



UNISUL

**UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA
CASSIANE MANOEL COELHO**

**A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA DECORRENTE DO DESCUMPRIMENTO
DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE**

Florianópolis
2019

CASSIANE MANOEL COELHO

**A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA DECORRENTE DO DESCUMPRIMENTO
DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação em
Direito da Universidade do Sul de Santa
Catarina como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Patrícia Russi de Luca, esp.

Florianópolis

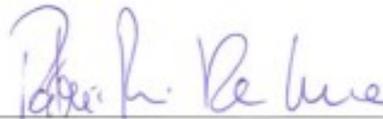
2019

CASSIANE MANOEL COELHO

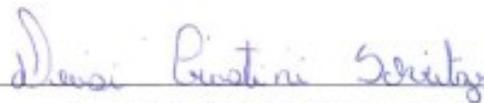
A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA DECORRENTE DO
DESCUMPRIMENTO DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado à obtenção do título de bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Florianópolis, 05 de dezembro de 2019.



Prof. e orientador Patricia Russi de Luca, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina



Prof. Deisi Cristini Schweitzer, Msc.
Universidade do Sul de Santa Catarina



Prof. Gisele Rodrigues Martins Goedert, Msc.
Universidade do Sul de Santa Catarina

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA DECORRENTE DO DESCUMPRIMENTO DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico e referencial conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Sul de Santa Catarina, a Coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de todo e qualquer reflexo acerca deste Trabalho de Conclusão de Curso.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

Florianópolis, 05 de dezembro de 2019.



CASSIANE MANOEL COELHO

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por proporcionar meu trajeto até aqui e ter me dado força e determinação para enfrentar os momentos mais difíceis.

Aos meus pais Claudia e Elmison e a tia Evanilsa, por sempre acreditarem em meu potencial e não medirem esforços para garantir que eu alcançasse mais essa conquista, pelo apoio, amor e incentivo e por fazerem eu buscar meu melhor a cada dia. Sem vocês, nada disso seria possível.

A minha orientadora Patrícia Russi de Luca, por toda sua atenção, paciência, profissionalismo e afeto. Agradeço, ainda, por toda confiança depositada em mim e em meu trabalho.

Aos demais professores pelos valiosos ensinamentos transmitidos e por todo auxílio durante essa graduação.

Ao Programa de Promoção de Acessibilidade da Unisul, em especial a assistente acadêmica Andréa Mandira, por todo apoio, atenção, disponibilidade e profissionalismo na prestação dos atendimentos.

A bibliotecária Tatyane Barbosa, por sanar todas as minhas dúvidas e por todo auxílio na formatação do trabalho.

A querida Lara Bauermann, por ser luz na minha vida e por sempre estar disposta a me ouvir e apoiar, principalmente nesses meses finais de graduação.

Ao querido Felipe Soares de Sousa, por me apresentar as DAVS e por estar presente em toda minha graduação. Obrigada por todo carinho, incentivo, apoio, paciência e dicas fundamentais no decorrer dessa etapa. Obrigada mil milhões.

Aos demais colegas e amigos que tive a sorte e a honra de conhecer e conviver nessa etapa da minha vida.

“Egoísmo não é viver à nossa maneira, mas desejar que os outros vivam como nós queremos.” (Oscar Wilde)

RESUMO

As diretivas antecipadas de vontade representam grande avanço para a medicina e o biodireito, pois possibilitam ao paciente manifestar a sua vontade no que diz respeito aos tratamentos e cuidados que deseja ou não ser submetido em um futuro momento de terminalidade da vida em que esteja incapaz. Por esse motivo, a presente monografia tem por escopo verificar a possibilidade de responsabilização civil médica, decorrente do descumprimento de uma diretiva antecipada de vontade, considerando a dignidade da pessoa humana, a autonomia da vontade do paciente, a vedação constitucional a qualquer tratamento desumano ou degradante e as resoluções do Conselho Federal de Medicina. Nesse âmbito, são verificados conceitos atinentes ao instituto das diretivas antecipadas de vontade, perpassando pelas concepções gerais de responsabilidade civil e concluindo-se que, ficando caracterizados os pressupostos da responsabilidade civil, o médico deve ser responsabilizado subjetivamente. Para tanto se utiliza do método dedutivo, com técnica de pesquisa bibliográfica, por meio de consulta a doutrinas, artigos, legislações, resoluções do Conselho Federal de Medicina e jurisprudências.

Palavras-chave: Diretivas antecipadas de vontade. Responsabilidade civil. Médico.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE: ASPECTOS DESTACADOS	11
2.1	CONCEITO, HISTÓRICO E ESPÉCIES DE DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE	11
2.1.1	Testamento vital	15
2.1.2	Mandato duradouro	18
2.2	PRINCÍPIOS ORIENTADORES DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE	19
2.2.1	Da autonomia da vontade	20
2.2.2	Da dignidade da pessoa humana	25
2.2.3	Da proibição do tratamento desumano ou degradante	29
3	DA RESPONSABILIDADE CIVIL	31
3.1	CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL	31
3.2	ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	36
3.2.1	Ação ou omissão, dano e nexó de causalidade	37
3.2.2	A culpa	41
3.3	ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL	43
3.3.1	Da responsabilidade civil objetiva e subjetiva	43
3.3.2	Da responsabilidade contratual e extracontratual	45
4	A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA DECORRENTE DO DESCUMPRIMENTO DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE	48
4.1	A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA	48
4.2	A TERMINALIDADE DA VIDA E A MORTE DIGNA	52
4.3	POSIÇÃO DOUTRINÁRIA E DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA	57
5	CONCLUSÃO	65
	REFERÊNCIAS	67

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa visa a verificar a responsabilidade civil médica decorrente do descumprimento das diretivas antecipadas de vontade. Os avanços na tecnologia e na medicina e a velocidade exponencial na troca de conhecimento contribuem para que ocorram descobertas inimagináveis pelos indivíduos no que concerne a terminalidade da vida. Inúmeras são as formas de prolongar a existência do ser humano, podendo esta ser pacífica ou dolorosa.

Tais descobertas decorrem do receio que as pessoas possuem para lidar com as implicações ligadas a morte. Nesse ínterim, desponta o instituto das diretivas antecipadas de vontade, que é a possibilidade do paciente plenamente capaz, escolher os tratamentos e cuidados que deseja ou não ter em um futuro momento de terminalidade da vida em que não possa exprimir sua vontade.

Diante disso, considerando o princípio da dignidade da pessoa humana e a autonomia da vontade, surge a necessidade de pesquisar se há a possibilidade do médico ser responsabilizado civilmente em decorrência do não cumprimento das diretivas antecipadas de vontade?

No Brasil não há legislação própria que regule as diretivas antecipadas de vontade e nenhuma instrução legal direcionando como agir quando ocorra seu descumprimento. Portanto, a presente pesquisa justifica-se pela necessidade de aprofundar-se sobre a temática, proporcionando a sociedade conhecimento para que futuramente reduza-se o receio e a insegurança dos indivíduos em discutir as questões relacionadas a terminalidade da vida, bem como realizarem suas diretivas antecipadas de vontade.

Para tanto, utiliza-se do método de abordagem de pensamento dedutivo, por quanto o tema é verificado do geral para o específico, isto é, parte-se das diretivas antecipadas de vontade e da responsabilidade civil com o objetivo de verificar a possibilidade de responsabilizar civilmente o médico em decorrência do descumprimento das diretivas antecipadas de vontade. Ademais, a pesquisa é de natureza qualitativa, com procedimento monográfico e técnica de pesquisa bibliográfica, fundamentada em doutrinas, artigos, jurisprudências e resoluções do Conselho Federal de Medicina.

O trabalho é subdividido em cinco capítulos, sendo que o primeiro corresponde a introdução. O segundo capítulo contextualiza as diretivas antecipadas

de vontade no que se refere a seu conceito, histórico no ordenamento jurídico brasileiro, espécies e princípios. O terceiro capítulo é destinado a responsabilidade civil, portanto, discorre-se a respeito de seu conceito, histórico, pressupostos e espécies. O quarto capítulo possui o escopo de identificar se há a possibilidade da responsabilização civil médica decorrente do descumprimento das diretivas antecipadas de vontade, abordando-se temas atinentes a responsabilidade civil do médico, a terminalidade da vida e a morte digna, bem como a posição doutrinária e do Conselho Federal de Medicina sobre o tema. Ao final, o quinto capítulo, trata da conclusão acerca do tema.

O interesse pela pesquisa decorre dos poucos estudos sobre a temática, visto tratar-se da finitude da vida, a qual ocasiona inúmeras polêmicas nas mais distintas áreas, como saúde, direito, filosofia e religião. Desse modo, são imprescindíveis as discussões sobre o tema, pois como todos morrerão deve-se privilegiar as vontades dos indivíduos também em sua terminalidade de vida.

2 DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE: ASPECTOS DESTACADOS

Com a finalidade de embasar a compreensão e apreciação sobre o tema estudado, esse capítulo aborda aspectos relacionados as diretivas antecipadas de vontade, tais como seu conceito, histórico, espécies e princípios orientadores, aspectos estes indispensáveis ao desenvolvimento da presente pesquisa.

2.1 CONCEITO, HISTÓRICO E ESPÉCIES DE DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

As diretivas antecipadas de vontade surgiram nos Estados Unidos na década de 60 e foram primeiramente positivadas pela lei estadunidense sobre a autodeterminação do paciente (*The Patient Self-Determination Act* - PSDA), tendo sua vigência iniciada em 1º de dezembro de 1991. A PSDA tem por finalidade operacionalizar o paciente para manifestar suas vontades em situações futuras em que isso não seja possível, a fim de garantir sua dignidade e autonomia, mesmo em circunstâncias em que esteja incapaz para agir.¹

Esta lei apresenta como gênero de documento para tratamentos médicos as chamadas diretivas antecipadas de vontade, do qual são espécies o *living will*² e o *durable power of attorney for health care*³.

De acordo com a lei, o *living will* é uma espécie de diretiva antecipada de vontade utilizada quando a incapacidade do paciente for resultado de doença terminal e incurável. Por outro lado, o *durable power of attorney for health care* pode

¹ CLOTET, Joaquim. Reconhecimento e Institucionalização da Autonomia do Paciente: um estudo da the patient Self-Determination Act. **Revista Bioética**, v. 1, n. 2, 2009. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/494/311. Acesso em: 31 maio 2019.

² “Acredita-se que o instituto tenha recebido o nome de testamento vital em razão de uma tradução literal e equivocada da expressão living will, do direito saxão. O termo living traduz-se como “vida”. O termo will pode ser traduzido como “testamento”, mas também como “anseio, vontade”. Portanto, a tradução literal permite a nomenclatura “testamento vital”, mas também permite entender que o real objetivo do instituto é demonstrar as vontades referentes à vida, ou ainda a declaração de vontades para o fim da vida”. (MABTUM; MARCHETTO, 2015, p. 116).

³ O *durable power of attorney for health care*, denominado no Brasil como mandato duradouro, refere-se ao documento no qual o paciente nomeia um ou mais procuradores que deverão ser consultados pelos profissionais da saúde em caso de sua incapacidade terminal ou não para decidirem sobre a submissão ou a recusa de tratamentos. O mandato duradouro surgiu nos EUA, no estado da Califórnia, e foi positivado em âmbito federal pela Patient Self Determination Act. Em Portugal recebe o nome de procuradores de cuidados de saúde e na Espanha poder para el cuidado de salud/mandato de asistencia sanitaria (DADALTO, 2009).

ser utilizado tanto em casos de incapacidade temporária quanto permanente e consiste na nomeação de um procurador de saúde que decidirá sobre os tratamentos e cuidados em um futuro momento de incapacidade do paciente.⁴

As diretivas antecipadas de vontade são declarações realizadas previamente pelo paciente, informando os cuidados que deseja ou não ter em situação de terminalidade da vida ou autorizando outra pessoa a decidir por ele. O primeiro caso diz respeito ao testamento vital, pelo qual o paciente manifesta previamente a sua vontade sobre os tratamentos médicos que devem ou não ser realizados futuramente em caso de estar incapaz de exprimir ato volitivo próximo ao fim de sua vida. Já o mandato duradouro, por sua vez, é a possibilidade do paciente escolher um representante e o autorizar a decidir sobre seus cuidados e tratamentos médicos quando estiver em situação de terminalidade da vida e incapaz de expressar sua vontade.⁵

No Brasil, as diretivas antecipadas de vontade ainda não possuem respaldo legal, nada obstante, como será melhor analisado no capítulo quatro, o Conselho Federal de Medicina (CFM) trate do instituto em algumas de suas resoluções.

Por ora basta saber que a Resolução nº 1.805/2006 permite ao médico suspender ou limitar tratamentos e cuidados que prolonguem a vida de pacientes terminais com enfermidades graves e incuráveis, acatando sua vontade ou a de seu representante legal. Já a Resolução nº 1.995/2012 regulamenta as diretivas antecipadas de vontade e mantém as disposições anteriores.⁶

A Resolução nº 1.995 do CFM, garantindo a autonomia e dignidade do paciente terminal, apresenta em seu art. 1º o conceito de diretivas antecipadas de vontade, como se observa:

Art. 1º Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e

⁴ DADALTO, Luciana. Distorções acerca do testamento vital no Brasil (ou o porquê é necessário falar sobre uma declaração prévia de vontade do paciente terminal). **Revista de Bioética y Derecho**, n. 28, p. 61-71. 2013. Disponível em: <http://scielo.isciii.es/pdf/bioetica/n28/articulo5.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2019.

⁵ NUNES, Maria Inês; ANJOS, Márcio Fabri dos. Diretivas antecipadas de vontade: benefícios, obstáculos e limites **Revista Bioética**, Brasília, DF, v. 22, n. 2, 2014, pp. 241-251 Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=361533265006>. Acesso em 31 maio 2019.

⁶ MABTUM, M. M.; MARCHETTO, PB. **O debate bioético e jurídico sobre as diretivas antecipadas de vontade**. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica 2015. *E-book*. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/qdy26> Acesso em: 31 maio 2019.

tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade.⁷

Essas resoluções demonstram grande avanço no que diz respeito ao reconhecimento dos desejos dos pacientes em suspender ou limitar a futilidade terapêutica. Contudo, não são suficientes para abarcar os problemas relacionados a esse sensível instituto na relação médico-paciente, porque se verifica existir proteção administrativa, sem que haja, entretanto, segurança civil e criminal.⁸

De acordo com dados do Colégio Notarial do Brasil da seccional do estado de São Paulo, após a publicação da Resolução nº 1995 do CFM, entre 2012 e 2016 a formalização do testamento vital cresceu 700%, correspondendo a 682 atos lavrados. Um ano antes da publicação apenas 84 documentos dessa natureza haviam sido lavrados.⁹

Em outubro de 2017 a Federação de Hospitais do Estado de São Paulo (FEHOESP) realizou pesquisa sobre o testamento vital, com a finalidade de compreender as percepções dos indivíduos sobre o tema. A maior parte dos entrevistados foram profissionais da saúde, sendo que desse total 49% declararam não saber distinguir diretivas antecipadas de vontade de testamento vital, demonstrando que no Brasil os institutos são comumente tratados igualmente pela imprensa, pelos doutrinadores e pelo CFM; 96,4% dos entrevistados acordam que a vontade manifestada no testamento vital deve imperar sobre a vontade dos familiares, confirmando o cerne do testamento vital; 92% pensam ser possível a nomeação de familiares como procurador para cuidados de saúde e, deste total, 48% concordam que qualquer parente possa ser nomeado, não necessitando que haja limitações em uma futura lei. Sobre este dado destaca-se que no estrangeiro ocorre uma discussão sobre a nomeação de cônjuges, ascendentes e descendentes

⁷ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.995/2012**. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Brasília, DF: CFM, 2012. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2012/1995_2012.pdf. Acesso em: 31 maio 2019.

⁸ IRONAKA, Giselda Maria Fernandes. Diretivas antecipadas de vontade DAVS o direito a morte digna. **JusBrasil**, 1 set. 2018. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/620505047/diretivas-antecipadas-de-vontade-artigo-da-professora-giselda-hironaka>. Acesso em: 07 jun. 2019.

⁹ NÚMERO de testamentos vitais lavrados no Brasil cresce 700%. **Conjur**, 31 ago. 2017. Disponível em: http://www.cnbsp.org.br/?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=MTUwMTE=&MSG_IDENTIFY_CODE. Acesso em: 16 jul. 2019.

como procuradores, tendo em vista que estes podem possuir conflito de interesses e não decidir consoante a vontade do paciente.¹⁰

Embora o Brasil ainda não possua regulamentação legal sobre o instituto das diretivas antecipadas de vontade, ressalta-se que o passo inicial foi dado, visto que em abril e maio do ano de 2018 foram apresentados os Projetos de Lei nº 149 e 267 sobre a temática, pelos senadores Lasier Martins e Paulo Rocha, respectivamente em 03/04 e 30/05 de 2018.¹¹

Visando à economia processual, em agosto de 2018, o Senador Paulo Rocha retirou seu projeto de tramitação, uma vez que ambos os textos abordavam a mesma matéria. Em seguida o projeto foi distribuído a Senadora Lídice da Mata para que formulasse relatório, o qual foi proferido com voto a favor a aprovação do projeto seguindo as linhas do texto substitutivo que incorporou ambos os projetos apresentados no ano de 2018, aperfeiçoando-o.¹²

Em linhas gerais, o substitutivo do Projeto de Lei do Senado nº 149 busca regulamentar as diretivas antecipadas de vontade sobre os cuidados médicos a serem submetidos os pacientes em terminalidade de vida. Dispõe o projeto que são espécies de diretivas antecipadas de vontade o testamento vital e a procuração para cuidados de saúde. O testamento vital, consoante o disposto no projeto, é a manifestação documentada de uma pessoa expressando os cuidados e tratamentos que deseja ou não se submeter quando estiver com uma doença grave ou incurável, seja ela terminal, crônica em estágio avançado ou degenerativa em estágio avançado. O projeto também apresenta a procuração para cuidados de saúde, que consiste em um documento no qual o declarante designa uma pessoa para tomar decisões por ele em relação aos tratamentos de saúde, nas circunstâncias em que não possuir capacidade para manifestar autônoma e livremente sua vontade.¹³

¹⁰ DADALTO, Luciana. FEHOESP divulga pesquisa sobre testamento vital. In: DADALTO, Luciana. **Testamento vital**, 12 dez. 2017. Disponível em: <https://testamentovital.com.br/blog/fehoesp-divulga-pesquisa-sobre-testamento-vital/>. Acesso em: 16 jul. 2019.

¹¹ DADALTO, Luciana. Yes! Nós temos 2 (dois) projetos de lei!!! In: DADALTO, Luciana. **Testamento vital**, 31 maio 2018. Disponível em: <https://testamentovital.com.br/blog/yes-nos-temos-2-projetos-de-lei/>. Acesso em: 16 jul. 2019.

¹² MELO, Juliana Nicolini de. **Diretivas antecipadas de vontade**: a possibilidade jurídica de inclusão do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro. 2018. Artigo extraído do Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018. Disponível em: http://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2019/01/juliana_melo.pdf. Acesso em: 31 maio 2019.

¹³ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 149, de 2018**. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade sobre tratamentos de saúde. Brasília, DF: Senado Federal, 2018. Disponível

Até o momento de realização da presente pesquisa, o Projeto de Lei encontra-se em tramitação no Congresso Nacional, tendo como último local a Comissão de Assuntos Sociais em 08/05/2019, estando na relatoria do Senador Fabiano Contarato, aguardando a emissão de relatório.¹⁴

Entretanto, sabe-se que o trajeto entre a propositura e a aprovação de uma lei sobre o instituto das diretivas antecipadas de vontade é bastante longo e intrincado, uma vez que abarca inúmeros interesses, seja dos cidadãos que desejam realizá-las, seja dos profissionais da saúde e do direito, seja dos familiares dos pacientes. Portanto, nesse trajeto, é indispensável a participação de todos os indivíduos que possuam interesse nas discussões sobre a temática para gerar debates, sugestões e críticas que venham a inserir as diretivas antecipadas de vontade no ordenamento jurídico brasileiro, consolidando, assim, a autonomia individual do paciente.¹⁵

2.1.1 Testamento vital

O testamento vital ou living will surgiu em 1969 quando foi publicado o primeiro artigo a tratar do direito de morrer que se conhece. No trabalho, o advogado Luiz Kutner sustenta a ideia de que o paciente possa decidir sobre seus tratamentos quando a medicina já diagnosticou não haver cura de sua enfermidade. Kutner propôs um documento denominado de living will, com as seguintes premissas: o paciente capaz deixaria escrito sua recusa a certos tratamentos quando seu estado vegetativo ou terminalidade de vida fossem comprovados; a vontade do paciente exteriorizada no living will se sobreporia a vontade dos profissionais da saúde, dos familiares e dos amigos do paciente e o documento deveria ser assinado por no mínimo duas testemunhas; o documento deveria ser entregue ao médico, cônjuge, advogado ou alguém de confiança do paciente, além de poder ser revogado a

em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132773/pdf>. Acesso em: 16 jul. 2019.

¹⁴ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 149, de 2018**. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade sobre tratamentos de saúde. Brasília, DF: Senado Federal, 2018. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132773/pdf>. Acesso em: 16 jul. 2019.

¹⁵ DADALTO, Luciana. Yes! Nós temos 2 (dois) projetos de lei!!! In: DADALTO, Luciana. **Testamento vital**, 31 maio 2018. Disponível em: <https://testamentovital.com.br/blog/yes-nos-temos-2-projetos-de-lei/>. Acesso em: 16 jul. 2019.

qualquer tempo antes do paciente tornar-se incapaz. O living will proposto por Kutner foi positivado em 1991 com o Patient Self Determination ACT PSDA.¹⁶

Como supracitado, testamento vital é uma das espécies das diretivas antecipadas de vontade e pode ser conceituado como "um documento no qual uma pessoa capaz possa indicar seu desejo de que se deixe de lhe aplicar um tratamento em caso de enfermidade terminal"¹⁷.

Realizada essa conceituação, há que se refletir sobre a nomenclatura "testamento vital" e sua tradução. O dicionário Oxford traz como tradução da palavra *living* as palavras sustento, vivo e vivendo. Já para a tradução de *will* o dicionário apresenta desejo, vontade e testamento. Sendo assim, a tradução que melhor se encaixaria seria desejos de vida ou, ainda, disposições de vontade de vida, nomenclatura que também designa testamento, considerando que este é uma disposição de vontade. Diante disso, questiona-se se tal confusão ocasionou-se por um erro de tradução para outro idioma que foi perpetuado ou se, originalmente, o instituto teria sido equiparado a um testamento sucessório.¹⁸

Dispõe o art. 1.857 do Código Civil Brasileiro: "Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte."¹⁹

Testamento, portanto, "é um negócio jurídico unilateral, personalíssimo e revogável pelo qual o testador faz disposições de caráter patrimonial ou extrapatrimonial, para depois de sua morte."²⁰

Embora o testamento sucessório e o testamento vital sejam negócios jurídicos unilaterais, personalíssimos, gratuitos e revogáveis, verificando os conceitos de testamento supracitados percebe-se que as disposições realizadas em um testamento sucessório são para momento posterior a morte do indivíduo. Desse

¹⁶DADALTO, Luciana. História do Testamento Vital: entendendo o passado e refletindo sobre o presente. In: DADALTO, Luciana. **Testamento vital**, 01 jul. 2015. Disponível em: <https://testamentovital.com.br/blog/historia-do-testamento-vital-entendendo-o-passado-e-refletindo-sobre-o-presente/>. Acesso em 31 maio 2019.

¹⁷DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. *E-book*.

¹⁸DADALTO, Luciana. Distorções acerca do testamento vital no Brasil (ou o porquê é necessário falar sobre uma declaração prévia de vontade do paciente terminal). **Revista de Bioética y Derecho**, n. 28, p. 61-71. 2013. Disponível em: <http://scielo.isciii.es/pdf/bioetica/n28/articulo5.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2019.

¹⁹BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 07 jun. 2019.

²⁰TARTUCE, Flávio **Direito civil**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 6. *E-book*.

modo, não parece correto utilizar-se da nomenclatura “testamento vital” para designar uma espécie de diretiva antecipada de vontade, já que esta declaração é feita para produzir efeitos com o indivíduo vivo. Em razão disso, sugere a pesquisadora Luciana Dadalto que no Brasil a nomenclatura mais adequada para testamento vital seja “declaração prévia de vontade do paciente terminal”, nomenclatura que vem sendo acolhida pelos bioeticistas.²¹

Para formulação da declaração prévia de vontade é imprescindível a capacidade de fato, devendo o indivíduo compreender plenamente o caráter de suas diretivas e seus respectivos efeitos. Não se exige forma determinada, podendo, no entanto, o declarante manifestar sua vontade por meio de documento particular escrito. Outrossim, quanto ao objeto, a declaração prévia de vontade pode conter somente disposições que neguem ou aceitem cuidados e tratamentos de saúde que busquem apenas prolongar a existência do paciente e não contrariem o ordenamento jurídico pátrio, não podendo, contudo, recusar cuidados paliativos e tratamentos ordinários. Quanto a sua eficácia, possui efeitos *erga omnes*, vinculando médicos, parentes do paciente e eventual procurador de saúde vinculado às suas disposições. Ressalta-se que os médicos podem se utilizar da objeção de consciência²² prevista no art. 5º, inciso VI, da Constituição Federal, caso possuam fundada justificativa para não acatar o disposto na declaração prévia de vontade. Em tais situações o paciente deve ser encaminhado para outro médico para que, assim, a sua vontade seja respeitada.²³

²¹ DADALTO, Luciana. Distorções acerca do testamento vital no Brasil (ou o porquê é necessário falar sobre uma declaração prévia de vontade do paciente terminal). **Revista de Bioética y Derecho**, n. 28, p. 61-71. 2013. Disponível em: <http://scielo.isciii.es/pdf/bioetica/n28/articulo5.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2019.

²² De acordo com o que dispõe o art. 5º inciso VI da Constituição Federal, “é inviolável a liberdade de consciência[...]”, nesse viés surge a objeção de consciência médica, podendo o profissional em determinadas circunstâncias recusar-se a realizar certos procedimentos, desde que o paciente possa ser atendido por outro médico e que sua recusa não cause dano a saúde do enfermo, como preceitua o Código de Ética Médica.” VII - O médico exercerá sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência ou a quem não deseje, excetuadas as situações de ausência de outro médico, em caso de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente.” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2010).

²³ DADALTO, Luciana. Aspectos registraes das diretivas antecipadas de vontade. **Civilistica.com**, ano 2, n. 4, p. 3-9, 2013. Disponível em: <http://civilistica.com/aspectos-registraes-das-diretivas-antecipadas-de-vontade/>. Acesso em: 31 maio 2019.

2.1.2 Mandato duradouro

O mandato duradouro (*durable power of attorney for health care*) corresponde a uma das espécies de diretivas antecipadas de vontade e trata-se do documento pelo qual o paciente designa uma ou mais pessoas para ser seus procuradores de saúde, os quais deverão ser consultados pelos médicos em caso de incapacidade temporária ou permanente do paciente, quando estes precisarem tomar alguma decisão em relação a realizar ou não tratamentos.²⁴

Portanto, assim como é possível que o titular realize sua declaração prévia de vontade assegurando sua autonomia, também há a possibilidade da elaboração de mandato duradouro para designar uma ou mais pessoas para decidir em seu nome sobre tratamentos e cuidados médicos ou simplesmente para elucidar as suas vontades exteriorizadas anteriormente, caso não mais possa fazê-lo em certos casos.

Corresponde a um documento no qual o paciente nomeia pessoa de sua confiança, que deverá ser consultada pelos médicos nos casos em que o paciente estiver temporária ou permanentemente incapaz para expressar sua vontade.

O mandato duradouro deve ser utilizado quando for necessário tomar decisões sobre tratamentos médicos ou para sanar dúvidas sobre a declaração prévia de vontade do paciente.²⁵

A função do mandatário (também chamado de responsável legal ou procurador para o cuidado de saúde) responde ao questionamento: “Quem vai agir como responsável pelo paciente?”. A tarefa inclui, entre outras, a verificação da compatibilidade entre a vontade do paciente e as iniciativas tomadas pela equipe médica, em um juízo substitutivo, tomando a decisão que melhor represente o desejo do paciente, bem como suprimindo eventuais lacunas. Embora não existam restrições neste sentido, recomenda-se que o mandatário não seja um familiar, já que, quanto maior o envolvimento afetivo entre ele e o paciente, maior a carga psicológica e o fardo da decisão: nesses casos há uma queda percentual considerável na efetivação do mandato pelo curador e, conseqüentemente, da vontade do paciente (de 70% para 46%).²⁶

²⁴ DADALTO, Penalva, Luciana. Declaração prévia de vontade do paciente terminal. **Revista Bioética**, Brasília, DF, v. 17, n. 3, p. 523-543, 2009. Disponível em:

<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=361533251014> Acesso em: 31 maio 2019.

²⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD Nelson. **Curso de direito civil parte geral e LINDB**. 16. ed. rev., atual. e amp.. Salvador: Juspodivm 2017. *E-book*..

²⁶ MELO, Juliana Nicolini de. **Diretivas antecipadas de vontade**: a possibilidade jurídica de inclusão do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018. Disponível em: http://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2019/01/juliana_melo.pdf. Acesso em: 31 maio 2019. p. 4.

Em síntese, as diretivas antecipadas de vontade são gênero, tendo como espécies a declaração prévia de vontade e o mandato duradouro. A primeira consiste na manifestação de vontade do paciente sobre os cuidados e tratamentos que deseja ou não ser submetido quando estiver diante de uma enfermidade terminal e não for capaz para expressar sua vontade. Por sua vez, a segunda trata da nomeação pelo paciente de um procurador de saúde por meio de um mandato duradouro para que ele decida em seu nome e em seu interesse, quando estiver incapaz de manifestar sua vontade em situação de finitude da vida.

2.2 PRINCÍPIOS ORIENTADORES DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

As diretivas antecipadas de vontade não possuem no Brasil legislação que as regulamente, o que não significa dizer que a realização de uma diretiva antecipada seja inválida no País. Ao se realizar uma interpretação principiológica das normas constitucionais e infraconstitucionais, verifica-se que estas possibilitam o aparato para a realização e validação da diretiva antecipada de vontade. Os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da autonomia da vontade (princípio implícito no art. 5º), e da proibição de tratamento desumano (art. 5º, III) consolidam a existência de um direito fundamental a morte digna e são suficientes para validar as diretivas antecipadas de vontade no ordenamento jurídico brasileiro, considerando que sua finalidade é proporcionar ao paciente escolher os tratamentos e cuidados que deseja ou não ter em caso de finitude da vida.²⁷

Destarte, é extremamente importante que o direito fundamental a liberdade seja exercido genuinamente, sem atitudes paternalistas da família, dos médicos e do Estado ou de qualquer outra entidade.²⁸

Ademais, além dos princípios constitucionais, o instituto das diretivas antecipadas de vontade também pode encontrar validade no direito civil Brasileiro.

²⁷ IRONAKA, Giselda Maria Fernandes. Diretivas antecipadas de vontade DAVS o direito a morte digna. **JusBrasil**, 1 set. 2018. Disponível em:

<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/620505047/diretivas-antecipadas-de-vontade-artigo-da-professora-giselda-hironaka>. Acesso em: 07 jun. 2019.

²⁸ DADALTO, Luciana. Distorções acerca do testamento vital no Brasil (ou o porquê é necessário falar sobre uma declaração prévia de vontade do paciente terminal). **Revista de Bioética y Derecho**, n. 28, p. 61-71. 2013. Disponível em: <http://scielo.isciii.es/pdf/bioetica/n28/articulo5.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2019.

Harmoniza-se, inclusive, com o art. 15 do Estatuto Civil, que consagra a possibilidade de dispor do corpo para depois da morte e com a própria autonomia privada, que rege as relações do Direito Civil. E, na mesma esteira, o art. 1.768 do Código Civil, com a redação emprestada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (interpretado sistemicamente com o Código de Processo Civil de 2015), legitima a própria pessoa para a ação de curatela, demonstrando a sua autonomia de requerer proteção fundamental.²⁹

Em mesmo sentido, o Código de Ética Médica do CFM, aprovado em 2009, trata, em muitos de seus artigos, da necessidade de se reconhecer a autonomia do paciente. Nesse ínterim, surge a Resolução nº 1995/2012, que garante aos pacientes o direito de realizarem suas diretivas antecipadas de vontade.³⁰

Verificados tais aspectos iniciais, a seguir serão abordados os princípios constitucionais que asseguram e possibilitam a realização das diretivas antecipadas de vontade no ordenamento jurídico brasileiro.

2.2.1 Da autonomia da vontade

A palavra autonomia tem sua origem grega e significa *autós* próprio e *nomos* normas, ou seja, a competência para determinar suas próprias normas.³¹ Trata-se do autogoverno do indivíduo para tomar decisões no tocante a sua vida, integridade física, saúde e relacionamentos sociais.³²

Após essa breve compreensão do vocábulo autonomia, cabe explanar a separação conceitual da autonomia da vontade e da autonomia privada, temática que vem motivando inúmeros debates jurídicos na atualidade.

Nesse sentido, vale destacar que a autonomia privada, caracterizada como consequência da valorização da vontade e da autodeterminação do indivíduo, deve

²⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD Nelson. **Curso de direito civil parte geral e LINDB**. 16. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm 2017. *E-book*. p. 324.

³⁰ ALVES, Cristiane Avancini; FERNANDES, Marcia Santana; GOLDIM, José Roberto. Diretivas antecipadas de vontade: um novo desafio para a relação médico-paciente. **Clinical & Biomedical Research**, v. 32, n. 3, p. 358-362. 2012. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/hcpa/article/view/33981/0>. Acesso em: 08 jun. 2019.

³¹ NERY, Maria Carla Moutinho. **O direito de viver sem prolongamento artificial**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2014. Disponível em: [https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/11189/1/DISSERTAÇÃO Maria Carla Nery.pdf](https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/11189/1/DISSERTAÇÃO%20Maria%20Carla%20Nery.pdf). Acesso em: 31 maio 2019.

³² WILGES, Marília Schwengber. **Testamento vital: a proteção constitucional do sujeito de direito frente a terminalidade da vida**. 2016. Monografia (Bacharelado em Direito)- Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2016. Disponível em: https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/2829/Wilges_Marilia_Schwengber.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 08 jun. 2019.

ser compreendida como a aptidão conferida ao ser humano para orientar seus interesses privados e engendrar normas particulares, observando a limitação legislativa, obrigando-se na ordem civil por sua vontade. Contudo, a autonomia privada é diversas vezes apresentada como evolução histórica da autonomia da vontade, valendo-se de ambos os termos como iguais ou como partes de um mesmo fenômeno jurídico. Ademais, a autonomia da vontade em sua conceituação moderna, ainda é considerada como a possibilidade de todo indivíduo exteriorizar sua vontade e agir segundo ela, em decorrência da norma jurídica da dignidade da pessoa humana.³³

Em igual modo pode se observar o conceito de autonomia da vontade trazido por Marmelstein:

[...] entendida como a faculdade que o indivíduo possui para tomar decisões na sua esfera particular de acordo com seus próprios interesses e preferências. Isso significa basicamente o reconhecimento do direito individual de fazer tudo aquilo que se tem vontade, desde que não prejudique os interesses de outras pessoas. [...] A proteção da autonomia da vontade tem como objetivo conferir ao indivíduo o direito de autodeterminação, ou seja, de determinar autonomamente o seu próprio destino [...]. (grifo nosso)³⁴

Cabe ressaltar que em épocas anteriores o individualismo baseava-se no conceito abstrato de indivíduo, motivo pelo qual, naquele tempo, a autonomia da vontade era considerada adequada a estabelecer vínculos negociais originados de simples junção de exteriorizações volitivas, atribuída abstratamente a todas as pessoas. O negócio jurídico era examinado de modo estrutural, atentando-se em definir o objeto da negociação e quem seriam os sujeitos da relação jurídica correspondente, sem atenção aos motivos e objetivos almejados pelas partes. Sob esse olhar, o negócio jurídico era visto como fator de sujeição voluntária do ser

³³ SOUSA, Felipe Soares de. A revisão do regime jurídico da capacidade civil da pessoa natural e a valorização da autonomia existencial da pessoa com deficiência: a efetividade do artigo 85 da lei brasileira de inclusão. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo 2019. Disponível em: <https://www.pucsp.br/pos-graduacao/mestrado-e-doutorado/defesas/revisao-do-regime-juridico-da-capacidade-civil-da-pessoa> Acesso em: 16 out 2019.

³⁴ MARMELSTEIN *apud* PROVIN, Alan Felipe; VINCENZI, Vanessa Salete. A responsabilidade civil do médico quando do descumprimento das diretivas antecipadas de vontade. **Revista Juris UniToledo**, Araçatuba, v. 3, n. 4, p. 3-24, out./dez. 2018. Disponível em: <http://ojs.toledo.br/index.php/direito/article/view/3098> Acesso em 26 out. 2019. p.9.

humano à restrição de sua autonomia, a qual era considerada justa por derivar de ato de sua vontade.³⁵

A autonomia da vontade embasava-se em três elementos fundamentais, quais eram: a liberdade negocial, que proporcionava aos sujeitos do negócio jurídico a definição livre do objeto negociado, constituindo-se a referente relação jurídica de forma válida, com a simples ausência dos vícios subjetivos do consentimento; a obrigatoriedade dos efeitos negociais, que compeliavam aos negociantes a ampla execução dos termos convencionados no momento da elaboração do negócio jurídico válido, reputado justo por respeitar a exteriorização da vontade das partes; e, por fim, a relatividade negocial, que limitava os efeitos jurídicos somente às partes, não atingindo a terceiro cuja vontade não fazia parte da relação negocial. Todos esses elementos, mesmo que considerados atualmente, referiam-se a indivíduos abstratos, sem se preocupar com o objetivo e os motivos do negócio jurídico, ecoando o individualismo da época.³⁶

Nesse sentido, segundo Fernandes:

O princípio da autonomia da vontade era a consequência do tempo em que o Estado envolvia-se o mínimo possível na esfera íntima do indivíduo. Com o aumento da industrialização, posterior a 2ª Guerra Mundial, o Estado passou a intervir com maior intensidade na esfera privada. Em razão disso, ocorreu uma reanálise do princípio da autonomia da vontade para acompanhar as transformações ocorridas no último século, passando a ganhar espaço a concepção de autonomia privada.³⁷

Com as mudanças no panorama jurídico, principalmente com o nascimento do Estado social, esse conceito de autonomia da vontade que considerava a

³⁵ SOUSA, Felipe Soares de. **A revisão do regime jurídico da capacidade civil da pessoa natural e a valorização da autonomia existencial da pessoa com deficiência: a efetividade do artigo 85 da lei brasileira de inclusão. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito)** – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo 2019. Disponível em: <https://www.pucsp.br/pos-graduacao/mestrado-e-doutorado/defesas/revisao-do-regime-juridico-da-capacidade-civil-da-pessoa>
Acesso em: 16 out 2019.

³⁶ SOUSA, Felipe Soares de. **A revisão do regime jurídico da capacidade civil da pessoa natural e a valorização da autonomia existencial da pessoa com deficiência: a efetividade do artigo 85 da lei brasileira de inclusão. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito)** – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo 2019. Disponível em: <https://www.pucsp.br/pos-graduacao/mestrado-e-doutorado/defesas/revisao-do-regime-juridico-da-capacidade-civil-da-pessoa>
Acesso em: 16 out 2019.

³⁷ FERNANDES, Laís Turra. **O testamento vital como instrumento de proteção da dignidade da pessoa humana. 2015. Monografia (Bacharelado em Direito)** - Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2015. Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/7010/1/20914155.pdf>.
Acesso em: 08 jun. 2019.

exteriorização volitiva como absoluta e ilimitada começou a ser superado pela ideia da autonomia privada.³⁸

Nesse viés, conceitua Perlingieri:

A autonomia privada, portanto, corresponde ao poder outorgado pelo sistema jurídico ao indivíduo para que ele expresse livremente suas escolhas e, em decorrência, sujeite-se às consequências jurídicas delas advindas, sejam estas constitutivas, modificativas ou extintivas de direitos.³⁹

Desse modo, com o surgimento do Estado social e a revisão jurídica sob a ótica dos direitos humanos, ocorreram grandes mudanças estruturais nos institutos e nas normas jurídicas, alcançando, também, a autonomia da vontade, que, mesmo não possuindo a mesma ideia da época em que predominava o individualismo, corresponde a importante preceito para a proteção da dignidade da pessoa humana. Sendo assim, a autonomia da vontade é aplicada para designar o respeito entre o desejo ou intenção do indivíduo e sua expressão volitiva, enquanto que a autonomia privada é entendida como a aptidão conferida ao ser humano para a formação e sujeição a normas particulares.⁴⁰

Um dos fundamentos constitucionais brasileiros é o pluralismo, resultando na aceitação pelo disposto na Constituição de inúmeras visões de mundo, o que ocasiona a possibilidade de cada indivíduo desenvolver suas ideias sobre o que é melhor para si.⁴¹ Ressalta-se que o biodireito, ao se utilizar do conceito jurídico de autonomia, para se referir a autodeterminação do paciente no que diz respeito a

³⁸ SOUSA, Felipe Soares de. **A revisão do regime jurídico da capacidade civil da pessoa natural e a valorização da autonomia existencial da pessoa com deficiência**: a efetividade do artigo 85 da lei brasileira de inclusão. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo 2019. Disponível em: <https://www.pucsp.br/pos-graduacao/mestrado-e-doutorado/defesas/revisao-do-regime-juridico-da-capacidade-civil-da-pessoa> Acesso em: 16 out 2019.

³⁹ PERLINGIERI *apud* NERY, Maria Carla Moutinho. **O direito de viver sem prolongamento artificial**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2014. Disponível em: [https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/11189/1/DISSERTAÇÃO Maria Carla Nery.pdf](https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/11189/1/DISSERTAÇÃO%20Maria%20Carla%20Nery.pdf). Acesso em: 31 maio 2019. p. 40.

⁴⁰ SOUSA, Felipe Soares de. **A revisão do regime jurídico da capacidade civil da pessoa natural e a valorização da autonomia existencial da pessoa com deficiência**: a efetividade do artigo 85 da lei brasileira de inclusão. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo 2019. Disponível em: <https://www.pucsp.br/pos-graduacao/mestrado-e-doutorado/defesas/revisao-do-regime-juridico-da-capacidade-civil-da-pessoa> Acesso em: 16 out 2019.

⁴¹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia existencial. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 16, p. 75-104, abr./jun. 2018. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/232/214>. Acesso em: 08 jun. 2019.

seus tratamentos, resgatou o subjetivismo anterior para dar prioridade a autonomia da vontade e a liberdade subjetiva.⁴²

Para os bioeticistas, autonomia é a aptidão que os indivíduos possuem em guiar suas vidas, conforme o entendimento de cada um.⁴³

O princípio da autonomia apresentado por Beauchamp e Childress define como dever considerar a autodeterminação dos pacientes no processo de tomada de decisão. O principal resultado ocorre no processo de consentimento informado, no qual o médico informa ao paciente os riscos e benefícios de determinado tratamento e este manifesta sua concordância em realizá-los ou não de modo voluntário.⁴⁴

Em relação a aplicação da autonomia na realização de uma diretiva antecipada de vontade, Beauchamp e Childress propõe três modelos de autonomia a serem considerados: o primeiro é denominado de julgamento substituto e consiste na nomeação de um procurador de saúde por um mandato duradouro e se aplica aos pacientes que já foram capazes, quando existam verdadeiros motivos para se acreditar que é possível prever qual decisão o paciente tomaria se estivesse capaz. O segundo modelo corresponde a pura autonomia e se aplica a pacientes que possuem capacidade e expressam previamente sua vontade, a qual deve orientar o médico. O terceiro modelo diz respeito ao melhor interesse do indivíduo. Neste modelo um decisor substituto deve tomar a decisão mais adequada, determinando o maior benefício dentre as escolhas possíveis, analisando os riscos e custos de cada uma.⁴⁵

⁴² NERY, Maria Carla Moutinho. **O direito de viver sem prolongamento artificial**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2014. Disponível em: [https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/11189/1/DISSERTAÇÃO Maria Carla Nery.pdf](https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/11189/1/DISSERTAÇÃO%20Maria%20Carla%20Nery.pdf). Acesso em: 31 maio 2019.

⁴³ SÁ; MOUREIRA *apud* NERY, Maria Carla Moutinho. **O direito de viver sem prolongamento artificial**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2014. Disponível em: [https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/11189/1/DISSERTAÇÃO Maria Carla Nery.pdf](https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/11189/1/DISSERTAÇÃO%20Maria%20Carla%20Nery.pdf). Acesso em: 31 maio 2019.

⁴⁴ BEAUCHAMP; CHILDRESS *apud* ALVES, Cristiane Avancini; FERNANDES, Marcia Santana; GOLDIM, José Roberto. Diretivas antecipadas de vontade: um novo desafio para a relação médico-paciente. **Clinical & Biomedical Research**, v. 32, n. 3, p. 358-362. 2012. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/hcpa/article/view/33981/0>. Acesso em: 08 jun. 2019.

⁴⁵ BEAUCHAMP; CHILDRESS *apud* WILGES, Marília Schwengber. **Testamento vital: a proteção constitucional do sujeito de direito frente a terminalidade da vida**. 2016. Monografia (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2016. Disponível em: https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/2829/Wilges_Marilia_Schwengber.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 08 jun. 2019.

O princípio da autonomia conjectura a aceitação dos atos e escolhas de cada pessoa, resultando na autodeterminação dos indivíduos quanto a seus corpos e decisões sobre seus tratamentos.⁴⁶

Reconhecer a autonomia do paciente não é destituir a autonomia do médico, mas sim reconhecer a alteridade presente nessa relação, em que as decisões devem ser compartilhadas. Da responsabilidade individual, nesta perspectiva de compartilhamento, surge a noção de corresponsabilidade. Não há uma submissão, mas sim o mútuo reconhecimento de uma copresença ética na relação médico-paciente.⁴⁷

O princípio da autonomia transforma a relação médico-paciente de paternalista em horizontal, pois passa a considerar a autodeterminação do paciente, além de se tornar uma relação dialógica que busca pelo melhor modo de agir.⁴⁸

2.2.2 Da dignidade da pessoa humana

É imprescindível que o princípio da autonomia da vontade seja analisado conjuntamente com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, positivado no art. 1º, III, da Constituição Federal.⁴⁹ Neste ínterim, um indivíduo por simplesmente ser humano, já possui dignidade, considerando que tal princípio é inerente a todas as pessoas perante sua condição de ser humano, as quais possuem de modo igual respeito e direitos por parte de seu próximo.⁵⁰

A dignidade da pessoa humana como princípio fundamental constitucional legitima as ações estatais e serve como vetor de interpretação da legislação como um todo. Essencialmente dignidade significa que todo indivíduo é um fim em si

⁴⁶ WILGES, Marília Schwengber. **Testamento vital**: a proteção constitucional do sujeito de direito frente a terminalidade da vida. 2016. Monografia (Bacharelado em Direito)- Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2016. Disponível em: https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/2829/Wilges_Marilia_Schwengber.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 08 jun. 2019..

⁴⁷ ALVES, Cristiane Avancini; FERNANDES, Marcia Santana; GOLDIM, José Roberto. Diretivas antecipadas de vontade: um novo desafio para a relação médico-paciente. **Clinical & Biomedical Research**, v. 32, n. 3, p. 358-362. 2012. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/hcpa/article/view/33981/0>. Acesso em: 08 jun. 2019. p. 361.

⁴⁸ BERTÉ, Roberta. **Morte digna**: a autonomia da vontade no processo de morrer. Teresina: Dinâmica Jurídica, 2016. *E-book*.

⁴⁹ OLIVEIRA, Adriana Rosa de. Testamento vital e as diretivas antecipadas de vontade: direito de morrer com dignidade. **Revista Dissertar**, v. 1, n. 26-27, p. 13-20. 2017. Disponível em: <http://revistadissertar.adesa.com.br/index.php/revistadissertar/article/view/18>. Acesso em: 08 jun. 2019.

⁵⁰ ANDRADE, 2008 *apud* OLIVEIRA, Adriana Rosa de. Testamento vital e as diretivas antecipadas de vontade: direito de morrer com dignidade. **Revista Dissertar**, v. 1, n. 26-27, p. 13-20. 2017. Disponível em: <http://revistadissertar.adesa.com.br/index.php/revistadissertar/article/view/18>. Acesso em: 08 jun. 2019.

mesmo, segundo Kant. A vida de cada ser humano tem um valor intrínseco, objetivo. Ninguém está nesse mundo para corresponder a propósitos alheios ou para atender a metas sociais. A dignidade é contrária justamente a esta instrumentalização de cada ser humano. Outra manifestação da dignidade humana é a responsabilidade de cada pessoa por sua própria vida, valores e objetivos. As decisões relevantes na vida de um indivíduo não devem ser impelidas por vontades externas.⁵¹

Assim sendo, tem-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.⁵²

A dignidade deve se alicerçar na autonomia, uma vez que esta garante um espaço de iguais liberdades para todas as pessoas, quando há entre elas a capacidade de discernimento ou de agir com responsabilidade.

A dignidade proporciona a cada indivíduo um espaço autônomo que deve ser respeitado pelo Estado, tendo em vista que a liberdade também é uma das bases da dignidade. Portanto, materializar a dignidade é proporcionar a cada indivíduo a ampla liberdade para que ele construa sua existência e tome suas decisões da maneira que melhor lhe convenha, pois as convicções de cada ser humano devem ser consideradas.⁵³

A dignidade na perspectiva individual envolve a capacidade de autodeterminação, o direito de decidir sobre sua vida e de instrumentalizar desta forma a sua própria vontade e personalidade, sendo de fato um ser único, responsável pelo seu viver.⁵⁴

⁵¹ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho: A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, v. 38, n. 1, p. 235-274. 2010. Disponível em:

<http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18530>. Acesso em: 15 jun. 2019.

⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídicoconstitucional necessária e possível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 9, p. 361-388, jan./jun. 2007. Disponível em:

<http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/137/131>. Acesso em: 15 set. 2019. p.383.

⁵³ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia existencial. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 16, p. 75-104, abr./jun. 2018. Disponível em:

<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/232/214>. Acesso em: 08 jun. 2019

⁵⁴ SILVA *apud* BERTÉ, Roberta. **Morte digna** A autonomia da vontade no processo de morrer. Teresina: Dinâmica Jurídica, 2016. *E-book*.

Considerando que a dignidade garante ao indivíduo o direito de tomar decisões e escolher o que é melhor para si em toda sua existência, há também que se falar do direito de morrer dignamente. Sobre o tema destacam Rosenvald e Farias:

É que, a partir de uma leitura civil-constitucional, especialmente da cláusula geral da dignidade humana, é fácil notar que o direito à morte digna é o reverso da moeda do direito à vida digna. Em palavras mais claras, ao direito de viver com dignidade haverá de corresponder como espelho invertido o direito de morrer dignamente. Até mesmo porque uma morte digna há de ser a consequência natural de toda e qualquer vida digna. Trata-se, pois, tão somente, de permitir que a natureza siga o seu rumo, fazendo o seu inexorável papel, sem que isso atinja a dignidade da pessoa, em determinadas situações. Se a morte é o corolário, a consequência lógica, da vida, nada é mais natural do que asseverar que o direito à vida digna (CF, art. 1º, III) traz consigo, a reboque, o direito a uma morte igualmente digna.⁵⁵

Nesse viés, cumpre destacar o instituto da ortotanásia, tendo em vista que esta considera o ato de morrer em seu sentido digno e não como algo nocivo que o ser humano deve evitar. A ortotanásia prioriza a qualidade do restante de vida do paciente, o qual, não podendo mais combater a doença, é submetido aos cuidados paliativos. Estes, também chamados de medidas ordinárias são tratamentos e medidas com a finalidade de diminuir o sofrimento e propiciar uma melhor qualidade de vida ao paciente em sua finitude de vida. Tais cuidados perpassam desde o alívio da dor, cuidados espirituais e psicológicos até cuidados com a família do paciente.

A ortotanásia significa morrer com dignidade e se materializa na suspensão, limitação ou supressão de toda futilidade terapêutica na terminalidade da vida do paciente.⁵⁶

Não se deve entender a morte digna como antecipação do fim da vida, pois não é isso o que acontece, mas relacioná-la à qualidade da vida, a qual não pode reduzir-se ao seu componente biológico. Morte digna significa evitar que o processo de morte seja retardado por meio da obstinação terapêutica⁵⁷, que realiza tratamentos fúteis⁵⁸, visto que a cura já não é mais possível.⁵⁹

⁵⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD Nelson. **Curso de direito civil parte geral e LINDB**. 16. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm 2017. *E-book*. p. 428.

⁵⁶ WILGES, Marília Schwengber. **Testamento vital: a proteção constitucional do sujeito de direito frente a terminalidade da vida**. 2016. Monografia (Bacharelado em Direito)- Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2016. Disponível em: https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/2829/Wilges_Marilia_Schwengber.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 08 jun. 2019.

⁵⁷ A obstinação terapêutica corresponde a conduta médica de evitar a morte de todos os modos, como se houvesse a possibilidade de curar a pessoa, em uma batalha desenfreada e irracional, sem considerar os danos gerados ao paciente. (BARROSO; MARTEL, 2010).

Com os avanços na tecnologia e na medicina, é comum que um paciente em situação de terminalidade da vida seja submetido ao esgotamento terapêutico sem que haja esperança de melhoria. Portanto, é necessário que este paciente tenha o poder de decisão sobre os tratamentos aos quais deseja ou não ser submetido de modo a não colidir com seus princípios morais, espirituais e mentais, preservando, assim, sua dignidade.⁶⁰

Em mesmo sentido destacam Mabtum e Marchetto:

O direito à dignidade não pode restringir-se ao período em que a pessoa desfruta os prazeres da vida. Deve estender-se a todas as etapas, inclusive quando os valores existenciais se modificam, em razão das diferentes necessidades especiais de cada fase da vida, respeitando-se os valores de cada indivíduo, sua vontade, sua liberdade, sua autodeterminação.⁶¹

Deste modo, o princípio da autonomia da vontade, conjuntamente com o princípio da dignidade da pessoa humana, tem por objetivo validar as diretivas antecipadas de vontade no ordenamento jurídico brasileiro, a luz da Constituição Federal, pois o direito de morrer dignamente deve se sobrepor a viver sem dignidade.⁶²

Com efeito, as diretivas antecipadas de vontade, a ortotanásia e os cuidados paliativos asseguram a autonomia da vontade e a proteção da dignidade da pessoa humana, pois asseguram ao ser humano uma morte digna com o mínimo de dor e sofrimento possível.

⁵⁸ Tratamentos fúteis são os meios extraordinários e desmedidos de tratamentos incapazes de ocasionar a melhora ou a cura, mas eficazes em prolongar a vida, ainda que desencadeando sofrimento, de modo que os benefícios são inferiores aos danos causados. (BARROSO; MARTEL, 2010).

⁵⁹ MABTUM, M. M.; MARCHETTO, P. B. **O debate bioético e jurídico sobre as diretivas antecipadas de vontade**. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015. *E-book*. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/qdy26/pdf/mabtum-9788579836602.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2019. p. 62.

⁶⁰ LIMA, Meiriany Arruda. O testamento vital a luz do ordenamento jurídico brasileiro e o princípio pro homine. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, Brasília, v. 7, n. 1, p. 12-28, jan./mar, 2018. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/422/514>. Acesso em: 15 jun. 2019.

⁶¹ MABTUM, M. M.; MARCHETTO, P. B. **O debate bioético e jurídico sobre as diretivas antecipadas de vontade**. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015. *E-book*. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/qdy26/pdf/mabtum-9788579836602.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2019. p.61.

⁶² OLIVEIRA, Adriana Rosa de. Testamento vital e as diretivas antecipadas de vontade: direito de morrer com dignidade. **Revista Dissertar**, v. 1, n. 26-27, p. 13-20. 2017. Disponível em: <http://revistadissertar.adesa.com.br/index.php/revistadissertar/article/view/18>. Acesso em: 08 jun. 2019.

2.2.3 Da proibição do tratamento desumano ou degradante

Além dos princípios da dignidade da pessoa humana e da autonomia da vontade, as diretivas antecipadas de vontade também encontram embasamento no princípio da proibição de tratamento desumano ou degradante, positivado no art. 5º, inciso III, da Constituição Federal, como se observa:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;⁶³

Sobre o assunto pontua Fernandes:

O inciso III do supracitado artigo, reservou a vedação a tortura e ao tratamento desumano ou degradante. Este dispositivo constitucional, assim como os outros, deve ser visto com elasticidade e dimensão múltipla para atender a vida cotidiana e orientar o comportamento humano. Tratamento desumano, ou cruel, é aquele comportamento repudiado e condenado, ação regada de perversidade que afronta a dignidade da pessoa humana. Entende desumano - tratamento indevido ao ser humano - aquele que provoca imenso sofrimento mental e físico e atinge direta ou indiretamente a dignidade da pessoa, seus direitos fundamentais, bem como seus direitos de personalidade - integridade física, moral, psicológica, social, entre outros. O tratamento degradante, similar ao desumano, humilha, diminui e desqualifica a condição de ser humano. A pessoa age contra sua vontade ou consciência.⁶⁴

No contexto desta apreciação sistemática da Constituição Federal, não se pode esquecer também que a vedação ao tratamento desumano e degradante, disposta no inciso III do artigo 5º da Constituição Federal, não se limita às práticas de tortura ocorridas durante a ditadura militar, nem ao dever de se preservar a integridade física dos presos. A análise do dispositivo, ao invés, deve ser abrangente e irrestrita. Destarte, o desgaste de um paciente, mediante o prolongamento do seu

⁶³ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da república, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 31 maio 2019.

⁶⁴ FERNANDES, Laís Turra. **O testamento vital como instrumento de proteção da dignidade da pessoa humana**. 2015. Monografia (Bacharelado em Direito) - Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2015. Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/7010/1/20914155.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2019. p. 32.

sofrimento, através da utilização de técnicas de ressuscitação, sem a sua anuência, é inaceitável.⁶⁵

Outrossim, corroborando o princípio constitucional, o Código Civil Brasileiro dispõe em seu artigo 15 que: “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.”⁶⁶

Ademais, a Lei nº 10.241/99 do Estado de São Paulo, que dispõe sobre os direitos dos usuários de serviços de saúde, garante aos indivíduos em seu art. 2º, inciso XXIII, o direito a consentir ou negar tratamentos dolorosos ou extraordinários que tenham por finalidade prolongar a vida, direito esse, também disposto nas leis estaduais nº 16.279 de Minas Gerais e nº 14.254 do Paraná.

Estas normas, conjuntamente com a Resolução nº 1995/2012 e o Código de Ética Médica, asseguram a defesa da validação das diretivas antecipadas de vontade no ordenamento jurídico pátrio, que têm servido como fundamento para a efetivação das diretivas antecipadas de vontade, inclusive para, em algumas vezes, o seu registro nos cartórios notariais brasileiros.⁶⁷

Os conceitos abordados neste capítulo são imprescindíveis para apreciação da presente monografia. Desse modo, em resumo, as diretivas antecipadas de vontade são um gênero de documentos do qual são espécies a declaração prévia de vontade do paciente terminal e o mandato duradouro, as quais privilegiam a vontade do paciente e são asseguradas pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da autonomia da vontade e da vedação do tratamento desumano ou degradante.

⁶⁵ NERY, Maria Carla Moutinho. **O direito de viver sem prolongamento artificial**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2014. Disponível em: [https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/11189/1/DISSERTAÇÃO Maria](https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/11189/1/DISSERTAÇÃO%20Maria)

⁶⁶ BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 07 jun. 2019.

⁶⁷ DADALTO, Luciana. Aspectos registraes das diretivas antecipadas de vontade. **Civilistica.com**, ano 2, n. 4, p. 3-9, 2013. Disponível em: <http://civilistica.com/aspectos-registraes-das-diretivas-antecipadas-de-vontade/>. Acesso em: 31 maio 2019.

3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O presente capítulo aborda temas atinentes a responsabilidade civil para melhor compreensão da temática enfocada. Nesse sentido, é verificado o conceito, histórico, elementos e as espécies de responsabilidade civil.

3.1 CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O termo responsabilidade se origina no verbo latino *respondere*, significando a obrigação que o indivíduo possui com as consequências jurídicas de seus atos, derivando ainda da raiz latina *spondeo*, pela qual se sujeitava o devedor, nos contratos verbais do direito romano.⁶⁸

O direito é destinado aos atos lícitos; abrange os ilícitos, por ser necessário coibi-los e reparar suas consequências danosas. Para alcançar tal fim, o ordenamento jurídico estabelece deveres positivos, de dar ou fazer, e negativos de não fazer ou não sujeitar-se a algo. Fala-se, também, em um dever geral de não causar dano a ninguém, conhecido no direito romano pela máxima *neminem laedere*. Alguns desses deveres alcançam a todos sem distinções, como é o caso dos direitos absolutos, já outros, como os relativos, alcançam a pessoa ou pessoas determinadas. Desse modo, dever jurídico pode ser a conduta externa de um indivíduo imposta pelo direito positivo, por imposição do convívio em sociedade, não se tratando de uma recomendação, mas sim de uma ordem a ser seguida. Destarte, impor deveres jurídicos significa criar obrigações.⁶⁹

Dentre as várias interpretações sobre a responsabilidade existentes, algumas baseadas no livre arbítrio, outras em motivações psicológicas, ressalta-se o sentido da responsabilidade pela perspectiva da realidade social. Todo ato que provoca danos traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade. Busca ela restabelecer o equilíbrio patrimonial e moral ocasionado pelo autor do prejuízo. A fonte geradora da responsabilidade civil corresponde ao interesse de restaurar o

⁶⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. 3: responsabilidade civil. *E-book*.

⁶⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

equilíbrio e a harmonia. Assevera-se, desse modo, que responsabilidade expressa ideia de reequilibrar contraprestações e de reparação de prejuízo.⁷⁰

Destarte, obrigação é um dever jurídico originário e responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, resultante da violação do primeiro. Se alguém assume o compromisso de prestar serviços profissionais a outrem, cria-se uma obrigação, um dever jurídico originário. Se os serviços não forem cumpridos, estar-se-á violando o dever jurídico originário, surgindo então, a responsabilidade, o dever de reparar o dano provocado pelo inadimplemento da obrigação. Em suma, em toda obrigação há um dever jurídico originário, já na responsabilidade há um dever jurídico sucessivo, portanto, sempre que se quiser saber quem é o responsável, deve-se observar a quem foi imputado o dever jurídico originário.⁷¹ De acordo com Nader “responsável é a pessoa que se sujeita às consequências pelo descumprimento do dever; é a que deve garantir eventuais indenizações.”⁷²

Sobre o conceito de responsabilidade civil, pontua Cavalieri Filho:

É aqui que entra a noção de *responsabilidade civil*. Em seu sentido etimológico, responsabilidade exprime a ideia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa ideia. A essência da responsabilidade está ligada à noção de desvio de conduta, ou seja, foi ela engendrada para alcançar as condutas praticadas de forma contrária ao direito e danosas a outrem. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.⁷³

A responsabilidade civil, como já explicitado, provém do não cumprimento de um dever jurídico básico, deliberado e estabelecido em lei ou em convenção. Isto posto, ao descumprir o dever jurídico o indivíduo pratica ilícito extracontratual ou contratual. Haverá a responsabilidade, ou, melhor dizendo, dever de indenização, em caso de prejuízo ou consoante condições previstas em ato negocial.⁷⁴

⁷⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil** São Paulo: Saraiva 2016. E-book. v. 4.

⁷¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

⁷² NADER, Paulo. **Curso de direito civil, volume 7: responsabilidade civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. *E-book*.

⁷³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012. p. 2.

⁷⁴ NADER, Paulo. **Curso de direito civil, volume 7: responsabilidade civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. *E-book*.

Em mesmo sentido, observa-se o conceito de responsabilidade civil trazido por Gagliano e Pamplona Filho:

De tudo o que se disse até aqui, conclui-se que a noção jurídica de responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando a priori ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato (obrigação de reparar). Trazendo esse conceito para o âmbito do Direito Privado, e seguindo essa mesma linha de raciocínio, diríamos que 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 de coisas.⁷⁵

Feita essa conceituação sobre a responsabilidade civil, parte-se para sua evolução histórica, pois de acordo com as constantes transformações sociais, esta vem sendo debatida e modificada para atingir o desiderato social.

Anterior a responsabilidade civil, a vingança privada foi o primeiro modo utilizado para reagir as condutas lesivas. Como não havia um poder central, a vingança era realizada pela própria vítima. Posteriormente, surgiu a Lei de Talião: olho por olho, dente por dente – típico das tradições bíblicas, a qual, inobstante seu rigor, correspondia indubitavelmente a um temperamento dos costumes primitivos, em razão da proporcionalidade do castigo. Somente após essas formas primitivas de autotutela, é que iniciou-se a compensação pecuniária, um pacto pelo qual a devolução de uma soma em dinheiro substituíria tanto a vingança como a Lei de Talião.⁷⁶ Em um período mais avançado, quando já havia uma autoridade soberana, a composição pecuniária que antes era voluntária passa a ser obrigatória e tarifada. É o período em que vigora o Código de Urnammu, o Código de Manu e a Lei das XII tábuas.⁷⁷

De toda forma, a responsabilidade civil encontra seu divisor de águas na Lex Aquilia do direito romano. Essa lei, a princípio de uso limitado, ganha espaço na época de Justiniano como remédio jurídico de caráter geral. O direito romano, ao interpretar a Lex Aquilia, extrai o princípio pelo qual se pune a culpa⁷⁸ por prejuízos

⁷⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. 3: responsabilidade civil. *E-book*.

⁷⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD Nelson. **Curso de direito civil responsabilidade civil**. 16. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm 2017. *E-book*.

⁷⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva 2016. v. 4. *E-book*.

⁷⁸ De todo modo, deve salientar-se que o elemento culpa apenas foi introduzido na interpretação da Lex Aquilia muito tempo depois, diante da máxima de Ulpiano segundo a qual *in lege Aquilia et*

injustamente causados, independente de relação obrigacional anterior. Origina-se aí a responsabilidade extracontratual baseada na culpa. A Lex Aquilia proporcionava ao titular de bens o direito de obter o pagamento de uma penalidade em dinheiro de quem deteriorasse ou destruísse seus bens. A lei também se aplicava nos casos de danos ou morte de escravos, visto que estes eram considerados como coisas.⁷⁹ Nesse ínterim, embora a Lex Aquilia se destinasse somente ao proprietário de bens lesados, a influência da jurisprudência e as extensões concedidas pelo pretor fizeram com que surgisse uma doutrina romana da responsabilidade extracontratual.⁸⁰

Daí em diante, a responsabilidade civil com culpa passou a ser regra em todo direito comparado, influenciando os ordenamentos jurídicos modernos como o Código Napoleônico de 1804. Pela tradução do artigo 1.383 da citada codificação, são pressupostos da responsabilidade civil a conduta comissiva ou omissiva do agente, a culpa lato sensu, o nexo de causalidade e o dano.⁸¹

Entretanto, percebeu-se que a teoria clássica da culpa já não conseguia abarcar todas as circunstâncias em que os danos se perpetuavam sem indenização por impossibilidade de se comprovar a culpa. Em decorrência disso, o sistema começou a visualizar na jurisprudência novas resoluções, ampliando o conceito de culpa e aceitando novas teorias que defendiam a reparação do dano, decorrente exclusivamente do fato ou em razão do risco criado. Estas teorias, posteriormente passaram a ser incorporadas pelas legislações, até mesmo pelo Código Civil Brasileiro.⁸²

O direito civil brasileiro anterior ao Código de 1916 não constituía um sistema, o que dificultava a análise de seus institutos. Por volta de 1850 vigoravam as Ordenações Filipinas, as quais eram insuficientes para regulamentar a matéria dos fatos e acontecimentos. Diante disso, o intérprete da lei recorria ao Direito Romano e ao Canônico, além dos costumes. A responsabilidade civil era regulamentada por

levíssima culpa *venit*, isto é, haveria o dever de reparar mesmo pela culpa mais leve. (AZEVEDO, 2019).

⁷⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: obrigações e responsabilidade civil 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. *E-book*.

⁸⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. 3: responsabilidade civil. *E-book*.

⁸¹ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: Direito das obrigações e responsabilidade civil. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 2. *E-book*.

⁸² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. 3: responsabilidade civil. *E-book*.

dispositivo equivalente ao do art. 1.892 do Código Napoleônico, encontrado na Lei de 3 de dezembro de 1841 em seu art. 68 e arts. 21 e 22 do Código Criminal de 1830. Os prejuízos provocados aos indivíduos, ou bens de outrem, por meio de dolo ou culpa, ainda que leve, compeliam o autor a reparar plenamente o dano. A Consolidação das Leis Civis de 1857 manteve tais disposições. Consoante o art. 800, a reparação dos danos deveria ser a mais plena possível, sendo a vítima beneficiada em caso de dúvida.⁸³

O Código Civil de 1916 adotou a regra da responsabilidade subjetiva que demanda culpa ou dolo do autor do dano. Todavia, em algumas situações presumia a culpa do causador, (arts. 1.527, 1.528, 1.529, dentre outros).⁸⁴

O art. 15 do Código Civil de 1916 também representou um rompimento com a teoria da responsabilidade com culpa, pois apresentou a responsabilidade civil do Estado pelos atos de seus agentes, a qual foi corroborada posteriormente pelo art. 37, inciso VI, da Constituição Federal de 1988.⁸⁵

Seguindo as linhas do Código Civil de 1916, o Código Civil brasileiro de 2002 adotou uma forma geral para a responsabilidade extracontratual ao definir ato ilícito no art. 186⁸⁶ e determinar a reparação dos danos no caput do art. 927⁸⁷. Ademais, como a antiga codificação, a atual filiou-se, como regra, a teoria da responsabilidade subjetiva, distinguindo-se esta última da anterior por ampliar sua reparação e por abarcar, além dos danos materiais, também os danos morais. Outrossim, no Código Civil de 1916 não havia um critério geral para se adotar a responsabilidade civil independente da culpa, prevalecendo somente a teoria do risco quando disposta em lei. O atual Código Civil traz⁸⁸ de modo geral a responsabilidade civil sem culpa, além dos casos previstos em lei, quando a conduta realizada pelo causador do dano acarretar riscos para os direitos alheios.

⁸³ NADER, Paulo. **Curso de direito civil, volume 7: responsabilidade civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. *E-book*.

⁸⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil** v. 4. São Paulo: Saraiva 2016. *E-book*.

⁸⁵ TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 2. *E-book*.

⁸⁶ É assim que dispõe o artigo 186 do Código Civil de 2002, “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. (BRASIL, 2002).

⁸⁷ Conforme o disposto no caput do art. 927 do Código Civil de 2002, “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), Causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.” (BRASIL, 2002).

⁸⁸ De acordo com o Parágrafo único do art. 927 do Código Civil/2002, “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.” (BRASIL, 2002).

Corroborando tal assunto, observa-se trecho da obra de Gonçalves:

A realidade, entretanto, é que se tem procurado fundamentar a responsabilidade na ideia de culpa, mas, sendo esta insuficiente para atender às imposições do progresso, tem o legislador fixado os casos especiais em que deve ocorrer a obrigação de reparar, independentemente daquela noção. É o que acontece no direito brasileiro, que se manteve fiel à teoria subjetiva nos arts. 186 e 927 do Código Civil. Para que haja responsabilidade, é preciso que haja culpa. A reparação do dano tem como pressuposto a prática de um ato ilícito. Sem prova de culpa, inexistente a obrigação de reparar o dano. Entretanto, em outros dispositivos e mesmo em leis esparsas, adotaram-se os princípios da responsabilidade objetiva como nos arts. 936 e 937, que tratam, respectivamente, da responsabilidade do dono do animal e do dono do edifício em ruína; nos arts. 938, 927, parágrafo único, 933 e 1.299, que assim responsabilizam, respectivamente, o habitante da casa de onde caírem ou forem lançadas coisas em lugar indevido, aquele que assume o risco do exercício de atividade potencialmente perigosa, os pais, empregadores e outros, e os proprietários em geral por danos causados a vizinhos.⁸⁹

A responsabilidade objetiva reflete um aspecto material do acesso à justiça, tendo em vista a situação de desequilíbrio percebida nas hipóteses por ela alcançadas. Indubitavelmente, apartada a responsabilidade sem a verificação da culpa, seria muito difícil, pela ineficácia geral observada na grande maioria dos casos, que um particular obtivesse êxito em uma ação contra o Estado ou um consumidor contra uma grande empresa. O Código Civil de 2002 trouxe a responsabilidade objetiva de forma geral em seu art. 927, parágrafo único, sem prejuízo de outros dispositivos legais que também trazem a responsabilidade sem culpa.⁹⁰

Em conclusão, a responsabilidade civil decorre do descumprimento de um dever jurídico originário, surgindo assim o dever sucessivo de reparar o dano, seja ele patrimonial ou moral. O ordenamento jurídico pátrio, em regra, adota a teoria subjetiva da responsabilidade civil, utilizando-se, contudo, da teoria objetiva nos casos em que a culpa não possa ser verificada.

3.2 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Após o estudo do conceito e histórico da responsabilidade civil, são abordados, doravante, seus elementos essenciais. Percebe-se que entre os

⁸⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 4. *E-book*. p. 29.

⁹⁰ TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito das obrigações e responsabilidade civil v. 2. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*.

doutrinadores há divergências de opiniões sobre quais são os elementos essenciais da responsabilidade civil. Alguns adotam como pressupostos a conduta, o dano, o nexo de causalidade e a culpa, já outros não consideram este último como elemento essencial da responsabilidade civil.

O Código Civil dispõe em seu art. 186 que todo aquele que provoca prejuízo a alguém fica compelido a repará-lo. Segundo o dispositivo: “aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”⁹¹ A presente pesquisa para fins didáticos, apresenta a classificação dos elementos estruturais da responsabilidade civil em ação ou omissão, dano, nexo de causalidade e culpa, os quais são verificados nos seguintes tópicos.

3.2.1 Ação ou omissão, dano e nexo de causalidade

A conduta humana pode ser engendrada por uma ação (conduta positiva) ou omissão (conduta negativa) voluntária ou por negligência, imprudência ou por imperícia, as quais caracterizam o dolo e a culpa, nesta ordem. Verifica-se que a ação é a regra, contudo, para se caracterizar a omissão, é indispensável que haja o dever jurídico de praticar determinada ação, bem como ficar comprovado que a conduta esperada não foi realizada. Além disso, destaca-se que para a omissão é imprescindível ainda a evidência de que, caso a conduta fosse realizada, o dano poderia ter sido impedido.⁹²

A ação é a forma mais comum de exteriorização da conduta porque, fora do domínio contratual, as pessoas estão obrigadas a abster-se da prática de atos que possam lesar o seu semelhante, de sorte que a violação desse *dever geral de abstenção* se obtém através de um fazer. Consiste, pois, a ação em um movimento corpóreo comissivo, um comportamento positivo, como a destruição de uma coisa alheia, a morte ou lesão corporal causada em alguém, e assim por diante. Já a omissão, forma menos comum de comportamento, caracteriza-se pela *inatividade* ou abstenção de alguma conduta devida.⁹³

⁹¹ BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 07 jun. 2019

⁹² TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil** v. 2. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*.

⁹³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.p. 25.

A ação ou omissão pode ser reconhecida em três casos possíveis, a saber: ato próprio: a obrigação de reparar o dano é do autor do ato que acarretou o prejuízo, com embasamento nos arts. 186 e 942 CC/2002; ato de terceiro: a obrigação de reparar o dano recai sobre pessoa distinta do autor da conduta. Ocorre quando os pais respondem pelos atos praticados pelos filhos, o tutor e o curador pelos atos dos pupilos e curatelados, o empregador por seus empregados, os donos de hotéis por seus hóspedes, os participantes pelo produto do crime; e por fim há a responsabilidade civil pelo fato de animal ou da coisa, previstas nos arts. 936 e 937, respectivamente.⁹⁴ Desse modo, fica claro a regra de que a conduta humana causadora da ilicitude gera seu correspondente dever de reparação, sendo certo que o indivíduo também pode ser responsável por reparar danos que não foram causados pela sua própria conduta. Esclarece-se também que dentro da conduta deve estar a ilicitude.⁹⁵

De modo simplificado, percebe-se que a ilicitude nasce, fundamentalmente, de uma contrariedade ao direito, por se configurar em situações nas quais é detectada uma violação da ordem jurídica. Este é o seu dado objetivo: a antijuridicidade.

O comportamento antijurídico se instala no momento em que o agente ofende o dever genérico e absoluto de não ofender, sem consentimento, a esfera jurídica alheia. Cuida-se da divergência entre aquilo que ordena a norma e a conduta do agente, mediante a não realização dos fins da ordem jurídica. Seja por ação ou por omissão, a contradição do comportamento com o sistema - tido aqui como conjunto de princípios e regras - produz a antijuridicidade.⁹⁶

Tendo em vista que a responsabilidade civil acomete a ideia de imposição dos efeitos nocivos da conduta ao autor do dano, é evidente que para haver o dever de reparação a referida conduta lesiva deve contrariar o ordenamento jurídico, não sendo por outra razão que a fonte legal da responsabilidade civil corresponde ao ato ilícito, como se vê no art. 186 CC/2002.⁹⁷

⁹⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. 3: responsabilidade civil. *E-book*.

⁹⁵ TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 2. *E-book*.

⁹⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD Nelson. **Curso de direito civil responsabilidade civil**. 16. ed. rev., atual. e amp. Salvador: Juspodivm 2017. *E-book*. p. 154.

⁹⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. 3: responsabilidade civil. *E-book*.

Outro elemento essencial da responsabilidade civil é o dano, pois de acordo com a cláusula geral presente no caput do art. 927 do Código Civil, “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo”.⁹⁸

Para que o dano venha a ser sancionado pelo ordenamento jurídico, vale dizer, para que a legislação autorize aquele que o sofreu a exigir do responsável uma indenização, indispensável se faz a presença de dois elementos: um de fato e outro de direito. O primeiro se manifesta no prejuízo e o segundo, na lesão jurídica. É preciso que a vítima demonstre que o prejuízo constitui um fato violador de um interesse jurídico tutelado do qual seja ela o titular.⁹⁹

O dano patrimonial ocorre quando há uma redução nos bens da vítima ou quando impede seu crescimento. A redução do patrimônio caracteriza os chamados danos emergentes. Já quando a vítima fica impedida de realizar atividades que lhe proporcionem ganhos econômicos, fala-se em lucros cessantes.¹⁰⁰

Além do dano patrimonial, há também o dano moral ou extrapatrimonial, como se observa nas palavras de Venosa:

Dano moral ou extrapatrimonial é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Sua atuação é dentro dos direitos da personalidade. Nesse campo, o prejuízo transita pelo imponderável, daí por que aumentam as dificuldades de se estabelecer a justa recompensa pelo dano.¹⁰¹

A ampla reparação dos danos morais tornou-se indiscutível com a Constituição Federal de 1988, com a matéria alcançando status de direito e garantia fundamental.¹⁰²

No que concerne a possibilidade de cumulação de danos nas ações de responsabilidade civil, o Superior Tribunal de Justiça prevê que a indenização deve ser a mais ampla possível, incluindo todas as modalidades de danos. Nesse sentido editou a súmula 37, dispondo que “São cumuláveis indenizações por dano material e

⁹⁸ BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 07 jun. 2019.

⁹⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD Nelson. **Curso de direito civil responsabilidade civil**. 16. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm 2017. *E-book*. p. 239.

¹⁰⁰ NADER, Paulo. **Curso de direito civil, volume 7: responsabilidade civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. *E-book*.

¹⁰¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil** 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. *E-book*.

¹⁰² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. 3: responsabilidade civil. *E-book*.

dano moral oriundos do mesmo fato”; e a Súmula 387 afirmando que “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”.¹⁰³

O elemento da responsabilidade civil que tem a função de relacionar o ato ilícito praticado pelo agente e o prejuízo causado é o nexo de causalidade. Nesse sentido, nexo causal segundo Gonçalves,

é a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado. 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.¹⁰⁴

Na teoria da responsabilidade subjetiva, o nexo de causalidade é constituído pela culpa e o dolo. Na responsabilidade objetiva, o nexo de causalidade decorre da conduta, somada a previsão legal de responsabilização sem a verificação da culpa ou pela teoria do risco.¹⁰⁵

Consoante o entendimento de Farias e Rosenvald, o nexo de causalidade exerce duas funções, quais sejam:

No setor da responsabilidade civil, o nexo causal exercita duas funções: a primeira (e primordial) é a de conferir a obrigação de indenizar aquele cujo comportamento foi a causa eficiente para a produção do dano. Imputa-se juridicamente as consequências de um evento lesivo a quem os produziu (seja pela culpa ou risco, conforme a teoria que se adote). A seu turno, a segunda função será a de determinar a extensão deste dano, a medida de sua reparação. Ou seja, pela relação da causalidade seremos capazes de determinar quem repara o dano e quais os efeitos danosos serão reparados. Assim, quando o artigo 944 do Código Civil enuncia que a indenização será medida pela extensão do dano, percebemos que a delimitação da indenização requer uma percuciente análise da causalidade, para que se no caso concreto saibamos "quem" indeniza e "o que" se indeniza. O referido dispositivo objetivamente dispõe que conforme a sua participação causal para o evento, o agente contribuirá para a reparação integral, considerada como a maior coincidência possível entre a sua situação atual e aquela anterior à geração do dano injusto.¹⁰⁶

De acordo com Valente, o nexo de causalidade baseia-se em três teorias, a saber:

¹⁰³ VALENTE, Rubem. **Direito civil facilitado**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

¹⁰⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil** v. 4. São Paulo: Saraiva 2016. *E-book*. p. 54.

¹⁰⁵ TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 2

¹⁰⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD Nelson. **Curso de direito civil responsabilidade civil**. 16. ed. rev., atual. e amp. Salvador: Juspodivm, 2017. *E-book*. p. 405

- a) Teoria da Equivalência de Condições (*Conditio Sine Qua Non*): desenvolvida a partir das ideias do filósofo Von Buri. A ideia basilar da teoria é que todo e qualquer comportamento anterior que haja concorrido para o resultado é causa. Adotada no direito penal (temperada pela teoria da imputação objetiva), gera o problema da regressão infinita do nexo causal;
- b) Teoria da Causalidade Adequada: criada pelo alemão Von Kries. Considera-se causa apenas o antecedente abstratamente idôneo à consumação do resultado. Baseia-se em um juízo de probabilidade;
- c) Teoria da Causalidade Direta ou Imediata (Teoria da Interrupção do Nexo Causal): idealizada por Agostinho Alvim, sendo mais objetiva que a anterior. Para ela, causa é apenas o antecedente que determina o resultado como consequência direta e imediata. Não se faz um juízo probabilístico de adequação, mas sim um juízo de necessidade.¹⁰⁷

Segundo Tartuce, a teoria adotada pelo Código Civil Brasileiro corresponde a teoria da causalidade adequada, uma vez que a indenização deve ser adequada aos fatos que a rodeiam, conclusão baseada nos arts. 944 e 945¹⁰⁸ do Código Civil. Sendo assim, no que concerne a indenização, esta deve ser auferida conforme o grau de culpa dos envolvidos, isto é, de acordo com sua contribuição causal.¹⁰⁹ Corroborando tal entendimento sustenta Cavalieri Filho que, em se tratando de responsabilidade civil, nem todas as condições contribuidoras para o resultado se equivalem, mas apenas aquela que foi a mais adequada a consumação do resultado concreto. Além de se questionar se certa condição colaborou para o resultado, é necessário também verificar abstratamente se esta causa era a mais adequada a produzir o efeito.¹¹⁰

Tendo verificado os conceitos de conduta, dano e nexo causal, parte-se para o estudo da culpa, elemento necessário à responsabilidade subjetiva e dispensável à responsabilidade objetiva.

3.2.2 A culpa

A culpa *latu sensu*, isto é, em seu sentido amplo, verifica-se quando não se observa um dever de cuidado imposto pelo ordenamento jurídico, que busca a

¹⁰⁷ VALENTE, Rubem. **Direito civil facilitado**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017. *E-book*.

¹⁰⁸ Os arts. 944 e 945 do Código Civil Brasileiro ao tratarem do ato do ato de indenizar, assim dispõem: "Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização. Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano". (BRASIL, 2002).

¹⁰⁹ TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade Civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 2. *E-book*.

¹¹⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 2012.

harmonia social. Se esta inobservância é intencional, o indivíduo atuou com dolo; se foi desencadeada por negligência, imperícia ou imprudência, a sua conduta foi somente culposa em sentido estrito.¹¹¹

Sobre o assunto destacam Farias e Rosenvald:

Ao contrário do que ocorre na seara penal, no direito civil o vocábulo culpa é invariavelmente utilizado para exprimir uma ideia de culpa lata, considerada como qualquer comportamento que intencionalmente, ou por falta de cautela, viola um dever jurídico. Desse conceito amplo depuramos a distinção entre dolo e culpa *stricto sensu*: o dolo como a vontade direta de produzir o dano; a culpa quando, sem intenção de causar dano a outrem, omite-se o agente de usar aquela diligência que teria permitido calcular e evitar as consequências danosas de uma ação ou omissão. O comportamento doloso é aferido quando o agente não apenas tem a intenção de praticar o ilícito, mas também quando é indiferente com relação às consequências danosas de seu comportamento. Há o dolo direto - quando o agente atua para atingir o fim ilícito, com intenção de omitir o comportamento devido - e o dolo eventual, se o agente atuou em vista de um fim lícito, mas sabia que a sua ação determinaria um resultado ilícito.¹¹²

São formas de manifestação da culpa *stricto sensu*: negligência, imprudência e imperícia. Negligência trata da ausência de cuidado por omissão; imprudência corresponde a ausência de cuidado por ação; imperícia refere-se a ausência de habilidade específica no exercício de atividade técnica.¹¹³

Conforme o entendimento de Nader, “enquanto na conduta dolosa o agente atua conscientemente e deseja o resultado nocivo a outrem, na conduta culposa apenas age determinadamente, sem prever ou desejar, todavia, a prática de dano.”¹¹⁴

Vale salientar que para o direito civil a consequência da conduta dolosa ou culposa é idêntica, qual seja, a reparação dos danos. Entretanto, as regras para o estabelecimento da indenização são diversas, pois o Código Civil apresenta nos arts. 944 e 945 a redução equitativa da indenização, aplicando a teoria da causalidade adequada. Destaca-se que o direito civil brasileiro e o direito comparado adotam a teoria da culpa, segundo a qual haverá obrigação indenizatória se verificado dolo ou culpa. Assim sendo, em regra, incumbe ao autor da conduta o

¹¹¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. 3: responsabilidade civil. *E-book*.

¹¹² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD Nelson. **Curso de direito civil responsabilidade civil**. 16. ed. rev., atual. e amp.. Salvador: Juspodivm 2017. *E-book*. p. 200.

¹¹³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

¹¹⁴ NADER, Paulo. **Curso de direito civil, volume 7**: responsabilidade civil. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. *E-book*.

ônus da prova, de acordo com o que dispõe o art. 373 do Código de Processo Civil.¹¹⁵

Consoante a teoria da responsabilidade subjetiva adotada pelo Código Civil, para que ocorra a reparação dos danos, a vítima precisa comprovar a culpa em seu sentido amplo. Todavia, como em determinadas circunstâncias essa prova é de difícil obtenção e verificação, o nosso ordenamento jurídico adota a responsabilidade objetiva sem a verificação da culpa, em alguns casos específicos, com base, por exemplo, na teoria do risco.¹¹⁶

Em conclusão, o ordenamento jurídico pátrio tem como regra a responsabilidade civil subjetiva com culpa, todavia admite nos casos previstos em lei a responsabilidade objetiva sem culpa.

Após serem verificados os pressupostos da responsabilidade civil, faz-se necessário também breves apontamentos sobre suas espécies no atual ordenamento jurídico.

3.3 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

O presente tópico aborda as principais classificações da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro, bem como suas características e distinções.

3.3.1 Da responsabilidade civil objetiva e subjetiva

O conceito de culpa está amplamente relacionado a responsabilidade, por isso é que, em regra, nenhum indivíduo pode ser censurado ou reprovado sem que haja faltado com o dever de cuidado em suas ações. Daí ser a culpa pressuposto principal da responsabilidade subjetiva, consoante a teoria clássica.

Em seu art. 186 o Código Civil de 2002 manteve a culpa como pressuposto essencial da responsabilidade subjetiva, sendo a culpa nesse caso empregada em seu sentido lato sensu. Por essa teoria clássica, contudo, a vítima só teria seu dano

¹¹⁵ TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 2. *E-book*.

¹¹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil** v. 4. São Paulo: Saraiva 2016. *E-book*.

reparado se comprovada a culpa do agente, o que nem sempre é possível na contemporaneidade.¹¹⁷

A responsabilidade subjetiva não é suficiente para suprir as aspirações de justiça nas relações sociais. Existem atividades que acarretam riscos para a incolumidade física e material dos indivíduos. Com fundamento na culpa, tais prejuízos ficariam sem qualquer reparação, sendo concebida assim a teoria da responsabilidade objetiva para a proteção das vítimas.¹¹⁸

Com base no crescimento industrial e populacional, surgiram novas situações que não podiam ser abarcadas pela concepção tradicional de culpa. Nesta ceara, irromperam inúmeros trabalhos sustentando uma responsabilidade objetiva, sem a verificação da culpa, fundamentada na teoria do risco, adotada pelo Código Civil de 2002.¹¹⁹

A responsabilidade civil objetiva encontra-se positivada no art. 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002, como se observa:

Art. 927, 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.¹²⁰

Desse modo, a lei estabelece a certos indivíduos em determinados casos a reparação do dano independentemente de culpa. Quando isto ocorre, fala-se na supracitada responsabilidade objetiva, a qual prescinde de culpa e se satisfaz com o dano e o nexos de causalidade. Esta teoria tem como fundamento que todo prejuízo é indenizável e deve ser reparado por quem a ele se relaciona por um nexos de causalidade.¹²¹

Corroborando tais entendimentos sobre os sistemas de responsabilidade civil, pontuam Rosa Maria Nery e Nelson Nery em seu Código Civil comentado:

¹¹⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

¹¹⁸ NADER, Paulo. **Curso de direito civil, volume 7: responsabilidade civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. *E-book*.

¹¹⁹ VALENTE, Rubem. **Direito civil facilitado**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

¹²⁰ BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 07 jun. 2019.

¹²¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil v. 4**. São Paulo: Saraiva, 2016. *E-book*.

Dois são os sistemas de responsabilidade civil que foram adotados pelo CC: responsabilidade civil objetiva e responsabilidade civil subjetiva. O sistema geral do CC é o da responsabilidade civil subjetiva (CC 186), que se funda na teoria da culpa: para que haja o dever de indenizar é necessária a existência: a) do dano; b) do nexo de causalidade entre o fato e o dano; c) da culpa lato sensu (culpa – imprudência, negligência ou imperícia – ou dolo) do agente. O sistema subsidiário do CC é o da responsabilidade civil objetiva (CC 927 par. ún.), que se funda na teoria do risco: para que haja o dever de indenizar é irrelevante a conduta (dolo ou culpa) do agente, pois basta a existência: a) do dano; e b) do nexo de causalidade entre o fato e o dano. Haverá responsabilidade civil objetiva quando a lei assim o determinar (v.g., CC 933) ou quando a atividade habitual do agente, por sua natureza, implicar risco para o direito de outrem (v.g., atividades perigosas).¹²²

O Código Civil brasileiro, embora regule diversos casos de responsabilidade objetiva, filia-se em regra geral a teoria subjetiva, como se pode verificar em seu art. 186, o qual alçou o dolo e a culpa como fundamentos para obrigação de reparar o dano.¹²³

Em síntese, o direito deve acompanhar as mudanças ocorridas constantemente nas relações sociais, aplicando para cada caso a teoria que melhor se enquadre e que seja capaz de restaurar o desequilíbrio moral e patrimonial acarretado pelo causador do dano e jamais descartando o surgimento de novas teorias de responsabilidade civil.

3.3.2 Da responsabilidade contratual e extracontratual

A responsabilidade civil decorre do inadimplemento obrigacional, pelo descumprimento de uma regra contratual ou ato normativo que regula a vida. Nesse viés, tem-se a responsabilidade contratual e extracontratual ou aquiliana, diante da Lex Aquilia do Dano, do século III a.C., que definiu o modelo da responsabilidade extracontratual, garantindo a vítima de um dano injusto o direito de receber quantia em dinheiro do autor do prejuízo e não mais a retribuição do mesmo mal provocado, independentemente de haver obrigação anterior. Esta lei surgiu no Direito Romano, na época em que a responsabilidade sem culpa era a regra e o autor do dano tinha sua punição conforme a Pena de Talião disposta na Lei das XII Tábuas.¹²⁴

Em mesmo sentido destaca Cavalieri Filho:

¹²² NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de A. **Código civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

¹²³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil** v. 4. São Paulo: Saraiva 2016. *E-book*.

¹²⁴ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 2. *E-book*.

Haverá responsabilidade contratual quando o dever jurídico violado (inadimplemento ou ilícito contratual) estiver previsto no contrato. A norma convencional já define o comportamento dos contratantes e o dever específico a cuja observância ficam adstritos. E como o contrato estabelece um vínculo jurídico entre os contratantes, costuma-se também dizer que na responsabilidade contratual já há uma relação jurídica preexistente entre as partes (relação jurídica, e não dever jurídico, preexistente, porque este sempre se faz presente em qualquer espécie de responsabilidade). Haverá, por seu turno, responsabilidade extracontratual se o dever jurídico violado não estiver previsto no contrato, mas sim na lei ou na ordem jurídica.¹²⁵

Não é de hoje que se apresenta a dicotomia entre a responsabilidade civil delitual ou aquiliana e a responsabilidade civil contratual ou negocial. Essa subdivisão provém da origem do dever não cumprido, isto é, o delito ou o contrato. Embora na atualidade ocorra uma interpenetração entre ambas, esta classificação entre as fontes reparatórias ainda possui sentido teórico e prático. A responsabilidade civil como uma modalidade geral e a responsabilidade extracontratual como regime específico. A convergência entre as modalidades é um caminho plenamente compreensível em ordenamentos jurídicos complexos e abertos às transformações sociais.¹²⁶

São três os pressupostos que distinguem essas modalidades de responsabilização, sendo eles: imprescindível relação jurídica anterior entre vítima e agente causador; o ônus probatório quanto à culpa; e a diferença quanto à capacidade. Destarte, para determinar a responsabilidade contratual, é indispensável que haja relação jurídica obrigacional anterior entre a vítima e o autor, sendo a culpa contratual o inadimplemento de um dever que corresponde ao objeto do negócio jurídico. A seu turno, na culpa aquiliana ocorre o descumprimento de um dever negativo, isto é, a obrigação de não provocar prejuízos a ninguém. Desse modo, na responsabilidade aquiliana a culpa deve ser provada pela vítima, enquanto na responsabilidade contratual presume-se a culpa, cabendo a vítima apenas comprovar o inadimplemento obrigacional, restando ao agente comprovar que sua conduta não foi culposa ou que ocorreu alguma excludente do nexo causal. Por fim, destaca-se que o menor púbere só se vincula contratualmente quando assistido por

¹²⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. rev e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

¹²⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD Nelson. **Curso de direito civil responsabilidade civil**. 16. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm 2017. *E-book*.

seu representante, e, excepcionalmente quando por má fé declara-se maior (art. 180 CC/02).¹²⁷

O Código Civil diferenciou as duas modalidades de responsabilidades, regulando de forma geral a responsabilidade extracontratual nos artigos 186 a 188 e 927 a 954; e a contratual nos artigos 389 a 420. Além dessas conjecturas, a responsabilidade contratual também alcança o inadimplemento ou mora relativos a toda obrigação ainda que origine-se de um negócio unilateral, como o testamento, a procuração ou a promessa de recompensa ou da lei como a obrigação de prestar alimentos. A responsabilidade extracontratual abrange o descumprimento dos deveres genéricos de abstenção ou omissão, como os que referem-se aos direitos reais, aos direitos da personalidade ou aos direitos de autor, aos direitos de patentes ou de invenções e às marcas.¹²⁸

O inadimplemento refere-se à violação de um dever jurídico, caracterizado na relação jurídica obrigacional anterior. Requer um vínculo entre credor e devedor em uma relação obrigacional de dar, fazer ou não fazer. Havendo o inadimplemento obrigacional, este será substituído por uma obrigação sucessiva indenizatória.

Já a responsabilidade extracontratual impescinde da violação de um dever de não causar dano a ninguém. Não há neste caso intervenção em uma relação obrigacional preexistente, mas unicamente o dever de reparação, pelo qual fica atribuído a alguém a obrigação de arcar com um dano sofrido por outrem.¹²⁹

Em resumo, se o dano é proveniente do descumprimento de uma ordem legal, por conduta ilícita do agente, fala-se em responsabilidade extracontratual. Por seu turno, a responsabilidade contratual provém do inadimplemento obrigacional, de norma contratual fixada anteriormente pelas partes.

Neste capítulo foi traçado um panorama geral da responsabilidade civil, partindo de seu conceito, histórico, pressupostos e espécies, proporcionando embasamento a presente pesquisa bibliográfica, afim de no capítulo posterior discorrer sobre a responsabilidade civil médica decorrente do descumprimento das diretivas antecipadas de vontade.

¹²⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. 3: responsabilidade civil. *E-book*.

¹²⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: responsabilidade civil v. 4. São Paulo: Saraiva 2016. *E-book*.

¹²⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD Nelson. **Curso de direito civil responsabilidade civil**. 16. ed. rev., atual. e amp.. Salvador: Juspodivm 2017. *E-book*.

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA DECORRENTE DO DESCUMPRIMENTO DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

Este capítulo tem por escopo abordar o tema central da presente pesquisa, qual seja, a responsabilidade civil médica decorrente do descumprimento das diretivas antecipadas de vontade. Para tanto, em um primeiro momento, tratar-se-á da responsabilidade civil do médico, bem como far-se-ão algumas considerações sobre a terminalidade da vida e a morte digna. Ao final, serão trazidas algumas posições da doutrina e do CFM sobre se há a possibilidade do médico ser responsabilizado civilmente em decorrência do não cumprimento de uma diretiva antecipada de vontade.

4.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

A responsabilidade civil do médico, ou seja, do indivíduo que possui habilitação necessária e exerce a medicina habitualmente e vive disso, tem como elemento o ato médico praticado com violação de um dever imposto contratual ou legalmente ou ainda pelo costume, imputável a título de culpa, causador de dano moral ou material. Outrossim, o médico também responde por ato de outrem ou por fato das coisas que utiliza na execução de seu serviço.¹³⁰

A responsabilidade civil do médico deve ser analisada sob duas vertentes. Em primeiro lugar, a responsabilidade decorrente da prestação de serviço diretamente pelo médico como profissional liberal. Em segundo lugar, a responsabilidade proveniente da prestação de serviços médicos de forma empresarial, aí incluídos, hospitais, clínicas, bancos de sangue, laboratórios médicos, entre outros.¹³¹

A responsabilidade civil do médico ou de outro profissional da saúde é subjetiva, dependente de culpa, consoante o disposto no Código de Defesa do Consumidor CDC. Já os hospitais, clínicas, casas de saúde e seus semelhantes são considerados fornecedores de serviços sob a teoria do risco.¹³²

¹³⁰AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Direito e medicina**: aspectos jurídicos da medicina. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. *E-book*. p.133- 180. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79058471.pdf> Acesso em 26 out 2019.

¹³¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

¹³² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: obrigações e responsabilidade civil. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. *E-book*.

O CDC estabelece no caput de seu artigo 14¹³³ que os fornecedores de serviços respondem por danos independentemente de culpa. Desse modo, o ato ilícito fica caracterizado quando presentes os seguintes pressupostos: dano, serviço defeituoso e relação de causalidade entre o serviço e o dano. Todavia, considerando as particularidades dos serviços prestados pelos profissionais liberais, o mesmo artigo em seu parágrafo quarto¹³⁴ adota a responsabilidade subjetiva para esses profissionais.

A doutrina justifica essa diferenciação presente na lei pelo caráter intuitu personae dos serviços prestados pelos profissionais liberais. É comum, por exemplo, que o paciente, ao procurar um determinado médico diretamente, assim o faça por conhecê-lo e confiar em seu serviço.¹³⁵

Quando o serviço médico é executado por meio de estabelecimentos ligados à área da saúde, estes responderão objetivamente em caso de danos, sendo cabível o direito de regresso contra o médico que responderá subjetivamente, tendo sua culpa comprovada de acordo com o CDC.¹³⁶

Uma vez que o médico pratica sua atividade em decorrência de sua atuação profissional, em regra está-se diante da responsabilidade civil contratual. Isso porque a atividade médica decorre, em condições normais, da efetivação de um negócio jurídico, em que o médico se obriga a realizar certo serviço.¹³⁷

Dito isso, faz-se necessário a distinção entre obrigação de meio e obrigação de resultado para que se possa verificar qual a espécie de obrigação do médico.

A obrigação de meio considera-se cumprida quando forem adotados pelo profissional todos os recursos e métodos exigidos pela natureza do trabalho. Quando a obrigação for de resultado, cabe ao indivíduo alcançar a finalidade para qual foi contratado, do contrário, ocorre o descumprimento obrigacional, devendo o profissional ser responsabilizado pelos danos ocasionados. Tal diferenciação é

¹³³ Nesse sentido dispõe o Código de Defesa do Consumidor: “Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.” (BRASIL, 1990).

¹³⁴ De acordo com o art. 14 § 4º do Código de Defesa do Consumidor “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”. (BRASIL, 1990).

¹³⁵ NADER, Paulo. **Curso de direito civil, volume 7: responsabilidade civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. *E-book*.

¹³⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. *E-book*.

¹³⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. 3: responsabilidade civil.

essencial na caracterização do adimplemento. Desse modo é a natureza do serviço prestado que define a espécie obrigacional.¹³⁸

Corroborando tal distinção, elucida Aguiar Junior:

A obrigação é de meios quando o profissional assume prestar um serviço ao qual dedicará atenção, cuidado e diligência exigidos pelas circunstâncias, de acordo com o seu título, com os recursos de que dispõe e com o desenvolvimento atual da ciência, sem se comprometer com a obtenção de um certo resultado. O médico, normalmente, assume uma obrigação de meios. A obrigação será de resultado quando o devedor se comprometer a realizar um certo fim, como, por exemplo, transportar uma carga de um lugar a outro, ou consertar e pôr em funcionamento uma certa máquina (será de garantia se, além disso, ainda afirmar que o maquinário atingirá uma determinada produtividade). O médico a assume, por exemplo, quando se compromete a efetuar uma transfusão de sangue ou a realizar certa visita.¹³⁹

Nessa ceara, observa-se o que diz Venosa em relação a obrigação médica:

Assim como a obrigação assumida pelo advogado no patrocínio da causa, como regra geral, é de meio e não de resultado também a contraída pelo médico em relação à terapia e tratamento do enfermo. O médico obriga-se a empregar toda a técnica, diligência e perícia, seus conhecimentos, da melhor forma, com honradez e perspicácia, na tentativa da cura, lenitivo ou minoração dos males do paciente. Não pode garantir a cura, mesmo porque vida e morte são valores que pertencem a esferas espirituais.¹⁴⁰

O resultado disso é que a responsabilidade do médico, embora em regra contratual, é subjetiva, devendo a culpa ser provada. Não provém do simples infortúnio no diagnóstico ou no tratamento, seja clínico ou cirúrgico. Cabe a vítima do dano ou a seus familiares comprovar a culpa do médico.¹⁴¹

Os médicos possuem o compromisso de tratar o paciente com zelo e empregar todos os recursos adequados, não se obrigando, todavia, a curar a doença. Serão somente responsabilizados civilmente quando ficar comprovada qualquer modalidade de culpa: imprudência, negligência ou imperícia. A vítima cabe

¹³⁸ NADER, Paulo. **Curso de direito civil, volume 7: responsabilidade civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. *E-book*.

¹³⁹ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Direito e medicina: aspectos jurídicos da medicina**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. *E-book*. p.133- 180. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79058471.pdf> Acesso em 26 out 2019. p. 6-7.

¹⁴⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. *E-book*.

¹⁴¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

provar que o médico agiu com culpa, como dispõe o art. 951¹⁴² do Código Civil. De igual modo prevê o art. 14, § 4º, do CDC: “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”.¹⁴³

A verificação da culpa do médico deve seguir os mesmos procedimentos utilizados para a comprovação da culpa comum: perante as condições de cada caso, o magistrado deve analisar quais os cuidados cabíveis que o médico deveria oferecer ao paciente, consoante os padrões científicos, e colacionar tal norma científica com a conduta adotada pelo profissional. Se ele não a observou, seu comportamento foi culposos.¹⁴⁴

Além disso, faz-se necessário também destacar o que diz o Código de Ética Médica em seu capítulo III, art. 1º, quanto a responsabilização desses profissionais:

É vedado ao médico:

Art. 1º Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência.

Parágrafo único. A responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida.¹⁴⁵

Em conclusão, havendo dano ao paciente, o médico responde subjetivamente, isto é, para ser responsabilizado civilmente sua culpa precisa ser comprovada. Além disso, em regra o médico possui obrigação de meio, pois sua atividade apenas exige que sejam empregados todos os recursos e técnicas possíveis em certa circunstância, sem que haja, entretanto, o compromisso com o alcance de determinado resultado.

¹⁴² Nesse sentido, assim dispõe o Código Civil: “Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de 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”. (BRASIL, 2002).

¹⁴³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil v. 4.** São Paulo: Saraiva, 2016. p. 264.

¹⁴⁴ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Direito e medicina: aspectos jurídicos da medicina.** Belo Horizonte: Del Rey, 2000. *E-book*. p.133- 180. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79058471.pdf> Acesso em 26 out 2019.

¹⁴⁵ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica - Res. (1931/2009)** Brasília, DF: CFM, 2010. Disponível em: <http://www.rcem.cfm.org.br/index.php/cem-atual>. Acesso em: 31 maio 2019.

4.2 A TERMINALIDADE DA VIDA E A MORTE DIGNA

Este tópico aborda aspectos relacionados a terminalidade da vida, bem como o direito que o ser humano possui a uma morte digna.

Desde os tempos mais antigos a morte e todo mistério que a rodeia tem sido uma preocupação que acompanha o indivíduo, pois a curiosidade sobre tal fenômeno é intrínseca a humanidade. Entretanto, com a hospitalização e medicalização da morte desde meados do século XIX, os debates adquiriram novos limites, chegando ao ponto de se declarar que é melhor não falar sobre a morte para não atraí-la para si, desenvolvendo assim um inalcançável desejo pela imortalidade. Contudo, a morte é inerente a vida, é dela inseparável, devendo assim ser pensada e debatida como todas as demais particularidades relacionadas à vida.¹⁴⁶

A conduta de acompanhar um paciente terminal em seus últimos dias tem sido cada vez mais repudiada na esfera doméstica, deslocando tal competência para a esfera hospitalar, desencadeando o isolamento e a dessocialização dos pacientes terminais. Grande parte das pessoas substituiu a morte natural ao lado dos familiares e conforto do lar pela morte hospitalar, transferindo o paciente para o leito de um hospital ou de uma Unidade de Tratamento Intensivo UTI, tornando o ato de morrer institucionalizado e impessoal, ainda que a equipe multidisciplinar aja com humanidade.¹⁴⁷

Em mesmo sentido, elucida Kovács:

Há o deslocamento do lugar da morte: das casas para os hospitais. Atualmente, o erro médico vincula-se à perda de limites, ao prolongar o processo de morrer com sofrimento. A morte se tornou distante, asséptica, silenciosa e solitária. Se a morte é vista como fracasso ou indignidade, o profissional se vê perdendo batalhas e derrotado. O paciente que sobrevive é guerreiro, mas quando piora é visto como perdedor. A morte pode se tornar evento solitário, sem espaço para a expressão do sofrimento e para rituais. A caricatura que a representa é o paciente que não consegue morrer, com tubos em orifícios do corpo, tendo por companhia ponteiros e ruídos de máquinas, expropriado de sua morte. O silêncio impera, tornando penosa a atividade dos profissionais com pacientes gravemente enfermos. O prolongamento da vida e da doença amplia o convívio entre pacientes, familiares e equipe de cuidados, com estresse e risco de colapso. Não

¹⁴⁶ RIVABEM, Fernanda Schaefer; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Eficácia jurídica das diretivas antecipadas de saúde à luz do ordenamento brasileiro. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, ano 7, n. 3, p. 1-26, 2018. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2018/12/Rivabem-e-Meirelles-civilistica-com-a-7.n.3.2018.pdf> Acesso em 26 out. 2019.

¹⁴⁷ BERTÉ, Roberta. **Morte digna**: a autonomia da vontade no processo de morrer. Teresina: Dinâmica Jurídica, 2016.

conseguir evitar, adiar a morte ou aliviar sofrimento pode trazer ao profissional a vivência de seus limites, impotência e finitude.¹⁴⁸

As pessoas optam por não conversar sobre a morte, acreditando que essa atitude irá afastá-la e atrasá-la, entretanto, quando com ela se esbarram, sentem-se despreparadas, desesperadas e notam que não possuem noção sobre quais são as expectativas do paciente sobre o tratamento a lhe ser oferecido, ou ainda, seus desejos quanto a seu enterro ou cremação. Ademais, além de ser um problema cultural, essa falta de discussão também é um problema profissional, visto que os médicos não estão preparados para lidar com a morte, mas sim combatê-la a todo custo, não importando os danos que isso possa causar ao enfermo.¹⁴⁹

Talvez, para o direito, a morte seja o melhor e mais efetivo exemplo de igualdade, pois todos serão por ela alcançados em determinado momento. Certamente haverá objeção quanto ao exemplo, aduzindo que uns morrem mais novos, outros mais velhos, uns tem o processo de morrer prolongado por tratamentos, outros morrem naturalmente, uns morrem subitamente, outros lentamente. Contudo, todas essas indagações referem-se ao trajeto e ao seu fim, portanto dizem mais respeito a vida e a existência, fase em que a igualdade não encontra-se sempre propriamente presente. Na morte propriamente dita, não há como se afastar, trata-se de uma constatação irrefutável, pois fisicamente todos morrem. Nesse sentido, vale analisar o que a medicina e o direito podem oferecer em favor da existência com dignidade do indivíduo e a forma como esse processo de terminalidade da vida pode ser compreendido e respeitado por ambos.¹⁵⁰

Nesse viés, surge a necessidade de entender o processo de terminalidade da vida, não sob o ângulo da medicina, mas sob o ângulo do paciente. O enfermo deve se preocupar não com quanto tempo possui de vida e sim com a qualidade do tempo

¹⁴⁸ KOVÁCS, Maria Julia. A caminho da morte com dignidade no século XXI. *Rev. Bioética*, Brasília, v. 22, n. 1, p. 94-104, abr. 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422014000100011 Acesso em: 26 out. 2019. p. 95.

¹⁴⁹ RIVABEM, Fernanda Schaefer; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Eficácia jurídica das diretivas antecipadas de saúde à luz do ordenamento brasileiro. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 7, n. 3, p. 1-26, 2018. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2018/12/Rivabem-e-Meirelles-civilistica-com-a-7.n.3.2018.pdf> Acesso em 26 out. 2019.

¹⁵⁰ ANGELUCI, Cleber Affonso. Considerações sobre o existir: as diretivas antecipadas e a morte digna. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 21, p. 39-59, jul./set. 2019. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/464/307> Acesso em 26 out. 2019.

que lhe resta e isso deve lhe ser assegurado não só pelos profissionais de saúde que o acompanham, mas também pela lei e pelos familiares que o representam.¹⁵¹

A morte não pode ser enxergada como um mal a ser combatido, devendo-se preservar o direito à vida alicerçando-se na dignidade da pessoa humana. Por esse motivo, morrer dignamente corresponde ao maior respeito ao direito fundamental a vida. Nessa ceara, surge a ortotanásia, que se diferencia da eutanásia¹⁵² e da distanásia.¹⁵³

A ortotanásia salvaguarda a autonomia do paciente, garantindo-lhe cuidados paliativos e a recusa a tratamentos fúteis e desproporcionais. Não ocorre nenhum ato que coloque fim a vida como há na eutanásia e nem atos que a prolonguem sem qualidade como na distanásia.¹⁵⁴

Em harmonia com os princípios da dignidade da pessoa humana e da autonomia da vontade, o CFM editou a Resolução nº 1.805/2006 que reconhece a ortotanásia como forma de evitar a imposição de tratamentos desumanos e degradantes. Dispõe o preâmbulo da citada resolução:

Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem 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.¹⁵⁵

Desse modo, na ortotanásia não há a submissão a tratamentos extraordinários para prolongar a vida quando já existe um estado incurável. O

¹⁵¹ RIVABEM, Fernanda Schaefer; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Eficácia jurídica das diretivas antecipadas de saúde à luz do ordenamento brasileiro. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, ano 7, n. 3, p. 1-26, 2018. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2018/12/Rivabem-e-Meirelles-civilistica-com-a-7.n.3.2018.pdf> Acesso em 26 out. 2019.

¹⁵² De acordo com Barroso e Martel, “compreende-se que a eutanásia é a ação médica intencional de apressar ou provocar a morte - com exclusiva finalidade benevolente - de pessoa que se encontre em situação considerada irreversível e incurável, consoante os padrões médicos vigentes, e que padeça de intensos sofrimentos físicos e psíquicos”. (BARROSO; MARTEL, 2010).

¹⁵³ Consoante Barroso e Martel, “por distanásia compreende-se a tentativa de retardar a morte o máximo possível, empregando, para isso, todos os meios médicos disponíveis, ordinários e extraordinários ao alcance, proporcionais ou não, mesmo que isso signifique causar dores e padecimentos a uma pessoa cuja morte é iminente e inevitável. (BARROSO; MARTEL, 2010).

¹⁵⁴ FERNANDES, Laís Turra. **O testamento vital como instrumento de proteção da dignidade da pessoa humana**. 2015. Monografia (Bacharelado em Direito) - Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2015. Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/7010/1/20914155.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2019.

¹⁵⁵ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução Nº 1.805/2006**. Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar [...]. Brasília, DF: CFM, 2006. Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm Acesso em 26 out. 2019.

médico deixa de interferir no desenvolvimento natural e inevitável da morte e passa a aplicar cuidados para diminuir a dor e o sofrimento do paciente.¹⁵⁶

Sobre o assunto, afirmam Farias e Rosenvald:

Importante, no ponto, chamar a atenção para uma significativa advertência, evitando uma confusão conceitual com categorias distintas: não se trata de debater, aqui, a admissibilidade, ou não, de uma morte piedosa, bondosa, quase gentil - a chamada eutanásia. Cuida-se, em verdade, de buscar a afirmação do direito à morte digna como corolário, como consequência natural, do direito a uma vida digna. Equivale a dizer: a dignidade que norteou a vida de uma pessoa humana deve lhe acompanhar até o momento derradeiro, restando obstadas condutas procrastinatórias ou fúteis, que, a par de causar sofrimento, em afrontam a sua integridade física, psíquica e intelectual.¹⁵⁷

Em mesmo sentido afirma Borges:

Morrer com dignidade não é apenas um direito, mas a efetivação de vários direitos: de autonomia, de consciência, de liberdade e, principalmente, de dignidade. É a busca pela morte natural, sem o sofrimento associado à obstinação terapêutica, que apenas prolonga a angústia dos envolvidos. É a busca do direito do ser humano de autodeterminação.¹⁵⁸

Sobre a temática, destacam-se as seguintes decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. DIREITO À SAÚDE. AUTORIZAÇÃO PARA REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. NEGATIVA DO PACIENTE. NECESSIDADE DE SER RESPEITADA A VONTADE DO PACIENTE. 1. O direito à vida previsto no artigo 5º da Constituição Federal não é absoluto, razão por que ninguém pode ser obrigado a se submeter a tratamento médico ou intervenção cirúrgica contra a sua vontade, não cabendo ao Poder Judiciário intervir contra esta decisão, mesmo para assegurar direito garantido constitucionalmente. 2. Ademais, considerando que 'não se justifica prolongar um sofrimento desnecessário, em detrimento à qualidade de vida do ser humano', o Conselho Federal de Medicina (CFM), publicou a Resolução nº 1.995/2012, ao efeito de dispor sobre as diretivas antecipadas de vontade do paciente, devendo sempre ser considerada a sua autonomia

¹⁵⁶ PROVIN, Alan Felipe; VINCENZI, Vanessa Salete. A responsabilidade civil do médico quando do descumprimento das diretivas antecipadas de vontade. **Revista Juris UniToledo**, Araçatuba, v. 3, n. 4, p. 3-24, out./dez. 2018. Disponível em: <http://ojs.toledo.br/index.php/direito/article/view/3098>. Acesso em 26 out. 2019

¹⁵⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD Nelson. **Curso de direito civil parte geral e LINDB**. 16. ed. rev., atual. e amp. Salvador: Juspodivm 2017. *E-book*. Disponível em: <https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/f999fa9463fa32e765a64047e74acf5f.pdf>. Acesso em: 26 out. 2019. p. 429.

¹⁵⁸ BORGES *apud* MABTUM, M. M.; MARCHETTO, P. B. **O debate bioético e jurídico sobre as diretivas antecipadas de vontade**. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015. *E-book*. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/qdy26/pdf/mabtum-9788579836602.pdf>. Acesso em: 26 out. 2019. p. 62.

no contexto da relação médico-paciente. 3. Hipótese em que o paciente está lúcido, orientado e consciente, e mesmo após lhe ser explicado os riscos da não realização do procedimento cirúrgico, este se nega a realizar o procedimento, tendo a madrasta do paciente, a seu pedido, assinado termo de recusa de realização do procedimento em questão, embora sua esposa concorde com a indicação médica. 4. Por essas razões, deve ser respeitada a vontade consciente do paciente, assegurando-lhe o direito de modificar o seu posicionamento a qualquer tempo, sendo totalmente responsável pelas consequências que esta decisão pode lhe causar. NEGADO SEGUIMENTO AO RECURSO" (TJRS, 1ª Câmara Cível - Comarca de São Leopoldo. Agravo de Instrumento nº 70.065.995.078. Rel. Des. Sergio Luiz Grassi Beck, j. 3.9.2015.

CONSTITUCIONAL. MANTENÇA ARTIFICIAL DE VIDA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PACIENTE, ATUALMENTE, SEM CONDIÇÕES DE MANIFESTAR SUA VONTADE. RESPEITO AO DESEJO ANTES MANIFESTADO. Há de se dar valor ao enunciado constitucional da dignidade humana, que, aliás, sobrepe-se, até, aos textos normativos, seja qual for sua hierarquia. O desejo de ter a 'morte no seu tempo certo', evitados sofrimentos inúteis, não pode ser ignorado, notadamente em face de meros interesses econômicos atrelados a eventual responsabilidade indenizatória. No caso dos autos, a vontade da paciente em não se submeter à hemodiálise, de resultados altamente duvidosos, afora o sofrimento que impõe, traduzida na declaração do filho, há de ser respeitada, notadamente quando a ela se contrapõe a já referida preocupação patrimonial da entidade hospitalar que, assim se colocando, não dispõe nem de legitimação, muito menos de interesse de agir. (TJRS, 21ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 70.042.509.562. Rel. Des. Armínio Jose Abreu Lima da Rosa, j. 1º.6.2011.

APELAÇÃO CÍVEL. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. BIODIREITO. ORTOTANÁSIA. TESTAMENTO VITAL. 1. Se o paciente, com o pé esquerdo necrosado, se nega à amputação, preferindo, conforme laudo psicológico, morrer para 'aliviar o sofrimento'; e, conforme laudo psiquiátrico, se encontra em pleno gozo das faculdades mentais, o Estado não pode invadir seu corpo e realizar a cirurgia mutilatória contra a sua vontade, mesmo que seja pelo motivo nobre de salvar sua vida. 2. O caso se insere no denominado biodireito, na dimensão da ortotanásia, que vem a ser a morte no seu devido tempo, sem prolongar a vida por meios artificiais, ou além do que seria o processo natural. 3. O direito à vida garantido no art. 5º, caput, deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa, previsto no art. 2º, III, ambos da CF, isto é, vida com dignidade ou razoável qualidade. A Constituição institui o direito à vida, não o dever à vida, razão pela qual não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a tratamento ou cirurgia, máxime quando mutilatória. Ademais, na esfera infraconstitucional, o fato de o art. 15 do CC proibir tratamento médico ou intervenção cirúrgica quando há risco de vida, não quer dizer que, não havendo risco, ou mesmo quando para salvar a vida, a pessoa pode ser constrangida a tal. 4. Nas circunstâncias, a fim de preservar o médico de eventual acusação de terceiros, tem-se que o paciente, pelo quanto consta nos autos, fez o denominado testamento vital, que figura na Resolução nº 1995/2012, do Conselho Federal de Medicina. 5. Apelação desprovida.¹⁵⁹

¹⁵⁹ ANGELUCI, Cleber Affonso. Considerações sobre o existir: as diretivas antecipadas e a morte digna. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 21, p. 39-59, jul./set. 2019. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/464/307> Acesso em 26 out. 2019.

Desse modo, fica evidenciado por meio destas decisões que nem sempre o prolongamento das terapêuticas representa a vontade dos pacientes terminais. Portanto, o prolongamento de tratamentos sem resultados em pacientes que possuem doenças incuráveis corresponde a violação da dignidade da pessoa humana e da autonomia da vontade do enfermo, acarretando dor e sofrimento não só ao paciente, mas também a seus familiares. Por esse motivo, a prática médica deve ser ponderada a cada caso e as opiniões e subjetividades devem ser equilibradas. Além disso, nos casos de doenças irreversíveis, se for da vontade do paciente, deve-se suspender os tratamentos que possuem a única intenção de curá-lo e investir em cuidados paliativos, priorizando o convívio familiar e a qualidade de vida do paciente. Outrossim, em havendo diretiva antecipada de vontade do paciente, esta deve ser respeitada e efetivada, assegurando-lhe dignidade no seu processo de morrer.

4.3 POSIÇÃO DOUTRINÁRIA E DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

O presente tópico busca verificar as posições tanto da doutrina quanto do CFM em relação a responsabilização civil do médico em decorrência do descumprimento das diretivas antecipadas de vontade.

As diretivas antecipadas de vontade tem por objetivo operacionalizar o direito do paciente para exercer sua autonomia e fazer valer a sua vontade em situações futuras quando estiver impossibilitado de exteriorizá-la, protegendo sua dignidade e autodeterminação no que concerne a relação médico-paciente. Nesse sentido, há a declaração prévia de vontade, documento pelo qual o paciente determina quais cuidados e tratamentos deseja ou não receber em futura situação de terminalidade da vida em que esteja incapaz, bem como há o mandato duradouro, documento pelo qual o paciente escolhe uma ou mais pessoas para tomar as decisões sobre sua saúde em um futuro momento em que esteja incapaz temporária ou permanentemente, além de garantir que se cumpra o disposto na citada declaração prévia de vontade. Entretanto, desde que se começou a falar do instituto no Brasil, há grande insegurança jurídica por não haver legislação que o regule. Nesse âmbito, o CFM editou as resoluções nº 1.805/2006 e 1.995/2012, que deliberam sobre a ortotanásia e as diretivas antecipadas de vontade, respectivamente.

A Resolução nº 1.805 permite aos médicos a suspensão ou limitação de procedimentos que prolonguem a vida do paciente em terminalidade de vida e sem esperança de cura.¹⁶⁰

Considerando os conceitos de ortotanásia e eutanásia já mencionados, percebe-se que o ato delibera a respeito da ortotanásia. Embora a Resolução 1.805 não possa resolver, por si só, a legalização da ortotanásia no Brasil, deve-se levar em conta sua importância na disputa acerca da temática. Desse modo, é necessário que a medicina torne-se mais humana, seja sob a perspectiva do reconhecimento de suas limitações, seja sob o ângulo de privilegiar o ser humano e não a técnica ou procedimento. Vale destacar que a sua elaboração foi resultado de debates entre a sociedade, do qual participaram cientistas, profissionais da saúde, antropólogos, sociólogos, representantes de igrejas, entre outros. A Resolução privilegia a autonomia do paciente, pois o médico deixa de ser quem toma as decisões pelo indivíduo, passando a ser somente quem conduz o processo terapêutico.¹⁶¹

Salienta-se que o ato do médico de limitar ou suspender cuidados fúteis, promovendo a ortotanásia, consoante o que dispõe o art. 1º, §§ 1º e 2º, da Resolução nº 1.805, deve ser antecedido de consentimento informado¹⁶² do paciente, sendo anexados ao prontuário os motivos da referida conduta.¹⁶³

Sobre o assunto elucida Costa:

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.

¹⁶⁰ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução Nº 1.805/2006**. Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar [...]. Brasília, DF: CFM, 2006. Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm Acesso em 26 out. 2019.

¹⁶¹ COSTA, Marcele Nobre Soares da. **A responsabilidade do médico diante do descumprimento do testamento vital**. 2018. Monografia (Bacharelado em Direito) - Centro Universitário de Brasília, Brasília, DF, 2018. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/235/12486> Acesso em 26 out. 2019.

¹⁶² Segundo Barroso e Martel a recusa de tratamento médico consiste na negativa de iniciar ou de manter um ou alguns tratamentos médicos. Após o devido processo de informação, o paciente - ou, em certos casos, seus responsáveis - decide se deseja ou não iniciar ou continuar tratamento médico. O processo culmina com a assinatura de um Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE). (BARROSO; MARTEL, 2010).

¹⁶³ PROVIN, Alan Felipe; VINCENZI, Vanessa Salete. A responsabilidade civil do médico quando do descumprimento das diretivas antecipadas de vontade. **Revista Juris UniToledo**, Araçatuba, v. 3, n. 4, p. 3-24, out./dez. 2018. Disponível em: <http://ojs.toledo.br/index.php/direito/article/view/3098> Acesso em 26 out. 2019.

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. 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. 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.¹⁶⁴

Com a edição de um novo Código de Ética Médica em 2009, o CFM, ao abordar os princípios fundamentais, especifica em seu item XXII que o médico deve evitar a realização de tratamentos terapêuticos desnecessários quando estiver diante de pacientes em estado terminal, somente proporcionando os cuidados paliativos apropriados ao paciente. Tal medida corresponde a uma aceitação pelo CFM do processo de morrer. Possibilita a ortotanásia, assegurando a dignidade do paciente e o seu direito a não ser submetido a tratamento desumano ou degradante com o único objetivo de prolongar sua existência. Corresponde ainda a uma alternativa a distanásia, obstinação terapêutica que apenas intensifica a dor e o sofrimento do paciente e de seus familiares. Diferencia-se da eutanásia, pois não implica em conduta que provoque a morte, mas sim aguarda pela morte em seu tempo natural. Portanto, a ortotanásia representa a morte digna, garantindo um processo de morrer humanizado.¹⁶⁵

Posteriormente, corroborando o direito à vida e a morte digna e privilegiando em todo contexto a autonomia do paciente a partir do consentimento informado, o CFM edita a Resolução nº 1.925, a qual autoriza as diretivas antecipadas de vontade no Brasil, buscando reduzir a dor e o sofrimento ocasionados por procedimentos e cuidados médicos que prorrogam a vida dos pacientes terminais e sem expectativa de cura. Nesse viés, logo em seu art. 1º, a Resolução define as diretivas antecipadas de vontade como um “conjunto de desejos prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber

¹⁶⁴ COSTA, Marcele Nobre Soares da. **A responsabilidade do médico diante do descumprimento do testamento vital**. 2018. Monografia (Bacharelado em Direito) - Centro Universitário de Brasília, Brasília, DF, 2018. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/235/12486> Acesso em 26 out. 2019. p. 40.

¹⁶⁵ LIMA, Luciana. MENEZES, Joyceane Bezerra de. Responsabilidade civil médica diante dos cuidados paliativos e da ortotanásia. **R. Fórum de Dir. Civ.**, Belo Horizonte, ano 4, n. 10, p. 107-122, set./dez. 2015. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/283083138_Responsabilidade_civil_medica_diante_dos_cuidados_paliativos_e_da_ortotanasia Acesso em: 26 out. 2019.

no momento em que estiver incapacitado de expressar livre e autonomamente sua vontade.” Ademais, a normativa também determina aos médicos o respeito as diretivas antecipadas dos pacientes, sendo estas, inclusive, mais relevantes que a vontade dos familiares.¹⁶⁶

Nesse sentido, observam-se as breves ponderações sobre a Resolução trazidas por Feller:

Ato contínuo, preconiza, no caput do art. 2º, que "nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de se comunicar, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas". (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2012). Prevê, ainda, a possibilidade de designação, pelo enfermo, de representante para tal fim, cujas "informações serão levadas em consideração pelo médico". (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2012). Pondera, no entanto, que tal manifestação antecipada não será considerada pelo especialista quando, em sua análise, revelarem-se "em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica". (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2012). O diploma normativo da entidade autárquica explicita, ainda, que:

Art. 2º [...] §3º As diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares. § 4º O médico registrará, no prontuário, as diretivas antecipadas de vontade que lhes foram diretamente comunicadas pelo paciente. § 5º Não sendo conhecidas as diretivas antecipadas de vontade do paciente, nem havendo representante designado, familiares disponíveis ou falta de consenso entre estes, o médico recorrerá ao Comitê de Bioética da instituição, caso exista, ou, na falta deste, à Comissão de Ética Médica do hospital ou ao Conselho Regional e Federal de Medicina para fundamentar sua decisão sobre conflitos éticos, quando entender esta medida necessária e conveniente.¹⁶⁷

Feita essas considerações sobre as resoluções do CFM, parte-se para verificação da responsabilidade civil médica em decorrência do descumprimento de uma diretiva antecipada de vontade.

Ao não cumprir o disposto em uma diretiva antecipada de vontade e desrespeitar a dignidade e autonomia da vontade do paciente, o médico realiza uma conduta ainda mais grave, a obstinação terapêutica, visto que tenta manter vivo um indivíduo que já possui diagnóstico de morte certo e determinado, sem possibilidade de cura. Esse ato por parte do médico acarreta consequências éticas e cíveis. Ressalte-se que o médico ao desenvolver ações terapêuticas inúteis ou obstinadas

¹⁶⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD Nelson. **Curso de direito civil parte geral e LINDB**. 16. ed. rev., atual. e amp.. Salvador: Juspodivm 2017. *E-book*.

¹⁶⁷ FELLER, Nicolle. As diretivas antecipadas da vontade e a responsabilidade civil médica. **Revista da ESMESC**, Florianópolis, v. 24, n. 30, p. 351-370, 2017. Disponível em: <https://revista.esmesc.org.br/re/article/view/174> Acesso em: 26 out. 2019. p. 360.

comete infração ética, consoante o que dispõe o art. 41, parágrafo único¹⁶⁸, do Código de Ética Médica.¹⁶⁹

O médico, como cumpridor da diretiva antecipada de vontade, possui o dever de respeitar a dignidade e autonomia da vontade do paciente por meio do consentimento livre e esclarecido, conforme o disposto no art. 22 do Código de Ética Médica. Outrossim, o art. 1º da mesma codificação reitera o disposto no Código Civil e no CDC, estabelecendo que o médico responde de forma subjetiva pelos danos que provocar ao paciente, seja por ação ou omissão. Dessa forma, o médico responderá subjetivamente pelo descumprimento de uma diretiva antecipada de vontade caso fiquem comprovados os pressupostos da responsabilidade civil, a saber: conduta, relação de causalidade, dano e culpa. A conduta fica caracterizada no momento em que o médico descumpra o disposto em uma diretiva antecipada de vontade. Surge da prática de um ato ilícito, qual seja, o descumprimento de uma norma constitucional, pois lesiona a dignidade e a autonomia da vontade do paciente. O dano evidencia-se pela lesão psicológica do paciente em não poder exercer sua autodeterminação e ainda ser submetido a procedimentos fúteis que não lhe trarão a cura e apenas aumentarão sua dor e sofrimento. A relação de causalidade configura-se pela ligação entre o dano sofrido pelo paciente e o descumprimento da diretiva antecipada de vontade por parte do médico. A culpa, como pressuposto subjetivo, deve ser verificada em seu sentido amplo. Por fim, a conduta do médico deve ser comparada com a conduta de um outro profissional nas mesmas circunstâncias, sendo que, se divergirem, fica comprovada a responsabilidade do médico.¹⁷⁰

Em igual modo, afirmam Mabtum e Marcheto:

¹⁶⁸ Assim dispõe o Código de Ética Médica em seu art. 41 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”. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2019).

¹⁶⁹ MABTUM, M. M.; MARCHETTO, P. B. **O debate bioético e jurídico sobre as diretivas antecipadas de vontade**. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015. *E-book*. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/qdy26/pdf/mabtum-9788579836602.pdf>. Acesso em: 26pit. 2019. p. 129.

¹⁷⁰ PROVIN, Alan Felipe; VINCENZI, Vanessa Salete. A responsabilidade civil do médico quando do descumprimento das diretivas antecipadas de vontade. **Revista Juris UniToledo**, Araçatuba, v. 3, n. 4, p. 3-24, out./dez. 2018. Disponível em: <http://ojs.toledo.br/index.php/direito/article/view/3098>. Acesso em 26 out. 2019.

Para que seja configurada e aplicada a responsabilidade civil, é necessária a existência de seus elementos constitutivos. Deve haver uma conduta (na hipótese aventada, a obstinação terapêutica) em contrariedade à autodeterminação do paciente; um dano material ou moral; e nexo causal, responsável por fundir a conduta ao dano, demonstrando que este ocorreu em razão da conduta.

Some-se a todos esses elementos a necessidade de comprovar à vontade na conduta do agente, representada pela culpa em sentido amplo (negligência, imprudência, imperícia ou dolo).

O médico que descumpra intencionalmente as diretivas antecipadas pratica uma conduta dolosa.¹⁷¹

Com a finalidade de expor a complexidade do tema, destaca-se um caso de descumprimento de diretivas antecipadas de vontade que tem causado inúmeros debates nos Estados Unidos. Beatrice Weisman, de 83 anos, sofreu um AVC e passou várias semanas em um hospital. Esta senhora possuía um documento denominado diretiva antecipada de vontade, no qual expressava seu desejo em não ser mantida viva por aparelhos e determinava seu marido como procurador de saúde para tomar decisões em seu nome. Com a piora do quadro clínico, o marido de Beatrice apresentou as diretivas antecipadas de vontade a equipe médica e pediu que fossem cumpridas. Entretanto, em agosto de 2013, Beatrice teve uma parada cardíaca e foi reanimada, em contrariedade a sua vontade. Durante a reanimação a paciente teve costelas quebradas e formou-se um pneumotórax. Além da massagem cardíaca, os médicos utilizaram o desfibrilador e aplicaram epinefrina para reanimá-la. Um ano após a reanimação o seu marido faleceu. Beatrice permanece viva, reconhece seus familiares, todavia necessita de cuidados durante vinte e quatro horas. Em 2016, seu filho ajuizou ação contra o hospital, pedindo reembolso das despesas hospitalares no montante de U\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil dólares) e a quantia de U\$ 180.000,00 (cento e oitenta mil dólares) por ano para custear os cuidados de Beatrice até sua morte, fazendo as seguintes alegações: as vontades da paciente foram desrespeitadas pelos médicos; o descumprimento das diretivas causou sérios danos psíquicos ao procurador da paciente que sentia-se culpado pelo não acatamento de sua vontade; todo patrimônio da família foi gasto para garantir qualidade de vida a paciente que teve sequelas incuráveis; a paciente nunca desejou estar viva na situação em que se encontra. Em setembro de 2017 as partes chegaram a um acordo, o qual não teve seu valor especificado, mas segundo

¹⁷¹ STOCO, 2004 *apud* MABTUM, M. M.; MARCHETTO, P. B. **O debate bioético e jurídico sobre as diretivas antecipadas de vontade**. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015. *E-book*. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/qdy26/pdf/mabtum-9788579836602.pdf>. Acesso em: 26pit. 2019. p. 129.

o The New York Times esse caso reavivou as discussões sobre o descumprimento das diretivas antecipadas de vontade pelos médicos.¹⁷²

No caso em tela, fica evidenciado que o dano moral causado pelo não acatamento da vontade do paciente pelo médico não só ocasionou prejuízos ao doente quanto a seus familiares. Além disso, esse dano além de atingir a esfera moral por causar dor, sofrimento e angústia, também alcançou a esfera material, pois os gastos para manter um paciente terminal vivo artificialmente e cobrir seus tratamentos são altos.

Em mesmo sentido, destacam Mabtum e Marchetto:

A responsabilidade civil pode ocorrer devido a um dano patrimonial, em consequência de prejuízo material, por ser atingido qualquer bem que possa ser representado de modo pecuniário, ou a um dano moral, decorrente de uma dor ou um sofrimento psicológico que atinge valores íntimos do indivíduo, os quais não são expressos monetariamente. Deve-se analisar a possibilidade de o descumprimento ensejar um dano moral ao paciente e seus familiares, devido à angústia, à dor e ao sofrimento provocados nessas pessoas em consequência da prática da distanásia. O dano moral pode ser entendido como a emoção, a dor, o espanto, a vergonha, a aflição moral ou física, ou seja, um sofrimento suportado pelo indivíduo em razão da conduta de outrem.¹⁷³

Vale salientar que a judicialização das diretivas antecipadas de vontade é recente no Brasil e tem como principal exemplo os autos nº 108440521.2015.8.26.0100/TJSP, no qual um indivíduo sem qualquer diagnóstico pede que suas diretivas antecipadas de vontade sejam reconhecidas pelo judiciário. Diferentemente do caso citado anteriormente, aqui, a pessoa não teve descumprida sua vontade, entretanto, teme que em razão da ausência de legislação que regulamente o instituto ocorra seu descumprimento.¹⁷⁴

¹⁷² DADALTO, Luciana. Os desafios ético-jurídicos para o cumprimento das diretivas antecipadas de vontade no âmbito hospitalar. *In*: LAMACHIA, Claudio; GONÇALVES, Sandra Krieger (coord.). Direito médico e da saúde o direito, a saúde e a justiça - cenários e desafios. Brasília, DF: OAB, 2018. p. 75-93. *E-book*. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/65298798/direito-medico-e-da-saude-o-direito-a-saude-e-a-justica-cenarios-e-desafios>. Acesso em: 25 set. 2019.

¹⁷³ MABTUM, M. M.; MARCHETTO, P. B. **O debate bioético e jurídico sobre as diretivas antecipadas de vontade**. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015. *E-book*. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/qdy26/pdf/mabtum-9788579836602.pdf>. Acesso em: 26 set. 2019. p. 129.

¹⁷⁴ DADALTO, Luciana. Os desafios ético-jurídicos para o cumprimento das diretivas antecipadas de vontade no âmbito hospitalar. *In*: LAMACHIA, Claudio; GONÇALVES, Sandra Krieger (coord.). Direito médico e da saúde o direito, a saúde e a justiça - cenários e desafios. Brasília, DF: OAB, 2018. p. 75-93. *E-book*. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/65298798/direito-medico-e-da-saude-o-direito-a-saude-e-a-justica-cenarios-e-desafios>. Acesso em: 25 set. 2019.

Neste capítulo foi verificado que a responsabilidade civil do médico é, em regra, subjetiva, sendo, em seguida, vistas algumas concepções sobre a terminalidade da vida e a morte digna. Por fim, foi tratado da responsabilidade civil médica em decorrência do descumprimento de uma diretiva antecipada de vontade, devendo o médico ser responsabilizado segundo o CFM e a doutrina quando estiverem presentes os elementos da responsabilidade civil subjetiva.

5 CONCLUSÃO

As diretivas antecipadas de vontade, conforme ficou demonstrado durante a presente pesquisa, constituem um gênero de documento de manifestação de vontade para tratamentos médicos, do qual são espécies a declaração prévia de vontade do paciente terminal e o mandato duradouro, sendo assegurados pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da autonomia da vontade e da proibição do tratamento desumano ou degradante e pelas resoluções do CFM, órgão regulamentador da classe médica. A elaboração dessas resoluções, em especial a Resolução nº 1995/2012, colaborou para aquecer as discussões, principalmente em relação a necessidade de regulamentação legislativa sobre as diretivas, visto que, por se tratar de ato administrativo do CFM, tem força normativa apenas perante a classe médica. Nesse âmbito, é imprescindível a edição de uma lei sobre o instituto afim de regulamentar aspectos indispensáveis, como conteúdo, formalização, prazo de validade, capacidade dos outorgantes e como agir nos casos em que a manifestação do paciente seja desacatada pela equipe médica.

Desse modo, como ainda não há regulamentação legal sobre o tema, as hipóteses de responsabilização civil médica em decorrência do seu descumprimento encontram-se em aberto. Contudo, a presente pesquisa verificou que, sendo comprovados os elementos da responsabilidade civil subjetiva, o profissional da saúde deve ser responsabilizado.

A conduta do médico em não respeitar a manifestação do paciente livre e autônoma, exteriorizada em momento anterior em que encontrava-se plenamente capaz, corresponde a um ato ilícito, pois causa dano ao paciente que tem sua autonomia individual violada e fica obrigado a continuar existindo de uma forma que nunca desejou, padecendo de dor, sofrimento e angústia, sentimentos que também se estendem aos familiares. Além dos danos extrapatrimoniais ao paciente e sua família, há, ainda, os danos patrimoniais, pois os tratamentos e procedimentos para manter um indivíduo vivo artificialmente são de custo altíssimo. Ademais, o paciente em tais circunstâncias precisa de cuidados vinte e quatro horas.

Portanto, ficando evidenciado o nexo de causalidade entre a conduta ilícita do profissional e o dano causado ao paciente e seus familiares, bem como sendo essa conduta médica dolosa ou culposa, com a finalidade de desrespeitar ou prejudicar o paciente ou contrariar sua autonomia, tal profissional deve responder

subjetivamente, devendo ser responsabilizado consoante as normas éticas de seu órgão de classe, bem como civilmente pelo que dispõe o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil.

Salienta-se que, por serem poucos os julgados, doutrinas e artigos científicos sobre esse tipo de responsabilização médica, não se sabe como será aplicada essa responsabilização na prática, sendo indispensável que os debates e as pesquisas entre os profissionais do direito e da medicina continuem se desenvolvendo, com o objetivo de compreender melhor como se dará a presente responsabilização, além de responder novos questionamentos que surgiram durante o desenvolvimento da presente pesquisa, os quais não puderam ser abordados e respondidos por não haver materiais de pesquisa.

Consoante o exposto, a pesquisadora conclui que nos casos em que as diretivas antecipadas de vontade sejam descumpridas pelo médico, deve se aplicar a responsabilidade civil subjetiva. Em agindo o médico com dolo, negligência, imprudência ou imperícia, deve ser responsabilizado civil e eticamente. Como ainda são poucos os casos, espera-se que esta seja a posição que o ordenamento jurídico pátrio venha a adotar, não se descartando, contudo, as particularidades de cada caso.

Cultivar esse debate deve ser o melhor modo de compreender e implementar no ordenamento jurídico brasileiro tanto o instituto das diretivas antecipadas de vontade quanto essa nova forma de responsabilização decorrente do seu descumprimento, visando sempre a assegurar a dignidade e autonomia do enfermo, bem como reequilibrar as relações entre médico e paciente.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Direito e medicina: aspectos jurídicos da medicina**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p.133- 180. *E-book*. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79058471.pdf> Acesso em 26 out 2019.
- ALVES, Cristiane Avancini; FERNANDES, Marcia Santana; GOLDIM, José Roberto. Diretivas antecipadas de vontade: um novo desafio para a relação médico-paciente. **Clinical & Biomedical Research**, v. 32, n. 3, p. 358-362. 2012. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/hcpa/article/view/33981/0>. Acesso em: 08 jun. 2019.
- ANGELUCI, Cleber Affonso. Considerações sobre o existir: as diretivas antecipadas e a morte digna. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 21, p. 39-59, jul./set. 2019. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/464/307> Acesso em 26 out. 2019.
- BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho: A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, Uberlândia, v. 38, n. 1, p. 235-274. 2010. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18530>. Acesso em: 15 jun. 2019).
- BERTÉ, Roberta. **Morte digna** A autonomia da vontade no processo de morrer. Teresina: Dinâmica Jurídica, 2016. *E-book*.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da república, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 31 maio 2019.
- BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 149, de 2018**. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade sobre tratamentos de saúde. Brasília, DF: Senado Federal, 2018. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132773/pdf>. Acesso em: 16 jul. 2019.
- BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 07 jun. 2019
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: ATLAS, 2012.
- CLOTET, Joaquim. Reconhecimento e Institucionalização da Autonomia do Paciente: um estudo da the patient Self-Determination Act. **Revista Bioética**, v. 1, n. 2, 2009. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/494/311. Acesso em: 31 maio 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica - Res. (1931/2009)**. Brasília, DF: CFM, 2010. Disponível em: <http://www.rcem.cfm.org.br/index.php/cem-atual> Acesso em: 31 maio 2019

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.995/2012**. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Brasília, DF: CFM, 2012. Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2012/1995_2012.pdf. Acesso em: 31 maio 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução Nº 1.805/2006**. Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar [...]. Brasília, DF: CFM, 2006. Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm Acesso em 26 out. 2019.

COSTA, Marcele Nobre Soares da. **A responsabilidade do médico diante do descumprimento do testamento vital**. 2018. Monografia (Bacharelado em Direito) - Centro Universitário de Brasília, Brasília, DF, 2018. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/235/12486> Acesso em 26 out. 2019.

DADALTO, Luciana. Aspectos registrais das diretivas antecipadas de vontade. **Civilistica.com**, ano 2, n. 4, p. 3-9, 2013. Disponível em: <http://civilistica.com/aspectos-registrais-das-diretivas-antecipadas-de-vontade/>. Acesso em 31 maio 2019.

DADALTO, Luciana. Distorções acerca do testamento vital no Brasil (ou o porquê é necessário falar sobre uma declaração prévia de vontade do paciente terminal). **Revista de Bioética y Derecho**, n. 28, p. 61-71. 2013. Disponível em: <http://scielo.isciii.es/pdf/bioetica/n28/articulo5.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2019.

DADALTO, Luciana. FEHOESP divulga pesquisa sobre testamento vital. *In*: DADALTO, Luciana. **Testamento vital**, 12 dez. 2017. Disponível em: <https://testamentovital.com.br/blog/fehoesp-divulga-pesquisa-sobre-testamento-vital/>. Acesso em: 16 jul. 2019.

DADALTO, Luciana. História do Testamento Vital: entendendo o passado e refletindo sobre o presente. *In*: DADALTO, Luciana. **Testamento vital**, 01 jul. 2015. Disponível em: <https://testamentovital.com.br/blog/historia-do-testamento-vital-entendendo-o-passado-e-refletindo-sobre-o-presente/>. Acesso em 31 maio 2019.

DADALTO, Luciana. Os desafios ético-jurídicos para o cumprimento das diretivas antecipadas de vontade no âmbito hospitalar. *In*: LAMACHIA, Claudio; GONÇALVES, Sandra Krieger (coord.). **Direito médico e da saúde o direito, a saúde e a justiça - cenários e desafios**. Brasília, DF: OAB, 2018. p. 75-93. *E-book*. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/65298798/direito-medico-e-da-saude-o-direito-a-saude-e-a-justica-cenarios-e-desafios>. Acesso em: 25 set. 2019.

DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. *E-book*.

DADALTO, Luciana. Yes! Nós temos 2 (dois) projetos de lei!!! *In*: DADALTO, Luciana. **Testamento vital**, 31 maio 2018. Disponível em:

<https://testamentovital.com.br/blog/yes-nos-temos-2-projetos-de-lei/>. Acesso em: 16 jul. 2019.

DADALTO, Penalva, Luciana. Declaração prévia de vontade do paciente terminal. **Revista Bioética**, Brasília, DF, v. 17, n. 3, p. 523-543, 2009. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=361533251014> Acesso em: 31 maio 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD Nelson. **Curso de direito civil parte geral e LINDB**. 16. ed. rev., atual. e amp.. Salvador: Juspodivm 2017. *E-book*.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD Nelson. **Curso de direito civil responsabilidade civil**. 16. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm 2017. *E-book*.

FELLER, Nicolle. As diretivas antecipadas da vontade e a responsabilidade civil médica. **Revista da ESMESC**, Florianópolis, v. 24, n. 30, p. 351-370, 2017. Disponível em: <https://revista.esmesc.org.br/re/article/view/174> Acesso em: 26 out. 2019.

FERNANDES, Laís Turra. **O testamento vital como instrumento de proteção da dignidade da pessoa humana**. 2015. Monografia (Bacharelado em Direito) - Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2015. Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/7010/1/20914155.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. 3: responsabilidade civil.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva 2016. v. 4. *E-book*.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 4. *E-book*.

IRONAKA, Giselda Maria Fernandes. Diretivas antecipadas de vontade DAVS o direito a morte digna. **JusBrasil**, 1 set. 2018. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/620505047/diretivas-antecipadas-de-vontade-artigo-da-professora-giselda-hironaka>. Acesso em: 07 jun. 2019.

KOVÁCS, Maria Julia. A caminho da morte com dignidade no século XXI. **Rev. Bioética**, Brasília, v. 22, n. 1, p. 94-104, abr. 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422014000100011 Acesso em: 26 out. 2019.

LIMA, Luciana. MENEZES, Joyceane Bezerra de. Responsabilidade civil médica diante dos cuidados paliativos e da ortotanásia. **R. Fórum de Dir. Civ.**, Belo Horizonte, ano 4, n. 10, p. 107-122, set./dez. 2015. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/283083138_Responsabilidade_civil_medica_a_diante_dos_cuidados_paliativos_e_da_ortotanasia Acesso em: 26 out. 2019.

LIMA, Meiriany Arruda. O testamento vital a luz do ordenamento jurídico brasileiro e o princípio pro homine. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, Brasília,

v. 7, n. 1, p. 12-28, jan./mar, 2018. Disponível em:

<https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/422/514>.

Acesso em: 15 jun. 2019.

MABTUM, M. M.; MARCHETTO, PB. **O debate bioético e jurídico sobre as diretivas antecipadas de vontade**. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica 2015. *E-book*. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/qdy26> Acesso em: 31 maio 2019.

MELO, Juliana Nicolini de. **Diretivas antecipadas de vontade**: a possibilidade jurídica de inclusão do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018. Disponível em: http://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2019/01/juliana_melo.pdf. Acesso em: 16 jul. 2019.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil, volume 7**: responsabilidade civil. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. *E-book*.

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

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de A. **Código civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NERY, Maria Carla Moutinho. **O direito de viver sem prolongamento artificial**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2014. Disponível em: [https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/11189/1/DISSERTAÇÃO Maria Carla Nery.pdf](https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/11189/1/DISSERTAÇÃO%20Maria%20Carla%20Nery.pdf). Acesso em: 31 maio 2019.

NÚMERO de testamentos vitais lavrados no Brasil cresce 700%. **Conjur**, 31 ago. 2017. Disponível em:

http://www.cnbsp.org.br/?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=MTUwMTE=&MSG_IDENTIFY_CODE. Acesso em: 16 jul. 2019.

NUNES, Maria Inês; ANJOS, Márcio Fabri dos. Diretivas antecipadas de vontade: benefícios, obstáculos e limites **Revista Bioética**, Brasília, DF, v. 22, n. 2, 2014, pp. 241-251 Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=361533265006>. Acesso em 31 maio 2019.

OLIVEIRA, Adriana Rosa de. Testamento vital e as diretivas antecipadas de vontade: direito de morrer com dignidade. **Revista Dissertar**, v. 1, n. 26-27, p. 13-20. 2017. Disponível em: <http://revistadissertar.adesa.com.br/index.php/revistadissertar/article/view/18>. Acesso em: 08 jun. 2019.

PROVIN , Alan Felipe; VINCENZI , Vanessa Salete. A responsabilidade civil do médico quando do descumprimento das diretivas antecipadas de vontade. **Revista Juris UniToledo**, Araçatuba, v. 3, n. 4, p. 3-24, out./dez. 2018. Disponível em: <http://ojs.toledo.br/index.php/direito/article/view/3098> Acesso em 26 out. 2019.

RIVABEM, Fernanda Schaefer; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Eficácia jurídica das diretivas antecipadas de saúde à luz do ordenamento brasileiro. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, ano 7, n. 3, p. 1-26, 2018. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2018/12/Rivabem-e-Meirelles-civilistica.com-a.7.n.3.2018.pdf> Acesso em 26 out. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídicoconstitucional necessária e possível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 9, p. 361-388, jan./jun. 2007. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/137/131>. Acesso em: 15 set. 2019.

SOUSA, Felipe Soares de. A revisão do regime jurídico da capacidade civil da pessoa natural e a valorização da autonomia existencial da pessoa com deficiência: a efetividade do artigo 85 da lei brasileira de inclusão. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo 2019. Disponível em: <https://www.pucsp.br/pos-graduacao/mestrado-e-doutorado/defesas/revisao-do-regime-juridico-da-capacidade-civil-da-pessoa> Acesso em: 16 out 2019.

TARTUCE, Flávio **Direito civil**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 6. *E-book*.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 2. *E-book*.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia existencial. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 16, p. 75-104, abr./jun. 2018. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/232/214>. Acesso em: 08 jun. 2019.

VALENTE, Rubem. **Direito civil facilitado**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

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

WILGES, Marília Schwengber. **Testamento vital: a proteção constitucional do sujeito de direito frente a terminalidade da vida**. 2016. Monografia (Bacharelado em Direito)- Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2016. Disponível em: https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/2829/Wilges_Marilia_Schwengber.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 08 jun. 2019.