

# **PRÁTICA MÉDICA, CONFLITOS DE INTERESSE E DIREITOS DOS PACIENTES NO DIREITO INGLÊS<sup>1</sup>**

Stathis Banakas

Três princípios básicos são relevantes para determinar a posição das pessoas doentes no Direito inglês: a santidade da vida, a autodeterminação (autonomia do paciente) e a dignidade humana. A interação desses princípios deve determinar, em cada caso, os direitos das pessoas doentes, daquelas pessoas próximas a elas, dos médicos e dos outros profissionais que as cuidam.

Não existe um quadro legal no Reino Unido para lidar com essas temáticas. O Parlamento raramente interfere nesses assuntos, ou em qualquer outro aspecto da vida cotidiana, e só vai fazê-lo sob imensa pressão do Poder Judiciário e da opinião pública.

Atualmente, todas as questões importantes da prática médica são relegadas ao direito comum, ou seja, ficam nas mãos dos juízes e dependem da autorregulação das profissões envolvidas com os cuidados de saúde, principalmente, os médicos. Uma parte substancial da prática atual de tratamento aos doentes é regulamentada, como será mostrado neste trabalho, pelas diretrizes emitidas pela Associação Médica Britânica, após consulta aos pares e com a colaboração de especialistas acadêmicos em Direito e Ética Médica.

## **I O DIREITO À VIDA SOB A LEI DOS DIREITOS HUMANOS**

Qualquer descrição do Direito inglês atual deve, no entanto, começar com uma reflexão sobre o efeito potencial sobre o direito civil da entrada em vigor da Lei dos Direitos Humanos de 1998, que

---

<sup>1</sup> Traduzido por Isabella Mozzillo.

incorporou ao Direito inglês a Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

O velho princípio constitucional do Direito inglês de que não existem, de fato, direitos, apenas liberdades, ou, mais precisamente, a liberdade de fazer o que se gosta, a menos que o que se gosta seja expressamente proibido por lei, deve naturalmente mudar agora, e os juízes ingleses deverão necessariamente recorrer à jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem para orientação na interpretação da Lei dos Direitos Humanos.

Mas, infelizmente, a Convenção Europeia dos Direitos falha ao não proteger expressamente a autonomia de uma pessoa com relação ao tratamento médico.

### **Artigo 2º da CEDH**

O artigo 2º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem declara que “O direito de todos à vida será protegido pela lei”.

Pelo menos em um caso inglês, o julgamento em primeira instância no caso de *R versus Autoridade de Saúde do Distrito de Cambridge Ex Parte B*<sup>2</sup>, considerou-se esse direito como passível de ser violado por uma decisão de uma autoridade local de saúde no sentido de recusar o financiamento de um tratamento experimental em uma criança com leucemia, e passou-se a analisar se a infração foi justificada de acordo com o interesse público.

Contudo, quando, em grau de recurso, a decisão foi revertida por unanimidade pelo Tribunal de Apelação, a Convenção não foi sequer mencionada nas decisões dos magistrados.<sup>3</sup>

Na verdade, é difícil ver como o artigo 2º pode ser interpretado para incluir no seu âmbito de proteção o direito a um tratamento para salvar vidas quando o paciente é terminal.

### **Artigo 8º da CEDH**

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem também manifestou reservas sobre se o direito ao respeito da vida privada

---

<sup>2</sup> [1995] 1 FLR 1055

<sup>3</sup> [1995] 2 All ER 129

(artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem) que cria obrigações positivas para um estado membro, e um Tribunal inglês, a partir disso, admitiu que o artigo não cria no sistema jurídico inglês o direito de solicitar a uma autoridade local a realização de cirurgia de mudança de sexo no Serviço Nacional de Saúde.<sup>4</sup>

### Artigo 3º da CEDH

Por outro lado, o artigo 3º da Convenção Europeia, que proíbe tratamento desumano ou degradante, foi considerado aplicável também ao tratamento médico.

A negação da possibilidade de tratamento médico para salvar vidas por ação administrativa, tais como a remoção do Reino Unido de um doente terminal, pode significar uma violação a esse artigo.<sup>5</sup>

## II A SANTIDADE DA VIDA NÃO É UM PRINCÍPIO ABSOLUTO: “QUALIDADE DE VIDA *VERSUS* SANTIDADE DA VIDA” NOS TRIBUNAIS

A posição do Direito inglês no que diz respeito ao princípio da santidade da vida foi estabelecida no caso da Câmara dos Lordes *Airdale NHS Trust versus Bland* <sup>6</sup>, um caso de um paciente em estado vegetativo persistente (EVP), em que ficou claro que tal princípio não pode ser mantido contra os interesses do paciente, conforme determinado pela prática médica adequada. Lorde Keith afirmou:

“O objetivo do tratamento e dos cuidados médicos é beneficiar o paciente. Para tal, tomam-se medidas para prevenir a ocorrência da doença, ou, se uma doença ocorrer, tomam-se medidas para curá-la. Sempre que uma doença ou os efeitos de uma lesão não puderem ser curados, os esforços serão, então, direcionados para a prevenção da deterioração ou para aliviar a dor e o sofrimento”.

---

<sup>4</sup> *R versus North West Lancashire Health Authority, ex parte A e outros* (QBD, Crown Office, Lista CO/1038/98, CO/281/98, CO/286/98, Transcrito por Smith BERNAL)

<sup>5</sup> *D versus Reino Unido* Tribunal Europeu dos Direitos do Homem 42 BMLR 149.

<sup>6</sup> *D versus Reino Unido* Tribunal Europeu dos Direitos do Homem 42 BMLR 149. [1993] AC 789, [1993] 1 All ER 821, [1993] 2 WLR 316, [1993] 1 FLR 1026, [1993] Lei de família 473, [1994] 1 FCR 531, 12 BMLR 64, [1993] Crim LR 877 (Câmara dos Lordes).

“Mas é evidente que existem casos em que a santidade da vida não pode ser o argumento para prolongar artificialmente a vida do paciente contra o seu “melhor interesse” como pode ser o caso, por exemplo, de uma pessoa em estado vegetativo persistente”. Lorde Keith continuou:

“Dado que a vida em estado vegetativo persistente não é um benefício para o paciente, é preciso considerar o princípio da santidade da vida, que o Estado, e o Judiciário, como um dos braços do Estado, devem procurar manter”.

“O princípio não é absoluto. Ele não pune penalmente um médico que não tratar um paciente que vai morrer se essa for a vontade expressa do paciente. E não autoriza a alimentação forçada de presos em greve de fome. Ele não obriga a manter a vida temporária dos pacientes que são doentes terminais quando fazê-lo seria apenas prolongar o seu sofrimento. Na minha opinião, o princípio não é desrespeitado ao se considerar que é lícito deixar de dar tratamento e cuidados médicos a um paciente em estado vegetativo persistente que esteja nesse estado há mais de três anos, considerando que isso envolve a manipulação invasiva do seu corpo, situação para a qual ele não deu seu consentimento e que não lhe confere nenhum benefício”.

Em um caso mais recente, também envolvendo um adulto em estado vegetativo persistente, a Divisão de Direito de Família do Supremo Tribunal repetiu que a santidade da vida, embora de vital importância não é, contudo, “fundamental<sup>7</sup>” e, nesse caso, como em *Bland*, o juiz estava convencido de que era no melhor interesse do paciente que a manutenção da vida através de tratamento administrado artificialmente deveria ser interrompida. Um doente terminal pode, portanto, validamente autorizar a interrupção do tratamento para prolongar sua vida e se for incapaz de dar consentimento, o médico pode tomar essa decisão quando o melhor interesse do paciente estiver em jogo.

---

<sup>7</sup> *Re H 38 BMLR 11, [1998] 2 FLR 36, [1998] 3 FCR 174, [1998] Lei de família 460.*

### III ASSISTÊNCIA MÉDICA RAZOÁVEL DE BOA FÉ NO “MELHOR INTERESSE” DO PACIENTE

O paciente não tem direito de determinar o tratamento ao médico: qualquer autonomia de um indivíduo permitida pela Lei encontra seu limite no conceito de “assistência médica razoável”, decidido pelos profissionais da saúde de acordo com sua formação e consciência, o qual está fora do âmbito de qualquer revisão judicial.

Observe-se o caso de um menor de idade em que o então Presidente da Corte de Apelações, Lorde Donaldson, declara que o Tribunal nunca “exige que um médico adote um tratamento que no seu julgamento de boa-fé clínica seja contraindicado e que não atue no melhor interesse do paciente”<sup>8</sup>.

No caso em questão, como resultado de ferimentos graves na cabeça sofridos quando ele tinha um mês de idade, J, que nasceu dezoito meses antes da decisão do Tribunal de Apelação, apresentou fortes deficiências tanto mental, quanto fisicamente, sofrendo de microcefalia, paralisia cerebral, cegueira cortical e epilepsia grave e necessitando ser alimentado por uma sonda nasogástrica. Por um consenso de opinião médica, foi considerado improvável que se desenvolvesse muito além de seu estado atual e sua expectativa de vida era incerta e reduzida. Seus ataques convulsivos intermitentes necessitavam de tratamento de reanimação no hospital e alguns meses depois, o pediatra, apoiado pela autoridade de saúde e por um parecer médico, entendeu que era inadequada a utilização de procedimentos de ventilação mecânica em qualquer reanimação futura.

Contrariando o Tribunal Divisional, o Tribunal de Apelação sancionou a decisão do médico, afirmando que não ordenaria ao médico que tratasse seu paciente de forma contrária ao seu julgamento clínico e dever profissional.

No caso *Re C (um menor de idade)*<sup>9</sup>, a Divisão de Família do Tribunal Superior a decidiu que nenhum médico poderia ser obrigado pelo tribunal ou (em um caso como esse, envolvendo uma criança) pelos pais a tratar um paciente. A decisão de tratar depende

---

<sup>8</sup> [1992] 2 FLR 165 at 172 por Lorde Donaldson, M.R.

<sup>9</sup> [1998] 1 FLR 384, [1998] Lei 135, 40 BMLR 31, [1998] 1 FCR 1.

do exercício do julgamento profissional do médico, com a única reserva de que, salvo em excepcionais casos de emergência, ele tenha o consentimento de alguém que possua a autoridade para tal. No presente caso, os pais, apesar de concordarem com o fato de que a criança devia ser retirada da ventilação, insistiram em que ela fosse recolocada nessa ventilação apesar da relutância dos médicos em fazê-lo em caso de parada respiratória.

O Tribunal Superior decidiu que isto seria equivalente a exigir que os médicos se comprometessem com um tratamento que eles não estavam dispostos a realizar, e que o Tribunal não podia considerar a possibilidade de dar uma ordem que os obrigasse a fazê-lo. Segundo as provas (médicas), era no melhor interesse da criança que ela fosse retirada da ventilação e que não fosse recolocada nela se sofresse uma outra parada respiratória.

Mais impressionante, é, talvez, o caso *Re R*<sup>10</sup>, um adulto em “baixo estado de consciência”, em que a Divisão de Família, considerou, em relação a uma proposta de recusa de reanimação cardiopulmonar (RCP) e antibióticos, que, embora não devesse haver uma política de “não tratamento”, a instrução específica para não tratar seria de total responsabilidade do médico de R.

#### **IV IMPRATICABILIDADE DE TRATAMENTO**

Os médicos também podem recusar tratamentos que salvam a vida de um paciente, se for “perigoso e impraticável”, como ilustrado pelo caso *Re D*<sup>11</sup>: O paciente D, que sofria de uma doença psiquiátrica de longa data, não tinha capacidade para tomar decisões com relação ao seu tratamento médico. Tinha desenvolvido uma grave doença nos rins e precisava de diálise três a quatro vezes por semana, por períodos de quatro horas de cada vez. Era incapaz de cooperar de forma coerente com o tratamento e a única maneira em que a diálise poderia ser realizada era com anestesia geral a cada vez, o que era perigoso e impraticável.

As autoridades do hospital declararam que era lícito não impor tratamento a D, por serem incapazes de tratá-lo. O Tribunal

---

<sup>10</sup> [1996] 3 FCR 473, 31 BMLR 127, [1996] 2 FLR 99.

<sup>11</sup> [1998] 2 FLR 22 (Divisão de Família).

considerou que, não obstante a incapacidade de D para consentir ou recusar tratamento médico, estaria dentro da lei, por levar em conta os melhores interesses de D, que a entidade hospitalar não lhe fizesse a hemodiálise, em circunstâncias em que, na opinião dos médicos responsáveis por esse tratamento, não era razoavelmente praticável fazê-lo.

É, portanto, evidente que o princípio da inviolabilidade da vida encontra um limite na impraticabilidade de tratamentos que salvam ou prolongam a vida. Essa consideração é relevante tanto se o tratamento for privado como se for financiado pelo Serviço Nacional de Saúde. No caso *Re T*<sup>12</sup>, uma criança que nasceu com uma deficiência fatal no fígado foi submetida a uma operação com a idade de três semanas e meia. A operação não foi bem-sucedida e causou à criança dor e angústia consideráveis. O prognóstico médico foi de que ela não viveria por mais de dois anos e meio sem realizar um transplante de fígado. Três pediatras consultores expressaram a opinião de que a criança tinha condições para o transplante de fígado, e que, embora tal transplante fosse uma das mais complicadas formas de cirurgia, a operação teria boas chances de sucesso, o que proporcionaria à criança muitos anos de vida normal. A mãe se recusou a dar seu consentimento à operação porque não queria que a criança passasse pelo enorme sofrimento desse tipo de cirurgia tão invasiva. A mãe depois mudou-se para fora do país para se juntar ao pai da criança.

A autoridade local, por instigação dos pediatras consultores, solicitou ao Tribunal autorização para realizar a operação, apesar da oposição da mãe, e para que a criança fosse devolvida à jurisdição competente, de modo a que a operação pudesse ser realizada. O Tribunal de Apelação, embora admitindo que a consideração primordial era o bem-estar da criança e não a razoabilidade da recusa do consentimento da mãe, considerou, no entanto, que, já que nesse caso o bem-estar da criança depende da mãe, que teria que cuidar dela depois da cirurgia, e durante muitos anos, seus pontos de vista eram relevantes sobre os perigos e benefícios para o seu filho da cirurgia e do pós-operatório.

---

<sup>12</sup> [1997] 1 WLR 242, [1997] 1 All ER 906, 35 BMLR 63, [1997] 1FLR 503, [1997] 2 FCR 363, 96 LGR 116 (CA).

Além disso, fortes reservas foram expressas por um dos consultores a respeito de se obrigar a mãe a desempenhar um papel crucial após a operação. Isso, e o fato de que a mãe seria obrigada a retornar ao país, possivelmente sem o pai, caso em que ela teria que agir sem ajuda, e se comprometer totalmente não tendo concordado com a cirurgia proposta em primeiro lugar, levaram o Tribunal de Apelação a considerar que não seria no melhor interesse da criança dar o consentimento para o transplante de fígado.

## V O CONCEITO DE TRATAMENTO MÉDICO ADEQUADO E RAZOÁVEL

Diz-se repetidamente nos tribunais que, para decidir o que é melhor para o paciente, os médicos devem agir em conformidade com o tratamento médico adequado e razoável, estabelecido naquele momento<sup>13</sup>. Caso contrário, eles podem ser responsabilizados por negligência ou por transgressão à pessoa.

O tratamento médico bom e razoável deve, em princípio, ser decidido pela aplicação do famoso teste *Bolam*. Segundo *Bolam versus Gestão do Hospital Friern*<sup>14</sup>, um médico não é culpado de negligência se agiu em conformidade com uma prática aceita como apropriada por um órgão responsável, formado por médicos renomados. Mas o nível de competência profissional é algo objetivo: em *Wilsher versus Autoridade de saúde regional de Essex 21*<sup>15</sup> foi estabelecido que a inexperiência não é defesa para uma ação por negligência médica. Evidentemente, como reconhecido em *Maynard versus Autoridade de saúde regional de West Midlands*<sup>16</sup>, na profissão médica, como em outras, há espaço para diferenças de opinião e de prática. Mas, como o Tribunal decidiu naquele caso, a preferência de um juiz por um órgão de opinião profissional não pode ser a base para uma conclusão de negligência. Assim, para demonstrar a negligência do médico não é suficiente um órgão de

---

<sup>13</sup> O caso *Roe versus Ministério da Saúde* ainda é um importante “estado da arte” para a defesa nesse aspecto: [1954] 2 QB 66, [1954] 2 All ER 131, [1954] 2 WLR 915 (Tribunal de Apelação).

<sup>14</sup> [1957] 2 All ER 118, [1957] 1 WLR 582, 1 BMLR 1 (QBD).

<sup>15</sup> [1987] 1 QB 730, [1986] 3 All ER 801, [1987] 2 WLR 425, 3 BMLR 37.

<sup>16</sup> [1985] 1 All ER 635, [1984] 1 WLR 634, ([1984] CLJ 240), 1 BMLR 122 (Câmara dos Lordes).

opinião profissional competente que considere que a decisão do médico tenha sido errada, se houve também outro órgão de opinião profissional, igualmente competente, que apoiou a decisão como tendo sido razoável nas mesmas circunstâncias.

A importante decisão da Câmara dos Lordes em *Whitehouse versus Jordan*<sup>17</sup> vai mais longe do que *Bolam*. Os Lordes Edmund, Davies, Fraser e Russell consideram que um erro de julgamento clínico não é em si prova de negligência, pois, enquanto alguns atos ou omissões no decorrer do exercício de julgamento clínico podem estar tão flagrantemente abaixo das normas adequadas e apontem inevitavelmente para uma negligência, outros erros de julgamento clínico podem ser completamente coerentes com o devido exercício da habilidade profissional. A Câmara confirmou que o teste para se saber se o cirurgião foi negligente é ver se ele não conseguiu atingir o padrão do cirurgião qualificado comum, em qualquer aspecto, seja na avaliação clínica ou de outra forma.

No entanto, ao declararem isso, os Lordes indicaram pela primeira vez que juízes às vezes podem ser chamados a se pronunciarem a respeito da aceitabilidade pela lei de uma prática médica. Isso é necessário, quando, como apontado no também importante caso *Bolitho (inventariante de Bolitho) versus Autoridade de Saúde da cidade de Hackney 25*<sup>18</sup>, onde pode ser demonstrado que a opinião profissional de um certo número de especialistas “não é capaz de suportar análise lógica”. Nesse caso, o juiz teria o direito de considerar que o corpo de opinião profissional não é razoável ou responsável. Mas isto só pode acontecer em “casos raros”. Na maioria dos casos, o fato de que especialistas de destaque no campo tenham uma opinião particular deve ser suficiente para provar a razoabilidade do tratamento.

No caso *De Freitas versus O'Brien*<sup>19</sup>, foi decidido que, mesmo quando há apenas um órgão muito pequeno de especialistas na área (neste caso, os cirurgiões de coluna), é suficiente que o corpo seja “responsável”, e não há exigência na lei de que tal órgão tenha que ser substancial. E, no caso *Wilsher versus Autoridade de saúde*

---

<sup>17</sup> [1981] 1 All ER 267, [1981] 1 WLR 246, 1 BMLR 14 (Câmara dos Lordes).

<sup>18</sup> [1998] AC 232, [1997] 4 All ER 771, [1997] 3 WLR 1151, 38 BMLR 1 (Câmara dos Lordes).

<sup>19</sup> 25 BMLR 51 (Tribunal de Apelação).

*regional de Essex*<sup>20</sup>, a Câmara dos Lordes decidiu que cabe ao requerente o ônus de comprovar o nexo de causalidade entre a negligência do médico e sua lesão, mesmo quando essa ligação pode ser legitimamente inferida a partir da prova.

Deve ser salientado que o “melhor interesse” do paciente não se limita ao seu interesse médico atual, mas inclui seu bem-estar geral e sua futura qualidade de vida, conforme o caso. Isso ficou claro na decisão do Tribunal de Apelação no caso *Re MB*<sup>21</sup>.

## **VI EXISTE UM DIREITO À ESCOLHA DO TRATAMENTO? Limites pragmáticos ao princípio da santidade da vida e a revisão judicial do financiamento de tratamento pelo serviço nacional de saúde (NHS)**

A grande maioria da população no Reino Unido é tratada pelo Serviço Nacional de Saúde, e a responsabilidade de prestar tais serviços cabe às autoridades locais de saúde, sob a supervisão do Departamento de Saúde e do executivo do NHS. O sistema de prestação de cuidados de saúde pelo Estado no Reino Unido é complicado e a reorganização de seus financiamentos tem sido objeto de várias iniciativas políticas ao longo dos anos.

Entre as várias e importantes questões jurídicas levantadas pelo NHS, apresentam especial interesse a distinção entre direito ao tratamento<sup>22</sup> e escolha de tratamento, no âmbito do NHS e no setor privado, e as correspondentes questões da relação médico-paciente e da responsabilidade do médico para com o paciente nos dois setores.

## **VII O DIREITO AO TRATAMENTO E A QUESTÃO DA ESCOLHA DO TRATAMENTO NO ÂMBITO DO NHS**

Nos termos da legislação do Serviço Nacional de Saúde, existe um *direito*, mas não uma *escolha* de tratamento<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> [1988] 1 AC 1074, [1988] 1 All ER 871, 3 BMLR 37 (Câmara dos Lordes).

<sup>21</sup> 38 BMLR 175, [1997] Lei de família 542, [1997] 2 FCR 541 (Tribunal de Apelação).

<sup>22</sup> Ver NEWDICK, ‘Right to NHS Resources After the 1990 Act’, [1993] 1 *Med. L. Rev.* 53

<sup>23</sup> O paciente tampouco tem o direito de escolher o médico ou cirurgião. Veja o tipo de formulário de consentimento recomendado pelo Ministério da Saúde, Guia de Autorização para exame ou tratamento, 1990.

Segundo o artigo 1º (1) da Lei do Serviço Nacional de Saúde 1977:

“É dever da Secretaria de Estado continuar a promover, na Inglaterra e no País de Gales, um serviço de saúde universal que garanta a melhoria

(a) da saúde física e mental para a população desses países e  
(b) da prevenção, diagnóstico e tratamento das doenças, e, para tal, prestar ou assegurar a prestação efetiva dos serviços, em conformidade com esta lei”.

Conforme o artigo 3º (1):

“É dever da Secretaria de Estado fornecer para toda a Inglaterra e o País de Gales, tudo o que considerar necessário para atender a todos os requisitos razoáveis como parte do serviço de saúde, a saber:

(a) instalações apropriadas para a prevenção de doença, cuidados a pessoas que sofrem de doença e acompanhamento posterior a pessoas doentes,

(b) quaisquer outros serviços necessários para o diagnóstico e o tratamento de doença”.

De acordo com o artigo 13º, a Secretaria de Estado pode dar instruções a uma autoridade de saúde para exercer em seu nome funções relativas ao serviço de saúde, tais como as que são especificadas nas diretrizes e “o dever do organismo em questão é o de fazer cumprir as diretrizes”.

Em virtude dessas funções delegadas, a autoridade de saúde tem a obrigação legal de fornecer “segundo a necessidade” tais serviços, “conforme forem requisitados” para o diagnóstico e tratamento de doenças. A autoridade de saúde deve, no exercício das funções delegadas, no entanto, concretizar o objetivo global do Estatuto de 1977 e operar dentro do princípio de melhoramento do serviço global na Inglaterra e no País de Gales para a prevenção, diagnóstico e tratamento de doença.

## VIII REVISÃO JUDICIAL DE ALOCAÇÃO DE RECURSOS DO NHS

O tratamento de um paciente no Serviço Nacional de Saúde pode ser condicionado a restrições orçamentárias. Um caso famoso que aponta para uma abordagem claramente utilitarista do Direito inglês para as questões da santidade da vida e do direito ao tratamento é a decisão do Tribunal de Apelação em *R versus Autoridade de Saúde do Distrito de Cambridge Ex Parte B*<sup>24</sup>, revertendo a decisão dos juízes do Tribunal Divisional. O Tribunal considerou que na revisão judicial das decisões orçamentárias das autoridades judiciais sobre tratamento médico, só se poderia considerar a legalidade da decisão e não se poderia decidir entre opiniões médicas conflitantes ou em como o orçamento limitado de uma autoridade de saúde deve ser alocado quando houver pedidos opostos sobre seus recursos. O Tribunal afirmou não ter capacidade de decidir sobre “a adequação de julgamentos difíceis e conflituosos feitos pelas autoridades de saúde sobre a forma como um orçamento limitado deveria ser alocado para o máximo proveito dos pacientes”. E em *R versus Autoridade de saúde de East Lancashire ex parte B*<sup>25</sup>, o Juiz Jowitt reconheceu que as autoridades de saúde não têm “bolsos sem fundo” e que “precisam decidir como os recursos devem ser compartilhados entre os interesses concorrentes”.

No entanto, tal como observado pelo Juiz Hidden em *R versus Autoridade de Saúde de North West Lancashire ex parte A e outros*<sup>26</sup>, caso envolvendo a negação da cirurgia de mudança de sexo no âmbito do Serviço Nacional de Saúde (tratamento obviamente menos grave ou urgente que os que salvam ou prolongam a vida), ao formular políticas ou ao aplicá-las a um caso particular, a autoridade de saúde precisa considerar se há uma necessidade comprovada para o tratamento médico em questão. Embora o Tribunal não procure alocar recursos escassos em um orçamento apertado, deve garantir que a autoridade de saúde tenha se questionado e abordado as

---

<sup>24</sup> [1995] 2 All ER 129, [1995] 1 WLR 898, 23 BMLR 1, [1995] 2 FCR 485, [1995] 1 FLR 1055, 25 BMLR 5 [1995] 1 FLR 1055.

<sup>25</sup> [1997] COD 267.

<sup>26</sup> (QBD, Crown Office List CO/1038/98, CO/281/98, CO/286/98, Lexis Transcrito por Smith BERNAL);

questões corretas antes de chegar a uma política de gestão dos recursos.

O juiz entendeu que, ao negar o tratamento de mudança de sexo depois de chegar à conclusão de que não havia "imperiosa necessidade clínica", sem oferecer uma definição ou um exemplo do significado de tais palavras, a autoridade de saúde restringiu ilegalmente seu critério na questão que tentava responder. A autoridade de saúde não tinha o direito de concluir que iria prestar aconselhamento, mas não iria fornecer tratamento de hormônios ou cirurgia. O Juiz Hidden deixou claro que nesse caso a decisão da autoridade de saúde na alocação de recursos financeiros para o tratamento médico deve ser exercida dentro da legalidade, e não arbitrariamente.

Quando a própria autoridade dá uma razão para exercer o seu poder, precisa explicá-lo de forma adequada. Certamente, a limitação de recursos financeiros não é uma defesa aceitável por parte de uma autoridade de saúde (ou do Secretário de Estado responsável) para baixar o nível aceitável de cuidados no desempenho do seu dever legal de prestação de tratamento. As autoridades de saúde estão, aliás, em relação à responsabilidade civil, na mesma posição de qualquer outro réu, e a Lei inglesa aplica um padrão objetivo de padrão de cuidados em casos médicos que, em princípio, não leva em conta a situação financeira.

No entanto, está na essência desse padrão equilibrar a utilidade da ação para o réu e o custo para este de agir para evitar danos ao autor, bem como o risco assumido pelo réu contra o risco do benefício pretendido do autor. Obviamente, então, a prestação de tratamento urgente e que salva vidas terá de ter prioridade no orçamento de uma autoridade sanitária, para que cumpra os padrões exigidos de cuidados no desempenho das suas funções estatutárias. Mas, quando tratamentos que não são urgentes estão em pauta, os tribunais têm se negado sistematicamente a interferir na alocação de recursos da autoridade de saúde, em uma série de reivindicações apresentadas pelos pacientes, em longas listas de espera<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> *R versus Secretaria de Estado ex parte Hincks* (1992) BMLR 93 (CA); *R versus Secretaria de Estado ex parte Walker* (1992) 3 BMLR 32 (CA).

## IX A AUTODETERMINAÇÃO COMO UM LIMITE PARA A SANTIDADE DA VIDA: O CONSENTIMENTO DO PACIENTE PARA O TRATAMENTO

O princípio da autodeterminação é um princípio bem conhecido no Direito inglês, afirmado por autoridades de direito comum inglesas e de outros lugares<sup>28</sup>. O princípio determina o dever de respeitar os desejos do paciente, portanto, se um paciente adulto, em boa capacidade mental se recusa, mesmo que injustificadamente, a autorizar o tratamento ou os cuidados através dos quais a sua vida poderia ser prolongada, os médicos responsáveis pelo seu cuidado devem respeitá-lo, ainda que não considerem que seja em seu melhor interesse fazê-lo. Nesse caso, nem o paciente se suicida, nem o médico o auxilia ou é cúmplice. O princípio da santidade da vida humana cede ao princípio da autodeterminação e o dever do médico é atuar no melhor interesse do seu paciente. Como foi salientado por Lorde Browne-Wilkinson, no caso de *Bland*, o médico não pode exigir do paciente qualquer dever de manter sua vida quando esta só pode ser sustentada por cuidados médicos invasivos com os quais o paciente não concorda.

Mas o paciente não pode exercer adequadamente o seu direito de autodeterminação e seu consentimento ou sua recusa ao tratamento médico não serão válidas, a menos que ele seja:

- a. capaz;
- b. livre para dizer sim ou não, por exemplo, se sua vontade não estiver oprimida pelo pânico, drogas ou outras substâncias ou influências indevidas;
- c. devidamente informado sobre o tratamento médico.

---

<sup>28</sup> Ver *W versus W* [1972] AC 24, 43, por Lorde Reid; *Sidaway versus Conselho de Governadores do Bethlem Royal Hospital e do Hospital Maudsley* [1985] AC 871, 882, por Lorde Scarman; também a famosa declaração do Juiz Cardozo em *Schloendorff versus Hospital Society de New York* (1914) 105 NE 92, 93. Mais recentemente, o princípio foi amplamente aprovado nos discursos da decisão da Câmara dos Lordes em *Airdale NHS Trust versus Bland* [1993] AC 789.

## X A CAPACIDADE PARA DAR CONSENTIMENTO OU RECUSAR O TRATAMENTO MÉDICO

É ilegal administrar tratamento médico a um adulto que está consciente e em plena faculdade mental sem o seu consentimento<sup>29</sup>, mesmo se a consequência de não fazê-lo for a morte<sup>30</sup>. Esse princípio não é, contudo, incontestado pelos tribunais, que lutam para chegar a decisões pragmaticamente aceitáveis em uma variedade de casos envolvendo diferentes conflitos de interesse. Mais do que isso, a posição da lei inglesa em relação ao direito básico de consentimento para o tratamento, é a seguinte:

“Se o médico fizer um julgamento equilibrado e aconselhar o paciente a submeter-se à operação, o paciente tem o direito de rejeitar esse conselho, por razões racionais ou irracionais ou sem nenhuma razão. O dever do médico nessas condições, sem prejuízo ao seu dever primordial de levar em conta o melhor interesse do paciente, é o de lhe proporcionar informações que o capacitem a fazer um julgamento equilibrado, se o paciente assim o quiser. O paciente pode fazer um julgamento desequilibrado se for privado de informações adequadas. Ele pode também fazer um juízo desequilibrado se lhe for fornecida informação demais e se tomar conhecimento de possibilidades que não é capaz de avaliar devido à falta de formação médica, preconceitos ou personalidade.”<sup>31</sup>

O direito à autodeterminação de um paciente adulto existe, e sua capacidade de recusar tratamento, incluindo tratamentos que salvam ou prolongam a vida, presume-se, mesmo se o paciente sofre cronicamente de uma doença mental. No caso *Re C*<sup>32</sup>, o paciente, C,

---

<sup>29</sup> Em *re F* [1990] 2 AC 1.

<sup>30</sup> A lei autoriza o exame médico e a internação hospitalar de um adulto por uma doença perigosa para a saúde pública, mas não o tratamento obrigatório da doença: Veja Saúde Pública (Controle de Doenças) lei de 1984 e o Regulamento de Saúde Pública (Doenças Infecciosas), de 1985. Segundo o artigo 35 do Regulamento, um pedido pode ser feito a um magistrado, quer na presença ou na ausência da pessoa em causa para que ela possa ser examinada. O artigo 37 prevê que o magistrado poderá determinar a remoção para um hospital de uma pessoa que sofre de uma “doença de notificação obrigatória”, e o artigo 38 permite que um magistrado ordene a permanência no hospital. Há um direito de apelação para o Tribunal da Coroa. A infecção pelo HIV não está incluída na lista de doenças notificáveis.

<sup>31</sup> *Sidaway versus Governador do Hospital Bethlem Royal* [1985] 1 AC 871, at 904 por Lord Templeman.

<sup>32</sup> [1994] 1 All ER 819, [1994] 1 WLR 290, [1994] 1 FLR 31, 15 BMLR 77, [1994] Lei de família 131, [1994] 2 FCR 151 (Divisão de família).

agora com 68 anos, já havia sido condenado à prisão por esfaquear a ex-namorada. Ele havia sido diagnosticado como portador de esquizofrenia paranóide crônica e foi transferido para a Prisão Broadmoor, onde foi tratado com medicamentos e ECT, o que resultou em alguma melhora e o levou a uma enfermaria aberta. Em setembro de 1993 ele foi diagnosticado como tendo gangrena no pé direito e transferido para um hospital do NHS. O cirurgião no hospital considerou que ele iria morrer em breve se a perna não fosse amputada abaixo do joelho. Suas chances de sobrevivência com o tratamento convencional foram avaliadas como não mais do que 15%. C recusou a amputação e deu o seu consentimento para um tratamento mais conservador, que foi concluído com êxito e a chance de morte iminente foi evitada em 85%, embora houvesse o risco de a gangrena reaparecer. O advogado de C pediu ao hospital que declarasse que não iria amputar-lhe a perna em nenhuma circunstância futura. O hospital recusou-se e C solicitou uma liminar para impedir o hospital de amputar sua perna direita, agora ou no futuro, sem o seu consentimento expresso. C expressou sua objeção em relação à amputação, aceitando a possibilidade da morte como uma consequência da manutenção da perna. Afirmou que concordava em seguir os conselhos médicos no futuro e colaborar no tratamento, enquanto a sua recusa da amputação fosse respeitada. O Tribunal concedeu a liminar afirmando que, ao se considerar a capacidade de um indivíduo para recusar tratamento, a questão a ser decidida é se tal capacidade está reduzida devido a uma doença mental crônica que o impede de entender a natureza, a finalidade e os efeitos do tratamento proposto. O tribunal reconheceu que se presume que um adulto capaz possa autorizar, ou negar, o tratamento médico.

O Tribunal salientou que, mesmo no caso de um adulto doente mental crônico, ainda há uma presunção de que o direito à autodeterminação existe, e esta presunção só pode ser afastada se houver uma falha no processo de sua decisão, marcado por uma falha em uma das etapas seguintes, que deveriam ser observadas em todos os casos de dúvidas:

- (i) o paciente pode compreender e reter informações sobre o tratamento;
- (ii) ele pode acreditar no tratamento e;

(iii) pode ser capaz de pesar na balança para chegar a uma escolha sobre o tratamento proposto.

O caso *Re C* foi seguido por *Re JT*<sup>33</sup>. O NHS perguntou à Divisão de Família do Tribunal Superior se era lícito que seus funcionários ou agentes respeitassem a recusa de uma paciente e não lhe executassem a diálise renal, o que lhe salvaria a vida. Também foi solicitado que o Tribunal emitisse outra declaração de que a paciente, doente mental, era capaz de recusar tratamento médico.

A paciente vinha repetindo ao médico e aos psiquiatras envolvidos no caso, bem como a membros de sua família, que se opunha à diálise e que queria morrer. O Tribunal considerou que era claro, a partir das evidências, que a paciente entendia a informação dada a ela sobre os finalidades do tratamento dialítico e sua natureza, que ela percebia as consequências da recusa em continuar o tratamento, e que ela tinha a capacidade de tomar uma decisão sobre aceitar ou recusar o tratamento de acordo com o teste previsto em *Re C* e realizado por três vezes. Uma vez que a diálise não pode ser considerada como o tratamento para sua doença mental, analisou-se o caso e, segundo o artigo 63 da Lei de saúde mental de 1983, seria uma agressão criminosa e injuriosa executar o tratamento físico invasivo necessário para a diálise sem o seu consentimento.

Mas o Tribunal também apontou, significativamente, que, em um caso como esse, em que os médicos especialistas tinham sido da opinião de que a paciente era capaz para recusar o tratamento, não havia necessidade de eles procurarem uma declaração do tribunal para tal efeito. Em outras palavras, não há necessidade de o Tribunal intervir nos casos em que os médicos aceitam que a recusa de tratamento é válida, de acordo com o critério médico e, o mais importante, eles também estão dispostos a respeitá-la e a deixar o paciente morrer de acordo com seus desejos. Poderia ser diferente se os médicos tivessem decidido ir adiante com a ação invasiva, apesar da falta de consentimento: nesse caso seria necessária uma declaração do Tribunal para legalizar a ação.

No caso *Secretário de Estado para o Departamento de*

---

<sup>33</sup> [1998] 1 FLR 48, [1998] 2 FCR 662 (Divisão de Família).

*Administração Interna versus Robb*<sup>34</sup>, a Divisão de Família da Alta Corte decidiu que o direito de um adulto com plenas faculdades mentais à autodeterminação prevalecia sobre qualquer interesse de compensação do Estado. Decidiu, assim, que a Administração Interna, os agentes penitenciários, os médicos e o pessoal de enfermagem responsáveis pelo cuidado de um prisioneiro com plenas faculdades mentais, em greve de fome, podem legalmente observar e cumprir a sua recusa em receber nutrição e podem legitimamente se abster de fornecer-lhe hidratação e nutrição, seja por meios artificiais ou não, por tanto tempo quanto ele tenha a capacidade de recusar.

A Secretaria da Administração Interna não está obrigada a prolongar a vida de uma pessoa com plenas faculdades mentais e total compreensão através da imposição de alimentação artificial, quando não haja provas para ilidir a presunção de sua capacidade para tomar a decisão de recusar a alimentação e a hidratação. O caso deixa em aberto, porém, a questão do dever do cuidador de uma pessoa em greve de fome que tenha perdido sua capacidade de recusar, por estar, por exemplo, em um coma (reversível). Nesse caso, a posição do cuidador vai depender de se saber se a vontade expressa do paciente constitui “diretrizes antecipadas” válidas.

Uma pessoa incapacitada pode ter tido o cuidado de ter declarado e registrado a sua vontade antecipadamente no que diz respeito ao tratamento médico futuro, para os fins de dar consentimento ou instruções de forma válida. Tais diretrizes antecipadas aparentemente são muito populares nos EUA, onde vários Estados as reconhecem por estatuto e relata-se que mais de 20% da população as fez. Temos evidências que sugerem que também seriam igualmente populares neste país, mas há incertezas jurídicas que afetam o alcance exato e as condições de sua validade.

Em *Re T*<sup>35</sup>, o Presidente da Corte de Apelações, Lorde Donaldson, declarou que, se um paciente faz uma escolha antecipada sobre o tratamento futuro, claramente estabelecido e aplicável nas circunstâncias futuras, isso deve ser respeitado. O Tribunal estabeleceu quatro critérios que necessariamente devem ser atendidos para significar que uma recusa ao tratamento futuro deva

---

<sup>34</sup> [1995] Fam 127, [1995] 1 All ER 677, [1995] 2 WLR 722, [1995] 1 FCR 557, [1995] 1 FLR412, 22BMLR 43, [1995] Lei de família 185 (Divisão de Família).

<sup>35</sup> 56 [1992] 3 WLR 782 (CA).

ser respeitada:

a) que o paciente tenha tido a capacidade mental necessária no momento em que fez a recusa com antecedência;

b) que o paciente tenha contemplado a situação real que mais tarde poderia surgir;

c) que o paciente tenha apreciado as consequências da recusa ao tratamento;

d) que o paciente não tenha sido influenciado por uma outra pessoa em sua tomada de decisão.

E no caso *Re C* acima, o Tribunal considerou que a Suprema Corte, exercendo sua jurisdição inerente, pode decidir, por meio de injunção ou declaração, que um indivíduo seja capaz de recusar ou consentir ao tratamento médico e determinar que tais medidas possam ter efeito também em circunstâncias futuras.

Os médicos são aconselhados a contatar qualquer pessoa nomeada pelo paciente, bem como o seu próprio médico, para esclarecer seus desejos, se não estiverem claros no comunicado. Se houver dúvida quanto ao que o paciente desejava, os médicos devem lembrar que a lei exige que exerçam o que estiver no “melhor interesse” do paciente. Mais significativamente e, presumivelmente à luz da decisão no caso *Re C* acima, salienta-se que, caso se saiba que uma pessoa incapacitada informou objeções a todo ou a algum tratamento, ainda que não as tenha registrado de maneira formal, os profissionais de saúde não podem realizá-lo, mesmo em caso de emergência. Obviamente, porém, na ausência de indicação da vontade do paciente, o dever do médico é o de dispensar o tratamento adequado aos pacientes, capazes ou incapazes, conforme os seus melhores interesses.

Um comunicado prévio sobre o tratamento futuro pode ser positivo, isto é, no sentido de que o paciente gostaria de ser mantido vivo o maior tempo possível, por qualquer meio, ou indique antecipadamente ser favorável a tratamentos específicos. Também pode ser negativo, ou seja, uma recusa anterior a quaisquer tipos específicos de tratamento. A lei comum se preocupa apenas com o tipo negativo, pois é evidente, como dito acima, que o tribunal não tem o poder de impor a um médico o dever de administrar um tratamento que ele não considera atender ao melhor interesse do paciente. E, em relação às diretrizes negativas antecipadas, o seu

reconhecimento no direito comum encontra um limite claro na proibição da eutanásia, ou seja, um ato positivo realizado por um médico para matar ou apressar a morte do paciente.

## **XI A INCAPACIDADE TEMPORÁRIA DE UM ADULTO COMPETENTE PARA DAR O CONSENTIMENTO (NA AUSÊNCIA DE DIRETRIZ ANTECIPADA)**

Em *Norfolk e Norwich Assistência de saúde (NHS) versus W 72*<sup>36</sup>, a Divisão de Família do Tribunal Superior foi confrontada com o caso de uma paciente que havia chegado ao hospital em trabalho de parto, mas que, ao longo do dia, vinha negando estar grávida. O obstetra, necessitando realizar o parto com fórceps, ou, se necessário, através de cesariana, procurou autorização da autoridade por meio de uma declaração do Tribunal assegurando-lhe que seria legal ele prosseguir sem o consentimento da paciente.

Um psiquiatra confirmou que a mulher não estava sofrendo de um distúrbio mental, mas ele não poderia dizer se era capaz de compreender e reter informações sobre o tratamento proposto ou se era capaz de acreditar na informação. Concluiu, no entanto, que ela não era capaz de julgar com equilíbrio a informação dada a ela. O Tribunal considerou que, em circunstâncias como essas, a lei comum autoriza o uso de “força razoável”, em razão da necessidade de agir.

As medidas tomadas deverão, além disso, ser como as que uma pessoa sensata nessas circunstâncias tomaria, agindo no melhor interesse da pessoa que necessita de ajuda. Em um caso de emergência médica como esse, o melhor interesse do paciente consiste no parto, o que acabaria com o estresse e a dor, e evitaria danos à sua saúde física e possíveis futuros sentimentos de culpa por causar a morte do feto. Significativamente, o Tribunal admitiu que, embora a paciente não estivesse sofrendo de doença mental, não tinha a competência mental para recusar o tratamento proposto, porque incapaz de ponderar sobre a questão (ver *Re C, supra*).

A base dessa decisão é claramente o melhor interesse da mulher grávida em um estado de necessidade, não a questão de se saber se a recusa do seu estado afeta a vida do feto. Isto não teria

---

<sup>36</sup> 34 BMLR 16, [1996] 2 FLR 613, [1997] Lei de família 17, [1997] 1 FCR 269.

sido um motivo certo para ignorar a recusa de uma mãe capaz em aprovar a ação invasiva considerada pelo médico como necessária para um parto seguro. Em *Re MB*<sup>37</sup>, o Tribunal de Apelação aceitou *per curiam* que um tribunal não tem competência para levar em conta os interesses de um feto. O Tribunal de Apelação confirmou que cada pessoa adulta é presumida competente pelo Tribunal para consentir ou recusar tratamento médico, até que essa presunção seja refutada. Assim, uma mulher capaz pode optar, até por razões irracionais, por não ter intervenção médica invasiva, embora a consequência possa ser a morte ou a deficiência para a criança que carrega ou mesmo sua própria morte. Em tais circunstâncias os tribunais não têm competência para declarar que a intervenção médica é legal e a questão do melhor interesse da mulher não interessa.

O Tribunal salientou que “a irracionalidade, nesse contexto, conota uma decisão chocante ao desafiar a lógica, ou normas moralmente aceitas que qualquer pessoa sensata deveria ter. Enquanto a irracionalidade não combina com a capacidade para decidir, pânico e indecisão, em si, não equivalem a incapacidade”. Mas, significativamente, o Tribunal de Apelação também admitiu que uma pessoa perca a capacidade se algum impedimento ou perturbação de função mental a tornem incapaz de tomar uma decisão sobre consentir ou recusar o tratamento. A capacidade para decidir pode ser completamente corroída por fatores temporários, tais como confusão, choque, fadiga, dor, drogas ou pânico induzido pelo medo.

O medo pode paralisar a vontade de um paciente e, assim, destruir a capacidade de tomar uma decisão. Mas deve ser o tipo de medo avassalador, que bloqueia completamente a capacidade de pensar racionalmente. No caso *Re MB*, uma mulher grávida tinha medo de agulhas. Seu medo gerava pânico, o que o Tribunal admitiu ter causado um prejuízo ao seu funcionamento mental, o que a tornava temporariamente incapaz. Em caso de emergência, os médicos têm o direito de administrar a anestesia necessária para realizar uma cesariana. O Tribunal salientou, nesse contexto, que o seu melhor interesse *não* se limitou aos seus melhores interesses

---

<sup>37</sup> 38 BMLR 175, [1997] Lei de família 542, [1997] 2 FCR 541 (Tribunal de Apelação).

*médicos*. Tanto ela quanto o pai da sua criança queriam que seu filho nascesse vivo e saudável. Provas psiquiátricas indicaram que ela poderia sofrer danos psicológicos significativos em longo prazo se a cesariana não fosse realizada e a criança nascesse, como resultado, com deficiências ou morta, ao passo que ela não era suscetível de sofrer danos permanentes a partir da injeção da agulha na aplicação da anestesia.

O Tribunal considerou, ainda, que o grau de força necessária a ser utilizado, no caso de um paciente incapaz que tenha se recusado a aceitar o tratamento no seu melhor interesse, só poderia ser julgado em casos individuais, por profissionais de saúde. Nesse caso, nenhuma força foi necessária, pois a mulher concordou com o procedimento, ao ouvir a decisão do juiz para autorizá-la. É de vital importância, no entanto, que haja uma *real* incapacidade de consentimento, induzida por fatores temporários, tais como confusão, choque, fadiga, dor, drogas ou pânico induzido pelo medo. Os médicos não estão autorizados a presumir tal incapacidade simplesmente pelo fato de que a recusa do paciente ao tratamento é irracional ou moralmente perigosa para a saúde do próprio paciente ou do feto. A percepção do médico dos melhores interesses da paciente deve ceder ao desejo da mesma, quando a capacidade da paciente não pareça ter sido prejudicada por tais fatores.

Isso ficou claro no caso perturbador de *Assistência de saúde St George's NHS Trust versus S* e em *R versus Collins e outros, ex parte S*<sup>38</sup>. Os fatos foram os seguintes: ao se registrar como um novo paciente no NHS local, S, que estava grávida de algumas semanas, foi diagnosticada com pré-eclâmpsia e avisada de que precisava ser admitida no hospital para um parto induzido. S compreendeu plenamente os riscos potenciais, mas recusou-se porque queria que seu bebê nascesse naturalmente. Ela então foi entrevistada por um assistente social, de acordo com a Lei de saúde mental de 1983, e examinada por dois médicos, cujos conselhos ela novamente se recusou a aceitar, e, por solicitação do assistente social, foi internada em um hospital psiquiátrico para avaliação conforme o artigo 2 da lei. Depois disso, ela foi transferida, novamente contra sua vontade,

---

<sup>38</sup> [1999] Fam 26, [1998] 3 All ER 673, [1998] 3 WLR 936, [1998] 2 FLR 728, 44 BMLR 160, [1998] Lei de família 526 (Tribunal de Apelação).

para outro hospital, que requereu e obteve *ex parte* uma declaração do juiz dispensando o seu consentimento ao tratamento. Mais tarde, na mesma noite S deu à luz um bebê através de cesariana.

Ela então retornou ao hospital psiquiátrico e dois dias depois foi sua detenção foi suspensa conforme a Lei de saúde mental. Logo após o Tribunal de Apelação considerou que os seus direitos à autonomia e à autodeterminação tinham sido violados, pois um adulto em plenas faculdades mentais tem o direito de recusar tratamento médico, mesmo quando sua própria vida dependa de receber tal tratamento. No caso de uma mulher grávida, esse direito não diminui simplesmente porque a sua decisão de exercitá-lo pode parecer a outra pessoa como moralmente repugnante. No caso em questão, a retirada do bebê do corpo de S sob coação física formalizou, portanto, ofensa ilícita à pessoa.

A tensão entre os princípios da autodeterminação e os deveres do médico ou do cuidador, que sempre devem agir no melhor interesse do paciente, quando a capacidade do paciente consentir parece seriamente comprometida, é ilustrado em *Re T 78*<sup>39</sup>: T, quando uma jovem de 20 anos de idade, com 34 semanas de gravidez, foi internada no hospital após um acidente de trânsito. Foi diagnosticada uma pneumonia e lhe foram administrados antibióticos, oxigênio e analgésicos, inclusive o entorpecente petidina. Durante o dia seguinte, a sua condição se deteriorou. Na parte da tarde, quando apenas a sua mãe estava com ela, ela declarou espontaneamente para a enfermeira que não queria uma transfusão de sangue, pois tinha sido testemunha de Jeová e mantinha algumas das crenças da religião. Mais tarde naquele dia, ela entrou em trabalho de parto e foi transferida para a maternidade. Os médicos tomaram a decisão de fazer o parto por cesárea. Pouco tempo depois, T repetiu a oposição a uma transfusão de sangue, tanto para a parteira como para um médico e assinou um formulário fornecido pelo hospital, que não foi lido nem explicado a ela, marcando sua recusa ao consentimento para transfusões de sangue. Na manhã seguinte, seu filho foi entregue natimorto e sua condição se deteriorou a tal ponto que, sem sua expressa vontade, uma transfusão de sangue teria sido realizada.

---

<sup>39</sup> [1993] Fam 95 (Tribunal de Apelação), [1992] 4 All ER 649, [1992] 3 WLR 782, 9 BMLR 46, [1992] 2 FCR 861, [1992] 2 FLR 458, [1993] Lei de família 27.

Sua condição permaneceu em estado crítico e ela foi sedada e colocada em um ventilador. Seu pai e seu namorado solicitaram ao Tribunal uma declaração de que não seria ilegal para o hospital realizar-lhe uma transfusão, na ausência de seu consentimento. O juiz, depois de ter ouvido provas, concluiu que devido à sua condição e aos efeitos da medicação narcótica, ela não tinha sido totalmente racional quando assinou o formulário de recusa. Ele fez um pedido de medidas provisórias e dirigiu uma nova audiência para ouvir mais provas. A transfusão foi realizada de imediato. O Tribunal de Apelação considerou que, embora um paciente adulto tenha o direito de recusar o consentimento ao tratamento, independentemente da sabedoria de sua decisão, para que tal recusa seja eficaz, os médicos devem estar convencidos de que no momento da sua recusa a sua capacidade de decidir não tinha sido diminuída por doença ou medicação ou por suposições falsas ou desinformação, que sua vontade não sofreu influência de outrem e que sua decisão tenha sido dirigida à situação que se tornou relevante. Se a decisão do paciente foi prejudicada por qualquer desses fatores, o Tribunal considera que os médicos são livres para tratar o paciente de acordo com a avaliação clínica de seus melhores interesses.

Nesse caso, o Tribunal de Apelação reconheceu que todas as circunstâncias, tais como o estado mental e físico de T, quando ela assinou o termo de consentimento, a pressão exercida sobre ela por sua mãe, que era uma Testemunha de Jeová praticante, e uma enganosa resposta à sua inquirição sobre tratamento alternativo dada por um médico, tornaram sua recusa de consentimento não eficaz, e que os médicos tinham justificativas para tratá-la em conformidade com o princípio da necessidade. Lorde Donaldson incentivou médicos e autoridades de saúde a solicitar conselho aos tribunais em caso de dúvida quanto ao efeito de uma suposta recusa de tratamento, quando houver ameaça à vida do paciente ou possibilidade de danos irreparáveis à sua saúde. Ele também apontou que os formulários de recusa ou consentimento devem ser capazes de chamar a atenção do paciente “forçosamente” para as consequências da recusa.

## XII A SUPRESSÃO DO TRATAMENTO DE SUPORTE ARTIFICIAL À VIDA

Os tribunais ingleses têm considerado que o tratamento de suporte à vida pode ser legitimamente interrompido quando o paciente recusa expressamente a autorização para tal tratamento<sup>40</sup>, ou quando um doente, incapaz de dar consentimento, está vivendo em um estado de extrema dor e sofrimento<sup>41</sup>. Mas na Câmara dos Lordes, no caso de *Bland (infra)*, uma minoria dos juízes, Lordes Browne-Wilkinson e Mustill, não aceitam que a sua decisão em favor da retirada de tratamento de suporte vital possa ser estendida a situações que não sejam a de estado vegetativo persistente.

No entanto, diversos casos após *Bland* afirmaram o poder dos tribunais para sancionar como legais a retirada pelos médicos do tratamento de suporte à vida no melhor interesse do paciente. A decisão do Tribunal de Apelação em *Re J* parece ter sobrevivido a *Bland*, e os tribunais inferiores têm seguido a lógica de *Re J*, não só nos casos em tutela ou em casos envolvendo crianças, mas também nos casos em que adultos são incapazes de consentir, sem estar em um confirmado estado vegetativo persistente (EVP).

Notável é, nesse contexto, o caso *Re R*<sup>42</sup>, o de um adulto em “baixo estado de consciência”, no qual a Divisão de Família considerou, em relação a uma proposta de recusa de reanimação cardiopulmonar (RCP) ou antibióticos, que, tanto em casos de crianças como no de adultos incapazes, a decisão cabe ao médico no que se refere a retirar o tratamento de prolongamento da vida no melhor interesse do paciente, quando a vida, prolongada por tratamento, possa ser aflitiva e intolerável. Isso sugere que a aprovação prévia do recurso pelo Tribunal não é necessária, especialmente porque, como já foi dito uma vez neste trabalho, mas vale a pena repetir aqui, o Tribunal nunca “exige que um médico adote um tratamento, que em sua boa-fé seja contraindicado por não ser no melhor interesse do doente.”<sup>43</sup>

Mas, como está claramente sublinhado nas novas diretrizes

---

<sup>40</sup> *Re T* [1992] 4 All ER 619 (CA)

<sup>41</sup> *Re J* [1991] Fam 33; [1991] 1 FLR 366 (ver *supra*)

<sup>42</sup> [1996] 3 FCR 473, 31 BMLR 127, [1996] 2 FLR 99.

<sup>43</sup> *Re J* [1992] 2 FLR 165 at 172 por Lorde Donaldson, M.R.; ver também *supra*.

da Associação Médica Britânica (BMA) sobre a recusa ao tratamento para prolongar a vida, se as pessoas próximas ao paciente discordam fortemente do médico, a avaliação das medidas propostas por um tribunal seria aconselhável. Não há, de fato, nenhuma autoridade no Reino Unido que sugira que uma declaração prévia de legalidade por um Tribunal seja necessária, mesmo quando o tratamento que prolongue a vida a ser suspenso ou revogado forem a nutrição e a hidratação artificiais, se o paciente não está em estado vegetativo persistente. Mas as novas orientações da BMA apontam que um órgão de consultoria médica considera que a declaração de um tribunal seria adequada em casos como os de pacientes que sofreram acidente vascular cerebral grave ou demência grave.

O grupo de trabalho sobre EVP do *Royal College of Physicians* define um estado vegetativo como “uma condição clínica de desconhecimento de si mesmo e do ambiente em que o paciente respira espontaneamente, tem uma circulação estável e apresenta ciclos de abertura e fechamento ocular que podem simular o sono e a vigília”. O paciente entra em EVP, quando “o diagnóstico de irreversibilidade pode ser estabelecido com um elevado grau de certeza clínica. É um diagnóstico que não é absoluto, mas com base em probabilidades”. O paciente ainda pode apresentar respostas reflexas à estimulação, que, entretanto, podem ser atribuídas a espasmos musculares ou relaxamento induzido pela massagem relaxante feita por um amigo próximo ou membro da família.

A principal autoridade inglesa é *Airdale NHS Trust versus Bland*.<sup>44</sup> Em *Bland*, a Câmara dos Lordes declarou que a retirada da alimentação e hidratação artificiais de um paciente em estado vegetativo persistente ou em um estado muito baixo de consciência pelo médico responsável pelo tratamento do EVP não constitui homicídio, se o Tribunal estiver convencido de que esta é a prática médica adequada, nos melhores interesses do paciente. Tal caso tem sido seguido em pelo menos 18 outras decisões dos tribunais inferiores até esta data. Os fatos de *Bland* foram os seguintes: o paciente, de 17 anos, foi gravemente ferido no desastre que ocorreu no campo de futebol de Hillsborough, em 15 de Abril de 1989. Seus

---

<sup>44</sup> [1993] AC 789, [1993] 1 All ER 821, [1993] 2 WLR 316, [1993] 1 FLR 1026, [1993] Lei de família 473, [1994] 1 FCR 531, 12 BMLR 64, [1993] Crim LR 877 (Câmara dos Lordes)

pulmões foram esmagados e puncionados e o fornecimento de oxigênio para o cérebro foi interrompido. Como resultado, ele sofreu danos catastróficos e irreversíveis nos centros superiores do cérebro, o que o deixou, desde abril de 1989, em estado vegetativo persistente.

Os pareceres médicos de todos os que foram consultados sobre o caso foram unânimes no diagnóstico, e também todos concordaram com o prognóstico de que não havia esperança de qualquer melhora em sua condição ou recuperação. Em nenhum momento antes do desastre, o paciente tinha indicado seus desejos no caso de se encontrar em tal condição. Entretanto, seu pai foi da opinião de que seu filho não “aceitaria ficar assim”. Com a anuência da família do paciente e do advogado responsável pelo seu caso, e com o apoio de médicos independentes, a autoridade de saúde responsável pelo hospital onde ele estava sendo tratado, na condição de autora da ação, declarou que se poderia:

(I) interromper legalmente todo o tratamento médico e as medidas de sustento à vida projetadas para manter o paciente vivo em seu estado vegetativo persistente, incluindo o fim da alimentação, ventilação e hidratação por meios artificiais e;

(II) interromper legalmente qualquer tratamento médico, exceto o que tiver como único propósito lhe permitir acabar com a vida e morrer pacificamente com a maior dignidade e o mínimo de dor, sofrimento e angústia.

Em primeira instância, o presidente da Divisão da Família da Alta Corte, Sir Stephen Brown, aceitou o pedido. Em recurso interposto pelo Defensor Público, o Tribunal de Apelação confirmou a ordem do presidente. A Câmara dos Lordes decidiu, rejeitando o recurso contra a decisão do Tribunal de Apelação, que desde que o objeto do tratamento e dos cuidados médicos seja o benefício do paciente, e desde que um grande órgão de conhecimento e de pareceres médicos responsáveis sejam da opinião de que, na existência do estado vegetativo persistente não há nenhum benefício para o paciente, o princípio da inviolabilidade da vida, que não é absoluto, não é violado ao se deixar de dar tratamento e cuidados médicos que envolvam a manipulação invasiva do corpo do paciente, com os quais ele não tenha consentido e que não lhe confirmam nenhuma vantagem, como no caso do paciente, há mais de três anos em EVP.

A Câmara dos Lordes decidiu que os médicos responsáveis pelo tratamento do paciente não tinham o dever, nem (segundo Lorde Browne-Wilkinson) o direito, de dar continuidade aos cuidados médicos porque naquele momento o paciente não tinha mais interesse em ser mantido vivo; e a necessidade, criada por sua incapacidade de fazer uma escolha, e a justificativa para o tratamento e para os cuidados invasivos tinham terminado. Assim, a omissão por parte dos médicos em realizar o que antes seria um dever deixou de ser ilegal. Dois dos magistrados, Lordes Browne-Wilkinson e Mustill, também acharam ser imperativo que as questões morais, sociais e jurídicas de tais casos sejam consideradas pelo Parlamento.

A maneira com que a Câmara dos Lordes, sem orientação pelo Parlamento para decidir sobre a vida e a morte, debateu sobre as questões levantadas nesse caso, é exemplificado no discurso de Lorde Browne-Wilkinson:

"Na minha opinião", disse o juiz, "[. . .] a evolução técnica tem levantado uma nova série de problemas éticos e sociais. O que se entende agora por "vida" no preceito moral que requer respeito pela santidade da vida humana? Se a qualidade de vida de uma pessoa, como Anthony Bland, é inexistente já que ele não sabe de nada do que acontece com ele, tem ele o direito de ser mantido nesse estado de morte em vida e têm os seus familiares e médicos assistentes a obrigação de mantê-lo? Se Anthony Bland não tem esse direito e outras pessoas não têm esse dever, deve a sociedade fazer uma distinção (que alguns poderiam ver como artificial) entre a adoção de uma ação projetada para, por um lado, produzir morte certa por falta de comida, e, pelo outro, produzir a morte a partir de uma injeção fatal, sendo que a primeira é admissível e, esta última, a eutanásia, proibida?

Se a retirada do suporte à vida é legítima no caso de Anthony Bland, cujo EVP é muito grave, o que dizer das outras pessoas neste país também em EVP (nos foi dito que há entre 1.000 e 1.500) e dos outros que sofrem de condições médicas com impacto semelhante, por exemplo, a síndrome de Guillain Barre? Quem vai decidir, e de acordo com que critérios, quem deve viver e quem deve morrer? Que direitos têm os parentes do paciente de tomar essa decisão?" E então Lorde Mustill citou "a distinção entre o direito de escolher a própria morte e o direito de escolher a de outra pessoa." Significativamente,

e, como resultado de tais preocupações, a Câmara dos Lordes decidiu que os interesses da proteção dos pacientes e dos seus médicos, a garantia das famílias dos pacientes e do público, tornam desejável que, até que um órgão experiente tenha sido montado, a solicitação deva ser feita sempre à Divisão de Família em todos os casos em que os médicos encarregados de um paciente em EVP considerem que o tratamento e os cuidados não lhe conferem mais qualquer benefício.

Um paciente em estado vegetativo é considerado ainda vivo de acordo com a lei, como apontado por Lorde Goff em *Bland*: “Eu começo com o simples fato de que, pelo direito, Anthony Bland ainda está vivo. É verdade que sua condição é tal que pode ser descrita como uma morte em vida, mas, contudo, ele ainda está vivo. Isto porque, como resultado da evolução da moderna tecnologia médica, os médicos já não associam a morte exclusivamente à respiração e ao batimento cardíaco, e hoje se aceita que a morte ocorre quando o cérebro, e em particular o tronco cerebral, foi destruído”. Lorde Goff continuou: “. . . a questão não é se é no melhor interesse do paciente que ele deveria morrer. A questão é saber se é no melhor interesse do paciente que a sua vida deva ser prolongada pela continuidade dessa forma de tratamento ou cuidado médico”.

Lorde Goff refere, nesse contexto, uma decisão anterior da Câmara dos Lordes, que considera que é uma boa prática para o médico consultar os parentes. É fato que, também no caso de pacientes em EVP, os parentes exigirão um alto grau de apoio e atenção. Entretanto, os Lordes acreditam firmemente que as opiniões dos familiares não podem ser determinantes para o tratamento. Se fosse assim, os parentes seriam capazes de ditar aos médicos o que está nos melhores interesses do paciente, o que não pode estar certo. Na sua opinião, se um médico que trata um paciente em EVP age em conformidade com a prática médica que está sendo desenvolvida pela Comissão de Ética Médica da BMA, ele estará atuando com o benefício da orientação de um órgão responsável e competente de opinião profissional relevante, conforme exigido pelo modelo *Bolam*.<sup>45</sup>

Em outra parte importante de seu julgamento, Lorde Goff

---

<sup>45</sup> [1957] 1 WLR 582; ver *supra*.

considera os casos americanos<sup>46</sup> em que o tribunal procurou determinar, quando o paciente fosse incapaz de expressar qualquer opinião sobre a questão de saber se o tratamento para prolongar a vida deva ser suspenso, qual a decisão que o próprio paciente teria tomado se tivesse sido capaz de fazê-lo (aplicando o chamado “teste de juízo substitutivo”, que envolve uma investigação detalhada sobre pontos de vista e preferências do paciente). Tal teste trata o médico responsável como um “substituto” da decisão, que deve implementar, tanto quanto possível, a decisão que o paciente incapaz tomaria se fosse capaz. Tal argumento não faz parte do Direito inglês em relação a adultos incapazes, em nome do qual ninguém tem o poder de dar consentimento para tratamento médico, e a decisão, também em casos de início ou interrupção do suporte à vida, é apenas tomada pelo médico, de acordo com um órgão responsável e competente da opinião profissional relevante.

Lorde Goff também declarou que, apesar de o poder supremo ser reservado para o *Tribunal* de rever a decisão do médico quanto ao melhor interesse do paciente, em caso de emergência, não há nenhuma razão para questionar a conclusão do consultor, compartilhada por outros médicos e não contrariada por qualquer parecer médico. Segundo *Bland*, todos os futuros casos britânicos de suspensão de tratamento para manter a vida devem ser encaminhados aos tribunais para a declaração de que é legal para os médicos, já que no melhor interesse do paciente.

Um pedido ao Tribunal, por convocação originária da Divisão de Família do Tribunal Superior, poderá ser realizado por qualquer pessoa que tiver “um interesse genuíno e legítimo na obtenção de uma decisão relativa a uma séria questão judicial contra a parte adversa.” Assim, os pedidos podem ser encaminhados pelo paciente, por um amigo próximo, pelo médico do paciente ou pela instituição de saúde (por exemplo, um NHS Trust), ou por um cuidador do paciente.

A jurisdição declaratória do Tribunal é *consultiva*. Sua função é informar àqueles envolvidos com os cuidados de um paciente se o tratamento proposto ou se a retirada do tratamento irá

---

<sup>46</sup> *Re Quinlan* (1976) 355 A 2d 647; *Superintendent of Belchertown State School versus Saikewicz*, 370 NE 2d 417.

expô-los à responsabilidade penal ou civil. Mas o efeito de tal declaração é conferir imunidade ao médico, tanto civil como criminal, pois não é concebível nenhum processo público e é muito provável que o Ministério Público não acolha qualquer acusação privada<sup>47</sup>.

Após a decisão *Bland* pela Câmara dos Lordes, houve uma tentativa de se mover um processo privado contra o médico de Bland por homicídio<sup>48</sup>. Os magistrados se recusaram a autuá-lo como infrator, e, um pedido de revisão judicial do Tribunal Divisional, confirmou a decisão dos magistrados e concordou com a declaração de Lorde Goff em *Bland* no sentido de que uma declaração dada por um tribunal civil, normalmente inibirá um futuro processo criminal.

## CONCLUSÃO

O caminho para um relacionamento médico/paciente satisfatório não deve ocorrer através do confronto de direitos, mas sim através da realização das obrigações de cada lado de modo a trabalhar para atender ao ideal<sup>49</sup>. O Direito inglês reflete muito a verdade de tal proposição, ao equilibrar os interesses dos pacientes com os legítimos interesses dos médicos e dos outros profissionais da saúde.

---

<sup>47</sup> Tem sido contestado por certos autores se declarações como as feitas em *Bland* podem, como matéria de direito, excluir a responsabilidade penal: ver Jo Bridgeman "Declarado inocente?", em 1995 Med 117-141 LR. Sir Stephen Brown, presidente da Divisão de Família, afirmou em *Bland*, ao decidir em primeira instância, que ele não iria "considerar oportuno fazer qualquer declaração em relação a eventuais consequências relativas ao direito penal. Na minha opinião, a declaração de que é lícito é suficiente para dar aos médicos e aos hospitais as garantias necessárias quanto à legalidade do que é proposto": [1993] 2 WLR 316 a 331.

<sup>48</sup> *R versus Bingley Magistrates' Court ex p Morrow* [1995] Med L Rev 86, The Times, Abril 24, 1994.

<sup>49</sup> MASON & MCCALL Smith, Law and Medical Ethics, 5th ed., p. 7.



Maria Claudia Crespo Brauner  
Philippe Pierre  
(Organizadores)

**DIREITOS HUMANOS,  
SAÚDE E MEDICINA:  
uma perspectiva internacional**



Rio Grande  
2013

© Maria Claudia Crespo Brauner e Philippe Pierre

2013

Criação da capa:

Formatação e diagramação:

João Balansin

Gilmar Torchelsen

Revisão: João Reguffe

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Ficha catalográfica elaborada pela Bibliotecária Me. Márcia Rodrigues, CRB 10/1411.

D598 Direitos humanos, saúde e medicina : uma perspectiva internacional  
/ Maria Claudia Crespo Brauner, Philippe Pierre (organizadores).  
– Rio Grande, RS : Ed. da FURG, 2013.  
203 p. : il. ; 21 cm

ISBN: 978-85-7566-283-0

1. Direitos humanos. 2. Responsabilidade (Direito). 3. Erros médicos. 4. Ética médica. 5. Bioética. I. Brauner, Maria Claudia Crespo. II. Pierre, Philippe.

CDU, 2ª ed. : 342.7

Índice para o catálogo sistemático:

1. Direitos humanos	342.7
2. Responsabilidade (Direito)	347.412
3. Erros médicos	614.256
4. Ética médica	614.253
5. Bioética	608.1

## SUMÁRIO

<i>Prefácio</i> .....	7
Elisa Girotti Celmer	

<i>Apresentação</i> .....	11
Maria Cláudia Crespo Brauner; Philippe Pierre	

### ***Primeira Parte***

#### ***Repercussões jurídicas das práticas médicas: conflitos de interesse, erro médico e responsabilidade civil***

<i>A responsabilidade civil do médico no Direito francês</i> .....	17
Cristina Bernard	

<i>Erro médico: acesso a seguros públicos e privados</i> .....	31
Philippe Pierre	

<i>Conflitos de interesse na profissão médica</i> .....	39
Marc A. Rodwin	

<i>Prática médica, conflitos de interesse e direitos dos pacientes no Direito inglês</i> .....	55
Stathis Banakas	

### ***Segunda Parte***

#### ***Promoção dos Direitos Humanos nas pesquisas em saúde e práticas biomédicas***

<i>Bioética e Biodireito: uma relação de conexão</i> .....	89
Brigitte Feuillet	

<i>O crescente processo de medicalização da vida: entre a judicialização da saúde e um novo modelo biomédico .....</i>	103
Maria Claudia Crespo Brauner; Karina Morgana Furlan	
<i>A temática da morte na educação em e para os Direitos Humanos .....</i>	133
Ivete Iara Gois de Moraes e Sheila Stolz	
<i>Biocolonialismo e povos indígenas: reflexões jurídicas a partir das pesquisas genéticas envolvendo os índios karitianas .....</i>	161
Taysa Schiocchet	
<i>Meio ambiente e saúde do bancário: uma amostra da penosidade e da gravosidade nas relações e condições de trabalho .....</i>	183
José Ricardo Caetano Costa	