XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO I

CÉSAR AUGUSTO DE CASTRO FIUZA

YURI NATHAN DA COSTA LANNES

CARLOS EDUARDO DO NASCIMENTO

Copyright © 2018 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

Direito civil contemporâneo I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: César Augusto de Castro Fiuza; Yuri Nathan da Costa Lannes; Carlos Eduardo do Nascimento – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-592-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade Federal da Bahia - UFBA
Salvador – Bahia - Brasil
https://www.ufba.br/

XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO I

Apresentação

O XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA, realizado em parceria com a Universidade Federal da Bahia – UFBA, apresentou como temática central "Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural". Esta questão suscitou intensos debates desde o início, com a abertura do evento no Complexo Pupilieira, e no decorrer do evento com a apresentação dos trabalhos previamente selecionados, fóruns e painéis que na Universidade ocorreram.

Os trabalhos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho "Direito Civil Contemporâneo", realizado no dia 15 de junho de 2018, que passaram previamente por dupla avaliação cega por pares. Encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-Graduação em Direito brasileiros, que retratam parcela relevante dos estudos que têm sido desenvolvidos em Direito Civil no Brasil.

As temáticas abordadas decorrem de intensas e numerosas discussões que acontecem pelo Brasil, com temas que reforçam a diversidade cultural brasileira e as preocupações que abrangem problemas relevantes e interessantes. Dentre as temáticas, questões atinentes: à poliafetividade, às relações familiares, à responsabilidade civil, à personalidade, aos direitos reais e à tutela indígena.

Espera-se, então, que o leitor possa vivenciar parcela destas discussões por meio da leitura dos textos. Agradecemos a todos os pesquisadores, colaboradores e pessoas envolvidas nos debates e organização do evento pela sua inestimável contribuição e desejamos uma proveitosa leitura!

Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - PUC/Minas

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes – Mackenzie

Prof. Dr. Carlos Eduardo do Nascimento - UPM

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

DIREITO DE RECUSA A TRATAMENTO MÉDICO: A AUTONOMIA DO PACIENTE E A CONFORMAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PROFISSIONAL

RIGHT TO REFUSAL OF MEDICAL TREATMENT: THE PATIENT AUTONOMY AND CONFORMITY OF PROFESSIONAL RESPONSIBILITY

Ana Thereza Meireles Araújo [1]
Lucas Macedo Silva [2]

Resumo

Artigo destinado a analisar a concretização da relação médico-paciente a partir do exercício do direito de recusa a tratamento médico. Parte-se de um estudo dos direitos fundamentais à vida e à integridade física, com o fito de avaliar se há possibilidade de relativizá-los, considerando o reconhecimento do direito de exercício da autonomia. Estabelecido o direito de recusa como um direito da personalidade, apresentam-se situações jurídicas, como intervenções cirúrgicas, tratamentos invasivos, lesões iatrogênicas e situações de terminalidade. A partir daí, passa-se à verificação dos impactos do exercício desse direito de recusa a tratamento terapêutico, avaliando a conformação da responsabilidade profissional.

Palavras-chave: Recusa a tratamento médico, Autonomia, Direito à integridade física, Responsabilidade médica, Relação médico-paciente

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to analyze the configuration of doctor-patient relationship in the context of the right to refuse medical treatment. It is based on a study of the fundamental rights to life and physical integrity, in order to evaluate whether there is a possibility of relativizing them, considering the right to exercise autonomy. Having established the right of refusal as a personality right, legal situations exist, such as surgical interventions, invasive treatments, iatrogenic lesions and terminality situations. From this, the impact of the exercise of this right of refusal to therapeutic treatment is verified, evaluating the conformity of professional responsibility.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Refusal of treatment, Private autonomy, Right to bodily integrity, Professional responsibility, Doctor-patient relationship

[1] Doutora em Relações Sociais e Novos Direitos pela Universidade Federal da Bahia. Professora da Universidade Católica do Salvador, da Universidade do Estado da Bahia e da Faculdade Baiana de Direito.

[2] Pós-graduado em Direito Público pela Faculdade Baiana de Direito. Graduado da Universidade Salvador (UNIFACS).

1 INTRODUÇÃO

O avanço das ciências médicas aponta para o surgimento de novas modalidades de tratamento e novas perspectivas de cura, o que dinamiza constantemente a relação médico-paciente. Dentre os diversos aspectos controversos pertinentes à tal relação, o direito de recusa a tratamento médico desponta como importante temática no sentido de estabelecer os limites à disposição sobre o próprio corpo e os possíveis impactos na responsabilidade profissional do médico.

A dignidade da pessoa humana, como epicentro de todo o ordenamento jurídico, reclama a consubstanciação de uma hermenêutica normativa que tenda sempre à sua máxima satisfação, enquanto elementar princípio constitucional e pilar fundamental que dá sentido à proteção do ser humano. Partindo desse pressuposto, a conduta do Estado perante o cidadão deve sempre não ignorar os seus interesses subjetivos, buscando garantir formas de concretização dessa realização pessoal. A discussão se torna complexa quando constatado o choque entre direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, o que reclamará ponderação para identificar a prevalência adequada.

A recusa a tratamento médico envolve conflitos de natureza fundamental relacionados à vida e à integridade física em confronto evidente com a liberdade e o exercício da autonomia, motivadas pelo sentido de dignidade humana. O artigo tem então como objetivo nuclear a averiguação da medida de reconhecimento do direito de recusa a tratamento médico, verificando se o paciente poderia exercê-lo de modo irrestrito e injustificado, motivado pela sua concepção pessoal de vida digna.

Tal objetivo deve pressupor que a análise do direito de recusa não pode restar apartada da verificação da conformação jurídica da conduta médica, já que, sob o manto do exercício da medicina, sempre pairaram posturas paternalistas e intervencionistas, concretizadas pela ideia de que cabe exclusivamente à decisão dos médicos o curso da vida de seus pacientes.

Questiona-se a possível inviolabilidade da vida a partir da decisão por parte do paciente, considerando a análise das circunstâncias e de situações diversas. A Constituição Federal traz, em seu art.5°, *caput*, a inviolabilidade do direito à vida e à liberdade, dentro do capítulo sobre direitos fundamentais. Esses dois direitos circundam intimamente a relação existente entre o profissional da medicina e o paciente, razão pela qual se discute constantemente como avaliar a medida de incidência de cada um deles em caso de conflito.

A proposta tem como abordagem metodológica o percurso hipotético-dedutivo por

partir da construção de interpretações concernentes ao direito vigente e a argumentos de outros segmentos científicos e filosóficos em conformidade ao problema levantado.

2 VIDA E INTEGRIDADE FÍSICA SOB O PRISMA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A vida representa o valor mais elementar e primário da sociedade, no entanto, não se deve deixar de registrar, desde logo, que a acepção contemporânea sobre o seu conceito não comporta mais a visão arcaica e simplista de um complexo de reações fisiológicas componentes de um corpo animado. A vida humana passou a ser tratada também com uma dimensão psicológica e social, levando em conta as variantes relativas à maneira como o indivíduo se enxerga e como quer ser considerado dentro da sociedade.

Sendo um bem jurídico de alta relevância, a vida é protegida pela Constituição Federal, em seu art.5°, *caput,* através do reconhecimento da sua inviolabilidade, enquanto direito fundamental, ao lado da liberdade, da igualdade, da segurança e da propriedade. O ponto elementar da questão parte da ideia de que a vida, mesmo com uma importância singularizada, também pode colidir com outros direitos constitucionalmente previstos. M conformação a Robert Alexy (2011, p.90-92), em caso de choque entre direitos fundamentais, o peso atribuído a cada um deles vai depender das circunstâncias específicas do caso concreto, não havendo uma classificação apriorística que defina qual direito deva prevalecer em caso de conflito.

O termo “inviolabilidade” dos direitos fundamentais pode evidenciar o entendimento de que esses direitos não poderiam sofrer qualquer relativização, ainda que por vontade do seu titular. Analisar o valor da vida sob a perspectiva exclusiva e isolada do art.5° da Constituição Federal pode transmitir a falsa ideia de que ela deva ser considerada de maneira absoluta e intangível, de modo a sempre protegê-la independente das circunstâncias. No entanto, essa não parece ser a opção hermenêutica mais coerente, fazendo-se importante avaliar, através outras previsões normativas, como a vida pode ser diversificadamente valorada.

É possível identificar os casos em que o legislador possibilitou a relativização do direito à vida, demonstrando que sua conformação não é de todo absoluta. A primeira situação é a proibição da pena de morte no país, ressalvados os casos de guerra declarada, a segunda hipótese decorre do art.128 do Código Penal, referindo-se aos casos de aborto sentimental, derivado de gravidez oriunda de estupro, onde prevalece a dignidade da gestante. E, ainda, a permisão do aborto terapêutico, que é a interrupção da gravidez em virtude do alto risco à

vida da gestante, tornando relativa a vida do feto.

Com o julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 54, decidiu ainda o Supremo Tribunal Federal pela garantia do poder de escolha da gestante de feto anencéfalo em prosseguir ou finalizar a gravidez, independente de decisão judicial anterior. Também na esfera penal, há de ser acrescentado a possibilidade de exercício da legítima defesa, excludente de ilicitude prevista no art.23, inciso II, do Código Penal, o que pode ceifar a vida do ofensor.

A possibilidade de relativização do direito à vida quando confrontado com outro direito fundamental evidencia que a sua inviolabilidade é passível de ponderação no caso concreto. Se a vida, que se apresenta em um patamar tão importante no sistema jurídico, pode vir a sofrer mitigações a depender do suporte fático, o mesmo ocorre com os demais direitos fundamentais. Nesse contexto, como medida de extrema relevância para a justa balança de ponderações, emerge a dignidade da pessoa humana.

Ao incluir a dignidade da pessoa humana no art.1°, inciso III, da Constituição Federal, revela-se a opção do constituinte em institui-la como fundamento da República, representando um dos pilares do sistema político. A dignidade torna-se o epicentro axiológico de todo o sistema jurídico pátrio, motivo pelo qual não se alcança a satisfação dos ideais constitucionais, se não houver a observância da dignidade. A dignidade representaria o núcleo essencial dos próprios direitos fundamentais (SARLET, 2009, p.130).

Nesse contexto, o direito à vida passa a ser encarado a partir de elementos sociais, atrelando em sua essência uma análise qualitativa e não mais meramente biológica. Esse viés de observação parte da premissa de que é necessário, além da mera existência física, relevar um conceito de vida condizente com a dignidade humana, ou seja, a compreensão sobre o que seria vida passa a revelar também coeficientes subjetivos, individuais, que se concretizam a partir de percepções distintas.

Por essa concepção, para se garantir a vida digna, é necessário primeiro averiguar o modo como a pessoa se autodetermina e como se sente realizada, assim, o sentido da dignidade humana é alcançado de modo singular. Com a "individualização" da dignidade, poder-se-ia partir para a leitura dos direitos fundamentais no caso concreto, aceitando o pluralismo típico do Estado Democrático de Direito (TEIXEIRA, 2010, p.125). É por isso que é estratégica a não padronização de um conceito de dignidade, para que cada pessoa possa traçar os seus próprios moldes e desenvolver a sua vida da forma mais convicta e conveniente possível.

De igual modo, a proteção à integridade física decorre do entendimento de que a

agressão ao corpo humano seria uma forma de se agredir a vida, sendo o corpo a forma física que permite a realização dessa vida. Sendo assim, o direito à integridade física constitui um direito fundamental protegido, dentre outros dispositivos, pelo art. 5º, III, da CF, que veda a submissão à tortura ou à tratamento desumano ou degradante.

Considerando que o direito fundamental à integridade física se consubstancia na proteção à incolumidade corporal em sua totalidade, o corpo humano deve ser considerado a partir de uma dimensão sistêmica que considere matéria e espírito. Em outras palavras, se for visto o corpo em sua inteireza, abrangendo aspectos que transcendem a mera existência física, o direito à integridade física se avoluma e abrange um número maior de situações. O direito fundamental à integridade física, que pode ser rechaçado quando da admissão do direito de recusa a tratamento médico, está também associado ao direito que teria a pessoa de dispor sobre o próprio corpo.

Também como premissa, há de se discutir o conceito de saúde, direito que, nos moldes constitucionais atuais, se enquadra como direito social (ROCHA, 2011, p.17). Na maioria das vezes em que o texto constitucional se refere à saúde, a dimensiona com um conteúdo prestacional, destacando-a no contexto da seguridade social (TEIXEIRA, 2010). O fato da Constituição tratar da saúde preponderantemente em sua acepção prestacional não exclui os seus outros desdobramentos extraídos dos fundamentos constitucionais, muitas vezes, mais complexos que a perspectiva unicamente prestacional.

Nesse contexto, revela-se fundamental o acompanhamento da mudança paradigmática sofrida pelo conceito de saúde, que passa a abranger o meio ambiente e social, recebendo proteção efetiva não só pela perspectiva física, como psíquica e social. A partir daí, encara-se a saúde também como manifestação do direito à liberdade, enquanto direito individual, sendo essa a barreira, inclusive, para limitar uma possível atuação arbitrária do Estado em intervir em situações existenciais de natureza estritamente privada. Acresente-se, no entanto, que não há dúvidas de que, quando se estiver diante de uma ameaça social pondo em risco a saúde coletiva, legítima é a interferência do Estado na esfera do particular. São os casos das epidemias ou das doenças infectocontagiosas, por exemplo.

Percebe-se então que o conceito contemporâneo de saúde seria tão variável quanto os demais conceitos, devendo ser considerado modo individualizado a depender das vivências pessoais. A forma mais adequada para se alcançar, de modo pleno, a dignidade da pessoa humana nas situações envolvendo a saúde é encará-la em sua dinamicidade, considerando-a uma variável que depende do contexto social e das experiências pessoais do indivíduo (TEIXEIRA, 2010, p.70).

Para a realização da saúde, nos moldes da dignidade ora apontados, há que se destacar uma visão diferenciada também do próprio corpo humano, como sendo o instrumento pelo qual se poderá concretizar o desenvolvimento da personalidade da pessoa. Por tais razões, poder-se-ia afirmar que o corpo é um importante meio que a pessoa detém para alcançar a sua dignidade (CICCO, 2017, p.01).

A grande celeuma se instala quando o paciente passa a possuir uma concepção de saúde derivada de uma concepção individual de vida digna, por vezes, diferente do estabelecido pelo pensamento social predominante ou por parte da praxe médica. Em outras palavras, o paciente pode passar a considerar o tratamento recomendado para a sua enfermidade como indigno e se recusar a fazê-lo. É nesse contexto que entra a autonomia individual e a saúde como manifestação do direito à liberdade, cabendo ao Estado e à autoridade médica respeitá-la ou intervir a depender do caso concreto.

Ressalte-se então que a autonomia corporal representa a visão moderna de se tratar a saúde, considerando que o controle do corpo é uma das formas de externalização do respeito à dignidade da pessoa humana. No entanto, sabe-se que a possibilidade de autodeterminação, muito embora seja, de fato, decorrente de um direito fundamental, não deve ser concebida de modo indiscriminado.

3 DA AUTONOMIA PRIVADA NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

A compreensão da autonomia privada como um desdobramento direto do direito fundamental à liberdade aponta para uma mudança paradigmática procedente da Constituição Federal de 1988. Tradicionalmente, a liberdade era concebida como uma espécie de abstenção por parte do Estado. A partir da Constituição Cidadã, a autonomia passou a ser positivamente tratada, no sentido de, sobretudo nas situações existenciais, reconhecer de maneira significativa o poder da escolha ao próprio indivíduo (TEIXEIRA, 2010, p.127).

No cenário social contemporâneo, em um primeiro momento, encontrava-se a figura do médico de família, que era aquele profissional que detinha a confiança da família e prestava os serviços no domicílio do paciente. Destaca-se que se, por um lado, a atuação do médico era mais humanizada, por outro, as técnicas e conhecimentos aplicáveis eram reduzidos dada a ausência de recursos tecnológicos disponíveis na casa do paciente, o que diminuía a própria chance de sucesso do tratamento (BARROS JÚNIOR, 2011, p.100).

Com o advento dos grandes investimentos na área de saúde, emergiram os hospitais e centros médicos, o que deslocou o local de atendimento para as suas respectivas instalações.

Essa institucionalização gerou distanciamento entre o profissional da medicina e o paciente, transformando este em uma espécie de usuário do serviço. O médico deixa de ser escolhido em razão da confiança da família e passa a ser julgado através das suas especializações e pela divulgação de seus sucessos. Assim, restava firmada a ideia de que devia-se adimitir a preponderância da vontade do médico em relação a do paciente, possuindo o médico o dever, conforme o juramento de Hipócrates, de preservar a vida a qualquer custo independente da vontade do enfermo ou de sua família (SÁ; NAVES, 2011, p.82).

A perspectiva histórica demonstra o modo pelo qual o poder de decisão sobre os assuntos do paciente passou da família para o médico, restando ao paciente apenas figurar como espectador da própria vida. Apenas com o advento da Constituição de 1988 admitindo a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado, é que se passou a entender a liberdade de modo mais amplo, no sentido de reconhecer a autonomia quando do exercício das decisões relacionadas à própria pessoa, com o propósito de atender ao seu conceito de vida digna. O exercício desse poder de escolha é objeto de diversas teorias dentro da Bioética e do próprio Direito Civil.

Tendente a ir de encontro ao ideal paternalista, que orienta que o médico possuiria o poder de decisão em relação ao futuro terapêutico do paciente sem sequer consultar a vontade deste, a Bioética se funda na premissa de ampla autonomia do indivíduo acerca das soluções médicas a serem aplicadas, condição esta reiterada pelos novos tratamentos médicos que surgem constantemente com efeitos colaterais não aceitos por todos os pacientes (GOGLIANO, 2000, p.111).

Dentro desse contexto de autonomia do paciente na Bioética, é que surge o consentimento livre e esclarecido, oriundo do que se denomina em inglês de *informed consent*, requisito fundamental que legitimaria as intervenções médicas no corpo do paciente. A imperiosidade da obtenção do consentimento independe da estrutura ou complexidade do tratamento médico a ser executado, em homenagem aos direitos constitucionalmente garantidos da integridade física e psíquica (GOZZO; LIGIERA, 2012, p.96).

O consentimento livre e esclarecido representa o dever do profissional médico de repassar ao paciente, em linguagem acessível e adequada, todos os dados relevantes sobre a enfermidade, tais como os tratamentos possíveis, seus efeitos colaterais, riscos dos procedimentos, a gravidade da doença e toda e qualquer informação afeta ao seu quadro. Entre o médico e o paciente, deve-se pensar na construção aberta de um espaço de diálogo a fim de permitir o pleno exercício da autonomia. A admissibilidade da recusa ao tratamento somente seria legítima em caso de ciência pelo paciente de todas as informações necessárias à

formação da sua convicção.

Sob a perspectiva do direito civil, o elemento principal dentro da autonomia é a vontade, a intenção subjetiva do indivíduo que o leva a realizar determinado fato relevante para o Direito. Por se tratar de um conceito, por excelência, pertencente ao íntimo do ser, se apresenta impossível a sua verificação se não houver uma exteriorização dessa vontade (MELO, 2013, p.146). O grande ponto distintivo da autonomia em relação à acepção bioética é que, nesta, a autonomia se vê como um conceito abstrato de autodeterminação, ao passo em que, no plano normativo, a autonomia é exercida considerando em predominância a verificação da capacidade, conceito formal e dotado de parâmetros objetivos.

A sistemática que colocava o dogma da vontade como premissa central para a realização de atos jurídicos passou a ser questionada pela teoria da autonomia privada, onde o mero acordo de vontades não seria suficiente para ensejar a aplicação do direito. O consenso entre as vontades, como no caso da recusa a tratamento médico, estaria condicionado à previsão normativa que atribuísse legitimidade à sua manifestação, devendo não contrariar também o próprio ordenamento. O óbice entre a exteriorização da vontade e os efeitos jurídicos intentados seria, *a priori*, o sistema jurídico. Quando se trata de autorregulamentação, que é a situação em que o indivíduo declara a sua vontade para a produção de efeitos na sua esfera jurídica, é importante situar a recusa a tratamento médico no plano individual e fora do âmbito público. Por meio desse direito, o indivíduo poderia, voluntariamente, requerer o desencadeamento das consequências jurídicas à sua escolha, especialmente por não afetar diretamente terceiros (BORGES, 2007, p.83-84).

Para o exercício de tal autorregulamentação, é necessário a verificação da capacidade civil, disciplinada pelo Código Civil de 2002, em seu art.5°, recentemente alterado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, de modo que, a partir dos dezoito anos completos, o indivíduo a detém em plenitude. Quando há a capacidade plena, junção da capacidade jurídica e da capacidade de fato, o indivíduo poderá exercer a sua autonomia, considerando que está ciente e aquiesce com as consequências jurídicas decorrentes da sua escolha. Nesse sentido, no tocante à recusa a tratamento médico, havendo capacidade, a autonomia poderá ser exercida de modo pleno, não ensejando a incidência de decisões substitutas.

O diploma civil disciplina, em seu art.11, que "com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária". Nesse cenário, a característica mais controvertida é a irrenunciabilidade, a qual, em uma visão geral, poderia ser vista como a impossibilidade de que o indivíduo abrisse mão de possuir os seus direitos, já que inerentes à sua própria

personalidade. No entanto, deve-se compreender que o fato de não ser exercido o direito em uma situação específica não implica na renúncia geral dos direitos da personalidade, apenas numa relativização daquele caso em concreto, daquela situação ponderada, considerando relevante motivação (TEIXEIRA, 2010, p.215).

A grande problemática parte do fim do dispositivo normativo analisado, quando este se refere à impossibilidade de limitação voluntária. Essa questão está intrinsecamente relacionada com a recusa a tratamento médico, pois o indivíduo estaria limitando o seu direito à integridade física, o que, numa leitura fria, não seria permitido pelo ordenamento jurídico.

Sobre a limitação voluntária, o Enunciado n°4 da Jornada de Direito Civil afirma que "o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral". Dessa forma, o indivíduo não poderia abrir mão do seu direito à integridade física como um todo, de modo a renunciá-lo pelo restante da sua existência. O que poderia ser admitido seria a situação concreta em que o indivíduo se manifestasse, no exercício de sua autonomia, pela flexibilização específica em relação a um determinado ato que mitigue a sua integridade em virtude de um valor maior, qual seja a sua dignidade.

Há então quem afirme que as fontes de limitação do exercício da autonomia do indivíduo quanto à renúncia, no sentido de moldar a proteção do seu direito à consecução do ato ou da abstenção pretendidos, são a lei, a ordem pública, a moral e os bons costumes. A lei, nesse contexto, deve ser entendida em sua maior amplitude possível, abarcando das normas constitucionais até a legislação complementar (BORGES, 2007, p.134).

Não parece positiva a via que considera que a moral e os bons costumes devam ser limites à autonomia do indivíduo, tendo em vista que tal motivação possa ser justificada por uma convenção social enraizada num tradicionalismo ou em preconceitos históricos. No tocante à disposição ao próprio corpo, há uma limitação clara da validade da vontade exteriorizada. Essa assertiva, no entanto, comporta situações admitidas pelo próprio ordenamento, nas quais são permitidas disposições por vontade do titular.

O direito de dispor sobre o próprio corpo abrangeria os atos autônomos que não resultassem em redução permanente do corpo. Essa é a regra geral tratada pelo art.13 do Código Civil, quando afirma que "salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes". Em uma interpretação *a contrariu sensu*, estaria se permitindo o ato de disposição corporal quando não originasse redução permanente, no exercício da autonomia privada (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p.215).

Com a leitura do parágrafo único do dispositivo normativo, percebe-se que se excetua

da indisponibilidade corporal para lesões permanentes a situação de transplante de órgãos. É uma obediência clara ao art.199, §4°, da Constituição Federal, que possibilita a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas com a finalidade de transplante, pesquisa ou tratamento, assim como a coleta, o processamento e a transfusão de sangue. Regulamentando a matéria em questão, foi editada a Lei Federal n° 9.434/97, que instituiu os requisitos e os parâmetros para o transplante, recentemente regulamentada pelo Decreto 9.175/ 2017.

Outra situação diz respeito ao direito à mudança de sexo, devendo-se classificar a cirurgia de transgenitalização em razão da sua efetiva função para o indivíduo, qual seja o de adequar o sexo biológico ao sexo psíquico. A redução permanente não teria natureza mutilatória, mas com intuito corretivo, que permite o livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo, possibilitando ao mesmo a realização de sua dignidade (SÁ; NAVES, 2011, p.268). O direito à disposição sobre o próprio corpo também está relacionado com os casos de gestação por substituição, que ocorre quando alguém, por ato solidário e gratuito, se predispõe a desenvolver a gravidez para execução do projeto parental de outrem.

Em todas as hipóteses apresentadas, o que se pode extrair é a vontade do constituinte e do legislador de garantir o livre desenvolvimento da personalidade, de modo que cada indivíduo possua a autonomia necessária para a realização do seu projeto de vida.

4 O DIREITO DE RECUSA A TRATAMENTO MÉDICO

A mudança paradigmática derivada da nova concepção de corpo, relacionada ao livre desenvolvimento da personalidade, introduz a autonomia privada como instrumento que contribui para a construção da efetivação das garantias fundamentais. A união do agir autonomamente à acepção dinâmica de saúde promove o ideal da dignidade da pessoa humana dentro de uma perspectiva individual. Uma das hipóteses desse exercício da liberdade é a recusa a tratamento médico, caso em que o paciente nega a submissão ao tratamento sugerido por considerá-lo ofensivo à sua dignidade (CICCO, 2017, p.3-4).

Quando se fala do direito de recusa a tratamento médico, a dignidade da pessoa humana ocupa o papel de premissa mor, na medida em que é a partir dela que se permite relativizar um direito fundamental concebido como absoluto para a satisfação de outro direito fundamental. Desse modo, a recusa de tratamento médico possui a sua eficácia viabilizada pela concretização da dignidade da pessoa humana na forma de autonomia.

De todo modo, em que pese o tratamento extremamente privilegiado dado pela Carta Magna à dignidade humana, deve-se ter em conta que a polissemia em torno da ideia de

dignidade não pode funcionar como um mecanismo que proipicie a prática de atos que violam valores constitucionalmente protegidos.

O direito de recusa a tratamento médico pode ser uma das formas de se concretizar reais desejos e ideais de vida e de evitar que uma pessoa se submeta a procedimentos que afrontem a sua dignidade. O exercício autônomo desse direito não deve ser realizado injustificadamente, dada a sua relação intrínseca com os valores tutelados pela Constituição. No entanto, presentes as condições que ratificariam a conduta autônoma, a negação da recusa poderia representar o descumprimento do fundamento maior de todo o ordenamento jurídico vigente.

Como requisito ao exercício de tal direito, ressalta-se o dever do médico de esclarecer o quadro clínico ao paciente, assegurando a autodeterminação informacional do mesmo, para que este tenha o discernimento necessário para a formação da sua decisão (FABIAN, 2002, p.75). A plena ciência da situação e dos riscos e benefícios do tratamento médico recomendado, somada ao discernimento e à capacidade de fato, permitiriam o livre exercício da liberdade. Tal visão se ancora em uma perspectiva moderna do próprio princípio da autonomia da bioética, na medida em que aproxima a conduta do médico dos direitos humanos e dos direitos fundamentais (MATOS, 2007, p.201).

A fim de se apresentar os limites objetivos para o exercício do direito de recusa a tratamento médico, a legislação infraconstitucional balizou as condutas, apresentando, ainda que de modo não satisfatório, normas que incidem sobre tal direito. Passa-se agora à análise do direito de recusa a tratamento médico dentro da perspectiva da legislação civil, como etapa anterior e necessária para que se possa depreender os seus efeitos dentro da relação médico-paciente.

4.1 A INTERPRETAÇÃO DO ART.15 DO CÓDIGO CIVIL

A defesa do direito de recusa a tratamento médico concerne ao art.15 do Código Civil, incluído no capítulo dos direitos da personalidade, que dispõe que "ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica". Ao afirmar que, com risco de vida, um indivíduo não pode ser obrigado a se submeter a dada intervenção médica, a partir de uma interpretação *a contrario sensu*, infere-se que, não havendo o risco, poderia haver o constrangimento à submissão ao tratamento, interpretação que não faz qualquer sentido.

Em que pese seja visível a má redação do dispositivo, esta não pode obstar a utilização

do direito nele proclamado. Afirmar a possibilidade de uma intervenção na esfera individual de saúde do indivíduo sem o seu consentimento seria defender uma volta aos modelos paternalistas, o que não condiz com a realidade contemporânea, nem com as garantias constitucionais (SCHREIBER 2011, p.53).

Pode-se inferir que o que o legislador chama de "risco de vida" é aferido por uma probabilidade significativa de que o paciente pudesse vir a óbito. Sendo assim, percebe-se a opção legislativa em se proteger a vida em conformidade com as convicções próprias do paciente, dado que ele, motivado pelo medo da morte associado aos riscos do procedimento, teria o legítimo direito de se recusar à submissão. Ultrapassando essa análise fria e exegeta, é plausível pensar numa ampliação no campo de decisão do paciente para a admissão da escolha em relação a todas as situações em que a saúde, em caráter geral, estiver envolvida, desde que o titular esteja munido de todas as informações necessárias para embasar a sua opção (TEIXEIRA, 2010, p.300).

Tal interpretação obtida sistematicamente indica que, havendo ou não o risco de vida, a pessoa não pode ser compelida a se submeter a uma intervenção médica de modo autoritário, sem a observância da sua vontade, salvo as exceções em que o Estado interfere para proteger um interesse coletivo. Outra hipótese de intervenção sem o consentimento seria quando o paciente chega ao médico, correndo risco de vida e impossibilitado de manifestar a sua vontade, fato que autoriza a imediata intervenção sem a manifesta decisão do doente ou acidentado (BORGES, 2007, p.204; SCHREIBER, 2011, p.54).

O consentimento do paciente é submetido à constante revogabilidade. A qualquer momento, o paciente poderá mudar a sua vontade e revogar a sua manifestação anterior, recusando ou aceitando a submissão ao tratamento. Além disso, o consentimento deve ser obtido de modo fracionado, considerando cada procedimento a ser executado pelo profissional da medicina, de modo que o paciente possa exercer o seu direito em plenitude, recusando os tratamentos que julgar contra a sua dignidade e aceitando os que entender pertinentes (SCHREIBER, 2011, p.54; TEIXEIRA, 2010, p.300).

Após o diagnóstico e a decisão acerca do tratamento ideal a ser aplicado no caso, o médico deve fornecer ao paciente todas as informações necessárias, sobretudo os benefícios e os riscos do tratamento, para que, se houver a aquiescência, seja recolhido o consentimento do para o início do tratamento. Não havendo o consentimento do paciente, o médico não poderá transgredir a barreira de decisão pessoal e efetuar o procedimento, situação que pode evidenciar consequências penais e de extrema discussão na doutrina especializada.

4.2 AS DIFERENTES SITUAÇÕES MÉDICAS PERTINENTES

Diante do surgimento constante de novas modalidades de tratamento e de novas perspectivas de cura, não é possível encontrar uma resposta apriorística sobre o exercício do direito de recusa para todas as possibilidades de tratamento, devendo cada uma ser analisada de acordo com as suas peculiaridades e os riscos que a envolvem. O conteúdo de tal direito da personalidade deve possuir alcance máximo, sendo diversos os tratamentos possíveis dentro da medicina, como as intervenções cirúrgicas, os tratamentos invasivos, as transfusões sanguíneas, as lesões iatrogênicas e as situações de terminalidade.

Sobre as intervenções cirúrgicas, percebe-se que essa espécie de tratamento é expressamente mencionada no texto do art.15 do Código Civil. Quando há impossibilidade de exteriorização da vontade, dada a inconsciência ou a falta de discernimento do paciente, é verificada uma situação de urgência que exige a postura do médico como garantidor da vida, na medida em que não se tem como negar um tratamento imediato a partir da mera suposição de que a intervenção poderia vir a violar a dignidade do paciente (BORGES, 2007, p.208).

Nas situações em que, após o diagnóstico, é recomendada a cirurgia e o paciente se encontra em pleno domínio da sua consciência, a autonomia privada é imperativa quando para resguardar a sua dignidade. Havendo um risco de sequelas ou de morte, o paciente pode temer o resultado pior e se negar a submissão à cirurgia, o que deverá ser respeitado pelo profissional, a partir da leitura da Constituição e do art.15 do Código Civil (TEIXEIRA, 2010, p.307).

A norma não proclama a exigência de que a recusa do tratamento médico se dê por alguma razão em específico, podendo ser, a título de exemplo, por motivação religiosa ou não. O que se apresenta obrigatório para o próprio exercício desse direito é a transmissão da informação pelo médico para o paciente, de modo a se obter o consentimento livre e esclarecido.

Já os tratamentos invasivos terminais, também chamados de distanásia ou obstinação terapêutica, são aqueles que não estão relacionados com a cura da enfermidade, apenas forçam a permanência da vida biológica e não apresentam benefícios reais para o paciente, já que este se encontra em uma situação de terminalidade (SÁ; NAVES, 2011, p.312). Não praticar distanásia em nada se relaciona com antecipar a morte, pois não se realiza nenhuma conduta contra a vida do paciente, mas, sim, busca-se o respeito à sua dignidade, violada em caso de submissão forçada a um tratamento invasivo consubstanciado por tecnologias novas e proteladoras.

A imposição forçada a tratamentos invasivos é uma interpretação completamente desconforme aos parâmetros constitucionais, sobretudo no que tange à promoção da dignidade da pessoa humana, também reforçada pelo Código de Ética Médica. Quando se trata da recusa aos tratamentos invasivos, percebe-se que é absolutamente admissível a negativa do paciente à submissão a tais procedimentos. Os tratamentos invasivos protelatórios são equiparados à tortura, dado o grande sofrimento causado ao indivíduo em estado terminal.

No que pertine à transfusão sanguínea, que é o procedimento de transferência de sangue ou de um componente sanguíneo de um doador para outro receptor, a principal questão tem sido deflagrada pelos praticantes da religião Testemunhas de Jeová. A Constituição Federal de 1988 garante aos cidadãos, em seu art.5°, VI, o livre direito à crença e culto, consagrando o direito fundamental à inviolabilidade da liberdade religiosa. Nesta senda, os seguidores de tal religião se recusam a aceitar transfusões sanguíneas, por considerarem que o texto bíblico pressupõe interpretação proibitiva (CICCO, 2017, p.3).

Ressalta-se que a dignidade da pessoa humana, quando envolvidos valores, direitos ou comandos normativos que se apresentam em conflito, deve ser a única baliza razoável para resolver a questão. É ela o vetor que deve direcionar o margeamento das relativizações dos direitos fundamentais envolvidos.

Ainda que não haja o motivo religioso, o indivíduo pode se recusar a se submeter a uma transfusão sanguínea. Tal recusa pode estar motivada pela contaminação de doenças graves não identificadas pelos procedimentos antecedentes de verificação sanguínea, por exemplo. A sua autonomia deve ser preservada da mesma maneira, no sentido de aceitar a sua recusa e buscar meios alternativos de se alcançar o objetivo da cura.

As lesões iatrogênicas são os danos causados por um ato médico aos pacientes, sem que haja conduta culposa do profissional, representando os prejuízos ínsitos ao tratamento e que evidenciam a falibilidade da ciência médica. Nem sempre a medicina consegue encontrar soluções para as enfermidades sem que haja um sacrifício para o paciente, sendo tal sacrifício intitulado como iatrogenia, os exemplos mais comuns são as mutilações de partes do corpo, como as amputações, e as fraturas ósseas decorrentes de tentativa de reanimação após parada cardíaca (CARVALHO, 2009, p.03).

Percebe-se que o dano faz parte do tratamento em si e não corresponde a uma falha do profissional médico na execução do procedimento. Mais do que nas outras espécies de tratamento médico, quando se trata da iatrogenia, o consentimento livre e esclarecido adquire relevância extrema, na medida em que deverá ser realizado, mais do que a mera transmissão da informação acerca dos riscos e dos benefícios, um diálogo entre paciente e médico, já que

a lesão iatrogênica é previsível e necessária. É direito do paciente ter conhecimento dessa possibilidade, podendo inclusive recusar-se ao tratamento capaz de originar tal lesão.

Quanto ao âmbito das situações terminais, deve-se também avaliar a conhecida discussão quanto à eutanásia, que é a abreviação da vida resultante de uma conduta motivada pela piedade diante do sofrimento extremo suportado pelo paciente terminal. No que tange à legislação infraconstitucional brasileira, a prática da eutanásia é enquadrada como o crime de homicídio privilegiado, nos moldes do art.121, §1°, do Código Penal, privilégio explicado pelo relevante valor moral que motivou a conduta.

A conduta ortotanásica, permitida pelo Ordenamento, contempla a recepção da morte no momento em que naturalmente ela viria, seguindo-se o ciclo natural da vida. Na ortotanásia, não há abreviação da vida, mas sim um processo de morte instaurado, espontâneo ou de razões naturais (VILAS BOAS, 2005). A ortotanásia pode representar um típico exercício do direito de recusa a tratamento médico, na medida em que, diante do estado de terminalidade, o indivíduo opta por não prolongar artificialmente a sua vida e aceita a morte como fenômeno natural, em seu próprio tempo (PESSOA, 2017, p.1395).

Nesses casos, o indivíduo opta por não se submeter a procedimentos desnecessários que afligiriam a sua dignidade e a sua saúde psíquica e que nao colaboram em nada para a sua cura, já que o processo de morte já foi instaurado. Tal direito de recusa pode ser manifestado por meio Diretivas Antecipadas de Vontade, disciplinadas pela Resolução 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina, documento hábil para se formalizar tal pedido para o caso de o paciente vir a ser acometido por uma impossibilidade de manifestar a sua vontade. Sendo assim, ele elabora esse documento previamente, que terá a eficácia condicionada a uma posterior incapacidade (DADALTO, 2013, p.108).

Adotadas as premissas de que o direito de recusa a tratamento médico é decorrente do direito de exercício da liberdade e que este último, quando em choque com o direito à vida, pode vir a prevalecer, revela-se importante a análise dos impactos na relação entre paciente e médico. Os efeitos de uma maior autonomia do enfermo, possibilitando inclusive o exercício do direito de morrer ou direito a uma morte digna, rogam por uma nova maneira de se perceber a dinâmica da dimensão da relação em foco.

5 A RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE FACE AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE RECUSA A TRATAMENTO MÉDICO

Originariamente, a relação entre médico e paciente esteve firmada a partir de uma

concepção paternalista, onde o profissional da medicina possuía o intocável dever de guardar a saúde do indivíduo e proteger a vida de qualquer forma. A evolução das demandas sociais e o advento do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, mudaram a perspectiva tradicional, transformando a relação a partir de uma ótica contratual, enquanto uma prestação de serviços, onde descumprimento de deveres pelos contratantes pode consubstanciar a necessária reparação.

Os deveres do médico constituem-se como deveres contratuais, sendo um deles o de dar conselhos ao paciente, fornecer os cuidados adequados e o de não abusar da sua posição de conhecedor. A responsabilidade do médico surge no momento em que o profissional inobserva algum desses deveres, restando impossibilitado o pleno exercício dos direitos do paciente, incluindo a sua autonomia decisória (FABIAN, 2002, p.134). Na instância ética-administrativa, as regras de conduta estão previstas no Código de Ética Médica (CEM), onde o descumprimento pode ensejar a aplicação de sanção disciplinar pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) e pelos órgãos respectivos estaduais, independente da possível discussão judicial nas esferas cível e penal (BARROS JÚNIOR, 2011, p.54).

A relação médico-paciente, no que tange ao seu conteúdo obrigacional em face do médico, não pode ser vista com uma garantia do resultado final da cura, constituindo-se uma obrigação de meio. Essa é uma importante premissa para se desenvolver a questão da responsabilidade do médico diante do direito de recusa a tratamento médico, já que não pode ser atribuído a ele a culpa por um possível resultado nefasto e muitas vezes imprevisível, mas se pode exigir o cumprimento dos seus deveres de cuidado e de respeito ao paciente.

O direito de recusa a tratamento médico enquanto um direito da personalidade representa um desdobramento do direito fundamental à liberdade. Com a plena realização do consentimento livre e esclarecido, o médico definirá a sua postura a partir da autonomia do paciente, não podendo ser responsabilizado por uma decisão de recusa ou que contrarie o que socialmente se entende cabível (FABIAN, 2002, p.135).

Ainda que o médico esteja amparado pela justificativa de proteção da vida, não se mostra cabível a interferência na saúde do paciente de modo imperativo, considerando que pode representar uma afronta à sua concepção de saúde e de vida digna. Desse modo, o descumprimento fatalmente deve acarretar na aplicação de sanções de natureza distintas.

O direito de exercer a recusa a tratamento médico, expressão da personalidade recepcionada pelo direito vigente, reclama do médico a resignação perante a decisão do paciente, deixando de realizar o tratamento ou interrompendo-o. Se atender aos requisitos capazes de legitimar o consentimento esclarecido, a cogitação de uma responsabilidade

profissional deve ser afastada, uma vez que agiu pautado no julgamento autônomo do próprio paciente. Ressalte-se que a vontade do paciente não deve prevalecer quando ela for manifestamente contra as exigências legais, situação em que o médico deverá agir sob pena de responsabilidade.

A atividade médica se submete à exceção prevista no art.14, §4° do Código de Defesa do Consumidor que estabelece a responsabilidade subjetiva para os profissionais liberais, dentre os quais se incluem os médicos. Por tal razão, para que o médico seja responsabilizado, no exercício da sua profissão, é necessário que seja averiguada a culpa *lato sensu* do profissional diante dos seus deveres (CAVALIERI FILHO, 2014, p.432).

Assim, deve-se observar os princípios e regras pertinentes quando houver o exercício do direito de recusa a tratamento médico. Entende-se possível a recusa a tratamento médico quando a realização deste encontrar divergência com a concepção de saúde do indivíduo, tendo em vista a proteção da sua dignidade. O desrespeito à recusa externada pela realização do procedimento sem o consentimento do paciente evidencia que o médico também estará descumprindo o seu dever de garantidor da saúde, por não relevar a dignidade do paciente.

Nao se pode deixar de registrar os casos em que a vontade do paciente não é compartilhada pela sua família. Se o médico respeita a autonomia manifestada pelo doente, fatalmente poderá ser demandado pela família no caso de posterior agravamento do quadro clínico ou morte. Se não respeita, poderá ser demandado pelo paciente, sob a alegação de violação da sua concepção de dignidade. Disso resulta a evidente necessidade de esclarecimento os parâmetros de concretização do direito de recusa, pressuposto necessário à segurança do médico e do paciente.

O Código Penal tipifica, em seu art.146, o crime de constrangimento ilegal, que tutela a liberdade pessoal em suas projeções física e moral, reprovando a conduta de impedir, limitar ou dificultar a liberdade de alguém, obrigando-a a fazer o que a lei não determina. Disso, pode-se perceber que, se o paciente emitiu consentimento sobre a prática da intervenção médica ou cirúrgica, não há que se falar em responsabilização penal. A grande discussão está no §3°, inciso I, do art.146 do Código Penal, que justica a possibilidade de uma intervenção médica sem o consentimento do paciente se esta for para salvar a vida do mesmo.

Há de refletir sobre o conteúdo da exceção relatada no parágrafo. A situação parece ser justificada quando se tratar se iminente perigo de vida expressado por situações de urgência, nas quais o paciente chega ao médico, na grande maioria das vezes desacordado, exigindo uma postura imediata do profissional, que, inclusive, tem obrigação de atendimento por ser garantidor da vida.

De fato, em uma situação de urgência, o primeiro pensamento do médico deve ser a defesa da vida. Todavia, em caso de prévia manifestação de vontade, conforme os pressupostos legítimos de manifestação do consentimento, é possível que a conduta médica interventiva seja reconsiderada e dispensada em prol do cumprimento do desejo do paciente.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A possibilidade de construção do conceito de saúde e do sentido de dignidade é o pressuposto necessário à compreensão do exercício do direito de recusa a tratamento médico. Recusar-se a um tratamento é uma forma de expressar um direito de personalidade, situado na esfera da disposição sobre o próprio corpo. A construção da personalidade demanda o argumento da dignidade, relação que fundamenta o direito de decidir autonomamente sobre situações de natureza existencial.

O conflito entre o direito à vida e o direito à liberdade não deve pressupor uma posição apriorística como resposta universal, restando razoável a ponderação das circunstâncias e dos interesses pertinentes. A dignidade é o vetor da ponderação, tornando-se a única baliza legítima capaz de justificar qualquer decisão, e essa proposta é corolária de uma justificação adequada no que concerne à construção dos processos decisórios que circundam a configuração do direito à saúde, agravado pela possibilidade de relativização da vida e da integridade física.

O exercício da recusa a tratamento médico ainda não aponta caminhos consolidados no que pertine à responsabilidade dos profissionais de saúde, o que caminha para a necessidade de aclarar a questão a partir do delineamento dos limites de atuação interventiva face à manifestação legítima da autonomia. As disciplinas cível e penal devem revelar propostas coesas, a fim de uma não aniquile o conteúdo da outra. O reconhecimento da autonomia, fulcrado no fundamento constitucional e disciplinado pelo direito civil, deve ser qualificado pelo direito penal, de modo que as intervenções médicas sejam pautadas na participação decisória daquele a qual a mesmas se destinam.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais.* 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. *Direito médico: abordagem constitucional da responsabilidade médica.* 2 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

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

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Lei 8.078 de 11 de setembro de 90. *Vade mecum.* São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Vade mecum.* São Paulo: Saraiva, 2014.

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

CARVALHO, José Carlos Maldonado de. *Iatrogenia e erro médico sob o enfoque da responsabilidade civil.* 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil.* 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CICCO, Maria Cristina. *Atos de disposição do próprio corpo entre autonomia e dignidade da pessoa humana.* Disponível em: < http://civilistica.com/atos-de-disposicao-do-proprio-corpo>. Acesso em: 21 fev. 2017.

DADALTO, Luciana. Reflexos jurídicos da Resolução 1.995/12. *Revista Bioética,* Belo Horizonte, v. 21, n.1, p.106-112, 2013.

FABIAN, Cristoph. *O dever de informar no Direito Civil.* 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB.* 11 ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.

GOGLIANO, Daisy. Autonomia, bioética e direitos da personalidade. *Revista de Direito Sanitário,* v.1, n.1, 2000.

GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. O consentimento informado como direito da persoanlidade. In: GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo (Orgs.). *Bioética e Direitos Fundamentais.* São Paulo: Saraiva, 2012.

MATOS, Gilson Ely Chaves de. Aspectos jurídicos e bioéticos do consentimento informado na prática médica. *Revista Bioética,* v.15, n.2, p.196-213, 2007.

MELO, Nehemias Domingos. *Responsabilidade civil por erro médico: doutrina e jurisprudência.* 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PESSOA, Laura Scalldaferri. *Pensando o final: reflexões sobre o direito de morrer.* Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2073.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2017.

ROCHA, Júlio César de Sá da. *Direito da Saúde: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos.* 2 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de Biodireito.* 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.* 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos.* 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

VILAS BOAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.