



O EXERCÍCIO DA AUTONOMIA E AUTODETERMINAÇÃO NA RECUSA DE TRATAMENTOS MÉDICOS INEFICAZES POR PACIENTES ACOMETIDOS PELO COVID-19

THE AUTONOMY AND SELF-DETERMINATION TO REFUSE INEFFECTIVE MEDICAL TREATMENT BY PATIENTS AFFECTED BY COVID-19

Matheus Massaro Mabtum¹

RESUMO

A pesquisa analisa a possibilidade de recusa do paciente acometidos pelo Covid-19 a determinados tratamentos médicos e o eventual conflito entre direitos da personalidade, direitos fundamentais, e a tutela constitucional e infraconstitucional a esses valores. Em especial, resguardando a autonomia do ser humano. Ademais, analisará a relação médico-paciente, estabelecendo quais são os direitos e deveres de ambos, em razão da prestação de serviços de saúde, bem como quais princípios influenciarão nessa relação jurídica. Além disso, discorrerá sobre como é manifestada a vontade do paciente, em adição ao dever do profissional da saúde de prestar informações sobre o tratamento oferecido, e os limites para a recusa do paciente ao procedimento proposto, abordando o modo adequado de manifestação de vontade do paciente, e qual será a consequência jurídica se sua vontade for desrespeitada. O presente artigo foi elaborado por meio de revisão bibliográfica, ressaltando-se que essa técnica de pesquisa permite recuperar a produção de conhecimento já sistematizado na área que é objeto do estudo. Ademais, a produção bibliográfica publicada no formato de capítulos de livros, artigos, livros completos e trabalhos acadêmicos, servem como premissa para a produção de novos conhecimentos científicos. Efetuou-se pesquisas em diversas bases bibliográficas, tais como bibliotecas físicas e virtuais, portais de periódicos, bem como investigação legislativa e documental, capazes de contribuir para a presente discussão. Esse modelo de pesquisa permite ampliar o debate com fontes primárias e secundárias, contribuindo para uma análise multidisciplinar de um tema de grande relevância e que ainda não foi completamente regulamentado pela lei. Assim, a presente pesquisa busca contribuir com debate acerca dos limites do exercício da autonomia do paciente acometido pelo COVID-19 para recusar tratamentos médicos propostos.

PALAVRAS-CHAVES: Direitos Fundamentais; Autonomia; Direitos da Personalidade; Relação médico-paciente.

ABSTRACT

This study aims to analyze the possibility of patients affected by Covid-19, to refuse certain medical

¹ Doutor em Direito Civil pela PUCSP. Advogado e professor universitário atualmente vinculado aos Cursos de graduação em Direito do Centro Universitário Barão de Mauá, Centro Universitário UNIFAFIBE e Centro Universitário Moura Lacerda.



treatments and the potential conflict between personal rights, fundamental rights and the constitutional and infraconstitutional protection to these rights, especially concerning the human autonomy. It will also analyse the doctor-patient relationship, establishing each other rights and duties, on the grounds of healthcare services and which principles will influence this relationship. Furthermore, this study will discuss how patients' will is expressed, in addition to the healthcare professionals' duty to inform about the treatment and the limits to the patients' refusal to the treatment offered, approaching the right way to express patients' will and which will be the consequences if his/her will is desrespected. The present work consists of a bibliographical review, considering that through this research technique it is possible to recover knowledge already systematized in a certain area. Moreover, materials published in books and academic papers are capable of supporting research based on the way of accessing secondary sources. So, research was made in journals, law and documents that could support the discussion proposed here. It is noteworthy that the bibliographic research allows a broader study on the subject, as it uses a large number of phenomena, unlike research carried out directly. The importance of this research is mainly because within the digital era, there are innumerable subjects not yet regulated by law. Thereby this research aims to contribute to the debate of the limits of the autonomy of those patients affected by Covid-19 to refuse the suggested medical treatment.

KEYWORDS: Fundamental Rights; Autonomy; Personality Rights; Doctor-patient relationship

1 INTRODUÇÃO

Em dezembro de 2019, a Organização Mundial da Saúde (OMS) recebeu um alerta sobre casos de pneumonia em Wuhan, em janeiro de 2020 as autoridades confirmaram a identificação de uma nova cepa do Corona vírus, que mais tarde foi nomeado de SARS-CoV-2, responsável por causar a Covid-19. No dia 11 de março, em decorrência do número de casos de infecção pelo novo vírus, foi reconhecido pela OMS a existência de um cenário pandêmico, considerando-se para tanto a distribuição geográfica e a capacidade transmissiva do Covid-19.

No Brasil, o denominado coronavírus ceifou cerca de 666.248 mil vidas, frente ao grande número de mortes, iniciou-se de forma apressada a busca por uma vacina e, conseqüentemente, tratamentos que atenuassem os sintomas causados pelo vírus. Neste contexto, surgiu o questionamento sobre a dimensão da autonomia do paciente com covid-19, no que tange o exercício de consentir ou recusar os tratamentos médicos propostos.

Este trabalho busca analisar os direitos da personalidade, estabelecendo a distinção prática entre direitos humanos, os individuais e, por fim, os fundamentais, determinando que, mesmo que de modos diferentes, todos possuem como finalidade a proteção do ser humano. Adentrando, brevemente, sua gênese e a forma como foram positivados no ordenamento jurídico brasileiro, no período denominado “historicismo”.

Abordando a relação entre o exercício dos direitos fundamentais ao ser humano e a atuação





do Poder Público, possuindo a finalidade de esclarecer sobre a importância do Estado assegurar efetivamente o acesso a todas as pessoas aos direitos apresentados neste artigo, no mais, sua atuação vinculada ao previsto na Constituição Federal de 1988. Definindo, também, que os referidos direitos são cláusulas pétreas, garantindo sua irrevogabilidade, ou limitação, seja por meio de intervenção estatal, ou mesmo de particulares, assegurando aos cidadãos garantias e valores que não podem ser violadas por nenhuma esfera.

A presente pesquisa pretende demonstrar as similaridades e distinções existentes entre os direitos fundamentais e direitos da personalidade, respectivamente previstos na Constituição Federal e no Código Civil de 2002, que dedicam atenção especial aos temas, sendo frutos de capítulos específicos em cada uma das mencionadas normas.

Ademais, considerando de maneira específica a área da saúde, a presente pesquisa analisou as Resoluções do Conselho Federal de Medicina, em especial o Código de Ética Médica, o qual estabeleceu a deontologia para o exercício da profissão. Analisando a relação médico-paciente, as diversas formas como essa relação foi estabelecida ao longo da história e o panorama atual. O Código de Ética Médica, apresenta os princípios éticos e morais básicos que devem ser observados na atuação profissional. Em caso de descumprimento de qualquer dos preceitos éticos e morais estabelecidos, incidirá a procedimento ético profissional, que poderá acarretar em sanção junto ao conselho de classe.

Por fim, analisar-se-á a autonomia do paciente por meio da adesão, ou recusa, do tratamento de saúde proposto pelo médico e a eventual existência de conflitos entre o dever do profissional da saúde em manter a vida do paciente e a autodeterminação do paciente, buscando encontrar qual o limite da atuação de cada um dos envolvidos, seja na tentativa de ampliar o espaço temporal de uma vida, ou no acolhimento de manifestação de vontade expressa com a recusa a prosseguir com os tratamentos médicos, devido à valores próprios do manifestante, tentando encontrar uma solução ponderada sobre qual desses valores prevalecerá nesta situação: vida ou autonomia de vontade.

O presente artigo utilizou como metodologia para realização da pesquisa uma abordagem qualitativa exploratória. A pesquisa quantitativa permite a abordagem exploratória, descritiva e causal. A presente artigo se desenvolveu por meio de pesquisas bibliográficas por meio da análise de livros, artigos científicos, julgados e da legislação vigente. (SPECTOR, 2021)

2 BREVE ANÁLISE DAS SIMILARIDADES ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS





DIREITOS DA PERSONALIDADE

Fundamentalidade é a qualidade que torna algo essencial ao ser humano, podendo se manifestar como um sistema político, econômico, um modo de viver, seja nos valores morais e sociais, até mesmo em crenças religiosas, refletindo em todos os aspectos da sociedade (SILVA, 2011, p.1).

Não é raro que exista dificuldades quanto à distinção entre direitos humanos, individuais e fundamentais, todavia, todas essas modalidades de direitos podem ser consideradas a partir de sua essencialidade, correlacionado ao que podem proteger, mesmo que possuam diferenças em suas denominações (SILVA, 2011, p.1).

As três espécies de direito, conceitualmente, diferenciam-se da seguinte forma, os Direitos Humanos são aqueles que decorrem da simples condição de pessoa humana, ao nascer como ser humano, adquire-se a condição para usufruir destes direitos, esta espécie se destina a assegurar as consequências dessa condição, pois são inerentes a todos os indivíduos, independente de suas circunstâncias, abarcando a esfera moral, ética, física, humanitária, entre outras.

Enquanto que a segunda espécie de direitos, refere-se aos denominados direitos individuais à cidadania, à participação da vida em sociedade, nos aspectos políticos, econômicos e sociais em geral, objetivando proteger o exercício da cidadania, na Revolução Francesa foi emitida a “Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão”, substanciando a distinção entre os direitos humanos e do cidadão (SILVA, 2011, p.1-2).

Já a terceira modalidade, os denominados direitos fundamentais, ocupam-se em preservar os fundamentos de uma organização estatal, sendo constituídos pela união dos direitos humanos universais e os direitos nacionais dos cidadãos, em que pese as duas classes serem de direitos divergentes, integram de modo necessário a cultura jurídica de todo estado constitucional. (ABBOUD, 2015, p. 2)

É perceptível que os direitos fundamentais constituem uma reserva de direitos que não podem ser violadas pelo Estado, ainda menos por particulares, assegurando aos cidadãos direitos e garantias que não poderão ser minorados por nenhuma esfera do Poder Público, possuindo, então, duas funções primordiais: assegurar direitos garantidos a todo cidadão, ao mesmo tempo que constitui limites/restrições à atuação estatal (ABBOUD, 2015, p. 2), sendo essencial a preservação dos direitos fundamentais para estruturação de um Estado Constitucional, tanto no âmbito formal, como no material.



No contexto em que nos encontramos, a maior parte dos Estados Democráticos, possuem os direitos fundamentais catalogados e assegurados em seu texto constitucional, conseqüentemente, os direitos fundamentais possuem uma absoluta normatividade. (ABBOUD, 2015, p. 8).

Os mencionados direitos fundamentais foram positivados no ordenamento jurídico brasileiro em 1988. Sendo a Constituição a lei fundamental de uma nação, agindo como uma força ativa que faz, por uma exigência de necessidade, que todas as demais leis e instituições jurídicas sejam o que realmente são, sendo o instrumento ao qual garantem os direitos fundamentais aos cidadãos, não podendo existir outra lei contrária (GARCIA, 2011, p. 2).

A positivação é de suma importância para a concretização dos direitos fundamentais, sendo fruto de um desenvolvimento histórico de cada sociedade, movimento denominado “historicismo”, no ordenamento jurídico brasileiro, na Constituição Federal em seu artigo 5º, temos elencado um extenso rol de direitos fundamentais, atrelados a instrumentos processuais que visam garantir sua efetividade (ABBOUD, 2015, p. 8).

No texto Constitucional, há sob o título II, Capítulos I a V, sob a denominação: “Dos Direitos e garantias Fundamentais”, os direitos considerados fundamentais, todavia, existem outros que não estão elencados no rol previsto na Constituição Federal de 1988, que também são considerados fundamentais. (GARCIA, 2011, p. 3)

Deste modo, os direitos fundamentais se distinguem da seguinte forma: os direitos fundamentais básicos constantes do art. 5º, caput: vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade que constituem o fundamento de todos os demais direitos, dado que direitos, deveres, bens, órgãos, instituições refluem, todos, para aqueles direitos básicos, essenciais, a um primeiro destinatário em especial, o ser humano; os direitos e garantias diretamente vinculados a um dos cinco direitos fundamentais básicos, bem como os demais direitos que compõem o quadro dos direitos humanos constitucionalmente consagrados. (GARCIA, 2011, p. 4)

Dentre todos os direitos fundamentais, é imperioso mencionar a existência dos direitos da personalidade, possuindo como objetivo manter a dignidade e integridade do ser humano, em sentido mais amplo, temos os direitos da personalidade como direitos personalíssimos e do próprio corpo, sendo integrante do rol de direitos considerados essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana. (MATTIA, 2010, p. 2).

Com o direito moderno, os direitos da personalidade passaram a ter como finalidade a tutela de atributos essenciais ao ser humano, buscando manter uma boa condição física, psíquica e moral, situação em que a proteção não recai apenas sobre a personalidade em si, mas também resguarda



suas manifestações, especialmente as que possam lhe gerar ofensas, representando a humanidade do indivíduo. (MABTUM, 2021, p.36)

Os direitos de personalidade integram a categoria de direitos subjetivos, tratando-se dos direitos inerentes a todo ser humano, constituindo prerrogativas ou faculdades que permitem que cada ser humano desenvolva suas aptidões e energias tanto físicas como espirituais, elementos essencialmente ligados à personalidade, sendo considerados gerais, absolutos, extrapatrimoniais, indisponíveis, impenhoráveis, imprescritíveis e vitalícios (MABTUM, 2021, p.39).

Diante disto, para garantir a eficácia da manifestação de vontade de um paciente, em um momento futuro, em que esteja impedido de manifestar livremente sua vontade, as diretivas antecipadas de vontade possuem um papel importante na preservação dos valores mencionados, garantindo sua preservação, em especial assegurando a autodeterminação do paciente, quando a questão abordada diz respeito ao seu direito de escolha quanto a determinadas condutas médicas (MATTIA, 2010, p. 4).

O Código Civil de 2002, devotou especial atenção aos direitos da personalidade ao reservar um capítulo destinado apenas para versar sobre essa modalidade de direitos, sendo o Capítulo II, representados pelos artigos 11 ao 21, destinando-se exclusivamente ao tema.

Em sentido estrito ao tema do presente artigo, as diretivas antecipadas de vontade são idôneas a assegurar ao declarante a preservação de sua vontade em situações especiais e excepcionais, como quando está impossibilitado de expressar sua vontade quanto a aceitação ou não de determinado tratamento médico, tutelando valores ínsitos aos direitos da personalidade do paciente. (MABTUM, 2021, p.35).

3 ENTRE O DEVER DE CUIDADO MÉDICO E O RESPEITO AOS DIREITOS DE PERSONALIDADE

Não resta dúvidas que a atuação profissional do médico se caracteriza pela incessante busca por aliviar o sofrimento daqueles que recorrem aos seus préstimos, atuando em defesa da vida do ser humano, em que pese não esteja sozinho nesta tarefa, na maioria das vezes está acompanhado por outros profissionais da área da saúde, tais como enfermeiros, psicólogos, biomédicos e fisioterapeutas, entre tantos outros. Contudo, o dever profissional comumente associado ao médico é diagnosticar e tratar de pessoas com enfermidades, assim como, quando possível, curá-las.

O médico tem o dever de utilizar todos os meios técnicos disponíveis, orientando o paciente sobre sua condição, informando e esclarecendo o paciente sobre seu diagnóstico, prognóstico e os



riscos e objetivos dos tratamentos e procedimentos propostos.

É lícito ao profissional da saúde exercer a profissão com autonomia, sem sofrer discriminações, possuindo liberdade e independência para indicar e praticar atos médicos necessários, adequados e benéficos para seus pacientes, podendo se recusar a atender pacientes por motivos relevantes, salvo se estiver em situações de emergência e/ou urgência, sem que exista outro profissional que o substitua.

Como em toda relação obrigacional, além de direitos, os médicos também possuem deveres, tais como: lutar pelo perfeito desempenho ético da Medicina, presando pelo bom conceito da profissão, mantendo o absoluto respeito a vida humana, além do dever de sigilo, da prestação de informações e esclarecimentos adequados ao paciente sobre seu tratamento e do respeito à autodeterminação do paciente.

O médico, obrigatoriamente, deve exercer, tanto seus direitos como seus deveres, agindo de forma zelosa e prudente, e não de objetivando apenas resultados, presando sempre pelo bem-estar do ser humano. (FARAH, 2011, p.2)

Por fim, ressalta-se que apesar de todos os aspectos mencionados, a natureza da relação jurídica médico-paciente, embora possua contornos morais, trata-se de uma relação contratual, materializando-se como uma prestação de serviços pautada na fidúcia recíproca, assim como toda relação contratual é regida pelos princípios da boa-fé, justiça contratual e da autonomia de vontades. (RODRIGUES, 2015, p.8)

Não obstante, o exercício da medicina não deve se desvincular da obrigação de zelar pelo bem-estar da pessoa humana, isto porque o Estado assumiu a tutela da vida e saúde das pessoas como bem comum, de modo a converter a medicina, trabalho exercido pelos médicos, em um serviço público essencial, conforme previsto na Constituição Federal de 1988, em seu art. 196 (FARAH, 2011, p.4):

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988)

O Código de Ética Médica estabelece algumas normas e princípios básicos, éticos e morais que se consubstanciam como regras de conduta, estes princípios não obrigam a Justiça, mas se estendem a quaisquer que sejam as funções e cargos que a exerçam, envolvendo as relações dos médicos entre si e com seus clientes, cominando em sanções disciplinares de graus variados (FARAH, 2011, p.12).



As sanções podem influir diretamente na avaliação ou valoração da responsabilidade civil por dano causado ao cliente, hipótese em que avaliação da conduta médico tem sempre as normas deontológicas como parâmetro inafastável, o Código de Ética Médica, em seu art. 28 assegura ao profissional o direito de recusar a realização de atos que, embora permitidos por lei, sejam contrários a sua ideologia, em contraparte, é vedado ao médico praticar atos profissionais danosos, que possam ser caracterizados como imperícia, imprudência ou negligência ao paciente (FARAH, 2011, p.12).

Determinada a responsabilidade ética do médico, faz-se necessário analisar a responsabilidade civil do médico, cuja modalidade, para casos reparadores, é a denominada responsabilidade civil subjetiva, conforme estabelecido no art. 186 do Código Civil, conceituada como a responsabilidade em reparar os danos causados a terceiros por suas ações positivas (advindas de um fazer), ou negativas (advindas de omissão), sendo necessário para imputação a demonstração de culpa, que se caracteriza pela conduta eivada por negligência, imprudência ou imperícia, com ofensa ou violações a direito de terceiros, configurando-se o ato ilícito. Consequentemente, surgindo, o dever de reparar o dano praticado, previsto no art. 927 do Código Civil de 2002.

A legislação atual prevê que quando exercida alguma atividade de risco, surge um dever jurídico específico, a obrigação de indenizar, independente de ter existido culpa ou não, em outros termos, aquele que exercer uma atividade considerada perigosa, a lei impõe o dever de exercê-la com segurança, evitando causar dano a um terceiro, situação em que, se vier a ocorrer, haverá o dever de indenizar a pessoa que foi lesada, ainda que não tenha agido com culpa *lato sensu* (CAVALIERI FILHO, 2012, p.7).

O Código Civil de 2002 e o Código de Defesa ao Consumidor, invocam como regra a teoria subjetiva, sendo aquela em que é exigida a demonstração de culpa do profissional da saúde para que exista a responsabilidade civil, estando a culpa, aos olhos do Código Civil, relacionada a tríade: imprudência, negligência e imperícia. O Código de Defesa ao Consumidor, também atribui aos profissionais liberais, a necessidade de apuração da culpa para imputação da responsabilidade do médico. (THOMAS JÚNIOR, 2011, p.5)

Embora o conceito jurídico moderno defina culpa como o “descumprimento de um dever objetivo de cuidado” por vezes é difícil abandonar a análise dos comportamentos imprudentes, negligentes ou imperitos. De modo resumido, havendo a culpa, incide a hipótese em que o causador do dano não agiu de modo diligente, posto que não previu que o evento indesejado aconteceria, mas deveria ter previsto, evitando a situação danosa.

A negligência, conceitua-se como a total ausência de cuidados de agir, cominando na falta



de cautela de conduta, já a imprudência, diz respeito a condução de uma situação de forma perigosa, por fim, a imperícia corresponde a falta de habilidade para exercer determinada conduta técnica-profissional, todas tendo como consequência um evento danoso, caracterizando a responsabilidade civil (THOMAS JÚNIOR, 2011, p.5).

Cabe ressaltar que o erro profissional que resulta de imprecisão, incerteza ou imperfeição, sendo alvo de controvérsias e dúvidas, não é considerado erro, exemplificando, um diagnóstico provido de erro, não causado por culpa, caracteriza o erro profissional, não fazendo surgir a responsabilidade civil do dever de cuidado. De modo que o erro, contido no diagnóstico, torna-se escusável, exceto se decorrer de um erro considerado grosseiro (THOMAS JÚNIOR, 2011, p.6).

4 O DIREITO À INFORMAÇÃO E RESPEITO À AUTONOMIA DE VONTADE E AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DE SUA VIOLAÇÃO

O desenvolvimento científico e tecnológico modificou o modo de atuar das ciências da saúde, com ele a medicina ganhou novos contornos, desenvolvendo novos procedimentos, terapias e medicamentos, que até então eram impensáveis pelo ser humano, permitiu o diagnóstico precoce, tratamento e muitas vezes cura de muitas moléstias, antes consideradas impossíveis, hoje são uma realidade. (PERROTA, 2020, p.1).

Este contexto fez surgir inúmeros questionamentos e reflexões, sendo que uma delas versa sobre os limites da autonomia, que é o reconhecimento e respeito à individualidade do ser humano, mantendo sua capacidade de escolha, optando ou não por aderir a procedimentos e terapia propostas.

Assim, as ponderações sobre a importância da vontade do paciente ganharam ainda mais relevância, buscando preservar sua autonomia, assegurando que o consentimento do interessado no tratamento médico seja adequadamente exteriorizado, sem qualquer influência, ou coação. Não sendo suficiente cumprir a formalidade e colher sua assinatura em um termo de consentimento livre e esclarecido, mas concretamente informar e esclarecer sobre os benefícios, riscos e efeitos indesejados de um determinado tratamento, afinal, o consentimento é um dos pilares do direito de personalidade. (MABTUM, 2021, p. 98-99).

Afinal, a relação entre o médico e o paciente está alicerçada na confiança recíproca, impondo a ambos práticas harmônicas, respeitadas e leais, como, por exemplo, as que atribuem ao profissional o dever de sigilo quanto aos dados e matérias que lhe são confiados, visto que a desconfiança tem como consequência o encerramento do vínculo estabelecido e ao paciente a necessidade de cumprir com as prescrições e informar qualquer alteração em seu padrão sanitário. O vínculo estabelecido



entre médico e paciente é profundamente importante, razão pela qual, cada vez mais, há uma preocupação em garantir o respeito mútuo.

Todas as condutas e procedimentos devem, obrigatoriamente, respeitar a qualidade de vida do paciente, razão pela qual principalmente as escolhas que modifiquem o modo de vida ou a continuidade devem ser debatidas, de forma ainda mais cautelosa, esclarecendo aos interessados sobre todas as possíveis consequências da decisão tomada, de modo a existir um prévio consentimento do paciente.

Trazendo para o âmbito da saúde, o consentimento inicia com a escolha do profissional e se aperfeiçoa na permissão para praticar atos na esfera física e psíquica do paciente. Para que seja considerado válido, o consentimento deve ocorrer após a prestação das informações adequadas quanto ao tratamento, abrangendo os riscos e benefícios, devendo ser livre, sem a presença de erro, coação ou até mesmo imposição do médico responsável.

O paciente pode manifestar sua vontade de formas diversas, podendo ocorrer de forma oral, escrita, digital ou, até mesmo, gestual; além de poder ser tácita ou explícita; ser pessoalmente expressa ou por meio de um representante legal, as formas são múltiplas, inexistindo forma obrigatória, exceto quando for feita por meio do representante legal, situação em que, obrigatoriamente, deverá ser feita de modo escrito. (MABTUM, 2021, p.107).

Não basta que os esclarecimentos sejam prestados, a cada procedimento realizado deve ser renovado o esclarecimento, uma vez que o exercício da autonomia é fundamentado na certeza do conteúdo praticado. (MABTUM, 2021, p.105-106).

Outra forma de materializar o exercício da autonomia são as Diretiva Antecipadas de Vontade (DAV), instrumento que surgiu nos Estados Unidos da América, no formato de um documento por meio do qual o paciente exterioriza sua autonomia privada e autodeterminação, antecipando sua vontade, para caso futuramente vir a não conseguir manifestá-la, visando a preservação de sua dignidade (DADALTO, 2019, p. 22).

As diretivas consistem em orientações escritas, sendo fornecidas pelo paciente em relação tratamentos médicos, aos quais futuramente pode vir a ser submetido, prevendo uma situação em que o paciente estaria impossibilitado de manifestar sua vontade. (MABTUM, 2021, p.118).

A ideia primordial das Diretivas Antecipadas de Vontade é preservar a autodeterminação, como meio de assegurar a dignidade humana, com base nas diretrizes prévias de vontade para o fim da vida juntamente a nomeação de um procurador para os cuidados de saúde para representa-lo. No Brasil, este instrumento é utilizado, mas não possui legislação específica que o regule (DADALTO,

2019, p.79).

O Código de Ética Médico limita a atuação profissional do médico em situações que considera inadequadas, como as condutas descritas nos artigos 22 e 24, sendo vedada sua atuação em caso de recusa do paciente ou de seu representante legal, após esclarecimento sobre os procedimentos que serão tomados, salvo no caso de risco eminente de morte:

É vedado ao médico:

Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 1990).

[...]

Art. 24. Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 1990).

O médico que vier a descumprir o dever de informação, tanto sobre os aspectos da doença, como das condutas passíveis de serem tomadas quanto ao tratamento, se desrespeitado este dever, estará cometendo uma infração administrativa, que pode vir a se tornar um processo administrativo disciplinar junto ao Conselho de Medicina, ferindo, diretamente, a boa-fé contratual e o Código de Defesa do Consumidor.

Estabelece-se que o desrespeito à autodeterminação, o dever de informar sobre os procedimentos médicos, como, também, o de executar diagnósticas ou terapêuticas sem anuência, cominará na responsabilidade civil, e até penal, do profissional médico.

Nestes termos, temos a decisão proferida pelo E. Tribunal de Justiça do Paraná, que aborda a violação ao dever objetivo do médico em prestar informações ao paciente acerca dos riscos de uma cirurgia de vasectomia:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. VASECTOMIA. AUSÊNCIA DE CULPA. TERMO DE CONSENTIMENTO INFORMADO. RISCOS DE RECANALIZAÇÃO ESPONTÂNEA. NECESSIDADE DE EXAMES. AUSÊNCIA DE PROVA. DEVER DO MÉDICO. DANO MORAL CARACTERIZADO. VALOR RAZOÁVEL. 1. Ainda que reconhecida a ausência de culpa do médico no ato da cirurgia de vasectomia, responde pelo dano moral em decorrência da falta de informações claras e precisas sobre os riscos de recanalização espontânea e dos exames de acompanhamento. 2. O dano moral fixado em atenção ao princípio da razoabilidade não comporta redução. APELAÇÃO NÃO PROVIDA. (PARANÁ, Tribunal de Justiça TJ – APELAÇÃO CÍVEL: AC 7489096 PR 0748909-6 – Inteiro Teor).

Os Tribunais têm entendido que a mera falta de informação do médico sobre os aspectos da doença, bem como condutas ou riscos procedimentais, já ensejam a indenização por danos extrapatrimoniais. Situação em que, mesmo não agindo com imperícia, negligência ou imprudência,



terá de arcar com os aspectos da responsabilidade civil, pois a mera falta de informação, por si só, já configura o dano.

Como no exemplo apresentado, onde o médico não agiu com culpa *lato sensu*, tendo atuado tecnicamente conforme esperado por um profissional da saúde, mas a ausência de prestação de informações, claras e precisas, sobre eventuais consequências da cirurgia, fez com que surgisse o dano extrapatrimonial a ser indenizado pelo médico.

A dignidade, como direito fundamental, em alguns aspectos pode ser um valor capaz de superar a vida, por essa razão dever ser respeitada em todas as fases, inclusive as fases terminais, atingindo o próprio momento da morte, a partir do momento em que não há mais como viver com dignidade, a sobrevivência se torna um fardo extremamente doloroso, arrastando o processo de morte indefinidamente. O surgimento e utilização da tecnologia assim como foi responsável pelo prolongamento da vida com qualidade, também contribuiu para a desumanização, principalmente no que diz respeito ao tratamento realizado em pacientes de estado terminal, em especial quando é feita a opção por técnicas terapêuticas obstinadas (TEODORO, 2017, p.1).

Ao longo dos anos, assistiu-se uma grande alteração na relação entre as práticas médicas, fazendo-se necessário impor limites a intervenção médica em algumas situações, reconhecendo-se a necessidade de se criar normas que permitissem a interpretação adequada da vontade do indivíduo, sem interromper o crescente desenvolvimento biotecnológico.

Por outro aspecto, a vida, também como direito fundamental, não é absoluta, podendo sofrer flexibilizações quando distanciada de seu aspecto sacramental, ligada diretamente, ao conceito de exercê-la com qualidade (DUFNER, 2019. p.2).

Por vezes, os recursos e medicamentos oferecidos para postergar o momento da morte, priva o paciente da qualidade de vida e o expõe a uma condição degradante, com intenso sofrimento, retirando-lhe a dignidade de vida, submetendo-o a um processo de morte ampliado e repleto de sofrimento.

A morte, acaba por ser procrastinada no pensamento coletivo, e tal ideia não chega a conduzir a um pensamento de imortalidade, a realidade é que o ser humano almeja uma boa qualidade de vida, buscando caminhos da própria felicidade, convicção intrinsecamente ligada á ideia de possuir uma vida digna. A qualidade de vida está ligada ao gozo de bens matérias e imateriais, garantindo o mínimo existencial, quanto ao conteúdo polissêmico, a dignidade é exteriorizada individualmente, sem padrões, em razão da autodeterminação, liberdades, valores morais e espirituais próprios da essência de cada ser humano (DUFNER, 2019. p.2).



No sentido imperativo categórico kantiano, a dignidade equivale afirmar que “toda pessoa é um fim em si mesma”, razão pela qual todo ordenamento jurídico deve se voltar à pessoa, com a finalidade de prover a dignidade que é um direito fundamental de todos (DUFNER, 2019. p.2).

Em que pese a vida ser protegida desde o momento da concepção, é inevitável o envelhecimento e a finitude, em que muitas vezes vem acompanhada de enfermidades, que vem a causar dores e retiram a qualidade de vida que deve ser oferecida ao ser humano. Há, então, um aparente conflito de interesses entre a ideia de vida, defendida sem flexibilizações, em oposição a seu exercício de forma digna (DUFNER, 2019. p.3).

Vivemos nossas vidas à sombra da morte, sendo a única certeza que possuímos desde o nascimento, razão pela qual é importante efetivar o direito à morte, a luz da autonomia de cada indivíduo, respeitando suas crenças pessoais, inclusive religiosas, até mesmo quanto a limitação dos procedimentos médicos que serão aplicados, pois haverá a violação de seu corpo, considerando em primeiro plano os direitos de personalidade do sujeito. Equivale afirmar que a autonomia de vontade da pessoa há de prevalecer sobre ações terapêuticas e obstinações de prolongar a vida do paciente a toda custa, ainda que contra sua vontade, para que assim seja respeitado em sua expressão máxima a autonomia de vontade, bem como o direito a uma vida digna (DUFNER, 2019. p.3).

5 LIMITES JURÍDICOS À AUTODETERMINAÇÃO DO PACIENTE

Ao exercer a autonomia, o paciente poderia manifestar seu desejo pela recusa de tratamentos médicos eficazes à manutenção de sua vida, ou mesmo condutas que afrontassem seus direitos da personalidade, decisões essas que são contrárias à lei e que o exercício de ponderação de valores a impede, posto que entre a autodeterminação e a manutenção de sua vida, com qualidade, esta prevalece sobre aquela. (ALEXY, 2008).

Ensina Dadalto (2019) que o paciente sofre limitações para manifestar seu desejo de recusa à conduta médica, tais como quando sua escolha contrariar o que determina o ordenamento jurídico, sendo que, nesse caso, a equipe médica não poderá cumprir o desejo manifestado pelo enfermo. Essa situação está presente quando se trata de procedimento médico eficaz, que resguarde a vida do paciente e ofereça a ele a perspectiva de convalescer com qualidade de vida.

Essa vedação se dá pela interpretação do artigo 15 do Código Civil que estabelece que ninguém será submetido a tratamento médico forçosamente, exceto se estiver em risco iminente de morte. Nessa situação, para preservar a vida, considerado o bem jurídico de maior relevância, o



exercício da autonomia do paciente, manifestado por meio da recusa, será relativizado, com o objetivo de tutelar um valor mais relevante, que é a vida. Entretanto, apenas um procedimento médico com eficácia cientificamente comprovada poderá romper com o desejo do paciente à recusa, a intubação orotraqueal é um exemplo, posto que a ventilação mecânica é um procedimento eficaz na batalha pela preservação da vida daqueles que padecem da Covid-19, assim como a ingestão de determinados fármacos com protocolo cientificamente demonstrado, cuja eficácia ficou comprovada.

Outra vedação é quanto à recusa de procedimentos que atingem valores existenciais tais como nutrição, hidratação e ventilação artificial. Esse suporte é ínsito à condição humana, são relativos à própria existência, por essa razão recusar essa espécie de tratamento seria recusar à própria condição humana, cujos valores são subjetivamente tutelados por meio dos direitos da personalidade. (CUPIS, 1961).

Os direitos da personalidade apresentam a irrenunciabilidade como uma de suas principais características. Assim, além da própria vida, a hidratação, nutrição e ventilação artificial não permitem renúncia, pois se tratam de elementos que compõem a própria natureza de seu titular e afastá-los teria como consequência reduzir o paciente a um sofrimento desproporcional, degradante e desumano, reduzindo-o a uma condição não-humana, assemelhando-o a um objeto, coisificando o indivíduo.

Dessa forma, os procedimentos fruto de obstinação terapêutica, próprios de uma conduta típica de distanásia, poderiam ser objeto de recusa, posto que a interpretação que deve ser dada ao artigo 15 do Código Civil, é que não basta o paciente estar em risco iminente de morte para estar vinculado à prática médica, pois essa conduta médica deve ser cientificamente efetiva para assegurar uma sobrevivência digna. (MABTUM; MARCHETTO, 2015)

O paciente não pode recusar tratamentos eficazes, capazes de preservar sua vida com qualidade. Enquanto que os procedimentos que visam apenas alongar sua sobrevivência, apenas ampliando o processo de morte por um lapso temporal indefinido associado à intenso sofrimento, podem ser recusados.

A distinção entre tratamentos efetivos e ineficazes deve ser feita com base em critérios científicos, segundo os parâmetros médicos de resposta ao tratamento após as diversas fases de análise, conforme a ciência médica e não apenas com base em convicções profissionais pessoais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do todo apresentado, questiona-se quanto à licitude, ou não, da recusa do paciente em



realizar determinados tipos de tratamentos médicos, em especial em um contexto pandêmico, cenário em que há aparente conflito entre dois direitos fundamentais, o direito à vida e o direito à autonomia da vontade, surgindo a indagação sobre qual desses princípios fundamentais deveria prevalecer na hipótese de colisão.

Para responder essa indagação, abordou-se o surgimento dos direitos fundamentais, seu desenvolvimento e relevância de sua tutela, por tratarem de valores próprios da condição humana, razão pela qual foram inseridos na Constituição Federal de 1988 e destacados como cláusulas pétreas, não sujeitas à revogação ou limitação, instrumentalizando-os de modo especial a fim de garantir o respeito a valores inerentes a todo ser humano.

O médico, atuando juntamente com outros profissionais da área da saúde, busca resguardar a vida do ser humano diante enfermidades que possam vir a acomete-lo durante sua vida, situação em que dentro dos limites que lhe são convencionados, busca preservar sua saúde, tratar suas moléstias e, sempre que possível, salvar a vida de seus pacientes.

A atuação profissional do médico encontra limite na manifestação de vontade do paciente, que tem o direito ao exercício de sua autonomia e autodeterminação sempre que não estiver em risco iminente de morte, sendo-lhe também permitido recusar tratamentos fúteis, inúteis e obstinados, em qualquer fase da vida, ainda que sob risco de morte.

Em que pese, ambos os direitos sejam considerados essenciais, o direito à vida, diferente do que é imaginado, não se encontra a cima de nenhum outro direito fundamental, isto porque os direitos da personalidade, assim como os direitos fundamentais, não possuem uma hierarquia entre si, não havendo um direito que se sobressaia ao outro, situação em que cada direito encontra seu limite na existência de outro direito, sendo a existência de uma hierarquia incompatível com a natureza e função do Estado Democrático de Direitos.

Assim, utilizando a ponderação, sendo o método jurídico mais comumente aplicado para solucionar casos onde há a colisão entre direitos e princípios fundamentais, método que não enseja exclusão de um direito para que o outro prevaleça, visando conciliar o conflito sem violar o que foi assegurado pela Constituição Federal.

Neste sentido, a ponderação de bens e valores mostra-se eficiente e necessária para solucionar o presente conflito, quando há a colisão entre os direitos fundamentais abordados neste artigo, sendo o direito à vida e a autonomia de vontade.

Existem duas correntes que podem ser adotadas realizando a análise da colisão de princípios, a primeira delas defende que a vida é indisponível, sendo inadmissível em qualquer hipótese a



possibilidade de “optar pela morte”, cabendo ao estado protegê-la a todo custo, mesmo que contra a vontade do ser humano.

A situação mencionada, não impediria a pessoa de recusar os tratamentos, mas os adeptos dessa corrente, acreditam que em hipótese alguma caberia ao Estado legitimar o “homicídio piedoso” ou a prática do suicídio assistido, cabendo apenas, em determinadas situações a utilização da ortotanásia,

Quanto a segunda corrente entende que obrigar uma pessoa a passar por algum tratamento de saúde violaria o princípio da autodeterminação, e também da dignidade da pessoa humana, de modo que deveria ser respeitado os anseios da pessoa de deixar este plano terreno.

No Brasil prevalece a tutela ao direito à vida, adotado na primeira corrente, mesmo em casos onde há expressa recusa em adotar determinado tratamento médico, o profissional deve atuar na hipótese em que o tratamento é comprovado cientificamente e possibilita uma ampliação do tempo de vida associado à qualidade, assim como prega a segunda corrente, ainda que esteja desrespeitando a manifestação de vontade do paciente.

Contudo, pela análise da legislação, em especial a Constituição Federal e o código Civil, em seu artigo 15, bem como as resoluções do Conselho Federal de Medicina, em especial o Código de Ética Médica, é possível asseverar que tratamentos obstinados, fúteis e inúteis em assegurar uma ampliação do tempo de vida associada à qualidade de vida poderiam ser recusados pelo paciente em respeito ao exercício de sua autonomia e autodeterminação.

Afinal o que se estabelece é que ninguém pode ser obrigado a se submeter a tratamento médico que não deseja, exceto se estiver em risco iminente de morte, sendo assim o que se pretende é preservar a vida do paciente, contudo a vida só existe se houver qualidade, caso contrário se trata de simples sobrevivência e uma sobrevida com sofrimento. Não sendo o tratamento proposto capaz de ampliar o tempo de vida com qualidade, não há razões para compelir o paciente que não deseja a se submeter a essa espécie de procedimento, pois seria o mesmo que legitimar uma espécie de tortura, por prazo indefinido. A vida só existe enquanto houver qualidade, o restante é sobrevivência.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **O mito da supremacia do interesse público sobre o privado**. Revista de Processo. Vol 7, p. 61-119, ago 2015.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.





BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Responsabilidade Civil no Novo Código Civil**. Revista de Processo. Vol 1, p. 373-390, set 2012.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM - Brasil). **Código de ética médica. Resolução nº 1.246/88**. Brasília: Tablóide, 1990.

CUPIS, Adriano. de. **Os direitos da personalidade**. Lisboa: Moraes, 1961.

DADALTO, Luciana. **Testamento vital**. 5.ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2019.

DUFNER, Samantha Khoury Crepaldi. **Direito de morrer com dignidade e o testamento vital: análise da autonomia da vontade na ortotanásia humanizada**. Revista de Direito e medicina. Vol. 2, abr – jun 2019.

FARAH, Elias. **Contrato Profissional Médico-paciente. Reflexões sobre Obrigações Básicas**. Revista de Processo. Vol 5, p. 349-388, out 2011.

GARCIA, Marcia. **Fundamentalidade e Direitos Fundamentais: o §2º do Artigo 5º da CF/1988**. Direitos Humanos e Direitos e Garantias Fundamentais. Revista de Processo. Vol 1 p. 76-782, ago 2011.

THOMAS JÚNIOR, Dimas Borelli. **Responsabilidade Civil do Médico**. Revista de Processo. Vol 5, p. 725-740, out 2011.

MABTUM, Matheus Massaro; MARCHETTO, Patricia Borba. **O debate bioético e jurídico sobre as diretivas antecipadas de vontade**. São Paulo: Cultura Acadêmica. 2015.

MABTUM, Matheus Massaro. **A autonomia nas diretivas antecipadas de vontade (testamento vital): entre a autodeterminação do declarante e a responsabilidade civil do mandatário de saúde**. Londrina: Thoth, 2021.

MATTIA, Fábio Maria. **Direitos da Personalidade: Aspectos Gerais**. Revista de Processo. Vol 3 p. 245-268, out 2010.

OS MÉDICOS, Direitos e Deveres. **Jornal DR1**. 15 de maio de 2020. Disponível em: <https://jornaldr1.com.br/2020/05/os-medicos-direitos-e-deveres.html>. Acesso em: 09 set. 2022.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível. AC 7489096 PR 0748909-6**. Relator: Nilson Mizuta. DJ: 16/06/2011.

PERROTTA, Maria Gabriela Venturoti. **Diretivas Antecipadas de Vontade em tempos de Pandemia**. **Revista de Direito e Medicina**. Vol 6/2020, ago 2020.

RODRIGUES, Giselly Campelo. **Consentimento do Ofendido: Breves Considerações de Dogmática Penal e suas Consequências na Relação Jurídica Médico-Paciente**. **Revista de Processo**. Vol 3/2015,



jan 2015.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira. Direitos Fundamentais. **Revista de Processo**. Vol 1 p. 507-520, set 2011.

SPECTOR, N. **Manual para redação de teses, projetos de pesquisa e artigos científicos**. 2ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2021.

TEODORO, Viviane Rosalia. Testamento Vital, Direitos dos Pacientes e Cuidados Paliativos. **Revista de Direito Privado**. Vol 87. P. 171-193, out 2017.

