquiriu maior capacidade de compreender sua real situação de saúde, tendo consciência de quais tratamentos são adequados ao seu quadro clínico, seus benefícios e riscos. Podendo optar ou não pela aplicação desses de forma consciente. Figurando, então, como consumidor do serviço prestado pelo médico e hospital. Do outro lado está a figura do profissional médico, que se responsabiliza em manter seu paciente informado das possibilidades possíveis para sua enfermidade, seus riscos e benefícios, comprometendo-se ainda em manter-se atualizado sobre as novas tecnologias e tratamentos possíveis, configurando então um contrato de consumo.<sup>7</sup>

Reconhecer tal relação como sendo da seara consumerista deu origem a diversos debates sobre a responsabilidade do profissional da saúde no âmbito jurisprudencial e doutrinário. Discute-se muito hoje acerca das diversas formas de responsabilização desses profissionais, seja essa com base contratual ou extracontratual, como será abordado com maior profundidade nos próximos tópicos desse capítulo.

Pode-se, no entanto, como forma de esclarecimento e noções prévias, mencionar que muitas dessas discussões doutrinárias ainda não possuem soluções jurisprudenciais. E como todo tratamento, é passível de falhas e o que resulta na possibilidade de confusão com erro médico. Com o intuito de evitar as demandas jurídicas sem fundamentos e prejudicando a atuação médica, por medo de processos indevidos (nos quais confundem falhas naturais de um tratamento de saúde com erro médico) determinou-se, por conseguinte, que é de responsabilidade do paciente provar o erro do profissional para configurar o erro médico.<sup>8</sup>

A divisão da medicina através da especialização proporcionou aos cientistas e estudiosos da área tempo maior para que se dedicassem a uma só pesquisa, ou pesquisas relacionadas a um campo comum do saber, alcançando a cura e tratamento de diversas doenças antes incuráveis e intratáveis.<sup>9</sup> Em contrapartida, essas ramificações da área de saúde geraram um distanciamento maior na relação do médico com o paciente, o que se vê é o médico sendo procurado não por ter uma

---

<sup>7</sup> FARAH. Elias. Contrato profissional médico-paciente. Reflexões sobre obrigações básicas. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. São Paulo, vol. 23, jan.2009, p.96

<sup>8</sup> *Loc. Cit.*

<sup>9</sup> *Loc.Cit.*

relação de confiança com o paciente, mas por ser especialista em tal área ou por ter sido indicado para solucionar determinado problema.<sup>10</sup>

Destaca-se, ainda, que a especialização excessiva também gera um potencial acréscimo na frequência de erros médicos. Pois é sabido que o tratamento de um mal pode gerar outro imprevisível.<sup>11</sup> Em outras palavras, a especialização excessiva do profissional, dá a ele uma melhor visão microscópica do problema, mas prejudica sua visão macroscópica do corpo humano como um sistema único. No qual um problema em um órgão pode gerar sintomas em órgão diverso e o próprio tratamento de uma enfermidade conhecida pode gerar um mal imprevisível, enquadrado em outro campo do saber específico.

Enquanto por um lado o tempo foi bom para a evolução científica da medicina, trazendo tratamentos e curas para doenças já conhecidas, bem como formas de prevenção dessas enfermidades. Trouxe consigo, por outro lado, novas dificuldades para a medicina. Nesse sentido, a exposição à influência de novos fatores genéticos, alimentares, subjetivos, restrições religiosas e doenças ainda não conhecidas.<sup>12</sup>

Elias Farah, conselheiro do IASP – Instituto dos Advogados de São Paulo, coaduna com essa mesma linha de pensamento, enfatiza que a evolução tecnológica beneficiou e prejudicou a medicina, transformou uma relação quase sentimental em uma relação pautada na confiança contratual. Ao tempo que alcançou novas formas técnicas e procedimentais para alcançar o diagnóstico, resvalou em uma generalização da utilização desses meios e a conseqüente “despessoalização” dos procedimentos para alcançar os diagnósticos.<sup>13</sup>

Contudo, para o autor supracitado a pior conseqüência dessas transformações foi a mercantilização da medicina, uma atividade nobre, originariamente pautada no humanismo, no amor ao próximo e na solidariedade social, hoje é vista por muitos

---

<sup>10</sup> FREIRE DE SÁ. Maria de Fátima. NAVES. Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**, 2.ed. Editora DELREY, 2011.p.81 *et seq.*

<sup>11</sup> FARAH. Elias. Contrato profissional médico-paciente. Reflexões sobre obrigações básicas. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. São Paulo, vol. 23, jan.2009, p.96

<sup>12</sup> *Loc. Cit.*

<sup>13</sup> *Loc.Cit*

como um instrumento de ganância pecuniária e interesses egoísticos que não são compatíveis com a verdadeira filosofia da área de saúde.<sup>14</sup>

É de extrema importância pontuar a responsabilidade médica na criação de uma espécie de documento que visa manifestar a vontade acerca de submeter-se ou não a determinados tratamentos, principalmente por ser seu dever ético informar a real situação do paciente, esclarecendo quais procedimentos poderá ser submetido, suas possibilidades de cura e os riscos desse tratamento.<sup>15</sup> Esse dever do profissional médico é um direito do paciente de exercer a autonomia sobre a sua própria vida.

## 2.1 RESPONSABILIDADE CIVIL

Preliminarmente, para uma melhor compreensão da Responsabilidade dos profissionais de saúde, é necessário entender o que é a Responsabilidade Civil. A responsabilização deriva do descumprimento de uma norma. Existem diversas espécies de normas; as normas éticas formam uma categoria genérica na qual se enquadram as normas morais, normas de etiqueta e as normas jurídicas.<sup>16</sup>

Analisando de uma forma gradativa, as normas de etiqueta geram punições mais leves, de índole difusa, por se tratarem de regras comportamentais sobre hábitos de cortesia ou civilidade com as pessoas ou coisas. Regulando, portanto, aspectos de menor relevância social do ponto de vista ético, haja vista que a sociedade sobrevive sem a observância de tais normas. As punições de índole difusa são punições aplicadas por qualquer componente de uma sociedade, através de olhares, gestos, sorrisos ou o próprio silêncio. Nessa forma de punição não há, portanto, monopólio institucional na aplicação da sanção, como é caso da sanção jurídica, a qual só pode ser aplicada de forma institucionalizada pelo poder público.<sup>17</sup>

As normas morais, no entanto, são máximas comportamentais que disciplinam parâmetros éticos mais relevantes para o convívio de uma dada sociedade. Nesse caso já há uma maior relevância social, tendo em vista ser a forma mais grave de infração social. A sanção gerada por uma infração moral também tem aplicabilidade

---

<sup>14</sup> FARAH. Elias. Contrato profissional médico-paciente. Reflexões sobre obrigações básicas. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. São Paulo, vol. 23, jan.2009, p.96

<sup>15</sup> MALUF. Adriana. **Curso de Bioética e Biodireito**, 2ª edição, ATLAS. p. 448.

<sup>16</sup> BOBBIO. Noberto. *apud* SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Curso de Introdução ao Estudo do Direito**. 2.ed. Editora Jus Podivm, 2011. p. 24

<sup>17</sup> *Ibidem*. p. 23 et seq.



difusa, em regra mais contundente que a punição originada por uma descortesia.<sup>18</sup> É o que ocorre, por exemplo, quando um grupo resolve isolar uma determinada pessoa por considerar o comportamento dela imoral.

Percebe-se, então, que as sanções difusas possuem níveis de gravidade. Podendo gerar até manifestações graves de linchamento, que é possível considerar como sendo a expressão de uma vingança aplicada por um grupo.<sup>19</sup> É a partir daí que surge a necessidade da institucionalização da punição, pois na sanção difusa não há normas preestabelecidas com sanções fixadas, podendo ser aplicadas de formas desproporcionais gerando uma verdadeira vingança privada, o que poderia remeter a própria lei de Talião.

Embora o surgimento das normas jurídicas não tenha a capacidade de extinguir a sanção difusa completamente, ela traz controles para a sua aplicação, limites nos quais os extremos são punidos pelo poder público. As normas jurídicas são normas originadas pelo mínimo ético da sociedade, surge das próprias normas sociais, prevê padrões de conduta na interação social e valores indispensáveis para a manutenção do equilíbrio de uma dada sociedade.<sup>20</sup>

Ressalta-se, ainda, que no âmbito da responsabilidade decorrente de norma positiva, estão as espécies: administrativa, penal e civil<sup>21</sup>, sendo esta a mais relevante para a compreensão dessa monografia. Torna-se oportuno esclarecer, que a responsabilidade administrativa dos médicos se origina de sua regulamentação, ocorrerá com o desrespeito a normas editadas pelo Conselho Federal de Medicina (CFM)<sup>22</sup>, resvalando em punições previstas no artigo 22 da lei nº 3.268m de 30 de setembro de 1957. Entre as quais se incluem advertência confidencial em aviso reservado; censura pública em publicação oficial; suspensão do exercício profissional até 30 (trinta) dias e, a mais grave, cassação do exercício profissional, ad referendum do conselho federal<sup>23</sup>. Enquanto a responsabilidade penal e o

---

<sup>18</sup> *Loc. Cit.*

<sup>19</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Curso de Introdução ao Estudo do Direito**. 2.ed. Editora Jus Podivm, 2011. p. 23 *et seq.*

<sup>20</sup> *Loc. Cit.*

<sup>21</sup> SANTOS, Leonardo Vieira. **Responsabilidade Civil Médico - Hospitalar e a Questão da Culpa no Direito Brasileiro**. Editora Jus Podivm.2008.p.25

<sup>22</sup> *Loc. Cit.*

<sup>23</sup> BRASIL. **Lei 3.268**, de 30 de setembro de 1957. Dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providencias. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3268.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3268.htm)> Acesso em: 08 nov.2014

administrativo tutelam o interesse público, o Direito Civil visa proteger o interesse privado, o direito do indivíduo e não da coletividade. É por tal razão, que no Direito Civil o interessado prejudicado poderá ou não exigir seu direito, já que, optando por não pleitear em juízo o que lhe cabe, só estará prejudicando interesse particular.<sup>24</sup>

É imperioso observar que, determinadas ações ou omissões podem gerar danos tanto para o interesse público quanto para o particular e por esse motivo poderá ser suscitada mais de uma forma de responsabilidade, já que essas são independentes entre si.<sup>25</sup> No direito civil, especificamente, qualquer ação ou omissão poderá gerar a responsabilização, desde que viole direito e cause dano a outrem, é o que traz o “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”<sup>26</sup>.

A responsabilidade civil poderá ser objetiva ou subjetiva, a diferença se baseia na existência ou não do elemento culpa. Na responsabilidade subjetiva, também chamada de Teoria Clássica ou Teoria da Culpa, para a responsabilização é necessária a existência do elemento Culpa em sentido amplo, englobando a culpa em sentido estrito e o dolo.<sup>27</sup> Do outro lado, existe a Teoria da Responsabilidade Legal ou Objetiva, a qual se subdivide em duas teorias. Enquanto na responsabilidade subjetiva o elemento culpa é essencial para a verificação da responsabilidade, na responsabilidade objetiva a verificação da culpa é irrelevante, sendo necessária apenas a verificação da ação, do dano e do nexo de causalidade entre a ação e o dano.<sup>28</sup>

Embora a regra da responsabilidade objetiva seja a irrelevância da verificação da culpa para a responsabilização do fato, a segunda teoria da responsabilidade objetiva, conhecida como Teoria Objetiva Imprópria ou Impura, traz como elemento da responsabilidade a culpa, no entanto, há uma inversão do ônus da prova, devido à presunção legal de que em determinadas situações a culpa ou o dolo existe.

---

<sup>24</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 15.ed. Editora Saraiva. 2014.p. 57-58.

<sup>25</sup> *Loc. Cit.*

<sup>26</sup> BRASIL. **Código Civil**. Brasília, DF. Senado, 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 13 jun. 2014

<sup>27</sup> *Op. Cit.* p. 59-61

<sup>28</sup> *Loc. Cit*

Desse modo, o autor da ação só precisará comprovar a ação ou omissão e o dano resultante da conduta do réu.<sup>29</sup>

O Código Civil Brasileiro adota, a princípio, a teoria da responsabilidade subjetiva. Contudo, isso não afasta a previsão esparsa de algumas hipóteses de aplicação da Teoria Objetiva. Como por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor, na qual a teoria adotada é da responsabilidade objetiva.<sup>30</sup>

Responsabilidade subjetiva, ou responsabilidade objetiva? Não há que fazer essa alternativa, Na realidade, as duas formas de responsabilidade se conjugam e se dinamizam. Deve ser reconhecida, penso eu, a responsabilidade subjetiva como norma, pois o indivíduo deve ser responsabilizado, em princípio, por sua ação ou omissão, culposa ou dolosa. Mas isto não exclui que, atendendo à estrutura dos negócios, se leve em conta a responsabilidade objetiva. Este é um ponto fundamental.<sup>31</sup>

Segundo a Teoria dualista a responsabilidade poderá ser proveniente de contrato ou ser extracontratual. No entanto, os efeitos são basicamente os mesmos. A responsabilidade contratual surge com o descumprimento de um contrato, enquanto a responsabilidade extracontratual decorre de ato ilícito.<sup>32</sup>

Não obstante não existam diferenças drásticas entre a responsabilidade contratual e extracontratual, há peculiaridades entre as duas. Na responsabilidade contratual, existe a figura da *Exceptio non adimplenti contractus* – exceção do contrato não cumprido trata-se de uma condição resolutiva tácita, na qual a falta do cumprimento dos termos acordados contratualmente gera a resolução do contrato. O credor possui o ônus de provar que a prestação não fora cumprida e o devedor só não será responsabilizado se comprovada a existência de uma das hipóteses de excludentes admitidas em lei, sejam elas: A culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior.<sup>33</sup>

Na responsabilidade extracontratual, por sua vez, o autor da ação tem o ônus de provar que o fato se deu por culpa do agente. Advêm da inobservância do dever genérico de não lesar, não causar dano a ninguém (*neminem laedere*), dever esse

---

<sup>29</sup> *Loc. Cit.*

<sup>30</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**.15.ed. Editora Saraiva. 2014.p.59-61

<sup>31</sup> REALE. Miguel *apud Ibidem*. p. 61.

<sup>32</sup> *Ibidem*.p.62-64

<sup>33</sup> *Loc. Cit*

atribuído a todos, inclusive incapazes. Diante disso, diferentemente daquela, essa responsabilidade poderá decorrer de lesões praticadas por incapazes.<sup>34</sup>

Há de se observar ainda que entre a responsabilidade contratual ou extracontratual não existem apenas diferenças. Em verdade, as duas são bem parecidas quanto à subjetividade da responsabilidade, tendo em vista que nas duas hipóteses a teoria adotada é a subjetiva, por tanto é necessária a verificação do elemento culpa. O que diverge nessa apuração da culpa é a forma em que cada uma valora esse elemento, ou seja, enquanto na responsabilidade proveniente de contrato a apuração da culpa seria menos rigorosa que na responsabilidade por infringir o dever geral de *neminem laedere*.<sup>35</sup>

Como já explicitado alhures, o Código Civil Brasileiro adota a priori a teoria subjetiva, mas não veda a possibilidade da aplicação da teoria objetiva em casos determinados por leis esparsas e pelo próprio direito do consumidor. Sendo assim, o artigo 186 traz os pressupostos da responsabilidade civil, bem como a previsão de que se houver dano haverá o dever de reparar.<sup>36</sup>

Deduz-se, portanto, que os pressupostos do dever de indenizar são: Ação ou omissão, existência da culpa ou dolo, ocorrência de dano e o nexo de causalidade entre a ação ou omissão dolosa ou culposa com o dano causado. Vale ressaltar ainda, que na teoria subjetiva já que há a apuração do elemento culpa em sentido amplo, é possível verificar graus da culpa, e essa gradação será analisada no momento da sentença.<sup>37</sup>

A culpa em sentido amplo engloba dois aspectos, o dolo e a culpa em sentido estrito. O dolo é o agir consciente voltado a um determinado resultado, ou assumir o risco de alcançar aquele resultado ilícito<sup>38</sup>, como é visto no “Art. 18. Diz-se o crime: I-doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo.” Do Código Penal<sup>39</sup>. Já a culpa em sentido estrito, ocorre quando o resultado acontece por inobservância de um dever de cuidado. Essa falta de observância poderá

---

<sup>34</sup> *Loc. Cit.*

<sup>35</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 15.ed. Editora Saraiva. 2014.p.62-64

<sup>36</sup> *Loc. Cit.*

<sup>37</sup> GRECO, Rogerio. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 15.ed. Editora Impetus. Jan.2013.pgs.185-195

<sup>38</sup> *Loc. Cit*

<sup>39</sup> BRASIL. **Código Penal**. Brasília, DF. Senado,1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 05.mai. 2015.

decorrer de uma negligência (deixar de agir conforme a diligência adequada), imprudência (agir sem observar o seu dever de cuidado, gerando um resultado lesivo previsível) ou de uma imperícia (inaptidão, ainda que temporária, para o exercício de uma determinada atividade).<sup>40</sup> Previsto no mesmo dispositivo penal:

Art.18. Diz-se crime:

I-(...)

II- culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

Parágrafo Único. Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.<sup>41</sup>

A culpa grave ou lata se aproxima do dolo e por isso será tratada de forma mais gravosa, a culpa leve é uma falta evitável com a atenção ordinária e a culpa levíssima é uma culpa evitável com uma atenção extraordinária.<sup>42</sup>

A culpa poderá, ainda, ser atribuída no Direito Civil de diversas formas, sejam elas: Culpa *in eligendo* – a culpa na escolha do representante, do preposto; Culpa *in vigilando* – a culpa se dá no momento da fiscalização do representante; Culpa *In committendo* – a culpa decorrente de ação; Culpa *em omittendo* – culpa decorrente de uma omissão e, por derradeiro, a culpa *in custodiando* – a culpa decorrente da falta de cuidados de guarda de algum animal ou de algum ser inanimado.<sup>43</sup>

### 2.1.1 Responsabilidade nas relações de consumo

A Constituição Federal estabelece em seu artigo 5º que o estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor. Em outras palavras a CF prevê a edição de lei específica sobre a matéria. Em cumprimento a essa determinação constitucional, o Código de Defesa do Consumidor foi elaborado em 1990, Lei nº 8.078, que está em vigor desde março de 1991.<sup>44</sup>

Com o desenvolvimento das relações sociais e o surgimento do consumo em massa, os princípios tradicionais da legislação privada já não mais bastavam para reger as relações que ganharam um maior grau de complexidade. Com o intuito de proporcionar regras com melhor adequação às novas relações que começaram a se

---

<sup>40</sup> *Op. Cit.*.pgs.197-213

<sup>41</sup> BRASIL. **Código Penal**. Brasília, DF. Senado,1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 05. mai. 2015.

<sup>42</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**.15.ed. Editora Saraiva. 2014.p.50-52

<sup>43</sup> *Ibidem*.p.66-68

<sup>44</sup> BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília, DF. Senado,1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 05 de mai. 2015

formar, e atendendo a previsão constitucional, o Código de Defesa do Consumidor afastou a aplicação do Código Civil e dos demais campos do direito no que tange as relações de consumo.<sup>45</sup>

No Direito do Consumidor a responsabilidade, pelo fato do produto ou do serviço, é objetiva. Diante disso, para o CDC tanto os problemas intrínsecos ou extrínsecos geram a responsabilidade objetiva do fornecedor, sendo apenas possível a alegação de uma das excludentes de responsabilidade: Culpa exclusiva do consumidor; culpa exclusiva de terceiro; a não disponibilização do produto no mercado ou a inexistência do defeito.<sup>46</sup> Com o advento do novo Código Civil, o qual teve sua vigência iniciada no início de 2003, muito se discutiu sobre a sua convivência com o Código de Defesa do Consumidor. O receio era da regra clássica de solução de antinomias *lex posterior derogat priori* ( a lei posterior revoga a anterior).<sup>47</sup>

Contudo, a questão encontra entendimento na doutrina de perfeita adequação e coexistência de ambos os instrumentos normativos. O que, por conseguinte, desponha a possibilidade de aprimoramento da aplicação do Código Consumerista.<sup>48</sup> Essa espécie de solução é o sistema pós-moderno conhecido como “convivência de paradigmas”, o qual é chamado pela expressão “diálogo das fontes” (*dialogue de sources*), criada por Erik Jaime. Reconhecendo a relação de subsidiariedade e complementariedade entre os ramos do direito, permitindo a aplicação simultânea das diversas fontes legislativas.<sup>49</sup>

O termo criado pelo jurista alemão Erik Jaime tem por intuito dar a idéia de influências recíprocas, porque a aplicação das fontes normativas convergentes são aplicadas ao mesmo tempo, seja complementando aquilo que resta insuficiente em uma fonte ou como forma subsidiária a fonte não possível de ser aplicada no caso concreto.<sup>50</sup> Utilizando-se dos seus ensinamentos, Claudia Lima Marques analisa os possíveis diálogos do Código de Defesa do Consumidor com o novo Código Civil Brasileiro, dividindo em três formas de interação.<sup>51</sup>

---

<sup>45</sup> *Op. Cit.*p.370 *et seq.*

<sup>46</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**.15.ed. Editora Saraiva. 2014.p.372-373

<sup>47</sup> MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. Editora Thomson Reuters Revista dos tribunais. 4.ed. 2013.p.67-70.

<sup>48</sup> *Loc. Cit.*

<sup>49</sup> JAYME, Erik *apud Op. Cit.*p.68.

<sup>50</sup> MARQUES, Claudia Lima *apud Ibidem*.p.67-70.

<sup>51</sup> MARQUES, Claudia Lima *apud Loc. Cit.*

A primeira hipótese e aplicação simultânea das duas fontes (leis), é o chamado diálogo sistemático de coerência. Esse diálogo irá ocorrer quando uma fonte normativa traz a base conceitual para aplicação de outra norma. O que ocorreu com o advento do Código Civil de 2002, o qual atualizou conceitos como consumidor, fornecedor, serviços e produtos.<sup>52</sup> A segunda hipótese é a aplicação coordenada das duas leis, o “diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade em antinomias aparentes ou reais”<sup>53</sup>.

Dessa forma uma lei vai complementar a outra naquilo que ela não tenha disposição satisfativa, bem como poderá ser utilizada de forma subsidiária em caso de omissão da fonte primária.<sup>54</sup> No conflito entre o CC/2002 e o CDC, poderá ocorrer até a aplicação de uma ou outra fonte na medida que a escolhida beneficie o consumidor hipossuficiente, tendo em vista que o CDC se originou com o intuito de proteger o consumidor que se encontra em situação de hipossuficiência, não podendo, portanto, dar tratamento pior ao mesmo do que o próprio Código Civil.<sup>55</sup>

Por derradeiro, a última hipótese de diálogo é o das influências recíprocas sistemáticas, chamado por diálogo de coordenação e adaptação sistemática. Essa última hipótese trata-se de uma redefinição do alcance da aplicação dessa fonte legislativa.<sup>56</sup> Dessa forma, deduz-se que, uma vez preenchidos os requisitos, enquadrar-se-á esta relação na seara consumerista, seguindo, à vista disso, as regras do CDC. De outro modo, não preenchidos os requisitos da relação de consumo, a relação jurídica será regulada pelo Código Civil.<sup>57</sup>

Os requisitos da relação de consumo estão previstos nos artigos 2º e 3º do mencionado objeto. O artigo 2º traz o conceito de consumidor e em seu parágrafo único traz a figura do consumidor equiparado:

Art.2º. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

---

<sup>52</sup> MARQUES, Claudia Lima *apud Loc. Cit.*

<sup>53</sup> MARQUES, Claudia Lima *apud* MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. Editora Thomson Reuters Revista dos tribunais. 4.ed. 2013.p.67-70.

<sup>54</sup> *Loc. Cit.*

<sup>55</sup> *Loc. Cit.*

<sup>56</sup> *Loc. Cit.*

<sup>57</sup> *Loc. Cit.*

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.<sup>58</sup>

Para se caracterizar a relação de consumo é necessária a implementação de duas classes de elementos, os subjetivos e os objetivos. Na primeira classe temos a exigência de que se verifique a presença do consumidor, quanto do fornecedor. E na segunda classe, a classe objetiva, a necessidade da presença de um produto ou serviço.<sup>59</sup>

O legislador por reconhecer a hipossuficiência dos consumidores, de ordem técnica e fática e em vezes econômica, traz uma série de facilidades à defesa desse consumidor. Tal garantia não se resume apenas ao âmbito do judiciário, mas também no que tange a esfera extrajudicial.<sup>60</sup> Um exemplo desses benefícios ao consumidor é a inversão do ônus da prova, que trata sobre a possibilidade de se inverter o ônus da prova se verificada a verossimilhança das alegações e a hipossuficiência do consumidor.<sup>61</sup>

A regra geral é que a prova do fato constitutivo compete ao autor e as provas referentes a fatos impeditivos e modificativos são de competência do réu.<sup>62</sup> Ou seja, a inversão do ônus da prova é a possibilidade de, reconhecido os requisitos, tornar a competência para que se comprove a inexistência do fato constitutivo da parte ré quando o consumidor for o autor da ação por exemplo.

## 2.2 RESPONSABILIDADE MÉDICA

É interessante identificar como funciona a responsabilidade médica. Já se discutiu muito acerca da sua natureza jurídica, contratual ou extracontratual. Gera obrigação de resultado ou de meio. Com o advento do Código do Consumidor essas discussões foram amenizadas, já que hoje se entende que a responsabilidade médica deve ser analisada por dois prismas: a relação pessoal do médico quando ela decorre de um serviço direto e pessoal do médico com o paciente e o outro é a responsabilidade médica empresarial quando a relação médico-paciente decorre da

---

<sup>58</sup> BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília, DF. 1990. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm)>. Acesso em: 05 mai. 2015

<sup>59</sup> FILHO. Sérgio Carvalieri. **Programa de Direito do Consumidor**. 3 ed. Editora Atlas, 2011. p. 59.

<sup>60</sup> *Ibidem*. p. 105.

<sup>61</sup> *Loc. Cit.*

<sup>62</sup> *Ibidem* p.105-106



prestação de serviços empresariais, seja por clínicas, casas de saúde, laboratórios entre outros.<sup>63</sup>

Hoje não pairam mais dúvidas acerca da natureza contratual da responsabilidade médica. Poderia se falar em tese de uma inexecução da obrigação prevista no objeto contratual nas hipóteses do médico não obter a cura do doente, ou se os recursos utilizados não satisfizerem. Contudo, o fato da relação médico-paciente ser contratual não faz presumir a culpa. Isso se deve ao fato do médico não se obrigar a curar, mas a proceder de acordo com as limitações legais e éticas, bem como em consonância com os métodos adequados à profissão. Em outras palavras, o profissional assume uma obrigação de meio e não de resultado.<sup>64</sup>

O profissional médico só será civilmente responsabilizado mediante comprovação de uma das modalidades de culpa: Imprudência, imperícia e negligência.<sup>65</sup> Nesse sentido o artigo 14, §4º do Código de Defesa do Consumidor diz que a responsabilidade dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação da culpa.

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.(...)

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.<sup>66</sup>

A responsabilidade do profissional médico embora seja subjetiva está sujeita a disciplina do Direito do Consumidor, como se pode concluir, sendo possível, portanto, a inversão do ônus da prova por força do artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor, no qual diz:<sup>67</sup>

Arti.6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências,<sup>68</sup>

---

<sup>63</sup> *Ibidem*. p.430 *et seq.*

<sup>64</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**.15.ed. Editora Saraiva. 2014.p.336-339

<sup>65</sup> *Loc. Cit.*

<sup>66</sup> BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**, de 11 de setembro de 1990.. Disponível em: <w [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm)>. Acesso em: 02 mar. 2015

<sup>67</sup> *Op. Cit.*p.336-339

<sup>68</sup> BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília, DF: Senado, 1950. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm)>. Acesso em: 02 mar. 2015

Conforme jurisprudência do STJ:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - RESPONSABILIDADE CIVIL- CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO - ERRO MÉDICO – PRESCRIÇÃO IRREGULAR DE MEDICAÇÃO - PARTO PREMATURO - PERDA DO FILHO – EXTRAÇÃO DO ÚTERO - CULPA CONFIGURADA - NULIDADE - NÃO OCORRÊNCIA - SÚMULA7/STJ - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - POSSIBILIDADE – CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO - DISSÍDIO NÃO DEMONSTRADO. (...)

**II - Como destacado, a inversão do ônus da prova não é automática, tornando-se, entretanto, possível num contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor, ficando subordinada ao "critério do juiz, quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.(grifos do autor)<sup>69</sup>**

Salienta-se, ainda, que a hipossuficiência do paciente não se verifica apenas na relação econômica do paciente, mas, principalmente, a hipossuficiência técnica. Tendo em vista que o conhecimento técnico do profissional médico será sempre superior ao do paciente. Como já explicitado anteriormente, em regra o profissional se obriga quanto ao procedimento realizado, obrigação de meio. No entanto, o médico poderá se obrigar a chegar ao final do procedimento com o paciente nas condições determinadas no momento do contrato, se obrigando, dessa forma, com o resultado.<sup>70</sup>

A diferença entre a submissão do profissional da medicina em uma obrigação de meio ou de resultado resvala em uma peculiaridade. No caso da obrigação de resultado, como o médico se compromete a através do procedimento utilizado alcançar o resultado almejado, diante disso, as excludentes de ilicitude aqui serão mais restritas, sendo elas: caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima.<sup>71</sup>

O contrato de prestação de serviços médicos, ainda que se enquadre na espécie de contrato por prestação de serviço, possui algumas peculiaridades. A primeira especificidade desse contrato é que, como já visto anteriormente, o médico em regra não se obriga a curar o paciente e sim a agir conforme meios éticos e técnicos a fim

---

<sup>69</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento n.854.005 - Proc. 2006/0282797-9. Agravante: Hospital Dr. Noel Nutels e outros. Agravado: Sirley Aparecida dos Anjos e Conjuge.Relator: Min. Sidnei Beneti. Brasília, DJ, 26 de ago.2008. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200602827979&dt\\_publicacao=11/09/2008](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200602827979&dt_publicacao=11/09/2008)>. Acesso em: 02 mar. 2015.

<sup>70</sup>GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**.15.ed. Editora Saraiva. 2014.p.336-337

<sup>71</sup> DE MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopes. O Dano Estético. **Revista dos Tribunais**. 1980, p.59.

de alcançar a cura, mas não necessariamente se obrigando a alcançar o resultado. A segunda especificidade é quanto à existência de deveres específicos do profissional, como o dever geral de cautela e o saber técnico profissional. Por fim, a terceira especificidade, em verdade, não é uma peculiaridade do contrato de prestação de serviço médico, no entanto funciona com maior relevância no que tange a essa espécie de contrato de prestação de serviço.<sup>72</sup>

A terceira peculiaridade seria quanto à aplicação do princípio da transparência, o artigo 6º, III do Código de Defesa do Consumidor traz a previsão de que é direito básico do consumidor:

Art. 6º São direitos básicos 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;<sup>73</sup>

Esse dispositivo tem uma aplicação bastante relevante no que tange ao contrato em questão, devido à ligação do princípio da transparência com o consentimento esclarecido já que gera deveres anexos como, por exemplo, o dever de informar os riscos, o qual será abordado de forma mais aprofundado posteriormente.<sup>74</sup>

É imperioso observar que o médico poderá responder tanto pelo erro médico, quanto pela dedicação insatisfatória ou imperfeição técnica. Isso não significa dizer que a imperfeição técnica ou a dedicação insatisfatória configuram erro médico. Essas duas hipóteses podem dar margem a uma responsabilidade médica por força da aplicação da Teoria da Perda de Uma Chance.<sup>75</sup>

A teoria da perda de uma chance, originariamente chamada de “*La perte d’une chance*” foi importada da França para o Brasil, seu conceito original é precisamente não dar todas as possibilidades de cura ou sobrevivência ao paciente.<sup>76</sup> Parte da doutrina entende que essa teoria mitiga o nexo de causalidade, no entanto não é

---

<sup>72</sup> *Op. Cit.* pgs.336-337

<sup>73</sup> BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília, DF. 1990. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm)>. Acesso em: 02 mar. 2015

<sup>74</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**.15.ed. Editora Saraiva. 2014.p.336-337

<sup>75</sup> *Ibidem*.p.370-371

<sup>76</sup> NETO. Kfourri *apud* SANTOS, Leonardo Vieira. **Responsabilidade Civil Médico - Hospitalar e a Questão da Culpa no Direito Brasileiro**. Editora Jus Podivm. 2003, P.52

unanimidade como bem leciona Pamplona Filho<sup>77</sup>, o qual defende ser a perda de uma chance uma espécie de dano.<sup>78</sup> Sendo, portanto, um pressuposto da responsabilidade civil. Na prática essa teoria vem sendo aplicada na jurisdição brasileira.

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PERDA DE UMA CHANCE. DESCUMPRIMENTO DE CONTRATO DE COLETA DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS DO CORDÃO UMBILICAL DO RECÉM NASCIDO. NÃO COMPARECIMENTO AO HOSPITAL. LEGITIMIDADE DA CRIANÇA PREJUDICADA. DANO EXTRAPATRIMONIAL CARACTERIZADO.(...)

3.A teoria da perda de uma chance aplica-se quando o evento

danoso acarreta para alguém a frustração da chance de obter um proveito determinado ou de evitar uma perda.

4. Não se exige a comprovação da existência do dano final, Bastando prova da certeza da chance perdida, pois esta é o objeto de reparação.<sup>79</sup>

### 2.3 RESPONSABILIDADE DOS PROFISSIONAIS DE SAÚDE

A responsabilidade do médico abarca também atos praticados por terceiros que estejam diretamente sob suas ordens. Dentro de uma equipe, em princípio, é o médico-chefe que se presume culpado pelos danos que acontecerem, pois é ele que está exercendo o comando dos trabalhos e são a partir de suas ordens que estão sendo executados os atos necessários ao desempenho correto da intervenção médica.<sup>80</sup>

Os profissionais que estejam como auxiliares da intervenção médica serão subdivididos em duas espécies: Os auxiliares que recebem ordens diretamente do cirurgião e os profissionais que são funcionários do hospital. Na primeira hipótese quem responde pelo auxiliar é o médico, pois aquele está executando ordens emanadas pelo profissional médico. No caso do profissional auxiliar que seja funcionário do hospital, quem será responsável será o próprio hospital. Nessa última situação existe uma pequena observação a ser feita, sendo o auxiliar funcionário do

---

<sup>77</sup> GAGLIANO. Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO. Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil 3**. 13, ed. Editora Saraiva. 2015.p. 89-90

<sup>78</sup> *Loc. Cit.*

<sup>79</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso **Especial n.1.291.247 – Proc. 2011/0267279-8**. Recorrente: Carlos Márcio da Costa Cortázio Corrêa e Outros. Recorrido: Cryopraxis Criobiologia Ltda. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Rio de Janeiro, RJ 22 nov. 1999. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=35337240&num\\_registro=201102672798&data=20141001&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=35337240&num_registro=201102672798&data=20141001&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 02 mar. 2015.

<sup>80</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**.15.ed. Editora Saraiva. 2014.p.343-344

hospital e receber ordens mal dadas pelo profissional médico, ou estando o auxiliar na presença do médico quem será responsabilizado será o medico.<sup>81</sup>

Ressalta-se que o Médico Anestesiologista embora possa dar a impressão de estar subordinado ao cirurgião não está, e possui uma responsabilização diferente dos demais profissionais médicos.<sup>82</sup> Contudo, por entender que não ser relevante ao objeto central dessa monografia não será destrinchada a forma de sua responsabilização nessa oportunidade.

Ao que tange a relação entre a responsabilidade médica e as diretivas antecipadas de vontade, objeto do presente trabalho, a dúvida que se apresenta é se será aplicada a responsabilidade médica da mesma forma em casos de inobediência a diretivas antecipadas de vontade ou se essas terão o condão de modificar essa responsabilização nesse caso, dada a sua novidade no campo prático.<sup>83</sup>

A doutrina e jurisprudência ainda não são expressas sobre esse ponto. No entanto, sendo a responsabilidade civil do médico, via de regra, subjetiva, entende-se que, o descumprimento dessas disposições de vontade, seja por intenção específica de desrespeitá-las ou por culpa, deverá gerar responsabilização por parte do médico. Ainda que se verifique nesse momento a ausência de legislação pertinente, o Código de Ética Médica, bem como a Resolução do Conselho Federal de Medicina 1995 de 2013 são normas das quais se devem respeito, gerando, portanto, o dever de ressarcir os danos causados por afronta a esses preceitos.<sup>84</sup>

## 2.4 PARÂMETROS LEGAIS E ÉTICOS

Com a finalidade de facilitar o alcance à reflexão pretendida nesse trabalho, serão tratados preliminarmente ensinamentos que auxiliem na compreensão da discussão principal. Isso se mostra relevante também, pois localizar o tema debatido em um campo do saber jurídico faz recordar os nortes principiológicos pertinentes ao raciocínio que está sendo sugerido.

### 2.4.1 Bioética e Biodireito

#### 2.4.1.1 Evolução Histórica

---

<sup>81</sup> *Loc. Cit.*

<sup>82</sup> *Loc. Cit.*

<sup>83</sup> CRIPA, Anelise; BUONICORE, Giovana; FEIJÓ, Ana Maria. Diretivas Antecipadas de Vontade e a Responsabilidade Civil do Médico. **Revista da AMRIGS**. Porto Alegre: out./dez. 2013, p. 344-348.

<sup>84</sup> *Loc. Cit.*

A idéia de moralidade é universal. Ainda que seus termos distintivos do que é certo ou errado possam variar de um local para outro, ou em relação ao momento temporal em que se figure, é intrínseco da natureza humana.<sup>85</sup> A figura humana só tornou-se relevante no processo evolutivo em razão do desenvolvimento de uma consciência moral, percebendo-se que a estruturação das sociedades humanas decorrem do aparecimento de proibições morais.<sup>86</sup>

A idéia de moralidade pressupõe a capacidade da consciência moral. Tal consciência é a aptidão de perceber os valores morais, reconhecer o dever, sentir-se bem em estar cumprindo com uma obrigação e, por fim, a sensação de remorso por não conseguir agir conforme a moralidade.<sup>87</sup> Salienta-se, que embora utilizados em regra como sinônimos, os termos Ética e Moral possuem significados filosóficos distintos.

Para os ensinamentos aristotélicos, a moral é a união de hábitos e costumes de um indivíduo ou de um povo baseado em um princípio geral do que é “correto”. Já o termo ética tem uma maior abrangência, trata-se de conjunto de regras e princípios que regulam o agir correto do ser humano. Enquanto a Moral trata-se apenas de hábitos e costumes a ética alcança a teorização crítica sobre a conduta humana.<sup>88</sup> Essa distinção se torna relevante e oportuna devido a influência da Ética no surgimento da Bioética. Pode-se entender, por sua vez, que a bioética é uma ramificação da própria ética.<sup>89</sup> Como se retrata na própria etimologia da palavra “bioética” a ética da “bíos”.

A língua latina traz na palavra vida a tradução do que seria dois termos gregos diversos, a bíos e zoé. Para os gregos a vida tem dois aspectos, o primeiro é o zoé que seria a antítese da palavra morte, trata-se da vida orgânica. Explica o bioeticista Fermin Roland Scharamm que a vida, nesse aspecto, engloba a natureza animada que contém o ímpeto (tymós) ou a alma (psyché). O outro aspecto da vida na visão

---

<sup>85</sup> HRYNIEWICZ, Severo. SAUWEN, Regina Fiuza. **O Direito “In Vitro” da Bioética ao Biodireito**. 3.ed. Lumens Juris Editora, 2008.p.3 *et seq.*

<sup>86</sup> STRAUSS, Lévi *apud Loc. Cit.*

<sup>87</sup> HRYNIEWICZ, Severo. SAUWEN, Regina Fiuza. **O Direito “In Vitro” da Bioética ao Biodireito**. 3.ed. Lumens Juris Editora, 2008.p.3 *et seq.*

<sup>88</sup> *Loc. Cit.*

<sup>89</sup> *Loc. Cit.*

dos gregos é o modo que o homem vive, conforme costumes, propriedades e normas de convivência social, sendo traduzido como *bíos*.<sup>90</sup>

Nesse sentido, um aspecto é tido como a vida na forma intensiva (*zoé*) e o outro de forma extensiva (*bíos*), sendo a vida, portanto, a união desses dois aspectos. Diante disso, temos como objeto do Biodireito a vida em suas duas perspectivas, tendo a vida como um todo indivisível, consiste na unidade da vida física, intelectual e moral, incluindo ainda o ecossistema em que vive. José Afonso da Silva considera como vida o processo vital que se inicia com a concepção, findando com a morte, daí surgem os maiores conflitos enfrentados por esse campo jurídico.<sup>91</sup>

A bioética, por sua vez, retrata a tentativa de se compreender o real significado da descoberta, visando apontar e alertas sobre seus aspectos positivos ou negativos, estabelecendo uma ponte entre a ética e a vida<sup>92</sup>. Esse ramo de estudo, passa a ganhar relevância a partir do momento que as evoluções biotecnológicas e científicas causam impacto na vida humana. É na bioética que questões limiars serão discutidas e refletidas, como, por exemplo, o início da vida e o termino dela ou limite entre a morte natural e a morte artificial.<sup>93</sup>

O objeto da bioética não é delimitado de forma clara, nem, tampouco, se resume a estudar as profissões da saúde. É, em verdade, um estudo interdisciplinar no qual suas discussões implicam em questões filosóficas, científicas, econômicas, políticas, jurídicas e todos os campos de estudo que possuem influência na vida humana<sup>94</sup>. Ela se ocupa de questões onde não exista um consenso moral e ético.<sup>95</sup> Em termos mais adequados, seu conceito é:

“(...)um estudo interdisciplinar, ligado à ética, que investiga, na área das ciências da vida e da saúde, a totalidade das condições necessárias a uma administração responsável da vida humana em geral e da pessoa humana em particular.”<sup>96</sup>

---

<sup>90</sup> ARAÚJO, Ana Laura Vallarelli Gutierrez. Biodireito: O direito a Vida. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. V.51, abr. 2005, p.111. Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos. V.2, ago.2011, p. 25

<sup>91</sup> *Loc. Cit.*

<sup>92</sup> HRYNIEWICZ, Severo. SAUWEN, Regina Fiuza. **O Direito “In Vitro” da Bioética ao Biodireito**. 3.ed. Lumens Juris Editora, 2008.p.7 *et seq.*

<sup>93</sup> *Loc. Cit.*

<sup>94</sup> *Loc. Cit.*

<sup>95</sup> MALUF,Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. O Biodireito na Pós-modernidade. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. São Paulo, vol. 32, jun.2013, p. 337

<sup>96</sup> *Op. Cit.* p.13

É nesse contexto que se integra o Biodireito.<sup>97</sup> Com o advento da globalização e difusão cultural, uma série de novos problemas e questionamentos apareceram acerca de princípios éticos e morais, surge à necessidade de limitação ou regularização do trato com os humanos e animais. Nasce então o ramo do direito que tem como razão fundante regular as práticas médicas e a biotecnologia, o ramo do Biodireito.<sup>98</sup>

É uma área do direito que surge com o compromisso de normatizar questões importantes discutidas pela bioética, com o intuito principal de manter a divisão entre o Direito das Coisas e O Direito das Pessoas, para que se respeite a dignidade humana e não se confunda o ser humano com coisa.<sup>99</sup> A principal dificuldade desse ramo jurídico é a necessidade de atualização, de regular o novo. A ciência caminha a passos largos e o Direito tem o dever de acompanhar.<sup>100</sup>

A preocupação ética referente às práticas biológicas, como visto anteriormente, é bem antiga, uma das referências acerca da relevância da ética médica produzida na Grécia Antiga e utilizada até hoje como juramento em algumas escolas de medicina é o “Juramento de Hipócrates”<sup>101</sup>, o qual foi criado a partir do *Corpus Hippocraticum*, conjunto de sua obras.<sup>102</sup>

---

<sup>97</sup> *Ibidem*.p.7-11

<sup>98</sup> MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. O Biodireito na Pós-modernidade. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. São Paulo, vol. 32, jun.2013, p. 337

<sup>99</sup> *Op. Cit.*p.7-11

<sup>100</sup> HRYNIEWICZ, Severo. SAUWEN, Regina Fiuza. **O Direito “In Vitro” da Bioética ao Biodireito**. 3.ed. Lumens Juris Editora, 2008.p.7-11

<sup>101</sup> "Eu juro, por Apolo médico, por Esculápio, Hígia e Panacea, e tomo por testemunhas todos os deuses e todas as deusas, cumprir, segundo meu poder e minha razão, a promessa que se segue: Estimar, tanto quanto a meus pais, aquele que me ensinou esta arte; fazer vida comum e, se necessário for, com ele partilhar meus bens; ter seus filhos por meus próprios irmãos; ensinar-lhes esta arte, se eles tiverem necessidade de aprendê-la, sem remuneração e nem compromisso escrito; fazer participar dos preceitos, das lições e de todo o resto do ensino, meus filhos, os de meu mestre e os discípulos inscritos segundo os regulamentos da profissão, porém, só a estes. Aplicarei os regimes para o bem do doente segundo o meu poder e entendimento, nunca para causar dano ou mal a alguém.

A ninguém darei por prazer, nem remédio mortal nem um conselho que induza a perda. Do mesmo modo não darei a nenhuma mulher uma substância abortiva.

Conservarei imaculada minha vida e minha arte.

Não praticarei a talha, mesmo sobre um calculoso confirmado; deixarei essa operação aos práticos que disso cuidam.

Em toda casa, aí entrarei para o bem dos doentes, mantendo-me longe de todo o dano voluntário e de toda a sedução, sobretudo dos prazeres do amor, com as mulheres ou com os homens livres ou escravizados.

Àquilo que no exercício ou fora do exercício da profissão e no convívio da sociedade, eu tiver visto ou ouvido, que não seja preciso divulgar, eu conservarei inteiramente secreto.



Entretanto, a evolução científica e da biotecnologia traz, cada vez mais à baila a importância sobre os ramos intimamente ligados à vida humana ou animal e ao meio ambiente, estudos como o da bioética e do biodireito. Os experimentos científicos que antes tinham o status de ficção científica, hoje estão cada vez mais próximos, palpáveis e acessíveis para a população, o que traz uma série de riscos e benefícios à coletividade.<sup>103</sup>

#### 2.4.1.2 Princípios norteadores

Os princípios basilares do pensar bioético são utilizados para a solução de problemas que surgem acerca da atuação médica e dos profissionais de saúde, são responsáveis por dar respostas aos problemas que ainda não tenham solução ou encontrar o caminho mais adequado, ético e proporcional a ser seguido. São eles: o princípio da beneficência, da não maleficência, da justiça e da autonomia.<sup>104</sup>

O princípio da autonomia está em conformidade com a autonomia da vontade, é a valorização da vontade do paciente e dos seus responsáveis, entendendo ter o paciente o domínio de sua própria vida e respeitando valores morais e religiosos do enfermo e da família; o princípio da beneficência, diz respeito ao agir dos profissionais de saúde em relação aos interesses do paciente, visando maximizar os benefícios e minimizar os riscos; o princípio da não maleficência visa não acarretar dano intencional, é uma vedação ao agir do profissional e, por derradeiro, o princípio da justiça, que busca a imparcialidade na distribuição dos riscos e benefícios na prática das funções desses profissionais, busca evitar a discriminação.<sup>105</sup>

#### 2.4.2 Direito Médico

A medicina surge ao momento que o ser humano experimenta a sensação de dor. Já o Direito tem seu surgimento mais recente<sup>106</sup>, pois, como já visto mais dantes, a normatização positiva decorre de valores morais e éticos, dos quais sua positivação

---

Se eu cumprir este juramento com fidelidade, que me seja dado gozar felizmente da vida e da minha profissão, honrado para sempre entre os homens; se eu dele me afastar ou infringir, o contrário aconteça." Juramento de Hipócrates. Disponível em: <[www.cremesp.org.br/?siteAcao=Historia&esc=3](http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Historia&esc=3)> Acesso em: 18 mar.2015

<sup>102</sup>FREIRE DE SÁ. Maria de Fátima. NAVES. Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**, 2 ed. Editora DELREY, 2011.p.4

<sup>103</sup> MALUF.Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. O Biodireito na Pós-modernidade. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. São Paulo, vol. 32, jun.2013, p. 337

<sup>104</sup> MALUF.Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. O Biodireito na Pós-modernidade. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. São Paulo, vol. 32, jun.2013, p. 337

<sup>105</sup> *Loc. Cit.*

<sup>106</sup> FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**. 12.ed. Editora Forense, 2014.pgs.8-11

ocorreu com a necessidade de se regulamentar tais valores. Deduz-se, portanto, que o surgimento do Direito é anterior à própria lei, tendo em vista que a lei é oriunda justamente do que a moral e a ética determinam como valores justos.<sup>107</sup>

Na medida em que a Medicina e o direito foram tendo sua evolução natural, acabaram por criar pontos de contato, surgindo, por conseqüência, a necessidade de uma nova ciência.<sup>108</sup> Analisando o conteúdo já exposto nesse trabalho, foi visto o conceito de Biodireito, e, a partir disso pode-se concluir que a Medicina Legal está considerada como um sub-ramo do Biodireito, tendo em vista ser uma ciência ligada à vida, mas que abrange o objeto de forma mais restrita e, conseqüentemente, de maneira mais profunda naquilo que se propõe a regular.

Discutiu-se muito acerca da responsabilidade do médico, boa parte da sociedade médica defendia que os profissionais de tal área deveriam ser julgados por um tribunal composto somente por médicos, alegando que apenas alguém com a técnica médica teria capacidade de compreender a situação do profissional. Contudo, não prosperou essa idéia, prevalecendo o entendimento que os tribunais civis possuem competência para julgar os atos dos profissionais médicos, tendo em vista que só proferem a decisão após a escuta dos peritos (os quais possuem embasamento técnico).<sup>109</sup>

A responsabilidade médica tem tamanha repercussão devido à necessidade de certa liberdade que a profissão necessita. Porém, é relevante reconhecer que a Medicina vem alcançando, cada vez mais, um elevado grau de perfeição técnica, o que, por sua vez, torna a responsabilidade do profissional muito mais criteriosa e rigorosa.<sup>110</sup> Os grandes conflitos da Medicina e do Direito estão voltados exatamente ao ponto de convergência entre as diversas disciplinas que integram a Bioética. Com o exemplo das questões sobre o aborto, a eutanásia, o uso de órgãos e tecidos para transplantes e tantos outros que a própria sociedade não tem um posicionamento concreto.<sup>111</sup>

---

<sup>107</sup> *Loc. Cit.*

<sup>108</sup> *Loc. Cit.*

<sup>109</sup> FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**. 12.ed. Editora Forense, 2014.pgs.8-11

<sup>110</sup> *Loc. Cit.*

<sup>111</sup> *Loc. Cit.*

### 3. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS E A AUTONOMIA DO PACIENTE

#### 3.1. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Todos nós temos constitucionalmente garantidos o direito à vida, entretanto, temos também o direito de morrer com dignidade. Apesar de expressões próximas elas se distanciam quanto ao significado. O direito à vida é considerado um direito natural, que segundo nossas próprias leis trata-se de um direito indisponível. Assim como os demais direitos fundamentais previstos no art. 5º da nossa CF/1988, esse direito tem como características a imprescritibilidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade, inviolabilidade, universalidade, efetividade, interdependência e completariedade.<sup>112</sup>

A característica da irrenunciabilidade do direito à vida suscita diversas dúvidas acerca do benefício e malefício que essa característica pode causar ao detentor do direito. A irrenunciabilidade se baseia na vedação dada ao próprio sujeito de direito de dispor sobre ele, surgindo as dúvidas e questionamentos sobre o que tem maior importância, se o direito a vida enferma ou o direito a morrer com dignidade.<sup>113</sup> Contudo, é de extrema relevância discutir a natureza dos princípios e a diferença em sua aplicação e surgimento quando comparado com as regras. Desse modo, através dos ensinamentos de *Robert Alexy* temos a Teoria dos Princípios e dos Valores.<sup>114</sup>

O conceito de valores e princípios são intimamente relacionados. Se de um lado é possível falar em colisão ou sopesamento de princípios, do outro também se pode. Falar em valores constitucionais ou princípios constitucionais, em muitas situações, possuem o mesmo significado.<sup>115</sup>

No entanto, existem diferenças entre esses dois termos nas visões práticas propostas por *Von Wright*, no que tange aos conceitos *deontológicos*, *axiológicos* e *antropológicos*:<sup>116</sup>

Exemplos de conceitos *deontológicos* são os conceitos de dever, proibição, permissão e de direito a algo, (...) Já os conceitos *axiológicos* são caracterizados pelo fato de que seu conceito básico não é o de dever ou

---

<sup>112</sup> FRISO. Gisele de Lourde. A Ortotanásia: uma análise a respeito do direito de morrer com dignidade. *Revista dos Tribunais*. vol. 885, jul.2009, p. 130

<sup>113</sup> *Loc. Cit.*

<sup>114</sup> ALEXY. Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. Editora Malheiros Editores.2008. 85 *et seq.*

<sup>115</sup> *Loc. Cit.*

<sup>116</sup> *Loc. Cit.*

dever-ser, mas o conceito de bom. A diversidade de conceitos axiológicos são utilizados quando algo é classificado como bonito, corajoso, seguro, econômico, democrático, social, liberal ou compatível com o Estado de Direito. Exemplos de conceitos *antropológicos*, por fim, são conceitos de vontade, interesse, necessidade, decisão e ação.<sup>117</sup>

Aceitando essa tripartição de conceitos, percebe-se que a diferença mais pertinente entre valores e princípios é que enquanto os princípios equivalem à um mandamento e pertence, portanto, ao campo da *deontologia*, os valores fazem parte do campo *axiológico*.<sup>118</sup>

Outra distinção que se apresenta importante para a compreensão do que é princípio é a distinção entre princípios e regras. É a partir dessa distinção que se encontra a chave para solucionar problemas da dogmática dos direitos fundamentais<sup>119</sup> e, por conseguinte, constitui a base em que irá se basear a conclusão para o problema objeto dessa monografia.

Para se analisar preliminarmente essa distinção é bom que se perceba onde ela se localiza no âmbito jurídico. O contexto em que se apresenta é o dos direitos fundamentais, tendo em vista o caráter principiológico das normas fundamentais. Essa distinção é antiga, no entanto é utilizada até hoje e de forma frequente. O que, por sua vez, resvala em uma falta de clareza e de sua natureza polêmica, tendo em vista a dificuldade de sua delimitação em relação às outras coisas. Como é o exemplo já mencionado entre a diferença de princípios e valores.<sup>120</sup>

### **3.1.1 Colisão entre Princípios Fundamentais**

A distinção entre normas e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas. Existem diversos critérios de diferenciação entre elas e o utilizado mais frequentemente é o critério da generalidade. Para esse critério princípio tem um grau generalidade alto e a regra um grau baixo de generalidade. Contudo, existem diversos critérios para essa diferenciação e a partir disso se originam três acerca da diferenciação entre essas suas espécies.<sup>121</sup>

A primeira sustenta não haver qualquer relevância a diferenciação entre essas espécies de norma. A segunda, por sua vez, entende que a diferenciação entre

---

<sup>117</sup> ALEXY. Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. Malheiros Editores. P. 147

<sup>118</sup> *Ibidem*.p.85 et seq.

<sup>119</sup> *Loc. Cit.*

<sup>120</sup> *Loc. Cit.*

<sup>121</sup> *Loc. Cit.*

regras e princípios seria apenas relacionada ao grau. Já a terceira, a qual se faz relevante ser apresentada de forma mais cautelosa, é compreendida como a tese correta para *Robert Alexy*, e sustenta, por sua vez, que a diferenciação é realizada a partir de critérios que não apenas a generalidade da norma, mas sim dos aspectos qualitativos das espécies.<sup>122</sup>

Desse modo, toda a análise de diferenciação entre princípios e regras, bem como as formas de solução para colisão de normas (em sentido amplo) apresentada nessa monografia, será baseada na terceira tese apresentada. Para essa tese, o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é considerar que os princípios são, em verdade, “mandamentos de otimização”, como leciona *Alexy*.<sup>123</sup>

Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.<sup>124</sup>

Em outras palavras, os princípios agem como norteadores comportamentais. Ele pode ser aplicado com um grau elevado, como também pode ter reduzida a sua aplicação para que se adéqüe ao caso concreto. Já as regras serão sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se ela for aplicada será aplicada exatamente como prevista, não há a possibilidade de adequação da norma às adversidades apresentadas em cada caso concreto. Como bem diz o supramencionado doutrinador:<sup>125</sup>

Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é uma regra ou um princípio.<sup>126</sup>

Pode-se analisar com maior clareza essa distinção através da colisão entre normas da espécie princípios e entre normas da espécie regras. Em um conflito de regras só existem duas soluções: a inclusão de uma cláusula de exceção em uma das normas

---

<sup>122</sup> ALEXY. Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. Editora Malheiros Editores.2008.p.85 *et seq.*

<sup>123</sup> *Ibidem*. p.90

<sup>124</sup> *Ibidem*.p.85 *et seq.*

<sup>125</sup> *Loc. Cit.*

<sup>126</sup> *Ibidem*.p.91

ou, não havendo a possibilidade dessa cláusula, a declaração de invalidade de uma das normas antagônicas.<sup>127</sup>

O conceito de validade jurídica não cabe a análise de grau. Ou é uma norma válida ou uma norma inválida, não existe a possibilidade de meio termo. Dessa forma, é impossível que duas regras opostas sobrevivam em um ordenamento de forma válida, uma delas necessariamente será invalidada.<sup>128</sup> Existem dois tipos de antinomia, a própria e a imprópria. A antinomia própria é o confronto entre duas normas.<sup>129</sup>

A antinomia própria será solucionada com base em um dos critérios: hierárquico, *Lex posterior derogat legi priori* ou cronológico e *Lex specialis derogat legi generali*, o que significa dizer respectivamente que as normas de hierarquia superior revogam as de hierarquia inferior, a lei nova revoga lei anterior e a lei específica revoga lei genérica.<sup>130</sup>

Já na colisão entre princípios, antinomia imprópria<sup>131</sup>, a solução é completamente diversa. Se existe a colisão entre princípios significa dizer que um deles terá que ceder espaço para que o outro seja aplicado. Não cabe aqui a invalidação de um princípio em detrimento de outro, tampouco a necessidade de inserção de cláusula de exceção. Considera-se, então, que os princípios possuem pesos distintos e, na análise do caso concreto, aquele princípio que tiver peso maior será aplicado.<sup>132</sup> “Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.”<sup>133</sup>

É imperioso observar nessa oportunidade algumas características importantes dos princípios para que se possa compreender de forma mais fácil como funciona o sopesamento entre princípios, meio utilizado para solucionar a colisão de princípios. A primeira delas é o caráter “*prima facie*” das regras e dos princípios. Segundo essa

---

<sup>127</sup> ALEXY. Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. Editora Malheiros Editores.2008.p.85 *et seq.*

<sup>128</sup> *Loc. Cit.*

<sup>129</sup> SOARES. Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e Interpretação Jurídica**. Editora Saraiva.2010. pgs.100-104

<sup>130</sup> *Loc. Cit.*

<sup>131</sup> *Loc. Cit.*

<sup>132</sup> ALEXY. Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. Editora Malheiros Editores.2008.p.85 *et seq.*

<sup>133</sup> DWORKIN, Ronald *apud ibidem*.p.94

regra os princípios “exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.”. Eles não possuem um *mandamento definitivo* e sim um mandamento a *prima facie*<sup>134</sup>.

Na regra, por sua vez, essa característica diverge dos princípios. Tendo em vista que as regras exigem que algo seja realizado exatamente da forma prevista, excetuando apenas as hipóteses de impossibilidade da aplicação da regra, que nesse caso será invalidada. Pragmatizando, as regras são consideradas razões definitivas e os princípios são considerados razões a *prima facie*.

As razões podem ser para normas universais (gerais e abstratas) ou razões para normas individuais, que são “juízos concretos do dever-ser”<sup>135</sup> Entende-se que tanto as regras como os princípios são razões para normas. Diante disso, percebe-se que o princípio por ser uma razão para norma, poderá ser também aplicado de forma concreta. Ou seja, poderá ser uma razão para decisões diretas. E as regras, por sua vez, podem ser razões para a outra regra.<sup>136</sup>

Entretanto, o princípio para ser aplicado de forma direta acaba por se manifestar através de uma regra. Em outras palavras, para a aplicação desse princípio no caso concreto é estabelecido uma regra individual para aquele caso gerada por consequência desse princípio. Dessa forma, os princípios a *prima facie* nunca terão razão definitiva, mas poderá vir a ter quando for aplicado como uma regra no caso concreto.<sup>137</sup>

Como já dito anteriormente, o critério da generalidade é muito utilizado para distinguir os princípios da regra. Contudo, a existência de regras com alto grau de generalidade torna esse critério relativamente correto. Existem em desfavor da teoria de sopesamento de princípios três objeções. A primeira é a possibilidade de invalidade de um princípio, o que contraria a idéia de que pela ponderação os princípios não seriam invalidados; a segunda é a existência de princípios absolutos, que não podem ser afastados e a terceira e última é em relação à amplitude do

---

<sup>134</sup> ALEXY. Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. Editora Malheiros Editores.2008.p.85 *et seq.*

<sup>135</sup> *Ibidem* p.107

<sup>136</sup> *Ibidem*.p.85 *et seq.*

<sup>137</sup> *Loc. Cit.*

conceito de princípio, tendo em vista que abarcaria qualquer interesse em um processo de sopesamento.<sup>138</sup>

Essas objeções por sua vez só tornam mais sólida a teoria ora esposada. Tendo em vista que quando se fala em invalidade de princípio é algo extremamente fácil de se perceber. O surgimento de um princípio inválido em um ordenamento jurídico seria identificado e invalidado ao primeiro momento em que se colidisse com outro princípio. No entanto, ressalta-se que o sopesamento de princípios só ocorre no âmbito interno do ordenamento jurídico, o que significa dizer que precisam ser válidos para colidirem. Desse modo, não seria aplicado o sopesamento de princípios.<sup>139</sup>

Quanto à existência ou não de princípios absolutos, deve-se analisar o seguinte:

Princípios podem se referir a interesses coletivos ou a direitos individuais. Se um princípio se refere a interesses coletivos e é absoluto, as normas de direitos fundamentais não podem estabelecer limites jurídicos a ele. Assim, até onde o princípio absoluto alcançar não pode haver direitos fundamentais. Se o princípio absoluto garante direitos individuais, a ausência de limites desse princípio levaria à seguinte situação contraditória: em caso de colisão, os direitos de cada indivíduo, fundamentados pelo princípio absoluto, teriam que ceder em favor dos direitos de todos os indivíduos, também fundamentados pelo princípio absoluto. Diante disso, ou os princípios absolutos não são compatíveis com direitos individuais, ou os direitos individuais que sejam fundamentados pelos princípios absolutos não podem ser garantidos a mais de um sujeito de direito.<sup>140</sup>

No que se refere à objeção acerca da amplitude do conceito do que é princípio, é imperioso observar de forma mais pragmática o conceito de princípio. Para *Robert Alexy* os princípios se satisfazem na maior medida possível, no entanto leva-se em conta que só é capaz de se manifestar diante das possibilidades jurídicas e fáticas.<sup>141</sup> Então, pode-se perceber que há uma limitação do conceito de princípios, embora ele se estabeleça em um caráter bem abrangente. Dworkin dá aos princípios uma definição muito mais restrita; “são apenas aquelas normas que podem ser utilizadas como razões para direitos individuais”.<sup>142</sup>

Por derradeiro, para se compreender a teoria dos princípios é necessário reconhecer a ligação entre essa teoria e a máxima da proporcionalidade. A proporcionalidade

---

<sup>138</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. Editora Malheiros Editores. 2008. p.85 *et seq.*

<sup>139</sup> *Loc. Cit.*

<sup>140</sup> *Loc. Cit.*

<sup>141</sup> *Loc. Cit.*

<sup>142</sup> *Loc. Cit.*



possui três máximas parciais: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade no sentido estrito.<sup>143</sup> Preliminarmente é analisada a adequação da medida ao objetivo que se busca, ou seja, se a medida escolhida será capaz de alcançar o resultado almejado. Após a análise da adequação será analisada se ela é de fato necessária, se existe um meio mais eficaz para atingir o objetivo e, por fim, a análise da proporcionalidade em sentido estrito.<sup>144</sup>

A proporcionalidade em sentido estrito é a exigência de sopesamento. Decorre da relativização dos princípios aplicáveis ao caso concreto, dentre as possibilidades jurídicas.<sup>145</sup> Dessa forma, em outras palavras, o sopesamento equivale à última máxima parcial da proporcionalidade.

### 3.1.2. Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da Dignidade da pessoa humana é o reconhecimento de que, ainda com a presença da enorme diversidade biológica e cultural, os seres humanos não se distinguem entre si quanto ao merecimento de respeito e que nenhum ser humano pode ser considerado superior aos demais.<sup>146</sup>

Como bem preleciona Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, a dignidade humana é o valor mais precioso da ordem jurídica brasileira e é ele que vincula o conteúdo das regras referentes à personalidade jurídica. É imperioso compreender que as normas jurídicas são um meio para que seja capaz de se proporcionar ao ser humano uma vida com dignidade.<sup>147</sup>

Enfim, o postulado fundamental da ordem jurídica brasileira é a dignidade da pessoa humana, enfeixando todos os valores e direitos que podem ser reconhecidos à pessoa humana, englobando a afirmação de sua integridade física, psíquica e intelectual. Além de garantir a sua autonomia e livre desenvolvimento da personalidade.<sup>148</sup>

---

<sup>143</sup> ALEXY. Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. Editora Malheiros Editores.2008.p.85 *et seq.*

<sup>144</sup> *Loc. Cit.*

<sup>145</sup> *Loc. Cit.*

<sup>146</sup> COMPARATO. Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**, 8ªed, Editora Saraiva.2013.p.13

<sup>147</sup> CHAVES.Cristiano. ROSENVALD. Nelson. **Direito Civil Teoria Geral**. Editora Saraiva, 9ª edição. fl.136

<sup>148</sup> *Loc. Cit.*

Para o melhor entendimento do conflito e a importância da autonomia da vontade no ordenamento jurídico brasileiro é necessário enxergar que o princípio da dignidade humana é o princípio fundante dos direitos da personalidade, de onde se encontra como espécie a autonomia da vontade e mais especificamente para o trabalho em questão a autonomia do paciente.<sup>149</sup>

### 3.1.3. Direito a Vida

Pode-se extrair do artigo 5º *caput* da Constituição Federal o direito fundamental à vida:

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 vida ainda tem um significado não explicado no mundo, especialmente a vida humana. Ninguém sabe explicar ao certo o que é a vida de maneira que se distancie totalmente do misticismo. Por força disso a vida ganha um status de presente divino, dádiva, algo sagrado. É desse ponto que surgem diversos questionamentos importantes e de altíssima complexidade, como exemplo tem-se a tendência a abolir a pena de morte no mundo, os debates sobre a eutanásia e o aborto.<sup>150</sup>

### 3.2. MORTE DIGNA OU “BOA MORTE”

Desde que a morte virou tabu para a sociedade, as pessoas temem se preparar para ela. É visto isso na insistência de médicos e de familiares para utilização de terapias que muitas vezes não são capazes de curar e nem melhorar a condição de vida do paciente, cirurgias ou internação em UTI que não trazem qualquer benefício ao doente e sim acarretam prejuízos econômicos aos familiares. A busca pela quantidade de vida não traduz a qualidade de vida do paciente. É esse despreparo para tratar sobre o assunto que tornam as decisões mais complicadas para os familiares no momento de inconsciência do paciente. Por temer tratar do assunto as famílias não sabem muitas vezes qual seria a vontade do paciente.<sup>151</sup>

Se preparar para a morte não quer dizer abrir mão de toda e qualquer terapia possível para aquela situação clínica. Quer dizer que, quando o paciente tem

---

<sup>149</sup> CHAVES.Cristiano. ROSENVALD. Nelson. **Direito Civil Teoria Geral**. Editora Saraiva, 9ª edição. fl.136

<sup>150</sup> MARMELSTEIN. George. Curso de Direitos Fundamentais. 5ª ed. Editora Atlas.2014.pgs.85-97

<sup>151</sup> FRISO. Gisele de Lourde. A Ortotanásia: uma análise a respeito do direito de morrer com dignidade.**Revista dos Tribunais**. vol. 885, jul.2009, p. 130

condições de se recuperar, melhorar ou se curar da enfermidade, deve sim ser tratado, o que não deve acontecer é o prolongamento de uma vida de forma irresponsável, gerando ao paciente e aos familiares sofrimentos desnecessários, configurando a distanásia.<sup>152</sup>

Não existe um conceito determinado de morte digna. Maria Helena Diniz considera difícil especificar critérios para uma solução jurídica de quando inicia ou finda a vida, isso por entender que são questões relativas onde são levados em conta interesses diversos seja do paciente, dos familiares, do profissional médico e até da humanidade. Contudo, enaltece a importância da reflexão sobre as diversas questões sobre o tema, que entende que devem ser refletidas e compreendidas a luz dos princípios da dignidade da pessoa humana e da beneficência.<sup>153</sup>

Segundo pesquisa realizada pelas Graduandas em Medicina Fabiana Fraga e Rafaela Fernanda Oliveira de Vilas Boas, os médicos entrevistados demonstraram uma grande valorização dos cuidados paliativos para os pacientes terminais. Tratando o conforto e o bem estar desses pacientes como sendo de extrema importância para se alcançar a morte digna, ressaltando a preocupação médica com o bem estar desses pacientes e não com o aumento do tempo de vida com sofrimento.<sup>154</sup>

O pensamento ora transmitido é de extrema importância para a sociedade médica. É considerado um posicionamento ético, inclusive regulamentado pelo Código de Ética Médica no capítulo das vedações ao atuar do médico, conforme dispositivo abaixo transcrito:

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,**

---

<sup>152</sup> FRISO. Gisele de Lourde. A Ortotanásia: uma análise a respeito do direito de morrer com dignidade. **Revista dos Tribunais**. vol. 885, jul.2009, p. 130

<sup>153</sup> DINIZ. Maria Helena. **Estado atual do Biodireito**, 5ª ed, Saraiva. Fls. 427.et.seq.

<sup>154</sup> FRAGA, Fabiana; DE VILAS BOAS, Rafaela Fernanda Oliveira; MENDONÇA; Adriana Rodrigues dos Anjos. Significado, para os médicos, da terminalidade da vida e dos cuidados paliativos. **Revista bioética**. 2012. P. 514-519.

na sua impossibilidade, a de seu representante legal.<sup>155</sup>(grifos do autor)

Em conformidade com a máxima de Oliver Holme que diz: A medicina tem o objetivo de curar às vezes, aliviar muito frequentemente e confortar sempre.<sup>156</sup>

### 3.3 A AUTONOMIA DA VONTADE COMO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL

Para que se enxergue o princípio da autonomia da vontade como princípio fundamental é necessária a análise de algumas questões preliminares. Pode-se identificar a autonomia da vontade como um caminho para a concreção do princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>157</sup> O princípio da Dignidade da Pessoa Humana é reconhecido tanto internamente como mundialmente a partir da Declaração de Direitos do Homem<sup>158</sup>, o que revela seu grau de importância para a sociedade.

É oportuno tratar que quanto à tentativa de conceituação do princípio da dignidade da pessoa humana pode-se notar que todas se relacionam com o âmago do ser humano. São características abstratas que giram em torno da realização pessoal, dos sentimentos e de essência. Da perspectiva ontológica do princípio da dignidade da pessoa humana tem-se que a dignidade humana é um elemento intrínseco do ser humano e, portanto, não precisa ser provada.<sup>159</sup>

Ainda que se reconheça que todos os seres humanos possuem o direito a dignidade humana, deve-se buscar a concreção dessa dignidade para cada situação respeitando a especialidade de cada ser humano.<sup>160</sup> Dessa forma, conclui-se que conceitos gerais de como agir conforme a dignidade da pessoa humana não é adequado para que se alcance de fato a dignidade humana de cada pessoa individualmente.

---

<sup>155</sup> BRASIL. **Código de Ética Médica**. Conselho Federal de Medicina.2010. Disponível em: <[www.portal.cfm.org.br/index.hp?option=com\\_content&view=category&id=9&Itemid=122](http://www.portal.cfm.org.br/index.hp?option=com_content&view=category&id=9&Itemid=122)> . Acesso em 05 mai. 2015

<sup>156</sup> Oliver Holme *apud* FRAGA, Fabiana; DE VILAS BOAS, Rafaela Fernanda Oliveira; MENDONÇA; Adriana Rodrigues dos Anjos. Significado, para os médicos, da terminalidade da vida e dos cuidados paliativos. **Revista bioética**. 2012. P. 514-519.

<sup>157</sup> REQUIÃO, Maurício (coord.). **Discutindo a Autonomia**. Editora Juspodivm. 2014. p.13

<sup>158</sup> BRASIL. **Declaração de Direitos Humanos**. Tradução. Disponível em: <[http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf) > Acesso em: 08 mai.2015

<sup>159</sup> REQUIÃO, Maurício (coord.). **Discutindo a Autonomia**. Editora Juspodivm. 2014. pgs.14-16

<sup>160</sup> REQUIÃO, Maurício (coord.). **Discutindo a Autonomia**. Editora Juspodivm. 2014. pgs.14-16

A mudança de paradigma da igualdade formal para a material trouxe a capacidade de alcançar a dignidade humana individualmente. Por conseguir reconhecer o sujeito em concreto e perceber que para alcançar a igualdade de fato é necessária a percepção de cada sujeito, pois individualmente os seres humanos se encontram em situações econômicas, sociais e pessoais distintas.<sup>161</sup>

A partir disso, pode-se vislumbrar o alcance de uma dignidade humana individual. Já que para cada ser humano há uma concepção diferente do que é sua dignidade e de como ela está sendo respeitada ou violada.<sup>162</sup> A autonomia privada é utilizada por parte da doutrina como sendo “o poder do indivíduo de criar normas para si”, no entanto pode ser encontrada como sinônimo de autonomia da vontade.<sup>163</sup>

Esse trabalho não tem como intuito estabelecer as possíveis diferenciações sobre a autonomia da vontade e a autonomia privada. Desse modo, será tratada em sentido amplo, ambas representando a mesma conotação. Entretanto, verifica-se que a autonomia privada tem dois aspectos. O primeiro mais amplo, entendendo-a como princípio fundamental se referindo aos aspectos de caráter existenciais e os concernentes à celebração de contratos.<sup>164</sup>

Vislumbrar a autonomia da vontade como um meio para a concreção da dignidade humana não significa dizer que seja a única forma de realização da dignidade humana. Tendo em vista que o incapaz tendo o exercício da sua autonomia privada limitado possui o direito a dignidade humana e seria incoerente impedi-lo de alcançá-la. Contudo, trata-se de um elemento extremamente importante e merece atenção especial. Isso se deve ao fato de que se, por um lado, a autonomia for reconhecida e realizada de forma adequada promovem o alcance a dignidade, por outro, limitações indevidas podem acarretar prejuízos a concreção desse direito.<sup>165</sup>

A limitação entre a autonomia da vontade e a dignidade da pessoa humana não é bem delineada, mas a doutrina aponta como limites a moral, os bons costumes, a lei e a ordem pública.<sup>166</sup> Quanto a concreção da dignidade da pessoa humana através

---

<sup>161</sup> REQUIÃO, Maurício (coord.). **Discutindo a Autonomia**. Editora Juspodivm. 2014. pgs.13-30

<sup>162</sup> *Loc. Cit.*

<sup>163</sup> *Loc. Cit.*

<sup>164</sup> SARMENTO, Daniel *apud* PIRES, Eduardo. DOS REIS, Jorge Renato. Autonomia da Vontade: Um Princípio Fundamental do Direito Privado Com base na Instauração e Funcionamento da Arbitragem. **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza**. 2010.pgs. 8244 *et seq.*

<sup>165</sup> *Op. Cit.* pgs.13-30

<sup>166</sup> *Loc. Cit.*

do respeito à autonomia privada tem-se que reconhecer a autonomia privada como um meio para a configuração da dignidade humana, respeitando a individualidade de cada ser humano no caso concreto e relacionando o individual com a coletividade.<sup>167</sup>

Não há que se pensar a dignidade da pessoa humana como limite a autonomia privada, como visto nesse tópico, o respeito a autonomia privada faz com que se verifique a dignidade humana e não que esta seja violada.<sup>168</sup>

### 3.3.1. A Autonomia do Paciente

A autonomia do paciente, por sua vez, é consagrada pelo art.15 do Código Civil de 2002 que diz: “Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.”<sup>169</sup> É a necessidade do consentimento informado do paciente, tornando obrigatória a autorização do interessado para a atuação médica.<sup>170</sup>

Parte da sociedade já vem reconhecendo que o próximo pleito acerca dos direitos humanos será relacionado à atuação médica. E é assim que os pacientes começam a questionar alguns postulados da medicina, com o intuito de se fazer mais presente e ativo nas decisões tomadas em seu favor. Só agora que a relação médico-paciente vem sendo estabelecida através de um diálogo mais franco.<sup>171</sup>

Nos Estados Unidos foi criado um Comitê Médico dos Direitos humanos, com o intuito de oportunizar uma melhor participação do paciente em sua assistência médica.<sup>172</sup> A Associação de Hospitais Americanos (AHA) divulgou sua “*Carta de Direitos dos Pacientes*” na qual estabelecia:<sup>173</sup>

- Informação detalhada sobre o problema do doente;
- Direito de recusar tratamento dentro do limite da lei;
- Detalhes completos para facilitar certas tomadas de posição;
- Discrição absoluta sobre seu tratamento;
- Sigilo ou omissão dos registros médicos de sua doença, quando isso possa comprometer seus interesses mais diretos;

<sup>167</sup> REQUIÃO, Maurício (coord.). **Discutindo a Autonomia**. Editora Juspodivm. 2014. pgs.13-30

<sup>168</sup> *Loc. Cit.*

<sup>169</sup> BRASIL. **Código Civil**. Brasília, DF. Senado, 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 13 mar. 2015

<sup>170</sup> CHAVES. Cristiano. ROSENVALD. Nelson. **Direito Civil Teoria Geral**. Editora Saraiva, 9ª edição, p.195

<sup>171</sup> FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**. 12.ed. Editora Forense, 2014.p. 14 et seq.

<sup>172</sup> *Loc. Cit.*

<sup>173</sup> *Loc. Cit.*

-Não aceitação da continuidade terapêutica nos casos considerados incuráveis e de penoso sofrimento;

-Informações completas à família, nos casos mais dramáticos, em termos que possa entender etc.”<sup>174</sup>

Há discussão no campo da medicina acerca, especialmente, sobre o direito do paciente saber a verdade. Já se pensou e foi defendido que informar a real situação ao enfermo grave gera um agrave em seu quadro, devido ao alto impacto emocional dessa informação. No entanto, hoje a visão é de que a o silêncio sobre a doença acaba por isolar o doente de sua própria situação clínica, o que também causaria um dano emocional para ele. Dessa forma, cada vez mais, o direito de saber a verdade começa a ser utilizado e cobrado pelo paciente e pela família. Essa evolução se deu em decorrência da percepção de que a verdade pode ser dita com sinceridade e delicadeza, com cautela e de forma otimista.<sup>175</sup>

Com o estreitamento dessa relação e o reconhecimento de direitos do paciente, a relação médico-paciente se dá hodiernamente de forma mais íntima. O que, por consequência, gera maior capacidade para o paciente de exercer sua autonomia. O exemplo disso é a existência do “ato médico a pedido” (exemplo da escolha do parto por parte da paciente), que é o próprio reconhecimento da autonomia do paciente.<sup>176</sup>

### 3.3.1.1 Consentimento Informado

Não é incomum no campo jurídico e da medicina se deparar casos de Testemunhas de Jeová. É sabido que nossa Carta Magna estabelece como direito fundamental a liberdade religiosa e a dignidade da pessoa humana e, em contraponto, está o direito a vida também com o mesmo status constitucional.<sup>177</sup> Ocorre que a religião em questão não admite a transfusão de sangue e, em situações emergenciais, onde há o risco de morte questiona-se como deverá ser a postura do médico.<sup>178</sup>

Atualmente o (não) consentimento informado do paciente Testemunha de Jeová tem sido respeitado, e, na ponderação dos princípios, o direito a dignidade da pessoa humana e o da liberdade religiosa estão pesando mais que o direito a vida nesses

---

<sup>174</sup> FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**. 12.ed. Editora Forense, 2014, pgs.14-15

<sup>175</sup> *Ibidem*. pgs23-25

<sup>176</sup> *Loc. Cit.*

<sup>177</sup> BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília, DF. Senado,1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 18 de mar. 2015

casos.<sup>179</sup> Essa é uma das discussões acerca do consentimento informado mais festejada pela doutrina. Entretanto, é de extrema importância destacar o que é, de fato, o consentimento informado.

Em decorrência da autonomia do paciente, em respeito ao princípio da autonomia ou da liberdade, para se alcançar os direitos humanos, a atuação médica deverá ocorrer com a prévia autorização do paciente ou de seus responsáveis legais. Essa autorização é dada a partir do chamado consentimento informado.<sup>180</sup> Não é apenas o consentimento puro, é um consentimento esclarecido.

O consentimento esclarecido é obtido através da exposição da real situação ao paciente, respeitando a linguagem acessível ao enfermo ou ao familiar responsável que dará o consentimento. Essas informações não precisam ser detalhadas, apenas corretas e o mais próximas possíveis da realidade. Existem outras hipóteses de consentimento, como é o caso do consentimento presumido, quando o paciente está incapacitado, temporariamente ou não, de expressar sua vontade. Essa hipótese é extremamente discutível, tendo em vista que há a possibilidade de recorrer ao consentimento substituto, dado pelo seu responsável legal.<sup>181</sup>

O consentimento esclarecido para ser válido deverá respeitar requisitos, quais sejam; através de informações acessíveis à compreensão de quem está consentindo; deverá ser livre e ser dado por alguém capaz. Salienta-se, entretanto, que o tratamento dado ao sujeito incapaz do ponto de vista jurídico, não deve ter a mesma proporção nessa espécie de manifestação de vontade. Assim, por exemplo, um indivíduo que seja incapaz civilmente pode ter pleno discernimento para decidir sobre querer ou não se submeter a um tratamento de saúde.<sup>182</sup>

Cabe ressaltar ainda que o consentimento dado pelo paciente poderá ser revogado a qualquer tempo (princípio da revogabilidade) e deverá, ainda, ser renovado. Essa renovação é em relação a atos continuados ou novos. O consentimento primário não dá uma carta branca ao médico para atuar, ele deu o consentimento para aquele ato. Em situações nas quais a ação médica possua vários atos contínuos esse consentimento deverá ser renovado à medida que forem sendo

---

<sup>179</sup> JÚNIOR, Nelson Nery. Direito de liberdade e a recusa de tratamento por motivo religioso. **Revista de Direito Privado**. vol. 41, jan.2010, p. 223

<sup>180</sup> FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**. 12.ed. Editora Forense, 2014.pgs.23-25

<sup>181</sup> *Loc. Cit.*

<sup>182</sup> *Loc. Cit.*



praticados (consentimento secundário), bem como no caso de uma alteração de procedimento, é de suma importância a renovação do consentimento informado do paciente (consentimento continuado).<sup>183</sup>

De outro ponto, existem situações que ainda que presente a permissão consciente, seja de forma tácita ou expressa, o ato não poderá ser realizado por ir de encontro a normas éticas ou jurídicas. Isto posto, o que legitimaria a atuação médica seria a necessidade e não o consentimento por força do princípio da não maleficência.<sup>184</sup>

Essa é a situação verificada quando o paciente se recusa a dar autorização diante de imperiosa inadiável necessidade do ato médico capaz de salvar sua vida. Nessas situações fica configurada a legitimidade do médico para aplicar o tratamento de forma arbitrária.<sup>185</sup> Nesse sentido leciona Genival Veloso França:

Diz o bom senso que, em situações dessa ordem, quando o tratamento é indispensável e o paciente se obstina, estando seu próprio interesse em risco, deve o médico realizar, por meios moderados, aquilo que aconselha sua consciência e o que é melhor para o paciente (*princípio da beneficência*).<sup>186</sup>

Como visto nos tópicos referentes a autonomia, princípios fundamentais e dignidade da pessoa humana, esse pensamento é controvertido. Tendo em vista que o princípio da beneficência não tem o condão de afastar a autonomia da vontade<sup>187</sup>, e, por analogia, pode-se entender que a não maleficência também não o é. Já que o reconhecimento da autonomia como concreção da dignidade humana gera uma rota de colisão entre os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana com o direito a vida, o que deve ser solucionado através da regra da proporcionalidade como estudado no capítulo pertinente desse trabalho.

Por derradeiro, cumpre esclarecer que o consentimento informado e as diretivas antecipadas de vontade são institutos distintos. O consentimento informado já existia no país antes da Resolução do CFM de nº1.995 que importou o modelo das diretivas antecipadas de vontade em 2012 para o Brasil. O consentimento informado trata-se, como visto, de uma condição do agir médico,<sup>188</sup> enquanto as diretivas antecipadas

---

<sup>183</sup> FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**. 12.ed. Editora Forense, 2014.pgs.23-25.pgs.275-279

<sup>184</sup> *Ibidem*.pgs.275-279

<sup>185</sup> *Loc. Cit.*

<sup>186</sup> *Ibidem*.p.278

<sup>187</sup> REQUIÃO, Maurício (coord.). **Discutindo a Autonomia**. Editora Juspodivm. 2014. pgs.13-30

<sup>188</sup> FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**. 12.ed. Editora Forense, 2014.pgs.23-25.

de vontade representam um modelo capaz de proteger a vontade do paciente em situações onde não mais a possa manifestar.<sup>189</sup>

Por outro lado, a existência desses meios de manifestação de vontade do paciente possa implicar em escolhas que resvalam no falecimento do paciente, não se confunde com a prática da Eutanásia, o que será esclarecido posteriormente. Compreende-se, então, que o consentimento informado é não só a legitimidade dada ao profissional de saúde pelo enfermo ou pela sua família, mas também o reflexo do dever informação do médico para com seu paciente, sendo essencial para a relação médico-paciente.

Verifica-se, ainda, que sendo o direito a saúde um dos direitos sociais previstos constitucionalmente, é condição *sine qua non* para o alcance da dignidade humana. Assim sendo, a prática da saúde não pode se ater apenas aos aspectos físicos, mas também a liberdade e consciência do ser humano.<sup>190</sup> Deve-se perceber que o consentimento informado e esclarecido é realizado através dos princípios da autonomia e da beneficência e não deve ser entendido como uma “autonomia de caprichos”<sup>191</sup> e sim reconhecer sua importância política-social das sociedades que visem o bem comum. Pode-se concluir, portanto, que pelo princípio da beneficência a autonomia não pode ser suprimida, ou estaríamos diante de um malefício para o paciente.<sup>192</sup>

---

<sup>189</sup> BRASIL. **Resolução 1995 do Conselho Federal de Medicina**. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995\\_2012.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf) >. Acesso em: 05 mai.2015

<sup>190</sup> FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**. 12.ed. Editora Forense, 2014.pgs.275-279

<sup>191</sup> *Ibidem*.pgs.276

<sup>192</sup> *Ibidem*.pgs.275-279

## 4 AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

As diretivas antecipadas de vontade, como o próprio termo já adianta, é uma declaração antecipada de vontade de alguém acerca de questões de saúde. As DAV formam o gênero no qual, no Brasil, se subdivide em duas espécies: o *mandato duradouro* e o *testamento vital*.<sup>193</sup>

Esse instrumento é utilizado com o intuito de possibilitar ao paciente, ou futuro paciente, que sobrevivendo uma incapacidade, ele possa ter assegurada a sua vontade.<sup>194</sup>

### 4.1.HISTÓRICO

O *living Will* – conhecido no Brasil como testamento vital – foi a primeira diretiva antecipada de vontade a ser proposta. Em 1969 nos Estados Unidos das Américas (EUA), fora proposto por Luis Kutner um documento capaz de garantir o *direito individual de permitir a morte*.<sup>195</sup> Kutner defendia que o paciente tinha direito de se recusar a receber tratamento que tivesse como condão apenas prolongar a vida, nas situações em que seu quadro clínico se encontre em estado irreversível ou vegetativo com impossibilidade de recobrar suas faculdades mentais.<sup>196</sup>

Em 1991 o congresso estadunidense aprovou uma lei federal que reconhecia a validade das diretivas antecipadas de vontade. Em meados da mesma década, o reconhecimento das DAV já tinha ocorrido em todos os Estados norte-americanos. Nesse momento só existiam as duas espécies: o *living Will* (testamento vital) e o *durable Power of attorney for health care* (mandato duradouro).<sup>197</sup>

Embora reconheça a evolução do reconhecimento da autonomia da vontade com esse instituto, autores norte-americanos reconheceram sua falência ao reconhecer que menos de 25% da população dos EUA faziam uso desse documento.<sup>198</sup> Enquanto nos Estados Unidos foram sendo testados e utilizados outros meios para

---

<sup>193</sup> FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**. 12.ed. Editora Forense, 2014.pgs.542-544

<sup>194</sup> *Loc. Cit.*

<sup>195</sup> DADALTO, Luciana; GRECO, Dirceu Bartolomeu; TUPINAMBÁS, Unai. Diretivas Antecipadas de Vontade: um modelo brasileiro. **Revista Bioética**. 2013, p.463-476

<sup>196</sup> *Loc. Cit.*

<sup>197</sup> *Loc. Cit.*

<sup>198</sup> *Loc. Cit.*

declarações prévias de vontade, na Europa e América Latina a realidade é outra, é a implantação do instituto.<sup>199</sup>

O assunto só ganhou projeção na Europa com o *Convênio de Oviedo*, também conhecido como *Convenção de Direitos Humanos e Biomedicina* ou *Convenção para Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano em face das Aplicações da Biologia e Medicina*. Após esse convênio ratificado por uma série de países europeus, países como a Espanha e Portugal legislaram especificamente sobre o tema. Na América Latina, Porto Rico foi o primeiro país que legislou sobre o assunto, seguido de Uruguai e Argentina. No que tange ao Brasil, não há até o momento uma legislação sobre as DAV, no entanto, o Conselho Federal de Medicina (CRFM) aprovou a Resolução 1.995 em 2012, na qual reconhece o direito do paciente de se manifestar sobre tratamentos médicos e o dever do médico de respeitar sua vontade.<sup>200</sup>

É válido ressaltar, que a Resolução 1.995 de 2012 emanada pelo CRFM é de extrema relevância para o objeto central dessa monografia. Ainda que tenha sido emanada por um órgão de classe e só possua poder normativo para os médicos, trouxe a discussão ao Brasil e a atenção para a necessidade e importância de uma regulamentação mais efetiva sobre o tema.<sup>201</sup>

## 4.2 CONCEITOS E ESPÉCIES

### 4.2.1 *Living will* – Testamento Vital

O *Living Will*, como visto anteriormente, foi a primeira espécie de DAV criada. Inicialmente consistia em um documento de manifestação de recusa a tratamento que visasse apenas prolongar a vida do paciente que estivesse em um quadro clínico grave e irreversível ou em estado vegetativo persistente (EVP), incapaz de recobrar suas faculdades mentais.<sup>202</sup>

Em outras palavras, o testamento vital surge para uma situação específica, a da recusa de tratamentos que visem apenas a distansia – prolongamento da vida. No

---

<sup>199</sup> DADALTO, Luciana; GRECO, Dirceu Bartolomeu; TUPINAMBÁS, Unai. Diretivas Antecipadas de Vontade: um modelo brasileiro. *Revista Bioética*. 2013, p.463-476

<sup>200</sup> *Loc. Cit.*

<sup>201</sup> *Loc. Cit.*

<sup>202</sup> *Loc. Cit.*

entanto, hoje se entende por testamento vital a manifestação de vontade acerca de procedimentos médicos, não necessariamente aos taxados inicialmente.

O testamento vital no Brasil é também chamado de declaração de vontade antecipada ou diretriz antecipada de vontade, o qual consiste em um documento produzido por alguém plenamente capaz, no qual declare sua vontade antecipada sobre a atuação médica em que estiver diante de uma doença grave e incurável e que não tenha condições de manifestar a sua vontade.<sup>203</sup>

#### **4.2.2 Durable power of attorney for health care (DPAHC) – Mandato duradouro**

As DAV podem se dar também através do *Durable Power of Attorney for Health Care*, traduzido para o português como Mandato Duradouro. Esse instrumento visa manifestar a vontade do paciente acerca da nomeação de um representante, procurador para questões de saúde. Enquanto o modelo anterior, o testamento vital, segue o modelo de autonomia pura, o mandato duradouro segue o modelo de julgamento substituto.<sup>204</sup>

Essa espécie de DAV tem o intuito de em uma situação de incapacidade do manifestante, seja essa permanente ou temporária, de estabelecer previamente um procurador para que decida em seu nome sobre questões acerca dos tratamentos possíveis a serem aplicados. O mandato duradouro é uma forma de dar ao paciente a possibilidade de escolha de alguém em quem confie e que tenha o senso crítico semelhante ao seu.<sup>205</sup>

A vantagem dessa espécie é que, como a medicina evolui de forma rápida o testamento vital poderá ficar desatualizado com facilidade. Enquanto no mandato duradouro a ineficácia só seria gerada pela incapacidade do procurador ou pela sua morte. Com intuito de construir um modelo brasileiro de DAV em conformidade com o Código de Ética Médica e integrado a realidade brasileira, foi realizada uma pesquisa na qual se utilizou uma série de modelos de DAV de cada um dos estados norte-americanos e nas comunidades autônomas espanholas.<sup>206</sup>

---

<sup>203</sup> FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**. 12.ed. Editora Forense, 2014.pgs.542-544

<sup>204</sup> DADALTO, Luciana; GRECO, Dirceu Bartolomeu; TUPINAMBÁS, Unai. Diretivas Antecipadas de Vontade: um modelo brasileiro. **Revista Bioética**. 2013, p.463-476

<sup>205</sup> *Loc. Cit.*

<sup>206</sup> *Loc. Cit.*

Demais disso, foi também realizada uma pesquisa de campo, utilizando como base entrevistas com médicos de diversas especializações como intensivistas, geriatras, e oncologistas cadastrados no site do Conselho Regional de Medicina do Estado de Minas Gerais. A escolha foi feita de forma aleatória e a princípio não se definiu a quantidade de entrevistas, encerrando as entrevistas quando as informações passaram a ser redundantes.<sup>207</sup>

A pesquisa se ateve as seguintes questões:

“Qual é sua opinião sobre a suspensão de nutrição e hidratação em casos de estado vegetativo persistente?”; “Quais tipos de tratamento/procedimento você aceitaria que o paciente se recusasse a ser submetido?”; “Como você acha que o médico deve contribuir para a feitura do testamento vital?”; “Em quais estados clínicos você acha possível a suspensão de procedimentos?” e “Como você lida quando existe um conflito entre a vontade do paciente e a vontade da família acerca do tratamento a ser realizado?”.<sup>208</sup>

Após as entrevistas realizadas, as respostas foram analisadas e categorizadas para a possibilidade de comparação entre elas e a conseqüente criação de “painéis de temas”. Feito isso, confrontou-se o resultado com a posição da literatura e os modelos de DAV dos estados norte-americanos e das comunidades espanholas chegando a três modelos aplicáveis no Brasil, o testamento vital, o mandato duradouro e um terceiro modelo no qual se utilizaria tanto a autonomia da vontade, quanto o julgamento substituto.<sup>209</sup>

#### **4.2.3 Documento único para o *living Will* e o *Durable Power of attorney for health care*.**

Através desses estudos surgiu a possibilidade de aplicação de um modelo no qual possua tanto diretrizes do paciente, quanto a nomeação de um procurador. É, em verdade, a junção dos dois modelos anteriores em um documento único.<sup>210</sup> Essa espécie traz o benefício de maior segurança ao manifestante, tendo em vista que a medicina pode evoluir ao tempo em que sua incapacidade se manifeste, e a ausência de diretivas sobre determinadas questões possam ser supridas pelo julgamento do representante escolhido pelo próprio interessado.

---

<sup>207</sup> DADALTO, Luciana; GRECO, Dirceu Bartolomeu; TUPINAMBÁS, Unai. Diretivas Antecipadas de Vontade: um modelo brasileiro. **Revista Bioética**. 2013, p.463-476

<sup>208</sup> *Ibidem*, p.465

<sup>209</sup> *Ibidem*, p.463-476

<sup>210</sup> *Loc. Cit.*

Da pesquisa que resultou nessa proposta de divisão para o modelo brasileiro, um dos entrevistados disse entender que é dever do próprio manifestante de convencer sua família de respeitar suas decisões.<sup>211</sup> Contudo, considerando que a manifestação de vontade é direito personalíssimo e que independe do aval da família, não se pode perceber essa questão como sendo uma obrigação do paciente.<sup>212</sup>

Nessa conjuntura, tentando dirimir possíveis conflitos entre a manifestação de vontade realizada em um dos modelos de DAV, surge a alternativa do paciente incluir em tal documento expressamente quais foram os valores utilizados para a tomada de suas decisões.<sup>213</sup> Essa previsão é de extrema importância para facilitar a utilização das DAV, haja vista que tanto pode ser utilizado por seu procurador na tomada de decisões, como pelo profissional médico em situações nas quais a vontade da família não se dê em consonância com a manifestação antecipada do paciente.

#### 4.3 EUTANÁSIA, ORTOTANÁSIA E DISTANÁSIA.

##### 3.3.1 Conceitos e diferenças

O início da vida é algo amplamente discutido, seja no âmbito do Direito quanto no campo da medicina. Contudo, embora seja um questionamento muito presente em termos de política legislativa, não se pode ser tratado como uma verdade absoluta. O assunto referido foi debatido por diversos motivos como o aborto provocado, uso de células tronco embrionárias e, atualmente, as chamadas células totipotentes, as quais possuem a capacidade de se transformar em qualquer tecido ou órgão do corpo humano .<sup>214</sup>

No Direito Brasileiro, a falta de competência do legislativo para definir assunto de tamanha imprecisão nos dias atuais é reconhecida, embora o Código Civil (LGL\2002\400), Lei 10.406/2002, compreenda o início da vida humana como o “nascimento com vida” e o nosso Código Penal (LGL/1940/2) de 1940, criminaliza o aborto não natural ou provocado, excetuando apenas se for gravidez resultante de

---

<sup>211</sup> DADALTO, Luciana; GRECO, Dirceu Bartolomeu; TUPINAMBÁS, Unai. Diretivas Antecipadas de Vontade: um modelo brasileiro. **Revista Bioética**. 2013, p.463-476

<sup>212</sup> *Loc. Cit.*

<sup>213</sup> *Loc. Cit.*

<sup>214</sup> SZTAJN. Rachel. Terminalidade da vida: a ortotanásia e a constitucionalidade da Res. CFM 1.805/2006. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. V. 66, jan.2009, p. 245

estupro ou se houver risco de morte para a mãe. Não se trata de uma verdade legal, o legislador não utiliza fatos biológicos sobre o início da vida e sim regulamenta o lapso temporal em que ocorrem as relações humanas e que tem maior relevância para a organização da sociedade.<sup>215</sup>

Se o aborto e as células embrionárias trazem a necessidade de discutir sobre o termo inicial da vida, a sucessão e os doentes terminais dão margem à discussão sobre o termo final da vida. Essa discussão também não compete ao legislador, por não ter capacidade acadêmica para definir tal momento. De outro lado, o legislador “define” a morte presumida em casos como de desaparecimento, após a realização do procedimento de ausência. De mesmo modo presumem-se mortos aqueles que se encontravam em situações de risco de morte e que essa seja extremamente provável ou os desaparecidos em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra.<sup>216</sup> O que possui grande importância para a regularização da sucessão do patrimônio do desaparecido.

Quanto aos aspectos biológicos da terminalidade da vida o legislador não possui a capacidade técnica-específica para legislar. Para solucionar essa falta de competência do poder legislativo a área de saúde tenta preencher essa lacuna com teorias, a teoria mais aceita ultimamente pela comunidade científica, da segunda metade do século passado, foi proposta por professores da Escola de Medicina da Universidade de Harvard, a qual reconhece o termo final da vida com a morte cerebral, morte do tronco encefálico. Essa teoria se baseia na constatação de que, cessada a atividade cerebral, ocorrerá em consequência a parada cardíaco-respiratória, inevitavelmente.<sup>217</sup>

Com esse entendimento pode-se começar a pensar em uniformizar critérios neurológicos para se chegar ao mais próximo de uma determinação do momento de início e término da vida, bastando a utilização de um exame como o eletroencefalograma do feto para saber se há atividade cerebral e do doente terminal, com a mesma finalidade. A teoria da morte cerebral tem grande relevância também para a doação de órgãos para transplantes, pois por força do Princípio da ética utilitarista

---

<sup>215</sup> SZTAJN. Rachel. Terminalidade da vida: a ortotanásia e a constitucionalidade da Res. CFM 1.805/2006. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. V. 66, jan.2009, p. 245

<sup>216</sup> BRASIL. **Código Civil**. Brasília, DF. Senado, 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 13 mar. 2015

<sup>217</sup> *Op. Cit*, p. 245



se justifica a remoção desses órgãos com essa finalidade, proporcionando melhor qualidade de vida aos pacientes transplantados.<sup>218</sup>

Se de um lado é difícil estabelecer momentos concretos de quando se inicia e termina vida, por outro lado é ainda mais complicado precisar o que é qualidade de vida. Instintivamente todos nós temos noção do que é qualidade de vida, e esses elementos variam de saúde, felicidade, liberdade. É em razão disso que são feitos tantos investimentos em pesquisa de novas drogas, tratamentos, equipamentos e terapêuticas, tudo isso com o objetivo de promover a tal qualidade de vida.<sup>219</sup>

Esse hiato entre o início da atividade cerebral e o cessar dessa, tem como fato de maior preocupação e relevância a qualidade de vida nesse lapso temporal e a saúde é fator imprescindível para se alcançar uma vida confortável e digna. É possível comparar a vida sem qualidade, como os casos onde não haja esperança de cura, para determinados pacientes, com uma tortura física e mental.<sup>220</sup>

A partir desse parâmetro de onde se inicia e finda a vida, pode-se chegar com maior facilidade ao que se entende por eutanásia, ortotanásia e distanásia. A Eutanásia é considerada um dos temas mais complexos em Direito Penal, casos como o de Terry Schiavo, mulher que permaneceu em coma vegetativo por treze anos e teve por autorização legal seu suporte de vida interrompido por pleito do marido, ocasionando sua morte por inanição, bem como o de Piergiorgio Welby, que em favor do seu próprio desejo e contra determinação judicial, recebeu a eutanásia em dezembro de 2006 após paralisação total do seu corpo devido à doença degenerativa incurável fomentam o debate entre os diversos posicionamentos e valores inconciliáveis acerca do assunto. De um lado está o temor da possibilidade de ficar em estado vegetativo como um cadáver vivo, por outro o receio de diagnósticos equivocados e até mesmo a provocação de mortes por motivos levianos ou abusivos.<sup>221</sup>

O termo “Eutanásia” foi criado por um filósofo inglês Francis Bacon no século XVII, deriva do grego *eu* (boa), *thanatos* (morte), o que se traduz como “boa morte” para o

---

<sup>218</sup> SZTAJN. Rachel. Terminalidade da vida: a ortotanásia e a constitucionalidade da Res. CFM 1.805/2006. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. V. 66, jan.2009, p. 245

<sup>219</sup> *Loc. Cit.*

<sup>220</sup> *Loc. Cit.*

<sup>221</sup> GARCIA. Iberê Anselmo. Aspectos médicos e jurídicos da eutanásia. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 67, jul.2007, p. 253

português, ou ainda “morte apropriada”, morte piedosa, direito de matar. Esse último termo ao longo da história sempre teve defensores, desde o sacrifício de deficientes mentais, velhos e doentes nos primórdios como na Índia antiga, onde os doentes que não eram capazes de serem curados eram lançados nos Ganges com a boca e narinas vedadas com lama.<sup>222</sup> A prática de provocar a morte daqueles que sofrem ou que possuem doenças incuráveis é ancestral, assim como na Índia antiga, as civilizações antigas, a exemplo da grega e a romana e povos primitivos também praticavam essa forma. Nos dias atuais ainda existem grupos aborígenes que ainda utilizam a eutanásia como forma de proteger sua coletividade, em interesse da sobrevivência do grupo.<sup>223</sup>

Contudo, apesar de historicamente ter sido praticada em larga escala, a Eutanásia foi sempre um divisor de opiniões. Em meados do ano de 1949 a Academia de Ciências Morais e Políticas da França se manifestou contra tal prática. No mesmo sentido o XIV Congresso de Medicina Legal, realizado em Paris em 1931, a Academia Suíça de Ciências Sociais e médicas em 1977, assim como a Assembléia-Geral da Associação Médica Mundial, em 1950, na cidade de Nova Iorque se manifestaram contra a prática da Eutanásia, apenas ofertando a possibilidade da prática da eutanásia passiva.<sup>224</sup>

Com o advento do reconhecimento da dignidade humana como princípio norteador e fundamental de quase todas as sociedades, coíbe a eliminação de qualquer ser humano em nome de razões coletivas. Dessa forma não é possível considerar as chamadas “eutanásia eugênica” e “eutanásia econômica” como verdadeira forma de eutanásia, ainda que utilizadas em tempos recentes. Demais disso, tem a necessidade da participação voluntária do doente no processo da eutanásia, o que, por óbvio, não ocorre nesses procedimentos eugênicos.<sup>225</sup>

A Eutanásia diz respeito a diversas modalidades da prática de abreviação da vida humana, pode ser realizada por qualquer pessoa.<sup>226</sup> Nos dias atuais, no entanto, é

---

<sup>222</sup>FREIRE DE SÁ. Maria de Fátima. NAVES. Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. 2.ed. Editora DelRey.2013.p.311-314

<sup>223</sup> GARCIA. Iberê Anselmo. Aspectos médicos e jurídicos da eutanásia. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 67, jul.2007, p. 253

<sup>224</sup> SOUSA. Deusdedith. Eutanásia, ortotanásia e distanásia. **Revista dos Tribunais**. vol. 706, ago.1994, p. 283

<sup>225</sup> *Op. Cit*, p. 253

<sup>226</sup> *Loc. Cit*.

associada a uma ação médica, ou seja, são situações onde o paciente se encontra em grande sofrimento oriundo de uma doença grave e sem perspectiva de melhora ou cura, que, por uma ação omissiva ou comissiva do médico, produz a morte do paciente, claro com o consentimento desse.<sup>227</sup> É a abreviação da vida com o intuito de diminuir o sofrimento do paciente.

Pode-se considerar, portanto, que a eutanásia é uma morte intencionada com intenções benevolentes, por caridade ou clemência. Hoje a associação feita entre a atuação médica e a prática da eutanásia decorre da abertura para a sociedade, realizada pela classe médica, da prática que antes se costumava manter em segredo. Em 1991, por exemplo, um médico nova-iorquino confessou ter receitado pílulas letais para uma paciente com leucemia, indicando a forma como deveria ministrar o remédio para alcançar sua própria morte. Após o falecimento de sua paciente, o médico foi processado por assistência ao suicídio. No entanto, o júri entendeu por não punir o profissional.<sup>228</sup>

No mesmo ano, em Washington, Foi realizado um plebiscito sobre um projeto de lei que legalizava a eutanásia, e por uma pequena margem de votos foi rejeitada. No ano seguinte uma proposta semelhante foi rejeitada. Antes da apreciação pela sociedade dos projetos de lei mencionados, em ambos os casos, esperava-se a aprovação. Todavia, os grupos contrários atuaram de forma incisiva para que esse projeto não vingasse, em especial a Igreja Católica. Atualmente nenhum país ocidental reconhece a prática da eutanásia como válida. No entanto, o Parlamento holandês declarou que os profissionais médicos que, preenchendo requisitos, atuaram dessa forma não serão punidos.<sup>229</sup>

É válido reconhecer, que a maior dificuldade, em relação à determinação do início ou fim da vida, se deve ao fato de estarem como fundamentos das antagônicas posições questões de valores, crenças religiosas e a própria ciência. Como bem diz Ronald Dworkin:

Se as grandes batalhas sobre o aborto e a eutanásia são realmente travadas em nome do valor intrínseco e cósmico da vida humana, como acredito que o sejam, então essas batalhas têm ao menos uma natureza

---

<sup>227</sup> FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**.2.ed.Editora DelRey.2013.p.311-314

<sup>228</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida – aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Editora Wmf Martins Fontes, 2009.pgs.1-5

<sup>229</sup> *Loc. Cit.*

quase religiosa, e não chega a surpreender que muitas pessoas acreditem que o aborto ou a eutanásia sejam profundamente condenáveis, e, ao mesmo tempo, que não cabe ao governo tentar estigmatizá-los com a força bruta das leis penais.<sup>230</sup>

Contudo, no que tange a nossa legislação Penal, para situações onde a abreviação da vida seja realizada por compaixão por parte de leigos, para aqueles indivíduos que estejam em intenso sofrimento, ou familiares que não suportam ver o sofrimento de parentes próximos e até mesmo os soldados mortalmente feridos em combate, que são mortos por seus companheiros para que não sofram dores insuportáveis e desnecessárias, deve ser compreendido como homicídio piedoso. O homicídio piedoso admite como móvel esse sofrimento físico ou psíquico do enfermo, tendo em vista que o leigo não tem capacidade de realizar uma avaliação das chances reais de sobrevivência do ser humano em determinadas circunstâncias, tampouco de cuidados paliativos disponíveis para determinado caso, o que não se estende para os profissionais da área de saúde.<sup>231</sup>

As diversas formas da eutanásia merecem um tratamento institucionalizado, regulamentando a atuação dos profissionais de saúde, leiam-se aqueles autorizados pela sociedade a tratarem dos enfermos. Entender a eutanásia como forma de “auxílio” a equipara a uma prestação de serviço por parte dos profissionais de saúde como todas as demais técnicas de terapia admitidas. Entretanto, a provocação da morte de um doente por parte desses profissionais, independentemente do seu estado de saúde, ainda fere normas éticas dessas profissões. Do ponto de vista ético, só é admissível para esses as formas que não enxergam a morte como terapia, mas sim, as formas que aliviam o sofrimento físico e psíquico dos doentes graves que estão em processo de morrer ou que sofram de enfermidades incuráveis, ainda que essas terapias sejam só paliativas.<sup>232</sup>

A eutanásia não é utilizada apenas para os doentes em estado vegetativo, mas também àqueles que possuem doenças graves que os impossibilitam a morte com dignidade. Se por um lado colocar a dignidade como critério para a abreviação da vida traz uma insegurança muito grande, deixando tamanha decisão ao sabor das diversas opiniões, por outro o princípio da autonomia postulado e consagrado no

---

<sup>230</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida – aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Editora Wmf Martins Fontes, 2009.pgs-1-5

<sup>231</sup> GARCIA. Iberê Anselmo. Aspectos médicos e jurídicos da eutanásia. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 67, jul.2007, p. 253

<sup>232</sup> *Loc. Cit.*

nosso ordenamento é perfeitamente respeitado quando se enxerga a opinião do paciente como elemento essencial para essa tomada de decisão.<sup>233</sup>

Entretanto, as situações em que se configuram a necessidade da eutanásia, em sua grande maioria, ocorrem durante períodos de inconsciência do paciente. É a partir desse fato que se torna de extrema importância a manifestação de vontade ser escrita e prévia à situação de inconsciência do paciente. Em casos em que não há essa legitimação prévia, só poderá se legitimar uma forma de eutanásia com a garantia daqueles próximos que possam informar ser essa a vontade do paciente.<sup>234</sup>

A eutanásia é uma prática para determinar um fim ao sofrimento desproporcional e inútil e, em geral, possui grande apoio popular como aponta pesquisas.<sup>235</sup> Hoje se entende que existem dois requisitos para que se configure a Eutanásia, o primeiro é a intenção daquele que está agindo, o médico, e o outro é justamente o efeito da ação.<sup>236</sup> A eutanásia pode ser classificada como ativa, quando se provoca o resultado morte por uma conduta comissiva ou passiva, quando o resultado ocorre sem a atuação direta do agente.<sup>237</sup> Dessa forma, a Eutanásia omissiva, onde o profissional médico apenas deixa de promover um tratamento que seria indicado para aquela situação, deixa de ofertar mecanismos para que se prolongue a vida, sendo, portanto, a Eutanásia passiva uma ortotanásia.<sup>238</sup> Entretanto, para Gisele Mendes de Carvalho não há confusão entre os conceitos de eutanásia passiva e ortotanásia. Na ortotanásia, não se lança mão de procedimentos considerados extraordinários ou inúteis ou excessivamente danosos para o doente em relação ao benefício esperado, sem, no entanto, interromper os meios ordinários de manutenção do doente, como ocorre na eutanásia passiva.<sup>239</sup>

---

<sup>233</sup> GARCIA. Iberê Anselmo. Aspectos médicos e jurídicos da eutanásia. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 67, jul.2007, p. 253

<sup>234</sup> *Loc. Cit.*

<sup>235</sup> "Em uma das pesquisas, por exemplo, 60% dos entrevistados aceitariam o suicídio assistido para si se estivessem sofrendo de dor crônica, fossem doentes terminais, tivessem perda de mobilidade e da independência ou se fossem um fardo para os demais. 14 Outras pesquisas, entretanto, mostraram que essa porcentagem de aceitação da eutanásia cai entre os que estão gravemente doentes e entre os idosos. Em um dos trabalhos, apenas 8,5% dos doentes em situações terminais manifestaram em algum momento essa possibilidade para si mesmos." *Ibidem*, p. 253

<sup>236</sup> FREIRE DE SÁ. Maria de Fátima. NAVES. Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. 2.ed. Editora DelRey.2013.p.311-314

<sup>237</sup> *Op. Cit.*, p. 253

<sup>238</sup> FREIRE DE SÁ. Maria de Fátima. NAVES. Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. 2.ed. Editora DelRey.2013.p.311-314

<sup>239</sup> *Op. Cit.*, p. 253

As diversas classificações da morte provocada, acima mencionadas, têm menos importância para a bioética do que para o direito. No campo da Bioética o que é relevante é o consentimento do doente, respeito a sua autonomia e se a decisão médica está em conformidade com o princípio da beneficência. No que tange ao meio jurídico, caracterizar a conduta do agente é de fundamental importância para a subsunção do ato à norma, interessa ao jurista uma definição do comportamento do profissional de saúde, a classificação precisa da prática da Eutanásia.<sup>240</sup>

É em oposição à ortotanásia, a busca pela morte no tempo certo, que se define a distanásia.<sup>241</sup> Em caso semelhante, quando o médico tenha por objetivo prolongar a vida até o último momento possível, combatendo a morte como um inimigo e conseqüentemente ocasionando maior sofrimento ao paciente em situação crítica, essa postura é chamada de distanásia.<sup>242</sup> Consiste na prática de todos os recursos terapêuticos regulares ou ordinários quanto os extraordinários para a conservação da vida, sem preocupação com as conseqüências desse tratamento para a situação clínica do paciente, bem como com o sofrimento que são acarretados por essa atuação.<sup>243</sup>

Pragmatizando, a diferença da eutanásia, ortotanásia e distanásia está na relação entre a conduta do médico e o evento morte, ou seja, se a conduta ativa do médico com intuito de encurtar a vida do paciente pelo sentido de compaixão é chamada de Eutanásia, se o médico se omite de dar tratamento que seria adequado àquele quadro clínico com a anuência do paciente e por conseqüência o paciente vem a óbito é ortotanásia e por fim, se o médico age com a intenção de prolongar a vida até onde a tecnologia médica consiga alcançar é, sem dúvidas, distanásia.

Gisele Mendes de Carvalho entende que a distinção entre os termos “eutanásia”, “ortotanásia” e “distanásia”, por sua vez, se baseia em conceitos de recursos terapêuticos ordinários e extraordinários. Aqueles recursos proporcionais ao quadro clínico do paciente e aos resultados esperados são ordinários e os extraordinários

---

<sup>240</sup> GARCIA. Iberê Anselmo. Aspectos médicos e jurídicos da eutanásia. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 67, jul.2007, p. 253

<sup>241</sup> *Loc. Cit.*

<sup>242</sup> *Loc. Cit.*

<sup>243</sup> *Loc. Cit.*

seriam os recursos desproporcionais, devido ao desconforto ou inconveniência desses em relação ao benefício pequeno gerado ao quadro clínico.<sup>244</sup>

Apenas a título de esclarecimentos necessários ao tema, será conceituada a mistanásia, que diz respeito à morte sofrida, miserável, fora ou antes da hora. É a morte com interesses políticos, econômicos ou sociais, para acabar com problemas sociais, por exemplo, como a fome, a miséria ou até mesmo descartar indivíduos com problemas mentais ou físicos. Pode-se enquadrar aqui, segundo Gisele Lourdes Friso, a Eugenia praticada diversas vezes ao longo da história e muito confundida com a Eutanásia.<sup>245</sup>

Para se discutir a eutanásia, ortotanásia e distanásia é mister reconhecer a terminalidade do paciente em questão. A terminalidade é outra difícil definição de ser realizada, não há consenso na área médica. As próprias entidades não fizeram essa definição, por considerar que em cada paciente a terminalidade se apresenta de forma distinta. Entretanto, pode-se considerar em geral que é terminal aquele doente crônico que não apresenta nenhuma chance de cura. É de suma importância reconhecer e esclarecer, que até em casos de interrupção do tratamento como causa comissiva por omissão, ocasionando o evento morte do enfermo, não desconsidera a utilização dos cuidados paliativos. A terapia que será dispensada é aquela extraordinária, que tenha por objeto protelar a vida e cause desconforto ao paciente, já a terapia paliativa, responsável por atenuar o sofrimento e proporcionar maior conforto ao doente continua a ser empregada.<sup>246</sup>

Posteriormente será tratada a Resolução CFM 1.805/2006, quando será vista nessa oportunidade a ampliação feita pelo Conselho Federal de Medicina ao conceito da ortotanásia no Brasil.<sup>247</sup> Em análise da legislação brasileira percebe-se que a Eutanásia não é proibida expressamente pelo Código Penal, no entanto é considerado um crime de homicídio, respondendo, portanto, pelo artigo 121 do Código Penal. Ressalta-se, entretanto, que essa atuação médica pode ser enquadrada como “Homicídio privilegiado” se verificada a presença de sentimento

---

<sup>244</sup> GARCIA. Iberê Anselmo. Aspectos médicos e jurídicos da eutanásia. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 67, jul.2007, p. 253

<sup>245</sup> FRISO. Gisele de Lourde. A Ortotanásia: uma análise a respeito do direito de morrer com dignidade. **Revista dos Tribunais**. vol. 885, jul.2009, p. 130

<sup>246</sup> *Op.Cit.*, p. 253

<sup>247</sup> *Loc. Cit.*

de compaixão como relevante valor moral, como visto no dispositivo de lei abaixo transcrito:

Homicídio simples

Art 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

Caso de diminuição de pena

§ 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.<sup>248</sup>

Embora a doutrina em larga escala chame de homicídio “privilegiado”, é na verdade uma causa de diminuição. Essa diminuição se dará pelo relevante valor moral, onde se encontra o sentimento de piedade, compaixão e empatia do agente para com a sua vítima. Essa situação pode ser também chamada de homicídio eutanásico, havendo ou não o consentimento da vítima. Todavia, o anteprojeto do novo Código Penal (LGL\190\2), prevê alteração no art. 121, pois traz um novo tipo para os familiares ou cônjuges da vítima, que agem compelidos de forte emoção, para abreviar o sofrimento do doente, tem como pena de reclusão, de dois a cinco anos, o que é muito mais benéfico do que a causa de diminuição prevista atualmente.<sup>249</sup>

Em linhas breves, analisando dispositivos legais e éticos pode-se compreender da seguinte forma: A eutanásia ativa é ilegal, como visto acima, devido ao fato de estar tipificada no art. 121 do CP brasileiro, podendo ser enquadrada como homicídio privilegiado em função do seu relevante valor moral. A Mistanásia é condenável do ponto de vista ético, moral e jurídico, vai de encontro a todos os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, direito a vida, igualdade, dentre outros. A distanásia é condenável quando feita por interesses financeiros do profissional de saúde e é inútil do ponto de vista do interesse do paciente, prolongando um sofrimento sem retorno.<sup>250</sup>

Entrementes, a ortotanásia não fere preceitos éticos, pois está em consonância com os princípios da beneficência e a não maleficência, não se enquadra como homicídio, não fere princípios constitucionais, pois visa justamente à dignidade do

---

<sup>248</sup>BRASIL. **Código Penal**. Brasília, DF. Senado,1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 12 jun. 2014.

<sup>249</sup>FRISO. Gisele de Lourde. A Ortotanásia: uma análise a respeito do direito de morrer com dignidade.**Revista dos Tribunais**. vol. 885, jul.2009, p. 130

<sup>250</sup> *Loc. Cit.*



paciente terminal. É, em outras palavras, a efetividade do direito fundamental do paciente em não se submeter a tratamento desumano ou degradante. Em apoio à prática da ortotanásia estão os cuidados paliativos, que visam dar qualidade de vida e uma situação confortável ao paciente terminal, sobretudo com apoio psicológico ao paciente aos seus familiares.<sup>251</sup>

---

<sup>251</sup> FRISO. Gisele de Lourde. A Ortotanásia: uma análise a respeito do direito de morrer com dignidade. **Revista dos Tribunais**. vol. 885, jul.2009, p. 130

## 5. A ATUAL REALIDADE BRASILEIRA DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE EM (DES)CONFORMIDADE COM O CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA

Por um longo período a Ética Médica foi pautada nos princípios religiosos e da tradição. Modelo baseado no chamado Corpus Hipocraticum. Os pilares dessa Escola eram a virtude a prudência. Em verdade, somente no século XV reconheceu-se uma idéia real sobre deveres e obrigações médicas voltadas a uma visão coletiva e social, sem se afastar da fonte hipocrática.<sup>252</sup>

O sistema clássico começou a entrar em crise em meados do século XX, o crescimento das demandas judiciais contra tais profissionais e instituições de saúde demonstra a compreensão atual da Ética Médica no país. Hoje se percebe que mais vale a capacidade técnica do profissional do que aspectos religiosos ou de personalidade do médico. Isso não significa dizer que a compaixão, tolerância e outras virtudes de um profissional da área de saúde são irrelevantes, mas que essas qualidades sem o aparato técnico do profissional as tornarão um médico inepto.<sup>253</sup>

Percebe-se atualmente que à medida que a sociedade vai mudando a Ética tenta acompanhar os anseios da sociedade em que se situa. O médico acaba por entrar em conflito, muitas vezes, com a Ética esperada pela sociedade (chamada ética externa) com o ideal ético que traz consigo da moralidade histórica da medicina. O grande desafio atual é exatamente estabelecer um caminho em que consiga conciliar a teoria e a prática.<sup>254</sup>

Com o intuito de estabelecer essa conexão sugere-se a análise da realidade social de onde se exerce a prática médica do ponto de vista da moralidade interna da profissão. Essas normas internas possuem grande valor e não devem ser afastadas da prática e sim adequadas caso a caso. O segundo passo é analisar as influências externas a cada avanço da ciência médica, direcionando essa evolução ao bem coletivo e legitimado pela sociedade.

Entre as décadas de 70 e 80 do século passado surgiu a chamada *ética dos princípios*. Os bioeticistas propuseram princípios tratados no primeiro capítulo desse

---

<sup>252</sup> FRANÇA, Genival Veloso. Direito Médico. 12.ed. Editora Forense, 2014.pgs.25-28

<sup>253</sup> *Loc. Cit.*

<sup>254</sup> *Loc. Cit.*

trabalho quais sejam: o princípio da autonomia, beneficência, a não maleficência e a equidade, se pautando no raciocínio de que “se um ato tem consequência boa e está ajustado a uma regra, ele é por consequência um ato eticamente recomendável”.<sup>255</sup>

A teoria dos princípios sofre duras críticas. Para esses a maior falha é a inexistência de hierarquia entre os princípios, o que faz com que o profissional fique sem um norte exato sobre como deve agir. Outra crítica é sobre a sensação que se tem de uma situação ter diversas soluções quando se utiliza apenas princípios para a análise do agir ético.<sup>256</sup>

Essas críticas são válidas quanto ao sentido prático que elas revelam. Embora o conflito entre princípios tenha uma solução através da proporcionalidade, como visto no terceiro capítulo desse trabalho, o profissional não tem como fazer a análise dessa decisão no momento da atuação médica e nem é preparado para tal análise. Por outro lado a principiologia tem um papel muito importante quanto a esse aspecto generalista. Pois, se por um lado deixa uma margem muito grande para a atuação médica, por outro proporciona a evolução da Ética na medida em que a sociedade evolui.

Desse modo, esse trabalho irá abordar a análise da colisão de princípios inerentes ao objeto dessa monografia com base nas regras da proporcionalidade e razoabilidade e, em respeito às críticas apresentadas nesse capítulo, serão propostas regras com base no resultado da colisão dos princípios da autonomia da vontade (autonomia do paciente) e o direito a vida (representado pelo dever ético do médico de agir em situações de risco iminente de morte).

## 5.1. CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA

### 5.1.1 Principiologia e Vedações Éticas

Um bom código é aquele que orienta comportamentos e ao mesmo tempo deixa aberta a atualização do instrumento conforme a realidade em que se apresenta se altere. Pode-se dizer que o Código de Ética Médica do Brasil atende tais características.<sup>257</sup> Tendo em vista que contém o conjunto de normas que devem ser

---

<sup>255</sup> FRANÇA, Genival Veloso. Direito Médico. 12.ed. Editora Forense, 2014.pgs25-28

<sup>256</sup> *Loc. Cit.*

<sup>257</sup> *Loc. Cit.*

seguidas pelo profissional médico no exercício da profissão e, em conformidade com o tópico anterior, traz elencados vinte e cinco princípios fundamentais da atividade médica, dentre eles:

#### PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

(...)

XXI – No processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com seu ditames de consciência e as previsões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes, relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas<sup>258</sup>

Percebe-se, portanto, o reconhecimento da autonomia da vontade do paciente no próprio código de ética. Nesta senda, este reconhecimento também se faz presente em dois outros dispositivos:

#### DIREITOS HUMANOS

*É vedado ao médico:*

Art.22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, **salvo em caso de risco iminente de morte. (grifos do autor)**<sup>259</sup>

#### RELAÇÃO COM PACIENTES E FAMILIARES

*É vedado ao médico:*

Art.31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, **salvo em caso de iminente risco de morte. (grifos do autor)**<sup>260</sup>

Percebe-se que em ambos os dispositivos está presente a mesma ressalva “salvo em caso de iminente risco de morte”, o que faz questionar se o dever do médico de agir seria uma mitigação da autonomia do paciente. Visto que, se tais ressalvas são uma mitigação da autonomia da vontade as diretivas antecipadas de vontade poderiam perder sua razão de ser, tendo em vista que a utilização das diretivas na prática ocorrerá em situações de quadros clínicos graves, nos quais o risco iminente de morte não é incomum.

### 5.1.2 Força Normativa do Código de Ética Médica

A lei nº 3.268 de 30 de setembro de 1957 reconhece o Conselho Federal de Medicina, instituído pelo Decreto-lei nº 7.955 em 1945, a personalidade jurídica de

---

<sup>258</sup> BRASIL. **Código de Ética Médica. Conselho Federal de Medicina.**2010. Disponível em:<[www.portal.cfm.org.br/index.hp?option=com\\_content&view=category&id=9&Itemid=122](http://www.portal.cfm.org.br/index.hp?option=com_content&view=category&id=9&Itemid=122)> .

Acesso em 05 mai. 2015

<sup>259</sup> *Loc. Cit.*

<sup>260</sup> *Loc. Cit.*

direito público e constitui em conjunto com os Conselhos Regionais de Medicina uma autarquia. No mesmo instrumento legal estão previstas as atribuições dos Conselhos Regionais de Medicina, dentre elas duas são pertinentes ao raciocínio ora sugerido, quais sejam:

Art.15. São atribuições dos Conselhos Regionais:

(...)

d) conhecer, apreciar e decidir os assuntos atinentes à ética profissional, impondo as penalidades que couberem;

(...)

j) exercer os atos de jurisdição que por lei lhe sejam submetidos;<sup>261</sup>

Reconhece, ainda, que o poder disciplinar para aplicar penalidades ao médico é exclusivo do Conselho Regional que se encontrava inscrito ao tempo do fato punível. As penalidades aplicadas por essa pessoa jurídica estão previstas no artigo 22 da mencionada lei e obedece a uma ordem de gradação, a qual só é afastada em caso de manifesta gravidade que enseje penalidade imediatamente mais grave.<sup>262</sup>

O instrumento normativo em comento faz a previsão de todas as penas aplicáveis aos médicos que descumprirem preceitos éticos, como é visto:

Art.22. As penas disciplinares aplicáveis pelos Conselhos Regionais aos seus membros são as seguintes:

§1.º Salvo os casos de gravidade manifesta que exijam aplicação imediata da penalidade mais grave, a imposição das penas obedecerá à gradação deste artigo.

a) advertência confidencial em aviso reservado;

b) censura confidencial em aviso reservado;

c) censura pública em publicação oficial;

d) suspensão do exercício profissional até 30 (trinta) dias;

e) cassação do exercício profissional, *ad referendum* do Conselho Federal.<sup>263</sup>

A lei 3.268 trouxe também a previsão de um regulamento dessa lei formulado pelo Conselho Federal de Medicina. Tal regulamento trouxe também as espécies de

<sup>261</sup> BRASIL. Lei nº 3.268 de 1957. Disponível em: <  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3268.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3268.htm)> . Acesso em 05. mai. 2015

<sup>262</sup> *Loc. Cit.*

<sup>263</sup> *Loc. Cit.*

punições sem retirar ou acrescentar nenhuma forma. Demais disso, regulamentou o procedimento de aplicação das penalidades entre os artigos 10 e 23.<sup>264</sup>

No entanto, nenhum desses instrumentos faz uma equivalência de qual penalidade deve ser aplicada em cada regra desrespeitada. O que se faz questionar qual penalidade será adequada a cada caso e, em especial, ao desrespeito à autonomia do paciente demonstrada em uma diretiva antecipada de vontade.<sup>265</sup> Dessa forma, como visto no tópico anterior e em diversos momentos nesse trabalho, o profissional da medicina tem como dever ético respeitar a vontade do paciente. Então, existindo uma diretiva antecipada de vontade e ela não sendo respeitada questiona-se qual seria a punição adequada para esse comportamento. A forma de responsabilização ainda não é muito clara na doutrina e esse ponto será tratado mais adiante nesse trabalho.

## 5.2. RESOLUÇÃO CFM Nº 1.805 DE 2006

Conforme atribuições dadas pela lei 3.268 de 1957 ao Conselho Federal de Medicina, como relatado no tópico acima. Esse aprovou em 9 (nove) de novembro de 2006 a resolução 1.805, a qual trata de cuidados paliativos. Tal resolução já no seu artigo 1º trouxe a permissão do médico de limitar ou suspender tratamentos que tenham por objetivo o prolongamento da vida do doente que se encontra em fase terminal. Ressalvando, no entanto, o respeito à vontade do enfermo e de seu representante legal e o obriga ao registro de tal decisão no prontuário médico.<sup>266</sup>

Os parágrafos seguintes desse dispositivo reconhecem o dever do médico de esclarecer aos seus pacientes ou responsáveis as espécies terapêuticas adequadas a situação do paciente, bem como o direito de solicitar uma segunda opinião médica. E o parágrafo segundo reconhece o direito do paciente terminal de receber todos os cuidados paliativos que sejam capazes de diminuir seu sofrimento.<sup>267</sup>

Percebe-se que o dispositivo da resolução em questão que trata sobre o dever do médico de, esclarecer a real situação e quais os procedimentos existentes para o caso, é o reconhecimento da autonomia do paciente, também representada no

---

<sup>264</sup> BRASIL. **Decreto 44.045 de 1958.** Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1950-1969/D44045.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D44045.htm) >. Acesso em: 05 mai.2015

<sup>265</sup> *Loc. Cit.*

<sup>266</sup> BRASIL. **Resolução 1805 do Conselho Federal de Medicina.** Disponível em: < [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805\\_2006.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm) >. Acesso em: 05 mai.2015

<sup>267</sup> *Loc. Cit.*

Código de Ética Médica. No entanto, a lógica dessa resolução parece ser bem mais de resguardar o profissional médico para que este evite prolongamento da vida de doentes sem chance de cura e conseqüentemente evite o prolongamento do sofrimento do paciente e de sua família.

É válido ressaltar que essa resolução foi objeto de uma ação civil pública movida pelo Ministério Público Federal em face do Conselho Federal de Medicina pleiteando o reconhecimento da nulidade e sua alteração para a criação de critérios para a prática da ortotanásia. Os argumentos utilizados pelo Ministério Público foram (i) a ausência de poder regulamentar do CFM para definir como ética uma conduta tipicamente criminosa, (ii) que o direito a vida é indispensável e por fim (iii) que devido a realidade social do Brasil tal disposição poderia dar margem a uma utilização inadequada da ortotanásia no sistema único de saúde, gerando risco para a população.<sup>268</sup>

O Conselho Federal de Medicina, por sua vez, se defendeu alegando que:

[i] a resolução questionada não trata de eutanásia, tampouco de distanásia, mas sim de ortotanásia; [ii] a ortotanásia, situação em que a morte é evento certo, iminente e inevitável, está ligada a um movimento corrente na comunidade médica mundial denominado Medicina Paliativa, que representa uma possibilidade de dar conforto ao paciente terminal que, diante do inevitável, terá uma morte menos dolorosa e mais digna; [iii] a ortotanásia não é considerada crime; e [iv] o direito à boa morte é decorrência do princípio da dignidade humana, consubstanciando um direito fundamental de aplicação imediata.<sup>269</sup>

Então, a 14ª Vara do TRF da primeira região julgou improcedente o pleito do Ministério Público reconhecendo que não há violação ao ordenamento jurídico por tratar de ortotanásia e não eutanásia e que é a interpretação mais adequada para o direito atual, tendo em vista o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Para fundamentar a sentença o juiz federal Roberto Luis Luchi Demo utilizou citações da defesa apresentada pela procuradora Luciana Loureiro Oliveira, a qual fez diferenciações das práticas de eutanásia, ortotanásia e distanásia.<sup>270</sup> O que não será tratado nessa oportunidade por entender que esses conceitos foram trabalhados de forma suficiente no capítulo 4 (quatro) dessa monografia. E após a

---

<sup>268</sup> BRASIL. **Sentença da Ação Civil Pública instruída no processo de nº 2007.34.00.014809-3.** Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf> >. Acesso em: 05 mai.2015

<sup>269</sup> *Loc. Cit.*

<sup>270</sup> *Loc. Cit.*

sentença do juiz federal Roberto Luis Luchi o MPF reconheceu seu equívoco e resolveu desistir da demanda.<sup>271</sup>

### 5.3. RESOLUÇÃO CFM Nº 1.995 DE 2012

Essa resolução é a mais significativa para o presente trabalho. A resolução de nº 1.995 de 2012 do Conselho Federal de Medicina que trouxe pela primeira vez a previsão das diretivas antecipadas de vontade aqui no Brasil. Esta resolução optou por um modelo que contenha em um só documento as duas diretivas antecipadas de vontade, o “testamento vital” e o “mandato duradouro”.<sup>272</sup>

Embora seja um avanço grande para a responsabilidade médica e o reconhecimento da autonomia do paciente no Brasil, o modelo apresentado pela resolução recebeu críticas, a principal delas girou em torno da junção das duas diretivas em um único documento, tendo como justificativa que o “testamento vital” seria para o paciente em estado terminal, cuja condição é irreversível, por outro lado o “mandato duradouro” seria para o paciente que não possui condições de exercer sua vontade, seja essa incapacidade temporária ou não.<sup>273</sup>

Diante disso a proposta aconselhável seria formular dois documentos, um unindo as duas espécies e em outro documento mais um mandato duradouro indicando um ou mais representantes para o caso de situações temporárias não abrangidas pelo documento único.<sup>274</sup> Como visto no capítulo 4 da presente monografia.

Essa resolução trouxe o reconhecimento não só das diretivas antecipadas de vontade realizadas pela via documental, ela também reconhece as diretivas ditas diretamente ao profissional médico pelo paciente. Devendo o médico, nesse caso, fazer constar no prontuário do resignado tal diretiva.<sup>275</sup>

---

<sup>271</sup> DA ROCHA, Andréia. BUONICORE, Giovana. SILVA, Anelise. PITHAN, Lívia. FEIJÓ, Anamaria. Declaração Prévia da Vontade do Doente Terminal: reflexão bioética. **Revista Bioética**. 2013, p. 84-95

<sup>272</sup> DADALTO, Luciana. Reflexos da Resolução de 1.995 de 2012. **Revista Bioética**. 2013, p. 106-112

<sup>273</sup> *Loc. Cit.*

<sup>274</sup> *Loc. Cit.*

<sup>275</sup> DA ROCHA, Andréia. BUONICORE, Giovana. SILVA, Anelise. PITHAN, Lívia. FEIJÓ, Anamaria. Declaração Prévia da Vontade do Doente Terminal: reflexão bioética. **Revista Bioética**. 2013, p. 84-95



É relevante pontuar que tal resolução trouxe em seu artigo 2º, §2º a seguinte redação:

Art. 2º Nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade.

(...)

§ 2º O médico deixará de levar em consideração as diretivas antecipadas de vontade do paciente ou representante que, em sua análise, estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica.<sup>276</sup>

O que pode-se levar ao questionamento de que, se o Código de Ética Médica, como visto anteriormente, traz o no seu artigo 31 que o médico deve agir em caso de risco iminente de vida. Então como se daria a aplicação das diretivas antecipadas de vontade, em um cenário de incapacidade do paciente que em grande parte se encontra em situações de risco de morte e de terminalidade da vida?

Esse é o questionamento principal desse trabalho e a doutrina e jurisprudência não trata expressamente sobre tal ponto. Conforme a análise feita anteriormente sobre a responsabilidade civil do médico ser subjetiva como regra, sendo necessário, portanto, a comprovação do dolo ou culpa. Quanto a responsabilização do médico por descumprimento das diretivas antecipadas de vontade entende-se que devem ser aplicadas as mesmas regras de responsabilidade. O que significa dizer que agindo com negligência, imperícia ou imprudência deverá ser civilmente responsabilizado,<sup>277</sup>

### 5.3.1. Projeto de Lei do Senado, nº 524 de 2009

O Projeto Lei 524 de iniciativa do Senado Federal em 2009, visa tratar dos direitos dos pacientes em estado de terminalidade da vida. Trata-se de uma proposta de reconhecimento do direito do paciente terminal em manifestar sua vontade acerca da instituição, suspensão ou limitação de “procedimentos terapêuticos, paliativos e mitigadores do sofrimento”.<sup>278</sup>

---

<sup>276</sup> BRASIL. **Resolução 1995 do Conselho Federal de Medicina**. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995\\_2012.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf)>. Acesso em: 05 mai.2015

<sup>277</sup> CRIPA, Anelise; BUONICORE, Giovana; FEIJÓ, Ana Maria. Diretivas Antecipadas de Vontade e a Responsabilidade Civil do Médico. **Revista da AMRIGS**. Porto Alegre: out./dez. 2013, p. 344-348.

<sup>278</sup> BRASIL. **Projeto de Lei do Senado, Nº 524 de 2009**. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=94323](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=94323)>. Acesso em: 05 mai.2015

Algo interessante nesse PL é a série de conceitos trazidos por ele como os conceitos de pessoa em fase terminal, procedimentos paliativos e mitigadores do sofrimento, cuidados ordinários, básicos e normais, bem como a diferenciação de procedimentos proporcionais, desproporcionais e extraordinários. Ademais seria de certa forma uma regulamentação das diretivas antecipadas de vontade quando no parágrafo primeiro do artigo 6º traz o reconhecimento de uma manifestação prévia de vontade do paciente terminal.<sup>279</sup>

Em verdade, o PL 524 trouxe as disposições previstas na resolução 1805 do Conselho Federal de Medicina, Trazendo, no entanto, tais previsões de forma mais minuciosa do que a resolução.<sup>280</sup> Contudo, tal projeto de lei foi arquivado no dia 14 de abril do ano de 2015.<sup>281</sup>

#### 5.4. PRONTUÁRIO MÉDICO

Como visto ao longo desse trabalho a resolução 1995 de 2012 trouxe a previsão de que o paciente poderá realizar a manifestação prévia de sua vontade ao próprio médico, estando este obrigado a fazer o registro dessa diretiva no prontuário do paciente.<sup>282</sup> O criação de um prontuário legível para cada paciente também é um dever do médico previsto pelo Código de Ética Médica.<sup>283</sup> Desse modo, é imperioso esclarecer inicialmente o que se entende por prontuário e qual sua finalidade e é isso que será tratado nesse capítulo.

Entende-se por prontuário um instrumento obrigatório realizado pelo profissional médico, que configura o registro de todos os documentos referentes aos cuidados prestados, resultado de exames clínicos, fichas de ocorrência, prescrições medicamentosas e terapêuticas, relatórios da enfermagem, anestesia e de cirurgia, assim como os exames complementares realizados.<sup>284</sup>

---

<sup>279</sup> BRASIL. **Projeto de Lei do Senado, Nº 524 de 2009**. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=94323](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=94323)>. Acesso em: 05 mai.2015

<sup>280</sup> *Loc. Cit.*

<sup>281</sup> *Loc. Cit.*

<sup>282</sup> BRASIL. **Resolução 1995 do Conselho Federal de Medicina**. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995\\_2012.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf) > . Acesso em: 05 mai.2015

<sup>283</sup> BRASIL. **Código de Ética Médica. Conselho Federal de Medicina**.2010. Disponível em:<[www.portal.cfm.org.br/index.hp?option=com\\_content&view=category&id=9&Itemid=122](http://www.portal.cfm.org.br/index.hp?option=com_content&view=category&id=9&Itemid=122)> . Acesso em 05 mai. 2015

<sup>284</sup> FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**. 12.ed. Editora Forense, 2014.pgs.19-20

O prontuário funciona como uma memória do paciente que tem como razão a análise da evolução do paciente para utilizar como dados estatísticos, serve também para a segurança do profissional em caso de responsabilização por algum resultado indesejado.<sup>285</sup> Pode-se deduzir que o prontuário serve para a segurança do paciente quanto ao acompanhamento de sua enfermidade, tendo em vista que a ciência de seu histórico de saúde poderá evitar problemas futuros na prática médica.

Nesse sentido o CEM traz a previsão, dentre as vedações da profissão médica, o artigo 87, §1º:

Art. 87. Deixar de elaborar prontuário legível para cada paciente.

§ 1º O prontuário deve conter os dados clínicos necessários para a boa condução do caso, sendo preenchido, em cada avaliação, em ordem cronológica com data, hora, assinatura e número de registro do médico no Conselho Regional de Medicina.<sup>286</sup>

A importância de um preenchimento adequado do prontuário fez com que o Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo criasse a Comissão de Revisão de Prontuários Médicos nas unidades sob a sua jurisdição. Isso se deu através da Resolução nº 70/95 do CREMESP.<sup>287</sup>

No que se refere à propriedade do prontuário chegou-se a conclusão de que, embora sejam de construção do profissional da medicina, a propriedade do prontuário é do paciente a quem se referem os registros contidos e a sua disponibilidade para fins seja de ordem pública ou privada. No entanto, o profissional médico e a instituição de saúde possuem o direito de guarda desse prontuário.<sup>288</sup>

O CEM prevê a vedação ao médico de deixar de dar ao paciente acesso ao prontuário, não apresentar cópia solicitada, assim como deixar de fornecer informações necessárias para a compreensão do instrumento. Ressalvando a hipótese da possibilidade de ocasionarem riscos a terceiros e ao interessado.<sup>289</sup>

Por outro lado o médico e a instituição não tem obrigação de fornecer o prontuário original para o paciente. Tendo em vista que ninguém é obrigado a fazer ou deixar

---

<sup>285</sup> *Loc. Cit.*

<sup>286</sup> BRASIL. **Código de Ética Médica. Conselho Federal de Medicina**.2010. Disponível em: <[www.portal.cfm.org.br/index.hp?option=com\\_content&view=category&id=9&Itemid=122](http://www.portal.cfm.org.br/index.hp?option=com_content&view=category&id=9&Itemid=122)> . Acesso em 05 mai. 2015

<sup>287</sup> FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**. 12.ed. Editora Forense, 2014.pgs.19-20

<sup>288</sup> *Loc. Cit.*

<sup>289</sup> BRASIL. **Código de Ética Médica. Conselho Federal de Medicina**.2010. Disponível em:<[www.portal.cfm.org.br/index.hp?option=com\\_content&view=category&id=9&Itemid=122](http://www.portal.cfm.org.br/index.hp?option=com_content&view=category&id=9&Itemid=122)> . Acesso em 05 mai. 2015

de fazer nada senão em virtude de lei.<sup>290</sup>No entanto, há quem pense diferente. Existindo a solicitação do original deve ser entregue ao paciente, ficando o médico ou a instituição com a cópia.<sup>291</sup>

#### 5.4.1 Projeto Lei 474 de 2008

O PL 474 de 2008 tem como intenção a alteração da lei 8.080 de 1990 que dispõe sobre o Sistema Único de Saúde conforme a previsão contida na Constituição Federal sobre o direito a saúde.<sup>292</sup> O projeto traz a sugestão de alteração das questões referentes ao prontuário utilizado no SUS para um modelo mais atual e informatizado.<sup>293</sup>

A proposta é a criação de um cadastro eletrônico único dividido em três categorias: A totalidade de cidadãos brasileiros (usuários); Os profissionais de saúde que atuem no país e o cadastro das unidades de saúde sejam de natureza privada ou pública. Após isso será atribuído a cada cadastro um número de identificação nacional, respeitando o sigilo, a integridade, a autenticidade e a identidade dos registros que compõem o cadastro.<sup>294</sup>

Nessa senda, pelo PL, o prontuário será eletrônico e anexado a esse cadastro único e o envio de todos os documentos como laudo, receita, autorização, guia, resultado de exames, registro de internação e todas as informações referentes à saúde ocorrerão através do meio eletrônico, admitidos através da utilização de assinatura eletrônica tendo por requisito o prévio cadastro junto ao Sistema Único de Saúde (SUS).<sup>295</sup>

O artigo 38-F do PL 474 trouxe a previsão de questões mais técnicas acerca da implantação do prontuário eletrônico.

---

<sup>290</sup> *Op. Cit.*,pgs.19-20

<sup>291</sup> BRASIL. **Manual de Orientação Ética e Disciplinar do CRMSC.2000**. Disponível em:<<http://www.portalmedico.org.br/Regional/crmsc/manual/parte3b.htm>>. Acesso em 05 mai. 2015

<sup>292</sup> BRASIL. **Lei 8080 de 1990**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm)> Acesso em: 07 mai.2015

<sup>293</sup> BRASIL. **Projeto de Lei do Senado, Nº 474** de 2008. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=88695](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=88695)>

Acesso em: 05 mai.2015

<sup>294</sup>*Loc. Cit.*

<sup>295</sup>*Loc. Cit.*

**Art. 38-F.** O prontuário eletrônico do paciente deverá usar, preferencialmente, programas de código aberto, acessíveis ininterruptamente por meio da rede mundial de computadores e por intermédio de redes internas e externas, priorizando-se a sua padronização, inclusive a terminológica.

§ 1º Todos os atos de profissionais de saúde registrados no prontuário eletrônico do paciente serão assinados eletronicamente.

§ 2º Os documentos produzidos eletronicamente e juntados ao prontuário eletrônico do paciente serão considerados originais para todos os efeitos legais.

§ 3º Os extratos digitais e os documentos digitalizados e juntados ao prontuário eletrônico do paciente têm a mesma força probante dos originais.

§ 4º O prontuário eletrônico do paciente deverá ser protegido por meio de sistema de criptografia e de segurança de acesso, e armazenado em meio que garanta a preservação, a segurança e a integridade dos dados, a fim de assegurar a privacidade e confidencialidade da informação de saúde dos cidadãos.<sup>296</sup>

A Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática, com competência para opinar sobre questões que envolvam informática e a política nacional de informática (vide artigo 104 do Regimento Interno do Senado), formulou o parecer de nº 1.510 de 2012 opinando pela aprovação do projeto.<sup>297</sup>

Em sua análise a Comissão de Tecnologia trouxe argumentos importantes para aprovação. Segundo ela a implantação do prontuário eletrônico trará uma série benefícios dentre eles a melhoria da qualidade do serviço prestado e a diminuição de gastos com exames repetidos por falta de controle adequado.<sup>298</sup>

Já na Comissão de Assuntos Sociais, competente para opinar sobre as questões que versem sobre proteção da Saúde por força do artigo 100 do Regimento Interno do Senado Federal, fizeram algumas sugestões pontuais, mas sobre o mérito do PL e sua constitucionalidade entendeu por ser constitucional, adequado e válido para o Sistema Único de Saúde. Opinando, portanto, pela sua aprovação.<sup>299</sup>No entanto, o PL foi remetido pelo Senado à Câmara dos Deputados e aguarda julgamento desde o dia 07 de dezembro do ano de 2012.<sup>300</sup>

---

<sup>296</sup> BRASIL. **Projeto de Lei do Senado, Nº 474** de 2008. Texto Inicial. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=88695](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=88695)>

Acesso em: 05 mai.2015

<sup>297</sup> *Loc. Cit.*

<sup>298</sup> *Loc. Cit.*

<sup>299</sup> *Loc. Cit.*

<sup>300</sup> *Loc. Cit.*

## 5 CONCLUSÃO

Nesse trabalho, buscou-se analisar se a ressalva prevista no art. 31 do Código de Ética Médica mitigaria a obrigatoriedade das Diretivas Antecipadas de Vontade. Objetivou-se, ainda, reconhecer quais formas de responsabilização para o profissional médico em caso de não cumprimento das Diretivas Antecipadas de Vontade. Por fim tem como finalidade nessa conclusão sugerir soluções para o fortalecimento das DAV no país, bem como para dirimir o conflito supra-relatados.

Parte-se do entendimento que as DAV são instrumentos de efetivação da autonomia da vontade, sendo essa um meio para a concretização da dignidade da pessoa humana. Verifica-se então uma colisão de princípios, tendo em vista que, por outro lado, a obrigatoriedade da atuação médica em situações de risco iminente de morte reflete o valor do princípio fundamental de direito à vida (previsto no *caput* do art. 5º da CF).

Desse modo, sendo os dois princípios fundamentais e encontrando-se, nessa situação, em rota de colisão, será utilizada a técnica da proporcionalidade apresentada nesse trabalho para a solução mais adequada. Sendo analisados os três passos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Sugere-se, então, que as DAV sejam registradas exclusivamente no prontuário do paciente. Para que o profissional médico tenha maior facilidade de encontrá-las e, conseqüentemente, de respeitá-las. Assim sendo, o profissional médico que não respeitar as DAV presentes no prontuário deve responder civilmente, tendo em vista que estão presentes os requisitos para a responsabilidade subjetiva (prevista pelo CDC para o profissional liberal).

Sendo essas:

- 1.Ação ou omissão: Verificada a omissão quando deixa de respeitar a vontade do paciente;
- 2.Elemento subjetivo (culpa ou dolo): Verificada a culpa por ter o profissional médico agido com negligência quando deixou de buscar a existência ou não das Diretivas Antecipadas de Vontade no prontuário do paciente;
- 3.Dano: O desrespeito a autonomia da vontade paciente;

4.Nexo de causalidade: Consiste no desrespeito à autonomia do paciente ter sido causado pela falta de verificação da existência das DAV por parte do médico.

No entanto, não seria proporcional que o médico fosse punido por todas as situações em que não recorresse ao prontuário dos seus pacientes para tomar as decisões. Haja vista que o Código de Ética Médica prevê que o profissional médico deve agir quando houver risco iminente de morte, não sendo necessário, nesta situação, o consentimento do paciente.

Diante desse entendimento, propõe-se aqui que o risco seja graduado em duas espécies:

1.Risco imediato: Quando não há tempo hábil para buscar o consentimento do paciente ou da família.

2.Risco mediato: Quando há tempo para requerer o consentimento do paciente ou da família.

Então, sugere-se que em caso de risco imediato o médico deve agir. Por força do direito à vida, que nesse momento deve pesar mais que a autonomia da vontade. Isto porque, a busca das diretivas poderá ocasionar a morte ou um gravame irreversível para a saúde do paciente. Já no caso de risco mediato, o médico deverá consultar o paciente e em caso de inconsciência verificar se existem diretivas antecipadas de vontade antes de recorrer à família.

Assim sendo, o médico só seria responsabilizado por desrespeitar as DAV se não verificasse a existência e a aplicação dessas em situações de risco mediato. Tal sugestão traz benefícios para as duas partes da relação jurídica. Para o paciente em razão de uma maior valoração das DAV e do profissional médico que saberá onde procurar as DAV de seus pacientes, podendo, portanto, evitar possível responsabilização por não atendimento dessas.

Em análise à solução ora pretendida, verifica-se que preenche as regras pertinentes a solução de conflito por meio da proporcionalidade:

1. Adequação: É adequada, pois a responsabilização do profissional que age com negligência gera o fortalecimento das Diretivas Antecipadas de vontade. Atingindo, então, a finalidade pretendida.

2. Necessidade: É necessário, pois não há outra solução menos gravosa que não a responsabilização do profissional negligente capaz de alcançar a finalidade que é o reconhecimento e fortalecimento das DAV.

3. Proporcionalidade em Sentido Estrito: É proporcional, pois reconhece a autonomia da vontade e assim possibilita a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. Da mesma forma, em casos de risco mediato reconhece o direito a vida. Sopesando os princípios em colisão e em cada situação gera a situação mais adequada, prevalecendo o mais pertinente e mitigando o outro princípio colidido.

Com a aprovação do Projeto de Lei 474 de 2008 esse cenário ficaria muito mais seguro. Pois, com a criação de um cadastro de saúde nacional, o prontuário eletrônico do usuário (paciente) seria único. De forma que o acesso às informações pertinentes se daria de forma mais fácil e, como dito, mais segura.

É válido ressaltar que o cenário proposto pelas Diretivas Antecipadas de Vontade e pela solução ora sugerida refere-se às questões referentes à ortotanásia (morte no tempo certo). Esse trabalho não tem o condão de discutir possíveis previsões ilícitas realizadas através das diretivas. Entende-se aqui que as previsões ilícitas como exemplo a prática de eutanásia e distanásia não poderão ser praticadas pelo profissional médico.

Conclui-se, portanto, em relação ao objeto desse trabalho que a obrigação do médico de agir em casos iminentes de risco mitiga a autonomia da vontade em algumas situações. Quando o risco é mediato não haveria a mitigação, tendo em vista que embora haja o iminente risco de vida as DAV lícitas poderão e deverão ser respeitadas. No entanto, no que tange ao risco imediato há uma mitigação do princípio da autonomia em decorrência da proporcionalidade.



## 6 REFERENCIAS

\_\_\_\_\_ **Código Civil**. Brasilia, DF. Senado, 2002. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 13 jun.  
2014

\_\_\_\_\_ **Lei nº 3.268 de 1957**. Disponível em: <  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3268.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3268.htm)>. Acesso em 05. mai. 2015

\_\_\_\_\_ **Manual de Orientação Ética e Disciplinar do CRMSC.2000**. Disponível  
em:< <http://www.portalmedico.org.br/Regional/crmsc/manual/parte3b.htm>>. Acesso  
em 05 mai. 2015

\_\_\_\_\_ **Projeto de Lei do Senado, Nº 474** de 2008. Disponível em:  
<[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=88695](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=88695)>

\_\_\_\_\_ **Projeto de Lei do Senado, Nº 474** de 2008. Parecer da Comissão de  
Assuntos Sociais. Disponível em:  
<[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=88695](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=88695)>

\_\_\_\_\_ **Projeto de Lei do Senado, Nº 524 de 2009**. Disponível em:  
<[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=94323](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=94323)>.  
Acesso em: 05 mai.2015

\_\_\_\_\_ **Resolução 1805 do Conselho Federal de Medicina**. Disponível em: <  
[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805\\_2006.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm) >. Acesso em:  
05 mai.2015

\_\_\_\_\_ **Resolução 1995 do Conselho Federal de Medicina.** Disponível em:  
<[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995\\_2012.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf) >. Acesso em:  
05 mai.2015

\_\_\_\_\_ **Sentença da Ação Civil Pública instruída no processo de nº  
2007.34.00.014809-3.** Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf> >. Acesso em: 05 mai.2015

\_\_\_\_\_ Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental nos Embargos de  
Declaração no Agravo de Instrumento n.854.005** - Proc. 2006/0282797-9.  
Agravante: Hospital Dr. Noel Nutels e outros. Agravado: Sirley Aparecida dos Anjos  
e Conjuge.Relator: Min. Sidnei Beneti. Brasília, DJ, 26 de ago.2008. Disponível em:  
<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200602827979&dt\\_publicacao=11/09/2008](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200602827979&dt_publicacao=11/09/2008)>. Acesso em: 02 mar. 2015.

\_\_\_\_\_ Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.1.291.247 – Proc.  
2011/0267279-8.** Recorrente: Carlos Márcio da Costa Cortázio Corrêa e Outros.  
Recorrido: Cryopraxis Criobiologia Ltda. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino.  
Rio de Janeiro, RJ 22 nov. 1999. Disponível em:  
<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=35337240&num\\_registro=201102672798&data=20141001&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=35337240&num_registro=201102672798&data=20141001&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 02 mar. 2015.

\_\_\_\_\_ **Código Civil.** Brasília, DF. Senado, 2002. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 13 mar.  
2015

\_\_\_\_\_ **Código de Defesa do Consumidor.** Brasília, DF: Senado, 1950. Disponível  
em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm)>. Acesso em: 02 mar. 2015

\_\_\_\_\_ **Código de Ética Médica**. Conselho Federal de Medicina.2010. Disponível em:  
<[www.portal.cfm.org.br/index.hp?option=com\\_content&view=category&id=9&Itemid=122](http://www.portal.cfm.org.br/index.hp?option=com_content&view=category&id=9&Itemid=122)> . Acesso em 05 mai. 2015

\_\_\_\_\_ **Código Penal**. Brasília, DF. Senado,1940. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 05.mai. 2015.

\_\_\_\_\_ **Constituição Federal. Brasília, DF**. Senado,1988. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 05 de mai. 2015

\_\_\_\_\_ **Declaração de Direitos Humanos**. Tradução. Disponível em:  
<[http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf) > Acesso em: 08 mai.2015

\_\_\_\_\_ **Decreto 44.045 de 1958**. Disponível em: <  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1950-1969/D44045.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D44045.htm) >. Acesso em:  
05 mai.2015

\_\_\_\_\_ **Juramento de Hipócrates**. Disponível em:  
<[www.cremesp.org.br/?siteAcao=Historia&esc=3](http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Historia&esc=3)> Acesso em: 18 mar.2015

\_\_\_\_\_ **Lei 8080 de 1990**. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm)> Acesso em: 07 mai.2015

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. Editora Malheiros Editores.2008.

ARAÚJO, Ana Laura Vallarelli Gutierrez. Biodireito: O direito a Vida. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. V.51, abr. 2005, p.111. Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos. V.2, ago.2011.

CHAVES.Cristiano. ROSENVALD. Nelson. **Direito Civil Teoria Geral**. Editora Saraiva, 9ª edição.

COMPARATO. Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**, 8ªed, Editora Saraiva.2013

CRIPA, Anelise; BUONICORE, Giovana;FEIJÓ, Ana Maria. Diretivas Antecipadas de Vontade e a Responsabilidade Civil do Médico. **Revista da AMRIGS**. Porto Alegre: out./dez. 2013

DA ROCHA, Andréia. BUONICORE, Giovana. SILVA, Anelise. PITHAN, Livia. FEIJÓ, Anamaria. Declaração Prévia da Vontade do Doente Terminal: reflexão bioética. **Revista Bioética**. 2013

DADALTO, Luciana. Reflexos da Resolução de 1.995 de 2012. **Revista Bioética**. 2013

DADALTO, Luciana; GRECO, Dirceu Bartolomeu; TUPINAMBÁS, Unai. Diretivas Antecipadas de Vontade: um modelo brasileiro. **Revista Bioética**. 2013

DE MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopes. O Dano Estético. **Revista dos Tribunais**. 1980

DINIZ, Maria Helena. **Estado atual do Biodireito**, 5ª ed, Saraiva.2008

DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida – aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Editora Wmf Martins Fontes, 2009

FARAH, Elias. Contrato profissional médico-paciente. Reflexões sobre obrigações básicas. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. São Paulo,vol. 23, jan.2009

FILHO. Sérgio Carvalieri. **Programa de Direito do Consumidor**. 3 ed. Editora Atlas, 2011

FRAGA, Fabiana; DE VILAS BOAS, Rafaela Fernanda Oliveira; MENDONÇA; Adriana Rodrigues dos Anjos. Significado, para os médicos, da terminalidade da vida e dos cuidados paliativos. **Revista bioética**. 2012

FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**. 12.ed. Editora Forense, 2014.

FREIRE DE SÁ. Maria de Fátima. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**,2.ed.Editora DELREY, 2011

FRISO. Gisele de Lourde. A Ortotanásia: uma análise a respeito do direito de morrer com dignidade.**Revista dos Tribunais**. vol. 885, jul.2009

GAGLIANO. Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO. Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil.Responsabilidade Civil 3**. 13, ed. Editora Saraiva. 2015. p. 273.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**.15.ed. Editora Saraiva. 2014.

GRECO, Rogerio. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 15.ed. Editora Impetus. Jan.2013.

HRYNIEWICZ, Severo. SAUWEN, Regina Fiuza. **O Direito “In Vitro” da Bioética ao Biodireito**. 3.ed. Lumens Juris Editora, 2008

JÚNIOR. Nelson Nery. Direito de liberdade e a recusa de tratamento por motivo religioso.**Revista de Direito Privado**. vol. 41, jan.2010

MALUF. Adriana. **Curso de Bioética e Biodireito**, 2ª edição, ATLAS. p. 448.

MALUF.Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. O Biodireito na Pós-modernidade. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. São Paulo, vol. 32, jun.2013

MARMELSTEIN. George. Curso de Direitos Fundamentais. 5ª ed. Editora Atlas.2014

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. Editora Thomson Reuters Revista dos tribunais. 4.ed. 2013.

NETTO. Felipe P. Braga. **Responsabilidade Civil**. Editora Saraiva. 2008

PIRES, Eduardo. DOS REIS, Jorge Renato. Autonomia da Vontade: Um Princípio Fundamental do Direito Privado Com base na Instauração e Funcionamento da Arbitragem. **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza**. 2010

REQUIÃO, Maurício (coord.). **Discutindo a Autonomia**. Editora Juspodivm. 2014.

SANTOS, Leonardo Vieira. **Responsabilidade Civil Médico - Hospitalar e a Questão da Culpa no Direito Brasileiro**. Editora Jus Podivm. 2003

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Curso de Introdução ao Estudo do Direito**. 2.ed. Editora Jus Podivm, 2011

SOARES. Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e Interpretação Jurídica**. Editora Saraiva.2010

SOUSA. Deusdedith. Eutanásia, ortotanásia e distanásia. **Revista dos Tribunais**. vol. 706, ago.1994

SZTAJN. Rachel. Terminalidade da vida: a ortotanásia e a constitucionalidade da Res. CFM 1.805/2006. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. V. 66, jan.2009