

DIREITO À RECUSA DE TRATAMENTO: ANÁLISE DA SENTENÇA PROFERIDA NOS AUTOS Nº 201700242266 – TJGO

RIGHT TO REFUSAL OF TREATMENT: ANALYSIS OF THE JUDGMENT HANDED DOWN IN THE CASE 201700242266 – TJGO

Luciana Dadalto

Doutora em Ciências da Saúde pela Faculdade de Medicina da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Coordenadora do Grupo de Estudos e Pesquisa em Bioética (GEPBio) da Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Administradora do portal <www.testamentovital.com.br>. Sócia da Dadalto & Carvalho Sociedade de Advogados.

Willian Pimentel

Licenciado e bacharel em Educação Física pelo Centro Universitário de Belo Horizonte (UniBH). Graduando em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva. Membro do Grupo de Estudos e Pesquisa em Bioética (GEPBio) do Centro Universitário Newton Paiva.

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo comentar recente sentença proferida pelo Magistrado da segunda vara cível da comarca de Trindade, Goiás, que determinou a interdição de paciente de 22 anos, portador de doença renal crônica, que se recusa a continuar fazendo hemodiálise. A tomada de decisão de saúde é um tema complexo, com repercussões ética, jurídica e bioética notadamente no que se refere à recusa de tratamento médico, pois tangencia temas que, sozinhos, já promovem outras tantas discussões: a autonomia do paciente e, mais recentemente no Brasil, a aplicação do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Além disso, a confusão entre os institutos da recusa de tratamento médico e das Diretivas Antecipadas de Vontade aprofunda o debate e torna urgente a análise do referido julgado e de como esses assuntos foram interpretados para a determinação da interdição do paciente.

Palavras-chave: Autonomia. Curatela. Recusa de tratamento médico.

Abstract: This paper aims to comment a recent decision by the judge of the second civil court in the Trindade (Goiás, Brazil), which ordered the interdiction of a 22-year-old patient with chronic renal disease who refuses to continue hemodialysis. Health decision-making is a complex issue, with ethical, legal and bioethical repercussions, notably regarding the refusal of medical treatment, since it touches on issues that, alone, already promote many other discussions: patient autonomy and, more recently in Brazil, the application of the Statute of Persons with Disabilities. In addition, the confusion between the institutes of refusal of medical treatment and the Advance Directives deepens the debate and makes the analysis of the aforementioned court and of how these subjects interpreted for the determination of the patient's interdiction is urgent.

Keywords: Autonomy. Interdiction. Refusal of medical treatment.

Sumário: 1 Descrição do caso – 2 EPD e o novo procedimento de curatela – 3 Tomada de decisão em saúde – 4 Diretivas antecipadas de vontade – 5 Análise do caso

1 Descrição do caso

A sentença analisada no presente artigo científico foi prolatada nos autos de Ação de Interdição com Antecipação de Tutela¹ nº 201700242266, ajuizada em 30.01.2017, por Edina Maria Alves Borges em face de seu filho José Humberto Pires de Campos, um jovem de 22 anos com diagnóstico de doença renal crônica, que, após cinco meses realizando hemodiálise, recusou-se a continuar o tratamento.

O objetivo da referida ação era forçar o jovem a se submeter ao tratamento médico, em virtude da suposta incapacidade do mesmo, que, apesar de maior de 18 anos, padecia de transtorno psiquiátrico grave, conforme narrado na inicial.

Em sede de liminar, foi deferido o pedido obrigando J. H. a frequentar as sessões de hemodiálise, desde que não ocorresse coerção física e determinando a atuação de psicólogos e assistentes sociais para o acompanhamento do caso.

Na sentença, o magistrado afirma que não houve alteração do panorama fático que determinou a interdição temporária do jovem e mantém a decisão liminar.

A referida decisão teve um intenso ônus argumentativo, no qual o magistrado deixa claro ter se baseado nos laudos médicos e psicológicos feitos ao longo da demanda. Tais laudos afirmam que:

[...] “o interditando tem parcial capacidade de determinação no que diz respeito às decisões”, tanto que a médica perita psiquiatra sugeriu “por se tratar de uma decisão que envolve risco de vida iminente, no momento, há que se impor o tratamento ao periciando dando-lhe a possibilidade de sobreviver e ter tempo de, com ajuda de um profissional de psicologia, elaborar seu processo de luto e ter condições emocionais de decidir-se acerca do seu tratamento, assim manifestando sua vontade livre e amadurecida. Sugere-se, portanto, sua interdição temporária e parcial”.²

¹ 2ª Vara Cível, Fazendas Públicas, Registros Públicos e Ambiental, 201700242266 – TJGO, *Éder Jorge*, Trindade, 22 de novembro de 2017.

² 2ª Vara Cível, Fazendas Públicas, Registros Públicos e Ambiental, 201700242266 – TJGO, *Éder Jorge*, Trindade, 22 de novembro de 2017.

O hipercontrole racional que, à primeira vista, pode parecer adequado, ocorre às custas da reflexão e do processamento emocional que expressariam uma modalidade mais madura de enfrentamento da realidade e, por isso, expressa-se como característica disfuncional que o impede de acessar a consciência de circunstâncias ameaçadoras ou indesejáveis emocionalmente. Trata-se da expressão de imaturidade emocional que aponta ainda para a baixa tolerância à frustração e estresse, assim como para a diminuição da capacidade de lidar com limitações. [...]

Entretanto, no caso específico do periciado, a imaturidade emocional o impede de lidar com essa ambivalência em relação à vida, que é comum na vivência de qualquer adulto, mas que obviamente assume maior magnitude nos casos de doenças crônicas, sendo que esta ultrapassou seus limites afetivo-emocionais de elaboração psíquica. Nesse sentido, prevalece sua imaturidade emocional sobre sua maturidade cognitiva.³

Desta feita, o magistrado deixa claro que a interdição não está ocorrendo por inexistência do direito à recusa de tratamento, pois ele reconhece o direito à ortotanásia, mas sim em virtude da inexistência de capacidade decisória no momento.

Pelas avaliações periciais apresentadas, infere-se que o desenvolvimento cognitivo de J. H. P. C. F – e sua própria consciência – não estão comprometidos, mas o que a vida lhe exige nesse momento – decidir sobre a forma de tratamento médico – não conta com hígidez necessária para corroborar uma vontade efetivamente livre e descolada de qualquer interferência com potencial afetação ao seu entendimento e determinação. Trata-se de barreira que o requerido não possui condições de transpor sozinho neste momento.

A renúncia a tratamento doloroso e a aceitação da morte natural como consequência da doença seria perfeitamente possível no nosso sistema constitucional, se não houvesse elementos psicológicos e psiquiátricos a afetarem a capacidade de entendimento e determinação de J. H. P. C. F., já que a medicalização da vida pode transformar a morte em um processo longo e sofrido.⁴

³ 2ª Vara Cível, Fazendas Públicas, Registros Públicos e Ambiental, 201700242266 – TJGO, *Éder Jorge*, Trindade, 22 de novembro de 2017.

⁴ 2ª Vara Cível, Fazendas Públicas, Registros Públicos e Ambiental, 201700242266 – TJGO, *Éder Jorge*, Trindade, 22 de novembro de 2017.

Percebe-se assim que o Magistrado se mostrou convencido, por meio dos laudos apresentados pela equipe médica e multiprofissional e das entrevistas realizadas em audiência com o interditando, de que J. H. encontra-se prejudicado em sua capacidade de decisão e determinação.

Adequando-se às modificações do Código Civil introduzidas pela Lei nº 13.146/15, julga procedente o pedido, decidindo pela interdição parcial e temporária, pois considera que o interditando possui capacidade cognitiva e grau de instrução compatíveis com sua idade e que com o devido acompanhamento profissional ele terá a possibilidade de alcançar o devido desenvolvimento emocional. Nota-se, ainda que o magistrado reafirma a decisão liminar no que diz respeito à impossibilidade de utilização de coerção física para efetivar o *decisium*, mas determina que o jovem se submeta às seções de hemodiálise e demais tratamentos necessários para a conservação de sua saúde. E deixa claro que caberá à autora, mãe do interditando, e equipe de profissionais da saúde a utilização de métodos de convencimento para que o tratamento seja realizado nos parâmetros adequados para a conservação da saúde de João Humberto, durante o período de um ano, possibilitando a renovação pelo mesmo período, caso haja novo requerimento.

2 EPD e o novo procedimento de curatela

Em 13 de dezembro de 2006, a Organização das Nações Unidas (ONU) aprovou a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (CDPD). E, em março de 2007, a referida convenção foi aberta para que os Estados-membros se tornassem signatários,⁵ o que foi feito pelo Brasil em 31 de agosto de 2008.⁶

A CDPD foi promulgada pelo Congresso Nacional em 25 de agosto de 2009, com a publicação do Decreto nº 6.959, data em que passou a ter *status* de norma constitucional no Brasil.

Contudo, apenas em 2015 os direitos das pessoas com deficiência foram regulamentados no Brasil, com a edição da Lei nº 13.146, sancionada em 6 de julho de 2015, com vacância de 180 dias, entrando em vigor em janeiro de 2016.⁷

A referida lei, nomeada de Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, é mais conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) e provocou inúmeras mudanças no tratamento jurídico dos direitos e deveres

⁵ Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD). Disponível: <<https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities.html>>. Acesso em: 13 dez. 2017.

⁶ Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.

⁷ Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência.

das pessoas com deficiência em ramos como o Direito do Trabalho, Direito Previdenciário, Direito Administrativo e, notadamente, no Direito Civil.

Isso porque o EPD alterou sobremaneira o regime das incapacidades no Código Civil brasileiro dispondo que incapacidade absoluta é situação jurídica adstrita aos menores de 16 anos e que a incapacidade relativa dos maiores só será reconhecida por sentença judicial, mediante prova da impossibilidade decisória. Assim, retirou-se do ordenamento jurídico brasileiro a presunção de incapacidade – absoluta e/ou relativa – da pessoa com deficiência.

Frise-se que o EPD deixa claro em seu artigo 6º que não há liame jurídico entre deficiência e incapacidade. Diz o legislador: “Art. 6º. A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa [...]”. Em verdade, a Lei nº 13.146/15 aboliu a perspectiva médica assistencialista que era usada para categorizar qualquer pessoa com deficiência no rol das pessoas incapazes.⁸ E mais, restringe os limites da curatela aos atos negociais e patrimoniais:

Art. 85. A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.

§1º. A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

Outra importante modificação no Código Civil provocada por essa norma foi a supressão do instituto da interdição no procedimento jurídico da curatela, segundo doutrina civilista. Infelizmente essa questão ainda não está pacificada entre os doutrinadores brasileiros, pois o Novo Código de Processo Civil (NCPC)⁹ ainda adota a terminologia interdição. Contudo, nos filiamos ao posicionamento de que, como o EPD é posterior ao NCPC, houve sim a extinção do instituto da interdição, posição essa que merece guarida quer seja pelo critério temporal das normas quer pela necessidade em diminuir o preconceito existente com os ditos interditados.

No que diz respeito à parte procedimental da curatela, o autor da ação possui intenso ônus argumentativo, dado que é preciso deixar clara a necessidade da curatela, além da delimitação de sua incidência, vez que não se admite mais a curatela total no Direito brasileiro. Desta feita, a sentença que constituir a curatela deverá deixar claro para quais atos o sujeito curatelado deverá ser representado, para quais atos ele deverá ser assistido e quais os atos que ele poderá

⁸ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Direito das Famílias. Vol. 6. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 909.

⁹ Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.

praticar sem qualquer interferência de seu curador, em claro reconhecimento ao direito ao tratamento pessoal do incapaz.

Ou seja, reconhecem-se a individualidade do incapaz e a necessidade de que este seja tratado de forma singular durante o processo de curatela e após o mesmo, devendo a sentença personalizar os efeitos da curatela para a realidade do curatelado.

3 Tomada de decisão em saúde

Historicamente, a relação médico-paciente foi calcada em uma assimetria. O médico, detentor do saber técnico prescrevia os medicamentos e indicava os procedimentos capazes de curar ou amenizar a enfermidade do paciente, baseado no princípio hipocrático da beneficência. Apenas na segunda metade do século XX essa relação começa a se tornar horizontal e dialógica, devendo o médico obter o consentimento do paciente para toda e qualquer intervenção, ainda que esta tivesse o nítido propósito curativo.

Atualmente, o consentimento é usado como sinônimo de autonomia na tomada de decisão em saúde. A objetivação da autonomia do paciente é feita com a assinatura do termo de consentimento livre e esclarecido.

Segundo Almeida,¹⁰ o termo consentimento foi utilizado pela primeira vez em 1957, no julgamento do caso *Salgo versus Leland Stanford Jr. University-Broad of Trustees*, na Califórnia, Estado norte-americano. Martin Salgo foi submetido a uma aortografia translombar, que causou uma paralisia permanente, um risco inerente ao procedimento, contudo, processou o cirurgião por não ter sido advertido desse risco e, portanto, não ter tido o direito de escolha na realização do mesmo. A sentença do caso Salgo é tida como a primeira decisão judicial no mundo que reconheceu o dever do médico de informar o paciente, antes da tomada de decisão do mesmo.

Todavia, esse entendimento só se pacificou nos EUA na década de 1970, momento em que se estabeleceu como obrigação médica informar o paciente sobre aspectos relativos ao diagnóstico, prognóstico (com e sem tratamento), às propostas terapêuticas, aos riscos inerentes ao tratamento e às intervenções alternativas, com seus respectivos riscos.

O estudo sobre o consentimento na relação médico-paciente aprofundou-se nas últimas décadas, e, atualmente, Highton e Wierzba¹¹ afirmam ser objetivo

¹⁰ ALMEIDA, José Luiz Telles de. *Respeito à autonomia do paciente e consentimento livre e esclarecido: uma abordagem principialista da relação médico-paciente*. Tese (Doutorado), Fundação Oswaldo Cruz, Escola Nacional de Saúde Pública, 1999.

¹¹ IGHTON, Elena I.; WIERZBA, Sandra M. *La relación Médico-Paciente: el consentimiento informado*. 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003.

da doutrina do consentimento informado permitir que os pacientes tomem suas próprias decisões, podendo inclusive renunciar a esse direito.

No entanto, a tomada de decisão de saúde no Brasil ainda não é ponto pacífico, o que se credita à ausência de norma clara sobre o assunto e à falta de jurisprudência.

O constituinte afirma no artigo 5º, inciso II, do texto Constitucional de 1988 que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, colocando em destaque as garantias de liberdade de ação relacionada aos seus ideais e a correlação de liberdade de legalidade, para definir que as limitações à sua liberdade serão definidas por lei. Além disso, no inciso X deste mesmo artigo, deixa clara a proteção à vida privada da pessoa, asseverando que: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Mas inexistente, no texto constitucional, qualquer menção específica à tomada de decisões de saúde.

Foi o Código Civil que positivou em seu artigo 15, no capítulo dos Direitos de Personalidade, que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”.¹² Contudo, a redação desse artigo já sofreu inúmeras críticas, de modo que o Enunciado nº 533, da VI Jornada de Direito Civil, do CJP, sugere a seguinte interpretação: “paciente plenamente capaz poderá deliberar sobre todos os aspectos concernentes a tratamento médico que possa lhe causar risco de vida, seja imediato ou mediato, salvo as situações de emergência ou no curso de procedimentos médicos cirúrgicos que não possam ser interrompidos”.¹³

Diaulas Costa Ribeiro¹⁴ vai além e sugere uma releitura desse artigo para “[...] ninguém, nem com risco de vida, será constrangido a tratamento ou a intervenção cirúrgica, em respeito à sua autonomia, um destacado direito desta Era dos Direitos que não concebeu, contudo, um direito fundamental à imortalidade”.

No âmbito da normativa administrativa, a Portaria nº 1.820, de 13 de agosto de 2009,¹⁵ do Ministério da Saúde, reconhece em seu artigo 5º o respeito à liberdade do paciente que, inclusive, pode revogar o consentimento previamente dado sem que lhe seja imputada qualquer sanção.

¹² Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil.

¹³ VI Jornada de Direito Civil. Enunciado nº 533.

¹⁴ RIBEIRO, Diaulas Costa. A eterna busca da imortalidade humana: a terminalidade da vida e a autonomia. *Bioética*, Brasília, v. 13, n. 2, p. 112-120, dez. 2005.

¹⁵ Ministério da Saúde. Portaria nº 1.820, de 13 de agosto de 2009.

Art. 5º Toda pessoa deve ter seus valores, cultura e direitos respeitados na relação com os serviços de saúde, garantindo-lhe:

[...]

V – o consentimento livre, voluntário e esclarecido, a quaisquer procedimentos diagnósticos, preventivos ou terapêuticos, salvo nos casos que acarretem risco à saúde pública, considerando que o consentimento anteriormente dado poderá ser revogado a qualquer instante, por decisão livre e esclarecida, sem que sejam imputadas à pessoa sanções morais, financeiras ou legais;

No âmbito deontológico, os Códigos de Ética da Medicina e da Enfermagem tratam do direito ao consentimento e da recusa de tratamento.

O artigo 31 do Código de Ética Médica (CEM) veda 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”.¹⁶ Saliente-se que na exposição de motivos do CEM, o CFM deixa claro o reconhecimento do direito à recusa de tratamento:

Ou seja, aquele que recebe atenção e cuidado passa a ter o direito de recusar ou escolher seu tratamento.

Tal aperfeiçoamento corrige a falha histórica que deu ao médico um papel paternalista e autoritário nessa relação, fazendo-a progredir rumo à cooperação – abordagem sempre preocupada em assegurar a beneficência das ações profissionais em acordo com o interesse do paciente.

Já o novíssimo Código de Ética da Enfermagem, que entrará em vigor em abril de 2018, veda, em seu artigo 77, que o profissional de enfermagem execute procedimentos ou participe “da assistência à saúde sem o consentimento formal da pessoa ou de seu representante ou responsável legal, exceto em iminente risco de morte”.¹⁷

Nota-se, assim, que a autonomia do paciente na tomada de decisão é realidade abstrata, e, sempre que possível, precisa ser respeitada pelos profissionais e familiares. Contudo, no aspecto jurídico, ainda é questão controversa, especialmente em razão da falta de segurança jurídica para o profissional de saúde.

¹⁶ Conselho Federal de Medicina. *Código de Ética Médica*.

¹⁷ Resolução CONFEN nº 564/2017. *Novo Código de Ética dos Profissionais de Enfermagem*.

3.1 Conflitos da tomada de decisão de saúde: o caso da recusa de tratamento

Não obstante o reconhecimento mundial do direito do paciente a fazer escolhas autônomas sobre os cuidados, tratamento e procedimentos médicos ao qual deseja ou não se submeter, existem situações fronteiriças que acabam por gerar conflitos. Uma dessas situações, que se passa agora a analisar, é a recusa de tratamento, notadamente quando esta tem como desfecho provável a morte do paciente.

Como visto, o direito à recusa de tratamento é reconhecido pelo Código Civil brasileiro como um dos direitos da personalidade, ou seja, um direito titularizado por toda e qualquer pessoa, em razão de sua simples condição de ser pessoa humana, tem por objeto a tutela de valores inerentes à personalidade.¹⁸ Contudo, é requisito do exercício desse direito a capacidade de fato, “o poder efetivo que capacita as pessoas para a prática plena de atos da vida civil”.¹⁹ Assim, como direito de personalidade, o exercício à recusa de tratamento dependerá de condições objetivas para tanto, qual seja, os critérios jurídicos que conferem capacidade civil ao sujeito.

Para melhor compreensão desse direito é preciso dissociar a recusa de tratamento do evento morte. Não é toda recusa de tratamento que gera a morte, mas independente de esse ser ou não o desfecho a recusa continua sendo um direito. Não se ignora, com isso, o compromisso dos profissionais de saúde de proteger a vida, porém é preciso ampliar a interpretação do conceito vida e questionar-se: qual é a vida que o médico tem a obrigação de proteger? A vida biológica ou a vida biográfica do paciente? Quem decide qual é a vida que vale a pena ser vivida?

Parece ser claro que a decisão é do paciente. Inclusive, é por essa razão que Diaulas Costa Ribeiro²⁰ defende que, em conflitos entre a vontade do paciente e o entendimento do médico de qual seja o melhor para o paciente, o caminho não é a judicialização do conflito, mas a manutenção de ambos os direitos, quais sejam, o direito do paciente em recusar tratamento e o direito do médico em objetar sua consciência, transferindo o paciente para outro profissional.

¹⁸ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 35-37; BERTI, Silma Mendes. Fragilização dos Direitos da Personalidade. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 3, n. 5 e 6, p. 238-247, 1º e 2º sem. 2000, p. 238.

¹⁹ FIÚZA, César; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto Nogueira. Regime Jurídico das Incapacidades e Tutela da Vulnerabilidade. In: LIMA, Taisa Maria Macena de; MOUREIRA, Diogo Luna; SÁ, Maria de Fátima Freire de Sá. *Autonomia e Vulnerabilidade*, p. 12.

²⁰ RIBEIRO, Diaulas Costa. Há conflito entre a autonomia do médico e os direitos do paciente? In: CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Medicina, Direito, Ética e Justiça: reflexões e conferências do VI Congresso Brasileiro de Direito Médico*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2017, p. 59-66.

Assim, a recusa de doentes de iniciar ou manter determinadas terapias, guarda motivos e valores do enfermo e desrespeitá-los poderia significar danos de maior gravidade que a própria enfermidade.

Entretanto, maior conflito surge quando a relação dual médico-paciente dá lugar a uma relação triangular entre médico-paciente-família. Nessa situação é imperioso perpassar o critério de capacidade decisória do paciente, pois, estando claro que o paciente tem autonomia para realizar suas escolhas, não cabe interferência familiar nem mesmo da equipe da saúde. Esta só será cabível quando inexistir autonomia do paciente, e, nesse caso, a comunicação entre família e equipe precisa ser acurada para que haja um compartilhamento de decisões, evitando, sempre que possível a judicialização.

No âmbito bioético, Beauchamp e Childress cunharam três modelos para a tomada de decisão em saúde, tendo como pressuposto a impossibilidade decisória do paciente.

O modelo dos melhores interesses fulcra-se na inexistência de manifestação prévia do paciente e, portanto, legitima o decisor a “determinar o maior benefício entre as opções possíveis, atribuindo diferentes pesos aos interesses que o paciente tem em cada opção e subtraindo os riscos e os custos inerentes a cada uma”.²¹ Tradicionalmente, esse é o modelo mais comum na tomada de decisão em saúde. O médico, detentor do conhecimento e pautado no princípio da beneficência, decidia o que era melhor para o paciente.

Já o modelo de julgamento substituto é utilizado quando o paciente tiver nomeado terceiro para substituí-lo na tomada de decisão e “parte da premissa de que as decisões sobre tratamentos pertencem propriamente ao paciente incapaz ou não-autônomo, em virtude dos direitos à autonomia e à privacidade”.²² Portanto, só será aplicável quando o paciente perder a capacidade que um dia teve e que, de posse da mesma, exerceu sua autonomia e nomeou seu decisor substituto.

Por fim, o modelo de pura autonomia funda-se exclusivamente na vontade prévia do paciente que, em momento de discernimento, documentou suas vontades e, portanto, “se aplica exclusivamente a pacientes que já foram autônomos e expressaram uma decisão autônoma ou preferência relevante”.²³ Aqui, o paciente expressou previamente sua vontade, e é esta vontade que orientará a tomada de decisões nos cuidados de sua saúde.

²¹ BEAUCHAMP, Tom L; CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica*. Tradução de Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2002, p. 196.

²² BEAUCHAMP, Tom L; CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica*, cit., p. 196.

²³ BEAUCHAMP, Tom L; CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica*, cit., p. 196.

Trazendo esses modelos bioéticos para o campo jurídico, tem-se que, quando há a judicialização do caso, há a transferência da aplicação do modelo dos melhores interesses. Se outrora era o médico quem fazia a ponderação e aplicação da beneficência, agora essa atribuição é dada ao Poder Judiciário.

E é exatamente pelo entendimento de que esse não é o melhor modelo a ser aplicado na tomada de decisões que, desde o final da década de 1960, tem-se lutado pela implantação de documentos de manifestação de vontade do paciente, conhecidos no Brasil como diretivas antecipadas de vontade (DAV), assunto que será analisado a seguir.

4 Diretivas antecipadas de vontade

A análise do caso exige compreensão acerca do enquadramento da doença renal crônica. Trata-se de verificar se essa doença se insere no conceito de doença terminal, ou seja, se há, *a priori*, expectativa de sobrevida inferior a seis meses. A verdade é que, de forma geral, a doença renal crônica não se enquadra nesse conceito, uma vez que as terapias de substituição renal permitem, via de regra uma grande sobrevida com qualidade,²⁴ razão pela qual se trata de um caso de recusa de tratamento.

Contudo, dentro das discussões acerca da manifestação de vontade do paciente, é preciso trazer à baila as DAV entendidas como “instruções escritas que o paciente prepara para ajudar a guiar seu cuidado médico. São aplicadas a situações específicas, como uma doença terminal ou um dano irreversível e produzem efeito quando o médico determina que o paciente não é mais capaz de decidir acerca de seus cuidados médicos”.²⁵

As DAV constituem um gênero de manifestação de vontade sobre saúde, do qual são espécies o testamento vital e o mandato duradouro.²⁶ Enquanto o primeiro é um documento de pura autonomia, no qual “o paciente define os cuidados, tratamentos e procedimentos médicos que deseja ou não para si mesmo”,²⁷ o segundo é um documento de julgamento substituto, “onde paciente escolhe alguém em quem confia para que essa pessoa tome decisões em nome do paciente quando este não puder fazê-lo”.²⁸

²⁴ RHAYSSA, F. B. *et al.* A Experiência da Primeira Sessão de Hemodiálise: uma Investigação Fenomenológica. *Phenomenological Studies – Revista da Abordagem Gestáltica*, XXIII(1), 3-9, jan./abr. 2017.

²⁵ THOMPSON, A. E. Advanced Directives. *JAMA*, 313(8):868, 2015.

²⁶ DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; GRECO, Dirceu Bartolomeu. Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro. *Revista Bioética*, v. 21, n. 3, p. 463-476, 2013.

²⁷ DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; GRECO, Dirceu Bartolomeu. Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro, cit.

²⁸ DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; GRECO, Dirceu Bartolomeu. Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro, cit.

Ambos os documentos são utilizados apenas quando o paciente não puder manifestar vontade e estiver com uma doença grave, incurável e terminal. Assim, no Brasil, as DAV são instrumentos que têm íntima relação com a ortotanásia, uma vez que a eutanásia e o suicídio assistidos são práticas ilícitas.

No Brasil, embora não haja lei federal que trate sobre o tema, o Conselho Federal de Medicina publicou a Resolução nº 1.995/2012.²⁹ Tal iniciativa do órgão regulador da Medicina provocou polêmica, e o Ministério Público Federal (MPF), em janeiro de 2013, ingressou com uma ação civil pública “propondo a declaração de inconstitucionalidade e ilegalidade da referida Resolução”. Entretanto, a Justiça Federal indeferiu o pedido do MPF, considerando que a resolução apenas regulamenta a conduta ética médica.

Ocorre que a falta de norma federal sobre as DAV e o testamento vital tem gerado utilização errônea dos termos pela doutrina e pela jurisprudência brasileira. Isso porque, após a Resolução CFM nº 1995/2012, tornou-se comum nomear de DAV e/ou testamento vital toda e qualquer recusa de tratamento médico, ainda que o estado clínico do paciente não seja ameaçador da continuidade da vida. Tal fato demonstra a ignorância acerca da aplicação específica do testamento vital à situação de fim de vida e o reduz a um documento de recusa de tratamentos, o que não é verdade, uma vez que, como já visto, trata-se de manifestação de vontade que, como qualquer outra, pode ser positiva ou negativa.

5 Análise do caso

Por todo o exposto, o cotejo do caso com a legislação, doutrina e jurisprudência brasileira permite as seguintes análises:

a) Uso inapropriado do termo *interdição*: Como visto, o instituto da interdição foi abolido do ordenamento jurídico brasileiro. Assim, o procedimento judicial, nomeado pela autora – genitora do curatelando –, deveria ter sido renomeado para Ação de Curatela; e, ainda que essa alteração não tivesse sido feita formalmente, o Magistrado deveria, na sentença, ter-se atentado para tal fato e substituído a expressão e seus derivados (interditando, interdição parcial, interditado) pelo instituto da curatela e seus derivados (curatelando, curatela parcial, curatelado).

Em que pese parecer preciosismo, é preciso evidenciar a razão para a abolição do termo interdição. Assim, a manutenção do uso dessa designação reforça para o curatelando o estigma e o preconceito em torno da curatela.

²⁹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.995, de 9 agosto de 2012.

b) Descumprimento do Estatuto da Pessoa com Deficiência e do Código Civil: Tendo em vista que a curatela é instituto afeto à incapacidade relativa e essa se limita aos atos negociais e patrimoniais, como disposto do artigo 85 do EPD, é esdrúxulo que a sentença proferida tenha se limitado a

[...] interdição parcial e provisória de J. H. P. C. F., nos autos qualificados, pelo prazo de 01 (um) ano, unicamente no que se refere à sua autonomia para submeter-se a tratamento médico, especialmente as sessões de hemodiálise, passando essa decisão e providência à Curadora, podendo ser renovada por igual período, mediante novo requerimento.

Percebe-se, assim, verdadeira contradição da decisão com o ordenamento jurídico vigente. Contradição essa evidenciada na própria sentença com um julgado utilizado pelo Magistrado para justificar a curatela parcial e temporária.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE LEVANTAMENTO DE INTERDIÇÃO. PESSOA PORTADORA DE ESQUIZOFRENIA. PERÍCIA MÉDICA CONSTANTE DOS AUTOS ATESTANDO A ENFERMIDADE DOURADORA, NECESSIDADE DE TRATAMENTO CONTINUAMENTE E AUSÊNCIA DE CONDIÇÕES DE ADMINISTRAR SEUS BENS. APLICAÇÃO DAS DISPOSIÇÕES CONTIDAS NO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA (LEI Nº 13.146/2015). O Estatuto da Pessoa com Deficiência alterou de forma significativa disposições do Código Civil concernentes à incapacidade civil e à curatela. A incapacidade é relativa daqueles que não podem exprimir sua vontade, por causa transitória ou permanente, devendo ser submetido à curatela em casos excepcionais. Neste caso, a curatela afeta apenas aspectos patrimoniais, mantendo o incapaz o controle dos aspectos existenciais de sua vida, a exemplo do direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, educação, saúde, trabalho, voto, etc. (art. 85 da Lei nº 13.146/2015). Portanto, a sentença merece parcial reforma a fim de delimitar a incapacidade do apelado de acordo com disposições constantes no Estatuto da Pessoa com Deficiência e, de consequência, fixar a extensão da curatela à prática de atos de conteúdo patrimonial e negocial, bem como ao gerenciamento do tratamento de saúde do apelado. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.³⁰

³⁰ TJGO. Ap. Civ. nº 110779-11.2014.8.09.0097. Rel. Dr. Marcus da Costa Ferreira. 6ª CC. Julg. em 07.02.2017. *DJ* 2217 de 23.02.2017.

Verifica-se, assim, que a curatela do paciente J. H. P. C. F. fere o ordenamento jurídico brasileiro e retrocede o tratamento jurídico do incapaz para a época em que este era alijado da sociedade e de sua própria vida.

Isso porque, como visto, o direito à recusa de tratamento está inscrito no âmbito dos direitos de personalidade – e, portanto, são não negociáveis. Assim, curatelar um indivíduo apenas no que se refere à sua autonomia de submeter-se a tratamento médico é verdadeira ilegalidade, evidenciada pelo caráter não coercitivo da curatela, ou seja, o próprio Magistrado parece entender a impossibilidade de se cumprir sua decisão.

c) Dignidade na morte: O Magistrado afirma na sentença que “A renúncia a tratamento doloroso e a aceitação da morte natural como consequência da doença seria perfeitamente possível no nosso sistema constitucional [...]. Estar-se-ia diante da ortotanásia”. Verifica-se aqui uma confusão comum na jurisprudência brasileira entre o instituto da recusa de tratamento e a ortotanásia, a que o Magistrado também se refere como dignidade na morte.

Como já visto, a recusa de tratamento está positivada no artigo 15 do Código Civil, e não se enquadra no amplo aspecto denominado pela literatura como morte digna. Isso porque, dentro da dignidade, no morrer encontram-se institutos díspares e pouco afetos ao caso em comento, como a eutanásia, o suicídio assistido, a ortotanásia, a distanásia e a mistanásia.

A distanásia consiste no prolongamento artificial da vida e tem entre seus sinônimos a obstinação terapêutica, futilidade terapêutica, tratamentos extraordinários, sendo sua prática pelos profissionais de saúde uma infração ética. No caso em comento, a distanásia estaria presente se não houvesse possibilidade de cura com os procedimentos realizados no paciente, o que também não é o caso.

Já a mistanásia é a morte miserável, fora do tempo, provocada pela falta de leito, medicamento, atendimento e profissionais de saúde. Ou seja, trata-se de tema de saúde pública que já tem tratamento constitucional, necessitando de políticas públicas para efetivar o direito do cidadão. No caso em tela, haveria mistanásia, se o paciente estivesse mal assistido, e, aqui, apesar de não haver falta de assistência de forma clara (não falta leito, medicamento, máquina para realizar a hemodiálise), há falta de tratamento adequado, que, no caso em tela, seriam os cuidados paliativos.

A ortotanásia, por sua vez, é morte certa em que não se prolonga a vida da pessoa com doença grave, incurável e sem possibilidades de cura terapêutica, nem mesmo a abrevia. No Brasil atual, o direito fundamental à morte digna

tem sido conformado a esse instituto tanto pelo Conselho Federal de Medicina como pelo Poder Judiciário. Contudo, *a priori*, entende-se que este não é cabível no caso em análise, uma vez que o paciente possui possibilidade de cura terapêutica, quais sejam, a hemodiálise e o transplante renal, procedimentos que estão sendo recusados.

d) Autonomia do paciente: Da análise da sentença conclui-se que a decisão foi baseada na suposta falta de autonomia decisória do paciente, notadamente no que diz respeito à tomada de decisão em saúde, respaldada nos laudos médicos e psicológicos realizados ao longo do processo.

[...] parcial capacidade de determinação no que diz respeito às decisões. [...] por se tratar de uma decisão que envolve risco de vida iminente, no momento, há que se impor o tratamento ao periciando dando-lhe a possibilidade de sobreviver e ter tempo de, com ajuda de um profissional de psicologia, elaborar seu processo de luto e ter condições emocionais de decidir-se acerca do seu tratamento, assim manifestando sua vontade livre e amadurecida. Sugere-se, portanto, sua interdição temporária e parcial.

[...]

Desta forma, salvo melhor juízo, esta equipe avalia que, embora J. H. tenha condições de expressar sua vontade, há que se considerar que o processo de adoecer envolve estágios tanto de negação quanto de aceitação e que não há como prever como será o desenvolvimento de cada indivíduo em relação ao enfrentamento da própria doença.

[...]

Entretanto, em função das características encontradas em seus aspectos afetivos, autoperceptivos e inter-relacionais (VIDE AVALIAÇÃO PSICOLÓGICA E DISCUSSÃO) constatou-se que sua capacidade afetivo-emocional de entendimento, assim como de autodeterminação encontram-se parcialmente prejudicadas. Os dados obtidos mostraram a presença de diversos conflitos internos e de uma conseqüente imaturidade psicológica importante, associados a processos de lutos não elaborados que acabam por prejudicar a expressão da vontade livre e amadurecida. Atualmente encontra-se diante de uma decisão importante que envolve risco de morte e, diante do verificado, não está em condições de tomá-la na plenitude e complexidade que a situação requer.

É preciso aqui questionar a técnica desses laudos. Nenhum dos profissionais era especialista em cuidados paliativos, reconhecidos pela Organização

Mundial de Saúde como “uma abordagem de melhora a qualidade de vida dos pacientes (adultos ou crianças) e de seus familiares que enfrentam problemas associados a doenças que ameaçam a vida. Previne e alivia sofrimento por meio da investigação precoce, avaliação correta e tratamento da dor e de outros problemas físicos, psicossociais ou espirituais”.³¹

Não há, em nenhum dos laudos, questionamento acerca do controle de sintomas desse paciente, muito antes pelo contrário, os processos de sofrimento e luto foram tratados pelos profissionais como cristalizados e, portanto, impeditivos da plena autonomia do paciente.

Há um decurso de tempo entre o primeiro e o último laudo. Será que, se o paciente tivesse recebido adequado acompanhamento físico-psíquico, a recusa de tratamento se sustentaria? Será que, se o acompanhamento tivesse sido feito, o diagnóstico de transtorno de personalidade/ajustamento persistiria?

Entende-se que esses questionamentos deveriam ter sido feitos pelo Magistrado antes de prolatar a sentença, isso porque estudos comprovam a necessidade de o portador de doença renal crônica ser sujeito ativo do tratamento, sem a imposição de métodos ou dificuldades.³²

A verdade é que qualquer processo de adoecimento provoca mudanças no indivíduo e altera sua visão e mundo.³³ Assim, partindo dos resultados dos laudos produzidos no processo, deveria ser criada uma nova categoria de incapazes, os doentes renais crônicos, o que se percebe claramente ser absurdo.

Santos afirma que “A perda definitiva da função renal implica em mudanças abruptas na vida do renal crônico, uma vez que, a terapia renal substitutiva (hemodiálise) é imediata. As informações confusas, palpites e desconhecimento acerca da terapia contribuem para a construção de preconceitos e imagem negativa sobre a doença”.³⁴

Pesquisa de campo realizada pela enfermeira Carolina dos Santos Gonçalves³⁵ com doentes renais crônicos concluiu que a aceitação do paciente à hemodiálise está intimamente relacionada com o cuidado que a ele é oferecido, sendo indispensável cuidado humanizado, inclusive, no que diz respeito à saúde espiritual, o que, segundo notícias do caso em comento, não foi oportunizado ao paciente.

³¹ WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Paliative care*.

³² GONÇALVES, Carolina dos Santos. *As representações sociais sobre a doença renal crônica*. 2012. Dissertação (Mestrado), Universidade Federal do Paraná, 2012.

³³ GAZZINELLI, M. F. *et al.* Educação em saúde: conhecimentos, representações sociais e experiências da doença. *Cad. Saúde Pública*, v. 21, n. 1, p. 200-206, 2005.

³⁴ SANTOS, F. K. *O enfrentamento do cliente portador de doença renal crônica mediante o início da diálise peritoneal: reflexões para o cuidado de enfermagem*. 2009. Dissertação (Mestrado), Escola de Enfermagem Ana Nery, UFRJ, 2009.

³⁵ GONÇALVES, Carolina dos Santos. *As representações sociais sobre a doença renal crônica*, cit.

Percebe-se, no presente caso, confusão entre vulnerabilidade e incapacidade. A vulnerabilidade é marca de todo paciente, crônico ou agudo. Há vulnerabilidade emocional, técnica e, muitas vezes, financeira, mas nenhuma dessas tem o condão de, *per se*, retirar do indivíduo seu direito ao próprio corpo. J. H. é vulnerável, mas essa condição não pode ser utilizada para retirar a capacidade decisória, sob pena de ter-se que curatelar todos os sujeitos vulneráveis, o que seria verdadeira aberração jurídica.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

DADALTO, Luciana; PIMENTEL, Willian. Direito à recusa de tratamento: análise da sentença proferida nos autos nº 201700242266 – TJGO. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 15, p. 159-175, jan./mar. 2018.
