



A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO E SUA CONDUTA EM FACE DO PROCEDIMENTO DE DISTANÁSIA

PHYSICIANS' CIVIL RESPONSIBILITY AND CONDUCT IN FACE OF DYSTHANASIA PROCEDURE

Vívian Almeida Barbosa¹, Daniel Lopes Gameiro Ferreira²

RESUMO

A responsabilidade civil médica se caracteriza pela conduta culposa do médico, do nexo de causalidade entre esta e o dano sofrido pela vítima. Muitos pacientes terminais sofrem as consequências da obstinação terapêutica, o que resulta em uma morte sofrida e desumana. Atualmente, diante da evolução da ciência e da biotecnologia, é possível prolongar artificialmente a existência de um doente, ainda que a medicina não possa oferecer nenhuma expectativa de cura ou real conforto nesse fim de vida prolongado. O presente estudo discute os novos aspectos médicos e jurídicos que influenciam as intervenções médicas na terminalidade da vida humana e tem como objetivo analisar a questão da responsabilidade civil do médico e sua conduta em face do procedimento de distanásia, a fim de demonstrar sua relação com os princípios basilares do direito, avaliar e entender os reais direitos e garantias pertencentes ao paciente em fase terminal perante o ordenamento jurídico e a interpretação jurisprudencial atual. Para o alcance deste objetivo, a metodologia utilizada foi a de pesquisa bibliográfica, através do método dedutivo entre livros, artigos científicos, doutrina, legislações e jurisprudências. Por fim, fica comprovado que para chegar ao ponto de tratar as práticas de distanásia comuns, há que se dar um grande salto na evolução da sociedade, pois atualmente as decisões pessoais estão cada vez mais atreladas às vontades de terceiros. Não há a devida aplicação da autonomia de vontade do paciente, uma vez que o enfermo não pode decidir livremente o que deseja no fim da vida, qual seja viver ou morrer. Também é notável a necessidade da decretação de legislações mais específicas que abordem tal prática para que a opção escolhida pelo paciente ou responsável legal esteja juridicamente protegida e o médico devidamente respaldado.

Palavras-chave: Responsabilidade civil médica. Bioética. Biodireito. Ética médica. Distanásia.

ABSTRACT

Medical civil liability is characterized by the guilty conduct of the doctor, the nexus of causality between the action and the damage experienced by the victim. Many terminally ill patients suffer from consequences of therapeutic obstinacy, which results in a painful and inhumane death. Nowadays, considering the evolution of science and biotechnology, it is possible to artificially prolong a patient's life, even though it is impossible for doctors to offer any expectations of cure or comfort throughout this period. This paper discusses the new medical and legal aspects that influence medical interventions in the terminality of human life, and it aims to analyze the doctors' civil responsibility, and their conduct in the face of the dysthanasia procedure in order to demonstrate their relationship with the basic principles of law, besides evaluating and understanding the real rights and guarantees of the terminally ill patient in the legal system and interpreting the current jurisprudence. To achieve this objective, the methodology used was bibliographic research, through deductive method amongst books, scientific articles, doctrine, laws and jurisprudence. In the first chapter, the history and concept of civil liability, as well as its species and elements, such as the human conduct, the fault or deceit, the damage experienced by the victim and the causal link were explored; personality rights, medical liability and their legal nature were also approached, as well as bioethics, bio-law, medical ethics and its guiding precepts. The second chapter covered the end of life, the definitions of euthanasia, orthothanasia and dysthanasia procedures. Finally, it is proven that to get to the point of dealing with common dysthanasia practices, there is a big leap forward in the evolution of society, as currently personal decisions are increasingly tied to the wishes of third parties. There is no proper application of the patient's autonomy of will, since the patient cannot freely decide what he wants at the end of life, which is to live or die. It is also noteworthy the need to enact more specific legislation that addresses this practice so that the option chosen by the patient or legal guardian is legally

¹ Graduanda em Direito da Faculdade Cathedral, Boa Vista – RR. E-mail: vivian.brbsa@gmail.com

² Docente do curso de Direito da Faculdade Cathedral, Graduado em Direito Boa Vista- RR.e E-mail: profdanielgameiro@gmail.com

protected and the doctor is properly supported.

Keywords: Medical civil liability. Bioethics. Bio-right. Medical ethics. Dysthanasia.

1 INTRODUÇÃO

O atual crescimento dos estudos referentes ao fenômeno da morte e as atitudes do homem diante dela alcança as mais variadas áreas do conhecimento, como a psicologia, a antropologia, a história, a sociologia, o direito, a medicina, entre outras. O presente estudo abordará sobre a terminalidade da vida, mais precisamente, quanto a responsabilidade civil do médico e sua conduta, em face do procedimento de distanásia, quando o paciente encontra-se no fim da vida.

Os avanços do desenvolvimento técnico da medicina possibilitaram aos médicos muitos recursos para prolongar a morte (ou a vida) a pontos extremos, o que permite concluir que o médico “pode”, por outro lado, decidir o momento certo em que ela deve ocorrer. Ao falar sobre vida, é importante mencionar princípios constitucionais, dentre eles o do direito à vida, basilar dos demais princípios, pois é através deste que os outros se consolidam. É evidente que tamanha importância faz com que a vida digna seja respeitada, bem como todos os direitos pertinentes a ela, buscando sempre o bem-estar da pessoa humana.

Outro princípio de extrema importância é o da dignidade da pessoa humana, que é de grande relevância para o estudo da distanásia, além de ser um dos pilares da Carta Magna. É possível, então, dizer que a Constituição Federal protege o referido princípio e o direito à vida e estaria, de maneira implícita, protegendo também o direito à morte digna. Contudo, o sistema jurídico brasileiro não possui norma que disponha sobre o tema.

Considerando que a morte digna envolve muitas questões polêmicas de ponto de vista jurídico, religioso, social, médico e filosófico, cabe dizer que estamos diante de uma lacuna normativa que gera uma insegurança jurídica relevante, ocasionando receio dos médicos em sofrerem punição judicial pela prática da distanásia, mesmo quando sabem que a prática é lícita.

Neste contexto, o debate ocorre em torno da limitação do direito à vida. Entende-se que esse direito vai do nascer ao morrer, desta forma, estando a critério do paciente ou de seu representante legal a forma como esta vai ocorrer. É fundamental entender até que ponto o bem protegido da vida pode sofrer intervenções.

Com isso, o presente estudo pretende analisar, sob a ótica do direito civil, os elementos essenciais à responsabilidade civil do médico e a conduta que esse deve ter perante situação de doença grave ou terminal de um paciente, ponderando entre a vontade do paciente e de sua família e aquilo que seria considerado permitido na seara jurídica.

Diante desse cenário explicar-se-á o conceito e as espécies de responsabilidade civil, bem como seus elementos ou pressupostos gerais, quais sejam a conduta humana, a culpa ou dolo do agente, o dano e o nexo de causalidade. Ainda, serão abordados os direitos da personalidade, que são aqueles direitos que a pessoa tem para defender o que é seu, como: a vida, a integridade, a liberdade, a sociabilidade, a honra, a privacidade, a autoria, a imagem e outros. Por fim, será explanado sobre a terminalidade da vida e a declaração prévia de vontade do paciente.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1. A RESPONSABILIDADE NO ÂMBITO DO DIREITO CIVIL

A responsabilidade civil está relacionada à noção de não causar prejuízo a outrem. Pode ser definida como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar o dano causado a outrem em razão de sua ação ou omissão. Para Rui Stoco:

“A noção da responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim *respondere*, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém pelos seus atos danosos. Essa imposição estabelecida pelo meio social regrado, através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de justiça existente no grupo social

estratificado. Revela-se, pois, como algo inarredável da natureza humana” (STOCO, 2007, p.114).

Está presente no cotidiano da sociedade, visto que, não é um fenômeno apenas do âmbito jurídico, mas sim da vida social, pois qualquer ameaça causada a outrem, a seu patrimônio, à sua moral, à sua honra, surge a necessidade da reparação do dano através da responsabilidade civil. Portanto, toda manifestação da vontade humana traz consigo o problema da responsabilidade, porém quando esse relacionamento se torna rotineiro, afastando-se das normas prescritas pelo ordenamento jurídico, conclui-se que ele está diante da responsabilidade jurídica (GONÇALVES, 2020).

Nas palavras de Gonçalves (2020, p. 21), pode-se afirmar, portanto, que responsabilidade exprime a ideia de restauração de equilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano. Sendo múltiplas as atividades humanas, inúmeras são também as espécies de responsabilidade, que abrangem todos os ramos do direito e extravasam os limites da vida jurídica, para se ligar a todos os domínios da vida social.

A responsabilidade pode resultar da violação tanto de normas morais como jurídicas, separadas ou concomitantemente. Tudo depende do fato que configura a infração, que pode ser muitas vezes, proibido pela lei moral ou religiosa ou pelo direito (GONÇALVES, 2020).

A noção jurídica de responsabilidade civil pressupõe uma atividade que cause danos a outrem, onde alguém age *a priori* de forma ilícita, violando uma norma jurídica preexistente, subordinando-se, dessa forma, às consequências de seus atos.

Nas palavras de Gagliano (2017, p. 872) a responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor *in natura* o estado anterior da coisa.

O respaldo de tal obrigação, no campo jurídico, está no princípio fundamental da “proibição de ofender”, ou seja, a ideia de que ninguém se deve lesar, limite objetivo da liberdade individual em uma sociedade civilizada (GAGLIANO, 2017).

Um exemplo de que o direito positivo congrega as regras necessárias para o bom convívio social, punindo todo aquele que, infringindo-as, cause lesão aos interesses jurídicos por si tutelados, é o art. 186 do Código Civil, que dispõe:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Responsabilidade, para o Direito, nada mais é, portanto, que uma obrigação derivada, um dever jurídico sucessivo, de assumir as consequências jurídicas de um fato, consequências essas que podem variar de acordo com os interesses do lesado (GAGLIANO, 2017).

2.2 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

2.2.1 Responsabilidade Civil Subjetiva e Responsabilidade Civil Objetiva

Conforme o fundamento que se dê à responsabilidade, a culpa será ou não considerada elemento da obrigação de reparar o dano. Em face da teoria clássica, a culpa era fundamento da responsabilidade. Esta teoria, também chamada de teoria da culpa, ou “subjetiva”, pressupõe a culpa como fundamento da responsabilidade civil. Em não havendo culpa, não há responsabilidade (GONÇALVES, 2020).

Sobre o tema, Gagliano (2017, p. 876) aponta que esta culpa, por ter natureza civil, se caracteriza quando o agente causador do dano atuar com violação de um dever jurídico, normalmente cuidado (como se verifica nas modalidades de negligência ou imprudência), conforme consta no art. 186, do Código Civil de 2002, citado anteriormente. Portanto, é possível verificar que, em regra, a obrigação de indenizar (reparar o dano) é consequência juridicamente lógica do ato ilícito.

A noção básica da responsabilidade civil, dentro da doutrina subjetiva, é o princípio segundo o qual cada um responde pela própria culpa, *unuscuique sua culpa nocet*. Por se caracterizar em fato constitutivo de direito à pretensão reparatória, caberá ao autor, sempre, o ônus da prova de tal culpa do réu (GAGLIANO, 2017).

A lei impõe, entretanto, a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano independentemente de culpa. Quando isso acontece, diz-se que responsabilidade é legal ou “objetiva”, porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade. Esta teoria dita objetiva, ou do risco, tem como postulado que todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa (GONÇALVES, 2020).

Segundo tal espécie de responsabilidade, o dolo ou a culpa na conduta do agente causador do dano é irrelevante juridicamente, haja vista que somente será necessária a existência do elo de causalidade entre o dano e a conduta do agente responsável, para que surja o dever de indenizar (GAGLIANO, 2017).

A responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a ideia de risco, ora encarada como “risco-proveito”, que se funda no princípio segundo o qual é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável, a que se subordina todo aquele que, sem indagação de culpa, expuser alguém a suportá-lo (GONÇALVES, 2020).

A diferença da responsabilidade civil objetiva para a subjetiva não está, portanto, na possibilidade de discutir culpa, mas, sim, na circunstância da culpa ser um elemento obrigatório de ônus da prova, pois, na responsabilidade civil subjetiva (seja de culpa provada ou de culpa presumida), o julgador tem de se manifestar sobre a culpa, o que somente ocorrerá acidentalmente na responsabilidade civil objetiva (GAGLIANO, 2017).

Historicamente, o sistema material civil brasileiro abraçou originalmente a teoria subjetivista, conforme se infere uma simples leitura do art. 159 do Código Civil de 1916 (corresponde ao art. 186 do Código Civil de 2002), que fixava a regra geral da responsabilidade civil. O Código Civil de 2002 inovou, porém, a matéria, ao trazer no parágrafo único do seu artigo 927, a regra que:

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

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Assim, a nova concepção que deve reger a matéria no Brasil é de que vige uma regra geral dual da responsabilidade civil, em que temos a responsabilidade subjetiva, regra geral inquestionável do sistema anterior, coexistindo com a responsabilidade objetiva, especialmente em função da atividade de risco desenvolvida pelo autor do dano (GAGLIANO, 2017).

2.3 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Ao consultarmos o art. 186 do Código Civil, base fundamental da responsabilidade civil, consagrada do princípio de que a ninguém é dado causar prejuízo a outrem, podemos extrair os seguintes elementos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil: a) conduta humana, ação ou omissão; b) culpa ou dolo do agente; c) o dano experimentado pela vítima; d) nexo de causalidade

2.3.1 Conduta Humana: Ação ou Omissão

Inicialmente, refere-se a lei a qualquer pessoa que, por ação ou omissão, venha a causar dano a outrem. A responsabilidade pode derivar de ato próprio, de ato de terceiros que esteja sob guarda do agente, e ainda de danos causados por coisas e animais que lhe pertençam. O Código prevê a responsabilidade por ato próprio, dentre outros, nos casos de calúnia, difamação e injúria; de demanda de pagamento de dívida não vencida ou já paga; de abuso de direito (GONÇALVES, 2020).

2.3.2 Culpa ou Dolo do agente

O art. 186 do Código Civil refere-se ao dolo no início quando menciona sobre “ação ou omissão voluntária”, passando em seguida, referir-se à culpa quando menciona “negligência ou imprudência”. O dolo consiste na vontade de cometer uma violação de direito, portanto, é a violação deliberada, consciente e intencional, do dever jurídico e a culpa na falta de diligência (GONÇALVES, 2020).

Ainda, nas palavras de Gonçalves (2020, p. 54), para obter a reparação do dano, a vítima geralmente tem de provar dolo ou culpa *stricto sensu* do agente, segundo a teoria subjetiva adotada em nosso diploma civil. Entretanto, como essa prova muitas vezes se torna difícil de ser conseguida, o nosso direito positivo admite, em hipóteses específicas, alguns casos de responsabilidade sem culpa: a responsabilidade objetiva, com base especialmente na teoria do risco.

Quanto à culpa, Tartuce (2020, p. 389) dispõe que pode ser conceituada como o desrespeito a um dever preexistente, não havendo propriamente uma intenção de violar o dever jurídico, que acaba sendo violado por outro tipo de conduta. Em suma, enquanto no dolo o agente quer a conduta e o resultado, a causa e a consequência, na culpa a vontade não vai além da ação ou omissão. O agente quer a conduta, não, porém, o resultado; quer a causa, mas não quer o efeito, concluindo, deve-se retirar da culpa o elemento intencional, que está presente no dolo.

A doutrina tradicional triparte a culpa em três graus: *grave*, *leve* e *levíssima*. A culpa grave é a que se manifesta de forma grosseira e, como tal, se aproxima do dolo. Nesta se inclui também a chamada *culpa consciente*, quando o agente assume o risco de que o evento danoso e previsível não ocorrerá. A culpa leve é a que se caracteriza pela infração a um dever de conduta relativa ao homem médio, o bom pai de família. São situações nas quais, em tese, o homem comum não transgrediria o dever de conduta. (VENOZA, 2020).

A culpa levíssima é constatada pela falta de atenção extraordinária, que somente uma pessoa muito atenta ou muito perita, dotada de conhecimento especial para o caso concreto, poderia ter. Entende-se que, mesmo levíssima, a culpa obriga a indenizar. Como vimos, em regra, não é a intensidade da culpa que gradua o dano, mas o efetivo valor do prejuízo (VENOZA, 2020).

Tanto o Código Civil revogado como o atual não previram expressamente essa tripartição da culpa, cujas fortes raízes históricas exigem que seja conceituada. No entanto, o Código de 2002 acena com essa divisão, ao estipular no art. 944:

Art. 944. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

Sobre o tema, Venoza (2020, p. 471) afirma que fica claro que o julgador deve necessariamente debruçar-se sobre a problemática da gradação da culpa. Não é, porém, o único caso do ordenamento. A gradação da culpa continua irrelevante para o dever de indenizar, porém pode servir de base para o valor da indenização.

A culpa, sob os princípios consagrados da negligência, imprudência e imperícia, contém uma conduta voluntária, mas com resultado involuntário, a previsão ou a previsibilidade e a falta de cuidado devido, cautela ou atenção. A previsibilidade é aquela aferida no caso concreto, uma definição do previsível (VENOZA, 2020).

Na negligência o agente não age com a atenção devida em determinada conduta; na imprudência o agente é intrépido, açoitado, precipitado e age sem prever consequências nefastas ou prejudiciais. Na culpa sempre existe o aspecto do defeito da previsibilidade, assim como na imperícia, não trazida ao bojo do art. 186, mas certamente também integrante do conceito de culpa. É imperito aquele que demonstra inabilidade para seu ofício, profissão ou atividade. A culpa deve ser avaliada no caso concreto, geralmente levando-se em conta o homem médio ou *bonus pater familias* (VENOZA, 2020; GONÇALVES, 2020).

2.3.3 Dano experimentado pela vítima

É indispensável a existência do dano ou prejuízo para configuração da responsabilidade civil, sem a ocorrência deste elemento, não haveria o que indenizar, e conseqüentemente, responsabilidade (GAGLIANO, 2017). O dano pode ser material ou simplesmente moral, ou seja, sem repercussão na órbita financeira do ofendido. Nesses termos, poderíamos conceituar o dano ou prejuízo como a lesão a um interesse jurídico tutelado, causado por ação ou omissão do sujeito infrator (GONÇALVES, 2020).

Com efeito, o elemento objetivo da culpa é o dever violado. A responsabilidade é uma reação provocada pela infração de um dever preexistente. No entanto, ainda que haja violação de um dever

jurídico e que tenha havido culpa, e até mesmo dolo, por parte do infrator, nenhuma indenização será devida, uma vez que não se tenha verificado prejuízo (GONÇALVES, 2020).

O prejudicado deve provar que sofreu um dano, sem necessariamente indicar o valor, pois este poderá depender de aspectos a serem provados em liquidação. Quando o juiz decide matéria de responsabilidade civil, a tarefa mais árdua não é convencer-se da culpa, mas conferir à vítima a indenização mais adequada. Em indenizações complexas, a liquidação dos danos é, portanto, a questão mais sensível (VENOZA, 2020).

2.3.4 Nexo de causalidade

O nexos de causalidade trata-se do elo etiológico, do liame, que une a conduta do agente ao dano. Somente se poderá responsabilizar alguém cujo comportamento houvesse dado causa ao prejuízo (GAGLIANO, 2017). Vem expressa no verbo “causar”, utilizado no art. 186. Sem ela, não existe a obrigação de indenizar. Se houve o dano, mas sua causa não está relacionada com o comportamento do agente, inexistente a relação de causalidade e também a obrigação de indenizar (GONÇALVES, 2020).

Fundamentalmente, são três as principais teorias que tentam explicar o nexos de causalidade: a) teoria da equivalência de condições; b) teoria da causalidade adequada; c) teoria da causalidade direta ou imediata (interrupção do nexos causal). A teoria adotada pelo Código Civil Brasileiro, segundo o entendimento de Gagliano (2017, p. 923), seria a teoria da causalidade direta ou imediata (interrupção do nexos causal). É a conclusão que se chega ao analisar o art. 403 do CC, que dispõe:

Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes, por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

Sobre o tema, Gonçalves (2020, p. 524), seguindo a mesma linha de pensamento, é contundente ao afirmar que das várias teorias do nexos causal, o nosso Código adotou, indiscutivelmente, a do dano direto e imediato, como está expresso no art. 403.

Quando a atuação da vítima também favorece a ocorrência do dano, somando-se ao comportamento causal do agente, fala-se em “concorrência de causas ou de culpas”, caso em que a indenização deverá ser reduzida, na proporção da contribuição da vítima. Neste caso de culpa concorrente, cada um responderá pelo dano na proporção em que concorreu para o evento danoso, o que tem de ser pesado pelo órgão julgador quando da fixação da reparação, uma vez que somente há condenação pela existência da desproporcionalidade da culpa (GAGLIANO, 2017).

2.4 DIREITOS DA PERSONALIDADE

Os direitos de personalidade vêm enumerados tanto na Constituição Federal de 1988, quanto no Código Civil de 2002. O art. 5º da CRFB/88, enumera os direitos e garantias individuais, que são direitos privados fundamentais, que devem ser respeitados como conteúdo mínimo para permitir a existência e a convivência dos seres humanos.

A Constituição Federal expressamente refere-se aos direitos da personalidade, no art. 5º, X, que proclama:

Art. 5º, X. São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

No Código Civil de 2002, vem introduzido um capítulo dedicado aos direitos da personalidade. Na parte geral do código vigente, há uma mudança paradigmática do Direito Civil, que se reconhece como parte de um ordenamento cujo valor máximo é a proteção da pessoa humana. Vem disposto no art. 11 CC/02:

Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

Sendo assim, os princípios dos direitos da personalidade são expressos de forma genérica em dois níveis. Na CRFB/88, que aponta sua base, com complementação no Código Civil, que enuncia de forma específica (GONÇALVES, 2020).

Portanto, os direitos da personalidade são todos os direitos necessários para realização da personalidade e para sua inserção nas relações jurídicas. São subjetivos, ou seja, oponíveis *erga omnes* (se aplicam a todos os homens). São aqueles direitos que a pessoa tem para defender o que é seu, como: a vida, a integridade, a liberdade, a sociabilidade, a honra, a privacidade, a autoria, a imagem e outros (GONÇALVES, 2020).

2.4.1 Características e classificação dos direitos da personalidade

Os direitos da personalidade são dotados de características especiais, na medida em que destinados à proteção eficaz da pessoa humana em todos os seus atributos de forma a proteger e assegurar sua dignidade como valor fundamental. Constituem direitos inatos (originários), absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários e oponíveis *erga omnes*" (BITTAR, 1995, p. 11).

O Código Civil faz referência apenas a três características dos direitos da personalidade: a) Intransmissibilidade: não podem ser transferidos a alguma outra pessoa; b) Irrenunciabilidade: não podem ser renunciados, ou seja, ninguém pode dizer que não quer mais fazer uso dos seus direitos; c) Indisponibilidade : ninguém pode usá-los como bem entender. Há também outras características propostas pelos doutrinadores como Venosa (2005) e Gonçalves(2007):

- a) Originalidade: são inatos ao ser humano e assegurados desde a formação do nascituro;
- b) Extrapatrimonialidade: não podem ser mensurados, atribuídos valores para o comércio jurídico, mas há a autorização de uso de determinados direitos personalíssimos para que o seu titular possa obter algum proveito econômico;
- c) Vitalícios: são direitos que permanecem até a morte, há também os que ultrapassam a existência física da pessoa, o *post mortem*, o direito ao cadáver e as suas partes separadas e o *ad eternum* , direito moral do autor, direito à imagem, direito à honra;
- d) Opinibilidade: são absolutos e devem ser defendidos contra qualquer pessoa devendo ser respeitados pela coletividade e assegurados pelo Estado;
- e) Impenhorabilidade: são direitos que não podem ser utilizados para o pagamento de obrigações;
- f) Imprescritibilidade: ou seja, não tem “prazo de validade”. Podem e devem ser defendidos em juízo ou fora dele a qualquer tempo;
- g) Absolutismo: o caráter absoluto dos direitos da personalidade é consequência de sua opinibilidade *erga omnes*. São tão relevantes e necessários que impõem a todos um dever de abstenção, de respeito. Sob outro ângulo, têm caráter geral;
- h) Não limitação: é ilimitado o número de direitos da personalidade, malgrado o Código Civil, artigos 11 ao 21, se referindo expressamente apenas a alguns. Reputa-se tal rol meramente exemplificativo, pois não esgota o seu elenco, visto ser impossível imaginar-se um *numerus clausus* nesse campo;
- i) Não sujeição a desapropriação: os direitos de personalidade não são suscetíveis de desapropriação, por serem inatos a se ligarem a pessoa humana indistacável.

Ainda, segundo Gonçalves (2007), os direitos da personalidade são divididos em 3 categorias:

- 1) Direito à integridade física: CC/02, artigo 13, 14 e 20. Condenando-se a tortura, atendendo a saúde, lesão corporal, abandono de incapaz, etc. Ex: Voz, cadáver, imagem, corpo, partes separadas, alimentos, entre outros;
- 2) Direito à integridade psíquica: CC/02, artigo 21, separa o desenvolvimento moral de suas faculdades mentais condenando-se tortura mental, lavagem cerebral e técnicas de indução ao comportamento. Ex: Privacidade (intimidade), liberdade, sigilo, sociabilidade, entre outros e
- 3) Direitos morais: contido na CRFB/88, no artigo 5º, também denominado direito à reputação, o direito moral tutela o respeito, a consideração, a boa fama e a estima que a pessoa desfruta nas relações sociais. Ex: Honra, educação, emprego, habilitação, produções intelectuais.

A proteção dos direitos da personalidade pode ser feita em várias áreas do ordenamento jurídico. Assim, há vários estatutos disciplinadores que dão enfoque a esse assunto. A proteção dos

direitos da personalidade é, basicamente, o dever de reparar o dano moral causado ou a ofensa ao direito da personalidade.

2.4.2 Direito ao corpo

Conforme afirma Gonçalves (2007), o princípio geral do direito ao próprio corpo baseia-se no sentido de que ninguém pode ser constrangido à invasão de seu corpo contra sua vontade. Quanto aos atos de disposição do próprio corpo, há limites morais que não são recepcionados pelo direito. Nesse sentido dispõe o art. 13 do vigente Código Civil:

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.
 Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

Sob a mesma filosofia o art. 15 do atual código especifica que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida a tratamento médico ou intervenção cirúrgica”. Esse artigo traz toda uma gigantesca problemática sobre a ética médica, o dever de informação do paciente e a responsabilidade civil dos médicos.

Como dispõe José Afonso da Silva (2002, p. 135), agredir o corpo humano é também agredir a vida, pois esta se realiza naquele. Dessa sorte, estabelecer meios de proteção para o corpo e, conseqüentemente, para a integridade física individual, é tornar possível a dignidade humana.

2.4.3 Direito à vida

“A existência humana é o pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades disposto na Constituição e que esses direitos têm nos marcos da vida de cada indivíduo os limites máximos de sua extensão concreta. O direito à vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte; não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito de estar vivo para usufruí-lo. O seu peso abstrato, inerente à sua capital relevância, é superior a todo outro interesse” (BRANCO, 2010). Sustenta Russo, (2009, p. 91), o direito à vida é o bem mais relevante de todo ser humano e a dignidade da pessoa humana é um fundamento da República Federativa do Brasil e não há dignidade sem vida.

Para Tavares, (2010, p. 569.), “é o mais básico de todos os direitos, no sentido de que surge como verdadeiro pré-requisito da existência dos demais direitos consagrados constitucionalmente. É, por isto, o direito humano mais sagrado”. O direito à vida, previsto de forma genérica no art. 5º, *caput*, abrange tanto o direito de não ser morto, de não ser privado da vida, portanto, o direito de continuar vivo, como também o direito de ter uma vida digna (LENZA, 2017).

Dentro da ideia de vida digna e do direito de viver com dignidade, surge a problemática do direito de dispor sobre a própria vida e de "morrer com dignidade", remetendo à análise dos seguintes institutos: distanásia, eutanásia e ortotanásia (LENZA, 2017). Ainda, nas palavras de Lenza (2017, p. 1120), a distanásia, também conhecida como "obstinação terapêutica", enseja uma morte lenta e com intenso sofrimento. Isso se deve ao impressionante avanço tecnológico da medicina, que permite o excessivo prolongamento da morte e do sofrimento em detrimento da vida digna, especialmente em casos de pacientes terminais.

Conforme afirmou Diniz (2007, p. 157), a obstinação terapêutica se caracteriza por um excesso de medidas que impõem sofrimento e dor à pessoa doente, cujas ações médicas não são capazes de modificar o quadro mórbido. O termo distanásia também pode ser empregado como sinônimo de "tratamento inútil". Trata-se da atitude médica que, visando salvar a vida do paciente terminal, submete-o a grande sofrimento.

Nas palavras de Lenza (2017, p. 1121), nesta conduta não se prolonga a vida propriamente dita, mas o processo de morrer. A questão a ser colocada é a seguinte: Até que ponto se deve prolongar o processo de morrer quando não há mais esperança de reverter o quadro?

Ainda, a Resolução nº 1805/2006 do CFM, permite ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade

grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal. No ponto em que realça a definição do termo obstinação terapêutica, procedimentos terapêuticos cujos efeitos são mais nocivos do que o próprio mal a ser curado, inúteis, pois a cura é impossível e os benefícios esperados são menores que os inconvenientes provocados.

Essa batalha fútil, travada em nome do caráter sagrado da vida, parece negar a própria vida humana naquilo que ela tem de mais essencial: a dignidade (LENZA, 2017).

2.5 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

A responsabilidade civil médica, trata-se de uma responsabilidade civil subjetiva, em que o médico deverá atuar de forma diligente, utilizando os meios adequados para atingir seu objetivo, devendo, portanto, ser indenizado aquele que por erro médico agir com culpa, por negligência, imprudência, ou imperícia para com seu paciente resultando em prejuízos no seu tratamento (CAVALIERI FILHO, 2010).

Nas palavras de Gonçalves (2020, p. 428), não se pode negar a formação de um autêntico contrato entre o paciente e o médico, quando este o atende. Embora muito já se tenha discutido a esse respeito, hoje já não pairam mais dúvidas sobre a natureza contratual da responsabilidade médica. Pode-se falar, assim, em inexecução de uma obrigação, se o médico não obtém a cura do doente, ou se os recursos empregados não satisfizerem. Entretanto, o fato de se considerar como contratual a responsabilidade médica não tem, ao contrário do que poderia parecer, o resultado de presumir a culpa.

Na responsabilidade do médico, que não se compromete a curar, mas a proceder de acordo com regras e os métodos da profissão, o fato de não obter a cura do doente não importa reconhecer que o médico foi inadimplente. Isto porque a obrigação que tais profissionais assumem é uma obrigação de “meio” e não de “resultado”, o objeto do contrato médico, portanto, não é a cura, mas a prestação de cuidados conscienciosos, atentos, e, salvo circunstâncias excepcionais, de acordo com as aquisições da ciência (GONÇALVES, 2020).

Serão, pois, civilmente responsabilizados somente quando ficar provada qualquer modalidade de culpa: negligência, imprudência ou imperícia. Daí o rigor da jurisprudência na exigência da produção dessa prova. Ao prejudicado incumbe a prova de que o profissional agiu com culpa, a teor do disposto no artigo 951 do Código Civil de 2002, *in verbis*: “O disposto nos art. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício da atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho” (GONÇALVES, 2020).

A prova da negligência e da imperícia constitui, na prática, verdadeiro tormento para as vítimas. Sendo o médico, no entanto, prestador de serviço, a sua responsabilidade, embora subjetiva, está sujeita à disciplina do Código de Defesa do Consumidor, que permite ao juiz inverter o ônus da prova em favor do consumidor, conforme dispõe em seu art. 6, inciso VIII,

“Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”.

Deve ser lembrado, ainda, que a hipossuficiência nele mencionada não é apenas econômica, mas precipuamente técnica. O profissional médico encontra-se, sem dúvida, em melhores condições de trazer aos autos os elementos probantes necessários à análise de sua responsabilidade (GONÇALVES, 2020).

Nesta seara, pode-se dizer que o médico é o único e exclusivamente responsável por seus atos, porém, estes atos podem derivar de uma vontade única do paciente. O profissional da saúde deverá buscar o melhor tratamento na tentativa de cura, embora não possa ser garantida, uma vez que a vida e a morte são de esferas naturais do ciclo humano. Porém, muitas vezes a ação do médico será crucial

para a sobrevivência do paciente, por isso é primordial que o profissional aja de forma prudente em todas suas ações (VENOSA, 2013).

2.5.1 Bioética e Biodireito

Um dos conceitos que definem a Bioética, é que esta ciência tem como objetivo indicar os limites e as finalidades da intervenção do homem sobre a vida, identificar os valores de referência racionalmente proponíveis, denunciar os riscos das possíveis aplicações (LEONE; PRIVITERA; CUNHA, 2001).

No decorrer do tempo passou-se a delimitar a bioética como ética das ciências da vida e da saúde. De acordo com Junges (1999):

Portanto, ela vai além das questões éticas relativas à medicina para incluir os temas de saúde pública, problemas populacionais, genética, saúde ambiental, práticas e tecnologias reprodutivas, saúde e bem-estar animal, e assim por diante. Neste sentido, é importante usar o termo 'bioética' no seu sentido global, enquanto referido às ciências da vida e da saúde e depois acrescentar adjetivos para especificar as diferentes áreas de preocupação: Bioética médica, Bioética ecológica, Bioética clínica, etc.

Com o surgimento da bioética foi criada uma expectativa de que haveria uma espécie de freio no desenvolvimento técnico-científico, porém não foi o que aconteceu, a bioética não obteve forças suficientes para limitar o progresso acelerado da ciência. Surgiu então o Biodireito como um limitador das ações, veio para juntar doutrina, legislação e jurisprudência, em prol da regulação de conduta, resultado do avanço biotecnológico e da biomedicina (BARBOZA, 2003).

Ainda, segundo Barboza (2003), o biodireito está diretamente ligado aos princípios fundamentais vigentes na Constituição Federal de 1988:

“Impõe-se observar que não há em nossa Constituição um capítulo dedicado à Bioética ou Biodireito. Na verdade, todas as disposições constitucionais relativas à vida humana, sua preservação e qualidade, estão imbricadas com o Biodireito, que não se restringe às questões atinentes à saúde, ao meio ambiente ou à tecnologia. Pode-se afirmar que há disposições mais diretamente vinculadas à matéria tratada no âmbito do Biodireito. Algumas de caráter mais geral, com eficácia derogatória e diretiva de todas as regras que envolvam os ser humano, estão compreendidas dentre os Princípios Fundamentais.”

O biodireito permanece sobreposto às aplicações dos direitos fundamentais ao caso concreto que mostra com maior convicção a sua derivação da Constituição Federal. Apesar de sua relevância, o biodireito não encontra consagração como ciência jurídica. Encontra-se no prisma dos direitos da 3ª dimensão, qual trata-se de ordenamentos reguladores diretamente ligados à vida humana (WOLKMER, 2013).

Portanto, a bioética surgiu como uma matéria que versaria sobre os questionamentos acerca da vida, levando-se em consideração os valores éticos e morais. Já o biodireito apareceu como uma esfera do direito que aborda a legislação, jurisprudência e a teoria, concernentes às normas relativas à conduta humana, face aos avanços da biomedicina e da biotecnologia (BARBOZA, 2003).

Por fim, não há que se falar em bioética sem fazer uma agregação ao biodireito. Conforme já aludido, estes paradigmas estão interligados. A bioética aparece no mundo jurídico apresentando seus princípios baseados em costumes morais e ético. O biodireito vem com a função de fazer a devida aplicação de tais princípios, garantindo a proteção da dignidade da pessoa (BARBOZA, 2003).

2.5.2 Ética médica

Ética médica é a disciplina que avalia os méritos, riscos e preocupações sociais das atividades no campo da Medicina, levando em consideração a moral vigente em determinado tempo e local, é um ramo da ética aplicada. No Brasil, as normas que determinam a ética profissional estão no Código de Ética Médica determinado pelo Conselho Federal de Medicina (BARROS, 2011).

Um dos pontos importantes considerados neste código é sobre a terminalidade da vida, ponto complexo e carregado de aspectos polêmicos e controversos. Nos princípios fundamentais desse código (XXII), que, no seu conjunto, se constituem num documento bioético, lemos: “Nas situações

clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados”.

Na sua aplicação deontológica, na parte normativa da prática médica deste código, tal princípio é assim assumido no art.36 que dispõe:

Art. 36. É vedado ao médico abandonar o paciente sob seus cuidados.

§2º. Salvo por motivo justo comunicado ao paciente ou aos seus familiares, o médico não abandonará o paciente por ser este portador de moléstia crônica ou incurável e continuará a assisti-lo ainda que para cuidados paliativos.”

Segue-se com essa questão ética no art. 41:

Art. 41. É vedado ao médico abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal. Parágrafo único: Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.

Em suma, o Código diz não à prática da distanásia e introduz na área dos cuidados médicos, quando estamos frente a uma situação de não possibilidade de cura, a oferta de cuidados paliativos. Essa filosofia de cuidados é uma proposta de abordagem integral à pessoa, indo ao encontro das necessidades físicas, psíquicas, sociais e espirituais, quando estamos frente a uma pessoa com doença crônico-degenerativa ou sem prognóstico positivo ou em fase final de vida (CAMILLO, 2020).

Sem dúvida, um dos pontos de avanço do novo Código de Ética Médica, é o de assumir o princípio da finitude humana e propor cuidados paliativos. Evita-se, assim, a prática da obstinação terapêutica (distanásia), o tratamento fútil e inútil que mais que prolongar vida, prolonga o processo do morrer, impondo sofrimentos desnecessários para o doente, familiares e também para o próprio médico (CAMILLO, 2020).

O novo Código de Ética continua evitando a prática da Distanásia, ou prolongamento da vida por meios artificiais, que ocorre no caso de pacientes portadores de enfermidades incuráveis. Contudo, em casos de doentes portadores de doença terminal, progressiva e incurável, sem expectativa de melhora, o médico deve atuar de forma a respeitar a dignidade de seu paciente, sempre buscando esclarecer e lhe trazer o menor sofrimento possível. As informações devem ser prestadas de forma clara, acessível e muito transparente, por meio de documentos que possam atestar e resguardar o profissional de questionamentos futuros. Portanto, os médicos ficam autorizados a proceder somente em práticas de Ortotanásia, sem que a conduta configure infração ética (OLIVEIRA, 2019).

2.6 TERMINALIDADE DA VIDA

O direito à vida está disposto na Constituição Federal, artigo 5º, garantindo as necessidades básicas do ser humano e proibindo qualquer tratamento desumano:

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

A Vida é algo complexo para se definir. No entanto, entende-se que ela deixa de existir a partir do momento em que se constata a morte de um ser humano. Vida “é mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal)”. (SILVA, 2011, p.197).

Além do direito à vida, a qualidade desta é algo fortemente implementado na Constituição vigente, como o direito à saúde. “A saúde é concebida como direito de todos e dever do Estado” (SILVA, 2011, p.833), que deverá dar assistência, garantia, universalidade e igualdade de acesso, quer dizer, garantia mediante políticas sociais e econômicas.

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 196 dispõe sobre tal direito: *A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução*

do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

A terminalidade da vida, ou o direito à morte, está interligado a um fato natural. O que diferencia a morte dos seres humanos, é a forma como cada um a entende. Sob a ótica jurídica, a morte ocorre com o término da atividade cerebral, qualquer momento anterior a este, o paciente encontra-se em processo de morrer, tendo-se desta forma, que assegurar o direito à dignidade até o fim da vida. (SILVA, 2011, p.835)

Embora haja diferentes modos de definir o que é a morte, o direito à morte digna abrange a vontade do paciente, que deve ser respeitada. É garantia de todos morrer dignamente e atrelado a este direito à morte está o princípio da dignidade da pessoa humana.

Este princípio vem elencado na Constituição Federal de 1988 em seu art. 1º, inciso III:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I– a soberania; II– a cidadania; III– a dignidade da pessoa humana [...]

Nas palavras de Möller (2007, p. 143), contudo, pode-se entender que o valor da dignidade da pessoa humana deve ser considerado o princípio fundamental do Estado e da Constituição, abrangendo todos os demais princípios e direitos fundamentais, uma vez que remete às exigências e necessidades humanas consideradas básicas e mais relevantes.

Ainda, nas palavras de Maciel (2013, p.47), a doutrina de São Tomás de Aquino menciona que a pessoa humana é livre com “capacidade de autodeterminação inerente à natureza humana, de modo que o ser humano, livre por natureza, em razão de sua dignidade, existe por sua própria vontade”, desta forma, a pessoa deve ter respeitada as suas vontades, conforme seus desejos e crenças. O princípio da dignidade da pessoa humana é direito fundamental e inegável, por este motivo é possível concluir que este direito nasce com a pessoa, tornando-se inerente a esta.

2.7 DEFINIÇÃO DE DISTANÁSIA

2.7.1 Distanásia: O método para prolongar a vida

O método da distanásia surgiu nos anos 50 através do professor J.R. Debray, quando tentou classificar a tentativa de reanimação sem sucesso no doente em estado vegetativo. Distanásia difere-se da eutanásia uma vez que aquela trata-se do prolongamento da vida, também conhecida como obstinação terapêutica, enquanto esta, é a chamada “morte boa” (PESSINI, 2007, p. 30).

Ainda, nas palavras de Pessini (2007, p. 31), distanásia trata-se de um neologismo de origem grega, em que o prefixo *dys* significa “ato defeituoso”. Portanto, etimologicamente, significa prolongamento exagerado da agonia, do sofrimento e da morte de um paciente. O termo também pode ser empregado como sinônimo de tratamento fútil e inútil, que tem como consequência uma morte medicamente lenta e prolongada, acompanhada de sofrimento. Com essa conduta não se prolonga a vida propriamente dita, mas o processo de morrer.

Distanásia tornou-se um dos assuntos éticos mais discutidos advindo do progresso das técnicas médicas, pelo fato de se tratar de um ato médico indevido que, passou a interferir drasticamente e de forma decisiva nas fases finais da vida humana. Segundo Pessini e Barchifontaine (2007, p. 410), a medicina hoje trabalha somente para a frente, procurando promover uma vida boa, saudável, aumentar o tempo de vida e sua qualidade. A morte é admitida com relutância no âmbito da medicina como o limite para atingir tais objetivos. O problema da distanásia está em não saber quando ela deve ser aplicada, e até que ponto pode se levar adiante tal procedimento.

A distanásia não consegue discernir quando intervenções terapêuticas são inúteis e quando se deve aceitar a morte em paz, como desfecho natural da vida. Neste comportamento, o grande valor que se procura proteger é a vida humana. [...] na distanásia a tendência é se fixar na quantidade desta vida e investir todos os recursos possíveis em prolongá-la ao máximo (PESSINI, 2007, p. 195 e 196).

A alta tecnologia criada e aperfeiçoada para salvar a vida de seres humanos deveria ser uma das evoluções mais plausíveis acerca da medicina. Esses aparelhos seriam uma forma mais eficaz de manter uma pessoa em estado terminal viva. Contudo, essa tecnologia torna cada vez mais prisioneiros os que dela necessitam, nos deparamos então com casos de obstinação terapêutica ou distanásia (PESSINI, 2007, p. 198).

O direito a uma morte digna ou à morte no tempo certo, especificamente de um tratamento médico agradável, humano, até o ponto em que seja útil e necessário e não degradante. Para Pessini (2007, p. 202), com este método o enfermo pode ter um tempo a mais com seus entes, e vice e versa. É compreensível a vontade de estar junto com aquele que tem pouco tempo de vida, porém não é levado em consideração o desgaste do paciente que está sujeito a qualquer procedimento doloroso ou não. É inconcebível em nosso ordenamento a prática de obstinação terapêutica, o uso descomedido de métodos de tratamento inútil contra a morte.

Na visão de Pessini (2007, p. 213), a distanásia é considerada algo ruim ao paciente e consequentemente algo que não deve ser aplicado, porém hoje esta prática já é utilizada. A distanásia, atualmente, é tratada pelos médicos como algo cotidiano, não tendo um tempo determinado de início e fim.

Um exemplo ocorre quando se mantém ligado a aparelhos uma pessoa com morte cerebral irreversível, o doente fica ligado aos aparelhos em processo de distanásia até que se faça a doação de órgãos, após este processo encerra-se o procedimento. Diferente da eutanásia, a distanásia ainda é pouco discutida e talvez daí tantas opiniões contraditórias referente a este método.

2.8 A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E O PROCESSO DA DISTANÁSIA

Nas palavras de Cruz (2013, pg. 407), a distanásia, em regra, não envolve uma conduta do enfermo. Trata-se de um conjunto de tratamentos médicos que visam estender a sobrevivência do paciente em fase terminal. Apesar de prolongar a vida do enfermo, a distanásia relega a segundo plano a qualidade de vida do paciente. Por tal motivo, é também conhecida como “obstinação terapêutica”. De fato, há pacientes que optam pela distanásia, mas a prática tornou-se quase que um tratamento padrão dispensado a pacientes em fase terminal de vida e sem participação na decisão do tratamento.

O Novo Código de Ética Médica (CEM), aprovado pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), por meio da Resolução 1931/09, em vigor desde 14 de abril de 2010, dispõe no seu Art. 41, parágrafo único:

“Art. 41: É vedado ao médico abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.

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

O CFM prevê ainda no capítulo “Princípios fundamentais”, que: nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados.

Neste sentido, os princípios da liberdade (art. 5º, CRFB/88) e o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CRFB/88) mantêm uma relação estrita nas modalidades do processo da distanásia, bem como da eutanásia e ortotanásia, nas quais, o profissional de saúde passa a ser considerado o interventor, e até mesmo o tomador de decisão da chamada morte digna do paciente em fase terminal.

Ainda, Silva (2002, p. 104) esclarece que o “princípio da dignidade da pessoa humana”, por ser uma ordem jurídica brasileira que valoriza a pessoa, impõe um dever de abstenção e de condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a pessoa humana. Assim, a imposição recai sobre o Estado de respeitar, proteger e promover as condições que viabilizem a vida com dignidade.

Desta forma, a distanásia, por ser um tratamento que visa prolongar a vida do paciente em estado terminal, não se vê o afrontamento a qualquer norma jurídica, diferente do que ocorre com a

eutanásia que uma terceira pessoa abrevia a vida do paciente caracterizando crime previsto no Código Penal Brasileiro, sendo, portanto, a prática proibida no ordenamento jurídico brasileiro. Percebe-se que, devido às circunstâncias do caso concreto que envolve a prática da eutanásia, ortotanásia, e distanásia há um clamor da sociedade com base nos princípios da liberdade e dignidade humana, de que o Estado possa intervir o mínimo possível na decisão do processo de encerramento da vida natural em paciente em fase terminal de vida (SILVA, 2002, p. 108).

Assim sendo, a modalidade da distanásia no Brasil fere o princípio disposto no art. 5º, inciso III da Constituição Federal do Brasil, pois tal princípio é claro quando preconiza que “ninguém será submetido à tortura nem tratamento desumano ou degradante”.

2.9 DECLARAÇÃO PRÉVIA DE VONTADE PARA O FIM DA VIDA

Com os grandes avanços científicos e tecnológicos da medicina, mais especificamente quanto aos tratamentos que visam prolongar a vida, adiando a morte, a todo custo, é cada vez mais evidente a preocupação acerca do direito do paciente em fim de vida manifestar seu desejo de como será tratado caso seja acometido por uma doença em estágio terminal, estado vegetativo persistente ou uma doença crônica incurável.

Na definição de Dadalto (2013, p. 81-85) a declaração prévia de vontade diz respeito à manifestação de vontade do paciente, que terá validade quando ele estiver em fim de vida; outra forma é o mandato duradouro que trata-se da nomeação de um terceiro para decidir em nome do paciente quando este estiver incapacitado – permanente ou temporariamente – para decidir. Assim, percebe-se que, como gênero, as diretivas antecipadas não atentam somente para situações de fim de vida. No entanto, quando em um mesmo documento estão presentes a manifestação de vontade do paciente e a nomeação de um terceiro, tem-se uma diretiva antecipada propriamente dita.

A declaração prévia de vontade para o fim da vida tem por objetivo, conforme conceitua Roxana Borges (2001, p. 295-296), onde usa da expressão “testamento vital”: O testamento vital é um documento em que a pessoa determina, de forma escrita, que tipo de tratamento ou não tratamento que deseja para a ocasião em que se encontrar doente, em estado incurável ou terminal, e incapaz de manifestar a sua vontade. Visa-se, com o testamento vital, a influir sobre os médicos no sentido de uma determinada forma de tratamento ou, simplesmente, no sentido do não tratamento, como uma vontade do paciente que pode vir a estar impedido de manifestar sua vontade em razão da doença.

Portanto, a declaração prévia de vontade é uma forma de impedir que a distanásia, ou seja, obstinação terapêutica, seja realizada quando esta é inútil para o tratamento do paciente, como ensina Penalva (2009, p. 527): É imperioso verificar que o paciente terminal deve ser cuidado de modo digno, recebendo tratamentos ordinários para lhe amenizar o sofrimento e assegurar-lhe qualidade de vida, pois o ser humano tem outras dimensões que não somente a biológica, de forma a aceitar o critério da qualidade de vida significa estar a serviço não só da vida, mas também da pessoa.

O Código de Ética Médica dispõe no artigo 46 que o médico é proibido de efetuar qualquer procedimento sem o esclarecimento e o consentimento prévios do paciente. Assim, entende-se que o consentimento informado está intimamente ligado à autonomia privada do paciente, pois o mesmo tem a possibilidade de manifestar a sua vontade de inúmeras maneiras.

O parágrafo único do artigo 41 demonstra especificamente a promoção dos cuidados paliativos e o respeito à autonomia de vontade do paciente:

Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal (VIEIRA, 2012, p.25).

Observou-se que os novos recursos tecnológicos da área médica acabam por prolongar o sofrimento do paciente em fim de vida, de uma forma desproporcional e ineficaz. Isso, com o entendimento de que tais medidas não trazem nenhum benefício e poderiam ser rejeitadas anteriormente pelo paciente em sua terminalidade. Diante do exposto, o instituto da declaração prévia de vontade para o fim da vida não pode ser considerado como a última vontade do indivíduo, uma

vez que serve para indicar os tratamentos e não tratamentos os quais o paciente gostaria, ou não, de ser submetido se em estado de terminalidade (VIEIRA, 2012, p. 27).

3 MATERIAIS E MÉTODOS

Para atingir os objetivos desta pesquisa foi realizada uma pesquisa do tipo bibliográfica e uma revisão de literatura de natureza qualitativa descritiva, na qual foram utilizados artigos científicos publicados nas duas últimas décadas, bem como livros, revistas e periódicos eletrônicos disponíveis a biblioteca virtual da Faculdade Cathedral. A seleção do material a ser utilizado ocorreu por meio de plataformas digitais como Scielo, Portal da Capes e Google Acadêmico. Foram usadas as seguintes palavras-chaves: Responsabilidade civil médica. Bioética. Biodireito. Ética médica. Distanásia.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante muitos anos predominou o paternalismo hipocrático no exercício da medicina. O médico tinha respaldo em seu conhecimento técnico e fazia valer a sua vontade diante da autonomia do paciente, principalmente os que estavam no fim da vida, sob o pretexto de fazer-lhe o bem. Hoje, após anos de evolução, a supremacia do princípio da dignidade da pessoa humana, que reconhece o indivíduo como um fim em si mesmo, impede a manutenção do paradigma paternalista, que ignora a autonomia do paciente.

O médico que desconsidera a autonomia do paciente terminal submetendo-o a procedimentos inúteis para reversão do quadro clínico, incorre no dever de reparar os danos provenientes desta obstinação terapêutica, que cerceia o direito do doente escolher uma morte digna e humana para si. Desta forma, fica evidente a responsabilidade civil médica diante da prática da distanásia.

O presente estudo procurou demonstrar as controvérsias sobre a responsabilidade civil do médico e sua conduta em face do procedimento de distanásia em pacientes em fase terminal. Deste modo, foi fundamental o aprofundamento em matéria de responsabilidade civil, bioética, biodireito e ética médica. Fez-se necessário também abordar os princípios basilares do direito de personalidade, como a dignidade da pessoa humana, válido e respeitável até o fim da vida, além do direito à vida inerente a todo ser humano e pilar que sustenta os demais princípios.

O estudo ainda abrangeu, além das práticas da distanásia, as práticas da ortotanásia e eutanásia, para que fosse compreendida a diferença entre cada procedimento e como ele interfere na vida do paciente, pois embora tenham uma nomenclatura similar, são completamente distintos. A distanásia não está tão difundida como a ortotanásia, ou como a tão famigerada eutanásia. O campo da distanásia ainda não é sólido, apesar de médicos afirmarem que esta já é aplicada, entretanto, pelo fato de não ser conhecida, não há repercussão de sua prática.

Importante destacar que a evolução da ciência e da tecnologia quanto a precisão e celeridade para diagnosticar o estágio da doença do paciente, se compatível ou não com a irreversibilidade, restou demonstrado que o tema em análise requer um estudo não só da área médica, mas também envolvendo outros ramos da ciência, como o direito, a psicologia, a antropologia, a história, a sociologia, entre outros.

Apesar da difícil decisão, é necessário que a conduta a ser tomada seja discutida desde o momento em que a equipe médica diagnosticou a irreversibilidade do quadro ou terminalidade da vida, ficando o médico numa situação de extrema responsabilidade e, muitas vezes, de extremo desconforto, pois está lidando com a vida e o futuro de uma pessoa e com o sentimento da família.

Desta forma, poderá ocorrer um conflito de interesses entre a vontade do médico, do paciente e daqueles envolvidos nessa situação muitas vezes extremamente delicada, devendo o médico atuar de acordo com o Código de Ética Médica e com a sua convicção, sempre baseado na análise do quadro clínico do paciente e de exames, imagens e tudo aquilo que os avanços da medicina lhe proporciona, sendo muito importante não sobrepor sua vontade nem acatar qualquer decisão que vá de encontro

com aquilo que acredita ser o mais adequado a ser feito, agindo com toda cautela que essa situação requer.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Marilene. **Aspectos filosóficos e jurídicos sobre a morte, a eutanásia, a ortotanásia e suicídio assistido.** *Revista de Direito Constitucional e Internacional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, v.23, n.90, p.215 – 244, mar. 2015.

BARBOZA, Heloísa H.; BARRETTO, Vicente P. (org.). **Novos temas de biodireito e bioética.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROS JR., Edmilson de Almeida. **Código de Ética Médica: comentado e interpretado.** 1. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BRASIL. **Código Civil de 10 de janeiro de 2002. Dispõe sobre.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 18 mar.. 2021.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos** / Ricardo Castilho. – 5. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CATÃO, Marconi do Ó. **Genealogia do Direito à Saúde: uma reconstrução de saberes e Práticas na modernidade.** 21 ed. Campina Grande: EDUEPB, 2011.

CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade Civil do Estado.** Rio de Janeiro, Laemmert & C, 1905.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p.73.

DADALTO, Luciana. **Distorções acerca do testamento vital no Brasil (ou o porquê é necessário falar sobre uma declaração prévia de vontade do paciente terminal).** Artigo. In: Revista de bioética y derecho: publicación del Máster en bioética y derecho, 2013. Barcelona. Disponível em: <<http://www.periodicos.capes.gov.br>>. Acesso em 05 maio 2021.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DINIZ, Débora. **Quando a morte é um ato de cuidado.** In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e Eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil: Volume único.** São Paulo: Saraiva, 2017.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e Técnicas de Pesquisa Social.** – 6. Ed. – São Paulo : Atlas, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil** / Carlos Roberto Gonçalves. – 19. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

JUNGES, José Roque. **Bioética: perspectivas e desafios.** São Leopoldo: UNISINOS, 1999.

LAKATOS, Eva Maria. MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos da metodologia científica.** 5. Ed. – São Paulo: Atlas 2003.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Descomplicado**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LEONE, S.; PRIVITERA, S.; CUNHA, J.T. (Coords.). **Dicionário de bioética**. Aparecida: Editorial Perpétuo Socorro/Santuário, 2001.

MACIEL, Maria Helena. Assunto especial – doutrina. **Revista Síntese Direito de família**. São Paulo, v.15, n.80, p.47, out./nov., 2013.

MATTIOLI, Maria Cristina. **Princípio Ético de Justiça – Biodireito**. 2001. Disponível em: <<http://portal.trt15.jus.br/documents/124965/125408/Rev17Art13.pdf/0c09de6d-2b6e-4fd3-8027-80a4e0363d70>> Acesso em: 10 abr 2021.

OLIVEIRA, Leopoldo Luis Lima. **O novo Código de Ética Médica e o respeito ao consentimento informado e esclarecido dos pacientes**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5803, 22 de maio de 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/74075>>. Acesso em: 9 abr. 2021

PESSINI, Leo. **Distanásia: até quando investir sem agredir?** Disponível em: <http://www.revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/394/357> Acesso em: 20 abr. 2021.

PESSINI, Leocir; BARCHIFONTAINE, Christian de P. **Problemas atuais de bioética**. 8 ed. Revista e ampliada. São Paulo: Centro Universitário São Camilo. Loyola, 2007.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

REGO, Sergio; PALÁCIOS, Marisa; SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo. **Bioética para profissionais da saúde**. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Pedro Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32 ed. Revista e atualizada. São Paulo: Malheiros. 2011.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7 ed. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2007.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**– 13. Ed. – São Paulo: Atlas, 2013. – (Coleção Direito Civil; v. 4).

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Obrigações e responsabilidade civil** / Sílvio de Salvo Venosa. – 19. ed – São Paulo: Atlas, 2020.\

RUSSO, Luciana. **Direito Constitucional**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos**. 2013. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/593/454>> Acesso em: 23 abr. 2021.

BARBOSA, V. A.; FERREIRA, D. L. G. *A responsabilidade civil do médico e a sua conduta em face do ...*

Recebido em: 13/05/2021

Aceito em: 20/05/2021

Publicado em: 01/07/2021

BARBOSA, V. A.; FERREIRA, D. L. G. A responsabilidade civil do médico e a sua conduta em face do ...