



**Centro Universitário de Brasília – UniCEUB**

**Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais-FAJS**

**MARCELE NOBRE SOARES DA COSTA**

**A RESPONSABILIDADE DO MÉDICO DIANTE DO DESCUMPRIMENTO  
DO TESTAMENTO VITAL**

BRASÍLIA

2018

**MARCELE NOBRE SOARES DA COSTA**

**A RESPONSABILIDADE DO MÉDICO DIANTE DO DESCUMPRIMENTO  
DO TESTAMENTO VITAL**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Danilo Porfírio de Costa Vieira

BRASÍLIA

2018

**MARCELE NOBRE SOARES DA COSTA**

**A RESPONSABILIDADE DO MÉDICO DIANTE DO DESCUMPRIMENTO  
DO TESTAMENTO VITAL**

Monografia apresentado como requisito para  
conclusão do Curso de Direito da Faculdade  
de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro  
Universitário de Brasília.

Orientador: Danilo Porfírio de Costa Vieira.

Brasília, 28 de março de 2018.

**BANCA EXAMINADORA:**

---

Danilo Porfírio de Costa Vieira  
Professor Orientador

---

Professor Examinador

---

Professor Examinador

**“Deve-se morrer orgulhosamente  
quando já não mais é possível viver  
com orgulho.”  
(Nietzsche)**

## RESUMO

Existem algumas patologias que são degenerativas e terminais deixando o paciente sem perspectiva alguma de melhora. Nestes casos existem pessoas que optam por deixar um forma de declaração antecipada de vontade chamada de testamento vital. Trata-se de uma declaração que afirma que, nestes casos, a mesma não quer a intervenção médica, quando preciso for, para que ela continue viva, uma vez que esta intervenção somente irá prolongar o seu processo de morte. Dessa forma, declara que quer morrer de sua forma natural, sem que o médico tente impedir que isso aconteça. O presente trabalho descreve acerca deste testamento vital, quais os direitos que são empregados ao fazê-lo e a disponibilidade acerca destes direitos. Discorre também sobre o que fala o Conselho Federal de Medicina acerca da atuação do médico frente a essa situação, e por fim, se o médico deve ser responsabilizado civilmente nos casos em que o testamento vital for descumprido.

Palavras-chave: Testamento vital. Declaração antecipada de vontade. Conselho Federal de Medicina. Responsabilidade civil.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>5</b>
<b>1 DO TESTAMENTO VITAL .....</b>	<b>7</b>
<b>1.1 Definição .....</b>	<b>7</b>
<b>1.2 Método utilizado no testamento vital: ortotanásia .....</b>	<b>10</b>
1.2.1 Distinção entre os institutos: eutanásia, distanásia e ortotanásia. ....	10
<b>1.3 - Natureza: diferença entre testamento vital e testamento patrimonial .....</b>	<b>14</b>
<b>1.4 - Características: .....</b>	<b>16</b>
1.4.1 Forma .....	16
1.4.2 Objetivos.....	17
1.4.3 Discernimento .....	17
1.4.4 Eficácia: .....	18
1.4.5 Conteúdo: .....	19
1.4.6 Validade.....	19
<b>2 DIREITO DE PERSONALIDADE E SUA INDISPONIBILIDADE POR TERCEIRO .....</b>	<b>23</b>
<b>2.1 O que é direito de personalidade.....</b>	<b>23</b>
<b>2.2 Lista e características dos direitos de personalidade .....</b>	<b>23</b>
2.2.1 Direito ao próprio corpo.....	25
<b>2.3 Indisponibilidade do médico: .....</b>	<b>27</b>
<b>3 A RESPONSABILIDADE DO MÉDICO PELO DESCUMPRIMENTO DO TESTAMENTO VITAL .....</b>	<b>30</b>
<b>3.1 O que é responsabilidade civil:.....</b>	<b>30</b>
3.1.1 A tríplex natureza da reparação de dano extrapatrimonial: compensatória, punitiva e preventiva. ....	30
3.1.2 Responsabilidade legal, contratual e extracontratual: .....	32
3.1.3 Dano patrimonial e extrapatrimonial .....	33
3.1.4 Teoria do risco e da culpa.....	34
3.1.5 Responsabilidade do preponente pelos atos do preposto. ....	35
3.1.6 Excludentes de responsabilidade: .....	36
<b>3.2. Resolução do Conselho Federal de Medicina.....</b>	<b>37</b>
3.2.1 Possibilidade de responsabilização do médico com base no Conselho Federal de Medicina. ....	44
3.2.2 Legitimidade para pleitear a reparação de danos .....	45
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>47</b>

<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>50</b>
<b>ANEXO .....</b>	<b>52</b>







## INTRODUÇÃO

Aceitar que uma pessoa querida morra é uma circunstância bastante penosa uma vez que a sociedade quer a todo custo buscar o prolongamento da vida, mesmo que esta vida não tenha qualidade. Porém, somente quem passa pela situação e por toda a angústia é capaz de decidir diante da ocasião de ver um ente querido morrendo e não se saber o que fazer no que se refere a fazer questão ou não de mantê-lo aqui na Terra contra a vontade dele. Uma forma que a sociedade tem utilizado para se resguardar do direito de morrer é através das diretivas antecipadas de vontade, através do testamento vital.

A vida por si só é preciosa, porém, qualidade dela é importante para o bem-estar. Esta qualidade pode ser calculada pela forma como a pessoa se relaciona com a vida, comunica-se e interage consigo e com os outros. No caso de indivíduos com doenças incuráveis isso deixa de existir ou é prejudicado. Diante disso, não há o porquê de continuar intervindo com procedimento médicos para prolongar a vida no que diz respeito a quantidade de tempo, e não mais na qualidade desta.

Devido a isso, a Medicina já não deve ser praticada como a manutenção da vida a qualquer custo, mas sim a proporção do bem-estar e supressão do sofrimento. Ainda que salvar vidas continue a ser o princípio condutor maior, este deve dar prioridade à compaixão e ao respeito pelo direito à autodeterminação do paciente. Devido a esse pensamento, o Conselho Federal de Medicina editou Resoluções acerca do tema.

Assim, de maneira preliminar, o presente estudo tem como objetivo analisar como a declaração prévia de vontade do paciente terminal pode ser instrumento de garantia do direito de morrer com dignidade e orgulho e as consequências deste desrespeito.

Afim de atingir os objetivos propostos no presente trabalho, foi adotada a metodologia dedutiva, com o método auxiliar bibliográfico e documental. O tema não é difundido no Brasil e por isso não tem muitas doutrinas que falem acerca do assunto. Porém, algumas revistas, artigos e livros, bem como jurisprudência brasileira e as resoluções do Conselho Federal de Medicina foram utilizadas. O trabalho, com objetivo de organização, foi dividido em três capítulos.

O primeiro capítulo descreve sobre o testamento vital, fazendo uma definição deste instituto, demonstrando o método utilizado para sua elaboração, suas

características como forma, objetivo, eficácia, validade e suas diferenças comparadas ao testamento convencional.

O segundo capítulo reflete sobre o direito de personalidade, descrevendo o que é este direito, suas características, como ele pode ser utilizado, e seu poder ou não de disponibilidade por terceiros, em especial, o médico.

O capítulo 3 faz a descrição do que é responsabilidade civil, quais os tipos, como pode ser aplicada e quais as excludentes dessa responsabilidade.

Na segunda parte deste capítulo, é descrito acerca das Resoluções do Conselho federal de Medicina, os detalhes sobre cada uma delas, a aprovação ou não pelo poder judiciário, o dever ou não de responsabilização pelo descumprimento do que nela está descrito e quem tem legitimidade para pleitear indenização, se esta couber.

## 1 DO TESTAMENTO VITAL

### 1.1 Definição

Algumas razões que tornam a morte algo para ser evitado é que atualmente processo do morrer se tornou triste sobre vários aspectos, pois se tornou solitário, mecânico e desumano. Isso acontece devido ao fato de que muitas vezes o paciente é retirado do seu convívio familiar e é levado ao hospital. Quando se trata de um paciente gravemente enfermo, no geral, ele perde o direito de opinar sobre sua própria vida, na maioria das vezes serão as outras pessoas, seja da família ou equipe profissional, que irão decidir por ele. Ao chegar ao hospital, vários profissionais são solicitados, procedimentos são realizados, todos trocam ideias, dão suas opiniões, fazem perguntas à família, decisões são tomadas sem seu consentimento, e pouco a pouco esse paciente é esquecido, tornando-se um objeto de preocupação e de alto investimento financeiro; “custaria tão pouco lembrar-se de que o doente também tem opiniões, desejos, sentimentos e acima de tudo, o direito de ser ouvido.”<sup>1</sup>

Contudo, até recentemente, portadores de doenças terminais que evoluíam para uma situação suscetível, com perda da capacidade mental, cognitiva, e de relação, não podiam decidir o tipo de tratamento médico que receberiam. Nesses casos, qualquer decisão quanto ao tratamento cabia ao representante legal do paciente. Com o fim de preservar a autonomia do paciente, número significativo de países (México, Argentina, Colômbia, Bolívia e vários estados dos Estados Unidos da América) incorporou em sua legislação as “diretivas antecipadas de vontade”, anteriormente nomeadas “testamento vital” (*living will*). Trata-se de documento elaborado por uma pessoa em pleno gozo de suas faculdades mentais, cuja destinação é identificar os procedimentos, cuidados e tratamentos aos quais ela deseja ou não ser submetida quando o paciente estiver em estado terminal, em EVP – Estado vegetativo permanente - ou com uma doença crônica incurável, impossibilitado de manifestar livre e conscientemente sua vontade.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> FANTUCI, Mariana Torsani; GOMES, Francielle. O direito de morrer com dignidade do paciente gravemente enfermo. *Revista Uningá review*, Uningá, v. 28, n. 3, p. 172-178, out./dez. 2016.

<sup>2</sup> SILVA, José A.; SOUSA, Luis E. A.; et al. Conhecimento de estudantes de medicina sobre o testamento vital. *Revista bioética*. Belém, v. 3, n. 23, p. 563-571, 2015.

O testamento vital foi oferecido pela primeira vez em 1967, pela então Sociedade Americana de Eutanásia como documento relativo aos cuidados antecipados. Nesse documento, o indivíduo poderia expressar por escrito seu desejo de suspender os procedimentos médicos destinados à manutenção da vida. Entretanto, foi somente em 1991 que se aprovou um dispositivo legal sobre o assunto: a *Patient Self Determination Act* (PSDA), primeira lei federal estadunidense a reconhecer o direito à autodeterminação do paciente.<sup>3</sup>

Trata-se de documento que determina um direito de recusa por parte do paciente em receber tratamentos médicos que tenham como o objetivo prolongar a vida em diagnósticos de doenças terminais. Tal documento escrito deve ser entregue ao representante legal, família ou médico. Define-se como recusa a tratamentos entendidos como inúteis, que prolonguem o processo de morrer com sofrimento.<sup>4</sup>

O testamento vital é manifestação de autonomia do sujeito, assegurador da dignidade deste, pois ao garantir ao indivíduo o direito de decidir sobre os tratamentos aos quais deseja ser subordinado, caso se torne um paciente terminal, preserva sua vontade e evita sua obrigação ao esforço terapêutico – prática médica que visa manter a vida mesmo sem condição de reversibilidade da doença – acreditando ser um tratamento desumano diante da comprovação que este esforço não causará nenhuma vantagem objetiva ao paciente, vez que não impedirá a morte deste.<sup>5</sup>

**No testamento vital, em casos de pacientes terminais, não é permitido abrir mão de tratamentos ordinários, - mais conhecidos como cuidados paliativos - somente dos tratamentos extraordinários.**<sup>6</sup> Porém, para o entendimento dessa afirmativa devemos analisar alguns conceitos:

Por definição, o paciente terminal é “aquele cuja condição é irreversível, independentemente de ser tratado ou não, e que apresenta uma alta probabilidade

---

<sup>3</sup> DA SILVA, José Antônio Cordeiro da Silva. *Conhecimento de estudantes de medicina sobre o testamento vital*. 2015. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/bioet/v23n3/1983-8034-bioet-23-3-0563.pdf>>. Acesso em: 29 jun 2017.

<sup>4</sup> DADALTO, Luciana. *Declaração prévia de vontade do paciente terminal*. Disponível em: <[http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/515/516](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/515/516)>. Acesso em: 10 out. 2017.

<sup>5</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3 ed. São Paulo: Atlas 2015. p. 179.

<sup>6</sup> SILVA, Divina Gleyce. *A possibilidade do testamento vital à luz da escada ponteana*. 2017. 76 f. Trabalho de conclusão de curso superior, Centro Universitário de Brasília. Brasília, 2017.

de morrer num período relativamente curto de tempo.”<sup>7</sup> Ou, ainda, que é aquele que se torna irremediável e caminha para a morte, sem que se consiga reverter esse caminhar. O paciente terminal é o indivíduo diagnosticado como doente sem probabilidade de recuperação.<sup>8</sup>

É necessário levar em consideração que mesmo que um paciente esteja próximo de morrer, ainda está vivo e é uma pessoa com desejos. Observado isso, deve-se distinguir duas situações de terminalidade: o paciente terminal consciente e o paciente terminal inconsciente. A primeira é situação mais agradável para os médicos, tendo vista que o paciente assume a condição de sujeito completamente autônomo. Em compensação, na segunda, quando o paciente estiver inconsciente, sua autonomia estará reduzida, razão pela qual os médicos devem se valer dos desejos anteriormente expressos, por meio da declaração prévia de vontade do paciente terminal, ou, quando da falta deste documento, da autonomia da família e de sua própria autonomia, a fim de decidir em face do melhor interesse do paciente.<sup>9</sup>

A equipe de cuidados paliativos proporciona auxílio para a produção da “boa morte”, para isso é inevitável uma transformação na forma da assistência em saúde. Se antes a atenção voltada para a cura tinha como foco a enfermidade, agora no atendimento em cuidados paliativos trata-se de ter uma visão integral do indivíduo para buscar a qualidade de vida no tempo que resta. Há um destaque nas necessidades do paciente sobre sua autonomia, a partir de uma comunicação aberta e sincera sobre a situação clínica e as alternativas terapêuticas<sup>10</sup>.

Os tratamentos extraordinários pretendem prolongar a vida, são fúteis e não alteraram a situação de terminalidade. A interrupção destes é chamada de suspensão de esforço terapêutico (SET) e são estes os tratamentos que devem ser objeto de recusa expressa no tratamento vital, afinal, o paciente ainda que em estado terminal, deve ser respeitado como ser humano autônomo e sua vontade, mesmo que prévia, deve ser levada em consideração.<sup>11</sup>

---

<sup>7</sup> DEMARCHI, Clovis; VON, Bárbara. *Eutanásia voluntária: a morte com dignidade*. Revista fsa., Teresina, v. 11, n. 1, art. 7, p. 134-152, jan./mar. 2014.

<sup>8</sup> DEMARCHI, Clovis; VON, Bárbara. *Eutanásia voluntária: a morte com dignidade*. Revista fsa., Teresina, v. 11, n. 1, art. 7, p. 134-152, jan./mar. 2014.

<sup>9</sup> DADALTO, Luciana. *Declaração prévia de vontade do paciente terminal*. Disponível em: <[http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/515/516](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/515/516)>. Acesso em: 10 out. 2017.

<sup>10</sup> FANTUCI, Mariana Torsani; GOMES, Francielle. O direito de morrer com dignidade do paciente gravemente enfermo. *Revista Uningá review*, Uningá, v. 28, n. 3, p. 172-178, out./dez. 2016.

<sup>11</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3 ed. São Paulo. Atlas 2015. p. 99.

Sendo assim, **o indivíduo só pode deixar expressa a disposição quanto aos tratamentos extraordinários e fúteis,<sup>12</sup> que são por exemplo: suspensão de hemodiálise, não entubação, não realização de traqueostomia, ordem de não reanimação,** entre outros. A descrição da futilidade deve levar em conta a inexistência de benefícios que este tratamento trará ao paciente, sendo verificada no caso concreto.<sup>13</sup>

As determinações que sejam contraindicadas à patologia do paciente ou que prevejam tratamentos já superados pela medicina não podem ser vistas como válidas, pois são divergentes ao melhor interesse do paciente. Tal limitação é necessária, vez que é possível decorrer um extenso lapso temporal entre a elaboração do testamento e a necessidade de sua utilização que é na situação de terminalidade da vida deste paciente.<sup>14</sup>

O testamento vital, em regra, produz efeito erga omnes, vinculando eventual procurador de saúde, parentes do paciente e médicos, vinculando-os às suas disposições. Este caráter vinculante das diretivas parece ser necessário para evitar uma perigosa “jurisdicionalização” do morrer, que inevitavelmente ocorreria quando o médico se recusasse a realizar as diretivas antecipadas de vontade.<sup>15</sup> E o propósito do testamento vital é justamente evitar que a causa seja levada ao poder judiciário, visto que o desejo do paciente já vai ter sido expresso e diante de sua liberdade de escolha deve ser acolhido.<sup>16</sup>

## **1.2 – Método utilizado no testamento vital: ortotanásia**

### 1.2.1 – Distinção entre os institutos: eutanásia, distanásia e ortotanásia.

Com a finalidade de diminuir a dor causada na fase terminal de uma patologia, três práticas são usualmente definidas: eutanásia, distanásia e ortotanásia.

<sup>12</sup> SILVA, Divina Gleyce. *A possibilidade do testamento vital à luz da escada ponteana*. 2017. 76 f. Trabalho de conclusão de curso superior, Centro Universitário de Brasília. Brasília, 2017.

<sup>13</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3 ed. São Paulo. Atlas 2015. p. 182.

<sup>14</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3 ed. São Paulo. Atlas 2015. p. 102.

<sup>15</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3 ed. São Paulo. Atlas 2015. p. 100.

<sup>16</sup> SILVA, Divina Gleyce. *A possibilidade do testamento vital à luz da escada ponteana*. 2017. 76 f. Trabalho de conclusão de curso superior, Centro Universitário de Brasília. Brasília, 2017.

Compreender o que são e as diferenças destes institutos se faz importante para perceber qual caso pode ser aplicado no testamento vital.<sup>17</sup>

Sendo assim, definiremos cada um deles demonstrando suas diferenças. Eutanásia: é a execução de ato com a finalidade de evitar que o sofrimento do paciente se estenda até o final da vida abreviando esta de forma direta e proposital.<sup>18</sup> É o “emprego ou abstenção de procedimentos que permitem apressar ou provocar o óbito de um doente incurável, a fim de livrá-lo dos extremos sofrimentos que o assaltam [...]”<sup>19</sup> A prática da eutanásia, assim como na maioria dos países ocidentais é proibida no Brasil.

Distanásia: é a persistência terapêutica a fim de adiar a inevitável morte. A palavra é conceituada como: “Morte lenta, ansiosa e com muito sofrimento” usada como expressão com sentido aproximado a tratamento supérfluo. Na distanásia, o processo do morrer que é prolongado, não o processo de vida. Trata-se do paciente que, no progresso de sua doença, não responde mais a nenhum tipo de intervenção conhecida, estando assim, sem possibilidade de prolongamento da sobrevivência ou de cura, necessitando apenas de cuidados que lhe garantam o máximo de comodidade e alívio.”<sup>20</sup> É o adiar do processo de falecimento próximo em que se encontra o paciente terminal, de forma que seria um intervenção ineficaz. É a atitude médica que, pretendendo salvar a vida do paciente, coloca-o em situação de angústia e sofrimento.

Segundo RÖHE aput Demarchi,

“O médico dominado pela obstinação de recuperar vidas a qualquer custo, prolongaria ao máximo o funcionamento do organismo debilitado, negligenciando a vontade do paciente e o fator “qualidade de vida”. Esse médico terá trazido, então, dor e sofrimento gratuitos: justamente aquilo que a eutanásia procura eliminar.”<sup>21</sup>

<sup>17</sup>DADALTO, Luciana. *Declaração prévia de vontade do paciente terminal*. Disponível em: <[http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/515/516](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/515/516)> Acesso em: 10 de out. 2017.

<sup>18</sup> DEMARCHI, Clovis; VON, Bárbara. Eutanásia voluntária: a morte com dignidade. *Revista fsa*, Teresina, v. 11, n.1, p. 134-152, jan./mar. 2014.

<sup>19</sup> DEMARCHI, Clovis; VON, Bárbara. Eutanásia voluntária: a morte com dignidade. *Revista fsa*, Teresina, v. 11, n. 1, p. 134-152, jan./mar. 2014.

<sup>20</sup> DEMARCHI, Clovis; VON, Bárbara. Eutanásia voluntária: a morte com dignidade. *Revista fsa*, Teresina, v. 11, n. 1, p. 134-152, jan./mar. 2014.

<sup>21</sup> DEMARCHI, Clovis; VON, Bárbara. Eutanásia voluntária: a morte com dignidade. *Revista fsa*, Teresina, v. 11, n. 1, p. 134-152, jan./mar. 2014. p. 143.



De acordo com Kovács apud Fantuci, os processos de distanásia realizados com pacientes gravemente doentes acontecem de forma equivocada ao acreditar que não os realizando estaria se praticando a eutanásia. Porém, evitar a distanásia não é decidir pela eutanásia.<sup>22</sup>

A partir disso, vale a pena pensar: até onde devemos prolongar o processamento da morte quando não há mais expectativa de cura?

O terceiro instituto chama-se ortotanásia: é a morte em seu procedimento natural, na qual o paciente recebe apenas a intervenção afim de encerrar ou de subtrair seus sentimentos de aflição e sofrimento.<sup>23</sup> A única hipótese que se determina a indicação de ortotanásia, inclusive, é aquela em que o paciente já se encontra em um processo inconversível, à beira da morte. Neste caso, “o auxílio médico à morte” será permitido sempre que operado sem encurtar o período natural de vida.

A diferença é que, na eutanásia a morte acontece pela prática de um ato optativo do médico. Já na ortotanásia o processo natural da doença e sua exacerbação são independentes das omissões ou ações do médico. Contudo, o argumento principal da ortotanásia é a absoluta ineficiência de uma interferência médica extrema para evitar a morte do paciente.<sup>24</sup>

Entretanto, é importante salientar a semelhança entre a eutanásia passiva consentida e a previsão de suspensão de esforço terapêutico – SET- que está prevista no testamento vital. Embora parecidos, tratam-se de cenários divergentes: segundo Garay apud Dadalto, enquanto a eutanásia passiva, ainda que consentida, pressupõe a interrupção de intermédios terapêuticos proporcionados e úteis – denominados cuidados paliativos ou tratamentos ordinários – no testamento vital pressupõe-se a retirada de tratamentos fúteis ou extraordinários. Em outras palavras, na eutanásia passiva provoca-se a morte, enquanto que na suspensão de esforço terapêutico permite que ela ocorra de modo natural, o que, por consequência, é chamado de ortotanásia.<sup>25</sup>

---

<sup>22</sup> FANTUCI, Mariana Torsani; GOMES, Francielle. O direito de morrer com dignidade do paciente gravemente enfermo. *Revista Uningá review*, Uningá, v. 28, n. 3, p. 172-178, out./dez. 2016.

<sup>23</sup> SILVA, José A.; SOUSA, Luis E. A.; et al. Conhecimento de estudantes de medicina sobre o testamento vital. *Revista bioética*. Belém, v. 3, n. 23, p. 563-571, 2015.

<sup>24</sup> DADALTO, Luciana. *Declaração prévia de vontade do paciente terminal*. Disponível em: <[http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/515/516](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/515/516)>. Acesso em: 10 de out. 2017.

<sup>25</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3 ed. São Paulo. Atlas 2015. p. 102.

**A partir das descrições acerca deste instituto, fica claro que, implicitamente o testamento vital pleiteia sua execução da ortotanásia.** Mais à frente veremos que essa falta de clareza na determinação da respectiva diretiva antecipada de vontade é um problema no mundo jurídico, que precisa ser superado.

Cruz e Oliveira apud Fantuci afirmam que o paciente fora de perspectiva de cura tem o direito de escolher pela ortotanásia ou pela distanásia. A escolha pela ortotanásia não representa o encurtamento da vida, mas a renúncia por intervenções inúteis.<sup>26</sup> Eles afirmam que a escolha pela ortotanásia por parte dos profissionais de saúde não representa omissão, pois a manutenção dos cuidados paliativos garante ao paciente atitudes que asseguram o bem-estar com a aproximação da morte. Dessa forma, o médico que seleciona esse procedimento não estaria atuando de forma descuidada e distraída, uma vez que o paciente não é abandonado.<sup>27</sup>

À interpretação de Lima apud Fantuci, atualmente há um debate envolvendo o tema da ortotanásia sobre a sua legalidade e ética no campo da bioética e dos direitos humanos. De acordo com o autor a ortotanásia é a atitude do médico diante de um paciente que encontra-se com uma doença irreversível, em que a morte é improrrogável, suspende tratamentos inúteis que alongaria a vida de modo que ocasionasse sofrimento acentuado ao paciente e passa a disponibilizar os cuidados paliativos, para que venha a morrer com dignidade.<sup>28</sup> Segundo o autor, quando a morte é entendida como um procedimento natural que faz parte da vida, a ortotanásia atua como uma aceitação à morte digna. Se o segmento de vida é alicerçado pelo respeito à dignidade, a morte como parte desse segmento peculiar também deve ser direcionado pelo mesmo respeito.<sup>29</sup>

Do ponto de vista do cardiologista Roberto D'Ávila apud Demarchi, a ortotanásia não pode ser observada como um fracasso ou um equívoco ético. Ainda que os médicos sejam capacitados para distanciar a morte de qualquer maneira, deve-se abandonar a chamada persistência terapêutica. É essencial que estes profissionais se desassosseguem mais com o paciente e menos com a morte, para que esta seja a mais serena possível. Dessa forma, a morte seria observada como

---

<sup>26</sup> FANTUCI, Mariana Torsani; GOMES, Francielle. O direito de morrer com dignidade do paciente gravemente enfermo. *Revista Uningá review*, Uningá, v. 28, n. 3, p. 172-178, out./dez. 2016.

<sup>27</sup> FANTUCI, Mariana. *O direito de morrer com dignidade do paciente enfermo*. v. 28, n. 3, p.172-178, out./dez. 2016.

<sup>28</sup> FANTUCI, Mariana Torsani; GOMES, Francielle. O direito de morrer com dignidade do paciente gravemente enfermo. *Revista Uningá review*, Uningá, v. 28, n. 3, p. 172-178, out./dez. 2016.

<sup>29</sup> FANTUCI, Mariana. *O direito de morrer com dignidade do paciente enfermo*. v. 28, n. 3, p.172-178, out./ dez. 2016.

procedimento natural e não como uma inimiga que precisa ser atacada a todo custo.<sup>30</sup>

Conclui-se, por fim, que a ortotanásia é conduta lícita, visto que, embora o médico deva assistir o paciente, não tem de fato o poder de curá-lo. Não há, então, porque não deixar que a vida siga o seu curso natural e, quando chegar ao seu fim, encontre a morte. Não há razão para estender a vida, quando se tem o entendimento de que a morte é inevitável e iminente e de que apesar de manter a vida, a execução terapêutica estará representando contra a dignidade dessa própria vida.

Em suma, se o propósito da eutanásia é levar à morte para diminuir a dor e o da distanásia é dificultar a chegada da morte de qualquer maneira, a ortotanásia, em contrapartida, demanda a morte com dignidade no momento certo, com gestão dos sintomas psíquicos e físicos e da dor.<sup>31</sup>

Um exemplo prático é a situação de um paciente com câncer cerebral em fase terminal. Distanásia seria coloca-lo em ventilação mecânica, uma vez que nem respirar o paciente consegue mais. Eutanásia seria desligar este ventilador mecânico; e Ortotanásia seria sequer ligar este mecanismo de ventilação.

### 1.3 - Natureza: diferença entre testamento vital e testamento patrimonial

Testamento vital – nome pelo qual é conhecido no Brasil – não é a melhor denominação, pois remete à entidade do testamento, negócio jurídico unilateral de eficácia *causa mortis*, o que, de todo, não é adequado. Testamento, na definição de Pontes de Miranda apud Silva, “é o ato pelo qual a vontade de alguém é declarada para o caso de morte, com eficácia de reconhecer, transmitir ou extinguir direitos.”<sup>32</sup> Segundo Caio Maio Pereira apud Dadalto, “é um negócio jurídico, unilateral,

<sup>30</sup> DEMARCHI, Clovis; VON, Bárbara. Eutanásia voluntária: a morte com dignidade. *Revista fsa*, Teresina, v. 11, n. 1, p. 134-152, jan./mar. 2014.

<sup>31</sup> FANTUCI, Mariana. *O direito de morrer com dignidade do paciente enfermo*. v. 28, n. 3, p.172-178, out./dez. 2016.

<sup>32</sup> SILVA, Divina Gleyce. *A possibilidade do testamento vital à luz da escada ponteana*. 2017. 76 f. Trabalho de conclusão de curso superior, Centro Universitário de Brasília. Brasília, 2017.

personalíssimo, gratuito, solene, revogável, com disposições patrimoniais e extrapatrimoniais e que produz efeitos *post mortem*.<sup>33</sup>

A declaração prévia de vontade do paciente terminal assemelha-se ao testamento, pois também é negócio jurídico, ou seja, declaração de vontade privada designada a produzir efeitos que o agente pretende e o direito reconhece.<sup>34</sup> Também é revogável, unilateral, gratuito e personalíssimo. Todavia, diferencia-se do testamento em duas características essenciais: a produção de efeitos *post mortem* e a solenidade. A incompatibilidade das características do testamento vital com a característica principal do testamento é que neste há a produção de efeito após a morte, e naquele, a declaração surtirá efeito durante a vida do paciente.<sup>35</sup>

Diante disso, resta clara a inadequação da nomenclatura testamento vital para designar declaração de vontade de uma pessoa com discernimento acerca dos tratamentos aos quais não deseja ser sujeita quando em estado de terminalidade e impossibilitada de manifestar sua vontade.<sup>36</sup>

Em razão dessa discordância da nomenclatura do testamento vital às características da entidade e após verificar que no Brasil não há discussões profundas sobre essa questão, nem mesmo acerca do instrumento, optou-se por substituir o nome por um mais adequado, que expresse, com fidelidade, suas características e objetivos. Encontrar nome adequado não foi tarefa fácil. Inicialmente analisou-se adotar *instruções prévias*, terminologia utilizada na Espanha, - descartada por entender-se não autêntica ao documento, tendo em vista não possibilitar a ideia de seu significado. Posteriormente pensou-se em *declaração da vontade do paciente terminal*, porém foi igualmente descartada por dar a impressão de documento feito por paciente terminal. Com base nesses fundamentos, chegou-se ao termo *declaração prévia de vontade do paciente terminal*, por meio da verificação de que o documento usualmente chamado de

---

<sup>33</sup>DADALTO, Luciana. *Declaração prévia de vontade do paciente terminal*. Disponível em: <[http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/515/516](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/515/516)>. Acesso em: 10 de outubro 2017.

<sup>34</sup>DADALTO, Luciana. *Declaração prévia de vontade do paciente terminal*. Disponível em: <[http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/515/516](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/515/516)>. Acesso em: 10 de outubro 2017.

<sup>35</sup>DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3 ed. São Paulo. Atlas 2015. p. 98.

<sup>36</sup>DADALTO, Luciana. *Declaração prévia de vontade do paciente terminal*. Disponível em: <[http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/515/516](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/515/516)>. Acesso em: 10 de outubro 2017.

*testamento vital* é, na verdade, uma declaração de vontade a ser utilizada pelo paciente terminal, mas que deve ser manifestada previamente à situação de terminalidade.<sup>37</sup>

## 1.4 - Características

### 1.4.1 Forma

Em relação às formas de execução dessas diretivas de vontade, existem divergências:

Existem os que dizem que o testamento vital só poderá ser feito de forma pública, pois assim como o testamento, é um negócio jurídico solene, portanto, nos países que adotam o sistema de publicidade de atos civis, este deve ser escrito e registrado em cartório competente.<sup>38</sup>

Todavia, o Conselho Federal de Medicina, como órgão de classe, não tem competência para determinar que as diretivas antecipadas de vontade sejam, obrigatoriamente, registradas em cartório. Contudo, essa formalidade se faz necessária para garantir ao declarante que sua vontade será seguida. Em outras palavras, a lavratura de escritura pública das diretivas antecipadas garante a segurança jurídica. A criação de um registro nacional de diretivas antecipadas de vontade também é recomendada e ideal para possibilitar maior incontestabilidade no cumprimento da vontade do paciente, de modo a não correr o risco de que a declaração se torne corrompida. Assim, existindo tais disposições formais, o cartório deverá encaminhar as diretivas antecipadas ao registro nacional em prazo restrito, visando garantir sua efetividade. Esse procedimento poderá seguir as recomendações do registro central de testamentos, que objetiva estabelecer um registro único de testamentos em São Paulo.<sup>39</sup>

É recomendável que a declaração prévia de vontade do paciente terminal seja anexada ao prontuário, juntamente com sua história clínica, com o objetivo de informar à equipe médica que o paciente a possui. Como o preenchimento do prontuário é de competência exclusiva do médico, este, ao ser informado pelo

---

<sup>37</sup> DADALTO, Luciana. *Declaração prévia de vontade do paciente terminal*.<sup>37</sup> Disponível em: <[http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/515/516](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/515/516)>. Acesso em: 10 de outubro 2017

<sup>38</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3 ed. São Paulo. Atlas 2015. p. 102.

<sup>39</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3 ed. São Paulo. Atlas 2015. p. 180.

paciente do conteúdo e existência da declaração prévia de vontade, deverá operar à anotação da existência de tal instrumento no prontuário, e anexá-la ao mesmo.<sup>40</sup>

#### 1.4.2 Objetivos

O testamento vital possui dois objetivos: primeiramente objetivam possibilitar ao indivíduo dispor sobre a recusa ou aceitação acerca de tratamentos em caso de terminalidade de vida.<sup>41</sup> Isto assegura ao paciente que seus desejos serão atendidos neste momento. Em segundo lugar, esse documento proporciona ao médico um amparo legal para a tomada de decisões em situações conflitivas.<sup>42</sup>

#### 1.4.3 – Discernimento

Entende-se que o discernimento – e não a capacidade de fato – é condição essencial para que a pessoa possa fazer a declaração prévia de vontade do paciente terminal. Portanto, os limites objetivos de fixação de idade utilizados pelo Código Civil devem ser flexibilizados, de forma que a declaração de incapacidade não pode comprometer integralmente a autonomia privada conferida pelo ordenamento jurídico ao ser humano, ainda que investido de enfermidade ou deficiência física ou mental que afete seu discernimento. A fim de se haver juridicidade, é importante flexibilizar os institutos da incapacidade e da curatela, consistindo em um novo instrumento de hermenêutica competente para viabilizar a vontade do incapaz, sempre que for possível compatibilizar sua vontade psicológica com a vontade jurídica.<sup>43</sup>

Os critérios predefinidos pela lei muitas vezes impedem o incapaz de exercer seus direitos de personalidade, bem como desenvolver sua dignidade. Por isso, apenas diante do caso concreto será possível averiguar para quais atos de vontade o indivíduo – classificado pela lei como incapaz – possui discernimento, que deve ser reconhecido pelo Poder Judiciário. Significa dizer que, caso alguém menor de idade queira elaborar uma declaração prévia de vontade do paciente terminal,

---

<sup>40</sup> DADALTO, Luciana. *Declaração prévia de vontade do paciente terminal*.<sup>40</sup> Disponível em: <[http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/515/516](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/515/516)>. Acesso em: 10 de outubro 2017.

<sup>41</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3 ed. São Paulo. Atlas 2015. p. 179.

<sup>42</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3 ed. São Paulo. Atlas 2015. p. 99.

<sup>43</sup> DADALTO, Luciana. *Declaração prévia de vontade do paciente terminal*. Disponível em: <[http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/515/516](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/515/516)>. Acesso em: 10 out. 2017.

deverá primeiramente solicitar autorização judicial, que somente poderá ser negada se comprovada a falta de discernimento deste para praticar tal ato. Entretanto, caso não haja essa solicitação, entende-se que, depois de adquirida a maioridade civil, o documento deve ser ratificado pelo próprio constituinte.<sup>44</sup>

O que se defende é que o discernimento não está diretamente atrelado à idade, devido a isso, a liberdade de autodeterminação do indivíduo não pode ser analisada tradicionalmente, razão pela qual cabe ao juiz analisar se, por exemplo, um adolescente de 15 anos tem discernimento suficiente para manifestar sua vontade acerca de tratamentos a que deseje ser ou não submetido, caso se torne paciente terminal.

#### 1.4.4 – Eficácia

Este documento deverá ser escrito por uma pessoa com discernimento e será eficaz apenas em situações de terminalidade de vida, quando o paciente não puder demonstrar sua vontade.<sup>45</sup>

Os limites que a doutrina aponta à declaração prévia de vontade do paciente terminal são a proibição de disposições contrárias ao ordenamento jurídico, a objeção de consciência do médico e disposições contraindicadas à patologia do paciente ou tratamento superadas pelo avanço da medicina.<sup>46</sup>

No Brasil, a declaração prévia de vontade do paciente terminal faz-se eficaz a partir de sua inscrição no prontuário médico, que deve ser providenciada por este, após ser informado, preferencialmente pelo Registro Nacional de Declarações Prévias de Vontade do Paciente Terminal da produção deste documento pelo paciente. Não há objeção que seu constituinte se encarregue de prestar essa informação, entregando cópia ao médico. Neste caso, o outorgante deve estar ciente da importância do Registro Nacional, a fim de garantir maior efetividade no

---

<sup>44</sup>DADALTO, Luciana. *Declaração prévia de vontade do paciente terminal*. Disponível em: <[http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/515/516](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/515/516)>. Acesso em: 10 out. 2017.

<sup>45</sup>DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3 ed. São Paulo. Atlas 2015. p. 98.

<sup>46</sup>DADALTO, Luciana. *Declaração prévia de vontade do paciente terminal*. Disponível em: <[http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/515/516](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/515/516)>. Acesso em: 10 de outubro 2017.

cumprimento de sua vontade, sendo importante a lavratura de escritura pública pelo tabelião, para garantir a oponibilidade *erga omnes* do documento.<sup>47</sup>

#### 1.4.5 – Conteúdo

Quanto ao conteúdo, a doutrina estrangeira tem apontado para três pontos fundamentais: a manifestação antecipada se deseja ou não ser informado sobre diagnósticos fatais; os aspectos relativos ao tratamento médico como a SET (suspensão de esforço terapêutico); a não utilização de máquinas e antecipações relativas a intervenções médicas que não deseja receber, entre outras; a manifestação sobre eventual doação de órgãos; e a nomeação de um procurador.<sup>48</sup>

#### 1.4.6 – Validade

Devido a inexistência de norma jurídica específica acerca do testamento vital no Brasil, uma hermenêutica complementar de normas constitucionais e infraconstitucionais concede solenidade para a defesa da validade do testamento vital no ordenamento jurídico nacional, posição esta, já aceita nos tribunais. Portanto a inexistência de regras acerca do tema não impede a validade do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro,<sup>49</sup> uma vez que, à luz da escada ponteada, este testamento vital passa seguramente pelo plano da existência, eficácia e validade, como foi concluído por Silva.<sup>50</sup>

O testamento vital é válido no atual ordenamento jurídico brasileiro, pois está legitimado por princípios constitucionais como o princípio da dignidade da pessoa humana, da autonomia, bem como a proibição de tratamento desumano.<sup>51</sup>

Deve-se defender também a validade da ortotanásia – que é o instrumento implícito assegurado no testamento vital - no Brasil, por ser prática que se associa com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da autonomia privada – princípios que propiciam a coexistência de diferentes projetos de vida na sociedade democrática. Além de prática aceita pelo Conselho Federal de Medicina,

<sup>47</sup> DADALTO, Luciana. *Declaração prévia de vontade do paciente terminal*. Disponível em: <[http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/515/516](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/515/516)>. Acesso em: 10 out. 2017.

<sup>48</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3 ed. São Paulo: Atlas 2015. p. 99.

<sup>49</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3 ed. São Paulo: Atlas 2015. p.178.

<sup>50</sup> SILVA, Divina Gleyce. *A possibilidade do testamento vital à luz da escada ponteana*. 2017. 76 f. Trabalho de conclusão de curso superior, Centro Universitário de Brasília. Brasília, 2017.

<sup>51</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3 ed. São Paulo: Atlas 2015. p.179.



órgão responsável por definir os deveres dos médicos, a resolução do CFM é totalmente compatível com o sistema constitucional brasileiro,<sup>52</sup> devendo então, ser respeitado e cabendo responsabilização pelo seu descumprimento.

Na teoria sobre autonomia privada elaborada por Luigi Ferri, esta é sinônimo de poder de disposição. Analisar, portanto, a incidência da autonomia privada sobre os direitos de personalidade implica analisar o poder de disposição sobre tais direitos ou o poder de os particulares estabelecerem normas individuais sobre tais interesses<sup>53</sup>. Diante disso, Lima apud Fantuci diz que, quanto ao princípio da autonomia, determina que o paciente tenha direito à liberdade de escolher se quer recusar ou aceitar procedimentos hospitalares aos quais serão submetidos.<sup>54</sup>

Entretanto, entende-se que uma lei específica sobre o tema é necessária para dispor sobre questões formais pertinentes, o que certamente facilitaria sua implementação no território nacional<sup>55</sup> e evitaria controvérsia possibilitando a eficácia deste.

A importância desta lei específica está baseada em várias premissas: o testamento vital deverá ser feito por uma pessoa com discernimento; este documento deverá ser lavrado no Cartório de Notas, responsável por encaminhar a declaração ao Registro Nacional Testamento Vital – que deverá ser criado pelo Ministério da saúde; deverá ser contido no prontuário do paciente, e cabe ao médico deste proceder a esta inclusão; vincula médicos e demais profissionais de saúde, bem como os parentes do declarante; disposições acerca da interrupção dos cuidados paliativos, ou ordinário não serão válidas; apenas disposições acerca da interrupção de tratamento fúteis ou extraordinário serão válidas; o testamento vital é revogável a qualquer tempo e não possui prazo de validade; o médico tem direito à objeção de consciência médica; disposições acerca de doação de órgãos não deverão constar no documento; é facultado ao declarante nomear um representante

---

<sup>52</sup> DADALTO, Luciana. *Declaração prévia da vontade do paciente terminal*. Revista bioética. v. 3, n. 17, p 523-543.2009

<sup>53</sup> BORGES, Roxana Cardoso. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

<sup>54</sup> FANTUCI, Mariana Torsani; GOMES, Francielle. *O direito de morrer com dignidade do paciente gravemente enfermo*. Revista Uningá review, Uningá, v. 28, n. 3, p. 172-178, out/dez. 2016.

<sup>55</sup> DADALTO, Luciana. *Declaração prévia de vontade do paciente terminal*. Disponível em: <[http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/515/516](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/515/516)>. Acesso em: 10 de outubro 2017.

para que expresse a vontade em nome do declarante quando este não puder fazê-lo.<sup>56</sup>

Na elaboração do testamento vital, é sugerido também que dois profissionais sejam consultados: médico e advogado. O médico para diferenciar os tratamentos ordinários dos extraordinários e para responder qualquer questionamento que o paciente possa ter. Já o advogado é importante porque o testamento vital não é só uma questão médica, mas também jurídica. Sendo assim, é recomendável procurar um advogado para lhe orientar e ajudar na feitura do documento para que ele possa ter validade.<sup>57</sup>

Existem divergências acerca da existência ou não de prazo de validade do testamento vital. Doutrinadores como Sánchez, apud Dadalto, defendem que a declaração prévia de vontade do paciente terminal deve ter prazo de validade perante a alegação de que são documentos dinâmicos, que não podem ser esquecidos após elaborados, e que a medicina avança constantemente, sendo possível que determinada enfermidade considerada incurável na data da elaboração do documento tenha se tornado curável quando de sua aplicação.<sup>58</sup>

Porém, existem apontamentos de que declarações prévias de vontade do paciente terminal são revogáveis por essência, razão pela qual se diverge da fixação de prazo de validade para estes documentos pela total desnecessidade, pois a qualquer tempo o outorgante pode revogar sua anterior manifestação.<sup>59</sup>

Porém, o fundamento do avanço da medicina cai por terra com a simples verificação dos limites da declaração prévia de vontade do paciente terminal, quais sejam: a inaplicabilidade de disposições contrárias ao ordenamento jurídico brasileiro, de disposições contraindicadas para a patologia do paciente e recusa de tratamentos já modificados pela ciência médica. Desta maneira, a verificação de que a medicina avançou e que determinado tratamento ou não tratamento disposto na declaração prévia de vontade do paciente terminal não é mais recomendado, revoga

---

<sup>56</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3 ed. São Paulo. Atlas 2015. p. 203.

<sup>57</sup> SILVA, Divina Gleyce. *A possibilidade do testamento vital à luz da escada ponteana*. 2017. 76 f. Trabalho de conclusão de curso superior, Centro Universitário de Brasília. Brasília, 2017.

<sup>58</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3 ed. São Paulo. Atlas 2015. p. 189.

<sup>59</sup> DADALTO, Luciana. *Declaração prévia de vontade do paciente terminal*. Disponível em: <[http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/515/516](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/515/516)>. Acesso em: 10 de outubro 2017.

tacitamente a disposição, não havendo razão em se prever prazo de validade para o instituto.<sup>60</sup>

---

<sup>60</sup> DADALTO, Luciana. *Declaração prévia de vontade do paciente terminal*. Disponível em: <[http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/515/516](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/515/516)>. Acesso em: 10 de outubro 2017.

## 2 DIREITO DE PERSONALIDADE E SUA INDISPONIBILIDADE POR TERCEIRO

### 2.1 O que é direito de personalidade

Segundo Clóvis Beviláqua apud Roxana, personalidade constitui “o conjunto de direitos atuais ou meramente possíveis, e das faculdades jurídicas atribuídas a um ser”. Portanto, em sua doutrina personalidade é “a aptidão, reconhecida pela ordem jurídica a alguém para exercer direitos e contrair obrigações.”<sup>61</sup>

O objeto dos direitos de personalidade são as características mais importantes da pessoa e seus destaques psíquicos ou físicos.<sup>62</sup> Devido a isso, são considerados essenciais à pessoa humana, pois visam a proteção de sua dignidade. Logo, cada vez mais o conceito “personalidade” se aproxima do valor “dignidade”.<sup>63</sup>

Renan Lotufi apud Roxana, aponta a dignidade como princípio dos direitos de personalidade ao relacionar o crescimento destes direitos à inserção do respeito à dignidade humana nos novos sistemas constitucionais. Para ele, os direitos de personalidade são o mínimo indispensável para o ser humano desenvolver-se dignamente.<sup>64</sup>

Segundo a própria Roxana, a dignidade da pessoa não depende de estado nem de outros qualitativos jurídicos, não tem relação com a capacidade, não está ligada aos papéis ou atividades que a pessoa desempenha, nem nasce de um contrato de declaração de vontade. Chega-se a afirmar que a dignidade da pessoa humana independe, inclusive, do nascimento com vida, pois o nascituro, mesmo sem ainda ter nascido, possui a qualidade de humano. Para ela, o pressuposto da dignidade é a qualidade de humano, não o nascimento com vida.<sup>65</sup>

### 2.2 Lista e características dos direitos de personalidade

Quanto à classificação dos direitos de personalidade, estes são considerados extrapatrimoniais, inalienáveis, indisponíveis, impenhoráveis, irrenunciáveis, inatos,

<sup>61</sup> BORGES, Roxana Cardoso. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 20.

<sup>62</sup> BORGES, Roxana Cardoso. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

<sup>63</sup> BORGES, Roxana Cardoso. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 29.

<sup>64</sup> BORGES, Roxana Cardoso. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

<sup>65</sup> BORGES, Roxana Cardoso. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 15.

absolutos, necessários, vitalícios e imprescritíveis. Não são suscetíveis de avaliação pecuniária, não podem ser transmitidos a outrem por serem inerentes à pessoa, não podem ser renunciados; não se extinguem com o tempo; e enquanto a pessoa for viva, é titular de todas as expressões dos direitos de personalidade e não estão sujeitos à execução forçada.<sup>66</sup> São inalienáveis por que não podem ser vendidos ou doados à outras pessoas; são intransmissíveis, pois não se transmitem a outros sujeitos; são indisponíveis, por que o titular não pode privar-se de seus direitos de personalidade, o que é muito mais do que intransmissibilidade, ou inalienabilidade.<sup>67</sup> São também imprescritíveis, por que não se extinguem pelo decurso do tempo nem pelo não uso; são também impenhoráveis; são necessários por que todas as pessoas; ao nascer, os adquirem pelo simples fato do nascimento e são vitalícios, por que duram por toda a vida da pessoa.

Limongi França apud Roxana classifica os direitos de personalidade de forma um pouco mais complexa: direito à integridade física, direito à integridade intelectual e direito à integridade moral, e propõe uma classificação dos direitos da personalidade na qual cada uma dessas três classes abrange outros direitos. O direito à integridade física abrange o direito à vida e aos alimentos: o direito sobre o próprio corpo, vivo; o direito sobre o próprio corpo, morto; o direito sobre o corpo alheio, vivo; o direito sobre o próprio corpo, morto; o direito sobre partes separadas do corpo, vivo; o direito sobre partes separadas do corpo, morto. O direito à integridade intelectual abrange: o direito à liberdade de pensamento; o direito pessoal de autor científico; o direito pessoal de autor artístico; o direito pessoal do inventor. E o direito à integridade moral comporta: o direito à liberdade civil, política e religiosa; o direito à honra; o direito ao recato; o direito ao segredo pessoal, doméstico e profissional; o direito à imagem e o direito à integridade pessoal, familiar e social.<sup>68</sup>

---

<sup>66</sup> BORGES, Roxana Cardoso. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 33.

<sup>67</sup> BORGES, Roxana Cardoso. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 33.

<sup>68</sup> BORGES, Roxana Cardoso. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. 2007. São Paulo: Saraiva, 2007.

Os direitos de personalidade são considerados absolutos por que são oponíveis *erga omnes*, ou seja, geram para toda a coletividade o dever geral de renúncia, de não-intromissão nos direitos de personalidade de uma pessoa.<sup>69</sup>

Quando há lesão ao direito de personalidade a compensação em dinheiro é adequada, pois, como trata-se de um dano extrapatrimonial, não há como reparar o dano em sua totalidade, não há como restituir a pessoa, de modo suficiente, o que foi lesado.<sup>70</sup>

### 2.2.1 Direito ao próprio corpo

Existe uma menção indireta no texto constitucional, referente ao direito ao próprio corpo ou ao direito à integridade física da pessoa. Esta menção encontra-se no caput do artigo 5º, em forma da expressão “segurança” e “inviolabilidade do direito à vida”. Portanto, a vida humana não pode ser violada nem se tornar objeto de disposição. Os direitos elencados no artigo 5º da Constituição Federal constituem cláusula pétrea - art. 60, §4º, inciso IV - não podendo sua proteção ser suprida sequer por emenda constitucional.”<sup>71</sup>

Compreende-se que essa segurança descrita no artigo 5º não tem conteúdo exclusivamente patrimonial, mas principalmente pessoal. É a integridade do corpo da pessoa, em primeiro lugar, que deve ser protegida contra atos de terceiros que possam lhe causar lesão.

Os argumentos jurídicos quanto ao direito ao próprio corpo e a autonomia jurídica individual são a aplicação de três artigos da Constituição Federal de 1988: artigo 1º, inciso III, tendo a dignidade da pessoa humana como fundamento do ordenamento jurídico; artigo 5º, caput, que trata da inviolabilidade do direito à vida e do direito à liberdade. Estes são alicerces suficientes para a defesa do testamento vital, vez que o objetivo desse instrumento é possibilitar ao indivíduo dispor sobre a aceitação ou recusa de tratamentos em caso de terminalidade de vida.<sup>72</sup>

<sup>69</sup> BORGES, Roxana Cardoso. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. 2007. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 33.

<sup>70</sup> BORGES, Roxana Cardoso. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. 2007. São Paulo: Saraiva. p. 33.

<sup>71</sup> DEMARCHI, Clovis; VON, Bárbara. Eutanásia voluntária: a morte com dignidade. *Revista fsa*, Terezina, v. 11, n.1, p. 134-152, jan./mar. 2014.

<sup>72</sup> BORGES, Roxana Cardoso. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 168-169.

Especificamente sobre o direito ao próprio corpo, o texto do Código civil apresenta três artigos voltados para os limites de sua disponibilidade. O artigo 13 proíbe o ato de disposição do próprio corpo que implicar a diminuição permanente da integridade física ou contrariar os bons costumes, salvo se o ato decorrer de exigência médica. Conforme previsão do artigo 14, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte é permitida, se tiver objetivo científico ou humanitário, podendo o ato de disposição ser revogado a qualquer tempo. Quanto a intervenções cirúrgicas e tratamento médicos, o artigo 15 dispõe que ninguém pode ser obrigado a submeter-se se houver risco de vida.<sup>73</sup>

Esse artigo deve ser lido à luz da Constituição, leitura esta que, segundo Ribeiro apud Dadalto, deve ser:

“[...] ninguém, nem com risco de vida, será constrangido a tratamento ou intervenção cirúrgica, em respeito à sua autonomia, um desacato direto desta Era dos Direitos que não concebeu, contudo, um direito fundamental à imortalidade.”<sup>74</sup>

Devido a isso, conforme a Constituição Federal, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa se não em virtude de lei”. Como o paciente não está obrigado a receber todos os tipos de tratamentos, uma vez que esta obrigação não está positivada em nenhuma lei, sua vontade deve ser cumprida.<sup>75</sup>

Se a pessoa pode se opor a determinados tipos de tratamentos e intervenções cirúrgicas, afirma a autora Roxana Borges que,

“[...] se conclui que a pessoa pode dispor de sua integridade física - de sua saúde e até de sua vida - indiretamente, ao se opor a tratamento com potencial de curá-lo ou de prorrogar-lhe o tempo de vida, isto posto porque a vida é um direito e não um dever.”<sup>76</sup>

Logo, uma vez que a concepção de dignidade da pessoa humana liga-se à possibilidade de a pessoa conduzir sua vida e realizar sua personalidade de acordo com sua própria consciência, desde que não sejam atingidos direitos de terceiros,

<sup>73</sup> BORGES, Roxana Cardoso. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. 2007. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 170.

<sup>74</sup> DADALTO, Luciana. *Declaração prévia de vontade do paciente terminal*. Disponível em: <[http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/515/516](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/515/516)>. Acesso em: 10 out. 2017.

<sup>75</sup> SILVA, Divina Gleyce. *A possibilidade do testamento vital à luz da escada ponteana*. 2017. 76 f. Trabalho de conclusão de curso superior, Centro Universitário de Brasília. Brasília, 2017.

<sup>76</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.205.

este poder de autonomia e os correspondentes direitos de personalidade também atingem os momentos finais de sua vida.<sup>77</sup>

A autonomia é sinônimo de poder de disposição. Portanto, verificar a incidência da autonomia privada sobre os direitos de personalidade provoca analisar o poder de disposição sobre tais direitos ou o poder de os particulares estabelecerem normas individuais sobre estes interesses. Diante disso, determina-se que o paciente tenha direito à liberdade de escolher se quer recusar ou aceitar procedimentos hospitalares aos quais serão submetidos.<sup>78</sup> Portanto, devem ser respeitados os desejos do paciente, mesmo que isso não lhe prolongue a vida.<sup>79</sup>

### 2.3 Indisponibilidade do médico

Embora a irrenunciabilidade, a intransmissibilidade, a indisponibilidade e a extrapatrimonialidade, sejam características presentes na teoria geral dos direitos de personalidade, quando se analisam certos tipos desses direitos se percebe a relativa disponibilidade referente a alguns. Através da autonomia privada, a pessoa pode facultar a participação de terceiros nos direitos relativos à personalidade. A autorização para uso de certas questões desses direitos por terceiros não descaracteriza o direito enquanto direito de personalidade. Porém este exercício, por parte de terceiro, precisa observar os direitos de personalidade e os limites da autonomia privada e não pode ultrapassar os limites da autorização dada ou retirada feita pelo titular desses direitos.<sup>80</sup>

Portanto, é clara a importância do consentimento do próprio paciente quando está em jogo a disponibilidade do direito à vida, pois ninguém pode dispor da vida de outra pessoa, mesmo quando esta se encontra inconsciente, em estado degenerativo de saúde, sofrendo de fortes dores físicas emocionais e sem

---

<sup>77</sup> BORGES, Roxana Cardoso. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. Ed. 2007. Saraiva. p. 230.

<sup>78</sup> Lima, C., A., S. *Ortotanásia, cuidados paliativos e direitos humanos*. Revista Sociedade Brasileira de Clínica Médica. 13(1): 14-7, 2015.

<sup>79</sup> SILVA, Divina Gleyce. *A possibilidade do testamento vital à luz da escada ponteana*. 2017. 76 f. Trabalho de conclusão de curso superior, Centro Universitário de Brasília. Brasília, 2017.

<sup>80</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.



possibilidade de cura, Portanto, somente o próprio enfermo pode decidir sobre sua própria vida e, em caso de este não o poder fazer, nenhuma outra pessoa o pode.<sup>81</sup>

A disponibilidade dos direitos de personalidade é uma espécie de “consentimento do lesado”. Este consentimento é compatível com a ideia de irrenunciabilidade dos direitos de personalidade, não tendo como objetivo extinguir o direito. É uma limitação voluntária dos direitos de personalidade que, se exercida conforme a ordem pública, poderá ser válida como negócio jurídico ou como causa de exclusão da ilicitude do ato considerado lesivo.<sup>82</sup> Desta forma, sabendo que no testamento vital não é dado o consentimento referente à disposição sobre o próprio corpo, faz com que o fato de descumpri-lo não enseje uma excludente de ilicitude. Ou seja, deve ser respeitado, caso contrário deverá ser responsabilizado.

A respeito da autonomia privada, Emílio Betti apud Borges escreve que

“o indivíduo é livre de agir, segundo a sua maneira de ver. Isso desde que, por outro lado, somente ele sofra as consequências da sua conduta, que elas sejam, para ele, vantajosas ou onerosas”.<sup>83</sup>

Expõe também que o desenvolvimento da personalidade da pessoa humana está diretamente ligada à expressões de liberdade jurídica, que têm uma das suas maiores expressões na autonomia privada e em seu instrumento, o negócio jurídico. Ele ressalta que

“O negócio jurídico é instrumento de autonomia privada, precisamente no sentido de que é posto pela lei à disposição dos particulares, a fim de que possam servir-se dele, não para invadir a esfera alheia, mas para comandar na própria casa, isto é, para dar uma organizada básica aos interesses próprios de cada um, nas relações recíprocas.”<sup>84</sup>

A partir desta visão, lembrando que como descrito anteriormente o testamento vital é um negócio jurídico, conclui-se que este deve ser respeitado, devido ao respeito à autonomia privada. Caso contrário deverá ser responsabilizado.

---

<sup>81</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 239.

<sup>82</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 227.

<sup>83</sup> <sup>83</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

<sup>84</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

Devido a isso, de acordo com Bussinguer e Barcellos aput Fantuci, existe uma Resolução – que será descrita no próximo capítulo – que disponibiliza uma proteção ao paciente que o médico está ligado a sua manifestação de vontade, antecipadamente expressa. Assim sendo, garante ao paciente o direito de resolver como pretende dirigir seus momentos finais de vida, tendo o privilégio de resgatar a autonomia e a dignidade nos últimos momentos de vida. A perda da consciência e da capacidade de tomar decisões e anunciá-las no fim da vida não deve roubar do indivíduo o direito de decidir de forma antecipada como seguirá sua vida.<sup>85</sup>

Deve-se isso, porque conforme a Constituição Federal, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa se não em virtude de lei”, como o paciente não está obrigado a receber todos os tipos de tratamentos, uma vez que esta obrigação não está positivada em nenhuma lei, sua vontade deve ser cumprida.<sup>86</sup>

---

<sup>85</sup> FANTUCI, Mariana Torsani; GOMES, Francielle. *O direito de morrer com dignidade do paciente gravemente enfermo*. Revista Uningá review, Uningá, v. 28, n. 3, p. 172-178, out/dez. 2016.

<sup>86</sup> SILVA, Divina Gleyce. *A possibilidade do testamento vital à luz da escada ponteana*. 2017. 76 f. Trabalho de conclusão de curso superior, Centro Universitário de Brasília. Brasília, 2017.

### 3 A RESPONSABILIDADE DO MÉDICO PELO DESCUMPRIMENTO DO TESTAMENTO VITAL

#### 3.1 O que é responsabilidade civil

Responsabilidade civil é a aplicação de atitudes que impõe alguém a reparar o dano patrimonial ou moral causado a terceiros em razão de ato do próprio outorgado, de pessoa por quem ele responde, de coisa, animal sob sua guarda, ou ainda, de simples imposição legal.<sup>87</sup>

“Imputar a responsabilidade a alguém, é considerar-lhe responsável por alguma coisa, fazendo-o responder pelas consequências de uma conduta contrária ao dever, sendo responsável aquele indivíduo que devia e podia ter agido de outro modo.”<sup>88</sup>

É um instituto que concede direitos, que faz com que os injustificados e insatisfeitos, e os que se danificam e se prejudicam por comportamento dos outros, sejam beneficiados. Dessa forma, não uma obrigação original, mas uma consequência. Responsabilidade civil é a reparação de um confronto. **Toda vez que alguém for desacatado em seus direitos, sofrer um prejuízo qualquer, for ofendido físico ou moralmente ou que não obtiver tanto quanto foi combinado, certamente lançará mão da responsabilidade civil para ver-se recompensado.**<sup>89</sup>

3.1.1 A tríplice natureza da reparação de dano extrapatrimonial: compensatória, punitiva e preventiva.

A entidade jurídica do dano extrapatrimonial tem três funções básicas: compensar alguém em razão de lesão cometida por outrem ao seu campo personalíssimo, punir o agente causador do dano, e, por último, prevenir nova prática do mesmo tipo de evento negativo, tanto especialmente em relação ao indivíduo que praticou a lesão como à sociedade em geral. Percebe-se então, que uma das funções é dirigida à pessoa que sofreu o dano; a outra atinge o

<sup>87</sup> STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: revista dos tribunais, 2007. p. 111.

<sup>88</sup> ALMEIDA, Adauto. *Separação, violência e danos morais – A tutela da personalidade dos filhos*. São Paulo: Paulistana Jur. p. 245.

<sup>89</sup> STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: revista dos tribunais, 2007. p. 112.

responsável pelo acontecimento do dano e a última dispõe que tanto o responsável pelo evento danoso como também a sociedade não devem repeti-lo, razão pela qual é muitas vezes nomeada de pedagógica ou educativa.<sup>90</sup>

Compensatória: Segundo Cícero Antônio apud Favaretto, compensar significa amenizar, atenuar o dano de maneira a reduzir suas consequências e corresponder a vítima com uma quantia econômica, que servirá como conforto pela ofensa cometida.<sup>91</sup>

Nos dizeres de Stoco,

“[...] tal paga em dinheiro deve representar para a vítima uma satisfação, igualmente moral, ou seja, psicológica, capaz de neutralizar ou “anestesiá-la” em alguma parte o sofrimento impingido.”<sup>92</sup>

Em casos dos danos morais, a função compensatória da reparação não tutela relação de equivalência absoluta com o dano, até mesmo em virtude do seu caráter não econômico, sendo impossível sua acertiva aferição. Clayton Reis, apud Favaretto, analisando a função compensatória afirma:

“O efeito “analgésico” desse pagamento poderá amenizar ou até mesmo aplacar a dor sentida pela vítima, caso seja adequada e compatível com a extensão da sua dor. Assim, não sendo possível eliminar as causas da dor, senão anestesiá-la ou aplacar os efeitos dela decorrentes, o quantum compensatório desempenha uma valiosa função de defesa da integridade psíquica das pessoas.”<sup>93</sup>

Punitiva: consiste em punir o agente causador do dano pela ofensa cometida, mediante a punição ao pagamento de um valor indenizatório capaz de confirmar que o dano realizado não será permitido pela justiça. Para Cavaliere,

<sup>90</sup> FAVARETTO, Cícero Antônio, *A fixação do valor indenizatório do dano extrapatrimonial nas relações de consumo*, julho, 2008, p 14. Disponível em: <<https://favaretto.files.wordpress.com/2010/06/monografia-cicero-versao-final.pdf>>. Acesso em: 10 março 18.

<sup>91</sup> FAVARETTO, Cícero Antônio, *A fixação do valor indenizatório do dano extrapatrimonial nas relações de consumo*, julho, 2008, p 15. Disponível em: <<https://favaretto.files.wordpress.com/2010/06/monografia-cicero-versao-final.pdf>>. Acesso em: 10 março 18.

<sup>92</sup> STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: revista dos tribunais, 2007. p. 1683.

<sup>93</sup> FAVARETTO, Cícero Antônio, *A fixação do valor indenizatório do dano extrapatrimonial nas relações de consumo*, julho, 2008, p 15. Disponível em: <<https://favaretto.files.wordpress.com/2010/06/monografia-cicero-versao-final.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 18.

“[...] não se pode ignorar a necessidade de se impor uma pena ao causador do dano moral, para não passar impune a infração e, assim, estimular novas agressões. A indenização funcionará também como uma espécie de pena privada em benefício da vítima.”<sup>94</sup>

Observa-se desta forma, que a não aplicação da função punitiva provoca o estímulo de novas infrações. Essa consequência malquista ocorre em virtude da impressão de impunidade do lesante, o qual muitas vezes acredita ter obtido vantagem com o dano.<sup>95</sup>

Preventiva: Esta função tem duplo objetivo, sendo o de desiludir o responsável pelo dano a cometer novamente a mesma modalidade de desrespeito e prevenir que outra pessoa pratique dano semelhante. O primeiro afeta o agente que praticou o dano, ao passo que o outro reflete na sociedade em geral, que é alertada por meio do procedimento da justiça frente ao desrespeito aos direitos da personalidade. Devido a esses efeitos é também nomeada de função pedagógica ou educativa.<sup>96</sup>

### 3.1.2 Responsabilidade legal, contratual e extracontratual

Responsabilidade legal: é desrespeito ou violação de uma determinação regimental que provoca uma verdadeira culpa, sem necessidade da comprovação desta, de qualquer imprevisão, imperícia ou imprudência por parte do agente. Quer dizer que somente o desrespeito ou violação da norma regimental constitui, por si só, fator determinante da responsabilidade. Isto por que o agente que pratica um ato proibido por norma regulamentar incide, então, pelo só fato da desobediência, em culpa, desobrigada de qualquer outra questão sobre esse componente. Portanto, se o dano resultou de desrespeito de determinada obrigação imposta por lei ou regulamento não há que analisar a conduta do agente. Estabelecido o nexo causal do fato danoso e a infração da norma regulamentar, nada mais resta a analisar: a

<sup>94</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 103.

<sup>95</sup> FAVARETTO, Cícero Antônio, *A fixação do valor indenizatório do dano extrapatrimonial nas relações de consumo*, julho, 2008, p 14. Disponível em: <<https://favaretto.files.wordpress.com/2010/06/monografia-cicero-versao-final.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 18.

<sup>96</sup> FAVARETTO, Cícero Antônio, *A fixação do valor indenizatório do dano extrapatrimonial nas relações de consumo*, julho, 2008, p 14. Disponível em: <<https://favaretto.files.wordpress.com/2010/06/monografia-cicero-versao-final.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 18.

culpa está caracterizada, sem que se torne necessário comprovar que houve imprudência ou imperícia.<sup>97</sup>

Responsabilidade contratual: responsabilidade que decorre da inadimplência inevitável e previsível, por uma parte ou seus descendentes, de obrigação vinda de contrato, prejudicial à outra parte ou a seus descendentes. Em resumo, trata-se da infração a um dever estabelecido pela vontade dos contratantes, por isso decorrente de relação obrigacional preexistente.<sup>98</sup>

Responsabilidade extracontratual: é responsabilidade imputada pelo ordenamento jurídico ao autor do fato, ou daquele escolhido pela lei como responsável pelo fato de terceiro, de compor o dano advindo de um ato ilícito. Ou seja, vem da obrigação daquele que, sem que haja qualquer relação contratual entre eles que dê possibilidade à provocação, age por ação ou omissão voluntária, ofendendo direito e causando dano a outrem.<sup>99</sup>

Esta divide-se no aspecto subjetivo ou da vontade, em responsabilidade objetiva: Acontece quando o dever de reparar o dano surge mediante somente a existência de nexos causal, sem haver necessidade de culpa. É também chamada de teoria do risco; e subjetiva: deriva do conceito de culpa quanto ao agente causador em responsabilidade por fato próprio, por fato de terceiro, pelo fato da coisa ou pelo fato dos animais. A vítima só obterá a reparação do dano se provar a culpa do agente. Portanto, sem tal culpa não nasce a obrigação de indenizar.<sup>100</sup>

### 3.1.3 Dano patrimonial e extrapatrimonial

O dano patrimonial é chamado também de dano material, pois atinge os bens que fazem parte do patrimônio da vítima, bem como os seus bens como pessoa jurídica quando estes apreciáveis economicamente. Abrange não somente as coisas corpóreas como carro, casa, direito de propriedade, mas também coisa incorpóreas como direitos de crédito. Esta modalidade de dano é passível de avaliação pecuniária podendo ser reparado de forma direta – reparação natural ou

---

<sup>97</sup> STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: revista dos tribunais, 2007. p. 137.

<sup>98</sup> STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: revista dos tribunais, 2007. p. 138.

<sup>99</sup> STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: revista dos tribunais, 2007. p. 140.

<sup>100</sup> STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: revista dos tribunais, 2007. p. 140.

restabelecimento específico da situação anterior à lesão – ou indireta – proporção ou indenização pecuniária.<sup>101</sup>

Dano patrimonial é subdividido em dano emergente e lucros cessantes. Dano emergente é aquilo que a vítima efetivamente perdeu. É a diferença do bem jurídico entre aquele que ele tinha antes e depois do ato ilícito. Lucro cessante são os efeitos mediatos ou futuros da lesão. É a perda do ganho esperável causado pela frustração da expectativa de lucro na diminuição patrimonial da vítima. Pode ocorrer da paralisação da atividade lucrativa da vítima ou frustração daquilo que era razoavelmente esperado. O cálculo para reparação deste dano é baseado no princípio da razoabilidade, sendo aquilo que razoavelmente – sendo ao mesmo tempo adequado, necessário e proporcional - deixou de lucrar.<sup>102</sup>

O dano extrapatrimonial é também chamado de dano moral, uma vez que além do prejuízo econômico, há a aflição psíquica e moral. Nestes casos devem haver o dano e a não diminuição do patrimônio. Trata-se do dano que atinge valores espirituais ou morais como a paz, liberdade física, beleza, tranquilidade de espírito, honra, reputação e etc.<sup>103</sup>

Segundo Sergio Cavaliere,

“existe um estado interior que atinge o corpo ou o espírito, isto é, fazendo a pessoa sofrer por que sente dores no corpo, ou por que fica triste, ofendida, magoada, deprimida. A dor física é a que decorre de uma lesão material do corpo, que fica com a integridade dos tecidos ou do organismo humano ofendida; a moral ou do espírito fere os sentimentos, a alma, com origem em uma causa que atinge as ideias.”<sup>104</sup>

### 3.1.4 Teoria do risco e da culpa

Teoria da culpa: a culpa é o elemento obrigatório para a otimização da responsabilização.

Teoria do risco: é o que se fixa no fato de que, se alguém põe em funcionamento uma atividade qualquer, responde pela ocorrência danosa que esta atividade gera para os indivíduos, independentemente de determinar, se em cada

<sup>101</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 93, 94.

<sup>102</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 94, 95.

<sup>103</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 16.

<sup>104</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 17.

caso, isoladamente, o dano é devido a um erro de conduta, à imprudência, ou à negligência.

Diante disso, o juiz não tem de examinar o caráter lícito ou ilícito do ato imputado ao suposto responsável: as questões de responsabilidade transformam-se em simples problemas objetivos que se restringem à pesquisa de uma relação de causalidade. Sendo assim, responsabiliza-se independentemente de culpa, não necessitando que o ato seja ilícito. Basta que a atividade lícita desenvolvida possa implicar, por sua natureza, riscos ao direito de terceiro e dela, porventura, se origine o dano.

Essa teoria decorre da necessidade de maior proteção à vítima, onde fez surgir a culpa presumida, na qual gera um inverter do ônus da prova e soluciona a grande dificuldade daquele que sofreu um dano de demonstrar a culpa do responsável pela ação ou omissão.<sup>105</sup>

### 3.1.5 Responsabilidade do preponente pelos atos do preposto

Em princípio geral, aquele que deu causa ao dano deve responsabilizar-se pela indenização um vez que não compete a um terceiro ou estranho ser acionado para responder por tal responsabilidade. Porém, existem alguma particularidades desta regra.<sup>106</sup>

Existem terceiros responsáveis por atos de outrem – os preponentes - ou aqueles que assumem as atribuições das obrigações relativas a atos praticados por outrem – preposto. A previsão para tal norma encontra-se no artigo 932 da lei civil, que se apresenta em:

“São também responsáveis pela reparação civil:  
 I – os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;  
 II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;  
 III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviços e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele [...]”<sup>107</sup>

<sup>105</sup> STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: revista dos tribunais, 2007. p. 157.

<sup>106</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Ltda, 2013. p. 912.

<sup>107</sup> Brasil. Lei 10.406, de 10 jan. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 27 mar. 2018.



Apresenta também no artigo 933 que “as pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.”<sup>108</sup>

Especificamente quanto ao inciso III do referente artigo, que é o tema deste trabalho, em casos de ato danoso praticado por médicos, enfermeiros, auxiliares ou atendentes, funcionários contratados pelo próprio hospital, sobre ele recai a obrigação pelo dano causado.<sup>109</sup>

Fato confirmado segundo a súmula 341 do STF que diz que “é presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.”<sup>110</sup>

Porém, no artigo 934 desta mesma lei apresenta que “aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou”. Cabendo ação de regresso do hospital frente ao médico que praticou o ato lesivo.<sup>111</sup>

Porém, existe também a possibilidade de o médico empregar, por sua conta, pessoal para auxiliá-lo no sentido médico. Se do médico partiu a escolha, a responsabilidade pelos danos produzidos ao paciente serão imputados a ele, em caso de o dano ter sido causado pelo seu auxiliar. Cabendo também ação de regresso do médico frente ao seu auxiliar.

O direito de regresso é uma consequência natural da solidariedade passiva e da sub-rogação legal que se opera em favor do devedor que paga a dívida dos outros. Uma vez findo o processo da ação de indenização este direito de regresso deverá ser exercido em ação autônoma nos próprios autos desta ação.<sup>112</sup>

### 3.1.6 Excludentes de responsabilidade

As excludentes são causas de irresponsabilidade possuindo o objetivo de evidenciar a ausência de conexão entre o fato do suposto responsável e o dano e dessa forma, desonerá-lo da responsabilidade pelos prejuízos causados. Isso ocorre

<sup>108</sup> Brasil. Lei 10.406, de 10 jan. 2002. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em: 27 mar. 2018.

<sup>109</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Ltda, 2013.p. 328

<sup>110</sup> Brasil, Supremo Tribunal Federal. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>>. Acesso em: 28 mar. 2018.

<sup>111</sup> Brasil. Lei 10.406, de 10 jan. 2002. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em: 27 mar. 2018.

<sup>112</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 573.

independentemente da adequação geral entre o fato outorgado ao suposto agente e o dano, pois este é ocasionado por outro fator, estranho, inevitável e autônomo, que se identifica como causa distinta.

Dentre estas excludentes de responsabilidade estão a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito ou força maior e fato de terceiro. Nestes casos, deve ser provado que o resultado danoso é fruto de uma causa alheia a sua atividade<sup>113</sup>.

Existem outras formas de excludente de responsabilidade, tais como estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito.

Estado de necessidade é a situação em que o indivíduo, diante da possibilidade de lesão de um direito seu, ofende direito alheio. Na iminência de direito a que vê exposta coisa sua, o agente causa dano à coisa alheia. Ou seja, causa dano a outrem para preservar seus próprios bens.<sup>114</sup>

Estrito cumprimento do dever legal é quando o indivíduo age se limitando a cumprir o dever que lhe é imposto por lei extrapenal ou penal e o faz sem abuso do cumprimento deste dever. Nestes casos, tanto em relação aos modos como nos meios empregados, o agente não pode exceder o limite racionalmente indispensável à realização deste dever. Ocorrendo a excedência deste, ao invés de excludente de ilicitude, incide o dever de indenizar.<sup>115</sup>

Exercício regular de direito é quando o indivíduo, de forma análoga à excludente anterior, não exerce o seu direito, de forma excessiva. Cabendo também indenização nos casos de excedência.

### **3.2. Resolução do Conselho Federal de Medicina**

O propósito último da Medicina já não deve ser praticado como a manutenção da vida a qualquer custo, mas sim a proporção do bem-estar e supressão do sofrimento. Ainda que salvar vidas continue a ser o princípio condutor maior, este deve dar prioridade à compaixão e ao respeito pelo direito à autodeterminação do paciente.<sup>116</sup>

---

<sup>113</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

<sup>114</sup> STOCCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 186.

<sup>115</sup> STOCCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 187.

<sup>116</sup> DADALTO, Luciana. *Declaração prévia de vontade do paciente terminal*. Disponível em: <[http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/515/516](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/515/516)>. Acesso em: 10 out. 2017.

Podemos observar que a discussão da prática da eutanásia e da ortotanásia são recorrentes nos meios jurídicos brasileiros, porém o ordenamento jurídico é omissivo quanto a um tratamento específico, em forma de lei, acerca do tema.

Em 1984, junto com a proposta de reforma da parte geral do Código Penal, existia também um anteprojeto para reforma da Parte Especial, que não chegou a acontecer. Este anteprojeto previa expressamente a ortotanásia como causa de excludente de ilicitude no art. 121, §4º:

“Não constitui crime deixar de manter a vida de alguém, por meio artificial, se previamente atestada, por dois médicos, a morte como iminente e inevitável, e desde que haja consentimento do doente ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente cônjuge ou irmão”.<sup>117</sup>

A autorização da ortotanásia no Brasil deve ser adotada por ser prática que se associa com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da autonomia privada – princípios que oferecem a simultaneidade de diferentes projetos de vida na sociedade democrática. Além de prática aceita pelo Conselho Federal de Medicina, órgão responsável por determinar os deveres dos médicos, a resolução deste Conselho é totalmente harmonizável com o sistema constitucional brasileiro.<sup>118</sup>

Devido a essa omissão relativa ao tema, o Conselho Federal de Medicina publicou duas resoluções importantes: a nº 1.805/06 e a 1.995/12. Estas resoluções versam sobre a importância de se permitir, ao paciente em estado terminal irreversível, de ter o direito a suspender ou delimitar determinados tratamentos que só prolongam a vida sem expectativa de cura. Essas resoluções têm apenas natureza administrativa e vincula apenas a sociedade médica, tendo em conta que não possui força de lei, já que não é competência do CFM.<sup>119</sup>

A Resolução de número 1.805/06, em seus termos, **autorizou aos médicos a suspensão de tratamentos que prorrogam a vida de pacientes terminais incuráveis.** Efetivamente, aprovada por unanimidade, a mencionada Resolução deliberou em seu corpo que:

“Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem

<sup>117</sup> BORGES, Roxana Cardoso. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

<sup>118</sup> DADALTO, Luciana. *Declaração prévia da vontade do paciente terminal*. Revista bioética. v. 3, n. 17, p 523-543.2009

<sup>119</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 155.

a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal.”

Art. 1º (...) § 2º A decisão referida no *caput* deve ser fundamentada e registrada no prontuário.

Art. 2º O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar.”<sup>120</sup>

Fazendo uma análise do conceito de eutanásia e ortotanásia, já descrito anteriormente, podemos concluir que o objetivo desta Resolução não é autorizar a eutanásia, mas de não sujeitar o paciente a sofrimento desnecessário, portanto é o de deliberar a ortotanásia. Por mais que a Resolução 1.805/06 não possa resolver, por si só, a questão da legalização da ortotanásia no Brasil, deve-se considerar sua utilidade na disputa acerca do tema. Logo, faz-se necessária uma humanização da medicina, seja sob o prisma do reconhecimento dos seus limites, seja sob o aspecto de privilegiar o ser humano e não a técnica ou tratamento”.<sup>121</sup>

É importante salientar que sua formulação foi resultado de consenso adquirido em amplo debate com a sociedade, da qual participaram representantes de vários setores, como cientistas, médicos, padres, rabinos, sociólogos, cientistas, antropólogos, etc.<sup>122</sup>

Ao garantir que a autonomia do paciente seja respeitada, mesmo quando este não estiver mais em condições de decidir sobre sua vida, a resolução põe fim à geração centralizada no médico, que baliza o paciente e o coloca em uma posição passiva, onde decisões acerca da sua vida são tomadas por outros sem que ele possa se manifestar ou decidir de forma autônoma, de acordo com suas vontades acerca de quais procedimentos de intervenção está disposto a aceitar ou de como quer ser tratado.

“O ponto central e norteador da resolução é a autonomia do paciente, sujeito de sua história e de seu destino. O lugar do médico deve ser sempre

<sup>120</sup> Brasil, Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 1.805/2006 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: 20 mar. 18.

<sup>121</sup> DEMARCHI, Clovis; VON, Bárbara. Eutanásia voluntária: a morte com dignidade. Revista fsa, Terezina, v. 11, n.1, p. 134-152, jan./mar. 2014..

<sup>122</sup> DEMARCHI, Clovis; VON, Bárbara. Eutanásia voluntária: a morte com dignidade. Revista fsa, Terezina, v. 11, n.1, p. 134-152, jan./mar. 2014.

o de condutor do processo terapêutico, e não o de senhor do destino de seus pacientes".<sup>123</sup>

Diante disso, a manifestação terapêutica contra a vontade do paciente é um atentado contra sua dignidade. A pessoa tem a proteção jurídica de sua dignidade, e, para isso, é fundamental o direito do exercício de liberdade, o direito de exercer sua autonomia e de decidir sobre os últimos momentos de sua vida. Estando informado sobre o diagnóstico e prognóstico, o paciente decide se vai se submeter ou continuar se submetendo ao tratamento. Desde o início, ele pode decidir pelo não tratamento e pode também decidir pela interrupção do tratamento que considera inútil, uma vez que estes tratamentos apenas prolongam uma simples existência do ser, sem qualquer outro resultado.<sup>124</sup>

Portanto, respaldado pelo princípio da beneficência, se o paciente expressou sua vontade após ter sido devidamente esclarecido, cabe ao médico respeitar. Este princípio direciona a conduta médica a não causar o mal, maximizando os benefícios e minimizando os riscos possíveis.<sup>125</sup> **Deduz-se, portanto, que o médico tem a atribuição de manter a vida enquanto ela for sustentável, mas não tem dever ético, moral ou legal de prolongar a aflição do paciente em estado terminal.**<sup>126</sup>

Esta resolução foi bem recebida no setor médico, contudo, não obteve a mesma aceitação no setor jurídico. O Ministério Público Federal do Distrito Federal, em 2008, ajuizou uma ação civil pública contra o Conselho Federal de Medicina, que tramitou na 14ª Vara Federal do Distrito Federal, processo nº 2007.34.00.014809-3, no qual interrogava a referida resolução. Afirmava o Ministério Público Federal que o Conselho Federal de Medicina não tem habilitação para regimentar uma conduta que é tipificada como crime no ordenamento jurídico brasileiro.<sup>127</sup>

O Conselho Federal de Medicina se protegeu constatando que

<sup>123</sup> FANTUCI, Mariana Torsani; GOMES, Francielle. *O direito de morrer com dignidade do paciente gravemente enfermo*. Revista Uningá review, Uningá, v. 28, n. 3, p. 172-178, out/dez. 2016.

<sup>124</sup> BORGES, Roxana Cardoso. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. Ed. 2007. Saraiva. p. 233.

<sup>125</sup> DEMARCHI, Clovis; VON, Bárbara. Eutanásia voluntária: a morte com dignidade. Revista fsa, Terezina, v. 11, n.1, p. 134-152, jan./mar. 2014.

<sup>126</sup> DEMARCHI, Clovis; VON, Bárbara. Eutanásia voluntária: a morte com dignidade. Revista fsa, Terezina, v. 11, n.1, p. 134-152, jan./mar. 2014.

<sup>127</sup> SILVA, Divina Gleyce. *A possibilidade do testamento vital à luz da escada ponteana*. 2017. 76 f. Trabalho de conclusão de curso superior, Centro Universitário de Brasília. Brasília, 2017.

“a ortotanásia deve ser encarada como prática terapêutica, garantidora da dignidade do paciente em estado de terminalidade, de sua autonomia e de seus familiares e não como conduta criminosa, até porque, analogicamente, a manutenção da vida a qualquer custo deve ser encarada como prática de tortura, por prolongar o sofrimento do paciente e de seus familiares.”<sup>128</sup>

Ficou incontestável que o MPF se equivocou quanto aos conceitos de ortotanásia e eutanásia. No nosso ordenamento jurídico brasileiro a eutanásia é proibida e crime, em contrapartida, a ortotanásia não é. O objetivo da Resolução foi se dispor acerca do tema que já é discutido e regulamentado em outros países, pois objetiva o princípio da morte digna, tendo em vista que muitos tratamentos são fúteis ao caso clínico, gerando somente mais angústia tortura.<sup>129</sup>

Em 2009, CFM aprovou o novo Código de Ética Médica após o ajuizamento desta ação civil pública, onde um dos princípios destacados foi o da ortotanásia, devendo ser garantido todos os cuidados paliativos, pois garantem uma maior qualidade até os momentos finais de vida dos pacientes em estado terminal. Após a aprovação do código de ética, o MPF apresentou alegações finais consentindo com as alegações do CFM.<sup>130</sup>

Na sentença, o juiz concordou que a ortotanásia não é crime, bem como a competência do CFM para publicar a resolução e encerrou dizendo que a medicina deixa pra trás um período paternalista, super-protetor, que conduzia sua atenção não para o doente, mas apenas para a doença, numa compulsão pela cura a qualquer custo, e passa a um período de preocupação maior com o bem estar humano.”<sup>131</sup>

Diante da sentença do magistrado, constata-se que ao fazer a hermenêutica da Resolução, ele compreendeu que ortotanásia e eutanásia não são estatutos iguais, e que ante os progressos da medicina é essencial aprender a enfrentar situações que versem sobre a vida. Tal sentença, também é importante no sentido de se debater acerca da validade do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro.<sup>132</sup>

<sup>128</sup> BRASIL, Ação Civil Pública. *Sentença processo nº 2007.34.00.014809-3*. Requerente: Ministério Público Federal, Requerido: Conselho Federal de Medicina. Brasília, 1º de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

<sup>129</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 157.

<sup>130</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 161.

<sup>131</sup> SILVA, Divina Gleyce. *A possibilidade do testamento vital à luz da escada ponteana*. 2017. 76 f. Trabalho de conclusão de curso superior, Centro Universitário de Brasília. Brasília, 2017.

<sup>132</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 163.

Para dar ainda mais respaldo a Resolução de 2006, o Conselho Federal de Medicina publicou a Resolução 1.995/12. Esta versa sobre as diretivas antecipadas de vontade, e é importante, uma vez que foi a primeira a tratar do tema no Brasil. O Conselho aprovou esta resolução tendo em vista a inexistência de qualquer normatização no Brasil relativo ao tema para poder regulamentar a conduta do médico por meio de tais cenários que anteriormente não sabiam como agir.

Entretanto, ela não legalizou o tema no país, tendo em vista que não possui força de lei.<sup>133</sup> **Nesse documento, menciona-se o direito de o paciente definir quais os tratamentos médicos de sua vontade e indicar um representante para esse fim, sendo que o médico tem dever em cumpri-lo.**<sup>134</sup> **Dessa maneira, o referido Conselho não convalida a prática da eutanásia, mas sim da ortotanásia,** de forma apenas de manter o curso natural da vida, sem causá-la por ação ou omissão.<sup>135</sup>

A Resolução é de extrema importância, pois determina que a sua efetividade sobressaia qualquer outro documento e até mesmo a vontade de seus parentes e equipe médica. Dessa forma, mesmo que os familiares não concordem com a decisão do doente, esta discordância diante da vontade dele não tem valor. Fato de suma importância, já que aceitar que a pessoa morra é uma circunstância penosa, uma vez que a sociedade quer a todo custo buscar o prolongamento da vida. Importante salientar também que somente quem passa pela situação e por toda a angústia é capaz de decidir diante de uma circunstância tão complexa.<sup>136</sup>

Segundo Bussinguer e Barcellos apud Fantuci,

“a Resolução garante ao paciente que o médico está vinculado à manifestação da sua vontade, expressa antecipadamente. Desta forma, garante o direito de decidir como pretende conduzir seus momentos finais de vida, tendo o privilégio de resgatar a dignidade e a autonomia nos últimos momentos de vida. A perda da consciência e da capacidade de tomar decisões e anunciá-las no fim da vida não deve roubar do indivíduo o direito de decidir a forma como seguirá sua vida de forma antecipada”.<sup>137</sup>

<sup>133</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 163.

<sup>134</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 155.

<sup>134</sup> Brasil, Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 1.805/2006 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: 20 mar.18.

<sup>135</sup> DEMARCHI, Clovis; VON, Bárbara. Eutanásia voluntária: a morte com dignidade. Revista fsa, Terezina, v. 11, n.1, p. 134-152, jan./mar. 2014..

<sup>136</sup> SILVA, Divina Gleyce. *A possibilidade do testamento vital à luz da escada ponteana*. 2017. 76 f. Trabalho de conclusão de curso superior, Centro Universitário de Brasília. Brasília, 2017.

<sup>137</sup> FANTUCI, Mariana Torsani; GOMES, Francielle. *O direito de morrer com dignidade do paciente gravemente enfermo*. Revista Uningá review, Uningá, v. 28, n. 3, p. 172-178, out/dez. 2016.

Ao publicar a Resolução, o Conselho Federal de Medicina fez o que o Poder Legislativo já precisaria ter feito: regimentar acerca do tema. Sobretudo, por ser de ordem burocrática vinculada somente os médicos, se faz indispensável que seja criada uma lei acerca do tema, para que possa de fato vincular a todos e explicar a forma determinada de ser aplicada, já que a Resolução não é tão detalhada.<sup>138</sup>

Porém, no intuito de que a Resolução fosse declarada inconstitucional, o Ministério Público ajuizou novamente uma Ação Civil Pública em 2012, sob a alegação de que a resolução extravasa o poder regulador do CFM pois impõe riscos à segurança jurídica, estabelece mecanismo inapropriado para o registro de diretivas antecipadas do paciente e exime a família de decisões que lhe são de direito.”<sup>139</sup>

Ficou incontestável, através desta ação civil pública movida pelo Ministério Público Federal, que este órgão ainda não tinha conhecimento algum sobre o que são as diretivas antecipadas, tampouco conseguia distinguir os seus institutos. Observação feita já que esta ação muito se assemelha com a que tentou contra a Resolução nº 1.805.<sup>140</sup>

Da mesma forma que a outra, a ação do pedido do MP foi indeferido na sentença publicada em 2014, sendo que e o juiz alegou a inevitabilidade de legislação acerca do tema, acrescentou que as diretivas antecipadas de vontade valem para qualquer paciente que ficar impossibilitado de se expressar e declarou a constitucionalidade da Resolução. **Encerrou sua decisão declarando que caso se oponham as diretivas de vontade, tanto a família quanto o poder público podem buscar a tutela judicial e a responsabilização dos profissionais de saúde por eventual ilícito.**<sup>141</sup>

Essa decisão foi um grande progresso, entretanto, é necessário que o Brasil progrida ainda mais em relação ao assunto. É importante que o tema saia do ambiente médico e se estabeleça no ambiente jurídico, sendo inevitável, antes de

<sup>138</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 164.

<sup>139</sup> SILVA, Divina Gleyce. *A possibilidade do testamento vital à luz da escada ponteana*. 2017. 76 f. Trabalho de conclusão de curso superior, Centro Universitário de Brasília. Brasília, 2017.

<sup>140</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 167.

<sup>141</sup> SILVA, Divina Gleyce. *A possibilidade do testamento vital à luz da escada ponteana*. 2017. 76 f. Trabalho de conclusão de curso superior, Centro Universitário de Brasília. Brasília, 2017.



tudo, que se determine a diferença, de forma clara, dos institutos de aplicação do testamento vital.<sup>142</sup>

### 3.2.1 Possibilidade de responsabilização do médico com base no Conselho Federal de Medicina

Muito se discute a respeito do direito do médico à resistência de realizar determinados atos. O Código de Ética Médica brasileiro antevê, em seu artigo 28, que “é direito do médico recusar a realização de atos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência”. Dessa forma, é direito do médico, diante do testamento vital, não atender a vontade do paciente. Contudo, esta recusa deve ser banalizada por razões morais, religiosas, éticas, ou qualquer outra razão de foro íntimo. Não é possível, portanto, segundo a Resolução 1995/12, que a resistência do médico seja respaldada por recusa injustificada; é preciso externar o motivo pelo qual está recusando a cumprir a disposição de vontade do paciente e, neste caso, deverá encaminhá-lo aos cuidados de outro médico a fim de que sua vontade seja respeitada.<sup>143</sup> Diante disso, os médicos são obrigados a respeitar os desejos dos pacientes terminais, exceto se esses desejos forem divergentes aos preceitos do Código de Ética do Médico. Isso devido ao fato de que segundo a resolução as diretivas antecipadas do paciente predominarão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares.<sup>144</sup>

Assim como já foi apresentado anteriormente, tal problema poderia ser solucionado com a promulgação de uma lei que respaldasse o paciente sobre o tema, como já possui em outros países, como Portugal.

Já que não existe lei acerca do tema, Cruz e Oliveira apud Fantuci, interrogam em seu estudo a responsabilidade do médico em que foi cumprida a vontade expressa do paciente e que devido a isso não resultou em tratamentos extraordinários, acarretando sua morte.

“A morte nada mais é do que o fim natural do processo da vida. Não se trata de fenômeno alheio à vida, mas a ela intrínseco. O direito à vida, como afirmado, não é um direito absoluto, vez que os princípios constitucionais, notadamente o princípio da dignidade humana, permeiam a interpretação de

<sup>142</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 173.

<sup>143</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 191.

<sup>144</sup> BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 1.931, de 17 de setembro de 2009.

Disponível: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2009/1931\\_2009.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2009/1931_2009.pdf)>. Acesso 19 mar. 2018.

todos os direitos e garantias fundamentais. Assim, a vida protegida pela Constituição Federal é a vida digna. Pelo fato de a morte natural integrar a vida humana, conclui-se que ao proteger a vida o Constituinte protegeu também a morte digna, conformando esse valor em direito. Deste modo, enquanto há o direito à vida digna, pode-se igualmente falar em direito à morte digna”.<sup>145</sup>

Quando se fala em direito de morte digna, logo se pensa em algo diverso ao direito de vida, todavia, constitucionalmente, a morte digna compõe o próprio direito à vida, que é a morte natural.<sup>146</sup> Diante disso, todo indivíduo tem direito à morte natural, se assim o quiser, sem ser obrigado a se submeter a tratamentos extraordinários que de nada adiantarão, mas apenas prorrogarão o processo de morrer, aumentando o tempo de sofrimento.

### 3.2.2 Legitimidade para pleitear a reparação de danos

Quem pode requerer a reparação do dano é, em regra, a própria pessoa que suportou o prejuízo ou foi lesada no relacionamento com outra.<sup>147</sup>

Em casos em que o dano é a morte os primeiros legitimados ao direito são os parentes mais próximos da vítima, ou seja, o cônjuge, os descendentes e os ascendentes.<sup>148</sup>

Nos casos em que a vítima da lesão continua viva e trata-se de incapaz, a legitimidade acontece de forma diferente: ele será representado ou assistido por seus representantes legais, ou, na falta destes, por tutor ou por curador, na forma da lei. São estas pessoas que têm legitimidade para ingressar com pedido de reparação de danos.

A nova redação do Código Civil passa a enunciar as pessoas que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil e os que por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir vontade, o que antes estava como situação típica de incapacidade absoluta, agora a hipótese é de incapacidade relativa. Nestes casos cabe a ajuda de assistente para a execução de atos da vida civil com o objetivo de assegurar-se

<sup>145</sup>FANTUCI, Mariana Torsani; GOMES, Francielle. *O direito de morrer com dignidade do paciente gravemente enfermo*. Revista Uningá review, Uningá, v. 28, n. 3, p. 172-178, out/dez. 2016.

<sup>146</sup>FANTUCI, Mariana Torsani; GOMES, Francielle. *O direito de morrer com dignidade do paciente gravemente enfermo*. Revista Uningá review, Uningá, v. 28, n. 3, p. 172-178, out/dez. 2016.

<sup>147</sup>RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Ltda, 2013.p. 906

<sup>148</sup>RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Ltda, 2013.p. 906

da regularidade dos atos praticados ou negócios celebrados pelo assistido, bem como do respeito aos direitos deste.<sup>149</sup>

O representante legal é aquele a quem a norma jurídica confere poderes para administrar bens alheios, como o pai, ou mãe, em relação a filho menor - art. 1.690 – CC -, como o tutor ao pupilo - art. 1.747, I – CC - e curador, no que concerne ao curatelado - art 1.774 - CC.<sup>150</sup>

O Código Civil de 2002 estabelece, no artigo 1767, que estão sujeitos à curatela aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil; aqueles que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade; os deficientes mentais; os ébrios habituais e os viciados em tóxicos; os excepcionais sem completo desenvolvimento mental; os pródigos.<sup>151</sup>

Se o incapaz não tiver representante legal, deve requerer-se a nomeação dele ao tribunal competente, sendo que o juiz da causa pode designar, de forma imediata um curador provisório em caso de urgência.

A nomeação incidental de curador deve ser promovida pelo Ministério Público, podendo ser requerida por qualquer parente sucessível, quando o incapaz for autor. O Ministério Público é ouvido, sempre que não seja o requerente da nomeação do curador.

Portanto, diante disso, nos casos em que o paciente tem o seu direito descrito no testamento vital lesado, pode ser assistido por seu representante legal ou curador como pessoas legítimas para ingressarem com ação de indenização pelo descumprimento deste.

---

<sup>149</sup> TESHEINER, José. *Páginas de direito*. Excelência em conteúdo jurídico. Disponível em: <[http://www.inr.pt/bibliopac/diplomas/dl\\_44129\\_61psing.htm](http://www.inr.pt/bibliopac/diplomas/dl_44129_61psing.htm)>. Acesso em: 25 mar. 2018.

<sup>150</sup> Brasil. Lei 10.406, de 10 jan. 2002. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)>. Acesso em: 27 mar. 2018.

<sup>151</sup> Brasil. Lei 10.406, de 10 jan. 2002. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)>. Acesso em: 27 mar. 2018.

## CONCLUSÃO

Propiciar ao cidadão o direito a elaborar um testamento vital é reconhecer que há autonomia do sujeito, é garantir a todos o exercício do direito de ser condutor de sua própria existência.

No capítulo 1, foi possível observar que o testamento vital é instrumento garantidor da morte digna, pois expressa a manifestação da vontade do indivíduo, informando à família, médicos e demais interessados os tratamentos e não tratamentos aos quais gostaria de ser submetido em estado de terminalidade. Através da descrição acerca do testamento vital, é observado que ele é válido no Brasil, desde que respeite as normas vigentes e que, em seu conteúdo, o paciente opte pela interrupção dos tratamentos ditos fúteis, vez que os cuidados paliativos são garantidores da dignidade da pessoa humana, princípio basilar do ordenamento jurídico brasileiro. Acerca da diferenciação dos institutos de eutanásia, ortotanásia e distanásia e dos critérios para validade do testamento vital foi possível observar que as diretivas antecipadas de vontade tratam-se claramente, de forma implícita, da ortotanásia, que não é proibida no Brasil.

No capítulo 2, foi possível observar que os direitos de personalidade é a aptidão, reconhecida pela ordem jurídica a alguém para exercer direitos e contrair obrigações tampouco quanto proteger sua dignidade e autonomia. Uma das características do direito de personalidade é a indisponibilidade, ou seja, ninguém, nem mesmo o médico, pode se indispor aos direitos de personalidade do paciente, que são descritos no testamento vital.

No capítulo 3, na descrição acerca de responsabilidade civil foi possível observar que trata-se de um instituto que concede direitos faz com que os lesados por comportamento dos outros sejam beneficiados. Diante disso, toda vez que alguém for desacatado em seus direitos, sofrer um prejuízo qualquer, for ofendido físico ou moralmente ou que não obtiver tanto quanto foi combinado, certamente lançará mão da responsabilidade civil para ver-se recompensado. Porém, existem casos em que a responsabilidade não recai sobre o próprio causador do dano, mas de quem responde legalmente por ele. Como nos casos dos médicos que trabalham em hospitais, são os hospitais que tem responsabilidade civil sobre as ações dos médicos que nele trabalham.

No capítulo 3 também foi discorrido acerca da Resolução de número 1.805/06, editada pelo Conselho Federal de Medicina onde em seus termos autorizou aos médicos a suspensão de tratamentos que prorrogam a vida de pacientes terminais incuráveis podendo concluir que o objetivo desta Resolução não é autorizar a eutanásia, mas de não sujeitar o paciente a sofrimento desnecessário, portanto é o de deliberar a ortotanásia.

Acerca do direito do médico à resistência de realizar determinados atos, segundo o Código de Ética Médica, “é direito do médico recusar a realização de atos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência”. Dessa forma, é direito do médico, diante do testamento vital, não atender a vontade do paciente. Contudo, esta recusa deve ser banalizada, não sendo possível, portanto, segundo a Resolução 1995/12, que a resistência do médico seja respaldada por recusa injustificada; é preciso externar o motivo pelo qual está recusando a cumprir a disposição de vontade do paciente e, neste caso, deverá encaminhá-lo aos cuidados de outro médico a fim de que sua vontade seja respeitada. Diante disso, os médicos são obrigados a respeitar os desejos dos pacientes terminais, isso devido ao fato de que segundo a resolução as diretivas antecipadas do paciente predominarão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares.

Acerca desse assunto, tal problema seria solucionado com a promulgação de uma lei que respaldasse o paciente sobre o tema, a fim de evitar controvérsias e possibilitar sua eficácia no mundo jurídico.

Referente à legitimidade quanto ao pedido de reparação de dano, em casos de indivíduos incapazes, cabe aos representantes legítimos ou seus curadores.

Diante de todos os fatos apresentados, conclui-se que, diante do descumprimento do testamento vital por parte dos médicos, os representantes legais ou curadores do paciente tem o direito de pleitear indenização por danos materiais e morais perante o hospital. E este o dever de indenizar, uma vez que descumpriu norma regulamentadora do Conselho Federal de medicina lesando o direito de personalidade do paciente descrito no testamento vital.

Sempre que o requerente da nomeação do procurador não for o Ministério Público, este será ouvido.

Portanto, diante disso, nos casos em que o paciente tem o seu direito descrito no testamento vital lesado, pode ser assistido por seu representante legal

ou curador como pessoas legítimas para ingressarem com ação de indenização pelo descumprimento deste.

## REFERÊNCIAS

- BORGES, Roxana Cardoso. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 1.931, de 17 de setembro de 2009. Disponível: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2009/1931\\_2009.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2009/1931_2009.pdf)>. Acesso 19 mar. 2018.
- Brasil. Lei 10.406, de 10 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm)>. Acesso em: 27 mar. 2018.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 103
- DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- DADALTO, Luciana. *Declaração prévia de vontade do paciente terminal*. Disponível em: <[http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/515/516](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/515/516)>. Acesso em: 10 out. 2017.
- DA SILVA, José Antônio Cordeiro da Silva. *Conhecimento de estudantes de medicina sobre o testamento vital*. 2015. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/bioet/v23n3/1983-8034-bioet-23-3-0563.pdf>>. Acesso em: 29 jun. 2017.
- DEMARCHI, Clovis; VON, Bárbara. Eutanásia voluntária: a morte com dignidade. *Revista fsa, Terezina*, v. 11, n.1, p. 134-152, jan./mar. 2014..
- DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 2. ed. São Paulo: saraiva, 2002.
- FANTUCI, Mariana Torsani; GOMES, Francielle. *O direito de morrer com dignidade do paciente gravemente enfermo*. *Revista Uningá review, Uningá*, v. 28, n. 3, p. 172-178, out/dez. 2016.
- FAVARETTO, Cícero Antônio, *A fixação do valor indenizatório do dano extrapatrimonial nas relações de consumo*, julho, 2008. Disponível em: <<https://favaretto.files.wordpress.com/2010/06/monografia-cicero-versao-final.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2018.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Ltda, 2013.
- SILVA, José A.; SOUSA, Luis E. A.; et al. Conhecimento de estudantes de medicina sobre o testamento vital. *Revista bioética*. Belém, v. 3, n. 23, p. 563-571, 2015.

SILVA, Divina Gleyce. *A possibilidade do testamento vital à luz da escada ponteana*. 2017. 76 f. Trabalho de conclusão de curso superior, Centro Universitário de Brasília. Brasília, 2017.

STOCCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TESHEINER, José. *Páginas de direito*. Excelência em conteúdo jurídico. Disponível em: <[http://www.inr.pt/bibliopac/diplomas/dl\\_44129\\_61psing.htm](http://www.inr.pt/bibliopac/diplomas/dl_44129_61psing.htm)> Acesso em 25 mar. 2018.



ANEXO