

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA

ESCOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Constitucional -
Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional

CLÁUDIO SIQUEIRA BARBOSA

LIBERDADE E AUTONOMIA PRIVADA: A recusa da pessoa natural a tratamento médico-hospitalar e os limites da atuação do Estado.

**BRASÍLIA - DF
2024**

CLÁUDIO SIQUEIRA BARBOSA

LIBERDADE E AUTONOMIA PRIVADA: A recusa da pessoa natural a tratamento médico-hospitalar e os limites da atuação do Estado.

Dissertação de Mestrado desenvolvida sob a orientação do Professor Dr. João Trindade Cavalcante Filho e apresentada ao PPGD/IDP como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Direito Constitucional.

**BRASÍLIA - DF
2024**

Código de catalogação na publicação – CIP

B2381 Barbosa, Cláudio Siqueira

Liberdade e Autonomia Privada: A recusa da pessoa natural a tratamento médico-hospitalar e os limites de atuação do Estado. / Cláudio Siqueira Barbosa. — Brasília: Instituto Brasileiro Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, 2024.

89 f .

Dissertação — Instituto Brasileiro Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP, Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional, 2024.

Orientador: Prof. Dr. João Trindade Cavalcante Filho

1. Dignidade Humana. 2. Direito à vida. 3. Bioética 4. Autonomia do Paciente. I. Título

CDDir 342.156

Elaborada pela Biblioteca Ministro Moreira Alves

CLÁUDIO SIQUEIRA BARBOSA

LIBERDADE E AUTONOMIA PRIVADA: A recusa da pessoa natural a tratamento médico-hospitalar e os limites da atuação do Estado.

Dissertação de Mestrado desenvolvida sob a orientação do Professor Dr. João Trindade Cavalcante Filho e apresentada ao PPGD/IDP como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Direito Constitucional.

Data da defesa, 10 de julho de 2024

BANCA EXAMINADORA

Prof. Orientador Dr. João Trindade Cavalcante Filho
IDP

Prof. Avaliador Dr. Rafael Silveira e Silva
IDP

Prof. Avaliador Dr Henderson Fürst
Externo

Para minha família, meus amigos e todos aqueles que buscam viver com dignidade.

Agradecimentos

Esta pesquisa é resultado de esforço e muitas horas dedicadas à leitura e à ponderação dos ensinamentos e pensamentos de diversos autores, amigos e familiares. Compreendi, durante o desenvolvimento desta dissertação, que alguns momentos são solitários para a reflexão e entendimento maior do que significa a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, temas centrais aqui desenvolvidos.

Gostaria de expressar minha gratidão ao Professor João Trindade Cavalcante Filho por aceitar orientar-me e por suas valiosas contribuições para a conclusão desta dissertação, ao Professor Rafael Silveira e Silva por ensinar-me a definir o objeto de pesquisa e a melhor forma de como se deve pesquisar, e ao Professor Henderson Fürst pelas orientações relacionadas à bioética e ao biodireito.

Aos amigos que me ajudaram a aprimorar as ideias e os conceitos, de forma a expressar os pensamentos de forma mais adequada, e à equipe de bibliotecárias do Senado Federal, também sou grato.

Finalmente, agradeço minha família pelo apoio e compreensão quanto a minha ausência nos diversos momentos nos quais estive dedicado à pesquisa.

FL

*“O mistério da existência humana não está apenas em permanecer vivo,
mas em encontrar algo pelo qual viver”*

- Fiódor Dostoiévski

SUMÁRIO:

INTRODUÇÃO	11
1 A DIGNIDADE HUMANA COMO ELEMENTO-CHAVE DA INTERPRETAÇÃO DA RECUSA DE TRATAMENTO	16
1.1 Direitos Fundamentais	19
1.2 Direito à liberdade	23
1.3 Mito da supremacia do direito à vida	26
2. BIOÉTICA	33
2.1 Bioética e a autonomia privada	33
2.2 Bioética e a autonomia de consentir do paciente	36
2.3 Bioética e a necessidade de constitucionalidade das decisões judiciais	38
3. ARTIGO 15 DO CÓDIGO CIVIL - AJUSTES NECESSÁRIOS	39
3.1 Origem do Artigo 15 do Código Civil	42
3.2 Resolução nº 2.232 do CFM, Enunciados nº 403 e nº 533 do CJF, e suas implicações no Artigo 15 do Código Civil	45
3.3 Sugestões para alteração do Artigo 15 do Código Civil	48
4. O CONSENTIMENTO ESCLARECIDO DO PACIENTE	50
4.1 Paternalismo médico: a ética hipocrática	52
4.2 Diretivas Antecipadas de Vontade	54
5. TESTEMUNHAS DE JEOVÁ E A AUTONOMIA PARA RECUSA TERAPÊUTICA	57
5.1 Estudo do Tema de Repercussão Geral nº 1069, RE 1.212.272/AL	63
5.2 ADPF nº 618 e a autonomia do paciente	68
Conclusão	78
REFERÊNCIAS	82

RESUMO:

A pesquisa proposta tem como objetivo explorar a temática da liberdade e autonomia privada relacionadas à recusa de tratamento médico-hospitalar, bem como os limites da atuação do Estado diante dessa escolha. Por meio do diálogo entre o Direito Constitucional e o Direito Civil, serão examinados os direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana, a bioética, a relação médico-paciente, a autonomia de consentimento do paciente, o direito à vida e à liberdade religiosa. A pesquisa visa a delimitar a atuação estatal na judicialização dessas questões, analisando a jurisprudência e a doutrina, a fim de discutir a legitimidade e o respaldo constitucional da autonomia privada, da liberdade de escolha e da dignidade da pessoa humana nos casos em que a recusa de tratamento médico-hospitalar é objeto de litígio. Baseado em uma abordagem liberal, daremos ênfase em responder a duas perguntas: i) Até que ponto a liberdade e a autonomia privada do paciente permitem que ele recuse o tratamento médico proposto? ii) Quais são os limites de atuação do Estado quando terceiros solicitam judicialmente que os pacientes sejam obrigados a receber tratamento terapêutico? São questões que devem ser analisadas e respondidas com o objetivo de delimitar e permitir o pleno entendimento do que o sistema normativo nos oferece na nossa modernidade em respostas às perguntas propostas.

Palavras-chave: Dignidade humana, direito à vida, autonomia do paciente, bioética, liberdade religiosa.

ABSTRACT:

The proposed research aims to explore the theme of freedom and private autonomy related to the refusal of medical and hospital treatment, as well as the limits of the State's actions in the face of this choice. Through dialogue between Constitutional Law and Civil Law, fundamental rights, human dignity, bioethics, the doctor-patient relationship, the patient's autonomy of consent, the right to life and religious freedom will be examined. The research aims to delimit state action in the judicialization of these issues, analyzing jurisprudence and doctrine, in order to discuss the legitimacy and constitutional support of private autonomy, freedom of choice and human dignity in cases where refusal of medical-hospital treatment is the subject of litigation. Based on a liberal approach, we will emphasize answering two questions: i) To what extent does the patient's freedom and private autonomy allow him to refuse the proposed medical treatment? ii) What are the limits of the State's action when third parties legally request that patients be obliged to receive therapeutic treatment? These are questions that must be analyzed and answered with the aim of delimiting and allowing a full understanding of what the normative system offers us in our modernity in answers to the questions proposed.

Keywords: Human dignity, right to life, patient autonomy, bioethics, religious freedom.

Abreviaturas

ADPF -	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
BGB -	Código Civil alemão
CC -	Código Civil
CF -	Constituição Federal de 1988
CFM -	Conselho Federal de Medicina
CJF -	Conselho da Justiça Federal
CNJ -	Conselho Nacional de Justiça
CP -	Código Penal
CREMERJ -	Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro
DNR -	Do Not Resuscitate
LF -	Lei Fundamental (Alemanha)
PGR -	Procuradoria Geral da República
RE -	Recurso Extraordinário
STF -	Supremo Tribunal Federal
SUS -	Sistema Único de Saúde
UNESCO -	Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa se insere nos estudos relacionados aos direitos e às garantias fundamentais essenciais que todo Estado Democrático de Direito deve proporcionar a seus cidadãos e a todas as pessoas, considerando, de maneira específica, a dignidade da pessoa humana e a liberdade, como um direito fundamental de poder escolher como viver, com base em suas crenças ou ideologias de vida. Reconhecemos que, ao ser legitimado democraticamente, o Estado exerce um poder sobre o povo, mas sua atuação se limita quando se trata dos direitos fundamentais, que são considerados uma esfera protegida de direitos dos cidadãos.

O que se propõe neste estudo é analisar situações que envolvem, por um lado, o direito do paciente de recusar tratamento médico-hospitalar e, por outro lado, o papel do Estado quando essa situação se torna uma questão judicializada.

Baseado em uma abordagem liberal, daremos ênfase em responder a duas perguntas: i) Até que ponto a liberdade e a autonomia privada do paciente permitem que ele recuse o tratamento? ii) Quais são os limites de atuação do Estado quando terceiros solicitam judicialmente que os pacientes sejam obrigados a receber tratamento terapêutico? Estas são questões que devem ser analisadas e respondidas com o objetivo de delimitar e permitir o pleno entendimento do que o sistema normativo nos oferece na nossa modernidade em respostas às perguntas propostas para a pesquisa.

Adotaremos uma abordagem metodológica qualitativa com o objetivo de compreender as questões propostas e estabelecer uma conexão entre o objeto de estudo e o sistema jurídico que rege a nossa sociedade. O referencial teórico adotado possibilitará a análise das possíveis colisões entre direitos fundamentais quando o indivíduo busca exercer sua autonomia privada. Demonstrar-se-á também que entre os direitos fundamentais não há direitos absolutos. Faremos uso de diversos materiais bibliográficos, incluindo artigos acadêmicos publicados, e realizaremos pesquisas sobre suas correlações com a legislação e a jurisprudência. Nosso estudo terá foco nas questões relacionadas à dignidade da pessoa humana e ao direito do paciente de aceitar ou recusar tratamento médico-hospitalar, motivado por convicções ideológicas ou religiosas.

Respaldaremos nossa pesquisa na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 618, que discute garantias constitucionais relacionadas ao tratamento médico-hospitalar do grupo religioso conhecido como Testemunhas de Jeová, levantando questionamentos sobre a constitucionalidade do artigo 146, § 3º, inciso I, do Código Penal. Esse

artigo subsidia diversas resoluções do Conselho Federal de Medicina no sentido de legitimar transfusões de sangue contra a vontade do paciente, numa violação expressa da autonomia de consentimento do indivíduo e de sua dignidade.

Adicionalmente, incorporaremos a argumentação apresentada no Recurso Extraordinário (RE) nº 1.212.272/AL, que oferece uma análise abrangente sobre o tema em questão. É fundamental explorar essas fontes para ampliar nosso entendimento sobre a matéria e embasar nossas conclusões com uma base sólida na jurisprudência.

Recusar um tratamento terapêutico motivado por convicções religiosas ou ideológicas, com base na escolha pessoal sobre como melhor viver a própria vida, pode parecer, aos olhos de observadores externos, um ato irracional e aparentemente baseado em decisões equivocadas. Contudo, no exercício das liberdades individuais de um adulto lúcido e plenamente capaz, não podemos considerar nosso modo de ver o mundo como sendo o único correto. Em um paradigma liberal, devemos nos abster de interferir no direito fundamental de outra pessoa ter autonomia para tomar suas próprias decisões.

As liberdades individuais, incluindo a liberdade de consciência, permitem que cada pessoa faça suas próprias escolhas, abrangendo opiniões e sentimentos em assuntos científicos, morais ou religiosos. A sociedade deve respeitar essas liberdades individuais, sob o risco de não serem legitimadas como livre, independentemente de sua forma de governo. Deve-se reconhecer que cada indivíduo é o principal responsável por cuidar de sua própria saúde, um ideal que abrange tanto o bem-estar físico quanto o mental e espiritual. Segundo as premissas aqui adotadas, permitir que as pessoas vivam de acordo com suas próprias escolhas é benéfico para os indivíduos, para a sociedade e para o Estado.¹

O conceito de liberdade reside no poder de escolha, ação e determinação para o nosso próprio bem. Porém, tentar impedir que outros tenham igual liberdade ao tomar suas decisões demonstra incoerência e egoísmo, mesmo que estejamos plenamente convencidos de que nossa

¹ Mill argumenta com especial coerência sobre os benefícios do respeito as liberdades individuais, o que concordamos na sua íntegra: "Nenhuma sociedade em que essas liberdades não são, no geral, respeitadas, é livre, qualquer que seja sua forma de governo; e nenhuma sociedade onde elas não existam absolutas e irrestritas é completamente livre. A única liberdade que merece este nome, é aquela de buscar o nosso próprio bem de nossa própria maneira, desde que não tentemos privar os outros da deles, ou impedir seus esforços para obtê-la. Cada um é o guardião adequado de sua própria saúde, seja do corpo, ou da mente e do espírito. Os homens são os maiores beneficiários ao deixar o outro viver como lhe parece melhor, ao invés de forçar cada um a viver como parece melhor aos outros." (MILL, 2018, p. 28)

perspectiva de vida e nossas decisões são mais apropriadas e melhores, caso fossem adotadas por aqueles com os quais discordamos quanto ao modo de tomar suas decisões.

No contexto de nossa pesquisa, ponderaremos as palavras de Canotilho a respeito dos direitos fundamentais vistos como direitos de defesa. Esses direitos têm como objetivo proporcionar um espaço para que o indivíduo possa se desenvolver em seu estilo de vida e ter autonomia em suas decisões em face ao Estado. Isso envolve o prosseguimento da ideia de um 'status negativus' que permite liberdade em relação ao Estado, estabelecendo procedimentos e processos de defesa.²

A autonomia privada e a dignidade humana são, nesse contexto, temas interligados e que expressam a importância de tratar o ser humano com liberdade, igualdade e dignidade. Portanto, ao considerar o princípio da dignidade da pessoa humana, estamos analisando um princípio relacionado aos direitos humanos fundamentais que considera o indivíduo como um fim em si mesmo, merecedor de importância e digno de ter sua autonomia de sua vontade preservada. Isso implica reconhecer todas as pessoas por seu valor incondicional e com capacidade de traçar seus destinos.³

Em relação à autonomia, é importante considerar a diferença entre ter autonomia e que esta seja respeitada por todos os indivíduos, que devem reconhecer o direito pessoal dos outros em ter suas opiniões, decidir quais as melhores escolhas para suas vidas e crenças pessoais. Isso envolve ação respeitosa, e não somente atitude respeitosa.⁴

² Canotilho arrazoá sobre o procedimento garantido aos direitos fundamentais na pós-modernidade da seguinte forma: "Os direitos fundamentais recuperam o <<paradigma perdido>> - o paradigma liberal voltando a conceber-se, essencialmente, como direitos de defesa. Daí que o interesse do procedimento/processo, no âmbito dos direitos fundamentais, radique não na <<narrativa participativa>>, típica do procedimento, mas no facto de os direitos fundamentais, concebidos como direito de defesa, postularem materialmente (lado material) um espaço de auto-realização e de liberdade de decisão procedimental/processualmente garantido perante os poderes públicos (lado processual)." (CANOTILHO, 2008, p. 74)

³ "Os seres racionais estão pois submetidos a esta lei que manda que cada um deles jamais se trate a si mesmo e aos outros simplesmente como meios, mas sempre simultaneamente como fins em si." (KANT, 2009, p. 80)

⁴ Sobre importância de não interferir nas decisões de outras pessoas, Beuachamp e Childress apresentam a seguinte argumentação: "Esse respeito envolve a ação respeitosa, e não meramente uma atitude respeitosa. Ele exige também mais que obrigações de não-intervenção nas decisões das pessoas, pois inclui obrigações para sustentar as capacidades dos outros para escolher autonomamente, diminuindo os temores e outras condições que arruinem sua autonomia. Nessa concepção, o respeito pela autonomia implica tratar as pessoas de forma a capacitá-las a agir autonomamente, enquanto o desrespeito envolve atitudes e ações que ignoram, insultam ou degradam a autonomia dos outros e, portanto, negam uma igualdade mínima entre as pessoas." (BEUACHAMP, 2002, pp. 142-143)

A pertinência do tema escolhido é demonstrada, pois a discussão sobre liberdade, livre-arbítrio e autonomia de consentir, especialmente relacionada à forma de tratamento médico a que cada indivíduo tem direito, sua recusa ou aceitação, alcança os tribunais frequentemente. Os direitos fundamentais estão diretamente relacionados à autonomia dos cidadãos, incumbindo ao Estado reconhecer o indivíduo como detentor de sua autonomia moral e intelectual, sendo tal perspectiva a essência da filosofia proposta no Iluminismo.⁵

O capítulo inicial abordará o princípio da dignidade da pessoa humana, explorando os direitos fundamentais à liberdade e à vida. Neste capítulo, argumentaremos quanto ao mito da supremacia do direito à vida, pois diversas decisões judiciais se baseiam na premissa de que o direito à vida é um direito fundamental absoluto e que deve sempre se sobrepujar aos demais direitos fundamentais, premissa com a qual discordamos.

O segundo capítulo dialogará sobre a bioética e a autonomia privada, bem como a autonomia de consentir, que é direito de todos os pacientes. Outra questão relevante será a análise da relação entre bioética e a constitucionalidade das decisões judiciais.

O Código Civil, especificamente seu artigo 15, será objeto de estudo no terceiro capítulo, no qual faremos uma análise quanto à origem deste artigo, sua correlação e implicações com a Resolução nº 2.232 do Conselho Federal de Medicina e com os Enunciados nº 403 e nº 533 do Conselho da Justiça Federal. Concluiremos o capítulo terceiro apresentando sugestões para alteração na redação do artigo 15.

O consentimento esclarecido, direito dos pacientes ao determinarem quanto ao tipo de tratamento e procedimentos médicos que aceitam ou recusam, será tema do quarto capítulo. Neste capítulo, faremos uma avaliação sobre o paternalismo médico e as Diretivas Antecipadas de Vontade, instrumento que deve ser considerado legítimo e respeitado pela sociedade, e, no caso estudado, especialmente por médicos e hospitais.

⁵ "A consideração do indivíduo como sujeito da autonomia individual, moral, e intelectual (essência da filosofia das luzes), justificará a exigência revolucionária da constatação ou declaração dos direitos do homem, existentes a priori. O sentido destas declarações não se reconduzia à afirmação de uma teoria da tolerância, ou seja, de apelos morais dirigidos ao soberano e, conseqüentemente, na sua disponibilidade. As declarações dos direitos vão mais longe: os direitos fundamentais constituem uma esfera própria e autônoma dos cidadãos, ficam fora do alcance dos ataques legítimos do poder e contra o poder podiam ser defendidos." (CANOTILHO, 2003, pp. 110-111)

Finalmente, o quinto e último capítulo desenvolverá uma argumentação sobre as Testemunhas e Jeová e sua autonomia para recusar transfusão de sangue. Analisaremos, com o objetivo de subsidiar a discussão, os seguintes instrumentos jurídicos: i) o Tema de Repercussão Geral nº 1069, relacionado ao RE 1.212.272; e ii) a ADPF nº 618.

1 A DIGNIDADE HUMANA COMO ELEMENTO-CHAVE DA INTERPRETAÇÃO DA RECUSA DE TRATAMENTO

O estudo e a análise das situações que envolvem, por um lado, o direito do paciente de recusar tratamento médico-hospitalar e, por outro lado, o papel do Estado quando essa situação se torna uma questão judicializada, possuem estrita relação com o princípio da dignidade humana e os direitos fundamentais à vida, à liberdade e a crença. Portanto, consideramos apropriado iniciarmos nossa pesquisa tratando desses temas.

A dignidade da pessoa humana adquiriu várias interpretações ao longo dos mais de dois mil e quinhentos anos da história da filosofia. As principais tradições incluem: i) a concepção de que a dignidade da pessoa humana é um dote da natureza ou uma dádiva de Deus, conferida ao ser humano, como sua autonomia, seu valor próprio ou sua essência - teoria baseada na doutrina cristã e na filosofia kantiana; e ii) a noção de que a dignidade da pessoa humana é o objetivo da existência humana, alcançada por meio de sua conduta autônoma.⁶

Apresentada ao mundo pela perspectiva cristã e consolidada pela Revolução Francesa, a dignidade da pessoa humana passou a ocupar o centro das discussões do direito e da teoria política. As garantias que o Estado devia ao cidadão deixaram de se limitar a meros direitos negativos, passando a representar um compromisso com o indivíduo e a sociedade em prol da dignidade, um valor essencial a todo ser humano.⁷ Portanto, nos dias atuais, todo regime democrático é caracterizado por priorizar a dignidade da pessoa humana como princípio a ser observado e garantido.

A Segunda Guerra Mundial, com os horrores apresentados ao mundo pelo nacional-socialismo, marcou a história com o desapareço e a desconsideração ao ser humano, sua dignidade e personalidade. A partir desse período sombrio, o direito ao respeito e à proteção ao indivíduo

⁶ As concepções apresentadas por Pieroth Bodo e Bernard Schlink enfatizam aspectos importantes da dignidade humana, destacando a sua inviolabilidade e a importância de respeitar o indivíduo em sua condição humana. (PIEROOTH, 2012, pp. 167-168)

⁷ Georges Abboud ao escrever sobre a dignidade da pessoa humana referenciada desde a Revolução Francesa, ocupando papel destacado nos atuais sistemas democráticos de direito, relaciona esta com os direitos fundamentais nas seguintes palavras: "No paradigma constitucional do pós-guerra, a dignidade humana é fundamental também por ser diretriz interpretativa de todos os direitos fundamentais: (i) os direitos e garantias individuais (CF 5º) - que preveem essencialmente liberdades negativas, ou seja, um espaço de liberdade livre de coações do Estado ou de outros particulares, ainda que, por óbvio, seu uso não possa ser prejudicial a direitos fundamentais de outros indivíduos." (ABBOUD, 2023, p. 67)

tornou-se uma preocupação dos governos democráticos, buscando proporcionar tutela jurídica estatal para a preservação desses valores fundamentais. Direitos que envolvem a vida, a integridade física e moral, a liberdade, a honra, a intimidade, o nome e a autonomia privada para escolher como bem viver, são desdobramentos do direito de personalidade.

A dignidade da pessoa humana, princípio que serve de base para o Estado Democrático de Direito, é consagrada em nossa Constituição Federal como um reconhecimento de que o Estado serve à pessoa humana, e não o contrário, devendo todo nosso sistema normativo estar em consonância com tal princípio.⁸ A dignidade da pessoa humana, ao lado da liberdade, é inerente à natureza humana como parte fundamental de nossa condição de viver.

Para uma efetiva interpretação dos direitos constitucionais, o entendimento da dignidade humana serve como auxílio para definir seu verdadeiro significado em casos concretos. Ao ser considerada como parte complementar do pleno desenvolvimento dos direitos fundamentais, tais como a liberdade, a igualdade e a privacidade, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser utilizado para preencher lacunas na legislação ou resolver possíveis conflitos entre direitos fundamentais. Dessa forma, a lei é aplicada de maneira mais precisa e justa, destacando a relevância dos direitos fundamentais na interpretação do texto constitucional.⁹

Barroso apresenta argumentação demonstrando que o direito à vida é um valor intrínseco que está na base dos direitos fundamentais, uma vez que sem tal direito não existe a possibilidade de desfrutar de qualquer outro. Porém, ele ressalta que a dignidade humana quase que completamente preenche o direito à vida, mas que em determinadas situações controversas abre espaço para o debate sobre o aborto, o suicídio assistido e a pena de morte.¹⁰ Portanto, o direito fundamental à vida, quando confrontado com as situações controversas citadas, cede lugar

⁸ "Importa considerar, neste contexto, que a dignidade da pessoa humana desempenha o papel de valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem jurídica (constitucional e infraconstitucional), razão pela qual, para muitos, se justifica a caracterização da dignidade como princípio constitucional de maior hierarquia axiológica." (SARLET, 2018, p. 126)

⁹ Barroso destaca que leis que violem a dignidade devem ser consideradas nulas utilizando o seguinte argumento: "Mais ainda, qualquer lei que viole a dignidade, seja em abstrato ou em concreto, será nula. Coerente com a posição aqui sustentada de que a dignidade humana não é um valor absoluto é a afirmação de que ela tampouco é um princípio absoluto. De fato, se um princípio constitucional pode estar por trás tanto de um direito fundamental quanto de uma meta coletiva, e se os direitos colidem entre si com as metas coletivas, um impasse lógico ocorreria." (BARROSO, 2013, p. 117)

¹⁰ BARROSO, 2013, p. 123.

a outras argumentações jurídicas e sociais que podem levar o indivíduo ou o feto à morte, demonstrando, assim, a relatividade do direito fundamental à vida.

O direito à vida, considerado um valor inquestionável nos mais diversos ordenamentos jurídicos, está intrinsecamente ligado aos direitos fundamentais e deve ser garantido quando abordamos a dignidade da pessoa humana. No entanto, a compreensão plena da dignidade da pessoa humana envolve uma vida digna e a autonomia privada de cada indivíduo, permitindo-lhe tomar decisões fundamentais sobre suas vidas e saúde, de acordo com suas convicções e valores pessoais.

Hupsel, ao referir-se sobre a importância autonomia privada como fundamento da existência e que decorre da liberdade e igualdade que deve existir para todos os indivíduos, expressa o seguinte pensamento que transcrevemos:

“O sujeito concreto vive; deixa de ser uma embalagem confeccionada pela lei. E, para viver com dignidade, tanto tem que prover suas carências quanto dirigir a sua existência com as suas próprias opções. Viver com dignidade pressupõe a autonomia vital, com o que se pode declarar que a pessoa e a autonomia são temas afins. Onde não há autonomia, não haverá dignidade. Para que a dignidade se efetive, a pessoa humana há de ser destinatária de instrumento para sua realização, para ser e existir; para viver dignamente. E este instrumento é exatamente a sua autonomia.”¹¹

A expressão utilizada por Hupsel ao dizer que “onde não há autonomia, não haverá dignidade” nos remete ao entendimento de que viver com dignidade pressupõe não apenas ter as necessidades básicas supridas, mas também o respeito à autonomia privada.

A Constituição Federal brasileira estabelece de maneira clara os direitos e garantias fundamentais, numa demonstração que o princípio da dignidade da pessoa humana atua como uma diretriz na interpretação desses direitos. Ademais, no Código Civil brasileiro, a dignidade da pessoa humana é um princípio que impacta de forma direta ou indiretamente todo o ordenamento jurídico, isso pode ser constatado ao lidarmos com os direitos de personalidade, que estão listados nos artigos 11 a 21, nos quais podemos observar como o legislador valorizou esse princípio que legitima as ações do Estado.¹²

A liberdade, a igualdade e a dignidade da pessoa humana, resultantes de expressivas conquistas dos seres humanos no decorrer da história, não apenas legitimam a existência do

¹¹ HUPSEL, 2016, p. 88.

¹² ABBOUD, 2021, pp. 104-105.

Estado, mas também servem como instrumentos que vinculam e limitam o exercício do poder estatal, assegurando que este continue a desempenhar suas atribuições em benefício da sociedade.¹³

1.1 Direitos Fundamentais

Após a breve análise do princípio da dignidade da pessoa humana, é necessário para avançarmos nesta pesquisa fornecer uma descrição mais detalhada dos direitos fundamentais, especialmente destacando o direito à vida e à liberdade. Esses direitos são essenciais para garantir a proteção e o respeito à integridade e autonomia dos indivíduos, servindo como pilares fundamentais em uma sociedade democrática e justa.

A definição de direitos fundamentais envolve o entendimento de que os sujeitos da relação por eles criada são a pessoa e o Estado, com o objetivo de limitar o poder estatal para que a liberdade individual seja garantida. No âmbito jurídico, os direitos fundamentais possuem posição destacada pela supremacia constitucional em relação à legislação ordinária. Devendo ser definidos por sua fundamentalidade formal estabelecida pela própria Constituição.¹⁴

Consoante com a dignidade da pessoa humana, o Estado deve garantir os direitos fundamentais, os quais devem ser priorizados e respeitados na nação do indivíduo e até mesmo num âmbito universal. Isso demonstra que sua abrangência é ampla, possibilitando que os indivíduos reivindiquem seus direitos e estabeleçam limites e restrições que o Estado deve seguir para continuar legitimado, considerado, nesse aspecto, um efeito negativo ao Estado.

Dimoulis utiliza a expressão "pretensão de resistência à intervenção estatal" ou simplesmente "direito de resistência" para traduzir o termo *Abwehrrecht*, que se trata da designação do direito de resistência na doutrina alemã. Portanto, o Estado não deve intervir na esfera do indivíduo, e caso ocorra tal interferência, o indivíduo pode resistir através dos diversos meios proporcionados pelo ordenamento jurídico.¹⁵ O efeito negativo ao Estado, portanto, significa que o indivíduo pode resistir à atuação estatal.

¹³ PIEROTH, 2012, p. 48.

¹⁴ DIMOULIS, 2018, pp. 52-53.

¹⁵ DIMOULIS, 2018, pp. 62-63.

Nos ensinamentos de Canotilho, os direitos fundamentais são diferenciados em direitos de proteção jurídica e direitos de defesa. Os primeiros envolvem situações em que o indivíduo busca a intervenção do Estado para este o defenda ou o proteja juridicamente perante terceiros. Por outro lado, os direitos de defesa dizem respeito diretamente ao direito do indivíduo de exigir que o Estado se abstenha de intervir em assuntos privados ou na esfera jurídica do particular.¹⁶

Quanto à relevância dos direitos fundamentais, Canaris escreve que tais direitos "vinculam a legislação, o poder executivo e a jurisprudência como direito imediatamente vigente". Certamente, quando falamos em legislação, isso inclui o direito privado. Portanto, no caso da legislação brasileira, as leis ordinárias, como as expressas no Código Civil, devem estar subordinadas ao que estabelece a Constituição, especialmente no que diz respeito aos direitos fundamentais. Não pode haver discordância ou redução gerada por uma legislação ordinária a um direito fundamental previsto constitucionalmente.¹⁷

A demonstração dos argumentos de Canaris sobre a vinculação do direito privado aos direitos fundamentais encontra-se no caso movido por Lüth, um cidadão que obteve uma sentença favorável do Tribunal Constitucional Federal alemão. Lüth apelou contra a decisão do tribunal cível, que considerou adequado o boicote realizado a um novo filme no qual alegou-se que o diretor estava apresentando um filme antissemita no período nacional-socialista e, em consonância com o § 856 do Código Civil alemão - BGB -, inadequado. Porém, a sentença do tribunal cível foi cassada pelo Tribunal Constitucional Federal, considerando que a Lei Fundamental, em seu artigo 5º, inciso I, garante o direito fundamental à liberdade de expressão.¹⁸

¹⁶ "Em primeiro lugar, deve distinguir-se entre direito à proteção jurídica e direito de defesa (Abwehrrecht) perante o Estado. O direito à proteção jurídica é uma pretensão que qualquer titular de um direito fundamental pode exigir do Estado que o <<proteja>> perante agressões de outro cidadão; um direito fundamental de defesa é um direito cujo conteúdo se traduz fundamentalmente em exigir que o próprio Estado (poderes públicos) se abstenha de intervenções coativas na esfera jurídica do particular." (CANOTILHO, 2008, p. 76)

¹⁷ Canaris descreve a importância e a vinculação que os direitos fundamentais exercem sobre a legislação, a jurisprudência e o poder executivo, demonstrando ainda que tais direitos deveriam ter vigência imediata: "Ao invés, com a Lei Fundamental, os direitos fundamentais deveriam ser elevados ao nível de direito imediatamente vigente. Ora, não é de contestar, por certo, que aqui reside, efetivamente, o acento principal do artigo 1º, nº 3 da LF, mas tal em nada altera o fato de que se fala neste, simplesmente, da vinculação da legislação, e de que linguisticamente se entende por tal designação também a legislação de direito privado." (CANARIS, 2003, p. 22)

¹⁸ Em acréscimo à argumentação apresentada, citamos as seguintes palavras de Canaris: "Disso seguiria que o sistema de valores dos direitos fundamentais obviamente também influi no Direito Civil e nenhuma prescrição juscivilista pode estar em contradição com ele, devendo cada qual ser interpretada à luz do seu espírito - do seu sistema de valores." (CANARIS, 2006, pp. 229-230)

Nessa perspectiva, o valor assegurado aos direitos fundamentais funcionam como uma proteção para o indivíduo, de modo que este tenham asseguradas as garantias estabelecidas pela Constituição. A validade e eficácia imediata em relação ao direito privado impedem a criação de leis que possam diminuir ou tornar ineficazes os direitos fundamentais descritos na Lei Maior.

Os princípios constitucionais vinculam-se diretamente com os direitos fundamentais por estarem relacionados com a pluralidade da sociedade, permitindo que seja mantida, nas palavras de Neves, "a manutenção de uma ordem diferenciada de comunicação" ¹⁹. Direitos fundamentais devem ser observados como respostas do sistema jurídico às diferenças que existem dentro da sociedade, quer sejam as liberdades econômicas, liberdades religiosas, saúde, educação ou sobre como levar a vida em busca de sua felicidade pessoal. Deve ocorrer uma articulação entre princípios, regras e direitos fundamentais, levando em consideração a heterogeneidade dos modelos de comunicação e as contingências relacionadas aos grupos e às pessoas envolvidas no processo.

Não se deve considerar os direitos fundamentais como absolutos ou livres de restrições, uma vez que podem ser limitados por atos legislativos autorizados pelo texto constitucional, que remetem a leis específicas para restringir os direitos fundamentais. A limitação desses direitos deve ser acompanhada não apenas pelo ato legislativo que ampare tal decisão, mas também pela avaliação de como e de que forma o direito fundamental será restringido, bem como pela demonstração da finalidade ou objetivo dessa restrição em consonância com o princípio da proporcionalidade e adequação, sendo essencial sua concordância com a Constituição. ²⁰

Portanto, em certas situações, a restrição de determinados direitos fundamentais se torna necessária para a efetivação de outros direitos fundamentais. Para que ocorra tal restrição, é

¹⁹ NEVES, 2019, pp. 144,145 e 159.

²⁰ "Por meio da comparação de vários sistemas de legitimação e de justificação de restrições jusfundamentais, é possível decantar uma espécie de razão transversal na positivação de um sistema de restrições: a de que um direito fundamental só pode ser restringido se e na medida em que as restrições são autorizadas, expressa ou implicitamente, pela lei fundamental de um Estado ou por cartas de direitos supra ou internacionalmente vinculativas." A argumentação apresentada por Canotilho demonstra que o direito fundamental pode sofrer restrições, porém somente se a Constituição permitir, através de limites imanentes - aqueles que condicionam e definem o recorte do âmbito de proteção do direito fundamental - ou através das restrições jusfundamentais imanentes - aquelas que, na ausência de restrições expressas na Constituição ou de autorização constitucional por meio de lei, podem ser compreendidas de um ou vários preceitos constitucionais. (CANOTILHO, 2014, pp. 902-909)

necessário a existência dos seguintes requisitos elencados por Abboud: i) autorização constitucional; ii) proporcionalidade; iii) atendimento ao interesse social, em proteção a outros direitos fundamentais; iv) fundamentação exaustiva; e v) possibilidade de revisão pelo Poder Judiciário, desde que haja demonstração de ilegalidade ou inconstitucionalidade.²¹

No que diz respeito ao requisito que permite a restrição de um direito fundamental em atendimento ao interesse social, tal justificativa não deve se tornar um manto semântico²², no qual se utiliza a expressão "interesse social" sem a completa descrição de qual interesse social que será atendido e, assim, protegendo outros direitos fundamentais. Portanto, ao utilizar a alegação de que será atendido um interesse social para limitar um direito fundamental, essa alegação deve ser acompanhada de argumentos robustos e exaustivos que demonstrem claramente tal situação.

Considerados como uma reserva de direitos do cidadão, os direitos fundamentais não podem ser atingidos pelo Estado Constitucional nem por seus legisladores, que devem estar vinculados a observar e promover os valores estabelecidos pela sociedade. Com base no princípio da legalidade, as leis e os poderes Executivo, Judiciário e Legislativo se subordinam à defesa dos direitos fundamentais.

Uma característica importante do direito é sua função contramajoritária, consagrada pelo controle de constitucionalidade, o que o torna oponível às majorias. A função contramajoritária protege o direito fundamental pois permite ao Judiciário criar um sistema de controle que protege a democracia contra os excessos cometidos pela maioria, estabelecendo uma relação na qual os

²¹ ABBOUD, 2023, pp. 108-109.

²² Guilherme Pupe da Nóbrega escreve importante obra sobre "se é possível identificar no, modelo brasileiro, a discricionariedade judicial como conceito jurídico fundamental ou como conceito lógico-jurídico com aptidão para funcionar legítima e sistematicamente como parte integrante de fundamentação decisória; ou se, ao contrário, não funcionaria ela, a discricionariedade, **apenas como manto semântico a encobrir atividade diversa, como colmatação de lacunas, recurso retórico-epistemológico a fundamentar decisionismos, enfim, um subterfúgio que, reproduzindo um discurso de poder, pretenda fazer vezes de fundamento para uma pretensa - e automática - conformação da decisão ao direito**". (Grifo nosso) (NÓBREGA, 2022, p. 16)

direitos fundamentais não podem ser restringidos sob argumentos de interesse público ou benefício geral.²³

1.2 Direito à liberdade

A liberdade é um ideal que consegue alinhar o pensamento das mais diversas pessoas, pois, comumente, todas relacionam essa expressão a algo desejável e que deve ser garantido aos seres humanos indistintamente. O conceito de liberdade remete ao pensamento de autonomia, de capacidade para decidir sobre como agir ou simplesmente deixar de agir, de escolha entre alternativas e de viver conforme suas convicções pessoais de felicidade.

O entendimento sobre a liberdade, descrito por Schopenhauer, envolve a ausência de obstáculos que interfiram na liberdade física, liberdade intelectual e liberdade moral, sendo que, a liberdade moral envolve o livre arbítrio como uma determinação que leva o homem a resistir até mesmo à ameaça da força física que o coloque em risco. Pode ser citado, como exemplo que impulsiona tal ânimo, a devoção, a disposição ao sacrifício pessoal e a firmeza em expressar, manter e defender determinadas convicções pessoais.²⁴

A liberdade, para Mill, relaciona-se com os limites que o poder do Estado e da sociedade podem exercer sobre o indivíduo. O objetivo inicial da liberdade envolve a limitação do poder do governante sobre a comunidade, para que este não suprima a vontade individual dos cidadãos invadindo, assim, a autonomia e o poder de escolha dos cidadãos. Porém, a "tirania da maioria" apresenta-se como mais um risco à liberdade individual, devendo ser considerada e repelida para

²³ "De forma geral, portanto, podemos afirmar que os direitos fundamentais possuem duas funções principais: limitação do Poder Público e proteção contra a formação de maiorias, eventuais ou não, tendentes a ferir, mitigar ou cercear os direitos fundamentais dos demais indivíduos ou o próprio regime democrático brasileiro. Nessa quadra, os direitos fundamentais são essencialmente direitos contra o Poder Público (governo), e sua própria existência seria colocada em risco, caso admitida a possibilidade de restringi-los, sob o argumento de que a restrição traria benefício geral para a maioria da sociedade, para o próprio governo, ou, ainda, que viabilizaria a preservação do interesse público." (ABBOUD, 2023, pp. 102-103)

²⁴ Schopenhauer desenvolve o pensamento sobre a liberdade em aspectos negativos e positivos que podem afetar a ação do homem, mas que mesmo assim quando o homem decide o seu "querer" ele segue determinado e disposto a sacrifícios para manter sua vontade: "Todo homem apenas faz o que deseja e, portanto, age sempre de modo necessário. E a razão está no fato de que ele é já aquilo que quer: porque tudo o que ele faz decorre naturalmente do que é. Se Considerarmos as suas ações de modo objetivo, isto é, exteriormente, deveremos reconhecer que, a par de todo outro ser da natureza, são elas submetidas à mais rigorosa lei de causalidade; de modo subjetivo, ao invés, cada um tem consciência de fazer senão o que quer." (SCHOPENHAUER, 1996, pp. 30-33, 123)

que não interfira nas liberdades individuais e nas escolhas do modo de vida, por mais diferentes que tais escolhas possam parecer.²⁵

O respeito às liberdades individuais é característica do Estado Democrático de Direito, que deve, assim, considerar a pluralidade das escolhas de cada ser humano, garantindo a dignidade humana através dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

A Constituição Federal de 1988, garante em seus Princípios Fundamentais, artigo 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana como um dos seus fundamentos, ao lado da soberania, cidadania, valores sociais do trabalho, livre iniciativa e pluralismo político. O valor da liberdade também está descrito logo no início de nossa Constituição, no artigo 3º, inciso I, que estabelece como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, dentre outros, a construção de uma sociedade, livre, justa e solidária. Além disso, o artigo 5º, em seu caput, garante a todos os brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos à vida, liberdade, segurança e propriedade.²⁶

Nos incisos que seguem o artigo 5º da Constituição Federal, surgem as liberdades em espécie para assegurar a liberdade da manifestação do pensamento, a liberdade de consciência e de crença, a liberdade da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, a liberdade de exercer profissão e a liberdade de locomoção, entre outras.

A ideia de liberdade e dignidade da pessoa humana, direito fundamental inerente a cada indivíduo e de relevância central, está diretamente relacionada ao Estado Democrático de Direito, que é organizado a partir da vontade dos cidadãos, considerando que é deles a origem e o poder do Estado. Portanto, é primordial que o Estado garanta, resguarde e priorize os direitos fundamentais dos indivíduos, cumprindo assim os valores democráticos almejados.

O Estado Democrático de Direito, na contextualização proposta por Canotilho, guarda estreita relação ao Estado Constitucional moderno que possui sua estrutura de autoridade

²⁵ Consideramos importante citar as palavras de Mill ao expressar o risco da tirania da opinião: "Proteção, portanto, contra a tirania da magistratura não é suficiente: é preciso também de proteção contra a tirania da opinião e do sentimento dominantes; contra a tendência da sociedade de impor, por outros meios que não as punições civis, suas próprias ideias e práticas como regras de conduta aos que delas discordem, para agrilhoar o desenvolvimento e, se possível, impedir a formação de qualquer individualidade que não esteja em harmonia com suas maneiras, e obrigar que o caráter de todos seja moldado pelo seu." (MILL, 2018, pp. 13-15)

²⁶ BRASIL, Constituição Federal. Constituição Federal de 1988.

legitimada pelo povo. Portanto, a harmonização entre o direito e o poder, no contexto do Estado Constitucional, implica que o exercício do poder delegado ao Estado deve ser conduzido de forma democrática, alicerçado na vontade e no consentimento dos cidadãos. A soberania popular, princípio do Estado Democrático de Direito, constitui a obrigatoriedade para que o Estado exerça o poder político com foco no bem-estar coletivo, respeitando os direitos e garantias fundamentais de todos os indivíduos.²⁷

Outro aspecto relevante a ser considerado sobre o direito à liberdade, tão bem normatizado na Constituição Federal, é o princípio da legalidade que assegura a existência e permanência do Estado Democrático de Direito, bem como constitui uma garantia alicerçada constitucionalmente para a liberdade. É somente por meio da lei, de acordo com o princípio da legalidade, que a liberdade pode ser limitada. No entanto, mesmo as leis devem estar sujeitas a mecanismos de controle de constitucionalidade para garantir que a liberdade não seja subjugada à vontade das majorias de ocasião.²⁸

Direitos e garantias fundamentais ocupam um espaço ou domínio exclusivo para que os indivíduos exerçam seus direitos, escolham seu modo de vida, tomem suas decisões pessoais e sua participação na sociedade. Autonomia e liberdade surgem, portanto, como pilares para que o indivíduo expresse suas opiniões, vote em seus representantes políticos, escolha ter ou não uma religião, associar-se ou não a organizações sociais, bem como outras ações que não devem ser infringidas por interferência do Estado. Este, por sua vez, que deve ir além, garantindo e protegendo a liberdade dos indivíduos.

²⁷ Canotilho defende que "a ideia de liberdade negativa (liberdade de defesa ou de distanciamento perante o Estado) tem precedência sobre a participação política (liberdade positiva como liberdade assente no exercício democrático do poder), sendo um dos princípios básicos do liberalismo político clássico. As liberdades políticas teriam importância intrínseca menor do que a liberdade pessoal e de consciência." (CANOTILHO, 2003, pp. 97-100)

²⁸ "A ordem jurídico-constitucional, dessa forma, torna-se condição necessária da possibilidade de pleno exercício da liberdade. Portanto, o direito de liberdade garantido pelo art. 5º, caput, deve ser interpretado em conjunto (sistematicamente) com o princípio da legalidade assegurado pelo inciso II do mesmo artigo, que contém a tradicional fórmula garantidora da liberdade: ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. O princípio da legalidade constitui, portanto, uma garantia constitucional de liberdade." (SARLET, VALE, 2018, p. 223)

1.3 Mito da supremacia do direito à vida

O direito à vida é absoluto, com supremacia sobre os demais direitos fundamentais? A jurisprudência frequentemente trata esse direito como se fosse mais importante do que os outros, por considerá-lo pressuposto para a existência desses direitos. Com base nessa argumentação jurisprudencial, devemos caracterizar os demais direitos fundamentais como direitos de segunda categoria? Essas são questões que enfrentaremos nesse tópico.

A Constituição Federal em seu Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais, artigo 5º, caput, estabelece que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", sendo, portanto, o direito à vida mencionado em primeiro lugar, devido à sua importância e singularidade.²⁹

Branco argumenta que o direito à vida é um valor supremo expresso na Constituição Federal, sendo uma premissa que "orienta, informa e dá sentido último a todos os demais direitos fundamentais"³⁰ proclamados pelo constituinte originário. Portanto, conforme a argumentação apresentada por Branco, a existência humana é considerada um pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades dispostos em nosso sistema normativo.

Considerando a inegável importância e inviolabilidade do direito à vida, é adequado o argumento de que esse é um direito de maior relevância e superior aos demais direitos e garantias fundamentais? De forma que, caso o indivíduo recuse tratamento médico-hospitalar que possa resultar em risco à sua vida, risco esse que se limita somente ao indivíduo e não ameaça a sociedade, os direitos fundamentais estabelecidos no artigo 5º - Constituição Federal de 1988, tais como a liberdade (caput), a garantia de que ninguém seja obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei (inciso II) e a inviolabilidade à liberdade de consciência e de crença, devem ser desconsiderados ou reduzidos em sua importância?

A expressão "inviolabilidade do direito à vida", presente artigo 5º da Constituição Federal de 1988, significa proteção contra qualquer agressão ou ameaça de agressão que sejam provenientes de terceiros e que venham a colocar a vida do indivíduo em risco. Porém, é comum

²⁹ BRASIL, Constituição Federal. Constituição Federal de 1988.

³⁰ BRANCO, 2018, pp. 259-260

ocorrer confusão entre o termo inviolabilidade e indisponibilidade. Enquanto a inviolabilidade se refere à proteção contra agressões externas, a indisponibilidade diz respeito à proibição do detentor de um bem de dispor dele, atuando como uma proteção contra o próprio detentor dele.

Apesar de a Constituição Federal de 1988 consagrar a inviolabilidade do direito à vida, não se pode pressupor que este seja um direito absoluto e imune a quaisquer interferências legítimas previstas nas normas jurídicas constitucionalmente válidas.

Sarlet assevera que, diferente do que ocorreu na Alemanha, que estabeleceu em sua Lei Fundamental uma expressa reserva legal em relação ao direito à vida, a Constituição Federal brasileira admite situações que afetam tal direito:

“A Constituição Federal assegurou uma proteção aparentemente mais forte ao direito à vida, o que, todavia, não procede, visto que bastaria apontar para a exceção, prevista na própria Constituição, de que, em caso de guerra declarada, nos casos regulamentados pela **legislação infraconstitucional**, cabível a aplicação da pena de morte. (Grifo nosso)

Da mesma forma, a mera previsão, ainda que de modo limitado, de hipóteses legais admitindo a interrupção da gravidez igualmente demonstra que a ordem jurídica reconhece situações nas quais a supressão da vida de um ser humano (sem prejuízo, no caso da interrupção da gravidez, da discussão sobre a existência de um direito à vida e mesmo de um dever objetivo de proteção da vida nesta fase) é pelo menos tolerada, no sentido de não implicar sanção, o mesmo ocorrendo nos casos de legítima defesa, exercício regular de um direito etc., em que a ilicitude do ato de matar é afastada.”³¹

No que diz respeito à questão de se existe superioridade entre os direitos fundamentais ou se algum deles é absoluto, o constituinte brasileiro, ao elencar os direitos fundamentais no texto constitucional, não os colocou de forma diferenciada, demonstrando, que não existe superioridade entre eles. Na verdade, todos são proclamados em um único texto, evidenciando, desse modo, sua equivalência normativa. Assim, o legislador ordinário deve respeitar a supremacia constitucional relativa aos direitos fundamentais, e a doutrina jurídica deve abordá-los como um conjunto, tratando-os como relativos e buscando a adequada proteção.³²

³¹ SARLET, 2019, pp. 423-424.

³² A tentativa de ignorar a primazia dos direitos fundamentais pode resultar em poderes exacerbados ao legislador ordinário. Nesse sentido, citamos as palavras de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins: "Sua consequência é colocar os direitos fundamentais à disposição do legislador ordinário, vale dizer à sua boa vontade política, que, segundo elas, como aludido, deve concretizá-los livremente, estabelecendo suas condições de exercício e demais limitações. Pode-se dizer, portanto, do ponto de vista estritamente dogmático, que tais posturas tornam ineficaz o vínculo do legislador ordinário aos direitos fundamentais". (DIMOULIS, 2018, pp. 16-17)

Abboud enfatiza a inexistência de direitos fundamentais absolutos, seu status de supremacia de que devem dispor e a necessidade de restringir alguns desses para a efetivação dos demais, ao pronunciar as seguintes palavras:

“No plano constitucional e teórico, é incontestável o status de supremacia de que devem usufruir os direitos fundamentais. Todavia, ainda hoje, eles carecem de efetiva concretização. Da mesma forma, não obstante importância que esses direitos possuem, do ponto de vista prático, eles não podem ser considerados absolutos per se. Em outros termos, a própria efetivação desses direitos, em diversas oportunidades, demanda a realização de restrições a eles.”³³

A relatividade ou limitação dos direitos fundamentais não pode ser aplicada indiscriminadamente; a proporcionalidade e a razoabilidade devem ser consideradas para garantir que a restrição de um direito fundamental seja adequada e necessária. Caso contrário, corre-se o risco de uma restrição inadequada ou desnecessária do direito fundamental afetado.

No entanto, mesmo com o entendimento de que não há superioridade entre os direitos fundamentais, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 130/DF, o Supremo Tribunal Federal - STF, pelo voto do Relator, Ministro Carlos Britto, introduziu a expressão “sobredireito”, termo usado no sentido de um direito superior aos demais, para a liberdade de imprensa, um direito fundamental assegurado pelo artigo 5º, inciso IX, da Constituição Federal. Essa expressão foi utilizada em relação à ponderação entre a liberdade de imprensa e a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem da pessoa, também direitos fundamentais, assegurados no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal.³⁴

Apesar do uso da expressão "sobredireito", utilizada pelo Ministro Carlos Britto, na Constituição Federal não há uma ordem de prioridades entre os valores fundamentais, seja por sua disposição no texto ou por sua antiguidade na história humana.

Uma tentativa de hierarquizar os direitos fundamentais não encontra amparo constitucional; apenas por meio de preferências subjetivas seria possível justificar que um determinado direito fundamental é superior aos outros. Nesse sentido, Dimoulis apresenta o entendimento de que não há de se fazer uma distinção entre direitos fundamentais garantidos na

³³ ABBOUD, 2023, p. 108.

³⁴ "Os direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa são bens de personalidade que se qualificam como sobredireitos. Daí que, no limite, as relações de imprensa e as relações de intimidade e vida privada, imagem e honra são de mútua exclusão, no sentido de que as primeiras se antecipam, no tempo, às segundas; ou seja, antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado." BRASIL, Supremo Tribunal Federal - STF. ADPF 130/DF. (pp. 4-5)

Constituição e direitos “superfundamentais”, também garantidos na Constituição, “mas resguardados contra reformas constitucionais por constituírem parte das chamadas cláusulas pétreas”.³⁵

Tomando como exemplo o direito fundamental à vida, considerado costumeiramente o mais valioso, mesmo este pode ser relativizado, pois o artigo 5º, inciso XLVII, da Constituição Federal, estabelece que a pena de morte poderá ocorrer em caso de guerra declarada, certamente em prol de interesses coletivos. Além disso, a legislação ordinária admite, em determinadas situações, o aborto e, de forma geral, a exclusão de ilicitude do agente que tira a vida de outro indivíduo em legítima defesa, artigo 128, incisos I e II, e artigo 23, incisos I, II e III, Código Penal, respectivamente.³⁶

Quando surge um aparente conflito entre direitos fundamentais, como o direito fundamental à vida e o direito fundamental à liberdade, é necessário recorrer à técnica da ponderação e da proporcionalidade para solucionar tais situações. Conforme Alexy, numa situação de colisão a máxima da proporcionalidade deve ser observada “com suas três máximas parciais: i) a adequação; ii) a necessidade (mandamento menos gravoso); e iii) a proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito)”.³⁷ Isso é especialmente relevante em casos em que a recusa de tratamento terapêutico está envolvida, pois tais situações podem ser solucionadas pela técnica da ponderação que sempre leva em conta a dignidade da pessoa humana por ser considerada um valioso parâmetro de avaliação.

Barroso argumenta que a interpretação constitucional de situações envolvendo supostos conflitos entre direitos fundamentais deve sempre considerar a dignidade da pessoa humana. Ele sustenta que este princípio foi estabelecido na Constituição Federal de 1988 como um parâmetro fundamental que norteia sua interpretação e aplicação:

“Três observações finais relevantes. A primeira: a dignidade da pessoa humana é parte do conteúdo dos direitos materialmente fundamentais, mas não se confunde com qualquer deles. Nem tampouco é a dignidade um direito fundamental em si, ponderável com os

³⁵ “Mas essa distinção não é plausível no âmbito da dogmática dos direitos fundamentais, pois supõe a existência de uma hierarquia entre direitos fundamentais de acordo com sua reformabilidade, sugerindo que, em caso de incompatibilidade, os não reformáveis teriam certa prevaência. Tal entendimento não corresponde à vontade do constituinte que atribuiu o mesmo valor jurídico a todos os direitos fundamentais.” (DIMOULIS, 2018, pp. 54-55)

³⁶ DIMOULIS, 2018, pp. 258-259.

³⁷ ALEXY, 2008, pp. 116-117.

demais. Justamente ao contrário, ela é o parâmetro da ponderação, em caso de concorrência entre direitos fundamentais. Em segundo lugar, embora seja qualificada como um valor ou princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana não tem caráter absoluto. É certo que ela deverá ter precedência na maior parte das situações em que entre em rota de colisão com outros princípios, mas, em determinados contextos, aspectos especialmente relevantes da dignidade poderão ser sacrificados em prol de outros valores individuais ou sociais, como na pena de prisão, na expulsão do estrangeiro ou na proibição de certas forma de expressão. Uma última anotação: a dignidade da pessoa humana, conforme assinalado acima, se aplica tanto nas relações entre indivíduos e Estado como nas relações privadas."³⁸

O direito à vida é prioritário, porém não é absoluto. Ele envolve tanto o direito de não ter a vida tirada quanto o dever de promover condições adequadas de vida. Esse direito abrange não apenas a existência física, mas também a consciência e a dignidade.³⁹ Tanto a perspectiva individual, que destaca a autonomia do indivíduo para determinar sua própria vida, quanto a perspectiva coletiva, que reconhece a importância das vidas para a sociedade, devem ser consideradas ao entender o significado dos direitos à vida e à integridade.

Mesmo considerando o direito à vida como um pré-requisito para que o indivíduo possa desfrutar dos outros direitos fundamentais, no contexto dos cuidados em saúde, é importante notar que, embora o Estado tenha a obrigação de proteger a vida, essa responsabilidade envolve a proteção para impedir que terceiros atentem contra a vida das pessoas. Não seria apropriado estender essa a obrigação do Estado de proteger a vida ao ponto de negar ao paciente o direito de fazer suas próprias escolhas em relação ao tratamento médico que irá aceitar ou recusar, permitindo-lhe assim escolher como deseja conduzir sua vida e alcançar seus ideais existenciais.⁴⁰

Como podemos considerar o direito fundamental à vida como um "sobredireito" ou um direito absoluto e superior aos demais direitos fundamentais quando a Constituição e a legislação ordinária podem relativizar tal direito em prol de interesses da sociedade?

Os direitos fundamentais têm um caráter subjetivo, o que leva a diversas controvérsias sobre se o direito fundamental à vida também pode ser considerado um direito negativo no sentido de que o indivíduo teria o direito de não continuar a viver. Relacionado a essa questão, Dimoulis argumenta que a violação do direito fundamental à vida, quanto à sua possibilidade de

³⁸ BARROSO, 2010a, p. 14.

³⁹ ROTHENBURG, 2023, p 209.

⁴⁰ PARANHOS. ALBUQUERQUE. 2019, p. 91.

ser um direito negativo, ”configura também a violação do princípio da dignidade da pessoa humana, porque não considera o sujeito de direito como pessoa, tratando-o como mero objeto”. Ignorar, assim, a forma como cada indivíduo deseja conduzir sua vida, com base em tradicionais e metafísicas concepções de como deve ser a vida e o mundo, seria corromper o fundamento estabelecido na Constituição. ⁴¹

A consideração acima sobre a violação da forma como cada pessoa deseja conduzir sua própria vida nos leva à questão objeto desta pesquisa, que é a recusa de tratamento médico por meio da autonomia de consentimento do paciente. O grupo de pessoas que mais se envolvem nessa controvérsia são as Testemunhas de Jeová, por sua conhecida recusa de tratamento médico com o uso do sangue, quando argumentam que estão no usufruto de seu direito fundamental de liberdade religiosa e crença, sem afetar, assim, a terceiros.

As Testemunhas de Jeová acreditam, com base nos ensinamentos religiosos que recebem, que seus membros devem abster-se do sangue animal ou humano, não aceitando sua ingestão, como alimento, ou a transfusão sanguínea, quer sejam glóbulos vermelhos, glóbulos brancos, plaquetas e plasma, como meio terapêutico. Quando precisam de internação em hospitais ou santas casas apresentam uma Diretiva Antecipada de Vontade na qual registram sua vontade livre e autônoma de recusa de tratamento terapêutico com o uso do sangue. No entanto, aceitam todos os demais tratamentos oferecidos, numa demonstração de que desejam viver e de que, quando procuram hospitais e santas casas, estão em busca de recuperação de sua saúde.

Tal situação, frequente e amplamente divulgada, gera litígios que chegam aos tribunais para que decidam se o direito à vida é superior ao direito à liberdade de escolha, liberdade de consciência e liberdade de crença. Apesar de as Testemunhas de Jeová serem uma religião relativamente nova, suas crenças devem ser respeitadas, mesmo que não sejam comuns e aceitáveis para a maioria das pessoas.

Ommati argumenta que as Testemunhas de Jeová têm o direito a recusar a transfusão de sangue ou qualquer outro tratamento terapêutico que envolva o uso de sangue e seus derivados, pois, nessa perspectiva, serem obrigadas a receber tal tratamento degradaria a própria vida. Não

⁴¹ DIMOULIS, 2018, pp. 164-165.

cabe, assim, uma discussão sobre se o direito fundamental à vida é superior à liberdade religiosa, "pois o direito à vida deve ser entendido como o direito a uma vida digna".⁴²

Existem diferentes posicionamentos quanto à esta questão. Flávio Tartuce, por exemplo, não admite a flexibilização do direito à vida em nenhuma circunstância, entendendo que os médicos devem realizar o procedimento terapêutico, mesmo que o paciente, por motivos religiosos, o tenha recusado de forma clara e objetiva. Em outra posição doutrinária, Anderson Schreiber defende o direito à recusa do tratamento médico por recusa religiosa, pois considera que "o direito a uma vida digna pressuporia também o direito a uma morte digna, o que abrange a morte decorrente do exercício de outro direito fundamental, como a liberdade religiosa".⁴³

Parece haver um estigma preconceituoso relacionado ao grupo religioso Testemunhas de Jeová por parte de algumas pessoas que têm opiniões divergentes, especialmente relacionadas à autonomia privada e ao direito de consentir em tratamentos terapêuticos ou hospitalares. Essas pessoas muitas vezes consideram seu próprio ponto de vista como o correto e o superior, e esperam que os membros das Testemunhas de Jeová abandonem suas escolhas e passem a ser iluminados por visões que consideram a maneira ideal de viver. O termo "iluminados" é utilizado aqui para destacar essa crença, insinuando que quem possui essa visão acredita que suas próprias escolhas são as melhores e que todos deveriam seguir o mesmo caminho para melhor viver.

O direito fundamental à vida pode ser considerado um "sobredireito"? O direito fundamental à vida é absoluto e não pode ser relativizado? Certamente, a resposta a essas duas perguntas é negativa, pois o direito fundamental à vida não pode ser considerado um "sobredireito, e tampouco é absoluto e imune à relativização. A ideia de que o direito fundamental à vida possui uma supremacia sobre os demais direitos fundamentais é um equívoco, muitas vezes utilizado como uma justificativa semântica para que juízes decidam com

⁴² OMMATI, 2021, pp. 92-93.

⁴³ Citamos a argumentação apresentada por Anderson Schreiber: "Intolerável, portanto, que uma Testemunha de Jeová seja compelida, contra sua livre manifestação de vontade, a receber transfusão de sangue, com base na pretensa superioridade do direito à vida sobre a sua liberdade de crença. Note-se que a priorização da vida representa, ela própria, uma 'crença', já que não encontra amparo em nossa Constituição, refletindo, muitas vezes, convicções científicas e religiosas da comunidade médica, em detrimento das convicções do próprio paciente." (OLIVEIRA, 2023, pp. 10-11.)

base em suas convicções pessoais limitando a autonomia privada e atingindo a dignidade humana de terceiros.

2. BIOÉTICA

A bioética surge da necessidade imposta pelo avanço tecnológico que nossa sociedade alcançou, de forma a garantir uma relação adequada entre a biotecnologia e a vida, considerando, ainda as questões sociais, religiosas, ideológicas, morais e científicas, estabelecendo, assim, uma relação entre o conhecimento biológico e o sistema de valores do ser humano. As complexas relações humanas sobre como cada ser humano deseja viver em busca de sua felicidade pessoal têm sido alvo de reflexões da bioética ao considerar seus princípios da autonomia, da beneficência e da justiça.

A expressão “bioética” é elaborada como resposta à insensibilidade com a vida humana que o mundo testemunhou no último século. Conforme afirmações de Fürst, a bioética é uma reação aos horrores do Holocausto promovido pelo III Reich alemão e também é uma resposta ao "desenvolvimento biotecnológico irrefletido e instrumentalizado inadequadamente por ideologias como forma de sobrevivência de todas as espécies”.⁴⁴

Neste capítulo, abordaremos a relação entre a bioética e a autonomia privada, bem como a conexão entre a bioética e a autonomia de consentimento. Além disso, discutiremos a relevância da bioética em relação à necessidade de conformidade constitucional das decisões judiciais.

2.1 Bioética e a autonomia privada

O direito à vida e à dignidade da pessoa humana são valores que dificilmente alguém abandonaria. A recusa ou a aceitação de tratamento médico hospitalar, conforme expressa pelo paciente, está intrinsecamente relacionada a questões bioéticas. Nesse contexto, os princípios fundamentais a serem respeitados incluem o bem-estar do paciente - a beneficência -, a

⁴⁴ Para ilustrar a falta de sensibilidade em relação à vida humana promovida durante o Nazismo, Henderson Fürst cita o poema intitulado “Falta de Humor” escrito por Erich Fried, judeu austríaco perseguido pelo Nazismo. Este poema expressa com um tom profundamente crítico os horrores da perda de sensibilidade do Nazismo: “Falta de humor. Os moleques jogam de brincadeira pedras nos sapos. Os sapos morrem de verdade.” (FÜRST, 2023, pp. 88-92)

equitativa distribuição de recursos e tratamentos - a justiça - e a consideração respeitosa à autonomia privada ou ao arbítrio do indivíduo.

Os princípios bioéticos foram estabelecidos, com maior clareza, no *Belmont Report*, documento elaborado na década de 1970 por uma Comissão criada nos EUA para servir como órgão consultivo ao Congresso e à Presidência norte-americana, com o objetivo de definir as normas e políticas públicas que envolvam bioética e saúde. Tal Comissão, que recebeu o nome *The Presidential Commission for the Study of Bioethical Issues*, teve a participação do professor e filósofo Tom Beauchamp, que à época escrevia com seu colega James Childress o livro *Princípios da Ética Biomédica*.⁴⁵

A garantia de que qualquer intervenção médica seja conduzida pelo princípio da beneficência, visando ao melhor interesse e cuidado do paciente, é o que se espera quando qualquer indivíduo busca tratamento junto aos médicos e hospitais. Além disso, a justiça desempenha um papel fundamental ao assegurar que os tratamentos sejam distribuídos de forma igualitária e sem nenhum tipo de discriminação. Devemos acrescentar, ainda, à justiça e à beneficência o respeito à autonomia da vontade do paciente, permitindo que a pessoa tome decisões informadas e autônomas sobre seu tratamento, respeitando seus valores, preferências e crenças.⁴⁶

A Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, aprovada em 19 de outubro de 2005 na 33ª Sessão da Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura - UNESCO, estabeleceu princípios que devem orientar pesquisadores, médicos e membros dos serviços de saúde para que, de forma ética, respeitem os direitos humanos e a dignidade da pessoa humana.

Apesar da imperativa necessidade de que o Brasil, representado por seus estados, Distrito Federal e municípios, invista na proteção humana, especialmente daqueles mais vulneráveis, os

⁴⁵ DIMOULIS, 2018, pp. 16-17.

⁴⁶ O *Belmont Report* retrata os princípios da Bioética, porém Fürst esclarece seu referencial teórico prévio nas seguintes palavras: "Formulação principialista na Bioética não ocorreu pioneiramente no *Belmont Report*, mas teve inspiração em referencial teórico prévio, conforme Childress demonstra. Todavia, é com ele que ganha dimensão e forma corpo doutrinário. Ou seja, embora o neologismo Bioética tenha nascido com profunda significância, não tinha corpo de doutrina propriamente estabelecido, o que possibilitou que os princípios do *Belmont Report* fossem fácil e rapidamente adotados como princípios da própria Bioética. Os princípios fundamentais indicados pelo Belmont Report foram: (1) respeito pelas pessoas; (2) beneficência; e (3) justiça." (FÜRST, 2023, pp. 107-108)

preceitos estabelecidos na Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos ingressam no direito brasileiro, por se tratar de uma declaração, como um documento não vinculante, mas que estabelece princípios relevantes que devem ser observados.

Na mesma data de aprovação da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, 191 países membros da UNESCO, incluindo o Brasil, confirmaram de forma unânime o texto final produzido por consenso, tornando-se, dessa forma, signatários da Declaração e assumindo o compromisso com os seguintes princípios éticos: 1. Dignidade Humana e Direitos Humanos (Art. 3º); 2. Benefício e Dano (Art. 4º); 3. Autonomia e Responsabilidade Individual (Art. 5º); 4. Consentimento (Art. 6º); 5. Indivíduos sem a Capacidade para Consentir (Art. 7º); 6. Respeito pela Vulnerabilidade Humana e pela Integridade Individual (Art. 8º); 7. Privacidade e Confidencialidade (Art. 9º); 8. Igualdade, Justiça e Equidade (Art. 10); 9. Não-Discriminação e Não-Estigmatização (Art. 11); 10. Respeito pela Diversidade Cultural e pelo Pluralismo (Art. 12); 11. Solidariedade e Cooperação (Art. 13); 12. Responsabilidade Social e Saúde (Art. 14); 13. Compartilhamento de Benefícios (Art. 15); 14. Proteção das Gerações Futuras (Art. 16); 15. Proteção do Meio Ambiente, da Biosfera e da Biodiversidade (Art. 17).⁴⁷

Nesse contexto, a autonomia privada refere-se à capacidade de cada indivíduo estabelecer as próprias regras de como deseja viver, decidindo seus interesses e quais relações irá admitir em sua vida. É importante considerar a vontade do indivíduo, desde que esta não entre em conflito com a heteronomia, ou seja, com a submissão às normas e leis estabelecidas. Nesse sentido, a vontade expressa na autonomia deve ser respeitada, desde que esteja em conformidade com os princípios éticos e legais.⁴⁸

⁴⁷ GARRAFA, 2010, pp. 150-151.

⁴⁸ A argumentação apresentada por Marchi e Sztajn sobre autonomia e heteronomia destaca a importância de considerar a vontade do indivíduo e como outros devem respeitar essa vontade. "Autonomia em saúde é o poder que tem o usuário de decidir que profissional escolher para atendê-lo, que tratamento aceita ou admite, seja por razão de credo ou não, determinando os seus interesses, que exerce de forma independente. Funda-se no respeito à pessoa humana, à individualidade, implicando no direito à escolha, à manifestação de vontade. Se a escolha de cada pessoa é decorrente do exercício de sua autonomia, uma pessoa não tem o direito de impor sua vontade a outrem." (MARCHI e SZTAJN, 1998 pp. 39-45)

2.2 Bioética e a autonomia de consentir do paciente

A relação entre o médico e o paciente exige o abandono do chamado paternalismo médico, em que as decisões do médico eram inquestionáveis e consideradas sempre as mais apropriadas. Atualmente, os médicos devem esclarecer ao paciente quais são as melhores formas de tratamento médico e terapêutico, para que, de forma compartilhada, decidam qual melhor caminho a ser seguido. A decisão, distante do paternalismo médico, que não é mais aceitável, deve ser do paciente, que tem o direito de consentir ou não sobre o que deseja para si em termos de cuidados médicos.

Essa previsão, expressa no artigo 6º da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, sob o tema "Consentimento", deixa clara a importância de se buscar uma construção compartilhada entre médico e paciente, de forma a respeitar a autonomia do paciente em consentir.

Dentre os princípios elencados na Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, citamos de forma direta os previstos nos seguintes artigos:

"Artigo 5 – Autonomia e Responsabilidade Individual - Deve ser respeitada a autonomia dos indivíduos para tomar decisões, quando possam ser responsáveis por essas decisões e respeitem a autonomia dos demais. Devem ser tomadas medidas especiais para proteger direitos e interesses dos indivíduos não capazes de exercer autonomia.

Artigo 6 – Consentimento a) Qualquer intervenção médica preventiva, diagnóstica e terapêutica só deve ser realizada com o consentimento prévio, livre e esclarecido do indivíduo envolvido, baseado em informação adequada. O consentimento deve, quando apropriado, ser manifesto e poder ser retirado pelo indivíduo envolvido a qualquer momento e por qualquer razão, sem acarretar desvantagem ou preconceito." ⁴⁹

A autonomia de consentir é mencionada pela UNESCO de forma objetiva como princípio a ser observado, permitindo que os indivíduos tenham o poder de decidir o que aceitam e o que recusam em termos de tratamento médico, sem caber preconceito ou desrespeito em relação a essa decisão.

Apesar da incontestável importância dos princípios estabelecidos por Beauchamp e Childress que valorizam a autonomia, beneficência, não maleficência, justiça e a liberdade de escolha do paciente, é preciso registrar, adicionalmente, que o abandono de uma perspectiva paternalista por parte da equipe médica é fundamental para a bioética. O princípio da autonomia

⁴⁹ Organizações das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (Unesco). Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos. (p. 6)

está diretamente ligado a essa importante questão que envolve a bioética do consentimento, pois valoriza a capacidade que o indivíduo tem de decidir o que é melhor para si.⁵⁰

Autonomia de consentir nos remete à ideia de liberdade que todo ser humano tem de aceitar ou recusar determinado tratamento médico. Esse conceito relaciona-se diretamente à dignidade da pessoa humana, colocando a autonomia de consentimento em primeiro lugar na relação médico e paciente, de forma a dar validade à intervenção terapêutica. Corroborando com essa argumentação, Barroso, apresenta as seguintes palavras:

“A autonomia é o elemento ético da dignidade humana. É o fundamento do livre arbítrio dos indivíduos, que lhes permite buscar, da sua própria maneira, o ideal de viver bem e de ter uma vida boa. A noção central aqui é a de autodeterminação: uma pessoa autônoma define as regras que vão reger a sua vida.”⁵¹

Autonomia, portanto, é uma faceta da dignidade humana, permitindo que os indivíduos escolham como desejam conduzir suas vidas. Cada pessoa busca viver bem e alcançar uma vida satisfatória de acordo com seus próprios padrões. No entanto, essa liberdade deve respeitar os limites que garantem a autonomia de outras pessoas.

Albuquerque e Garrafa argumentam e consideram a importância da autonomia de consentir do paciente. Porém, deixa claro que, para que essa autonomia de consentir tenha efeito e entre no campo da validade, é necessária a observação dos seguintes requisitos: “1) O paciente ser informado; 2) entender a informação; 3) agir por vontade própria ao concordar em assinar o termo de consentimento informado; 4) ter competência legal para concordar; 5) autorizar o procedimento.”⁵²

Num contexto mais amplo, pode-se afirmar que a tolerância deve ser adotada na bioética, pois nos levará a aceitar o que os outros pensam, suas opções éticas, suas escolhas sobre como conduzir suas vidas e até mesmo sua recusa a tratamento médico. Isso efetivará, ou tornará

⁵⁰ “A expressão do princípio da autonomia na prática biomédica é conhecida como consentimento informado, que consiste no pleno conhecimento, por parte do indivíduo, das possibilidades terapêuticas, de modo que possa optar, de maneira livre e esclarecida, pela que melhor lhe aprouver. Consentimento implica extensão da autonomia, pois compreende tanto a obrigação do pesquisador/profissional de informar o sujeito de maneira adequada quanto o efetivo entendimento e assentimento do paciente/sujeito da atenção ou da pesquisa. Já é consagrada, nos meios científicos, a premissa de que o consentimento informado tem como principal função e justificativa a proteção da escolha individual e autônoma.” (ALBUQUERQUE e GARRAFA, 2016, p. 453)

⁵¹ BARROSO, 2013, p. 81.

⁵² ALBUQUERQUE e GARRAFA, 2016, p. 455.

possível, que cada um viva da maneira que lhe proporciona melhor autonomia e felicidade. A promoção da tolerância na bioética é fundamental para a construção de uma sociedade mais inclusiva e respeitosa, em que a diversidade de perspectivas éticas seja valorizada.

Geralmente concordamos que adultos capazes e em pleno uso de sua consciência tem a competência para exercer sua autonomia, tomando decisões sobre o que acham importante para conduzir suas vidas.⁵³ Acreditamos que é mais benéfico a longo prazo, é sempre preferível reconhecer e respeitar o direito à autonomia, em vez de acharmos que temos o direito de interferir na vida de outras pessoas sempre que acreditarmos que cometeram erros em suas escolhas.

Considerar as pessoas como fins em si mesmas, e não como meios que atendem aos nossos objetivos, conforme expresso pela teoria kantiana, envolve o respeito à dignidade da pessoa humana, pois respeita o modo individualizado que cada ser humano escolhe para viver, o que opta por fazer e, também, o que não aceita fazer.⁵⁴

Nesse sentido, a ideia de aceitação da vontade do paciente, ainda que se discorde dessa opção terapêutica, é um aspecto não apenas da Bioética, mas também do Biodireito, como expressão do fundamento constitucional da dignidade humana.

2.3 Bioética e a necessidade de constitucionalidade das decisões judiciais

O critério relevante na utilização dos princípios bioéticos é que eles estejam em consonância com a Constituição. Portanto, quando esses princípios são utilizados para auxiliar na resolução de casos específicos, é necessário que estejam em conformidade com o texto constitucional. O ordenamento jurídico requer integridade e coerência, a fim de assegurar a

⁵³ Dworkin exemplifica essa questão da seguinte forma: "Os adultos competentes são livres para fazer maus investimentos, desde que os outros não os enganem nem lhes soneguem informações, e os fumantes podem fumar em recintos privados, ainda que a propaganda de cigarros deva adverti-los sobre os riscos de seu hábito. Nos contextos médicos, essa autonomia está frequentemente em jogo. **Por exemplo, uma testemunha de Jeová pode recusar a receber uma transfusão de sangue necessária para salvar-lhe a vida, pois as transfusões ofendem suas convicções religiosas. Um paciente cuja vida só pode ser salva se suas pernas forem amputadas, mas que prefere morrer logo a viver sem as pernas, pode recusar-se a fazer a operação.**" (Grifo nosso) (DWORKIN, 2009, pp. 315-317)

⁵⁴ "Kant argumentou que o respeito à autonomia origina-se do reconhecimento de que todas as pessoas têm valor incondicional, e de que todas têm capacidade para determinar o próprio destino. Violar a autonomia de uma pessoa é tratá-la meramente como um meio, de acordo com os objetivos de outros, sem levar em conta os objetivos da própria pessoa." (BEUACHAMP, 2002, p. 143)

segurança jurídica e a justiça. Dessa forma o suporte normativo para a resolução de litígios deve estar subordinado e em conformidade com a Constituição, sob o risco de não ser aceitável.⁵⁵

Portanto, qualquer resposta a uma resolução de litígios que não esteja em consonância com a Constituição ou que não demonstre de forma clara que seu fundamento é constitucional não deve ser considerada no mundo jurídico, pois tal resposta desrespeita a Lei Maior, a qual orienta todo o ordenamento jurídico. A utilização de respostas em dissonância com a Constituição, representaria uma inovação jurídica arbitrária e discricionária, devendo ser rejeitada.

Fürst leciona que respostas que envolvam a judicialização da bioética devem possuir as seguintes características:

- "1) respeite a Constituição;
- 2) estabeleça o estado do conhecimento científico sobre o objeto sobre o qual se decide;
- 3) possibilite a revisão pela defasagem da base de conhecimento sobre o qual se decidiu com um novo estágio de desenvolvimento do conhecimento científico acerca do objeto; e
- 4) permita que representantes da comunidade científica e da sociedade civil participem da construção da decisão para tanto ajustar a interpretação do complexo suporte fático quanto a interpretação e aplicação do suporte normativo dessa complexidade."⁵⁶

Assim, a adequação constitucional deve ser um requisito das decisões judiciais, especialmente em questões que envolvam a bioética, para que sejam validadas e estejam em consonância com o ordenamento jurídico.

3. ARTIGO 15 DO CÓDIGO CIVIL - AJUSTES NECESSÁRIOS

Por vezes, nos deparamos com argumentos na legislação ordinária que perpetuam a ideia de um paternalismo médico, situação em que o médico, sem a anuência ou conhecimento do paciente, decide sobre o melhor tratamento médico-hospitalar que ele considera adequado. Podemos constatar tal situação no artigo 15 do Código Civil: "Ninguém pode ser constrangido a

⁵⁵ Henderson Fürst, esclarece com precisão a necessidade da harmonia entre os princípios bioéticos e a Constituição ao expressar que: "se ocorrer algum conflito da forma de interpretação e aplicação de um princípio da bioética com algum princípio constitucional, é preciso que se comprove tanto (1) o fundamento constitucional que tal princípio bioético tomado como suporte normativo possui, quanto (2) se é o caso de aparente conflito de normas, ou ainda (3) se é o caso de inconstitucionalidade na inclusão do referido princípio dentro do suporte normativo para o caso apresentado." (FÜRST, 2023, p. 229-230)

⁵⁶ FÜRST, 2019, p. 161-162.

submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica."⁵⁷ A leitura e interpretação a contrario *sensu* deste artigo nos leva a entender que, se não houver risco de vida, a pessoa pode ser constrangida a submeter-se a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

Ribeiro argumenta que o entendimento ou a interpretação do artigo 15 do Código Civil, em consonância com os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, deveria ser: "ninguém, nem com risco de vida, será constrangido a tratamento ou a intervenção cirúrgica".⁵⁸

Ao comparar o Código Civil, especificamente o artigo 15, com o Estatuto do Idoso ⁵⁹, que em seu artigo 17 assegura à pessoa idosa no pleno domínio de suas faculdades mentais o direito de optar pelo tratamento de saúde que lhe for reputado mais favorável, Ribeiro reforça sua argumentação ao afirmar que:

"A leitura do Código Civil e do Estatuto do Idoso, com base nesse entendimento, leva à conclusão de que ninguém será submetido a tratamento médico ou intervenção cirúrgica sem o seu consentimento, após as devidas explicações sobre a natureza e as consequências do procedimento, **nem mesmo quando ocorrer iminente risco de morte**, salvo se o paciente não puder externar o seu consentimento ou não houver tempo hábil para consultar sua família ou o seu representante legal. ⁶⁰(Grifo nosso)

Frequentemente, o artigo 15 do Código Civil tem sido interpretado com base no argumento da supremacia do direito fundamental à vida (artigo 5º, Caput, CF) sobre o direito de não ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (artigo 5º, inciso III, CF), bem como sobre o direito inviolável à liberdade de consciência e de crença (artigo 5º, inciso VI, CF). Essa interpretação, atribuída ao artigo 15 do Código Civil, desconsidera a compreensão jurídica quanto à inexistência de uma hierarquia entre direitos fundamentais, sendo que a ponderação sobre a capacidade, a lucidez e a inegável demonstração de vontade do

⁵⁷ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)

⁵⁸ Permitimo-nos transcrever na íntegra a argumentação apresentada por Diaulas Ribeiro: "A nossa legislação já contempla o respeito à autonomia do paciente. Mas o Novo Código Civil brasileiro, com suas três décadas de gestação, ainda usa expressões paternalistas, demonstrando que não foi assimilado o neologismo. Confira-se o art. 13, que diz: salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. Não existe mais exigência médica. A autonomia deu lugar à indicação, à recomendação, à prescrição, afastando a exigência, a ordem. No art. 15, ocorreu o mesmo: "ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica", permitindo-se concluir que há obrigação de aceitar tratamento ou cirurgia sem risco de vida, o que seria, hoje, um contra-senso ético e jurídico. A leitura desse artigo, conforme a Constituição, deve ser: 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." (RIBEIRO, 2006, p. 1750)

⁵⁹ BRASIL. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso)

⁶⁰ RIBEIRO, 2010, p. 214.

paciente quanto a recusar ou não determinado tratamento terapêutico, seria o caminho mais apropriado, sempre considerando o caso concreto.

Quanto à liberdade de aceitar ou recusar tratamento, é importante considerar se é adequado utilizar o artigo 15 do Código Civil como argumento para obrigar o paciente a se sujeitar a tal tratamento. Essa abordagem nos remete a ponderar se é correta a utilização de uma norma hierarquicamente inferior à Constituição para impedir o exercício de um direito fundamental constitucionalmente estabelecido, ou mesmo para interpretar dispositivos constitucionais, gerando uma inadequada compreensão do que foi estabelecido na Constituição à luz das leis.⁶¹

Canotilho ensina que a Constituição possui um valor especial em relação às demais leis, pois seu procedimento de criação lhe proporciona um “brilho autónomo”. Essa distinção a diferencia de outros atos normativos, caracterizando-a pela sua “posição hierárquico-normativa superior relativamente às outras normas do ordenamento jurídico”.⁶²

No caso das Testemunhas de Jeová, situação conhecida e que recorrentemente chega aos tribunais, o artigo 15 do Código Civil frequentemente tem sido combinado com a ideia, da qual discordamos, de que a vida é um direito fundamental absoluto e superior, de forma a decidir pela prevalência da obrigação do paciente ser tratado com sangue e seus derivados, apesar de sua recusa. Importante ressaltar que a postura das Testemunhas de Jeová não é contra a vida, pois elas buscam hospitais, médicos e aceitam qualquer outro tratamento indicado pelos médicos, com a exceção do uso do sangue.

Considerando que a recusa terapêutica com a utilização do sangue faz parte da crença religiosa desse grupo de significativa expressão numérica na sociedade, e que se trata do modelo de vida que escolheram para atingir seu ideal de bem viver, tal decisão deve ser respeitada por médicos e pelo Estado. Não é responsabilidade do Estado ou das demais pessoas imporem um padrão de conduta e modo de vida ideal a que todos devem estar subordinados, sob pena de violação à dignidade humana e da criação de uma indevida hierarquia entre direitos fundamentais.

⁶¹ DIMOULIS, 2018, pp. 154.

⁶² CANOTILHO, 2003, p. 1147.

Sobre essa questão, aliás, Teixeira afirma que "se for o caso da renúncia à vida em prol da liberdade religiosa, é essa a escolha que deve prevalecer".⁶³

No entanto, é importante ressaltar que, em situações que afetem a sociedade e nas quais a recusa terapêutica pode representar um risco não apenas para o indivíduo em questão, mas também para outras pessoas, a imposição do tratamento, mesmo contra a vontade do indivíduo, visa a proteger os interesses coletivos, resguardando, assim, a comunidade. Isso nos parece ser adequado, uma vez que as escolhas individuais, no exercício da liberdade, não devem impor danos a terceiros que não tenham consentido. Ao contrário da recusa ao tratamento, em que o paciente recebe orientações médicas com as quais decide se vai aceitar ou não o tratamento proposto, a recusa a medidas profiláticas por meio de vacinas, por exemplo, frequentemente envolve o desconhecimento dos riscos e a divulgação de notícias falsas sobre seus efeitos, o que pode resultar em graves consequências para terceiros e para toda a comunidade.

Assim, em resumo parcial, constranger alguém a submeter-se a tratamento médico-hospitalar com base no argumento da supremacia do direito à vida, seria desconsiderar a dignidade humana de poder escolher como deseja viver e qual o ideal de felicidade que cada ser humano tem o direito de buscar. Mesmo que a recusa ao tratamento médico-hospitalar seja baseada em uma crença religiosa ou convicção ideológica que não compartilhamos ou compreendemos, a liberdade de escolha de outras pessoas deve de ser respeitada.⁶⁴ Isso não necessariamente se aplica, contudo, no caso de medidas profiláticas ou mesmo de tratamentos que possam por em risco interesses de terceiros ou de toda a coletividade.

3.1 Origem do Artigo 15 do Código Civil

O Capítulo II, intitulado - Dos Direitos da Personalidade -, estabelecido no Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406/2002), não tem correspondência com os artigos previstos no Código Civil

⁶³ TEIXEIRA, 2010, pp. 318.

⁶⁴ "Na esteira de tais considerações, há de ser interpretado o art. 15: não só o constrangimento que induz alguém a se submeter a tratamento com risco deve ser vedado, como também a intervenção médica imposta a paciente que, suficientemente informado, prefere a ela não se submeter, por motivos que não sejam fúteis e que se fundem na afirmação de sua própria dignidade. Nesta sede, a normativa deontológica há de se conformar aos princípios constitucionais." (TEPEDINO, 2014, p. 42-43)

de 1916 (Lei nº 3.071/1916) ⁶⁵. Portanto, o artigo 15 do atual Código Civil representa uma inovação introduzida pelo legislador com o objetivo de garantir os direitos de personalidade. Essa novidade normativa demonstra uma evolução jurídica na proteção e na validação dos direitos individuais.

Os direitos de personalidade são aqueles de importância primária, pois estão relacionados à essência da pessoa humana, tendo por objetivo resguardar a dignidade e autonomia do indivíduo. Esses direitos estão vinculados à integridade física, compreendendo o direito à vida e o direito sobre o próprio corpo.

No ano de 1961, o então Ministro da Justiça do governo Jânio Quadros, Oscar Pedrosa Horta, convidou Orlando Gomes, professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, para redigir o Anteprojeto que, posteriormente, serviria como base para diversos pontos do atual Código Civil. Em 1965, o texto final do projeto do Código Civil, elaborado e revisado pelos juristas responsáveis, foi apresentado na Câmara dos Deputados por meio do Projeto de Lei nº 3.263/1965.

A parte elaborada por Orlando Gomes inovou o Código Civil em diversos aspectos, com destaque para nossa pesquisa, as inovações relacionadas aos direitos da personalidade. Essas novidades estão descritas no Capítulo III do Projeto de Lei nº 3.263/1965 ⁶⁶, em que surge, no artigo 32, a disposição legislativa que daria origem ao atual artigo 15 do Código Civil vigente, com a seguinte redação: "Tratamento Médico - Ninguém pode ser constrangido a submeter-se a tratamento cirúrgico ou a tratamento médico com risco de vida".

Apesar do esforço de grandes juristas na busca pela atualização do Código Civil de 1916, o trabalho elaborado não foi levado adiante. Além do momento histórico pelo qual o Brasil estava atravessando, diversas críticas foram apresentadas ao projeto, questionando, até mesmo, que a reforma proposta não superaria a "excelência do Código de 1916, decorrente da pena inspirada de Rui Barbosa, atuando como cinzel na pedra consistente". ⁶⁷

⁶⁵ BRASIL. Código Civil. Código civil quadro comparativo 1916/2002, p. 10-11.

⁶⁶ BRASIL. Projeto de Lei nº 3.263, de 1965.

⁶⁷ SANTOS, 2020, p. 27-28.

Reale foi convidado, no ano de 1969, pelo Ministro da Justiça Luis Antonio da Gama e Silva, do governo do Presidente Costa e Silva, para redigir o novo Código Civil em substituição ao Código de 1916. Designado como coordenador do grupo que redigiria o novo Código, Miguel Reale convidou os seguintes colaboradores: i) José Carlos Moreira Alves, para a Parte Geral; ii) Agostinho de Arruda Alvin, para as Obrigações; iii) Sylvio Marcondes, para as Atividades Negociais ou Direito de Empresa; iv) Erbert Chamoun, para o Direito das Coisas; v) Clovis do Couto e Silva, para o Direito de Família; e vi) Torquato Castro, para as Sucessões.⁶⁸

O trabalho desenvolvido por Miguel Reale e seus colaboradores resultou no Projeto de Lei nº 634, de 1974. Por algumas décadas esse projeto passou por estudos e emendas no Congresso Nacional, sendo finalmente aprovado na Câmara dos Deputados e, posteriormente, enviado ao Senado Federal no dia 12 de junho de 1984, com o texto final expresso no Projeto de Lei nº 634-B, de 1975.

José Carlos Moreira Alves foi responsável pela elaboração do Anteprojeto do Código Civil brasileiro de 2002, especificamente da Parte Geral do Código, abordando pessoas, bens e fatos jurídicos. Ao relembrar os subsídios históricos para o novo Código Civil brasileiro, ele cita Orlando Gomes, que, em 1963, destacou que inovar era a justificativa da reforma do Código Civil de 1916, não sendo a inovação um amor indiscriminado à novidade, mas sim o aproveitamento da experiência de outros povos e da própria experiência nacional condensadas na doutrina e na jurisprudência. Essa inovação seria fruto de Orlando Gomes ter buscado subsídios oferecidos pelos Códigos Civis da Suíça, da Itália, da Grécia, do México e do Peru, bem como pelo Anteprojeto de Reforma do Código Civil francês.⁶⁹

Por fim, José Carlos Moreira Alves declara que os direitos de personalidade, incluindo certamente o artigo 15 do Código Civil, originalmente citado no artigo 32 do Projeto de Lei nº 3.263/1965, são o resultado das ideias propostas pelo Anteprojeto elaborado por Orlando Gomes, que foram incorporadas à nova proposta por ele elaborada.⁷⁰ Nas diretrizes que orientaram a

⁶⁸ REALE, 2005, p. 19.

⁶⁹ ALVES, 2003, p. 7-10.

⁷⁰ "O Capítulo II versa os direitos de personalidade, onde se trata, inclusive, do direito ao nome, em suas linhas gerais. Nesse Capítulo, aproveitei, com alterações e supressões, o material que se encontra no Projeto revisto, que se elaborou com base no Anteprojeto do Professor Orlando Gomes". (ALVES, 2003, p. 76).

elaboração do Anteprojeto, “todo um capítulo novo foi dedicado aos direitos da personalidade, visando sua salvaguarda, sob múltiplos aspectos, desde a proteção dispensada ao nome e à imagem até o direito de se dispor do próprio corpo para fins científicos ou altruísticos”.⁷¹

É importante registrar que o Projeto de Lei do Código Civil recebeu, durante sua tramitação na Câmara dos Deputados, 1.063 emendas oferecidas em plenário, e no Senado Federal, 332 emendas propostas pela Comissão Especial. Porém, de todas essas emendas apresentadas, nenhuma buscou mudar substancialmente o teor do artigo 15 do atual Código Civil. Apenas as Emendas nº 52 e 53 ao PL nº 634, de 1975, propuseram nova redação ao texto.

O autor da Emenda 53 ao PL 634, de 1975, foi o Deputado Fernando Cunha, que propôs a seguinte redação ao artigo 15: “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica, ou ser retido em nosocômio por falta de pagamento das despesas médica e hospitalares”. Portanto, compreende-se que os parlamentares envolvidos na discussão e análise do texto proposto concordaram com a redação do artigo 15 do Código Civil que atualmente está normatizado, havendo questionamento apenas quanto ao ato de reter o paciente por falta de pagamento das despesas médicas, emenda apresentada e que não foi acatada na votação final.⁷²

3.2 Resolução nº 2.232 do CFM, Enunciados nº 403 e nº 533 do CJF, e suas implicações no Artigo 15 do Código Civil

A V Jornada de Direito Civil, realizada em maio de 2012 pelo Conselho da Justiça Federal (CJF), sob a organização do Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr., tratou do artigo 15 do Código Civil, bem como do artigo 5º, inciso VI, da Constituição Federal, no que diz respeito àqueles que, por convicção religiosa ou ideológica, recusam tratamento médico-hospitalar, com ou sem risco de morte.

O Enunciado 403, resultante da V Jornada de Direito Civil, prevê:

"O Direito à inviolabilidade de consciência e de crença, previsto no art. 5º, VI, da Constituição Federal, aplica-se também à pessoa que se nega a tratamento médico, inclusive transfusão de sangue, com ou sem risco de morte, em razão do tratamento ou da

⁷¹ REALE, 2005, p. 86.

⁷² BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto nº 634, de 1975 - Código Civil.

falta dele, desde que observados os seguintes critérios: a) capacidade civil plena, excluído o suprimimento pelo representante ou assistente; b) manifestação de vontade livre, consciente e informada; e c) oposição que diga respeito exclusivamente à própria pessoa do declarante." ⁷³

A argumentação apresentada demonstra que a pessoa com capacidade jurídica, plenamente consciente e que venha a apresentar uma Diretiva Antecipada de Vontade, por meio de um documento escrito e assinado, revestido de formalidade, embora a forma não seja indispensável para sua expressão, deve ter sua vontade respeitada quanto aos tipos de tratamento médico que está disposta a aceitar ou recusar.

Posteriormente, em junho de 2013, durante a VI Jornada de Direito Civil foi aprovado o Enunciado 533, que também tratou do artigo 15 do Código Civil, resultando em Enunciado propondo que o paciente com plena capacidade tem o poder e o direito de decidir sobre o tratamento médico que deseja aceitar ou recusar, mesmo que exista risco para a vida, de forma imediata ou mediata, salvo quando houver uma emergência ou durante procedimentos cirúrgicos que não possam ser interrompidos.

A justificativa para a apresentação do Enunciado 533 baseou-se no reconhecimento da autonomia da vontade e da autodeterminação dos pacientes, por sua relevância a transcrevemos nesse trecho da pesquisa:

"O crescente reconhecimento da autonomia da vontade e da autodeterminação dos pacientes nos processos de tomada de decisão sobre questões envolvidas em seus tratamentos de saúde é uma das marcas do final do século XX. Essas mudanças vêm se consolidando até os dias de hoje. Inúmeras manifestações nesse sentido podem ser identificadas, por exemplo, a modificação do Código de Ética Médica e a aprovação da resolução do Conselho Federal de Medicina sobre diretivas antecipadas de vontade. O reconhecimento da autonomia do paciente repercute social e juridicamente nas relações entre médico e paciente, médico e família do paciente e médico e equipe assistencial.

O art. 15 deve ser interpretado na perspectiva do exercício pleno dos direitos da personalidade, especificamente no exercício da autonomia da vontade. O "risco de vida" será inerente a qualquer tratamento médico, em maior ou menor grau de frequência. Por essa razão, não deve ser o elemento complementar do suporte fático para a interpretação do referido artigo.

Outro ponto relativo indiretamente à interpretação do art. 15 é a verificação de como o processo de consentimento informado deve ser promovido para adequada informação do paciente. O processo de consentimento pressupõe o compartilhamento efetivo de informações e a corresponsabilidade na tomada de decisão." ⁷⁴

⁷³ BRASIL, Enunciado n. 403 da V Jornada de Direito Civil. Conselho Federal de Justiça. Brasília : CJP, 2012, p. 69.

⁷⁴ BRASIL, Enunciado n. 533 da VI Jornada de Direito Civil. Conselho Federal de Justiça. Brasília : CJP, 2013, p. 90.

Em conformidade com os Enunciados 403 e 533, resultantes das Jornadas de Direito Civil, nos deparamos com a Resolução nº 2.232, do Conselho Federal de Medicina, datada de 17 de julho de 2019, que estabelece:

Art. 1º A recusa terapêutica é, nos termos da legislação vigente e na forma desta Resolução, um direito do paciente a ser respeitado pelo médico, desde que esse o informe dos riscos e das consequências previsíveis de sua decisão.

Art. 2º É assegurado ao paciente maior de idade, capaz, lúcido, orientado e consciente, no momento da decisão, o direito de recusa à terapêutica proposta em tratamento eletivo, de acordo com a legislação vigente.

Parágrafo único. O médico, diante da recusa terapêutica do paciente, pode propor outro tratamento quando disponível.⁷⁵

O Conselho Federal de Medicina deu um grande passo no sentido de abandonar o paternalismo médico ao prever o respeito à recusa terapêutica expressa pelo paciente, conforme descrito nos Artigos 1º e 2º da Resolução nº 2.232. Porém, o Artigo 11 dessa mesma Resolução prevê que “em situações de urgência e emergência que caracterizarem iminente perigo de morte, o médico deve adotar todas as medidas necessárias e conhecidas para preservar a vida do paciente, independentemente da recusa terapêutica”. Parece, aqui, haver uma inconsistência, com a qual não concordamos, pois entendemos a importância do respeito à vontade do paciente. A orientação que o CFM apresenta através da Resolução nº 2.232 nos Artigos 1 e 2 é clara ao afirmar que a recusa terapêutica é um direito do paciente, enquanto no Artigo 11 sugere que o médico pode desrespeitar tal direito.

Acrescentamos, ainda, que a Resolução nº 2.232, do Conselho Federal de Medicina, ao estabelecer normas éticas para a recusa terapêutica por parte do paciente e a objeção de consciência na relação médico-paciente, consolida também os seguintes entendimentos: i) a recusa terapêutica, quando há risco relevante à saúde do paciente, não será aceita pelo médico quando se tratar de paciente menor de idade ou adulto que não seja plenamente capaz de expressar sua vontade (Resolução CFM, art. 3º); ii) a recusa terapêutica não deve ser aceita quando se tratar de doença transmissível que coloque em risco a saúde de terceiros ou exponha a população a uma contaminação (Resolução CFM, art. 5º); e iii) o médico tem o direito à objeção

⁷⁵ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA – CFM. Resolução CFM n. 2.232, de 16 de setembro de 2019. Estabelece normas éticas para a recusa terapêutica por pacientes e objeção de consciência na relação médico-paciente.

de consciência diante da recusa terapêutica, podendo se abster do atendimento daquele paciente (Resolução CFM, art. 7º).

Compreendemos que a recusa terapêutica não seria apropriada caso o paciente não seja plenamente capaz de expressar sua vontade, ou caso tal recusa coloque em risco a sociedade de ser contaminada por uma doença transmissível. Outro aspecto com o qual nos alinhamos é quanto ao direito do médico de fazer objeção de consciência para atender ou não determinado paciente que expressa recusa terapêutica que ofende seus princípios e sua liberdade de agir.

3.3 Sugestões para alteração do Artigo 15 do Código Civil

Em dezembro de 2023, a Sociedade Brasileira de Bioética apresentou sugestões à Comissão de Juristas instituída no Senado Federal. Essa Comissão foi incumbida da elaboração de um Anteprojeto de Lei de revisão e atualização do Código Civil. Dentre as sugestões da Sociedade Brasileira de Bioética, uma delas visava a alterar o Artigo 15 do Código Civil.

A sugestão da Sociedade Brasileira de Bioética para a redação do Artigo 15 do Código Civil foi a seguinte:

Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se a tratamento ou a intervenção cirúrgica.

§ 1.º Não se observará o disposto no *caput* quando a recusa terapêutica ou vacinal implicar em riscos à saúde ou a vida de terceiros.

§ 2.º Será respeitada a manifestação antecipada de pacientes acerca dos cuidados, tratamentos e procedimentos que desejam ou não receberem, realizada por meio dos seguintes documentos de diretivas antecipadas:

I - testamento vital;

II - procuração para cuidados de saúde;

III - ordens de não reanimação;

IV - diretivas para saúde mental;

V - diretivas para demência;

VI - documento de recusa terapêutica;

VII - plano de parto.

§ 3.º A vontade manifestada na forma dos incisos I a VI do § 2.º, quando cumprir os requisitos estabelecidos pelo art. 104, prevalecerá sobre a vontade de qualquer pessoa, inclusive sobre os desejos de familiares;

§ 4.º O plano de parto só poderá ser desrespeitado quando a vontade da parturiente colocar o feto em risco de morte ou de grave seqüela à sua saúde.⁷⁶

O avanço na relação entre médico e paciente, buscando uma melhor forma de tratamento terapêutico e o desenvolvimento de uma decisão compartilhada, abandona o paternalismo médico, que impunha uma decisão verticalizada por parte dos médicos aos pacientes. Esse avanço justifica a alteração proposta pela Sociedade Brasileira de Bioética ao Artigo 15 do Código Civil. Além disso, o respeito à dignidade da pessoa humana, bem como à autonomia de consentir do paciente, garantem a necessidade dessa alteração, que impedirá restrições à manifestação de vontade dos pacientes.

No dia 26 de fevereiro de 2024, a citada Comissão de Juristas, encarregada de elaborar um Anteprojeto de Lei de revisão e atualização do Código Civil, apresentou seu Relatório-Geral. No Relatório-Geral foi sugerida a seguinte alteração para o Artigo 15 do Código Civil:

Redação atual do Código Civil de 2002:

Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

Redação proposta pela Relatoria-Geral da Comissão de Juristas:

Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

§ 1º É assegurada à pessoa natural a elaboração de diretivas antecipadas de vontade, indicando o tratamento que deseje ou não realizar, em momento futuro de incapacidade;

§ 2º Também é assegurada a indicação de representante para a tomada de decisões a respeito de sua saúde, desde que formalizada em prontuário médico, instrumento público ou particular, datados e assinados, com eficácia de cinco anos;

§ 3º A recusa válida a tratamento específico não exime o profissional de saúde da responsabilidade de continuar a prestar a melhor assistência possível ao paciente, nas condições em que ele se encontre ao exercer o direito de recusa.

Art. 15-A. Plenamente informadas por médicos sobre os riscos atuais de morte e de agravamento de seu estado de saúde, as pessoas capazes para o exercício de atos existenciais da vida civil podem manifestar recusa terapêutica para não serem constrangidas a se submeter à internação hospitalar, a exame, a tratamento médico, ou à intervenção cirúrgica.

Parágrafo único. Nos termos do §1º do art. 10 deste Código, toda pessoa tem o direito de fazer constar do assento de seu nascimento a averbação das declarações mencionadas neste artigo.⁷⁷

⁷⁶ BUSSINGUER; FÜRST. 2023. Senado Federal.

⁷⁷ BRASIL. Senado Federal. Comissão de Juristas incumbida da elaboração de um Anteprojeto de Lei de revisão e atualização do Código Civil. 2023.

A proposta de alteração do Artigo 15 do Código Civil apresentada pela Sociedade Brasileira de Bioética e o texto proposto pela Relatoria-Geral da Comissão de Juristas, caminham para o reconhecimento da autonomia de consentir do paciente, bem como para a impossibilidade deste ser constrangido a receber qualquer tipo de tratamento médico que não coloque em risco terceiros, porém apenas o próprio paciente.

A garantia de que ninguém poderá ser constrangido a submeter-se a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica, mesmo em casos extremos que coloquem a vida do paciente em risco, juntamente com a possibilidade de uma pessoa possa elaborar diretivas antecipadas de vontade, indicando o tratamento que deseja ou não realizar, ainda que em momento futuro de incapacidade, são elementos que se alinham com a dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, com os direitos fundamentais expressos na Constituição de 1988.

4. O CONSENTIMENTO ESCLARECIDO DO PACIENTE

No âmbito da recusa terapêutica, um aspecto fundamental diz respeito à questão do consentimento esclarecido por parte do paciente, algo relativamente novo na relação médico-paciente. Há pouco tempo, essa relação era revestida de uma verticalidade, tendo em seu vértice o médico, a quem cabia todas as decisões por ser considerado detentor do conhecimento que poderia gerar um melhor resultado para o paciente, independentemente da vontade deste.

A busca pelo consentimento esclarecido do paciente para receber determinado tratamento ganhou força com o Iluminismo. Porém, a necessidade de exigir o consentimento do paciente para a realização de tratamentos mostrou-se ainda mais clara após a humanidade se deparar com os experimentos humanos que ocorreram na Segunda Guerra Mundial, levando à elaboração do Código de Nuremberg, em 1947 e, na Declaração de Helsinque, em 1964.⁷⁸

Sobre o Código de Nuremberg, registramos que este foi resultado do julgamento realizado em dezembro de 1946 pelo Tribunal de Nuremberg, no qual vinte e três pessoas foram julgadas, sendo vinte delas médicos considerados criminosos de guerra pelos brutais experimentos realizados em seres humanos. Este documento é, certamente, um marco na história

⁷⁸ DADALTO, 2017, p. 149.

da humanidade. No citado Código o consentimento do indivíduo foi priorizado nos tratamentos terapêuticos, conforme o seguinte trecho:

"Tribunal Internacional de Nuremberg - 1947

1. O consentimento voluntário do ser humano é absolutamente essencial. Isso significa que as pessoas que serão submetidas ao experimento devem ser legalmente capazes de dar consentimento; essas pessoas devem exercer o livre direito de escolha sem qualquer intervenção de elementos de força, fraude, mentira, coação, astúcia ou outra forma de restrição posterior; devem ter conhecimento suficiente do assunto em estudo para tomarem uma decisão. Esse último aspecto exige que sejam explicados às pessoas a natureza, a duração e o propósito do experimento; os métodos segundo os quais será conduzido; as inconveniências e os riscos esperados; os efeitos sobre a saúde ou sobre a pessoa do participante, que eventualmente possam ocorrer, devido à sua participação no experimento. O dever e a responsabilidade de garantir a qualidade do consentimento repousam sobre o pesquisador que inicia ou dirige um experimento ou se compromete nele. São deveres e responsabilidades pessoais que não podem ser delegados a outrem impunemente."⁷⁹

Neste capítulo abordaremos duas questões pertinentes a essa questão: i) o paternalismo médico associado à ética hipocrática; e ii) as diretivas antecipadas de vontade.

A percepção de que vivemos em uma época em que a autonomia de consentir do paciente está intrinsecamente ligada à dignidade da pessoa humana nos ajuda a compreender que o paternalismo médico, que é a visão de que o médico, numa analogia entre o pai e o filho, saber sempre o que é melhor para o paciente, apesar da expressa vontade deste, não é aceitável.

Compete aos médicos e equipes hospitalares fornecer informações adequadas aos pacientes, a fim de obter seu consentimento para os tratamentos propostos. Conflitos surgem na relação entre médico e paciente devido a divergências no processo de consentimento livre e esclarecido, muitas vezes decorrentes da apresentação de informações insuficientes ou mal compreendidas. Esse problema se agrava quando o paciente recusa o tratamento proposto, pois em muitas situações a equipe médica tenta convencê-lo do contrário, presumindo ter um melhor discernimento sobre o assunto, o que não é aceitável.⁸⁰

Por outro lado, as Diretivas Antecipadas de Vontade constituem um instrumento pelo qual o indivíduo pode exercer seu direito de expressar como deseja ser tratado em situações de emergência médica. Isso possibilita que, mesmo em casos de incapacidade posterior à

⁷⁹ Código de Nuremberg, 1947.

⁸⁰ ARAÚJO. LINS-KUSTERE, 2002, p. 83.

manifestação de sua vontade em uma diretiva antecipada, sua autonomia de consentir seja respeitada, garantindo assim o respeito à sua vontade.

4.1 Paternalismo médico: a ética hipocrática

Os princípios bioéticos da beneficência e da não-maleficência, considerados obrigações éticas assumidas pelos médicos e profissionais da saúde, têm como premissas maximizar os benefícios, minimizar os prejuízos e não causar mal para os pacientes. No entanto, em algumas situações, esses princípios são erroneamente usados para justificar o paternalismo médico, no qual se pressupõe que o médico sempre sabe o que é melhor para o paciente e toma decisões em seu nome.

O paternalismo médico é resultado da ética hipocrática, cujo juramento de Hipócrates estabelece o princípio da beneficência de uma forma impositiva. Isso significa que, segundo essa perspectiva, cabe exclusivamente ao médico determinar a melhor forma de tratamento para o paciente, sem levar em consideração a sua vontade. O paciente é visto como alguém sem o conhecimento ou discernimento necessários para tomar decisões. Sendo assim, os médicos que adotam o paternalismo esperam que o paciente se submeta passivamente às orientações médicas, permitindo que o médico seja o regente das decisões que afetem sua saúde.

É importante destacar que a relação entre o médico e paciente é desigual, e muitas vezes o paciente se encontra em uma posição de fragilidade ao buscar ajuda médica. Portanto, é fundamental que haja uma comunicação clara e compreensível entre médico e paciente, com o objetivo de explorar as melhores opções de tratamento. É essencial que a equipe médica reconheça que o paciente não é incapaz de tomar decisões adequadas sobre sua vida e saúde.⁸¹

Algumas premissas restritivas têm sido utilizadas como justificativa para que o médico assuma um paternalismo em relação ao paciente: i) se o paciente está exposto a um dano significativo e evitável; ii) se a ação paternalista provavelmente for evitar o dano; iii) se os benefícios esperados da ação paternalista suplantarem os riscos para o paciente; e iv) se a

⁸¹ Considerar o paciente como alguém incapaz de tomar suas próprias decisões é uma característica do paternalismo médico que não pode ser validada ou considerada adequada no atual Estado Democrático de Direito. Compreender a assimetria na relação entre médico e paciente implica na obrigação do médico de informar ao paciente sobre as alternativas e consequências da prescrição médica sugerida, permitindo que o paciente exerça sua autonomia de vontade ao decidir aceitar ou recusar o tratamento. (BRANCO, 2010, p. 43).

alternativa adotada, que sugere os benefícios e reduza os riscos, for a que menos restrinja a autonomia. Apesar da argumentação favorável a essas premissas e da sincera preocupação do médico com o bem-estar do paciente, a ação paternalista só é aceitável se não restringir significativamente a autonomia do paciente.⁸²

O Conselho Federal de Medicina (CFM), por meio de seu Código de Ética Médica, busca consolidar o fim do paternalismo médico. O artigo 22 estabelece que é vedado ao médico deixar de obter o consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte. Além disso, o artigo 24 veda ao médico deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, e proíbe o uso da autoridade médica para limitar essa liberdade.⁸³ A busca pelo consentimento informado, que deve ocorrer na relação médico-paciente, fortalece a valorização da autonomia e do respeito que cabe a cada indivíduo.

O paciente conquistou o poder de tomar suas próprias decisões sobre os tratamentos que aceita e os que recusa, sendo essa conquista resultado do reconhecimento do indivíduo como titular de seus direitos. O médico, por sua vez, viu-se desvinculado da suposta sacralidade de suas decisões, que anteriormente eram consideradas inquestionáveis pelo paciente, em virtude da suposta superioridade das escolhas médicas em relação às preferências do paciente.⁸⁴

A importância do consentimento livre e esclarecido do paciente em relação aos tratamentos que aceita ou recusa, e sua conexão direta com as Diretivas Antecipadas de Vontade - instrumento no qual o paciente pode concretizar tal consentimento - são destacadas por Teixeira quando cita as seguintes palavras:

⁸² Beuachamp e Childress, ao citarem as premissas restritivas, acrescentam a exigência de que essas premissas não restrinjam significativamente a autonomia do paciente. Eles ilustram essa condição com a seguinte situação: "Se, por exemplo, uma Testemunha de Jeová recusa uma transfusão de sangue em virtude de uma convicção profundamente arraigada, está em jogo um interesse de autonomia vital. Intervir de forma coercitiva ministrando a transfusão seria uma violação substancial da autonomia, e, portanto, de acordo com essa condição adicional, injustificável." (BEUACHAMP, 2002, p. 308)

⁸³ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Código de Ética Médica., 2019, p. 25.

⁸⁴ Teixeira argumenta que a medicina, ao longo do tempo, perdeu sua conexão com o sagrado e passou a ser predominantemente vista como uma ciência. Essa perda da ligação com o sagrado resultou em uma mudança na relação entre médico e paciente, que anteriormente era caracterizada por um modelo paternalista. Nesse modelo, o médico era visto como uma figura paterna, enquanto o paciente era considerado um ser incapaz, enfermo e sem firmeza de julgamento e vontade. (TEIXEIRA, 2010, p. 243)

“Parece evidente, de resto, que negar, na relação médico-paciente, qualquer relevância do consentimento do doente, levaria a incorrer, como observado em grave perigo de expor a integridade física e a saúde dos cidadãos à unilateral e arbitrária intervenção de um estranho, ainda que médico, o qual poderia substituir a própria vontade àquele do titular do direito em matéria de direitos personalíssimos, como são a liberdade, a integridade física e a saúde.”⁸⁵

Apesar da importância histórica, devemos reconhecer que o juramento de Hipócrates, enraizado nos princípios da beneficência e não maleficência, pode inadvertidamente promover o paternalismo médico. Portanto, surge a necessidade de adaptação do significado expresso nesse juramento para refletir a autonomia e, por conseguinte, a dignidade do paciente. Notadamente, este juramento carece de menção à vontade do paciente, não incorporando a necessidade de conduta acerca de seus desejos, explicando as implicações e explorando alternativas terapêuticas. Assim, um novo entendimento deste juramento deve incluir a promoção da autonomia do paciente, permitindo-lhe tomar decisões informadas e exercer sua autonomia para consentir.

4.2 Diretivas Antecipadas de Vontade

As Diretivas Antecipadas de Vontade são instrumentos legais que têm como objetivo garantir e preservar o direito do indivíduo de expressar sua vontade nos momentos em que, devido a doença, acidente ou qualquer outra situação, esteja impossibilitado de fazê-lo. Mesmo que o paciente esteja incapacitado para se expressar, as Diretivas Antecipadas de Vontade constituídas por ele não perdem seu valor, assim como ocorre com o testamento.

O mandato duradouro é uma derivação das Diretivas Antecipadas de Vontade, sendo o testamento vital uma de suas extensões. No entanto, o mandato duradouro não está ligado a situações de terminalidade da vida, como é o caso do testamento vital; ele está relacionado à expressão da vontade do paciente, caso esteja temporária ou permanente incapacitado, para deixar clara a forma como deseja ser tratado entre as opções oferecidas pelo médico e sua equipe para a recuperação de sua saúde. Isso implica determinar de maneira clara e objetiva o tipo de tratamento médico hospitalar que não deseja aceitar.

No mandato duradouro, o indivíduo pode nomear uma ou mais pessoas que poderão ser consultadas pela equipe médica para expressar sua vontade sobre cuidados médicos em seu

⁸⁵ TEIXEIRA, 2010, p. 245.

nome. Essas pessoas atuam como representantes do paciente, e é importante que exista uma relação de proximidade entre o mandante e o mandatário.

No contexto das Diretivas Antecipadas de Vontade, é preciso considerar a importância do consentimento informado ou autorização que o paciente deve conceder para receber tratamento médico-hospitalar.

Nesse contexto, deve-se levar em conta aspectos relacionados ao componente da informação, inteligível e em linguagem compreensível, que o médico deve fornecer ao paciente, bem como, ao componente do consentimento. A partir desses componentes, o paciente obtém o poder de decisão e, conseqüentemente, a autonomia para escolher se deseja ou não o tratamento sugerido.⁸⁶

As Diretivas Antecipadas de Vontade são um exemplo de que, ao lidar com o biodireito, não podemos pensar numa fragmentação do fato jurídico. É necessário articular o conhecimento relacionado ao direito civil para determinar a natureza jurídica, os requisitos de existência, a eficácia e a validade. As questões sobre como garantir que a vontade do paciente seja respeitada e como identificar essa vontade são desafios que médicos, equipe hospitalar e operadores do direito precisam enfrentar quando chamados à discussão. A forma, natureza e legalidade das Diretivas Antecipadas de Vontade devem ser inquestionáveis para que as partes tenham segurança jurídica, de forma a respeitar a autonomia e a liberdade de todos os envolvidos.⁸⁷

Sobre tal articulação específica e conjunta que as Diretivas Antecipadas de Vontade exigem para os diversos campos do direito e do conhecimento jurídico, Fürst levanta a questão se

⁸⁶ Beuachamp e Childress, sobre os elementos do consentimento informado arrazoam que "a abordagem aceita da definição do consentimento informado tem sido a que especifica os elementos do conceito, em particular dividindo-os em componente de informação e componente de consentimento. O componente de informação refere-se à revelação da informação e à compreensão daquilo que é revelado. O componente do consentimento refere-se a uma decisão e uma anuência voluntárias do indivíduo para se submeter a um procedimento recomendado." (BEUACHAMP, 2002, p. 165)

⁸⁷ Fürst, abordando o tema das Diretivas Antecipadas de Vontade, questiona se as formalidades podem ser desconsideradas e quando são aceitáveis mesmo sem a existência de um formalismo: "é possível manifestar sobre questões existenciais dentro de normativas preexistentes e se os formalismos que existem são aplicáveis também a tal modalidade de manifestação, bem como se é possível desconsiderar tais formalidades para o caso de uma manifestação explícita, como é o caso das pessoas que, não querendo ser ressuscitadas em caso de colapso cardiorrespiratório fora do ambiente hospitalar, tatuam no peito a decisão 'DNR' (Do Not Resuscitate). Tal manifestação de vontade seria suficientemente válida para ter os efeitos de uma diretriz antecipada de vontade? E se, ao ser encontrada, a pessoa portadora de uma tatuagem DNR estivesse vestindo uma camiseta de ativismo 'pró-life choice', corrente de ideologia favorável à manutenção da vida em qualquer estágio (sendo, por exemplo, contrária ao aborto, eutanásia, etc.)?" (FÜRST, 2023, p. 226-227)

uma manifestação explícita deve ser precedida de formalidades para que seja aceitável. Ele ilustra essa questão com o exemplo de pessoas que optam por não serem ressuscitadas em caso de colapso cardiorrespiratório e tatuam em seu corpo a decisão DNR (Do Not Resuscitate). Levando a discussão a um ponto ainda mais difícil, e se essa mesma pessoa tatuada com a decisão DNR estiver vestindo algo que exponha um ativismo “pró-vida”, que se trata de uma corrente ideológica contrária ao aborto e à eutanásia, mas diretamente defensora da manutenção da vida em qualquer situação, qual a postura que deve ser adotada pelo direito? Fürst argumenta que “a complexidade do suporte fático demanda igualmente abordagem complexa e integral do conhecimento jurídico, o que só pode ser realizado por meio do paradigma pós-positivista de bases hermenêuticas”.⁸⁸

Considerar a relevância do respeito à autonomia que o indivíduo merece é um fator que modifica o olhar paternalista assumido pelos médicos. Em vez de serem vistos como detentores do melhor juízo ou autoridade máxima na definição do tratamento do paciente, o médico passa a assumir responsabilidades que envolvem o diálogo com o paciente com o objetivo de produzir um esclarecimento sobre as opções de uma melhor conduta terapêutica, permitindo que este decida o que considera melhor para sua vida.

Os protocolos médicos e a legislação precisam ser aprimorados para garantir a eficácia e implementação adequada desses instrumentos jurídicos, garantindo que os desejos dos pacientes sejam respeitados e preservados de maneira ética e legal. Em muitos casos, a validade e eficácia das Diretivas Antecipadas de Vontade exigem formalidades legais, como um documento escrito em forma de escritura pública, um instrumento particular registrado em cartório ou declarações ao médico e registradas no prontuário. Nestes documentos, o paciente expressa de forma clara e inteligível sua vontade sobre o que aceita e o que recusa em termos de tratamentos médicos.⁸⁹

⁸⁸ FÜRST, 2019, p. 103-104.

⁸⁹ Diaulas Ribeiro, ao escrever sobre a autonomia dos pacientes e seu direito de declarar de forma antecipada a forma de tratamento que recusa ou aceita, desenvolveu a seguinte argumentação: "A autonomia não dispensa a capacidade para expressá-la. Há situações em que o paciente se torna incapaz de decisões instantes, como nos estados de inconsciência em geral, justificando o surgimento dos testamentos vitais e das diretivas antecipadas, instrumentos de manifestação de vontade para o futuro, com a indicação negativa ou positiva de tratamentos e assistência médica." (RIBEIRO, 2006, p. 1750)

5. TESTEMUNHAS DE JEOVÁ E A AUTONOMIA PARA RECUSA TERAPÊUTICA

As Testemunhas de Jeová pertencem a um grupo religioso que teve origem no fim do século XIX, por meio de um pequeno grupo de estudantes da Bíblia na cidade de Pensilvânia, nos Estados Unidos. Um dos membros mais lembrados desses estudantes da Bíblia era um homem chamado Charles Taze Russel.

Na data em que realizamos essa pesquisa, no ano de 2024, o número de Testemunhas de Jeová em todo o mundo é de 8.699.048 pessoas, reunindo-se em 117.690 congregações e dirigindo regularmente 5.666.996 estudos bíblicos com pessoas interessadas no ensinamentos por elas ofertados.⁹⁰

Com base em suas crenças religiosas fundamentadas em passagens do texto bíblico, as Testemunhas de Jeová recusam a utilização do sangue, tanto por ingestão quanto por transfusão. Para esse grupo religioso, essas crenças são fundamentais e moldam a forma como vivem suas vidas e concebem a felicidade. As crenças religiosas determinam a maneira de viver e o conceito de felicidade dos diversos grupos religiosos, e no caso das Testemunhas de Jeová, esse fato não é diferente.

As Testemunhas de Jeová portam um documento denominado “Diretivas Antecipadas e Procuração para Tratamento de Saúde”, conforme formulário apresentado em seguida. Nesse documento, são delineados os tipos de tratamentos que recusam, tratamentos aceitáveis, breve descrição de medicamentos utilizados, problemas de saúde, alergia e outros. Ainda estabelecem procurador para representá-los e declaram de forma clara e inteligível sua vontade. Esse documento tem sido considerado válido por autoridades e tribunais em todo o mundo,⁹¹ apesar dos questionamentos e litígios frequentes para obrigar os membros desse grupo religioso a serem submetidos, contra sua vontade, a terapias utilizando o sangue.

⁹⁰ JW ORG / Site Oficial das Testemunhas de Jeová <https://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/perguntas-frequentes/fundador/>

⁹¹ “O documento portado pelas Testemunhas de Jeová é preciso, claro e inequívoco, delimitando com exatidão os poderes que competem ao procurador e a cujo exercício corresponderá à produção de efeitos jurídicos na esfera do paciente. Assim, o documento possui validade jurídica plena, sendo que declara as diretivas antecipadas para tratamento de saúde que devem ser seguidas pelos médicos, bem como nomeia validamente dois procuradores para cuidarem da preservação de sua vontade expressa no mesmo documento que devem ser observadas quando da inconsciência do paciente. Assim, a não observância das diretrizes prévias do paciente constantes no documento, bem como a desconsideração do papel do procurador, sujeitará o profissional de saúde a ser responsabilizado no âmbito legal e ético.” (AZEVEDO, 2010, p. 38)

Diretivas Antecipadas e Procução para Tratamento de Saúde

1. Eu, _____

 preencho este documento para determinar diretivas relativas ao tratamento de minha saúde e nomear um procurador para o caso de eu vir a ficar inconsciente.

2. Sou Testemunha de Jeová, e não aceito **NENHUMA TRANSFUSÃO de sangue total, glóbulos vermelhos, glóbulos brancos, plaquetas ou plasma** em nenhuma circunstância, mesmo que os profissionais de saúde opinem que isso seja necessário para a manutenção da minha vida. (Atos 15:28, 29) Recuso-me a fazer doações antecipadas e a armazenar meu sangue para posterior infusão.

3. **Com respeito a questões que envolvam fim da vida:** [Após minha assinatura abreviada (rubrica) na opção que se aplica ao meu caso.]
 (a) ____ Não desejo que minha vida seja prolongada se, conforme certo grau razoável de certeza médica, meu quadro clínico for considerado em fase terminal, em razão de enfermidade grave e incurável.
 (b) ____ Desejo que minha vida seja prolongada tanto quanto possível, nos limites dos padrões médicos geralmente aceitos, mesmo que isso signifique ser mantido vivo por anos com a ajuda de aparelhos.

4. **Instruções com respeito a outros tratamentos de saúde** (tais como medicamentos em uso, alergias, problemas de saúde ou qualquer outra instrução sobre minha vontade com relação a tratamentos médicos). É minha vontade que:

5. Não concedo a ninguém (incluindo meu procurador) autoridade para desconsiderar ou anular minhas instruções expressas neste documento. Familiares, parentes ou amigos talvez discordem das minhas decisões, mas qualquer discordância da parte deles não diminui a força ou a substância da minha recusa de sangue ou de outras instruções.

6. À parte das questões acima abrangidas, nomeio a pessoa indicada neste documento como meu procurador para tomar em meu nome decisões sobre tratamentos de saúde. Outorgo-lhe plenos poderes para solicitar informações de meus médicos, requerer e receber cópias de meus prontuários médicos, tomar medidas legais para garantir que minha vontade seja respeitada e representar-me judicial e extrajudicialmente (cláusula *ad judicia et extra*). Se meu primeiro procurador não estiver disponível, estiver incapacitado ou não estiver disposto a servir, nomeio um procurador alternativo, conforme indicado neste documento, para atuar com os mesmos poderes e autoridade.

Página 1 de 2

(Assinatura) _____

 (Local e data)

DECLARAÇÃO DAS TESTEMUNHAS: Declaro, para os devidos fins de direito, que o outorgante assinou este documento na minha presença, estando em pleno gozo de suas faculdades mentais e livre de qualquer erro, dolo ou coação. Tenho 18 anos de idade ou mais. **Também, não sou o procurador nem o procurador alternativo do outorgante, nomeados mediante este documento.**

(Assinatura da testemunha) _____

 (Nome e n.º do RG)

(Assinatura da testemunha) _____

 (Nome e n.º do RG)

PROCURADOR

Nome e qualificação: _____

Endereço: _____

Telefone(s): _____

PROCURADOR ALTERNATIVO

Nome e qualificação: _____

Endereço: _____

Telefone(s): _____

dpa-T Ba 1/16 Página 2 de 2

Diretivas Antecipadas e Procução para Tratamento de Saúde
 (O documento está assinado na parte interna)

NÃO APLIQUE SANGUE



A liberdade religiosa deve ser garantida para todos os grupos religiosos, independentemente do tamanho de sua comunidade ou de sua relevância social. Todas as pessoas devem ter o direito de acreditar e praticar sua religião, seja pertencendo a pequenas comunidades ou a grandes instituições religiosas, incluindo até mesmo grupos menos convencionais dentro de seu próprio contexto cultural.⁹²

Apesar de a maioria dos médicos considerarem o uso do sangue como parte dos cuidados terapêuticos para o paciente, assim como o uso de determinados remédios ou processos cirúrgicos, a determinação das Testemunhas de Jeová na recusa terapêutica do sangue envolve a autonomia de consentir ou tomar decisões sobre o próprio corpo.

Quando situações resultam em litígio e as partes buscam o Judiciário para resolver sobre a recusa a tratamento médico, se o Estado obrigar o cidadão, por meio de uma decisão judicial, a receber uma transfusão de sangue contra a sua vontade, isso seria uma violência a vida privada e

⁹² PIEROTH 2012, p. 244.

intimidade da pessoa, afetando sua liberdade individual de decidir e consentir no exercício de sua autonomia.⁹³

A base argumentativa das Testemunhas de Jeová para a recusa terapêutica com o uso do sangue se baseia nos seguintes textos bíblicos, entre diversos outros usados como fundamento para essa decisão: ⁹⁴

i) Gênesis 9: 3,4 - Todo animal que se move e que está vivo pode servir-lhes de alimento. Assim como dei a vocês a vegetação verde, eu lhes dou todos eles. Somente não comam a carne de um animal com seu sangue, que é a sua vida.

ii) Levítico 17: 10-14 - Se algum homem da casa de Israel ou algum estrangeiro que mora entre vocês comer o sangue de qualquer criatura, eu certamente me voltarei contra aquele que comer o sangue, e o eliminarei dentre seu povo. Pois a vida de uma criatura está no sangue, e eu mesmo o dei a vocês para que façam expiação por si mesmo no altar. Pois é o sangue que faz expiação por meio da vida que está nele. Foi por isso que eu disse aos israelitas: Nenhum de vocês deve comer sangue, e nenhum estrangeiro que mora entre vocês deve comer sangue. ‘Se algum israelita ou algum estrangeiro que mora entre vocês, ao caçar, apanhar um animal selvagem ou uma ave que se pode comer, ele terá de derramar o sangue e cobri-lo com pó. Pois a vida de todo tipo de criatura é seu sangue, porque a vida está no sangue. Por isso eu disse aos israelitas: “Não comam o sangue de nenhuma criatura, porque a vida de todas as criaturas é seu sangue. Quem o comer será eliminado”.

iii) Deuteronômio 12: 23-25 - Apenas esteja firmemente decidido a não comer o sangue, porque o sangue é a vida; não coma a vida junto com a carne. Não o coma. Você deve derramá-lo na terra como se fosse água. Não o coma, para que tudo vá bem com você e com os seus filhos, por estarem fazendo o que é certo aos olhos de Jeová.

⁹³ “Quando o Estado determina a realização de transfusão de sangue - ocorrência fenomênica que não pode ser revertida - fica claro que violenta a vida privada e a intimidade das pessoa no plano da liberdade individual. **Mascara-se, contudo, a intervenção indevida, com o manto da atividade terapêutica benéfica ao cidadão atingido pela decisão. Paradoxalmente, há também o recurso argumentativo aos “motivos humanitários” da prática, quando na realidade mutila-se a liberdade individual de cada ser, sob múltiplos aspectos.**” (Grifo nosso) (BASTOS, 2001, pp. 28 e 29)

⁹⁴ JW ORG / Site Oficial das Testemunhas de Jeová <https://wol.jw.org/pt/wol/b/r5/lp-t/nwtsty/44/15#s=19&study=discover>

iv) Atos 15: 19-21 - Por isso, a minha decisão é não causar dificuldades a essas pessoas das nações, que estão se convertendo a Deus, mas lhes escrever para que se abstenham de coisas contaminadas por ídolos, de imoralidade sexual, do que foi estrangulado e de sangue. Pois, desde os tempos antigos, Moisés tem os que o pregam em cada cidade, porque ele é lido em voz alta nas sinagogas todo sábado.

v) Atos 15: 28 e 29 - Pois pareceu bem ao espírito santo e a nós não impor a vocês nenhum fardo além destes coisas necessárias: que persistam em se abster de coisas sacrificadas a ídolos, de sangue, do que foi estrangulado e de imoralidade sexual. Se vocês se guardarem cuidadosamente dessas coisas, tudo irá bem com vocês. Saudações.

A perspectiva expressa nos textos bíblicos citados condena a utilização do sangue, pois relaciona o sangue à sacralidade da vida. Ao contrário do que alguns argumentam, a recusa das Testemunhas de Jeová de se absterem do sangue não se baseia em ser o sangue algo impuro, o que consequentemente os tornaria impuros, mas sim na sua sacralidade por significar vida.⁹⁵

No caso das Testemunhas de Jeová, não se trata da recusa de todo e qualquer tratamento médico, nem de uma apologia ao direito à morte. Pelo contrário, os membros desse grupo religioso buscam preservar suas vidas quando doentes, demonstrando isso ao procurarem ajuda de médicos e hospitais. Na verdade, recusam o sangue porque desejam manter uma vida em paz consigo mesmos, respeitando sua posição religiosa. Aceitam, assim, qualquer tratamento alternativo que esteja isento de sangue, o que tem sido cada vez mais reconhecido pela medicina.

Com base nessa abordagem quanto à rejeição do uso do sangue, os membros desse grupo religioso portam um instrumento particular com assinatura reconhecida em cartório, no qual expressam de forma clara e inteligível que rejeitam a transfusão de sangue, caso surja uma emergência médica. Esse documento assinado e com reconhecimento da assinatura em cartório possui característica forma de uma Diretiva Antecipada de Vontade.

Surge, então, a discussão quanto à validade da Diretiva Antecipada de Vontade apresentada em hospitais e para as equipes médicas. O paciente, ao buscar tratamento médico na

⁹⁵ JW ORG / Site Oficial das Testemunhas de Jeová. Testemunhas de Jeová e a questão do sangue. <https://wol.jw.org/pt/wol/d/r5/lp-t/1101977010>

expectativa de ser curado e poder viver sua vida, tem o direito de expressar sua vontade e rejeitar determinadas prescrições médicas, nesse caso o uso de transfusões de sangue? Cabe ao médico e ao hospital a palavra final quanto ao que é melhor para o paciente ou é possível a declaração de vontade do paciente?

Kaufmann acredita que, mesmo que exista uma Diretiva Antecipada de Vontade rejeitando o uso do sangue, tal documento deve ser desconsiderado, em prol do direito à vida. Isso ocorre, segundo a argumentação da autora, porque em tal situação, haveria uma colisão entre os princípios fundamentais da autonomia da vontade e de proteção à vida, levando a questão à sujeição do interesse privado ao interesse público. Portanto, para essa autora, seria adequada a intervenção do Estado em nome do interesse público para subjugar o interesse individual, pois quando pacientes ingressam em hospital estatal, "relegam a segundo plano a autonomia de decidir e acatam de forma tácita" quaisquer decisões que os médicos ou hospitais proponham com o objetivo de zelar pela vida. ⁹⁶

A argumentação proposta por Kaufmann busca validar o mito da supremacia do direito à vida, uma questão que já enfrentamos e demonstramos que não é aplicável. Além disso, usar a argumentação do interesse público que deve sujeitar o interesse privado, parece ser novamente um manto semântico que busca ignorar o direito ao princípio da dignidade da pessoa humana em poder ter liberdade de seguir a crença que desejar e viver conforme tais crenças, desde que isso não afete terceiros.

A argumentação de que as Testemunhas de Jeová, ao recusarem o uso de transfusões de sangue, colocam em choque o direito fundamental à vida e o direito fundamental à liberdade religiosa não possui sustentação, pois os membros desse grupo religioso buscam os hospitais e são pioneiros na disseminação do risco e das alternativas medicamentosas em substituição ao

⁹⁶ "A questão, basicamente, reside em saber em que medida se exerce a intervenção do Estado e até onde prevalece a liberdade do cidadão: se na hipótese deve predominar o interesse público ou o interesse privado, em suma, se é a lei ou o documento assinado pelos pacientes Testemunhas de Jeová no sentido de não permitir a transfusão de sangue que deverá regular determinada relação jurídica.

Assim, conclui-se no sentido de que o iminente perigo de vida justifica, plenamente, a existência do estado de necessidade, de modo que a transfusão de sangue deverá ser efetivada em tais hipóteses. O Poder Público, na medida em que recebe os cidadãos na rede pública hospitalar, assume o importante compromisso de velar pela integridade física dos pacientes, devendo empregar todos os meios necessários ao completo desempenho desse encargo. Em outras palavras: na medida em que tais pacientes ingressam em hospital estatal, relegam a segundo plano a autonomia de decidir se acatam, ainda que de maneira tácita, a conformação dos seus direitos fundamentais pela necessidade estatal de zelar pela sua vida." (KAUFMANN, 2010, p. 14, 21)

sangue. Isso certamente demonstra que eles buscam a vida, mas também desejam preservar sua crença religiosa que motiva os atos de seu modo de viver.

O que acontece com uma Testemunha de Jeová que recebe uma transfusão de sangue, quer seja de forma compulsória ou por mudar sua determinação de vontade? Nesse sentido, Galán Cortés argumenta sobre as possíveis consequências utilizando as seguintes palavras:

“Para essa comunidade religiosa, são três as situações possíveis: 1ª) se o médico proceder a transfusão de sangue em um indivíduo contra sua vontade, o Testemunha de Jeová não desrespeitou a própria consciência, razão pela qual não se pode condená-lo; 2ª) se um membro religioso aceita sangue em um momento de debilidade e arrepende-se posteriormente, há que se lhe oferecer ajuda espiritual; e 3ª) se um Testemunha de Jeová aceitar a transfusão de maneira voluntária, sem dúvidas ou pesar, estará desrespeitando princípio moral de sua fé que, voluntariamente, decidiu seguir, razão pela qual deverá ser excluído da organização religiosa. Não obstante tal ato, acaso venha a se arrepender posteriormente, poderá voltar a praticar a fé.”⁹⁷

A objeção de consciência demonstrada na recusa terapêutica ao uso do sangue, quando realizada por pessoas capazes e lúcidas de seus atos, deve ser considerada válida, pois devemos respeitar a autonomia de consentir do paciente, sua vontade e determinação de vida.⁹⁸

É importante salientar que a doutrina jurídica estabelece os requisitos para que o consentimento do paciente em relação a um tratamento médico seja considerado válido. Isso inclui a necessidade de que o consentimento seja expresso por um agente capaz e tratar de objeto que não seja proibido por lei. Respeitando esses critérios, amparados pelo artigo 5º da Constituição Federal, que garante que “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude da lei”, a manifestação de vontade do paciente Testemunha de Jeová é considerada aceitável e válida, pois não existe no ordenamento jurídico brasileiro qualquer lei que obrigue o indivíduo a se submeter a qualquer tratamento médico.

No entanto, tal objeção deve ser clara e objetiva, sem deixar dúvidas quanto à vontade do indivíduo. Portanto, é necessário que seja expressa ou documentada, preferencialmente em documento assinado e validado em cartório com testemunhas do ato dispositivo.

⁹⁷ GALÁN CORTÉS, 2001, p. 239.

⁹⁸ “Nossa opinião é coerente, portanto, com um dos fundamentos constitucionais da República Federativa do Brasil, qual seja a dignidade da pessoa humana. Também a liberdade é princípio constitucional que deve ser materialmente interpretado. Ora, submeter alguém a uma transfusão de sangue mediante o emprego da força significa fazê-la objeto de tratamentos desumanos e degradantes. A possibilidade de decidir o próprio destino diante das encruzilhadas da vida é um ato que afeta a liberdade mais íntima de autodeterminação. Trata-se de decisão que não tem por base critérios sociológicos, mas encontra-se na seara dos direitos de personalidade.” (SÁ, 2023, pp. 84 e 85)

5.1 Estudo do Tema de Repercussão Geral nº 1069, RE 1.212.272/AL

O Recurso Extraordinário (RE) 1.212.272/AL, reconhecido como tema de Repercussão Geral 1069 - Direito de autodeterminação dos Testemunhas de Jeová de submeterem-se a tratamento médico realizado sem transfusão de sangue, em razão de sua consciência religiosa -, foi interposto em face de acórdão da Turma Recursal da Seção Judiciária de Alagoas, que negou provimento ao recurso e manteve a decisão que impediu o paciente Testemunha de Jeová de submeter-se a procedimento cirúrgico sem transfusão de sangue.

O fundamento utilizado, no citado recurso rejeitado, argumenta sobre a violação da Constituição Federal em seus artigos 1º, inciso III (dignidade da pessoa humana); 5º, caput, inciso II (ninguém ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei), inciso VI (é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurando o livre exercícios cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e as suas liturgias) e inciso VIII (ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se os invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei), bem como no artigo 196 (a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação).

A pergunta que a parte recorrente levanta nas razões recursais relaciona-se a saber se é legítimo o direito de paciente Testemunha de Jeová recusar transfusão de sangue como parte do tratamento de saúde.

O RE 1.212.272 se distingue do RE 979.742, pois, embora ambos abordem questões semelhantes, não guardam identidade de objeto. Enquanto o RE 979.742 trata da obrigação do Estado de custear tratamento médico diferenciado ao cidadão em razão de convicção religiosa, o RE 1.212.272 se debruça sobre o direito de autodeterminação dos Testemunhas de Jeová de

submeterem-se a tratamento médico realizado sem transfusão de sangue, em razão de sua consciência religiosa.⁹⁹

A controvérsia existente no RE 1.212.272 demonstra em suas razões recursais que a paciente Malvina Lúcia Vicente da Silva, Testemunha de Jeová, que se recusou a receber tratamento de saúde que envolvesse o uso do sangue, é uma adulta plenamente capaz, lúcida e orientada. Ela foi encaminhada pelo Sistema Único de Saúde (SUS) para a Santa Casa de Misericórdia de Maceió para realizar uma cirurgia de substituição da válvula aórtica, devido a uma doença cardíaca. A paciente declara que, por ser Testemunha de Jeová, optou por se submeter ao tratamento de saúde sem transfusões de sangue de doadores externos, visando a preservar seu direito de autodeterminação, mesmo que isso implique assumir os riscos associados a esse tipo de tratamento em detrimento de outras opções.

A paciente alega que a equipe médica concordou com seus termos, emitindo uma declaração por escrito nesse sentido. No entanto, afirma que a diretoria da Santa Casa de Misericórdia de Maceió condicionou a realização da cirurgia à assinatura de um documento de consentimento, no qual ela deveria autorizar previamente a realização de transfusões de sangue, se necessário. A paciente argumenta que, devido à impossibilidade de conceder tal autorização, a administração da Santa Casa cancelou o procedimento cirúrgico.

O ato da Santa Casa de Misericórdia de Maceió, quanto ao cancelamento da cirurgia e posterior alta da paciente, recusando-lhe o atendimento, somente porque esta recusou-se a assinar um termo de consentimento para o uso de transfusão de sangue, mesmo após a equipe médica ter

⁹⁹ "Ressalto, ademais, que o objeto da presente controvérsia é diversa da discussão posta no tema 952 da sistemática da repercussão geral, cujo paradigma é o RE-RG 979.742, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 9.6.2017, que restou assim ementado:

Direito constitucional e sanitário. Recurso extraordinário. Direito à saúde. Custeio pelo Estado de tratamento médico diferenciado em razão de convicção religiosa. Repercussão geral. 1. A decisão recorrida condenou a União, o Estado do Amazonas e o Município de Manaus ao custeio de procedimento cirúrgico indisponível na rede pública, em razão de a convicção religiosa do paciente proibir transfusão de sangue. 2. Constitui questão constitucional relevante definir se o exercício de liberdade religiosa pode justificar o custeio de tratamento de saúde pelo Estado. 3. Repercussão geral reconhecida. (RE 979.742 RG, Rel. Min. Roberto Barroso, julg. em 29.6.2017, DJe 31.7.2017)

A questão ora analisada refere-se à possibilidade de paciente submeter-se a tratamento médico disponível na rede pública sem a necessidade de transfusão de sangue, em respeito a sua convicção religiosa. Por sua vez, a discussão no RE 979.742-RG (tema 952) relaciona-se à determinação da extensão de liberdades individuais, na medida em que pretende definir se a convicção religiosa pode autorizar o custeio, pelo Estado, de tratamento médico indisponível no sistema público, conforme bem assentado pela decisão de admissibilidade do recurso extraordinário (eDOC 26, p. 1-3)". (BRASIL, Supremo Tribunal Federal - STF. Tema 1069)

concordado e demonstrado que seria possível realizar a cirurgia sem o uso do sangue, constitui uma atitude abusiva, preconceituosa ao grupo religioso e passível de responsabilização legal.¹⁰⁰

Exigir que um paciente adulto e capaz, no pleno exercício de sua liberdade de crença, assine um termo autorizando ao hospital a aplicar-lhe medicação ou tratamento médico que ele rejeita de forma clara e inequívoca, seria uma afronta e uma violação dos direitos fundamentais previstos na Constituição.

Nesse sentido, Canaris esclarece que os direitos fundamentais, como no caso a liberdade de crença, devido ao seu caráter personalíssimo, não podem ser sujeitos a reduções contratuais, como um termo que autorize o hospital ou o médico a desconsiderar a vontade do paciente em caso de emergência, seja imposto por terceiros ou pelo Estado. Cabendo nesses casos "uma fundamentação jurídico-constitucional assente de imperativo de tutela dos direitos fundamentais."¹⁰¹

O Ministro Gilmar Mendes, ao proferir seu relatório ao RE 1.212.272, no qual reconhece a existência da Repercussão Geral para análise do Plenário do STF, apresenta os seguintes pontos:

"i) a questão discute se um paciente pode se submeter a tratamento médico sem a necessidade de transfusão de sangue, respeitando os direitos à liberdade religiosa e à dignidade da pessoa humana; ii) os direitos fundamentais, enquanto direitos subjetivos, concedem aos titulares a capacidade de proteger seus interesses em face do Estado ou de particulares, incluindo a liberdade de professar uma religião e o direito de não serem alvo de agressões em virtude de suas crenças; iii) a possibilidade de paciente escolher não receber transfusão de sangue durante um procedimento cirúrgico, em respeito a sua crença, é questão diretamente ligada ao direito fundamental à liberdade de consciência e de crença; iv) a controvérsia sobre o direito dos Testemunhas de Jeová decidirem se submeter a tratamento médico sem transfusão de sangue possui natureza constitucional e inegável relevância."¹⁰²

A questão levantada no RE 1.212.272 não visa a avaliar o mérito da convicção religiosa, que certamente não é de competência do Estado, nem determinar se o dogma sustentado pelas Testemunhas de Jeová está certo ou errado. Em vez disso, trata-se do direito de qualquer

¹⁰⁰ NERY JUNIOR, 2009, p. 49.

¹⁰¹ "Mais importante é, ainda, que também do ponto de vista material da problemática, se deparam genuínas tarefas de proteção, cuja satisfação se encontra perfeitamente em harmonia com um entendimento liberal dos direitos fundamentais. Isto é assim, desde logo, por existirem direitos fundamentais que - como, por exemplo, a liberdade religiosa -, em virtude do seu caráter pessoalíssimo, nem sequer se encontram ao dispor do seu titular, e cujo exercício, por conseguinte, não pode, à partida, aceitar-se como objeto de uma auto-limitação contratual." (CANARIS, 2003, p. 71-72)

¹⁰² BRASIL, Supremo Tribunal Federal - STF. Tema 1069.

indivíduo para orientar sua própria vida de acordo com seus princípios éticos ou de abandoná-los a qualquer momento, conforme sua própria convicção.

A Procuradoria Geral da República - PGR, em julho de 2020, representada à época pelo Procurador-Geral, Augusto Aras, opinou favoravelmente ao provimento do recurso extraordinário. Naquela ocasião, esclareceu que o tema abordado no RE 1.212.272, trata da possibilidade do paciente se submeter a um procedimento médico existente e disponibilizado pelo SUS sem a utilização de transfusão sanguínea, em respeito à sua convicção religiosa. Ressaltou, ainda, que o procedimento cirúrgico sem a utilização do sangue ou derivados é oferecido pelo SUS e que, no caso em questão, sua viabilidade técnico-científica de sucesso foi atestada pelo médico responsável.¹⁰³

O Procurador-Geral, argumentou, ainda, que a questão não se trata de uma colisão de direitos fundamentais relacionada à discussão entre o direito à vida e o direito a liberdade de consciência e de crença. Isso porque a paciente não estaria recusando todo e qualquer tratamento para sua doença, mas, em respeito à sua convicção religiosa, estava recusando a transfusão de sangue. Finalmente, a PGR sugere a fixação das seguintes teses:

I - É permitido ao paciente recusar-se a se submeter a tratamento de saúde, por motivos religiosos, como manifestação positiva de sua autodeterminação e de sua liberdade de crença.

II- A recusa a tratamento de saúde, por motivos religiosos, é condicionada à decisão inequívoca, livre, informada e esclarecida do paciente; ao não envolvimento de crianças, adolescentes ou incapazes; e à ausência de risco à saúde pública e à coletividade.

III - É possível a realização de procedimento médico, disponibilizado a todos pelo sistema público de saúde, com a interdição da realização de transfusão sanguínea ou outra medida excepcional, caso haja viabilidade técnico-científica de sucesso, anuência da equipe médica com a sua realização e decisão inequívoca, livre, informada e esclarecida do paciente.”¹⁰⁴

Concordamos com os argumentos apresentados pelo Procurador-Geral, especialmente no que se refere à capacidade de um paciente recusar tratamento médico por motivos religiosos,

¹⁰³ “Eu, José Wanderley Neto, médico, declaro, para os devidos fins, que é tecnicamente viável a realização da cirurgia de implanta de prótese valvar sem o uso de transfusão de sangue homólogo, e que detenho os conhecimentos técnicos para a realização desse procedimento. Informo que Malvina Lúcia Vicente da Silva está sob meus cuidados com indicação para troca de válvula aórtica. Realizo e presencio esse e outros procedimento cirúrgicos sistematicamente sem o uso de transfusão de sangue homólogo. Atendo pelo Sistema Único de Saúde no Hospital Santa Casa de Maceió e a título privado no Hospital do Coração de Alagoas.” (BRASIL, Ministério Público Federal, 2020a, p. 14)

¹⁰⁴ BRASIL, Ministério Público Federal, 2020a, pp. 9 e 15.

respeitando sua autonomia de consentimento, desde que essa recusa não represente um risco para a saúde pública ou para a coletividade.

O Estado não pode, seja por meio de seus legisladores ao aprovarem leis, seja por meio de seus juízes ao proferirem decisões judiciais, impor aos indivíduos condutas que firam diretamente suas convicções religiosas, sua liberdade de escolha e sua dignidade. Sobre a relevância dessa ação negativa do Estado, Nery Junior argumenta:

“No caso da presente consulta deve-se ressaltar a indispensabilidade do consentimento informado bem como a possibilidade de os praticantes da religião Testemunhas de Jeová oporem-se, conscientemente, à realização de qualquer procedimento médico que envolva transfusão de sangue uma vez que essa prática é violadora de sua dignidade e convicção religiosa. Desse modo, não pode o Estado de forma alguma, impor a esses cidadãos, aos quais deve necessariamente garantir os direitos fundamentais, a obrigação de praticar condutas (transfusão de sangue) que são atentatórias à dignidade e à convicção religiosa dos mesmos.”¹⁰⁵

Sendo o tratamento médico expressamente recusado pelo paciente, no caso específico por convicções religiosas e envolvendo as transfusões de sangue, a atuação do Estado deve respeitar os direitos fundamentais dos indivíduos. Decisões judiciais que tentem obrigar a transfusão de sangue naqueles que a rejeitam constituem uma violação da vontade, da integridade e da dignidade da pessoa humana.

Barroso argumenta que a ordem jurídica respeita decisões pessoais de risco que não envolvam escolhas existenciais, citando como exemplos o alpinismo, o paraquedismo ou a atuação humanitária em zonas de guerra. Portanto, em consonância com esse raciocínio, há ainda mais razões para respeitar decisões pessoais que envolvam escolhas existenciais. Relacionado ao tema tratado na Repercussão Geral 1069 ele declara:

“É legítima a recusa de tratamento que envolva transfusão de sangue, por parte das Testemunhas de Jeová. Tal decisão funda-se no exercício de liberdade religiosa, direito fundamental emanado da dignidade da pessoa humana, que assegura a todos o direito de fazer suas escolhas existenciais. Prevalece, assim, nesse caso, a dignidade como expressão da autonomia privada, não sendo permitido ao Estado impor procedimento médico recusado pelo paciente. Em nome do direito à saúde ou do direito à vida, o Poder Público não pode destituir o indivíduo de uma liberdade básica, por ele compreendida como expressão de sua dignidade.”¹⁰⁶

¹⁰⁵ NERY JUNIOR, 2009, p. 16.

¹⁰⁶ BARROSO, 2010b, p. 42.

O Estado Democrático de Direito deve respeitar a manifestação de vontade dos indivíduos, sua liberdade de crença, sua privacidade, suas convicções religiosas e pessoais.¹⁰⁷ Além disso, não pode impor condutas aos cidadãos que atentem contra sua dignidade, reduzindo-os a se sujeitarem à vontade de terceiros, sendo obrigados a abdicar de sua liberdade de consciência e escolhas sobre como melhor viver.

5.2 ADPF nº 618 e a autonomia do paciente

A ADPF nº 618 aborda a questão do tratamento por meio da transfusão de sangue em pacientes adultos e capazes, mesmo contra a sua vontade. Este cenário configura uma violação da dignidade humana e dos direitos fundamentais à vida digna e à liberdade de consciência e de crença. Além, disso, levanta a possibilidade de discriminação religiosa contra as Testemunhas de Jeová.

Conforme Deborah Duprat, à época Procuradora Federal dos Direitos do Cidadão, no âmbito do Ministério Público Federal, decisões judiciais ou iniciativas de médicos e hospitais que desconsideram a autonomia de consentir do paciente violam diversos princípios constitucionais.

Citamos a seguir a argumentação da Procuradora:

A tese de mérito da ADPF ora sugerida é a de que obrigar qualquer cidadão plenamente capaz a receber transfusão de sangue contra sua vontade, ainda que em caso de iminente risco de vida implica a violação aos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da proibição de discriminações odiosas (arts. 3º, IV, e 5º, XLI); da inviolabilidade da liberdade de consciência, crença e religião, incluindo-se nestas o direito à objeção de consciência (art. 5º, VI e VII); da inviolabilidade dos direitos fundamentais à privacidade e à intimidade (art. 5º, X); da proibição da tortura e inviolabilidade dos direitos à integridade física e psíquica (art. 5º, III e XLIII); e da autonomia individual (art. 5º caput)

¹⁰⁸

Uma delimitação importante quanto ao direito de recusar tratamento de saúde por convicção religiosa é que essa recusa se limita ao âmbito individual, sem envolver crianças, adolescentes ou incapazes, e sem representar risco à saúde pública e à coletividade. É evidente

¹⁰⁷ “Em um Estado Constitucional Democrático de Direito, a manifestação prática da fé não se esgota na liberdade de culto; ela engloba a impossibilidade do Estado impor condutas aos cidadãos atentatórias à sua dignidade e à sua convicção religiosa. Nessa perspectiva **apresenta-se legítima a possibilidade de os praticantes da religião Testemunhas de Jeová recusarem a realização de qualquer tratamento que envolve transfusão de sangue**”. (Grifo Nosso) (NERY JUNIOR, 2009, p. 15)

¹⁰⁸ BRASIL, Ministério Público Federal, 2019, p. 2.

que escolhas pessoais baseadas em crenças religiosas ou qualquer outro ideal não podem prejudicar terceiros.

O objeto da ADPF nº 618, juntamente com o pedido de medida cautelar, busca "excluir a interpretação de que os médicos podem realizar a transfusão de sangue mesmo contra a vontade prévia ou atual dos paciente maiores e capazes"¹⁰⁹, atingindo, assim, as seguintes normas: i) inciso I, § 3º, artigo 146 do Código Penal; ii) Resolução CFM 1.021/1980, item 2 (revogada pela Resolução CFM 2.232/2019 que mantém as mesmas questões objeto da ADPF nº 618); iii) artigos 22 e 31 da Resolução CFM 2.217/2018; e iv) artigo 3º da Resolução CREMERJ 136/1999.

Citamos abaixo as normas jurídicas que são objeto de impugnação:

CÓDIGO PENAL ¹¹⁰

Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:

§ 3º - Não se compreendem na disposição deste artigo:

I - a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida;

RESOLUÇÃO CFM 1.021/1980 ¹¹¹(Revogada pela Resolução CFM 2.232/2019)

O problema criado, para o médico, pela recusa dos adeptos da Testemunha de Jeová em permitir a transfusão sanguínea, deverá ser encarada sob duas circunstâncias:

2 - O paciente se encontra em iminente perigo de vida e a transfusão de sangue é a terapêutica indispensável para salvá-lo.

Em tais condições, não deverá o médico deixar de praticá-la apesar da oposição do paciente ou de seus responsáveis em permiti-la.

RESOLUÇÃO CFM 2.232/2019 ¹¹²

Art. 11 - Em situações de urgência e emergência que caracterizarem iminente perigo de morte, o médico deve adotar todas as medidas necessárias e reconhecidas para preservar a vida do paciente, independentemente da recusa terapêutica.

¹⁰⁹ BRASIL, Ministério Público Federal, 2020b.

¹¹⁰ BRASIL. Código Penal.

¹¹¹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA – CFM. Resolução CFM nº 1.021 de 22 de outubro de 1980.

¹¹² CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA – CFM. Resolução CFM nº 2.232 de 16 de setembro de 2019.

RESOLUÇÃO CFM 2.217/2018 ¹¹³- artigos 22 e 31

É vedado ao médico:

Art. 22 - Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.

Art. 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.

RESOLUÇÃO CREMERJ 136/1999 ¹¹⁴

Art. 3º - O médico, verificando a existência de risco de vida para o paciente, em qualquer circunstância, deverá fazer uso de todos os meios ao seu alcance para garantir a saúde do mesmo, inclusive efetuando a transfusão de sangue e/ou seus derivados, comunicando, se necessário, à Autoridade Policial competente sobre sua decisão, caso os recursos utilizados sejam contrários ao desejo do paciente ou de seus familiares.

O teor das normas jurídicas que a ADPF nº 618 busca impugnar sustentam a orientação para a realização da transfusão de sangue contra a vontade do paciente, mesmo que este seja maior e capaz. Isso é fundamentado sob o argumento de que o risco iminente de morte justifica a ação do médico de forma paternalista, sobrepondo-se à vontade do paciente. Tal orientação viola a dignidade humana e os direitos fundamentais à vida digna, à liberdade de consciência e à liberdade de crença.

A ADPF, reconhecida como ação constitucional utilizada para discutir controvérsias constitucionais sobre leis ou atos normativos pré-constitucionais anteriores à vigência da Constituição de 1988, é cabível para tratar do tema da realização de transfusão de sangue contra a vontade do paciente. Isso se deve ao fato de que os atos normativos nos quais o Conselho Federal de Medicina e o Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro se baseiam estão em consonância com a interpretação do artigo 146, § 3º, I, do Código Penal brasileiro de 1940, época em que não havia a robusta argumentação apresentada pela Constituição de 1988 relacionada à dignidade da pessoa humana.

O teor normativo expresso pelo artigo 146, § 3º, I, do Código Penal brasileiro de 1940, demonstra uma deficiência existente na época da elaboração dessa norma, ao não considerar

¹¹³ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA – CFM. Resolução CFM nº 2.217 de 01 de novembro de 2018.

¹¹⁴ CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - CREMERJ. Resolução CREMERJ Nº 136/1999 de 19 de fevereiro de 1999.

adequadamente a importância da dignidade da pessoa humana no Estado Democrático de Direito. Certamente tal deficiência normativa não é aceitável na atual Constituição Federal, que consagra a dignidade da pessoa como seu epicentro.

Considerando a relevância da dignidade da pessoa humana, a Ministra Carmen Lúcia, arrazoa que “a constitucionalização do princípio da dignidade da pessoa humana modifica, assim, em sua raiz, toda a construção jurídica: ele impregna toda a elaboração do Direito, porque elemento fundante da ordem constitucionalizada e posta na base do sistema”.¹¹⁵

Também sobre a elevada importância que a Constituição atribui à dignidade da pessoa humana, citamos as palavras de Moraes:

A dignidade da pessoa humana concede unidade aos direitos e às garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.¹¹⁶

A ideia de que a dignidade da pessoa humana constitui "um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar", utilizada por Moraes, demonstra que há um limite que deve ser respeitado e que a Constituição assegura. Isso coloca a dignidade humana acima da vontade de terceiros e do próprio Estado, constituindo, assim, um limite intransponível para o Estado.

Augusto Aras, à época Procurador-Geral da República, no âmbito do Ministério Público Federal, em Parecer proferido em 2020, reconhece que o artigo 146, § 3º, I, do Código Penal permite ao médico realizar intervenção médica ou cirúrgica sem o consentimento do paciente, quando houver a justificativa médica de iminente risco de vida. Porém, ao discutir o mérito da ADPF nº 618, Augusto Aras, demonstra "**a incompatibilidade dos atos normativos**

¹¹⁵ BRASIL, Ministério Público Federal, 2019, p. 2.

¹¹⁶ MORAES, 2023, p. 18.

impugnados com a Constituição de 1988, pois afrontam diretamente a dignidade humana, o direito à vida e a liberdade de consciência e de crença”.¹¹⁷ (Grifo nosso)

É importante considerar que a questão da recusa de tratamento terapêutico com o uso da transfusão de sangue não é uma colisão de direitos fundamentais, especificamente relacionada ao direito à vida versus o direito à liberdade de consciência e de crença. Primeiramente, porque a colisão de direitos fundamentais, na prática, envolve pelo menos dois indivíduos ou direitos individuais e coletivos, não sendo possível a colisão de direitos fundamentais do mesmo indivíduo. Além disso, no caso específico das Testemunhas de Jeová, sua recusa não é um ato suicida; ao contrário, elas buscam hospitais e médicos para obterem tratamento adequado e recuperar sua saúde.

Alexy corrobora nossa argumentação sobre uma falsa colisão de direitos fundamentais entre o direito à vida e o direito à liberdade de consciência e de crença do indivíduo que recusa tratamento médico, ao proferir o seguinte ensinamento:

“Colisões de direitos fundamentais em sentido estrito nascem, sempre então, quando o exercício ou a realização do direito fundamental de um titular de direitos fundamentais tem repercussões negativas **sobre direitos fundamentais de outros titulares** de direitos fundamentais.” (Grifo nosso)¹¹⁸

Canotilho, na mesma linha de pensamento, expressa que “considera-se existir colisão de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o direito fundamental por parte de outro titular”.¹¹⁹

Quando uma Testemunha de Jeová recusa o tratamento médico com o uso da transfusão de sangue, não há qualquer ação nessa recusa que atinja os direitos fundamentais de terceiros. Diante disso, decisões judiciais que utilizam a argumentação que o direito à vida está em conflito com o direito a liberdade de consciência e de crença do indivíduo não são justificáveis, nem

¹¹⁷ “A dignidade humana, um dos fundamentos da República brasileira, possui valor especial e força normativa, pelo que todos os demais direitos não de ser interpretados segundo sua ótica. Está intimamente relacionada à liberdade positiva, que é a capacidade de tomar decisões, orientar seu querer, fazer suas escolhas, em consonância com suas crenças e convicções, sem ser cerceado por terceiros ou pelo Estado.

Há despeito ao direito à vida, pois na forma do art. 5º, caput, da CF, trata-se de direito fundamental que, sob a ótica da dimensão individual, há de ser lido como direito à vida digna, direito de viver segundo os seus próprios ditames, desde que lícitos, que não interfiram na liberdade e nos direitos fundamentais de outrem e não coloquem a sociedade em risco.” (BRASIL, Ministério Público Federal, 2020b, pp. 18 e 19)

¹¹⁸ ALEXY, 2015, p. 57.

¹¹⁹ CANOTILHO, 2003, p.1270.

mesmo ao tentar atribuir uma maior valoração a um direito em detrimento do outro; na verdade demonstram o decisionismo semântico adotado por juízes que decidem sob essa argumentação.

A recusa de transfusões de sangue pelos membros da religião Testemunhas de Jeová se baseia no respeito à sua consciência e sua crença, limitando-se apenas ao tratamento terapêutico com o uso de sangue. Isso demonstra que o desejo de viver não supera a determinação dos membros desse grupo religioso em não transgredir os princípios de sua doutrina religiosa. Eles não desejam ser encaradas como mártires, pois buscam de forma consciente o tratamento médico e os hospitais. Lembramos aqui o fato de que não transgredir sobre o que suas consciências ditam e, assim, colocar em risco sua própria vida, motivou a atitude adotada por diversos mártires cultuados na história por sua determinação.

O Conselho Federal de Medicina, por meio de Recomendação nº 1/2016, ao tratar do tema da recusa de consentimento por crença religiosa mediante transfusão de sangue, apresentou a seguinte argumentação para a interpretação do texto constitucional referente à liberdade e a autonomia do paciente, princípios intrinsecamente relacionados à dignidade da pessoa humana:

“A interpretação constitucional, aliada aos princípios da liberdade e da autonomia, justifica o acatamento da vontade do paciente de recusar a transfusão, desde que seja maior e capaz.

Beauchamp e Childress consideram que os pacientes Testemunhas de Jeová fornecem consentimento de forma substancialmente autônoma pelo fato de ser dado por pessoa de firme convicção religiosa. Assim, não cabe ao médico oferecer alternativas ao caráter religioso do paciente, discutindo com ele sobre a interpretação religiosa do recebimento do sangue, mas apenas é sua obrigação das as informações adequadas sobre a condição do paciente e oferecer as alternativas clínicas e cirúrgicas que o caso requer. Bonamico afirma que os cuidados devem ser redobrados para que a solução de conflitos seja a menos problemática possível, ressaltando que a recusa do paciente deve ser respeitada e a busca de alternativas terapêuticas, considerada.”¹²⁰

Do texto expresso pelo Conselho Federal de Medicina, na Recomendação nº 1/2016, percebe-se que a dignidade da pessoa humana e a autonomia de consentir do paciente devem ser consideradas e respeitadas por médicos e hospitais. Embora ainda sejam necessários ajustes, conforme é o próprio objeto da ADPF nº 618, já se vislumbram mudanças na compreensão do Conselho Federal de Medicina.

No Senado Federal tramita o Projeto de Lei do Senado - PLS, nº 236, de 2012, com o objetivo de atualizar o Código Penal. Em 17 de dezembro de 2014, o Senador Vital do Rego

¹²⁰ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA – CFM. Recomendação CFM nº 1/2016.

apresentou Relatório Legislativo, sugerindo a seguinte redação para a inciso I, § 3º, artigo 146 do Código Penal:

CÓDIGO PENAL ¹²¹

Art. 150 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:

§ 3º - Não se compreendem na disposição deste artigo:

I - a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida, **exceto se, sendo capaz, o paciente puder manifestar sua vontade de não se submeter ao tratamento;** (Grifo nosso)

A alteração proposta pelo Senador Vital do Rego ao Código Penal, especificamente ao inciso I, § 3º, artigo 146, demonstra que o legislador está atento à necessidade de que a norma infraconstitucional, representada pelo Código Penal, esteja em consonância e harmonia com o princípio da dignidade da pessoa humana expresso na Constituição Federal de 1988.

Surge outra questão importante sobre o inciso I, § 3º, artigo 146 do Código Penal, relacionado à hipótese do paciente declarar que não autoriza o tratamento ou está contra o tratamento que utilize a transfusão de sangue. Nery Junior argumenta que "inexiste constrangimento ilegal quando o médico, por motivo de iminente perigo de vida, realiza da intervenção cirúrgica **sem** o consentimento do paciente, isto não quer significar, todavia, que o médico possa realizar a intervenção **contra** o consentimento do paciente".¹²² Se houver uma recusa clara e inteligível por parte do paciente adulto e capaz, independentemente da forma, quer oral ou escrita, caso o médico obrigue o paciente a receber a transfusão de sangue, poderá ser responsabilizado por constrangimento ilegal.

Argumentação semelhante é expressa por Azevedo ao salientar que a previsão do inciso I, § 3º, artigo 146 do Código Penal, refere-se ao paciente em iminente perigo de vida e que, nessa situação, não se pode obter seu consentimento, por exemplo, por um estado de inconsciência. No entanto, "situação diversa é a do paciente que, ainda em iminente perigo de vida, expressou suas determinações."¹²³ Tal hipótese não é amparada pela excludente do inciso I, § 3º, artigo 146 do

¹²¹ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 236 de 2012- Reforma do Código Penal.

¹²² NERY JUNIOR, 2009, p. 31.

¹²³ AZEVEDO, 2010, p. 41.

Código Penal, pois se estará agindo **contra** a vontade do paciente, e não **sem** o consentimento deste”. (Grifo Nosso)

Nesse quinto capítulo de nossa dissertação, que aborda o tema das Testemunhas de Jeová a a autonomia para a recusa terapêutica, o primeiro subtópico está relacionado ao Recurso Extraordinário (RE) 1.212.272/AL, reconhecido como tema de Repercussão Geral 1069 - Direito de autodeterminação dos Testemunhas de Jeová de submeterem-se a tratamento médico realizado sem transfusão de sangue, em razão de sua consciência religiosa. Essa questão busca esclarecer a legitimidade do direito do paciente Testemunha de Jeová de recusar transfusão de sangue como parte do tratamento de saúde. Quanto ao segundo subtópico deste capítulo, ele está relacionado à ADPF nº 618, que aborda se o tratamento terapêutico por meio da transfusão de sangue em pacientes adultos e capazes, mesmo contra a sua vontade, configura uma violação da dignidade humana e dos direitos fundamentais à vida digna e à liberdade de consciência e de crença.

Azevedo consultado sobre questões dos direitos dos paciente relacionadas ao preceito constitucional, apresentou resposta para as seguintes questões: i) o paciente tem direito de recusar tratamento médico, inclusive a transfusão de sangue; ii) o iminente risco de vida afeta o direito constitucional do paciente de poder escolher que tratamento médico recusa ou aceita; e iii) o Código Penal, artigos 135 e 146, § 3º, inciso I, deve ser entendido de forma que as obrigações impostas aos médicos superam os direitos do paciente. Considerando a relevância dessas perguntas e respostas, nos permitimos transcrevê-las abaixo:¹²⁴

"1. À luz dos preceitos constitucionais, tem o paciente adulto o direito de recusar um tratamento médico, inclusive transfusão de sangue?

RESPOSTA: À luz dos preceitos constitucionais, o paciente adulto tem o direito de recusar um determinado tratamento médico, inclusive transfusão de sangue, fundamentado no princípio da dignidade da pessoa humana, porque tem completa liberdade de agir, escolhendo o tratamento que melhor lhe aprouver, ainda que motivado pela sua liberdade de crença e religião.

Como ressaltai, a dignidade da pessoa humana figura no texto da Constituição (art.1º, III) como cláusula geral, que subordina todos os outros direitos da personalidade Ela consiste no valor axiológico primeiro. Violentá-la significa agredir o ser humano na sua essência.

O princípio da dignidade humana, norma constitucional, transcende à vida meramente biológica, sendo que exige o respeito da pessoa como um todo, incluindo sua autonomia, psíquico, sentimentos, crenças, etc.

¹²⁴ AZEVEDO, 2010, pp. 48-51.

Não se pode imaginar como uma pessoa poderia viver sem dignidade, sem o respeito moral que lhe é devido por Direito Natural. Violar o corpo não é tão grave quanto à violência moral que retira o incentivo à própria vida.

2. Diante da alegação médica de que o paciente está em 'iminente risco de vida', fica afetado seu direito constitucional de escolha de tratamento médico? A conduta do paciente nessas circunstâncias poderia ser entendida como uma tentativa de suicídio?

RESPOSTA: A alegação médica de que o paciente está em 'iminente risco de vida' não retira deste seu direito constitucional de preservar sua dignidade e sua liberdade, escolhendo o tratamento médico.

Não se cuida, nessas circunstâncias, de tentativa de suicídio do paciente, mas do exercício do seu direito de escolha de tratamento, sendo certo ainda que o conceito de iminente risco de vida é extremamente volátil variando de profissional para profissional.

A transfusão de sangue, portanto, não é o único meio de preservar a vida do paciente, que não pode ser a ela constrangido por direito moral, reconhecido pela legislação ordinária (artigo 15 do Código Civil). Além disso, não há qualquer disposição em nosso ordenamento jurídico que permita a desconsideração da personalidade e/ou autonomia da pessoa caso esteja em uma situação de risco ou emergencial.

3. É constitucional a interpretação dada aos artigos 135 e 146, § 3º, inciso I, do Código Penal, e aos artigos 22 e 31 do Código de Ética Médica, na qual se entende que as obrigações impostas aos médicos devem superar os direitos dos paciente, ainda que tenha manifestado antecipadamente suas decisões quanto ao tipo de tratamento médico a ser recebido?

RESPOSTA: Procurei evidenciar, neste Parecer, que as obrigações impostas aos médicos, por seu Estatuto de Ética Médica não podem superar os direitos do paciente, ainda que tenha manifestado antecipadamente suas decisões quanto ao tipo de tratamento médico a ser recebido.

Entendo essa a interpretação mais correta dada aos artigos 135 e 146, § 3º, inciso I, do Código Penal.

Sim, porque, em face da modernidade dos conceitos legais e dos direitos dos pacientes, não pode este ser constrangido, de qualquer modo, já que tem direito de escolher seu tratamento médico.

Nesse caso, exime-se o médico de qualquer responsabilidade por eventual cogitação de omissão de socorro que, aliás, só se configura de forma dolosa. Quanto à excludente do § 3º do artigo 146 do Código Penal, pela análise da fase atual de nosso ordenamento jurídico, só nos resta interpretá-lo no sentido de que o médico poderá agir sem cometer o crime de constrangimento ilegal caso desconheça e ao mesmo tempo não possa obter o consentimento do paciente. Porém, isso não significa que poderá agir contra tal consentimento, ocasião em que, pelo nosso entendimento, configurar-se-ia o crime de constrangimento ilegal.

O iminente risco de vida não autoriza o médico a escolher tratamento ou intervenção cirúrgica no lugar do paciente, quando há manifestação prévia."

A argumentação apresentada elenca pontos relevantes para nossa dissertação ao demonstrar que a dignidade humana e a liberdade devem ser encaradas como normas constitucionais essenciais para todo ser humano. Esses preceitos, expressos na Constituição, não

podem ser retirados ou menosprezados, nem mesmo se houver risco iminente de vida, pois se a pessoa conseguir expressar sua vontade quanto aos tratamentos médicos que aceita ou que recusa, essa manifestação deve ser respeitada, pois é garantida constitucionalmente. Por último, somos advertidos de que os médicos não devem agir de forma paternalista e considerar as obrigações impostas pela ética médica superiores à vontade do paciente, pois ao agirem contra a vontade declarada do paciente poderão responder por crime de constrangimento ilegal.

Conclusão

Demonstramos nesta pesquisa que a dignidade da pessoa humana é um princípio que deve ser observado e garantido pelo Estado Democrático de Direito, pois este somente será legitimado se garantir a todo cidadão tal valor essencial. Relacionada aos direitos fundamentais, como por exemplo a vida e a liberdade de crença, a dignidade da pessoa humana assume a forma de diretriz que deve ser utilizada para a interpretação de todos esses direitos. Portanto, podemos afirmar que a dignidade da pessoa humana impacta de forma direta ou indireta todo o ordenamento jurídico, que deve estar em consonância com esse princípio.

Outro aspecto enfrentado está relacionado ao mito da supremacia do direito à vida, encarado por muitos juizes como um direito fundamental superior aos demais. Em diversas decisões judiciais, pode-se constatar que nos litígios que envolvem as Testemunhas de Jeová quanto à recusa de tratamento médico, com o uso de transfusão de sangue, o manto semântico utilizado por alguns membros do Judiciário é a argumentação da superioridade do direito à vida. Porém, vimos que o legislador, ao elencar os direitos fundamentais, não estabeleceu que houvesse superioridade entre eles ou que algum deles fosse absoluto, pois mesmo o direito à vida é relativizado no ordenamento jurídico brasileiro ao permitir a pena de morte, no caso de guerra declarada, o aborto em determinadas situações, e de forma geral, a exclusão de ilicitude do agente que tira a vida de outro indivíduo em legítima defesa.

Consideramos ainda a necessidade de ajustes no artigo 15 do Código Civil e no artigo 146 do Código Penal, por entender que ninguém pode ser constrangido a receber tratamento médico hospitalar que venha a recusar de forma clara e inteligível, pois a dignidade da pessoa humana, mesmo em risco iminente de morte, não pode ser reduzida por uma atitude paternalista dos médicos. Ressaltamos, nesse ponto, que em situações que afetem a sociedade e nas quais a recusa a tratamento terapêutico possa representar um risco não apenas para o indivíduo em questão, mas também para outras pessoas, a imposição do tratamento, mesmo contra a vontade do indivíduo, visa proteger os interesses coletivos, resguardando, assim, a comunidade.

Quanto à questão que envolve o Tema de Repercussão Geral 1069 e a ADPF nº 618, relacionada à recusa terapêutica, especialmente no caso das Testemunhas de Jeová, considerando ser uma decisão consciente no exercício da autonomia privada do paciente, o direito de não

consentir com o tratamento utilizando-se de transfusão de sangue possui respaldo na dignidade da pessoa humana. Desautorizando, assim, que médicos e hospitais procedam à transfusão de sangue de maneira compulsória ou contrária à vontade do paciente, pois caso isso ocorra, seria uma violação da vontade e uma agressão à concepção de como cada um quer levar sua vida dignamente.

Qualquer tentativa compulsória de impor um tratamento terapêutico contra a vontade legítima do paciente, viola os direitos constitucionais de liberdade e de crença, forçando as pessoas a viver de acordo com os desejos ou ideais de terceiros, o que vai contra a dignidade da pessoa humana, um valor fundamental a todos os cidadãos.

A recusa por parte das Testemunhas de Jeová a tratamento médico com a utilização de sangue viola a ordem constitucional? Certamente que a resposta é não. Isso limita o Estado a penetrar nessa esfera, emitindo de forma equivocada determinações por meio do Judiciário para obrigar e constranger os membros desse grupo religioso a se submeterem a uma transfusão de sangue que foi recusada no uso da autonomia de consentir.

Será que o risco de vida do paciente permite a redução de sua autonomia de consentimento, sua liberdade e sua dignidade? Certamente que não, pois a liberdade dos indivíduos em suas escolhas pessoais e no modo de conduzir suas vidas deve ser respeitada. A argumentação que a vida estará em perigo, caso não se adote determinado proceder ou tratamento médico, pode demonstrar certo preconceito pela crença religiosa das Testemunhas de Jeová. Pois, em situações similares, como por exemplo a recusa de quimioterapia para o tratamento de um câncer ou a recusa de transplante de um órgão que poderia salvar a vida do paciente, normalmente não são levadas à Justiça para obrigar o paciente a adotar tais tratamentos.

Pacientes com capacidade e competência civil para determinar suas escolhas têm o direito de recusar tratamento terapêutico sugerido pelos médicos, seja por motivos religiosos ou ideológicos. Eles podem consentir ou não sobre qual tratamento médico consideram aceitável. Desde que essa recusa não represente um risco para a sociedade ou para terceiros, a vontade do paciente deve ser protegida contra a interferência de terceiros ou do próprio Estado, que deve se limitar a respeitar a autonomia de consentimento do indivíduo.

Destacamos nesta pesquisa que os protocolos médicos e a legislação precisam ser aprimorados para garantir a legitimidade das Diretivas Antecipadas de Vontade, instrumentos jurídicos essenciais para garantir que os desejos dos pacientes sejam respeitados e preservados de maneira ética e legal. Essas diretivas devem ser reconhecidas por médicos e hospitais.

Nesse sentido, visando garantir maior segurança jurídica às Diretivas Antecipadas de Vontade, propomos a apresentação de Projeto de Lei ao Legislativo brasileiro que:

1) regule as Diretivas Antecipadas de Vontade, determinando o conteúdo que o documento deve apresentar, a forma, os requisitos de capacidade para sua legitimidade, os limites que não podem ser ultrapassados, a eficácia do documento, o prazo para sua eficácia, procuradores no cuidado de saúde e o direito à objeção de consciência;

2) crie um banco de dados nacional, vinculado ao Ministério da Saúde, no qual qualquer cidadão possa inserir informações sobre doação de órgãos, medicamentos e tratamentos que aceita ou recusa, e orientações sobre protocolo em que possam optar por não ser ressuscitados em caso de colapso cardiorrespiratório. A consulta a esse banco de dados deve ser obrigatória para médicos e hospitais, sendo anexada ao prontuário do paciente, garantindo também sua confidencialidade.

A complexidade das relações humanas e as diversas escolhas que o indivíduo faz, no exercício da liberdade e na busca pela sua forma de melhor viver, são características da sociedade moderna em que vivemos. Reconhecer que cada pessoa pode encontrar a felicidade de maneiras diferentes, que por vezes não seriam nossa própria escolha, significa que devemos valorizar a liberdade, tanto a nossa quanto a dos outros. Tentar impor nossa forma de olhar o mundo e nossas escolhas pessoais aos outros que não compartilham de nossa opinião, seria desarrazoado.

Quanto ao Estado, ele se fundamenta no princípio da dignidade humana, um valor essencial e uma diretriz para toda nossa norma jurídica, incluindo os direitos fundamentais. O Estado tem o dever de preservar e garantir a dignidade humana, tornando a vida das pessoas digna. Esse é o limite de atuação do Estado em relação às escolhas livres e esclarecidas dos cidadãos.

Para concluir, relembremos as palavras de Fiódor Dostoiésvski: *“O mistério da existência humana não está apenas em permanecer vivo, mas em encontrar algo pelo qual viver”*

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, consultado em 04 de outubro de 2023.

BRASIL. Código Civil. Código civil quadro comparativo 1916/2002. - Brasília : Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2003. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70309/704509.pdf?sequence=2&isAllowed=y>, consultado em 09 de novembro de 2023.

BRASIL. Código Penal. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm, consultado em 08 de abril de 2024.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm, consultado em 21 de novembro de 2023.

BRASIL. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm, consultado em 07 de novembro de 2023.

BRASIL, Enunciado n. 403 da V Jornada de Direito Civil. Conselho Federal de Justiça. Brasília : CJF, 2012. Disponível em <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vjornadadireitocivil2012.pdf>, consultado em 24 de outubro de 2023.

BRASIL, Enunciado n. 533 da VI Jornada de Direito Civil. Conselho Federal de Justiça. Brasília : CJF, 2013, p. 90. Disponível em <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/144>, consultado em 15 de novembro de 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto nº 634, de 1975 - Código Civil. Disponível em https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD10ABR1976SUP_A.pdf#page=1, consultado em 29 de maio de 2024.

BRASIL, Ministério Público Federal, 2019. Disponível em www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 931AEBCE.05A18EE9.45397779.CEBEE23E, consultado em 09 de abril de 2024.

BRASIL, Ministério Público Federal, 2020a. Disponível em www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave BD33FD8E.4332190B.04188FFC.9F064A8F, consultado em 08 de abril de 2024.

BRASIL, Ministério Público Federal, 2020b. Disponível em www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave ccc17017.2842000f.380cda2a.3d4a6344, consultado em 08 de abril de 2024.

BRASIL. Projeto de Lei nº 3.263, de 1965. Disponível em <https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD30OUT1965SUP.pdf#page=33>, consultado em 09 de novembro de 2023.

BRASIL. Senado Federal. Comissão de Juristas incumbida da elaboração de um Anteprojeto de Lei de revisão e atualização do Código Civil. 2023. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/3cf42a90-37d3-4204-a110-3a20c62093d7>, consultado em 08 de março de 2024.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 236 de 2012 - Reforma do Código Penal. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3518180&ts=1694633459453&disposition=inline>, consultado em 08 de abril de 2024.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal - STF. ADPF 130/DF. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>, consultado em 19 de novembro de 2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal - STF. Tema 1069. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verPronunciamento.asp?pronunciamento=8457698>, consultado em 01 de abril de 2024.

ABBOUD, Georges. **Democracia para quem não acredita**/ Georges Abboud. -- Belo Horizonte : Letramento, 2021.

ABBOUD, Georges. **Constituição Federal Comentada** / Georges Abboud. -- São Paulo : Thompson Reuters. Brasil, 2023.

ALBUQUERQUE, Raylla. GARRAFA, Volnei. **Autonomia e indivíduos sem a capacidade para consentir: o caso dos menores de idade**. In: Revista Bioética, v. 24, n. 3, pp. 452-458, 2016. Disponível em <https://www.scielo.br/j/bioet/a/ygKNVBXcF3dJF6349tWZxbN/?format=pdf&lang=pt>, consultado em 26 de fevereiro de 2024.

ALVES, José Carlos Moreira, 1933- **A parte geral do projeto do Código Civil brasileiro** (subsídios históricos para o novo Código Civil brasileiro) / José Carlos Moreira Alves. - 2. ed. aum. - São Paulo : Saraiva, 2003.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo** / Robert Alexy; org./trad. Luís Afonso Heck. - 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**/ Robert Alexy; trad. Virgílio Afonso da Silva. - 5. Ed. São Paulo. Malheiros Editora Ltda., 2008.

ARAÚJO, Ana Thereza Meireles. LINS-KUSTERER, Liliane. Pressupostos Fundamentais da Recusa a Tratamento Médico na Assistência à Saúde. **Revista da AGU** / Escola de Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal. - Brasília : EAGU, 2002. Disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-AGU_v.19_n.04.pdf, consultado em 25 de março de 2024.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Autonomia do Paciente e Direito de Escolha de Tratamento Médico sem Transfusão de Sangue**: mediante os atuais preceitos civis de constitucionais brasileiros. 2010. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5703626>, consultado em 13 de abril de 2024.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Direito de recusa de pacientes submetidos a tratamento terapêutico às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas**. São Paulo, 2001. Disponível em <https://site.mppr.mp.br/crianca/Pagina/Revista-Igualdade-XXXV-ESTU-Celso-Ribeiro>, consultado em 27 de março de 2024.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público, 2010a. Disponível em https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf, consultado em 01 de março de 2024.

BARROSO, Luís Roberto. **Legitimidade da Recusa de Transfusão de Sangue por Testemunhas de Jeová**. Dignidade Humana, Liberdade Religiosa e Escolhas Existenciais. Revista Eletrônica PGE/RJ, 2010b. Disponível em <https://revistaeletronica.pge.rj.gov.br/index.php/pge/article/view/100/73>, consultado em 02 de abril de 2024.

BARROSO, Luís Roberto. “**Aqui, lá e em todo lugar**”: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. Revista do Ministério Público (Rio de Janeiro), n. 50, p. 95-147, out./dez. 2013. Disponível em https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2592408/Luis_Roberto_Barroso.pdf, consultado em 14 de novembro de 2023.

BEAUCHAMP, T. L.; CHILDRESS, J. F. **Princípios de Ética Biomédica**. São Paulo: Loyola, 2002.

BUSSINGUER, Elda; FÜRST, Henderson. Contribuição da Sociedade Brasileira de Bioética à Comissão de Anteprojeto da Revisão e Atualização do Código Civil. Brasília: Senado Federal, 2023.

BRANCO Cerqueira Neves, N. M.; SIQUIERA, J. E. de. Pressupostos fundamentais para reformulação dos códigos de ética médica (CEM). **Revista de Bioética y Derecho**, [S. l.], n. 17, p. 40–45, 2010. DOI: 10.1344/rbd2009.17.7770. Disponível em <https://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/7770>, consultado em 8 de maio 2023.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Direitos fundamentais em espécie. Capítulo 4. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Série IDP)

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

CANOTILLHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição** / José Joaquim Gomes Canotilho. - 7ª ed., 9 reimp. Edições Almedina - Coimbra - Portugal. 2003.

CANOTILLHO, J.J. Gomes. **Estudo sobre direitos fundamentais** / José Joaquim Gomes Canotilho. - 1 ed. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais ; Portugal : Coimbra Editora, 2008.

CANOTILLHO, J.J. Gomes. Sobre restringibilidade e restrição de direitos fundamentais. In: LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. **Direito Civil Constitucional e outros estudos em homenagem ao Prof. Zeno Veloso**. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2014.

CÓDIGO DE NUREMBERG, 1947. Disponível em: <http://www.bioetica.org.br/?siteAcao=DiretrizesDeclaracoesIntegra&id=2>, consultado em 15 de março de 2024.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Código de Ética Médica: Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018 / Brasília, 2019. Resolução CFM n. 2.232, de 16 de setembro de 2019. Disponível em <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>, consultado em 07 de novembro de 2023.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Recomendação CFM nº 1/2016. Disponível em https://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1_2016.pdf, consultado em 08 de abril de 2024.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 1.021 de 22 de outubro de 1980, Disponível https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/1980/1021_1980.pdf, consultado em 08 de abril de 2024.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 2.232, de 16 de setembro de 2019. Estabelece normas éticas para a recusa terapêutica por pacientes e objeção de consciência na relação médico-paciente. Disponível em <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-2.232-de-17-de-julho-de-2019-216318370>, consultado em 24 de outubro de 2023.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - CREMERJ. Resolução CREMERJ Nº 136/1999 de 19 de fevereiro de 1999. Disponível em https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/RJ/1999/136_1999.pdf, consultado em 08 de abril de 2024.

DADALTO, Luciana. Diretivas Antecipadas: Efetivação para o paciente com segurança jurídica para o médico - é possível? In: Medicina, direito, ética e justiça: reflexões e conferências do VI Congresso Brasileiro de Direito Médico. Brasília, Conselho Federal de Medicina, 2017.

DIMOULIS, Dimitri. **Teoria geral dos direitos fundamentais** / Dimitri Dimoulis, Leonardo Martins. -- 6. ed. rev. atual. e ampl. -- São Paulo : Thompson Reuters Brasil, 2018.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida** : aborto, eutanásia e liberdades individuais / Ronald Dworkin. 2.^a ed. - São Paulo : Editora WWF Martins Pontes, 2009.

FÜRST, Henderson. **Teoria do Biodireito** / Henderson Fürst. - Belo Horizonte, MG: Letramento; Caso do Direito, 2023.

FÜRST, Henderson. **Hermenêutica e Biodireito**: A Crise da Fundamentação da Decisão Jurídica na Resposta Constitucionalmente Adequada às Questões Bioéticas. 2019. Disponível em [https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/22266/2/Henderson Fiirst.pdf](https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/22266/2/Henderson_Fiirst.pdf), consultado em 22 de fevereiro de 2024.

GALÁN CORTÉS, Julio César. **Responsabilidad médica y consentimiento informado**. Espanha, Madrid: Civitas, 2001.

GARRAFA, Volnei. Convenção Regional do Mercosul sobre Bioética: uma proposta da Cátedra Unesco de Bioética da UnB. 2010. Disponível em <https://portalantigo.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/livros/bioetica-texto-para-debate-4.pdf>, consultado em 15 de novembro de 2023.

HUPSEL, Francisco. **Autonomia privada na dimensão civil-constitucional**: o negócio jurídico, a pessoa concreta e suas escolhas existenciais. Salvador: JusPodivum, 2016.

JW ORG / Site Oficial das Testemunhas de Jeová. Disponível em <https://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/perguntas-frequentes/fundador/>, consultado em 22 de março de 2024.

JW ORG / Site Oficial das Testemunhas de Jeová. Disponível em <https://wol.jw.org/pt/wol/b/r5/lp-t/nwtsty/44/15#s=19&study=discover>, consultado em 22 de março de 2024.

JW ORG / Site Oficial das Testemunhas de Jeová. Testemunhas de Jeová e a questão do sangue. Disponível em <https://wol.jw.org/pt/wol/d/r5/lp-t/1101977010>, consultado em 22 de março de 2024.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**: Tradução de Paulo Quintela e com introdução de Pedro Galvão. Lisboa: Edições 70, 2009.

KAUFMANN, R. F. M. Colisão de Direitos Fundamentais: o Direito à Vida em Oposição à Liberdade Religiosa – **O Caso dos Pacientes Testemunhas de Jeová Internados em Hospitais Públicos**. Direito Público, [S. l.], v. 4, n. 16, 2010. Disponível em <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1307>, consultado 23 de outubro de 2023.

MARCHI, MM. SZTAJN, R. **Autonomia e Heteronomia na Relação entre Profissional de Saúde e Usuário dos Serviços de Saúde**. In: Revista Bioética, v. 6, n. 1, 2009. Disponível em https://revistabioetica.cfm.org.br/revista_bioetica/article/view/322/390, consultado em 26 de fevereiro de 2024.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade** / John Stuart Mill; tradução de Maria Aparecida Sargiolato; Campinas, SP: Vide Editorial, 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 39. ed. - São Paulo : Atlas, 2023.

NERY JUNIOR, Nelson. **Escolha Esclarecida de Tratamento Médico por Pacientes Testemunhas de Jeová** : como exercício harmônico de direitos fundamentais. São Paulo, 2009. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5703626>, consultado em 11 de abril de 2024.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules : princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico** / Marcelo Neves. - 3ª. ed. - São Paulo : Editora WMF Martins Fontes, 2019.

NÓBREGA, Guilherme Pupe da. **O direito em suas entranhas : a discricionariedade judicial no Brasil, entre a estratégia e o arbítrio** / Guilherme Pupe da Nóbrega. -- São Paulo : Thompson Reuters Brasil, 2022.

OLIVEIRA, Carlos E. Elias de. **Diretiva Antecipada de Vontade Lato Sensu**: o que deve acontecer com a vida, o corpo e o patrimônio no caso de perda de lucidez ou de morte? Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas / CONLEG/Senado, Agosto 2023 (Texto para Discussão nº 320).

Disponível em <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td320#:~:text=Trata-se de instrumentos por,de lucidez ou de morte,consultado em 19 de novembro de 2023.>

OMMATI, José Emílio Medauar. **Uma teoria dos direitos fundamentais**. José Emílio Medauar Ommati. 8ª. ed. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2021.

Organizações das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (Unesco). **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos**. Tradução para o português: Cátedra Unesco de Bioética da Universidade de Brasília; 2005. Disponível em https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_univ_bioetica_dir_hum.pdf, consultado em 27 de outubro de 2023.

PARANHOS, Denise G. A. M.; ALBUQUERQUE, Aline. **Direitos Humanos dos pacientes Testemunhas de Jeová e a transfusão de sangue compulsória em decisões judiciais no Brasil**. Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal, Brasília, v.1, n. 1, 2019.

PIEROTH, Bodo. **Direitos Fundamentais** / Bodo Pieroth e Bernard Schlink; tradutores António Francisco de Sousa e António Franco. - São Paulo : Saraiva, 2012. - Série IDP.

REALE, Miguel. **História do Novo Código Civil** / Miguel Reale. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. (Biblioteca de direito civil. Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale, v. 1)

RIBEIRO, Diaulas Costa. **Autonomia: viver a própria vida e morrer a própria morte**. Cadernos De Saúde Pública, v. 22, n. 8, p. 1749–1754, ago. 2006. DOI: [.org/10.1590/S0102-311X2006000800024](https://doi.org/10.1590/S0102-311X2006000800024). Disponível em <https://www.scielo.br/j/csp/a/4j7czM9wTQRfP5rBqQn5WVf/?lang=pt#>, consultado em 8 de maio 2023.

RIBEIRO, Diaulas Costa. **Autonomia e consentimento informado**. In: RIBEIRO, Diaulas Costa (Org.) A relação médico-paciente: velhas barreiras, novas fronteiras. São Paulo: São Camilo, 2010.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Direito à vida e direito à integridade. **Revista de Informação Legislativa**: RIL, Brasília, DF, v. 60, n. 237, p. 197-215, jan./mar. 2023. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/237/ril_v60_n237_p197.pdf, consultado em 13 de junho de 2024.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Bioética e Biodireito** / Maria de Fátima Freire de Sá, Bruno Torquato de Oliveira Naves. - 6 ed. - Indaiatuba, SP : Editora Foco, 2023.

SANTOS, Marcelo Vinícius Miranda. **Orlando Gomes, um anteprojeto de Código Civil e a percepção crítica do direito**. In: Revista de direito privado, v.21, n. 104, pp. 17-32, abr./jun. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. VALE, André Rufino do. Direito Geral de Liberdade. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à constituição do Brasil**. - 2. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Série IDP).

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional** / Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. - 8. Ed. - São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

SCHOPENHAUER, ARTHUR. **O Livre Arbítrio** / Arthur Schopenhauer; tradução de Lohengrin de Oliveira. Rio de Janeiro, RJ: Editora Tecnoprint, 1996.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Saúde, corpo, autonomia privada** / Ana Carolina Brochado Teixeira. - Rio de Janeiro: Renova, 2010.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Art. 20. In: Código Civil Interpretado Conforme A Constituição da República. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.