

O PACIENTE FORA DE POSSIBILIDADE TERAPÊUTICA CURATIVA E A RECUSA DE TRATAMENTOS MÉDICOS

The patient out of possibility of curative therapy and the refusal of medical treatments

Hélder Fernandes¹

RESUMO: A partir de uma interpretação conforme à constituição este artigo elencou as orientações do Conselho Federal de Medicina e as disposições do Código Civil Brasileiro correlatas à recusa de tratamentos médicos. Discutiu se o anteparo do risco iminente de morte dificulta ao paciente que enfrenta a terminalidade a tomada de decisão sobre os rumos da sua saúde e propôs a observação de outros limites. Com abordagem qualitativa, de objetivo descritivo-explicativo e finalidade básica estratégica, foi através dos métodos hermenêutico e dedutivo que construiu os seus argumentos, para tanto o procedimento adotado partiu da análise bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Autodeterminação; Risco iminente de morte; Terminalidade.

ABSTRACT: From an interpretation in conformity with the constitution, this article lists the guidelines of the Federal Council of Medicine and the provisions of the Brazilian Civil Code related to the refusal of medical treatment. It discusses if the risk of death makes it difficult for the patient facing terminality to make a decision about the course of his health, proposing the observation of other limits. With a qualitative approach, of descriptive-exploratory objective and strategic basic purpose, it was through hermeneutic and deductive methods that it built its arguments, so that the procedure adopted started from bibliographic and documental analysis.

Keywords: Self-determination; Imminent risk of death; Terminality.

1 INTRODUÇÃO

A relação entre o paciente e o seu médico carrega um forte teor paternalista; pautada com exclusividade na moral do agente, o profissional da medicina foi por muito tempo o responsável privativo pela tomada de decisões em saúde. Mas com o fim da segunda guerra mundial e os efeitos da revolução biotecnológica a ciência médica passou a palco de notáveis transformações e o trato entre os sujeitos tem se manifestado de forma diferente.

Assumindo progressivamente uma comunicação horizontal, a relação de autoridade técnica que exterioriza o artigo 13² do Código Civil Brasileiro não se conforma mais à perspectiva contemporânea, não há que se falar de exigência médica

¹ Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (UESB).

² Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes (CCB, 2002).

porque a autonomia deu lugar à recomendação.

O paciente é vulnerável com frequência em duas vertentes: na primeira, advinda da postura comum de submissão e fragilidade diante do médico, por ser leigo nessa relação e/ou devido a fragilidade emocional normalmente acarretada pela doença. E na segunda porque decorre da própria tecnicidade da relação, o que dificulta a sua participação nesses processos decisórios.

Na prática forense não são poucas as situações em que os médicos também estão vulneráveis, de ordens variadas emergem das circunstâncias do caso concreto; a marcante fragilidade emocional e a inexatidão própria das ciências médicas; bem como das condições de trabalho enfrentadas por muitos dos profissionais da saúde (AMORIM, 2018). Que somado à ausência de um diálogo qualificado, o giro na relação médico-paciente é desafiador. E apesar dessas dificuldades requer um esforço profissional o nivelar do contato, porque depende desse investimento a garantia da dignidade do paciente e o atendimento aos valores republicanos expressos na Constituição.

O fim de vida é complexo e envolve a análise de coordenadas objetivas e subjetivas: a ausência de uma resposta ordinária a uma terapêutica determinada e as experiências pessoais do paciente, de seus familiares e da equipe médico-hospitalar. A terminalidade é um conceito definido caso a caso e avalia as possibilidades reais e pessoais do doente (GUTIERREZ, 2001). Em consequência disso, esta pesquisa elege a expressão *fora de possibilidade terapêutica curativa*, conformando-se à evolução conceitual, a abarcar outros quadros clínicos de saúde. O que encerra uma condição independente do íterim do processo de morte do paciente; e a dispensar os marcadores temporais - a exemplo do prognóstico máximo de seis meses -, investiga o quadro clínico, incurável e irreversível, presente intensa dor e/ou sofrimento agudo.

Ao lado da dignidade está a dignificação - o ato de tornar digno é um processo que gera concepções diferentes de vida digna, haja vista a multiplicidade de valores culturais, religiosos e éticos desenvolvidos nas sociedades plurais e democráticas. Assim integra à dignidade uma fração individual, construída pelo sujeito mediante as suas experiências, e uma parcela coletiva, erguida através dos valores sociais que condicionam e limitam a visão de cada um.

Nessa esteira o ordenamento jurídico nacional admite a recusa terapêutica

porque defende o direito de todo o paciente autônomo deliberar sobre os rumos da sua saúde, entretanto, como os direitos não são absolutos, à essa imunidade estão erigidas fronteiras. A resolução nº 2.232/2019 do Conselho Federal de Medicina destaca o *abuso de direito* e o Código de Ética Médica faz a ressalva do *risco iminente de morte*, circunstâncias nas quais a equipe médico-hospitalar é autorizada a agir mesmo sem o consentimento.

Contudo, considerando o fim de vida, aquele fora de possibilidade terapêutica curativa tem esvaziado o seu direito de recusar tratamentos médicos vez que o seu quadro clínico de terminalidade pressupõe o risco iminente de morte. *Então, como garantir a liberdade para negar terapias nessa etapa da vida humana?* É a partir dessa angústia que o trabalho relaciona conceitos médicos e jurídicos com a pretensão de delinear os contornos da negativa terapêutica aos pacientes que enfrentam a terminalidade, contribuindo para o desenvolvimento da matéria do Biodireito.

Com abordagem qualitativa e de objetivo descritivo-explicativo a sua finalidade é básica estratégica, é através dos métodos hermenêutico e dedutivo que constrói os seus argumentos, e com esse fim o procedimento adotado parte da análise bibliográfica e documental, com fundamento nas normas constitucionais, civilísticas e deontológicas. Daí investiga a extensão do princípio da autonomia privada e os requisitos dos negócios jurídicos existenciais, como alicerces da recusa de terapias, para alcançar essa imunidade e modelar um outro contorno, a garantir que os pacientes em fim de vida tenham acesso a esse direito.

2 O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA E OS NEGÓCIOS JURÍDICOS EXISTENCIAIS

A palavra autonomia deriva do grego - é da junção entre os morfemas *auto* e *nomos* que emerge uma aptidão para balizar as regras definidoras da própria vida. Na esfera jurídica o direito à autonomia vai tutelar essa imunidade, viabilizando o meio e a medida para a sua materialização (DWORKIN, 2009).

Naves atribui à Immanuel Kant a teoria de autonomia que se elevou ao patamar pragmático capaz de uma elaboração e aplicação jurídica (2014). Para quem é encarada como o princípio supremo da moralidade, tratando-se de *“propriedade graças à qual ela é para si mesma a lei.”* (p. 85).

Na segunda formulação do *imperativo categórico*³ kantiano, o homem deve se considerar um fim, ele está acima de qualquer preço porque é dotado de dignidade; uma importante qualidade da pessoa humana que encontra fundamento na noção de autonomia.

O princípio da autonomia da vontade é típico do período em que a interferência estatal no plano individual era a menor possível, favorecendo a realização de negócios jurídicos com amplíssima liberdade (DADALTO, 2015), motivo pelo qual se tornou o símbolo da fase liberal, onde o pacto de vontades era a única norma obrigatória de fato (TEIXEIRA, 2010).

Com transpor do liberalismo e o despontar da sociedade de massas inaugurou-se a intervenção na economia, demandando a reestruturação das relações econômicas de direito privado com a limitação da vontade (TEIXEIRA, 2010). Essa interferência na esfera privada promoveu a releitura da autonomia da vontade, que superada pela autonomia privada rompeu com uma concepção universal de consciência sociocultural para aceitar a diversidade entre os indivíduos com liberdades iguais (FARIAS; ROSENVALD, 2016).

Na origem a autonomia foi tomada como um valor em si mesmo, formalmente considerada a todos, mas apresentava-se somente com foco em interesses patrimoniais. E apesar de permanecer até hoje como um dos pilares da ordem jurídica não é mais tomada sob o viés de outrora, também ampliou-se em abrangência, albergando as situações subjetivas existenciais (CANTALI, 2009).

Está-se a falar de uma imunidade para a conformação livre dos interesses com o objetivo de autogovernar a esfera individual de direitos. Desse modo, no exercício da autonomia privada, ao titular compete estabelecer o regramento das situações da sua vida (CANTALI, 2009). Mas ao asseverar essa tutela é injustificável a arbitrariedade em face de terceiros, quando ferir a esfera dos direitos legítimos de outros cidadãos; exigindo reciprocidade em respeito aos deveres de solidariedade.

³ Os imperativos categóricos têm valor incondicional, isto é, independem de objetivos; trata-se de prescrição da vontade. Somente os imperativos categóricos são leis morais, universais e necessários. O imperativo categórico é único, apenas variam as suas formas de expressão. Seu conteúdo é indeterminado, caso contrário, seria submetê-lo às coisas e, conseqüentemente, às leis da natureza; o que retiraria o seu caráter apriorístico, e sua validade universal. Portanto, não contam com um conteúdo definido; o imperativo categórico é a forma, um preceito racional formal, e que pode ser expresso da seguinte maneira: “Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal [...] como se a máxima da tua ação se devesse tornar, pela tua vontade, em lei universal...” (KANT, 1997, apud NAVES, 2014).

Sá e Naves advertem: “[...] o exercício da autonomia privada só se faz quando garantidos aos cidadãos meios de autolegislação (sic), o que, por sua vez, só é possível concebendo-se a autonomia pública.” (SÁ; NAVES, 2017, p. 14-15). É convincente a compatibilidade entre as autonomias pública e privada, uma vez que os ordenamentos jurídicos das sociedades democráticas ocidentais se assentaram em expedientes discursivos (TEIXEIRA, 2010).

Explica Teixeira (2010) é preciso levar em conta a mudança nas aspirações pessoais geradas pela renovação das experiências, em vista a condição social plural e contínua. É importante fomentar a abertura à coexistência, para que concorram as aspirações individuais sem provocar a redução na liberdade do outro.

A partir dessa perspectiva a autonomia é reputada como autodeterminação, nessas ou noutras palavras, um princípio abordado amplamente nas democracias ocidentais modernas como expressão da dignidade; porém estendida além de uma percepção puramente individualista, como aquela que defendeu Kant. Isso porque a dignidade se edifica a partir da conjugação entre os princípios da igualdade e da liberdade substanciais e evidencia agora a importância da intersubjetividade para conformar seu sentido e alcance; três mandamentos indissociáveis na racionalidade contemporânea.

O autogoverno dos cidadãos se persegue a partir de uma autonomia erigida por processos que se baseiam no binômio racionalidade e comunicação; de forma que elaborar a autonomia privada no plano existencial coaduna-se com o paradigma do Estado Democrático de Direito, cujo traço distintivo é a pluralidade social e jurídica razoável (TEIXEIRA, 2010).

O homem passou a protagonista no ordenamento jurídico com a realização da dignidade da pessoa humana - objetivo e fundamento da república -, com isso a liberdade para acordar não continuou a mesma. É inderrogável que a autonomia existencial se exteriorize através de negócios jurídicos, e o Código Civil Brasileiro prevê no dispositivo 104 as condições de validade para que possam produzir efeitos, a saber, agente capaz, objeto lícito, determinado ou determinável e que sua forma seja prescrita ou não defesa em lei (BRASIL, 2002).

A capacidade civil plena com seus marcadores a represar os atos da vida é insuficiente para chancelar o autogoverno, não que os seus parâmetros devam ser totalmente desprezíveis, mas sozinhos não confirmam a apreensão de propriedades

essenciais à tomada de decisões refletidas, porque no plano existencial isso não acontece de forma automática.

Com a ideia de (*in*) *capacidade natural* em termos de direito e a (*in*) *competência*⁴ no vocabulário médico, quando o objeto de trabalho pertence à seara dos direitos existenciais, atenua-se a hermética positivista com a promoção da releitura do regime clássico das incapacidades. E ainda que não seja aferível com simplicidade, por realizar regramentos diversificados, construídos casuisticamente com base na métrica do discernimento real, não pode ser ignorada porque dá relevo ao sujeito em concreto (BRAZZALE, 2018).

Apontam Sá e Moreira, foi indispensável construir novas alternativas hermenêuticas que se distanciassem das relações de prioridade e hierarquia; mesmo porque interpretar o direito como regra/exceção, para esses autores, demanda soluções antecipadas, que não observam as nuances do caso concreto (SÁ; MOREIRA, 2011). Necessária uma releitura que imprimisse diferentes modos de aplicação às situações existenciais, conformando-se ao discernimento real, de modo que o objetivo protetivo não se corrompesse (BRAZZALE, 2018).

A partir da convenção internacional sobre os direitos da pessoa com deficiência houve modificações substanciais, recepcionada com o *status* de norma constitucional.

⁴ Advém a construção da competência, instituto inédito que descortinou parâmetros de apuração da possibilidade dos civilmente incapazes de anuir a tratamentos médicos, do caso Gillick que desenvolveu pela primeira vez a autonomia progressiva de crianças e adolescentes, constituindo assim verdadeiro *standard-case*.

O Departamento de Saúde e Segurança Social do Reino Unido emitiu, em 1974, circular que deliberava sobre o planejamento familiar, destacando que as suas consultas eram disponíveis para quaisquer pessoas, incluindo jovens menores de 16 anos, dispensável a prévia autorização de seus responsáveis legais.

Uma determinação sob a justificativa de reduzir a exposição a gestação indesejada, bem como o risco de contrair infecções sexualmente transmissíveis (ISTs) é mais relevante e, por isso, merece se sobrepor a exigibilidade de autorização preliminar. Diante dessa possibilidade, uma inglesa, mãe de filhas menores de 16 anos, notificou o centro de saúde mais próximo de sua casa que não consentia que recebessem informações a respeito de métodos contraceptivos sem o seu conhecimento. Com o pedido indeferido, Victoria Gillick acionou a justiça reforçando a sua intenção com amparo na preservação de seus direitos parentais. A ação fora julgada improcedente, e em sede recursal a Court of Appeal decidiu pela incapacidade do/a menor de 16 anos para consentir pela terapêutica, de modo que o profissional de saúde ao tratá-lo/a viola os direitos parentais, e contraria a própria lei, exceto em casos de emergência. O departamento de saúde, em razão dessa decisão, não se deu por vencido e apresentou recurso à House of Lords, que se manifestou pela licitude do conteúdo expresso pela circular, e firmou entendimento para legitimar a capacidade legal do menor de 16 anos de consentir por exames e tratamentos médicos, desde que possa entender as suas implicações. Chamou atenção ainda que o direito dos responsáveis legais deriva dos deveres parentais cujo desiderato é a proteção e a beneficência, a sua duração não está atrelada à idade, senão ao grau de compreensão para a tomada de decisão, e que não se encontra adstrito a um limite fixo (SILMANN, M. C. M. *Competência e recusa de tratamento médico por crianças e adolescentes: um necessário diálogo entre o biodireito e o direito infante juvenil*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019).

Com a lei nº 13.146/2015 - denominada de Estatuto da Pessoa com Deficiência - adveio o reconhecimento da capacidade civil plena a todos os maiores de 18 anos, independente de deficiência.

Esse novo regramento não confundiu o exercício pessoal dos direitos com a ideia de abandono ou desproteção, pois repensou as medidas protetivas e instituiu a Tomada de Decisão Apoiada (TDA)⁵ e, em caráter excepcional, a Curatela⁶, agora sob medida; abertas a demanda do sujeito de direitos.

Tais mecanismos de assistência que tornaram realidade a adequação da teoria clássica das incapacidades ao modelo social de inclusão, após a avaliação biopsicossocial realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar, factível a possibilidade de modelar a capacidade de agir com o intuito de asseverar a dignidade.

Considerando o paciente fora de possibilidade terapêutica curativa, seja ele deficiente ou não, ainda que goze de capacidade jurídica plena, é possível que se depreenda pela ausência de discernimento real para a tomada de decisões existenciais. Por essa razão a doutrina especializada defende a necessidade de avaliar a capacidade natural ou competência, um instituto que analisa a pessoa segundo parâmetros subjetivos, no intuito de determinar em concreto a faculdade mental para decidir o itinerário dos tratamentos.

⁵ Prevista no Estatuto no art. 84, § 2º e art. 116, este responsável pela alteração imposta ao art. 1.783-A do Código Civil Brasileiro, a Tomada de Decisão Apoiada (TDA) é definida como: Artigo 1.783-A do Código Civil: “A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade” (CCB, art. 1783-A, 2002). “Inicialmente, dependendo de um processo judicial, sob o rito de jurisdição voluntária, a tomada de decisão busca auxiliar a quem, com alguma limitação mantenha sua autonomia e querendo ‘cercar-se de maior proteção, possa receber apoio de terceiros no processo de tomada de decisão, sobretudo aquelas que implicarem efeitos jurídicos para si e/ou terceiros” (BRAZZALE, F. B. A pessoa com deficiência e a ruptura no regime das incapacidades. Belo Horizonte: Arraes, 2018, p. 120).

⁶ “Neste novo paradigma passa-se a albergar, a partir do Estatuto, um ‘formato de curatela mais humanizado’, de modo que, a curatela permanece para proteção e segurança daqueles que necessitam de referida intervenção, porém, como medida protetiva de caráter residual para aplicação proporcional e apropriada às circunstâncias do curatelado com revisão regular pela autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. Nos termos do artigo nº 84 do Estatuto, exclui-se a hipótese de interdição ampla e total sobre os atos da vida civil do curatelado para passar como regra à medida assistencial comedidamente aplicável às circunstâncias de cada caso durante o menor tempo possível. O parágrafo 3º deste artigo ainda confere ao magistrado o dever de traçar os limites proporcionais às necessidades e às circunstâncias de cada caso que melhor atendam ao curatelado por meio da imposição de deveres ao curador, que preferencialmente deverá ser sujeito que possua vínculo de natureza familiar, afetiva ou comunitária com o curatelado” (BRAZZALE, F. B. A pessoa com deficiência e a ruptura no regime das incapacidades. Belo Horizonte: Arraes, 2018, p. 125).

Todo esse expediente deve se realizar com a máxima ética profissional possível, de modo a repelir o comportamento paternalista⁷, a partir da avaliação biopsicossocial prescrita pelo estatuto; portanto, não é descabido sugerir a sua aplicação sempre que necessária à garantia da autonomia do paciente em fim de vida.

O ato de autonomia existencial é em regra expresso pelo próprio titular do direito, porque há situações nas quais a pessoa mesmo institui um terceiro para que tome as decisões por si, na impossibilidade de se expressar de maneira legítima, com vistas a concretizar os seus *melhores interesses* - um dever jurídico a contar com o laivo bioético da beneficência combinado com o princípio da solidariedade (TEIXEIRA, 2010).

Aqui o “[...] importante é diferenciar um valor ou crença pessoal de uma situação de coerção por terceiros, de constrangimento no ato de optar por uma das alternativas.” (TEIXEIRA, 2010, p. 161); relevante quando se considera a condição de paciente fora de possibilidade terapêutica curativa.

Já o objeto particulariza a situação jurídica existencial e conduz à observação da normativa aplicável. Conforme escreve Teixeira, isso acontece quando o negócio jurídico se encarrega diretamente de aspectos atinentes ao livre desenvolvimento da personalidade; nesses casos, o propósito é mesmo o de efetivá-los (TEIXEIRA, 2010).

O terceiro requisito diz respeito a forma, reitera-se, deve ser prescrita ou não defesa em lei. A seara existencial conserva a liberdade das formas, e, especificamente quanto a tomada de decisões ligadas à saúde, o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE) é uma praxe indeclinável, embora não haja um modelo obrigatório é de fundamental importância ser expresso e preferencialmente escrito.

O TCLE materializa o consentimento livre e esclarecido, expressão da autonomia do paciente, não devendo ser meramente formal. Não se trata, portanto, de colher o consentimento como uma obrigação legal, senão em expressar o seu significado real na relação com o médico competente, em respeito à autonomia e à

⁷ “Para uma boa compreensão, o paternalismo pode ser identificado pelos seguintes caracteres, segundo João Paulo Orsini: a) interferência na esfera de liberdade de alguém por um ato comissivo ou omissivo do agente; b) segurança sobre sua ação; c) justificativa de assegurar o bem da pessoa que sofreu a interferência ou evitar seu mal; d) presunção sobre a falta de capacidade de autodeterminação do interferido; e) contrariedade à vontade do interferido” (2010, p. 106 apud BRAZZALE, 2019, p. 82-83). A autora adverte sobre a existência tênue entre as condutas de paternalismo e autoritarismo. A proteção excessiva e desproporcional habitualmente leva à supressão da autonomia individual da pessoa do paciente relegando o arcabouço principiológico que encerra o Estado Democrático de Direito.

dignidade (BOMTEMPO, 2018). Uma proteção conferida tanto ao paciente quanto ao profissional de saúde.

A autonomia privada do paciente só é possível graças a uma atuação que privilegie o entendimento, orientada por normas que garantam a ele compreender o discurso técnico e dialogar com a equipe médica que o assiste e até intervir nos rumos de seu tratamento. *“A relação médico-paciente ganha corpo e credibilidade quando se instaura, entre os interlocutores, uma real comunicação em que o paciente pode, a qualquer momento, pôr em causa os fundamentos de validade dos argumentos médicos.”* (STANCIOLI, 2018, p. 150).

Prevê o artigo 22 do Código de Ética Médica, é vedado *“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.”*(CFM, 2018). Assim a liberdade exige o consentimento livre e esclarecido, um desdobramento do direito constitucional à informação (BRASIL, 1988).

Mas, diante da ressalva do código deontológico, impende destacar o quadro clínico do paciente fora de possibilidade terapêutica curativa: a equipe médica não está diante de um paciente hígido, cuja expectativa de vida é considerável, senão de pessoa que vai morrer em um espaço de tempo relativamente curto porque convive com doenças que lhe ameaçam a vida.

Por isso, ainda que sob o risco de morte iminente, obriga a dignidade o consentimento, seja através dele mesmo ou de seu mandatário legal, salvo sim em situações cuja obtenção é de patente impossibilidade, como daquele inconsciente e/ou desacompanhado de mandatário, em urgência e emergência.

3 O DIREITO À SAÚDE E A RECUSA TERAPÊUTICA: UM OUTRO LIMIAR

Dispõe a OMS (Organização Mundial de Saúde) que a definição de saúde diz do equilíbrio entre o bem-estar físico, mental e social; daí alcança também a esfera psicossocial. Refletida pela Constituição quando proíbe a tortura e o tratamento desumano ou degradante, a imunidade à saúde é desenvolvida explicitamente pelo legislador constituinte nos artigos 6º combinado com o 196.

De alcunha prestacional, a saúde é encarada pela doutrina tradicional como um direito social de caráter subjetivo público porque exigível pelo cidadão; e está inserida

no âmbito de aplicação direta dos direitos fundamentais, com uma oponibilidade *erga omnes*.

Na licença para construir a sua saúde encerra uma situação jurídica complexa, a configurá-lo tanto como um direito à prestação quanto um direito de liberdade. Rumo a uma construção mais atual, o autocontrole do corpo se torna relevante. É na viabilidade de um conceito individual e dinâmico que este trabalho defende a saúde como um direito da personalidade.

O Conselho Federal de Medicina disciplina a matéria através da resolução nº 2.232/2019, onde reconhece a recusa de tratamento eletivo como um direito da pessoa do paciente, devendo o médico esclarecer os riscos e as consequências da tomada de decisão; para tanto é preciso ser maior, capaz e estar lúcido, orientado e consciente durante o processo decisório.

Em situações de relevante risco à saúde, porém, segundo a normativa, o médico não deve aceitar a negativa de pacientes adultos que não contam com capacidade mental plena, quer estejam representados ou assistidos. Essa desconsideração sumária dos mecanismos assistenciais quando se trata de adulto com o discernimento reduzido caminha contracorrente. Isso porque apontam para a concretização da dignidade da pessoa humana, estabelecidos na métrica do discernimento real e em defesa do exercício da sua capacidade de agir.

Permanecendo as discordâncias entre o paciente, a sua família e a equipe de saúde que lhe assiste, é preciso comunicar às autoridades competentes para concretizar os seus melhores interesses. Além disso, acrescenta a resolução, a recusa terapêutica não deve ser aceita quando caracterizar *abuso de direito*⁸, pondo em risco a vida de terceiros e expondo a população ao perigo de contaminação por doença transmissível.

A liberdade terapêutica é de expressa proteção legal e nesse sentido está a lei 8.080/1990, responsável por regulamentar o Sistema Único de Saúde (SUS), destacando uma atuação que obedece às diretrizes constitucionais e o respeito ao princípio da preservação da autonomia, na defesa das integridades - física e moral - do paciente.⁹ Acompanha esse entendimento a previsão do artigo 17 do Estatuto do

⁸ Art. 187 Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. (CCB, 2002).

⁹ Art. 7º. As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes

Idoso¹⁰ quando indica, ao idoso com domínio de suas faculdades mentais é asseverado o direito de escolher pela terapêutica mais favorável a si próprio.

Veja a hipótese de um paciente fora de possibilidade terapêutica curativa, na urgência e emergência de um hospital, plenamente capaz, consciente e lúcido, informar ao médico que lhe atenda a sua condição de fim de vida, contudo a razão que o traz não guarda uma relação direta com tal origem. Suponha-se ainda que um outro paciente também em fim de vida, em condições similares de capacidade e competência, dá entrada na sessão de urgência e emergência desse mesmo hospital, agora por razões que guardam liame com seu quadro clínico de terminalidade.

Em ambos os casos, se negando à determinada terapêutica e havendo o risco de morte, a coleta do consentimento esclarecido poderá ser desprezada por esse motivo, porquanto da inteligência do artigo 22 do código deontológico a recusa terapêutica encontra limite no risco de morte em todo caso, desprezando o autogoverno do corpo humano. Corroborando com esse entendimento o artigo 31, no capítulo que se refere à relação com pacientes e familiares, pois consta: *“é vedado ao médico desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.”* (CFM, 2018).

Em face desses dispositivos infraconstitucionais, a defender o risco de morte como baliza à recusa de tratamento, não há o relevo necessário à dignidade da pessoa humana, que é fundamento da ordem jurídica, política e social da república e se projeta nas situações de fim de vida. Nesse sentido, o respeito ao princípio da legalidade tem de levar em conta a dignidade porque ela reúne todos os direitos fundamentais.

Da literalidade do artigo 15 do Código Civil Brasileiro (2002) somente nos casos de risco de morte a pessoa do paciente pode optar pela submissão ou não à determinada terapêutica (TEIXEIRA, 2010). Se ao paciente com risco de morte é

previstas no art. 198 da Constituição [Republicana], obedecendo ainda aos seguintes princípios: III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral. BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Diário Oficial da União, Brasília, ano 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 13 jan. 2023.

¹⁰ Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741/2003, no inc. III do art. 17:

Art. 17. Ao idoso que esteja no domínio de suas faculdades mentais é assegurado o direito de optar pelo tratamento de saúde que lhe for reputado mais favorável. Parágrafo único. Não estando o idoso em condições de proceder à opção, esta será feita: III – pelo médico, quando ocorrer iminente risco de vida e não houver tempo hábil para consulta a curador ou familiar; (BRASIL, 2003).

permitida a recusa de tratamento, com maior razão é possível recusá-lo quando não incidir esse risco; pois é mister o brocardo latino *a maiori, ad minus* - quem pode o mais pode o menos.

Essa redação fragiliza a própria dignidade da pessoa humana porque impede o auto regramento da vontade quando dispensa o consentimento para a submissão de terapias que não envolvam o risco de morte. Enquanto, consoante os princípios constitucionais, o consentimento livre e esclarecido do paciente é um requisito indispensável para sujeitá-lo a qualquer tratamento, com ou sem risco (CANTALI, 2009).

Da interpretação da norma que encerra o dispositivo civilista, adota também esse entendimento Ana Carolina Brochado Teixeira, deve ser ampliada, facultada a toda e qualquer pessoa que tenha sido esclarecida e esteja apta a escolher, observados os requisitos indispensáveis para o exercício de sua autonomia. Entretanto o entendimento tradicional é diametralmente oposto, em uma acepção que absolutiza a vida biológica sem o devido respeito a biografia do sujeito de direitos, comportando o dever de proteção estatal, inclusive contra a vontade do seu titular.

A autonomia privada do paciente concorre aparentemente com o direito à vida, à saúde e à integridade física e por essa razão a melhor solução, de acordo com essa ala doutrinária, seria que prevalecesse o último, fazendo-se indispensável proteger a pessoa dela mesma. O que se coaduna com a redação da regra de direito penal quando nega o constrangimento ilegal às intervenções médicas ou cirúrgicas, mesmo que se realizem sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, sob a justificativa do risco iminente de morte (BRASIL, 1940); a cuidar de hipótese de estado de necessidade porque permite violar a liberdade individual como o único meio para *salvar* a vida humana (CARVALHO, 2001).

Teixeira ousa discordar dessa cognoscibilidade de teor fortemente paternalista, se impondo como imperativo categórico, quando no contexto desenvolvido é conveniente tomar a autonomia como um valor prioritário em relação à vida biológica e/ou intangibilidade física, do contrário encarada a vida como um dever, e isso corrompe todo o arcabouço principiológico ao arbítrio da dignidade da pessoa humana (CARVALHO, 2001).

Subsistindo para o paciente a faculdade de recusar-se a qualquer terapêutica, ainda que vital, de acordo com a constitucionalização do direito à vida, uma vez que

qualificada pela dignidade não se esgota na biologia, mesmo que a vida biológica seja indispensável à exteriorização da sua personalidade.

A propósito, na exposição de motivos da resolução nº 1.805/2006, com reforço no artigo 1º, é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do paciente com enfermidade grave e incurável na fase terminal, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal, desde que garanta os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral.

Considerando a dignidade da pessoa humana e o mandamento constitucional pelo qual “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;” (BRASIL, art. 5º, inc. III, 1988) o Conselho Federal de Medicina é consciente do caráter extraordinário que pode assumir os tratamentos em circunstâncias determinadas. E por isso a normativa permite o médico limitar ou suspender essa terapêutica, porém o verbo guarda um espaço de deliberação questionável, pois permitir é uma faculdade aqui sem qualquer imperatividade, o que não impede a obstinação terapêutica.

Além do que, na parte *in fine* do dispositivo em comento, a autoridade administrativa diz ser preciso respeitar a vontade do paciente ou de seu mandatário legal; isto é, a limitação ou suspensão de terapias em um cenário de terminalidade vai estar condicionada ao elemento volitivo, onde respeitar é o mesmo que atender.

Os pacientes devem saber que tem o direito de escolher, no entanto, as suas opções também encontram limite na fundamental vedação do *abuso de direito*, que ajuda a construir uma fronteira segura entre autonomia privada e pública. Acrescenta-se às suas disposições a proibição do abandono, com referência a rejeição de cuidados paliativos; e o embargo de práticas distanásicas.

A distanásia é constituída por condutas operacionais que se dedicam em prolongar ao máximo a quantidade de vida humana, combatendo a morte como grande e último inimigo e relega a qualidade de vida do paciente - um conceito associado à vida biográfica da pessoa; nesse sentido conforma-se a tratamento desumano ou degradante e por isso não pode e nem deve ser uma alternativa à pessoa do paciente, do médico ou de seu representante legal (PESSINI, 2004).

Convém destacar, a ortotanásia não se conforma ao tratamento desumano ou degradante, o que está de encontro com a sua filosofia e melhores práticas. Defende-

se a autonomia da pessoa do paciente em fim de vida para que participe ativamente do seu tratamento e recuse terapêutica, se julgar conveniente. Entretanto que sejam mantidos os cuidados paliativos, no controle da dor e demais sintomas.

Como expressão da ortotanásia, o cuidado paliativo é, em regra, um conjunto de práticas desconhecidas por pacientes, por seus familiares e representantes, em razão disso, devido à vulnerabilidade técnica, mas também à fática, a equipe médico-hospitalar tem o dever de não apenas informar, e sim o de esclarecer, para que o paciente entenda de fato a relação entre os pesos e os contrapesos das alternativas clínicas a sua disposição.

Essa espécie de cuidado também é tratamento, não de cura porque nas situações em comento já não existe essa possibilidade, mas de controle de dor, de sintomas, e que envolve também as questões espirituais e familiares, a contar com o auxílio de profissionais especializados.

Portanto a redação do *caput* do artigo 1º da resolução de nº 1.805/2006 merece uma adaptação: a sua leitura precisa caminhar no sentido de que a vontade da pessoa do paciente ou de seu representante legal tenha de ser *considerada*, vez que escolher pela suspensão dos cuidados e pela obstinação de terapias não merece deferência em situações de terminalidade devido a própria dignidade humana.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à saúde é encarado com natureza jurídica *sui generis* e por isso defendido também como personalíssimo. E como todo direito da personalidade, ele é vitalício, absoluto e indisponível. Vitalício porque acompanha o ser humano em toda a sua existência, extinguindo-se com a morte. Absoluto por traduzir obrigação de não-fazer pelos não-titulares. E indisponível, pois a sua apreensão independe da vontade humana.

Dessa importante imunidade emerge a recusa de tratamentos médicos a garantir proteção à integridade biopsicossocial do paciente, relevante sobretudo no fim de vida, quando é grande a probabilidade distanásica e elevado o potencial de dependência do paciente, estendendo a dor e o sofrimento.

Demonstra ser legítima a pretensão do paciente fora de possibilidade terapêutica curativa para consentir ou não com relação aos rumos dos seus

tratamentos médicos, desde que previamente esclarecido pelo médico competente, indispensável a capacidade natural, apurada em avaliação biopsicossocial por equipe multiprofissional e interdisciplinar.

Importante destacar que o caráter absoluto dos direitos da personalidade além de evidenciar um dever jurídico absentéista, também aponta para a sua promoção com o intuito afirmativo, a exemplo da relação entre o Estado e os seus administrados, onde o poder público é o responsável não apenas por afiançar como pelo dever de não violar.

Um movimento que manifesta a faculdade de exercício pelo titular pressupondo alguma disposição, quando advir de um ato voluntário, consciente e sem abuso, ao se expressar considerando a proteção aos direitos de terceiros, não expondo à perigo a saúde de outros cidadãos.

Somado a isso está a negativa da obstinação terapêutica, um impedimento de proscrição administrativa capaz de aumentar a dependência do paciente em fim de vida. E, além desses, destacam-se os direitos e as obrigações relacionados à prestação dos cuidados paliativos, não poderão ser afetados porque a autodeterminação não pode significar ter de sofrer ainda mais.

Demarcando o direito à recusa de tratamentos a deslocar a sua margem do risco de morte iminente para a vedação do abandono, com alusão à negativa da ortotanásia, acrescida da proibição de manobras distanásicas, que se conformam a tratamento desumano ou degradante e não podem ser opção fidedigna na ausência de possibilidade terapêutica curativa, pois garantem um processo de morte que materializa os valores constitucionais.

A *contrario sensu*, manter o risco de morte desprivilegia a ortotanásia e possibilita a distanásia, exatamente esses que devem figurar ao lado da ameaça a saúde de terceiros na composição do abuso de direito como baliza à recusa de terapias médicas. Aqui, com toda razão, é qualificado o dever de esclarecimento, cooperação e lealdade do médico, uma imposição necessária, a regra e não a exceção.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Bruno de Almeida Lewer. Vulnerabilidade médica no ambiente hospitalar. In: SÁ; NAVES e SOUZA. **Direito e Medicina: autonomia e vulnerabilidade em**

ambiente hospitalar. Indaiatuba, SP: Foco, 2018.

BOMTEMPO, Tiago Vieira. O termo de consentimento informando dos doentes mentais à luz do estatuto da pessoa com deficiência. In: SÁ; NAVES e SOUZA. **Direito e Medicina: autonomia e vulnerabilidade em ambiente hospitalar.** Indaiatuba, SP: Foco, 2018.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil Brasileiro.** Diário Oficial da União. Brasília, 11 de jan. de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 21 de jan. de 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Diário Oficial da União, Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 de jan. de 2022.

BRASIL. **Estatuto da Pessoa com Deficiência.** Diário Oficial da União. Brasília, 06 de jul. de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 20 de fev. de 2022.

BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal Brasileiro.** Diário Oficial da União. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 2 jan. 2022.

BRASIL. LEI n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. **Lei do SUS.** Diário Oficial da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 13 jan. 2023.

BRASIL. Lei n. 10.741, de 01 de outubro de 2003. **Estatuto do Idoso.** Diário Oficial da União. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm. Acesso em: 13 jan. 2023.

BRAZZALE, Flávia Balduino. **A pessoa com deficiência e a ruptura no regime das incapacidades.** Belo Horizonte: Arraes, 2018.

CARVALHO, Gisele Mendes. **Aspectos jurídico-penais da eutanásia.** São Paulo: IBCCRIM, 2001.

CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 2.232,** de 17 de julho de 2019. Diário Oficial da União, 16 set. 2019. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-2.232-de-17-de-julho-de-2019-216318370>. Acesso em: 13 jan. 2023.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasília). 09 de novembro de 2006. **Resolução nº 1.805**, Brasília: Diário Oficial da União, 28 nov. 2006.

Disponível em:

<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2006/1805>. Acesso em: 02 de jan. de 2022.

DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 3. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2015.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 14^a ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

GUTIERREZ, Pilar. **O que é o paciente terminal?** Revista da Associação Médica Brasileira. 2001. Disponível em:

<https://www.scielo.br/j/ramb/a/Lc5MYWZHRMb8vGpRWWdx3qF/?lang=pt#ModalArticles>. Acesso em: 08 de dez. de 2021.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela Lisboa: Edições 70, 1997.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **O direito pela perspectiva da autonomia privada: relação jurídica, situações jurídicas e teoria do fato jurídico na segunda modernidade**. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.

PESSINI, Leo. **Eutanásia: por que abreviar a vida?** São Paulo: Ed. Loyola, 2004.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direitos da Personalidade**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

STANCIOLI, Brunello. **Relação jurídica médico-paciente**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2020.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Saúde, Corpo e Autonomia Privada**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

Recebido em (Received in): 27/02/2023.

Aceito em (Approved in): 29/06/2023.



Este trabalho está licenciado sob uma licença [Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).