

UNIVERSIDADE SANTO AMARO

Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Médico

José Antonio Tedeschi

**TRANSFUSÃO DE SANGUE:
A RESPONSABILIDADE MÉDICA ANTE A AUTONOMIA DE
VONTADE DO PACIENTE**

São Paulo

2023

José Antonio Tedeschi

**TRANSFUSÃO DE SANGUE:
A RESPONSABILIDADE MÉDICA ANTE A AUTONOMIA DE
VONTADE DO PACIENTE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* da Universidade Santo Amaro - UNISA, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Médico

Orientador: Prof. Dr. Min. Enrique Ricardo Lewandowski

São Paulo

2023

T255t Tedeschi, José Antonio.

Transfusão de sangue: a responsabilidade médica ante a autonomia de vontade do paciente / José Antonio Tedeschi. — São Paulo, 2023.

158 p.: il., P&B.

Dissertação (Mestrado em Direito Médico) —
Universidade Santo Amaro, 2023.

Orientador: Prof. Me. Dr. Enrique Ricardo Lewandowski.

1. Transfusão de sangue. 2. Testemunhas de Jeová. 3. Autonomia da vontade. I. Lewandowski, Enrique Ricardo, orient. II. Universidade Santo Amaro. III. Título.

José Antonio Tedeschi

**TRANSFUSÃO DE SANGUE:
A RESPONSABILIDADE MÉDICA ANTE A AUTONOMIA DE
VONTADE DO PACIENTE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da
Universidade Santo Amaro UNISA, como requisito parcial para obtenção do
título de Mestre em Direito Médico

Orientador: Prof. Dr. Min. Enrique Ricardo Lewandowski

São Paulo, 12 de junho de 2023.

Banca Examinadora

.....

.....

.....

Conceito Final

a **Edilaine**, mulher da minha vida, pelo carinho e apoio, sem ela nada seria possível;
aos meus queridos filhos **Alexandre** e **Isadora**, e ao meu sobrinho **João**, pela
compreensão nos momentos de ausência;
aos meus amados pais **Athanazia** e **Antonio** (*in memoriam*), pela vida;
ao meu saudoso irmão **Toninho**, por tantas boas lembranças;
a **Deus**, por tudo.

Agradecimentos

Ao Professor Doutor Ministro **Enrique Ricardo Lewandowski** pela valiosa orientação.

Aos Professores Doutores **Antonio Carlos Morato** e **José Luiz Ragazzi** pela generosidade.

Aos Professores Doutores **Georghio Alessandro Tomelin** e **Silvio Gabriel Serrano Nunes** pelos inestimáveis ensinamentos no curso de Mestrado em Direito Médico.

À **Universidade Santo Amaro – UNISA**, na pessoa da Magnífica Reitora Professora Doutora **Luciane Lúcio Pereira**, do Magnífico Pró-Reitor Professor Doutor **Eloi Francisco Rosa** e da Magnífica Pró-Reitora de Pós-Graduação, Pesquisa e Extensão Professora Doutora **Patrícia Colombo de Souza**, e à **APAMAGIS – Associação Paulista de Magistrados**, por sua presidente, **Vanessa Ribeiro Mateus**, por me proporcionarem o retorno à academia.

Aos colegas mestrandos, pela enriquecedora convivência durante o curso.

Volenti non fit injuria

RESUMO

Como objeto de direito protegido pela Constituição brasileira, a vida tem um significado mais abrangente que o meramente biológico, incluindo a inviolabilidade da liberdade de consciência e crença, bem como os direitos de personalidade e, principalmente, o direito à integridade física e à liberdade de expressão. E se houver, durante a realização de procedimento médico-hospitalar, por parte do paciente ou de seus familiares, invocação de escusa de consciência, fundada em motivos religiosos, para impedir transfusão de sangue que seria essencial à manutenção da vida? É vedado ao médico realizar procedimento médico sem o consentimento do paciente ou de seu responsável legal, mesmo em iminente perigo de vida? A questão não é nova, pelo menos para a jurisprudência; no entanto, sempre tivemos que enfrentá-la com cautela, em virtude, na maioria das vezes, da ausência de regulamentação legal específica sobre o tema e, ainda, pela própria peculiaridade da questão. A partir deste tema-problema, o autor pretende tratar das hipóteses de conduta médica, apresentando ao final uma proposta de solução.

Palavras-Chave: Direitos da personalidade. Autonomia de vontade. Transfusão de Sangue. Testemunhas de Jeová. Direito Médico.

ABSTRACT

As the object of a right protected by the Brazilian Constitution, life has a broader meaning than the merely biological, including inviolability of freedom of conscience and belief, as also as rights of person, and mainly, the right to physical integrity and freedom of will. What if there is, during the performance of a medical-hospital procedure, on the part of the patient or his family, invocation of excuse of conscience, founded on religious reasons, to prevent blood transfusion that would be essential to the maintenance of the life? Is the doctor forbidden to perform the medical procedure without the consent of the patient or his legal guardian, even in imminent danger of life? The issue is not new, at least for jurisprudence; nevertheless, we have always had to face it cautiously, due, in most cases, to the absence of specific legal regulation on the subject and, moreover, in view of the very peculiarity of the issue. Starting from this theme-problem, the author aims to treat the hypotheses of medical conduct, introducing at the end a proposal for a solution.

Keywords: Rights of person, Freedom of will, Blood transfusion, Jehovah's Witnesses, Medical Law.

Lista de abreviaturas

A. C.	Antes de Cristo
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
Ap.	Apelação
art. / arts.	artigo / artigos
C.	Colendo
Câm.	Câmara
CC	Código Civil
CFM	Conselho Federal de Medicina
CRM	Conselho Regional de Medicina
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CR	Constituição da República
DC	Distrito de Columbia
Des.	Desembargador
DF	Distrito Federal
Dir.	Direito
E.	Egrégio
j.	Julgamento
JTJ-LEX	Julgados do Tribunal de Justiça – Editora LEX
Min.	Ministro
n.	Número
p.	Página
RE	Recurso Extraordinário
rel.	Relator
Res.	Resolução
REsp	Recurso Especial
RJ	Rio de Janeiro
RSTJ	Revista do Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TCLE	Termo de Consentimento Livre e Esclarecido
TJMG	Tribunal de Justiça de Minas Gerais
TJMT	Tribunal de Justiça de Mato Grosso
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo
v.	Venerando
v. g.	<i>verbi gratia</i>
vol.	Volume
vs. (ou v.)	<i>Versus</i>
Min.	Ministro

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	12
2	DIREITO À VIDA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DIREITO DE CRENÇA. ESCUSA DE CONSCIÊNCIA.....	15
3	DIREITOS DE PERSONALIDADE. AUTONOMIA DE VONTADE DO PACIENTE.....	21
4	CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO.....	50
5	DEVER DE INFORMAR.....	55
6	CONFLITO DE DIREITOS: VIDA OU LIBERDADE RELIGIOSA?.....	59
6.1	Entendimento clássico: prevalência do direito à vida.....	59
6.2	Um falso conflito.....	67
6.3	Solução <i>de lege lata</i> : Interpretação da regulamentação normativa conforme a Constituição.....	94
6.3.1	Vontade do paciente maior, consciente e capaz.....	95
6.3.1.1	Vontade do paciente maior, inconsciente.....	102
6.3.1.2	Vontade do paciente maior, inconsciente, com diretiva antecipada de vontade ou procurador.....	104
6.3.1.3	Vontade do paciente maior, inconsciente, com testemunho de familiares ou amigos.....	106
6.3.2	Vontade do paciente menor.....	106
6.3.2.1	Vontade do paciente menor, amadurecido.....	115
6.3.2.2	Vontade do paciente menor, emancipado.....	117
6.4	Um verdadeiro conflito.....	117
6.5	Caso paradigma.....	121
7	SOLUÇÃO <i>DE LEGE FERENDA</i> : O NOVO CÓDIGO PENAL E ALTERAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL.....	124
8	UM OLHAR PARA O FUTURO: ADFP 618, TEMA 1069/STF.....	128
9	CONCLUSÃO.....	134
	REFERÊNCIAS.....	137
	ADENDO.....	152

1 introdução

O trabalho tem por objetivo delinear os limites da responsabilidade do profissional médico, sob a ótica da proteção constitucional, em caso de realização de procedimento (transfusão de sangue) para tratamento, sem o consentimento do paciente ou de seus familiares (em especial, testemunhas de Jeová).

O estudo tem por escopo analisar o aparente conflito de direitos fundamentais assegurados na Constituição da República (o direito à vida e o direito à liberdade religiosa), passando pela investigação da existência, ou não, de direitos absolutos, e da prevalência, ou não, de um sobre outro, em caso de conflito; a possibilidade de conciliação, ou não, das regras de atuação médica (em geral ditadas por códigos de ética e normas editadas por de órgãos de classe) e o direito de personalidade de que é corolário a autonomia de vontade do paciente, manifestada pelo consentimento livre e esclarecido; e apontar eventuais soluções jurídicas para o problema, por meio de adoção de medida judicial prévia, com pedido de tutela de urgência e de caráter satisfativo, objetivando respaldar o profissional médico na tomada de decisão, mesmo sem o consentimento do paciente ou de seus familiares, de sorte a prevenir possíveis demandas envolvendo responsabilidade do facultativo nas áreas civil, criminal e administrativa.

A metodologia escolhida para a elaboração do trabalho consiste na análise de documentos e bibliografia.

A análise documental baseia-se sobretudo na pesquisa de jurisprudência, nacional e estrangeira, sobre a matéria em exame, ao passo que a pesquisa bibliográfica tem por base a leitura de doutrina e artigos científicos que abordam a matéria.

A dificuldade tem início na própria delimitação do tema, de sorte a não se tornar tão abrangente a ponto de se perder de vista o objeto do trabalho – responsabilização civil, penal e ética do profissional médico em caso de realização de procedimento transfusional sem o consentimento do paciente e seus familiares – em suas variadas faces – hipóteses de paciente consciente e contactante, de paciente inconsciente, de

paciente incapaz acompanhado de familiares ou responsáveis legais, de paciente incapaz desacompanhado de familiares ou responsáveis legais.

No capítulo inicial, será realizada a abordagem dos direitos fundamentais em aparente conflito (direito à vida e direito à liberdade religiosa, com invocação da escusa de consciência) como corolários do princípio da dignidade da pessoa humana.

No tópico seguinte, a análise se volta aos direitos de personalidade, notadamente nos arts. 11 a 15 do Código Civil, que tratam da intangibilidade da integridade corporal e da autonomia de vontade.

Os capítulos seguintes tratam do direito de informação do paciente, do dever de informar do médico e do consentimento livre e esclarecido, institutos da Bioética que regulam a relação médico-paciente.

A seguir é abordada a questão da possibilidade, ou não, de o profissional médico ministrar tratamento ou realizar procedimento mesmo contra a vontade do paciente, e as soluções juridicamente possíveis nas várias hipóteses que se podem apresentar, de acordo com a condição pessoal do doente. A pesquisa, então, será baseada em bibliografia de Direito Constitucional, Direito Civil, Filosofia do Direito e de Bioética. Serão apresentados um falso e um verdadeiro conflito, e proposta de solução *de lege lata*.

Os capítulos seguintes têm por objeto, a partir da análise da responsabilização do profissional médico que realiza ou deixa de realizar procedimento médico (transfusão de sangue) contrariando, no primeiro caso, e em atenção, no segundo, à manifestação de vontade do paciente ou de seus familiares, à luz de precedente jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça (em especial, aqui, o HC 268.359/SP) e do entendimento firmado a respeito pelo Supremo Tribunal Federal (destacando as ADI 6586 e 6587), propor solução *de lege ferenda* para a problemática questão e lançar um olhar no futuro, sobretudo a partir do aguardado julgamento da ADPF 618 e do Tema 1069/STF.

O tópico final trará uma referência conclusiva a respeito da matéria, com a proposta de solução técnica jurídica para a problemática, de ordem prática, de sorte a poupar o profissional médico do dissabor ou do mero temor de ser demandado na

área civil, por pleito de indenização, na esfera penal, por ofender a vida ou a integridade física do paciente, ou submetê-lo a constrangimento ilegal, e ainda, na área ético-profissional, quando responderá perante o Conselho Estadual de seu órgão de classe.

O tema da responsabilidade do médico pela realização de procedimento transfusional sem o consentimento do paciente é de especial interesse prático.

Dele ocupei-me, pela primeira vez, como membro convidado da Mesa Redonda sobre o tema “Transfusão Sanguínea: aspectos éticos, religiosos e legais”, realizada pela Comissão de Eventos da Divisão de Enfermagem – UNESP e ABEN, na Faculdade de Medicina da Universidade Estadual Paulista “Julio de Mesquita Filho” – UNESP, *Campus* de Botucatu, em 18 de outubro de 1999.

Tive a oportunidade, depois, de dedicar à matéria atenção maior, desta feita, na forma de capítulo de livro (“Transfusão de sangue – aspectos jurídicos”), publicado na obra “Temas Avançados de Direito Privado e Processo – Estudos em Homenagem a J. J. Calmon de Passos”, diversos autores, sob a coordenação dos Doutores Luiz Alexandre Cruz Ferreira, Luiz Augusto Freire Teotônio e Paulo José Freire Teotônio, publicado pela Editora Pensamentos & Letras (Leme, 2010); tratava-se, porém, de estudo singelo, com enfoque limitado praticamente às eventuais implicações penais da conduta médica.

Finalmente, no Mestrado em Direito Médico, foi possível desenvolver trabalho mais abrangente, com estudo aprofundado do tema e abordagem, sob a orientação do Professor Doutor Ministro Enrique Ricardo Lewandowski, que resultou em artigo (“Blood Transfusion – Legal aspects”), publicado na edição n. 42 (março/2023) da revista “Medicine and Law Journal (Theme issue: Autonomy, consent and right to information)”, da World Association for Medical Law.

A soma dos estudos desenvolvidos sobre o tema, acrescida dos inestimáveis ensinamentos recebidos durante o Mestrado em Direito Médico, e da paciente e sempre valiosa orientação do Professor Doutor Ministro Enrique Ricardo Lewandoswki, resultou na elaboração desta dissertação que, sem a pretensão de esgotar o tema, traz à lume reflexões e proposições a respeito da tormentosa matéria.

2 Direito à vida. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Direito à vida e à liberdade de crença. Escusa de consciência

A vida, como objeto de direito tutelado pela Constituição da República, deve ser entendida, sem que com isso intentemos dar uma definição do instituto, como sendo mais abrangente do que seu sentido meramente biológico, de incessante autoatividade funcional, peculiar à matéria orgânica. Como adverte SILVA (1990, p. 176-177), “é mais um processo (processo vital) que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando então de ser vida para ser morte”. Tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida.

O direito à vida, tutelado pelo legislador constituinte de 1988, como o direito à existência, consiste, segundo o mesmo autor, no “direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo. É o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável”.

O direito à vida, esclarece CRETELLA JÚNIOR (1989, vol. I, p. 183), é “o direito de continuar vivo, embora se esteja com saúde (...), ligado à segurança física da pessoa humana, quanto a agentes humanos ou não, que possam ameaçar-lhe a existência”, sendo por isso que “em primeiro lugar, cumpre assegurar a todos o direito de simplesmente continuar vivo, permanecer existindo até a interrupção da vida por causas naturais”.

Como tal, é assegurado a todo indivíduo (ser dotado de vida) pelo art. 5º, *caput*, da Constituição da República, ao tratar dos direitos e garantias individuais, como sendo o mais básico, a fonte primária de todos os outros bens jurídicos.

Sabidamente, “a proteção que é dada à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade é extensiva a todos aqueles que estejam sujeitos à ordem jurídica brasileira. É impensável que uma pessoa possa ser ferida em um desses bens jurídicos tutelados sem que as leis brasileiras lhe deem a devida proteção” (BASTOS e MARTINS, 2001, vol. 2, p. 4-5).

Dispensável dizer que o direito à vida, garantido pela Carta Política de 1988, traz ínsito o direito à integridade física. Como leciona SILVA (2007, p. 66), “no

conteúdo de seu conceito se envolvem o direito à dignidade da pessoa humana (...), o direito à privacidade (...), o direito à integridade físico-corporal, o direito à integridade moral e, especialmente, o direito à existência”.

A jurisprudência do C. Supremo Tribunal Federal, porém, consolidou-se no sentido de que inexistente, no nosso sistema constitucional, direito absoluto:

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo por que razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do *princípio da convivência das liberdades* legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição.

O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois *nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros*¹.

Dignidade da pessoa humana

Por sua vez, a dignidade da pessoa humana constitui um dos princípios fundamentais da própria República Federativa do Brasil, segundo dispõe o art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988, que, rompendo o modelo intervencionista do Estado, deu ênfase às liberdades pessoais (LEAL, 2021, p. 90).

É, no dizer de AZEVEDO (2012, p. 271), “a origem de todos os direitos fundamentais”; segundo SOUZA (2018, p. 57), “tem a natureza de superprincípio ou metanorma constitucional e, por isso, é a base de interpretação e aplicação de outros princípios ínsitos à pessoa humana, como o do direito à vida e outros direitos da personalidade”; como leciona SILVA (2003, p. 105), “é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”.

Para MORAES (2001, p. 48),

¹ STF-Pleno, MS 23.452-1/RJ, rel. Min. Celso de Mello, j. 16.09.1999. Fonte: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85966> (acesso em fev/ 2023).

a *dignidade da pessoa humana* concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas do 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 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*".

É um valor fundamental, como ensina BARROSO (2022, p. 248), consubstanciado em princípio jurídico de *status* constitucional – e como os princípios constitucionais, desempenha diversos papéis no sistema jurídico, com destaque ao de fonte direta de direitos e deveres, quando de seu núcleo essencial de sentido se podem extrair regras que incidirão sobre situações concretas, e ao interpretativo, por informar o sentido e alcance dos direitos constitucionais, servindo de norte a guiar o exegeta nas hipóteses de lacunas no ordenamento jurídico, ambiguidades normativas e colisões entre direitos fundamentais. Para isso, deve-se dar à dignidade humana um conteúdo mínimo, revestido das necessárias laicidade – ou seja, apartado de qualquer visão religiosa –, neutralidade política – para que não se revista com as cores de qualquer linha de pensamento ideológico – e universalidade, abrangendo não só o valor intrínseco de todos os seres humanos, mas a autonomia de vontade de cada indivíduo, aqui traduzida pela capacidade de autodeterminação, ou seja, de ditar os rumos de sua própria vida, e que só comporta limitação por restrições ditadas pelo bem comum, traduzido pelo interesse coletivo ou valores sociais específicos.

Posta a questão “para que serve o princípio da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico brasileiro?”, SARMENTO (2020, p. 90-94) discorre ter ele múltiplas funções na ordem jurídica brasileira, destacando, entre as mais relevantes, constituir fator de legitimação do Estado e do Direito, norte para a hermenêutica jurídica, diretriz para ponderação entre interesses colidentes, fator de limitação de direitos fundamentais, parâmetro para o controle de validade de atos estatais e particulares, critério para identificação de direitos fundamentais e fonte de direitos não enumerados – embora com a advertência de que não constitua critério exclusivo ou

definitivo para a ponderação, nem encerra um algoritmo matemático para permitir o equacionamento mecânico de todas as colisões constitucionais.

Porque assegura a Lei Maior o direito à vida e a dignidade da pessoa humana, é que a legislação penal pune todas as formas de vulneração da integridade física do indivíduo. A *ratio* se extrai do escólio de BONAVIDES (2003, p. 592): “os direitos fundamentais, em rigor, não se interpretam, concretizam-se”.

A característica do ordenamento jurídico penal que primeiro salta aos olhos, leciona TOLEDO (1991, p. 03), é sua finalidade preventiva: antes de punir, ou com o punir, objetiva evitar o crime.

De relevo destacar o caráter fragmentário do Direito Penal: dentre a multidão de fatos ilícitos possíveis, somente alguns, os considerados mais graves, são selecionados pelo legislador para serem alcançados pelas malhas do ordenamento penal, sem que, para a construção da figura do injusto típico, esteja subordinado a outros ramos do direito (TOLEDO, 1991, p. 14-15).

Dentre todos os tipos penais previstos na lei penal codificada em proteção à integridade física, interessam-nos principalmente, para os fins a que se propõem estas linhas, os delitos de lesão corporal (CP, art. 129) e de constrangimento ilegal (CP, art. 146).

O crime de lesão corporal, ensina HUNGRIA (1958, vol. V, págs. 323-324),

consiste em qualquer dano ocasionado por alguém, sem *animus necandi*, à integridade física ou à saúde (fisiológica ou mental) de outrem. Não se trata, como o *nomen juris* poderia sugerir *prima facie*, apenas do mal infligido à inteireza anatômica da pessoa. *Lesão corporal* compreende toda e qualquer ofensa ocasionada à normalidade funcional do corpo ou organismo humano, seja do ponto de vista anatômico, seja do ponto de vista fisiológico ou psíquico.

Já o delito de constrangimento ilegal consiste em *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* (CP, art. 146, *caput*).

É, ainda no dizer de HUNGRIA (1958, vol. VI, p. 149), “o crime básico contra a liberdade pessoal. É o impedimento da *liberdade de ação ou inação*, que vai da livre autodeterminação por motivos próprios (autonomia da íntima formação da vontade, liberdade psíquica ou interna) até o movimento corpóreo no mundo externo ou abstenção desse movimento (livre atuação da vontade ou liberdade física)”.

Dessas condutas trataremos melhor adiante, ao abordarmos a responsabilidade do médico.

Liberdade de crença. Escusa de consciência

O legislador constituinte de 1988 previu, de outra parte, a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença (CR, art. 5º, VI ²) e, como seu consectário, a possibilidade de invocação de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa fixada em lei (CR, art. 5º, VIII ³).

A liberdade de crença compreende a liberdade de ter uma crença e a de não ter crença (PONTES DE MIRANDA, 1968, tomo V, p. 111).

LEAL (2021, p. 92-93) destaca tratar-se de uma das primeiras e mais fortes reivindicações do indivíduo, uma das mais antigas liberdades asseguradas nas declarações de direitos, vindo a liberdade religiosa como um direito associado à liberdade de pensamento e de consciência, consoante dispõe o art. 18, da Declaração Universal dos Direitos Humanos ⁴, dos quais constitui manifestação particular, tendo

² Art. 5º 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, nos termos seguintes: (...) VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

³ Art. 5º (...) VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

⁴ Artigo 18. Todo ser humano tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular

(Fonte: https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf, acesso em mar/2023).

por origem a busca pela tolerância religiosa e a ausência de vínculo do Estado com qualquer religião.

Assim,

A liberdade religiosa compreende a liberdade de crença (liberdade de escolha, adesão e mudança de religião, bem como a liberdade de não aderir a qualquer uma delas e mesmo ser descrente); a liberdade de culto (liberdade de exteriorização dos atos de fé, em ambiente particular e público, que devem também ser protegidos); e a liberdade de organização religiosa (liberdade de estabelecer e organizar igrejas e cuidar de suas relações com o Estado) (...). A garantia da liberdade religiosa, assim, só se efetiva quando consagradas essas três vertentes ⁵.

BOARO e SOUZA (2019, p. 111-112) lembram que “o direito à objeção de consciência foi construído ao encontro dos movimentos constitucionais-democráticos e humanistas que se desenvolveram sobretudo nos séculos XVII e XVIII” e que “A secularização, aliada ao movimento racionalista que atingiu todas as áreas do saber, fez com que a prevalência do ser humano confluísse na construção jurídica de diversos princípios de ordem humanitária”.

RAMOS (2022, p. 51) destaca que “a liberdade de religião não engloba apenas o direito de crer em uma doutrina, mas também o de praticar as normas, os princípios, os mandamentos da fé professada, seja fazendo proselitismo, demonstrando a fé em público, seja rejeitando tratamentos médicos” ⁶.

MORAES (2021, p. 145) traz à colação, por sua vez, decisão da Suprema Corte Americana, no caso *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, que reconheceu a inconstitucionalidade de lei estadual por ferir a liberdade de religião ⁷.

⁵ Ainda segundo o mesmo autor, “Assim como outras liberdades e direitos fundamentais, a liberdade religiosa não é absoluta e pode sofrer limitação caso se contraponha a valores constitucionalmente reconhecidos ou a outros direitos fundamentais, bem como caso embaraça, prejudique ou impeça o exercício de qualquer outra religião”.

⁶ “(...) ou seja, as Testemunhas de Jeová, ao recusarem um determinado tratamento médico, mesmo nos casos de iminente risco de vida, estão apenas manifestando a vontade de viver de acordo com as suas crenças, com a sua fé” (RAMOS, 2022, p. 51).

⁷ “Importante salientar, como faz Leda Boechat Rodrigues, em sede de liberdade religiosa, a decisão histórica da Suprema Corte Americana, no caso ‘West Virginia State Board of Education v. Barnette’, 319, U. S. 624 (1943)’, onde, provocada por adeptos da seita ‘Testemunhas de Jeová’, foi declarada a inconstitucionalidade de lei estadual que exigia a saudação compulsória à bandeira sob pena de expulsão do colégio. Os requerentes alegavam que, por motivos de convicção religiosa, era-lhes vedado esse gesto, pois contrariava a proibição bíblica de adoração a imagens gravadas. O Tribunal,

Não passou despercebida a BOBBIO (1984, p. 73) a visão de que “o fim último do direito é a liberdade (e entenda-se a liberdade externa)”:

A razão última pela qual os homens se reuniram em sociedade e constituíram o Estado, é a de garantir a expressão máxima da própria personalidade, que não seria possível se um conjunto de normas coercitivas não garantisse para cada um uma esfera de liberdade, impedindo a violação por parte dos outros. O ordenamento justo é somente aquele que consegue fazer com que todos os consociados possam usufruir de uma esfera de liberdade tal que lhes seja consentido desenvolver a própria personalidade segundo o talento peculiar de cada um.

3 Direitos de personalidade. Autonomia de vontade do paciente. Direito de recusa ao tratamento

Do magistério de NIPPERDEY (2012, p. 57) colhemos que “a Constituição garante o ordenamento jurídico privado em seus elementos essenciais e concede a ele proteção, firmeza e liberdade perante o estado”, ao que se segue a indagação se os direitos fundamentais desenvolvem sua força de efeito também no direito privado, isto é, se valem para as relações entre sujeitos de direito privado.

A necessidade de diálogo entre médico e paciente é registrada desde PLATÃO (vol. II, 2019, p. 49-50), embora em correlação à sua condição social (cidadãos livres ou escravos) e sob a ótica paternalista predominante à época (a informação deveria ser fornecida pelo paciente para que o médico pudesse atuar do modo como entendesse mais apropriado) ⁸.

alterando posicionamento anterior (Minersville School District v. Gobitis, 310. U. S. 586 – 1940), reconheceu a ampla liberdade religiosa”.

⁸ “Além disso, sabes também que nas cidades os enfermos são escravos e homens livres; contudo, na maior parte das ocasiões, os médicos escravos tratam os doentes escravos, indo de porta em porta ou permanecendo nos seus dispensários. Por conseguinte, nenhum destes médicos mencionados poderá interrogar-se nesta situação, nem tão pouco dará ou aceitará explicações acerca do mal dos indivíduos que trata: ordena simplesmente de acordo com o que a experiência lhe dita, como se estivesse absolutamente ciente disso, com toda aquela obstinação familiar ao poder do tirano; caminha ele com passo ligeiro por entre os enfermos escravos. Torna ele muito mais fácil para o seu senhor a tarefa incômoda de lidar com os seus servos. O médico livre, por outro lado, examina e cura os males dos homens livres, informa-se acerca da sua doença com método, desde o seu aparecimento e de acordo com a natureza da enfermidade; passa, então, a expor o seu diagnóstico ao doente, partilhando-o até com os seus entes queridos, e por isso, pode conhecer melhor a própria natureza do doente que trata, sendo possível instruí-lo de algum modo; nada lhe prescreve que não tenha previamente convencido o seu doente a tomar. Com a ajuda da persuasão, pode ele tornar mais ameno o estado do seu enfermo,

Antes dele, Hipócrates (vol. I, 1957, p. 163 e 165), a quem se atribui a paternidade da medicina científica, já preconizava a necessidade de colaboração do paciente no combate contra a doença ⁹.

Na Grécia antiga, sabidamente, a participação do paciente na atuação do médico não era de todo desejável.

Na Idade Média, a relação médico-paciente, ainda ditada por forte vertente paternalista, era considerada uma associação entre autoridade (do médico) e obediência (do paciente) para viabilizar a realização de um tratamento.

A independência científica da Medicina – no passado exercida como um prolongamento da religião e da magia, vinculada à sacralidade e aos rituais – foi reforçada, sobretudo a partir do reinado de Alexandre Magno, rei da Macedônia (330 a 320 a. C.).

O período seguinte ao início do Cristianismo, em especial a partir da queda do Império Romano, foi de obscurantismo, e a prática da Medicina viu-se restrita aos conventos europeus. Os ares da evolução só chegaram a partir do Renascimento, com o surgimento dos cursos universitários de Medicina e a influência dos árabes, a partir do século VII, e sobretudo a partir do Iluminismo, com a criação de

ao mostrar-se sempre disposto a recebê-lo e a tratá-lo para lhe facultar o restabelecimento da sua saúde”.

⁹ “In all dangerous cases you should be on the watch for all favourable coctions of the evacuations from all parts, or for fair and critical abscessions. Coctions signify nearness of crisis and sure recovery of health, but crude and unconcocted evacuations, which change into bad abscessions, denote absence of crisis, pain, prolonged illness, death, or a return of the same symptoms. But it is by a consideration of other signs that one must decide which of these results will be most likely. Declare the past, diagnose the present, foretell the future; practise these acts. As to diseases, make a habit of two things—to help, or at least to do no harm. The art has three factors, the disease, the patient, the physician, The physician is the servant of the art. The patient must co-operate with the physician in combating the disease” [Nossa tradução: Em todos os casos perigosos, você deve estar atento a todas as cocções favoráveis das evacuações de todas as partes, ou a abscessos justos e críticos. As cocções significam a proximidade da crise e a recuperação segura da saúde, mas as evacuações grosseiras e não planejadas, que se transformam em abscessos graves, denotam ausência de crise, dor, doença prolongada, morte ou retorno dos mesmos sintomas. Mas é pela consideração de outros sinais que se deve decidir qual desses resultados será o mais provável. Declare o passado, diagnostique o presente, preveja o futuro; praticar esses atos. Quanto às doenças, crie o hábito de duas coisas - ajudar ou, pelo menos, não causar danos. A arte tem três fatores, a doença, o paciente, o médico. O médico é o servo da arte. O paciente deve cooperar com o médico no combate à doença]. Fonte: <https://ia802708.us.archive.org/8/items/hippocrates01hippuoft/hippocrates01hippuoft.pdf>, acesso em mar/2023.

especialidades médicas, de estudos técnicos e de descobertas científicas (SOARES, 2021, p. 10).

A relação médico-paciente, contudo, ainda era marcada pelo paternalismo: para a maioria dos médicos dos anos de 1800, o paciente não deveria ser informado se padecesse de alguma doença grave – e a primeira referência ao direito de informação do paciente, embora desde que absolutamente necessário, só surgiu em 1847, com o Código de Deontologia Médica da Associação Médica Mundial.

Segundo o pensamento então vigente, a informação deveria partir do paciente, não na forma dialético-cooperativa, mas como parte integrante do processo de tratamento, para realização de um diagnóstico mais preciso, e para melhor condução do caso (SOARES, 2021, p. 10).

O Código de Ética Médica adotado pela Associação Médica Americana, no ano de 1847, é atribuído ao médico inglês Thomas Percival, que pioneiramente cunhou a expressão “ética médica” no seu livro *Medical Ethics; or, a Code of Institutes and Precepts, Adapted to the Professional Conduct of Physicians and Surgeons*¹⁰, em 1803.

A mudança de pensamento só viria a partir do século XIX, com o desenvolvimento do conhecimento científico sobre fisiologia e anatomia humanas, consolidando-se com a evolução nos campos da Ética e, sobretudo, com a emancipação da Bioética como disciplina autônoma, e do próprio Direito, sobretudo do Direito Constitucional, sendo superado o paradigma paternalista ou hipocrático pelo da autonomia (SOUZA, 2018, p. 26).

Autonomia de vontade do paciente

“A autonomia”, no dizer de BARROSO (2022, p. 81), “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”.

¹⁰ Disponível em https://www.google.co.uk/books/edition/_tVsUAAAAQAAJ?hl=en&gbpv=1&pg=PR3&dq=percival+1803 (acesso em mai/2023).

A vontade do paciente, expressa por meio de seu consentimento, ganhou relevo nos países de *Common Law*, podendo ser destacados pela doutrina os precedentes *Slater vs. Baker & Stapleton*, de 1767, na Inglaterra (em que foi responsabilizado o médico pela realização de procedimento não autorizado pelo paciente, consistente na quebra do osso da sua perna – apesar da oposição deste, pois na época não se dispunha de anestesia (!), só descoberta em 1846, em Boston, EUA, quando o dentista Thomas Green Morton utilizou pela primeira vez o éter para realizar uma cirurgia – , em razão de fratura anterior mal consolidada, e colocação de aparelho ortopédico), *Mohr vs. Williams*, de 1905, em Minnesota, EUA (em que se imputou a responsabilidade ao médico que, tendo obtido consentimento do paciente para realizar cirurgia em seu ouvido direito, para tratamento de problema de audição, antes de iniciar a operação realizou novo exame e diagnosticou problema mais sério no ouvido esquerdo, operando este em vez do direito), *Luka vs. Lowrie*, de 1912, em Michigan, EUA (em que foi dispensado o consentimento do paciente para a realização de procedimentos em caso de emergência, no caso, amputação emergencial do pé de uma criança, que sofrera lesão, como ato necessário para salvá-la, estando os pais indisponíveis no momento), de *Schloendorff vs. Society of New York Hospitals*, de 1914, em Nova York, EUA (em que o juiz Benjamin Cardozo, mais tarde guindado à Suprema Corte americana, afirmou que todo ser humano capaz e com discernimento tem o direito de determinar o que deve ser feito com o seu corpo, e o médico que viesse a operar, sem a concordância do paciente que pudesse consentir, poderia ter a obrigação de indenizá-lo) (SOARES, 2021, p. 11), de *Canterbury vs. Spence* de 1972, em Washington DC, EUA (em que a Corte de Apelação do Distrito de Columbia reconheceu a culpa do médico pela falta de informação quanto aos riscos envolvidos numa cirurgia de laminectomia lombar [hérnia de disco] de um paciente de 19 anos, de que resultou paralisia parcial, embora se tratasse de decorrência possível da própria intervenção), de *Sidaway vs. Governors of Bethlem Royal Hospital*, de 1985, na Inglaterra (em que reconheceu a Corte de Apelação da Inglaterra e País de Gales expressamente o dever do médico em informar os riscos do tratamento ao paciente, responsabilizando o médico por não informar a paciente de 71 anos do risco específico de paralisia parcial na cirurgia de hérnia de disco, mediante a aplicação do *Bolam principle* ou princípio da beneficência) e de *Montgomery vs. Lanarkshire Health Board*,

de 2015, no Reino Unido (em que o tribunal responsabilizou o médico obstetra por violação do dever de informar uma paciente do risco de realização de parto natural em gestante de baixa estatura e diabética, em que o bebê sofreu paralisia cerebral após o nascimento após distocia de ombro, causada pela dificuldade de passagem do ombro da criança após a cabeça pela sínfise púbica, complicação de alto risco – em torno de 9% a 10% - em pacientes diabéticas, sem oferecer a opção de realização de parto cesáreo) (KFOURI NETO, 2019, p. 266-267).

Em *Slater vs Baker & Stapleton*¹¹ sedimentaram-se as balizas do que se convencionou chamar *informed consent*, estabelecendo-se não apenas a necessidade de prévio consentimento informado do paciente – que para tanto deveria receber com antecedência bastante as informações necessárias – mas, também, o dever de o médico informar¹².

¹¹ Fonte:

https://minds.wisconsin.edu/bitstream/handle/1793/80595/Slater_v_.BakerAndStapleton_FullMonograph.pdf?sequence=1&isAllowed=y (acesso em jan/2023).

¹² IDEAS FROM SLATER V. BAKER CONCERNING CONSENT – Slater v. Baker includes several ideas that are still important today. (...) First, surgeons should obtain consent from patients before major procedures such as disuniting the callus of a healing leg. Touching without consent for surgical purposes within a consensual surgeon-patient relationship can be a violation of the standard of care (trespass on the case), now called medical malpractice, and is not necessarily battery (trespass vi et armis). Slater v. Baker only addresses consent to disuniting the callus of a broken leg that has set - “it appears from the evidence of the surgeons that it was improper to disunite the callous without consent, this is the usage and law of surgeons.” Slater v. Baker does not address the scope of implied consent from the relationship and what other procedures required specific additional consent. Second, patients should be informed about the operation of disuniting the callus before it is performed - “indeed it is reasonable that a patient should be told what is about to be done to him, that he may take courage and put himself in such a situation as to enable him to undergo the operation.” Slater v. Baker introduced into the common law the idea of informed consent by acknowledging that the patient had information needs. It took many years for the law to expand the scope of required information to include all of the elements of information that are now recognized. Since Slater v. Baker suggests no other source of this information than the surgeon, it implicitly places the duty on the surgeon to provide the information. Some commentators have taken the position that Slater v. Baker had a more limited role in the development of the requirements for consent and informed consent. (...) Note that the focus is not on consent as simply waiver of privacy or assumption of risk or permission to proceed. Nor is the focus on consent as an exercise of self-determination by making a choice between alternative therapies. Although there is discussion in the report of alternative approaches to treating broken legs - compression versus extension and whether to disunite the callus - there is no mention of the patient having a role in the choice. It is reported that the surgeons made a decision, albeit improper, concerning how to proceed. In Slater v. Baker, the focus of the need to provide information to the patient is on preparation for the experience of the specific touching and its consequences - “that he may take courage and put himself in such a situation as to enable him to undergo the operation.” [Nossa tradução: IDEIAS DE SLATER V. BAKER SOBRE CONSENTIMENTO Slater v. Baker inclui várias ideias que ainda são importantes hoje. (...) Primeiro, os cirurgiões devem obter o consentimento dos pacientes antes de procedimentos importantes, como quebrar o calo (de fratura) de uma perna em cicatrização. Tocar sem consentimento para fins cirúrgicos dentro de uma relação consensual cirurgião-paciente pode ser uma violação do

Já do caso *Anna Mors vs Cornelius Williams* (Suprema Corte de Minnesota, julgado de 23 de junho de 1905) ¹³, colhemos as diretivas da necessidade de prévio

padrão de atendimento (transgressão no caso), agora chamada de negligência médica, e não é necessariamente agressão (transgressão “vi et armis”). Slater v. Baker aborda apenas o consentimento para quebrar o calo (de fratura) de uma perna quebrada que se firmou - “parece da evidência dos cirurgiões que era impróprio quebrar o calo sem consentimento, este é o uso e a lei dos cirurgiões”. Slater v. Baker não aborda o escopo do consentimento implícito do relacionamento e quais outros procedimentos exigiam consentimento adicional específico. Em segundo lugar, os pacientes devem ser informados sobre a operação de quebra do calo (de fratura) antes de realizá-la - “na verdade, é razoável que um paciente seja informado do que está prestes a ser feito com ele, para que ele tome coragem e se coloque em tal situação de modo a permitir que ele se submeta à operação.” Slater v. Baker introduziu na lei comum a ideia de consentimento informado ao reconhecer que o paciente tinha necessidades de informação. Demorou muitos anos para a lei expandir o escopo das informações exigidas para incluir todos os elementos de informação que agora são reconhecidos. Uma vez que Slater v. Baker não sugere nenhuma outra fonte de informação além do cirurgião, isso implicitamente coloca o dever do cirurgião em fornecer a informação. Alguns comentaristas assumiram a posição de que Slater v. Baker teve um papel mais limitado no desenvolvimento dos requisitos para consentimento e consentimento informado. (...) Observe que o foco não está no consentimento como simples renúncia à privacidade ou assunção de risco ou permissão para prosseguir. O foco também não é o consentimento como um exercício de autodeterminação ao fazer uma escolha entre terapias alternativas. Embora haja discussão no relatório de abordagens alternativas para o tratamento de pernas quebradas - compressão versus extensão e quebra do calo - não há menção de o paciente ter um papel na escolha. É relatado que os cirurgiões tomaram uma decisão, embora imprópria, sobre como proceder. Em Slater v. Baker, o foco da necessidade de fornecer informações ao paciente está na preparação para a experiência do toque específico e suas consequências - “para que ele tome coragem e se coloque em uma situação que lhe permita sofrer a operação”].

¹³ Plaintiff consulted defendant concerning a difficulty with her right ear. Defendant examined the organ and advised an operation, to which plaintiff consented. After being placed under the influence of anaesthetics, and when plaintiff was unconscious therefrom, defendant examined her left ear, and found it in a more serious condition than her right, and in greater need of an operation. He called the attention of plaintiff's family physician to the conditions he had discovered, who attended the operation at plaintiff's request, and finally concluded that the operation should be performed upon the left instead of the right ear, to which the family physician made no objection. Plaintiff had not previously experienced any difficulty with her left ear, and was not informed prior to the time she was placed under the influence of anaesthetics that any difficulty existed with reference to it, and she did not consent to an operation thereon. Subsequently, on the claim that the operation seriously impaired her sense of hearing and was wrongful and unlawful, she brought this action to recover damages for an assault and battery. It is held: (a) That defendant had no authority to perform the operation without plaintiff's consent, express or implied. (b) That her consent was not expressly given, and whether it should be implied from the circumstances of the case, was a question for the jury to determine. (c) That, if the operation was not authorized by the express or implied consent of plaintiff, it was wrongful and unlawful, and constituted, in law, an assault and battery (Nossa tradução: A autora consultou o réu sobre uma dificuldade com seu ouvido direito. O réu examinou o órgão e aconselhou uma operação, à qual a autora consentiu. Depois de ter sido colocada sob a influência de anestésicos, e quando a queixosa estava inconsciente, o réu examinou seu ouvido esquerdo e o encontrou em uma condição mais grave do que o direito, e com maior necessidade de uma operação. Ele chamou a atenção do médico de família da autora para as condições que havia descoberto, que compareceu à operação a pedido da autora e, finalmente, concluiu que a operação deveria ser realizada no ouvido esquerdo em vez do direito, à qual o médico de família não fez objeção. A Requerente não havia experimentado anteriormente nenhuma dificuldade com seu ouvido esquerdo e não foi informada antes do momento em que foi colocada sob a influência de anestésicos que existia qualquer dificuldade com relação a ele, e ela não consentiu em uma operação. Posteriormente, sob a alegação de que a operação prejudicou gravemente sua audição e foi injusta e ilegal, ela ajuizou esta ação para recuperar danos por agressão e lesão corporal. É sustentado: (a) Que o réu não tinha

consentimento do paciente (expresso ou implícito) para a realização de procedimento médico (no caso, cirurgia no ouvido), sem o qual o proceder do facultativo deriva para a ilegalidade, importando prática criminosa equiparada a agressão (no caso, lesão corporal).

Do caso *Lucas vs Lowrie*, consolidou-se o precedente de validade da intervenção médica, sem o consentimento do paciente (que no caso era menor), na impossibilidade de obtê-lo (no caso, em razão de inconsciência) ou de contato com seus responsáveis ¹⁴.

autoridade para realizar a operação sem o consentimento da autora, expresso ou implícito. (b) Que o consentimento dela não foi dado expressamente, e se deveria estar implícito nas circunstâncias do caso, era uma questão para o júri determinar. (c) Que, se a operação não foi autorizada pelo consentimento expresso ou implícito da autora, foi ilícita e ilegal, e constituiu, legalmente, uma agressão e lesão corporal.] Fonte: <https://cite.case.law/minn/95/261/> (acesso em jan/2023).

¹⁴ The plaintiff, a boy 15 years of age, while crossing the Michigan Central Railroad track, was knocked down by an engine and in some manner, not clearly shown, was thrown under the wheels of a car. His left foot was mangled and crushed. There was a compound disarticulation of the bones of the foot, and one of the principal bones of the arch, the 'scaphoid' bone, was torn away entirely, the flesh was crushed and torn from the top of the foot, leaving the muscles, ligaments, and bones exposed. The plaintiff testified: 'I could see the bones sticking out. I could see they weren't broken. Don't know how many bones were sticking out; around four or five, something like that.' Shortly after his injury, plaintiff was removed to Harper Hospital in an ambulance. He was partially conscious upon his arrival and was able to communicate his name and the name of the street upon which he lived to the attending surgeons. Within 10 or 15 minutes after his arrival, he lapsed into a comatose condition, and later into complete unconsciousness. Efforts to revive him by injections of strychnine and infusion on a saline solution were made, but he remained unconscious until after the operation. Soon after his arrival at the hospital, at 10:15 a. m., plaintiff's foot was examined by four house physicians connected with the hospital. They concluded that prompt surgical treatment was necessary and telephoned to defendant, who is assistant surgeon of the Michigan Central Railroad. Defendant arrived at the hospital at 10:45 a. m. Upon examining the plaintiff, he found him unconscious, with a weak pulse and dilated pupils. The foot was found to be cold and dead, the circulation having been interrupted. Defendant testified that he learned from the house surgeon the boy's name and residence street. With reference to the residence, he knew the distance from Harper Hospital and the time it would take to get from there to the hospital; that he inquired of the house surgeon if any one, any relatives, were present, and was informed that no person was present whatever. After a consultation with the four house physicians, it was agreed by all that an immediate amputation was necessary to save the plaintiff's life. The foot was amputated, and the plaintiff recovered. It is the plaintiff's claim that his foot should not have been amputated at all, and particularly that it should not have been amputated without first obtaining his consent or the consent of his parents, who went to the hospital as soon as possible after learning of the accident (Nossa tradução: demandante, um menino de 15 anos de idade, enquanto cruzava os trilhos da Michigan Central Railroad, foi derrubado por uma composição e de alguma maneira, não claramente mostrada, foi jogado sob as rodas de um carro. Seu pé esquerdo foi mutilado e esmagado. Houve uma desarticulação composta dos ossos do pé, e um dos principais ossos do arco, o osso 'escafoide', foi completamente arrancado, a carne foi esmagada e arrancada da parte superior do pé, deixando os músculos, ligamentos e ossos expostos. O queixoso testemunhou: 'Eu podia ver os ossos saindo. Eu podia ver que eles não estavam quebrados. Não sei quantos ossos estavam saindo; por volta das quatro ou cinco, algo assim.' Pouco depois de sua lesão, o queixoso foi removido para o Harper Hospital em uma ambulância. Ele estava parcialmente consciente ao chegar e foi capaz de comunicar seu nome e o nome da rua em que morava aos cirurgiões assistentes. Dentro de 10 ou 15 minutos após sua chegada,

A respeito, lembra PERELMAN (1957, p. 102) que

O primeiro caso importante surgiu em Michigan, e a exploração era que, nestas circunstâncias, o consentimento do menor sem o do pai era suficiente. O tribunal não se pronunciou sobre a questão de saber se geralmente é necessário o consentimento dos pais. Da mesma forma, quando o problema seguinte surgiu, não houve decisão definitiva de que o consentimento dos pais foi uma condição precedente absoluta para a execução legal de uma operação em um menor. A Suprema Corte de Michigan considerou que a operação sobre o menor não houve tecnicamente agressão, pois existia uma emergência, e qualquer consentimento que fosse necessário seria implícito. Essa exceção de "emergência" já foi utilizada por outros tribunais para escapar da imposição de responsabilidade a um médico [The first important case arose in Michigan, and the holding was that, under the circumstances, the consent of the minor without that of the parent was sufficient. The court did not pass on the question of whether a parent's consent is generally necessary. Likewise, when the problem next arose, there was no definitive ruling that parental consent was an absolute condition precedent to the lawful performance of an operation on a minor. The Supreme Court of Michigan held that the operation -upon the minor was not a technical assault, since an emergency existed, and any consent that might be necessary would be implied. This "emergency" exception has since been utilized by other courts to escape imposing liability upon a doctor] (tradução nossa).

Já do caso *Schoendorff vs Society of New York Hospitals*¹⁵, extrai-se que todo ser humano adulto e capaz tem o direito de determinar o que deve ser feito com seu

ele entrou em estado de coma e, posteriormente, em completa inconsciência. Foram feitos esforços para reanimá-lo com injeções de estricnina e infusão de solução salina, mas ele permaneceu inconsciente até depois da operação. Logo após sua chegada ao hospital, às 10h15, o pé do queixoso foi examinado por quatro médicos internos ligados ao hospital. Eles concluíram que o tratamento cirúrgico imediato era necessário e telefonaram para o réu, que é cirurgião assistente da Michigan Central Railroad. O réu chegou ao hospital às 10h45. Ao examinar o autor, encontrou-o inconsciente, com pulso fraco e pupilas dilatadas. O pé estava frio e morto, com a circulação interrompida. O réu testemunhou que soube do cirurgião da casa o nome do menino e a rua de residência. Com referência à residência, ele sabia a distância do Harper Hospital e o tempo que levaria para ir de lá até o hospital; que ele perguntou ao cirurgião da casa se alguém, algum parente, estava presente, e foi informado de que não havia ninguém presente. Após uma consulta com os quatro médicos da casa, todos concordaram que uma amputação imediata era necessária para salvar a vida do queixoso. O pé foi amputado e o autor se recuperou. É a alegação do demandante que seu pé não deveria ter sido amputado e, particularmente, que não deveria ter sido amputado sem primeiro obter seu consentimento ou o consentimento de seus pais, que foram ao hospital o mais rápido possível após saber do acidente). Fonte: <https://case-law.vlex.com/vid/luka-v-lowrie-889980815> (acesso em jan/2023).

¹⁵ In the year 1771, by royal charter of George III., the Society of the New York Hospital was organized for the care and healing of the sick. (...). To this hospital the plaintiff came in January, 1908. She was suffering from some disorder of the stomach. She asked the superintendent or one of his assistants what the charge would be and was told that it would be \$ 7 a week. She became an inmate of the hospital, and after some weeks of treatment the house physician, Dr. Bartlett, discovered a lump, which proved to be a fibroid tumor. He consulted the visiting surgeon, Dr. Stimson, who advised an operation. The plaintiff's testimony is that the character of the lump could not, so the physicians informed her, be determined without an ether examination. She consented to such an examination, but notified Dr.

próprio corpo, e que um cirurgião que realiza uma operação sem o consentimento de seu paciente, comete uma agressão, pela qual é responsável por danos.

No caso *Canterbury vs. Spence*, assentou-se o entendimento pela responsabilidade do médico ¹⁶ por danos decorrentes da falta de informação quanto

Bartlett, as she says, that there must be no operation. She was taken at night from the medical to the surgical ward and prepared for an operation by a nurse. On the following day ether was administered, and while she was unconscious a tumor was removed. Her testimony is that this was done without her consent or knowledge. She is contradicted both by Dr. Stimson and by Dr. Bartlett, as well as by many of the attendant nurses. For the purpose of this appeal, however, since a verdict was directed in favor of the defendant, her narrative, even if improbable, must be taken as true. Following the operation, and, according to the testimony of her witnesses, because of it, gangrene developed in her left arm; some of her fingers had to be amputated; and her sufferings were intense. She now seeks to charge the hospital with liability for the wrong. (...) In the case at hand, the wrong complained of is not merely negligence. It is trespass. Every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body; and a surgeon who performs an operation without his patient's consent, commits an assault, for which he is liable in damages. (...) This is true except in cases of emergency where the patient is unconscious and where it is necessary to operate before consent can be obtained. The fact that the wrong complained of here is trespass rather than negligence, distinguishes this case from most of the cases that have preceded it (Nossa tradução: No ano de 1771, por carta real de George III, a Sociedade do Hospital de Nova York foi organizada para o cuidado e cura dos enfermos. (...). A queixosa veio a este hospital em janeiro de 1908. Ela sofria de algum distúrbio estomacal. Ela perguntou ao superintendente ou a um de seus assistentes qual seria a cobrança e foi informada de que seriam US \$ 7 por semana. Ela internou-se no hospital e, após algumas semanas de tratamento, o médico da casa, Dr. Bartlett, descobriu um nódulo, que provou ser um tumor fibróide. Ele consultou o cirurgião visitante, Dr. Stimson, que aconselhou uma operação. O testemunho da queixosa é que o caráter do nódulo não poderia, assim os médicos a informaram, ser determinado sem um exame de éter. Ela consentiu em tal exame, mas notificou o Dr. Bartlett, como ela diz, que não deveria haver operação. Ela foi levada à noite da ala médica para a ala cirúrgica e preparada para uma operação por uma enfermeira. No dia seguinte foi administrado éter e, enquanto ela estava inconsciente, um tumor foi removido. Seu testemunho é que isso foi feito sem seu consentimento ou conhecimento. Ela é contestada tanto pelo Dr. Stimson quanto pelo Dr. Bartlett, bem como por muitas das enfermeiras assistentes. Para efeitos do presente recurso, no entanto, uma vez que o veredicto foi dirigido a favor da ré, a sua narrativa, mesmo que improvável, deve ser tomada como verdadeira. Após a operação e, segundo o depoimento de suas testemunhas, por causa dela, desenvolveu gangrena em seu braço esquerdo; alguns de seus dedos tiveram que ser amputados; e seus sofrimentos eram intensos. Ela agora procura acusar o hospital de responsabilidade pelo erro. (...) No caso em tela, o ilícito denunciado não é apenas negligência. É transgressão. Todo ser humano de idade adulta e mente sã tem o direito de determinar o que deve ser feito com seu próprio corpo; e um cirurgião que realiza uma operação sem o consentimento de seu paciente, comete uma agressão, pela qual é responsável por danos. (...) Isso é verdade, exceto em casos de emergência em que o paciente está inconsciente e em que é necessário operar antes que o consentimento possa ser obtido. O fato de que o erro reclamado aqui é transgressão e não negligência, distingue este caso da maioria dos casos que o precederam). Fonte: <https://biotech.law.lsu.edu/cases/consent/schoendorff.htm> (acesso em jan/2023).

¹⁶ The doctrine of informed consent attempts to balance the autonomy of the patient with the professional obligations of the physician.¹³ In the seminal decision of *Canterbury v. Spence*, supra, (...), the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit explained that “[t]rue consent to what happens to one’s self is the informed exercise of a choice, and that entails an opportunity to evaluate knowledgeably the options available and the risks attendant upon each. The average patient has little or no understanding of the medical arts, and ordinarily has only his physician to whom he can look for enlightenment with which to reach an intelligent decision. From these almost axiomatic considerations springs the need, and in turn the requirement, of a reasonable divulgence by physician to patient to make such a decision possible.” (Footnotes omitted.) The court continued: “A physician is under a duty

aos riscos envolvidos numa cirurgia, embora se tratasse de decorrência possível da própria intervenção (Nesse sentido, MURPHY, 1976).

No caso de *Sidaway vs. Governors of Bethlem Royal Hospital*¹⁷, de 1985, na Inglaterra, reconheceu a Corte de Apelação da Inglaterra e País de Gales

to treat his patient skillfully but proficiency in diagnosis and therapy is not the full measure of his responsibility. . . . [T]he physician is under an obligation to communicate specific information to the patient when the exigencies of reasonable care call for it. . . . The context in which the duty of risk-disclosure arises is invariably the occasion for decision as to whether a particular treatment procedure is to be undertaken. To the physician, whose training enables a self-satisfying evaluation, the answer may seem clear, but it is the prerogative of the patient, not the physician, to determine for himself the direction in which his interests seem to lie. To enable the patient to chart his course understandably, some familiarity with the therapeutic alternatives and their hazards becomes essential." (Footnotes omitted.) For that reason, the court held that "the physician's overall obligation to the patient [includes the] duty of reasonable disclosure of the choices with respect to proposed therapy and the dangers inherently and potentially involved." Accordingly, a physician "must seek and secure his patient's consent before commencing an operation or other course of treatment (Nossa tradução: A doutrina do consentimento informado tenta equilibrar a autonomia do paciente com as obrigações profissionais do médico. Na decisão seminal de *Canterbury v. Spence*, supra, (...), A Corte de Apelação do Distrito de Columbia, Estados Unidos, explicou que "[verdadeiro] consentimento para o que acontece para si mesmo é o exercício informado de uma escolha, e que implica uma oportunidade de avaliar com conhecimento de causa as opções disponíveis e os riscos inerentes a cada uma. O paciente médio tem pouca ou nenhuma compreensão das artes médicas, e normalmente tem apenas seu médico de quem ele pode buscar esclarecimento para chegar a uma decisão inteligente. Dessas considerações quase axiomáticas surge a necessidade e, por sua vez, a exigência, de divulgação razoável por parte do médico ao paciente para tornar tal decisão possível." (Notas de rodapé omitidas.) O tribunal continuou: "Um médico está sob dever de tratar seu paciente com habilidade, mas proficiência em diagnóstico e terapia não é a medida completa de sua responsabilidade. . . . [O] médico tem a obrigação de comunicar informações específicas ao paciente quando as exigências de cuidados razoáveis o exigirem. . . . O contexto em que surge o dever de divulgação do risco é invariavelmente a ocasião para decidir se um determinado procedimento de tratamento deve ser realizado. Para o médico, cuja formação permite uma avaliação satisfatória, a resposta pode parecer clara, mas é a prerrogativa do paciente, não do médico, determinar por si mesmo a direção em que seus interesses parecem se posicionar. Para permitir que o paciente trace seu curso compreensivelmente, alguma familiaridade com a terapêutica alternativas e seus perigos torna-se essencial." (Notas de rodapé omitidas.) (...). Por essa razão, o tribunal considerou que "a obrigação geral do médico para com o paciente [inclui o] dever de divulgação razoável das escolhas em relação à terapia proposta e dos perigos inerentes e potencialmente envolvidos." (...). Conseqüentemente, um médico "deve buscar e assegurar o consentimento do seu paciente antes de iniciar uma operação ou outro curso de tratamento.) Fonte: https://idv.sinica.edu.tw/cfw/course/law_medicine_technology/04_Canterbury.pdf (acesso em jan/2023).

¹⁷ England's appellate court upheld a ruling that a surgeon who had performed an operation resulting in severe spinal cord damage, without having advised the patient of the risk of such an occurrence, was not liable. The physician's duty of care is discharged by revealing enough information to enable the patient to make a rational decision, with the extent of disclosure to be based on accepted medical practice. The judges rejected, as not in accord with English law, the American doctrine of informed consent based on the patient's right to disclosure of all material risks of significance to a "prudent patient" (Nossa tradução: O tribunal de apelação da Inglaterra manteve a decisão de que um cirurgião que realizou uma operação que resultou em danos graves na medula espinhal, sem ter avisado o paciente sobre o risco de tal ocorrência, não era responsável. O dever de cuidar do médico é cumprido ao revelar informações suficientes para permitir que o paciente tome uma decisão racional, com a extensão da revelação baseada na prática médica aceita. Os juízes rejeitaram, por não estar de acordo com a lei inglesa, a doutrina americana do consentimento informado com base no direito do paciente de revelar

expressamente o dever do médico em informar os riscos do tratamento ao paciente, mediante a aplicação do *Bolam principle* ou princípio da beneficência.

No julgamento do caso *Montgomery vs. Lanarkshire Health Board*, de 2015, no Reino Unido, o tribunal responsabilizou o médico obstetra por violação do dever de informar uma paciente do risco de realização de parto natural em gestante de baixa estatura e diabética, em que o bebê sofreu paralisia cerebral ao nascer após distocia de ombro, causada pela dificuldade de passagem do ombro da criança após a cabeça pela sínfise púbica - complicação de alto risco (em torno de 9% a 10%) em pacientes diabéticas, sem oferecer a opção de realização de parto cesáreo ¹⁸.

todos os riscos materiais significativos para um "paciente prudente") <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/11648155/> (acesso em jan/2023).

¹⁸ The appellant, Nadine Montgomery, gave birth on 1 October 1999 at Bellshill Maternity Hospital, Lanarkshire. As a result of complications during delivery, her baby was born with serious disabilities. Mrs Montgomery sought damages on behalf of her son alleging negligence of the respondent Board's employee, Dr McLellan, who was responsible for her care during her pregnancy and labour. Mrs Montgomery has diabetes. Women with diabetes are more likely to have large babies and there is a 9-10% risk of shoulder dystocia during vaginal delivery (the baby's shoulders being too wide to pass through the mother's pelvis). Though this may be resolved by emergency procedures during labour, shoulder dystocia poses various health risks to the woman and baby. Mrs Montgomery had raised concerns about vaginal delivery but Dr McLellan's policy was not routinely to advise diabetic women about shoulder dystocia as, in her view, the risk of a grave problem for the baby was very small, but if advised of the risks of shoulder dystocia women would opt for a caesarean section, which was not in the maternal interest. Following the decision of the House of Lords in *Sidaway v Board of Governors of the Bethlem Royal Hospital and the Maudsley Hospital* [1985], the Lord Ordinary held that whether a doctor's omission to warn a patient of risks of treatment was a breach of her duty of care was normally to be determined by the application of the "Bolam test" (*Bolam v Friern Hospital Management Committee* [1957] i.e., whether the omission was accepted as proper by a responsible body of medical opinion, which could not be rejected as irrational. Given the expert medical evidence for the Board, the Bolam test was not met. The Lord Ordinary accepted that where treatment involves a "substantial risk of grave adverse consequences", in some cases a judge could conclude that a patient's right to decide whether to consent to that treatment was so obvious that no prudent doctor could fail to warn of the risk. In the Lord Ordinary's view, the risk of shoulder dystocia, though significant, did not in itself require a warning since in most cases shoulder dystocia was dealt with by "simple procedures" and the chance of a severe injury to the baby was "tiny". Following *Sidaway*, he also noted that if a patient asks about specific risks, the doctor must answer, but did not accept that Mrs Montgomery asked such questions. The Inner House of Session refused Mrs Montgomery's reclaiming motion and upheld the Lord Ordinary's conclusion. Since both courts held that no duty owed was to her, the issue of causation did not arise. Both nonetheless held that Mrs Montgomery had not shown that, had she been advised of the risk, she would have elected to undergo a caesarean, thus avoiding the risks to the baby (Nossa tradução: A apelante, Nadine Montgomery, deu à luz em 1º de outubro de 1999 no Bellshill Maternity Hospital, Lanarkshire. Como resultado de complicações durante o parto, seu bebê nasceu com graves deficiências. A Sra. Montgomery pediu indenização em nome de seu filho, alegando negligência do funcionário do conselho demandado, Dr. McLellan, que foi responsável por seus cuidados durante a gravidez e o trabalho de parto. A senhora Montgomery tem diabetes. As mulheres com diabetes têm maior probabilidade de ter bebês grandes e há um risco de 9 a 10% de distocia de ombro durante o parto vaginal (os ombros do bebê são muito largos para passar pela pélvis da mãe). Embora isso possa ser resolvido por procedimentos de emergência durante o trabalho de parto, a distocia de ombro

Nos anos subsequentes ficou reconhecida nos tribunais norte-americanos a necessidade do *informed consent* (expressão cunhada a partir de um julgado do Tribunal da Califórnia, no caso em que um paciente foi operado sem ser informado dos riscos da cirurgia, em 1957), ainda que à míngua de uma doutrina consolidada a respeito das intervenções médicas em humanos – ao menos, até a metade do século XX.

Esse panorama mudou com a II Guerra Mundial, quando cruéis experimentos foram realizados pelos alemães em seres humanos (judeus, ciganos, russos e poloneses), trazendo à luz o questionamento da possibilidade de realização de procedimentos desvinculados do consentimento.

A doutrina registra como marco a condenação de vinte e três médicos por crimes contra a humanidade, genocídio e experimentos biomédicos em 1946, no caso *United States vs. Karl Brandt*, pelo Tribunal Militar de Nuremberg ¹⁹, cujos juízes

apresenta vários riscos à saúde da mulher e do bebê. A Sra. Montgomery havia levantado preocupações sobre o parto vaginal, mas a política do Dr. McLellan não era aconselhar rotineiramente mulheres diabéticas sobre distocia de ombro, pois, em sua opinião, o risco de um problema grave para o bebê era muito pequeno, mas se avisado sobre os riscos de distocia de ombro as mulheres optariam pela cesariana, o que não era do interesse materno. Seguindo a decisão da Casa dos Lordes em *Sidaway v Board of Governors of the Bethlem Royal Hospital and the Maudsley Hospital* [1985], o Juiz sustentou que se a omissão de um médico em alertar um paciente sobre os riscos do tratamento foi uma violação de seu dever de cuidado era normalmente determinado pela aplicação do “teste de Bolam” (*Bolam v Friern Hospital Management Committee* [1957] ou seja, se a omissão foi aceita como apropriada por um corpo responsável de opinião médica, que não poderia ser rejeitada como irracional). Dada a evidência médica especializada para o Conselho, o teste de Bolam não foi atendido. O Julgador aceitou que, quando o tratamento envolve um “risco substancial de graves consequências adversas”, em alguns casos um juiz pode concluir que o direito do paciente de decidir se deve o consentimento para esse tratamento era tão óbvio que nenhum médico prudente poderia deixar de alertar sobre o risco. Na opinião do Juiz, o risco de distocia de ombro, embora significativo, não exigia em si isso porque na maioria dos casos a distocia de ombro era tratada com “procedimentos simples” e a chance de uma lesão grave para o bebê era “mínima”. Seguindo *Sidaway*, ele também observou que se um paciente perguntar sobre riscos específicos, o médico deve responder, mas não aceitou que a Sra. Montgomery fizesse tais perguntas. A Corte de Apelação da Suprema Corte Civil da Escócia recusou a moção de reclamação da Sra. Montgomery e manteve a conclusão do Juiz. Uma vez que ambos os tribunais consideraram que nenhum dever era devido a ela, a questão da causalidade não surgiu. Ambos, no entanto, sustentaram que a Sra. Montgomery não havia demonstrado que, se tivesse sido avisada do risco, teria optado por uma cesariana, evitando assim os riscos para o bebê). Fonte: <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2013-0136-press-summary.pdf> (acesso em jan/2023).

¹⁹ *The Medical Case, U.S.A. vs. Karl Brandt, et al.* (also known as the Doctors' Trial), was prosecuted in 1946-47 against twenty-three doctors and administrators accused of organizing and participating in war crimes and crimes against humanity in the form of medical experiments and medical procedures inflicted on prisoners and civilians. Karl Brandt, the lead defendant, was the senior medical official of the German government during World War II; other defendants included senior doctors and administrators in the armed forces and SS. They were indicted on four counts: 1. conspiracy to commit war crimes and crimes against humanity; 2. war crimes (i.e., crimes against persons protected by the laws of war, such

estabeleceram 10 princípios de observância obrigatória nas experiências em seres humanos – os quais vieram a se tornar, em 1947 (CABRAL, 2018, p. 55) ou 1948 (KFOURI NETO, 2019, p. 262), parte do Código de Nuremberg, primeiro texto a proclamar os direitos dos pacientes. Pode-se dizer, portanto, que o consentimento voluntário foi decorrência das condutas censuráveis que deram causa ao Tribunal de Nuremberg (CABRAL, 2018, p. 55).

Em sede doutrinária destaca-se como um precursor do consentimento informado no mundo jurídico o contrato celebrado pelo médico William Beaumont (primeiro fisiologista norte-americano, fundador da Gastroenterologia e idealizador do primeiro Código de Ética na Pesquisa de que se tem notícia) e o cidadão Alexis St. Martin, como o primeiro registro de uma relação entre uma pessoa e um pesquisador

as prisoners of war); 3. crimes against humanity (including persons not protected by the laws of war); and 4. membership in a criminal organization (the SS). The specific crimes charged included more than twelve series of medical experiments concerning the effects of and treatments for high altitude conditions, freezing, malaria, poison gas, sulfanilamide, bone, muscle, and nerve regeneration, bone transplantation, saltwater consumption, epidemic jaundice, sterilization, typhus, poisons, and incendiary bombs. These experiments were conducted on concentration camp inmates. Other crimes involved the killing of Jews for anatomical research, the killing of tubercular Poles, and the euthanasia of sick and disabled civilians in Germany and occupied territories. The defendants were charged with ordering, supervising, or coordinating criminal activities, as well as participating in them directly. The fourth count concerned membership in the SS (Schutzstaffeln) of the Nazi regime. Karl Brandt and six other defendants were convicted, sentenced to death, and executed; nine defendants were convicted and sentenced to terms in prison; and seven defendants were acquitted (Nossa tradução: O caso médico U.S.A. vs. Karl Brandt, et al. (também conhecido como Julgamento dos Médicos), foi processado em 1946-47 contra vinte e três médicos e administradores acusados de organizar e participar de crimes de guerra e crimes contra a humanidade na forma de experimentos médicos e procedimentos médicos infligidos a prisioneiros e civis. Karl Brandt, o réu principal, era o oficial médico sênior do governo alemão durante a Segunda Guerra Mundial; outros réus incluíam médicos seniores e administradores das forças armadas e da SS. Eles foram indiciados por quatro acusações: 1. conspiração para cometer crimes de guerra e crimes contra a humanidade; 2. crimes de guerra (ou seja, crimes contra pessoas protegidas pelas leis de guerra, como prisioneiros de guerra); 3. crimes contra a humanidade (incluindo pessoas não protegidas pelas leis de guerra); e 4. participação em organização criminosa (a SS). Os crimes específicos acusados incluíam mais de doze séries de experimentos médicos relativos aos efeitos e tratamentos para condições de altitude elevada, congelamento, malária, gás venenoso, sulfanilamida, regeneração óssea, muscular e nervosa, transplante ósseo, consumo de água salgada, icterícia epidêmica, esterilização, tifo, venenos e bombas incendiárias. Esses experimentos foram conduzidos em prisioneiros de campos de concentração. Outros crimes envolveram o assassinato de judeus para pesquisa anatômica, o assassinato de poloneses tuberculosos e a eutanásia de civis doentes e deficientes na Alemanha e nos territórios ocupados. Os réus foram acusados de ordenar, supervisionar ou coordenar atividades criminosas, bem como de participar diretamente delas. A quarta acusação dizia respeito à filiação na SS (Schutzstaffeln) do regime nazista. Karl Brandt e seis outros réus foram condenados, sentenciados à morte e executados; nove arguidos foram condenados e sentenciados a penas de prisão; e sete réus foram absolvidos). Fonte: https://nuremberg.law.harvard.edu/nmt_1_intro (acesso em jan/2023).

²⁰, pelo qual receberia US\$ 150.00, mais hospedagem e alimentação, para estar disponível pelo prazo de um ano para todos os experimentos que seriam realizados (CABRAL, 2018, p. 54).

Em França, o reconhecimento jurídico do dever de informar deu-se no âmbito jurisprudencial, antes do advento da legislação, a partir de 1942 (*Arrêt Teyssier* proferido pela Corte de Cassação, em que se estabeleceu que, à exceção de casos de força maior, um cirurgião deve obter o consentimento prévio do paciente para realizar qualquer operação ²¹), e em 1994 o *Conseil Constitutionnel* reconheceu a

²⁰ On June 6, 1822, inside the American Fur Company's store on Mackinac Island, epicenter for the fur trading enterprise in the Great Lakes region, a French Canadian voyageur named Alexis St. Martin (1794–1880) was accidentally shot in the stomach. Dr. William Beaumont (1785–1853), Post-Surgeon at Fort Mackinac (1820–1825), attended to St. Martin's injuries over the next 3 years, but his stomach wound never closed resulting in a permanent gastric fistula. Recognizing a serendipitous opportunity to study digestion, the doctor began tying small bits of food to string and lowering them through the fistula into St. Martin's stomach, recording how long it took to digest the food. Beaumont conducted 238 experiments intermittently over 8 years at Fort Mackinac, MI (1825); Fort Niagara, NY (1825); Fort Crawford, WI (1829–31), and Washington D.C. (1832–33). In 1833 he published his discoveries in “Experiments and observations on the gastric juice and the physiology of digestion”. Beaumont's pioneering studies established the field of digestive physiology, identifying HCl as the important element in gastric juice along with 50 other conclusions from his experiments (Nossa tradução: Em 6 de junho de 1822, dentro da loja da American Fur Company na Ilha Mackinac, epicentro da empresa de comércio de peles na região dos Grandes Lagos, um viajante franco-canadense chamado Alexis St. Martin (1794–1880) foi baleado acidentalmente no estômago. Dr. William Beaumont (1785–1853), pós-cirurgião em Fort Mackinac (1820–1825), atendeu aos ferimentos de St. Martin nos 3 anos seguintes, mas seu ferimento no estômago nunca fechou, resultando em uma fístula gástrica permanente. Reconhecendo uma oportunidade fortuita de estudar a digestão, o médico começou a amarrar pequenos pedaços de comida em um barbante e baixá-los através da fístula até o estômago de St. Martin, registrando quanto tempo levava para digerir a comida. Beaumont conduziu 238 experimentos intermitentemente durante 8 anos em Fort Mackinac, MI (1825); Fort Niagara, NY (1825); Fort Crawford, WI (1829–31) e Washington DC (1832–33). Em 1833 publicou suas descobertas em “Experimentos e observações sobre o suco gástrico e a fisiologia da digestão”. Os estudos pioneiros de Beaumont estabeleceram o campo da fisiologia digestiva, identificando o HCl como o elemento importante no suco gástrico, juntamente com outras 50 conclusões de seus experimentos) Fonte: https://faseb.onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1096/fasebj.26.1_supplement.1125.1 (acesso em jan/2023).

²¹ Le 4 juillet 1931, Monsieur Teyssier a engagé devant le tribunal civil de Bordeaux une action en responsabilité, tant contre le chirurgien que contre les Hospices et paiement d'une indemnité de 300.000 francs. Il reprochait au médecin d'avoir procédé, à son insu, à une intervention inopportune, prétendant que cette opération n'avait eu d'autre fin que de fournir la matière d'une greffe à une tierce personne. Sur l'exception très vraisemblablement invoquée par les adversaires, le tribunal s'est, par jugement du 23 décembre 1931, déclaré incompétent, au motif que l'Administration des hospices, établissement public, était justiciable de la juridiction administrative. Monsieur Teyssier a relevé appel de ce jugement. Il a aussi porté son action devant le Conseil d'Etat, en tant qu'elle était dirigée contre les Hospices. Après avoir ordonné une expertise, cette juridiction a rejeté la demande de Monsieur Teyssier, par arrêt du 12 mars 1937. Ce dernier a alors relancé l'instance contre le médecin, devant la Cour d'appel de Bordeaux. Celle-ci, retenant la compétence de la juridiction judiciaire a, par arrêt du 4 juin 1937, condamné le médecin à payer à Monsieur Teyssier une indemnité de 30.000 francs. Le pourvoi du Docteur P.. contre cet arrêt a été rejeté par arrêt de la Cour de Cassation du 28 janvier 1942 [Em 4 de

existência do princípio da salvaguarda da dignidade humana ²², reforçada pelo *Arrêt* de 09 de outubro de 2001 (Recurso n. 00-14.564) ²³.

Por sua vez, o Código Civil Francês assegura a primazia da pessoa, proibindo qualquer afronta à sua dignidade e garantindo o respeito ao ser humano desde o início de sua vida (art. 16), bem como o respeito ao corpo, a sua inviolabilidade e extrapatrimonialidade (art. 16-1); já o consentimento decorre da regra de que a integridade do corpo humano pode ser atingida na hipótese de necessidade médica que envolva a própria pessoa, ou excepcionalmente, no interesse terapêutico de

julho de 1931, o Sr. Teyssier apresentou-se perante o tribunal civil de Bordeaux uma ação de responsabilidade, tanto contra o cirurgião quanto contra o Hospital e pagamento de uma indenização de 300.000 francos. Ele censurou o médico por ter procedido, contra sua vontade, a uma intervenção inoportuna, alegando que esta operação tinha qualquer finalidade que não fornecer material de enxerto a terceiros. Sobre a exceção muito provavelmente invocada pelos adversários, o tribunal, por sentença de 23 de dezembro de 1931, declarou-se incompetente, sob o fundamento de que a Administração do hospital, instituição pública, estava sujeita à jurisdição administrativa. O Sr. Teyssier recorreu desta sentença. Ele também dirigiu sua ação para o Conselho de Estado, por se dirigir contra o Hospital. Após o pedido de um laudo pericial, este tribunal rejeitou o pedido do Sr. Teyssier, por julgamento do 12 de março de 1937. Este reiniciou então o processo contra o médico, perante o Tribunal da Relação de Bordéus. Este último, mantendo a jurisdição judicial, por sentença de 4 de junho de 1937, condenou o médico a pagar ao Sr. Teyssier uma indenização de 30.000 francos. O recurso do Dr. P.. contra este acórdão foi indeferido por acórdão da Corte de Cassação de 28 de janeiro de 1942]. Fonte: <https://www.biusante.parisdescartes.fr/sfhm/hsm/HSMx2001x035x003/HSMx2001x035x003x0299.pdf> (acesso em jan/2023).

²² “*Décide : Article premier : La loi relative au respect du corps humain et la loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, sont déclarées conformes à la Constitution. Article 2 : La présente décision sera publiée au Journal officiel de la République française. Délibéré par le Conseil constitutionnel dans ses séances des 26 et 27 juillet 1994*”. Le président, Robert BADINTER. *Journal officiel du 29 juillet 1994, page 11024* [“Resolve: Art. 1º: Declara-se conforme à Constituição a lei relativa ao respeito ao corpo humano e a lei relativa à doação e utilização de elementos e produtos do corpo humano, à procriação medicamente assistida e ao diagnóstico pré-natal. Artigo 2: Esta decisão será publicada no Jornal Oficial da República Francesa. Deliberado pelo Conselho Constitucional nas sessões de 26 e 27 de julho de 1994”. O Presidente, Robert BADINTER. *Diário Oficial de 29 de julho de 1994, folha 11.024*]. *Conseil Constitutionnel, Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994 - Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal* [Resolução n° 94-343/344 DC de 27 de julho de 1994 - Lei relativa ao respeito ao corpo humano e lei relativa à doação e utilização de elementos e produtos do corpo humano, procriação medicamente assistida e diagnóstico pré-natal]. Fonte: https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1994/94343_344DC.htm (acesso em jan/2023).

²³ “Le devoir d'information du médecin vis-à-vis de son patient trouve son fondement dans l'exigence du respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine” [“O dever do médico de informar o seu paciente baseia-se na exigência de respeito ao princípio constitucional da salvaguarda da dignidade da pessoa humana”]. Cour de Cassation, Pourvoi n. 00-14.564, 09 de outubro de 2001 (Fonte: https://www.courdecassation.fr/decision/60794d029ba5988459c47cc3?search_api_fulltext=Arr%C3%AAAt+de+09+de+outubro+de+2001+%28Recurso+n.+00-14.564%29&op=Investiga%C3%A7%C3%A3o&previousdecisionpage=&previousdecisionindex=&nextdecisionpage=&nextdecisionindex= (acesso em jan/2023).

outrem (art. 16-3, complementado pelo art. L111-4 do *Code de la santé publique/CSP*, que determina que nenhum ato médico ou tratamento pode ser realizado sem o consentimento livre e esclarecido do utente, que pode ser revogado a qualquer momento ²⁴).

No plano deontológico, o *Code de déontologie médicale* trata do consentimento do paciente (*article R.4127-36*) ²⁵ e reza que este deve ser buscado em todos os casos possíveis (*Le consentement de la personne examinée ou soignée doit être recherché dans tous les cas*).

Na Itália, o consentimento do paciente é fundado no direito à autodeterminação e no direito à saúde, previstos nos arts. 13 ²⁶ e 32 ²⁷ da Constituição ²⁸; em sede infraconstitucional, o tema é tratado, também, na Lei n. 219, de 21 de outubro de 2015, revogadora do *Decreto Ministeriale* de 03 de março de 2005 (que trata da doação de sangue ²⁹), entre outros, ao passo que o Código Civil italiano veda a prática de atos

²⁴ Fonte: <https://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Frances-French-Civil-Code-english-version.pdf> (acesso em jan/2023).

²⁵ ARTICLE R.4127-36 - Le consentement de la personne examinée ou soignée doit être recherché dans tous les cas. Lorsque le malade, en état d'exprimer sa volonté, refuse les investigations ou le traitement proposés, le médecin doit respecter ce refus après avoir informé le malade de ses conséquences. Si le malade est hors d'état d'exprimer sa volonté, le médecin ne peut intervenir sans que la personne de confiance, à défaut, la famille ou un de ses proches ait été prévenu et informé, sauf urgence ou impossibilité. Les obligations du médecin à l'égard du patient lorsque celui-ci est un mineur ou un majeur protégé sont définies à l'article R.4127-42 [ARTIGO R.4127-36 - O consentimento da pessoa examinada ou tratada deve ser solicitado em todos os casos. Quando o paciente, em condições de manifestar a sua vontade, recusar as investigações ou tratamentos propostos, o médico deve respeitar essa recusa depois de ter informado o paciente das suas consequências. Se o paciente é incapaz de expressar seus desejos, o médico não pode intervir sem a pessoa de confiança, sob pena de notificação e comunicação à família ou a um dos seus parentes, salvo em caso de urgência ou impossibilidade. As obrigações do médico para com o paciente quando este é um menor ou adulto protegido são definidos no artigo R.4127-42] Fonte: <https://www.conseil-national.medecin.fr/sites/default/files/codedeont.pdf> (acesso em jan/2023).

²⁶ Articolo 13. La libertà personale è inviolabile [Artigo 13. A liberdade pessoal é inviolável]. Fonte: <https://www.senato.it/istituzione/la-costituzione/parte-i/titolo-i/articolo-13> (acesso em jan/2023).

²⁷ Articolo 32. La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana. [Artigo 32. A República tutela a saúde como direito fundamental do indivíduo e interesse da coletividade, e garante tratamentos gratuitos aos indigentes. Ninguém pode ser obrigado a um determinado tratamento sanitário, salvo disposição de lei. A lei não pode, em hipótese alguma, violar os limites impostos pelo respeito à pessoa humana]. Fonte: <https://www.senato.it/istituzione/la-costituzione/parte-i/titolo-ii/articolo-32> (acesso em jan/2023).

²⁸ Fonte: https://www.senato.it/sites/default/files/media-documents/COST_PORTOGHESE.pdf (acesso em jan/2023).

²⁹ Fonte: <https://www.parlamento.it/parlam/leggi/05219l.htm> (acesso em jan/2023).

de disposição do próprio corpo que causem uma diminuição permanente da integridade física (art. 5º ³⁰), no *Codice de Deontologia Medica*, de 16 de dezembro de 2006, que determina o fornecimento pelo médico de informação idônea sobre o diagnóstico, o prognóstico, as perspectivas e eventuais alternativas terapêuticas ao paciente, além das consequências previsíveis sobre as escolhas feitas (art. 30 ³¹), e na *Legge* n. 219, de 22 de dezembro de 2017 ³², que tutela o direito à vida, à saúde, à dignidade e à autodeterminação da pessoa, e trata do consentimento do paciente (*consenso informato*) e das diretivas antecipadas de tratamento.

Em Portugal o direito de autodeterminação da pessoa humana, à integridade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade são tutelados em sede constitucional, ao passo que o Código Civil contempla o consentimento do paciente ao dispor que não há ilicitude no ato lesivo dos direitos de outrem, conquanto que este tenha consentido na lesão, tendo-se por consentida quando tenha ocorrido no interesse do

³⁰ Art. 5 Atti di disposizione del proprio corpo. Gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume [Nossa tradução: Art. 5 Atos de disposição do próprio corpo. Os atos de disposição do próprio corpo são proibidos quando causarem uma diminuição permanente da integridade física, ou quando forem contrários à lei, à ordem pública ou aos bons costumes]. Fonte: http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_Dictum/codciv/Lib1.htm (acesso em jan/2023).

³¹ Art. 30. Conflitto di interesse – Il medico deve evitare ogni condizione nella quale il giudizio professionale riguardante l'interesse primario, qual è la salute dei cittadini, possa essere indebitamente influenzato da un interesse secondario. Il conflitto di interesse riguarda aspetti economici e non, e si può manifestare nella ricerca scientifica, nella formazione e nell'aggiornamento professionale, nella prescrizione terapeutica e di esami diagnostici e nei rapporti individuali e di gruppo con industrie, enti, organizzazioni e istituzioni, nonché con la Pubblica Amministrazione. Il medico deve: - essere consapevole del possibile verificarsi di un conflitto di interesse e valutarne l'importanza e gli eventuali rischi; - prevenire ogni situazione che possa essere evitata; - dichiarare in maniera esplicita il tipo di rapporto che potrebbe influenzare le sue scelte consentendo al destinatario di queste una valutazione critica consapevole. Il medico non deve in alcun modo subordinare il proprio comportamento prescrittivo ad accordi economici o di altra natura, per trarne indebito profitto per sé e per Altri [Artigo 30. Conflito de interesses - O médico deve evitar qualquer condição em que o julgamento profissional relativo ao interesse primária, que é a saúde dos cidadãos, pode ser indevidamente influenciada por um interesse secundário. O conflito de interesses diz respeito a aspectos econômicos e não econômicos, podendo se manifestar em pesquisas científicas, formação e atualização profissional, prescrição terapêutica e testes diagnósticos e nas relações individuais e grupais com indústrias, órgãos, organizações e instituições, bem como com a Administração Pública. O médico deve: - estar ciente da possível ocorrência de um conflito de interesses e avaliar sua importância e quaisquer riscos; - prevenir qualquer situação que possa ser evitada; - declare explicitamente o tipo de relacionamento que pode influenciar suas escolhas permitindo ao destinatário uma avaliação crítica consciente. O médico não deve de forma alguma subordinar seu comportamento de prescrição a acordos econômico ou não, para obter lucro indevido para si e para os outros]. Fonte: https://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_1165_allegato.pdf, acesso em mar/2023).

³² Fonte: <https://www.quotidianosanita.it/allegati/allegato115290.pdf> (acesso em mar/2023).

lesado e de acordo com a sua vontade presumível (art. 340³³), e o Código Penal prevê o consentimento como causa de exclusão de ilicitude da conduta, desde que verse sobre bem jurídico disponível e traduza vontade séria, livre e esclarecida do titular do direito juridicamente protegido (art. 38³⁴); por sua vez, o Regulamento de Deontologia Médica (Regulamento 707, de 20 de maio de 2016, publicado no Diário da República, 2ª Série, n. 139, de 21 de julho do mesmo ano³⁵) prevê que mediante consentimento do paciente – cuja validade é condicionada à posse de informação relevante, à capacidade de decidir livremente e, sempre que possível, a um intervalo de tempo para reflexão entre o esclarecimento e o consentimento (art. 20³⁶) – podem ser realizados atos não reconhecidos pelas *leges artis* desde que sobre eles haja dados promissores, ou integrantes de ensaios clínicos, cumpridas as regras de experimentos em humanos (art. 10³⁷).

Na Espanha, a Lei n. 41, de 14 de novembro de 2002 (*Ley básica reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica*) reconhece o consentimento à atuação médica como

³³ Artigo 340.º (Consentimento do lesado) 1. O ato lesivo dos direitos de outrem é lícito, desde que este tenha consentido na lesão. 2. O consentimento do lesado não exclui, porém, a ilicitude do ato, quando este for contrário a uma proibição legal ou aos bons costumes. 3. Tem-se por consentida a lesão, quando esta se deu no interesse do lesado e de acordo com a sua vontade presumível (Fonte: <https://www.codigocivil.pt/>, acesso em mar/2023).

³⁴ Artigo 38.º Consentimento. 1 - Além dos casos especialmente previstos na lei, o consentimento exclui a ilicitude do facto quando se referir a interesses jurídicos livremente disponíveis e o facto não ofender os bons costumes. 2 - O consentimento pode ser expresso por qualquer meio que traduza uma vontade séria, livre e esclarecida do titular do interesse juridicamente protegido, e pode ser livremente revogado até à execução do facto. 3 - O consentimento só é eficaz se for prestado por quem tiver mais de 16 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance quando o presta. 4 - Se o consentimento não for conhecido do agente, este é punível com a pena aplicável à tentativa (Fonte: <https://www.codigopenal.pt/>, acesso em mar/2023).

³⁵ Disponível em https://ordemdosmedicos.pt/wp-content/uploads/2017/08/Regulamento_707_2016__Regulamento_Deontol%C3%B3gico.pdf (acesso em mar/2023).

³⁶ Artigo 20.º Consentimento do doente 1 — O consentimento do doente só é válido se este, no momento em que o dá, tiver capacidade de decidir livremente, se estiver na posse da informação relevante e se for dado na ausência de coações físicas ou morais. 2 — Entre o esclarecimento e o consentimento deverá existir, sempre que possível, um intervalo de tempo que permita ao doente refletir e aconselhar -se. 3 — O médico deve aceitar e pode sugerir que o doente procure outra opinião médica, particularmente se a decisão envolver riscos significativos ou graves consequências para a sua saúde.

³⁷ Tratamentos vedados ou condicionados. 1 — O médico deve abster -se de praticar atos que não estejam de acordo com as *leges artis*. 2 — Excetuam -se os atos não reconhecidos pelas *leges artis*, mas sobre os quais se disponha de dados promissores, em situações em que não haja alternativa, desde que com consentimento do doente ou do seu representante legal, no caso daquele o não poder fazer, e ainda os atos que se integram em protocolos de investigação ou ensaios clínicos, cumpridas as regras que condicionam a experimentação em e com pessoas humanas.

mecanismo de proteção, garantindo a autonomia do paciente, depois de recebida a informação adequada (art. 3º ³⁸).

Na Europa, ainda, o consentimento do paciente se funda na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (art. 35 ³⁹), na Convenção sobre os direitos humanos e biomedicina (art. 5º ⁴⁰) e na Declaração europeia sobre a promoção dos direitos do paciente adotada em Amsterdam, em 30 de março de 1994 (princípio n. 3 ⁴¹).

Na América do Sul, o Código Civil argentino contempla o consentimento informado – dispondo que não se presume, demanda interpretação restritiva e pode ser livremente revogável (art. 55 ⁴²) – para atos médicos e pesquisas em saúde (art. 59 ⁴³), e a Lei n. 26.529, de 19 de novembro de 2009, que trata dos *derechos del*

³⁸ Libre elección: la facultad del paciente o usuario de optar, libre y voluntariamente, entre dos o más alternativas asistenciales, entre varios facultativos o entre centros asistenciales, en los términos y condiciones que establezcan los servicios de salud competentes, en cada caso [Livre escolha: facultade do paciente ou usuário de escolher, livre e voluntariamente, entre duas ou mais alternativas de atendimento, entre vários médicos ou entre centros de atendimento, nos termos e condições estabelecidos pelos serviços de saúde competentes, em cada caso]. Fonte: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2002/BOE-A-2002-22188-consolidado.pdf> (acesso em fev/2023).

³⁹ Artigo 35. Proteção da saúde. Todas as pessoas têm o direito de aceder à prevenção em matéria de saúde e de beneficiar de cuidados médicos, de acordo com as legislações e práticas nacionais. Na definição e execução de todas as políticas e ações da União, será assegurado um elevado nível de proteção da saúde humana (Fonte: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf, acesso em fev/2023).

⁴⁰ Artigo 5.º Regra geral - Qualquer intervenção no domínio da saúde só pode ser efectuada após ter sido prestado pela pessoa em causa o seu consentimento livre e esclarecido. Esta pessoa deve receber previamente a informação adequada quanto ao objectivo e à natureza da intervenção, bem como às suas consequências e riscos. A pessoa em questão pode, em qualquer momento, revogar livremente o seu consentimento (Fonte: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/euro/principaisinstrumentos/16.htm>)

⁴¹ 3.1 The informed consent of the patient is a prerequisite for any medical intervention [O consentimento informado do paciente é um pré-requisito para qualquer intervenção médica]. Fonte: http://www.nurs.uoa.gr/fileadmin/nurs.uoa.gr/uploads/Nomothesia_Nosilefton/Evropaika_keimena/eu_declaration1994_1_.pdf, acesso em fev/2023.

⁴² ARTÍCULO 55. Disposición de derechos personalísimos - El consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos es admitido si no es contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres. Este consentimiento no se presume, es de interpretación restrictiva, y libremente revocable [Artigo 55. ARTIGO 55. Garantia de direitos personalíssimos. Admite-se o consentimento para a prestação de direitos personalíssimos se não for contrário à lei, à moral ou aos bons costumes. Esse consentimento não é presumido, é de interpretação restritiva e livremente revogável]. Fonte: [http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Comentado_Tomo_I%20\(arts.%201%20a%20400\).pdf#page=528&zoom=100,0,0](http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Comentado_Tomo_I%20(arts.%201%20a%20400).pdf#page=528&zoom=100,0,0) (acesso em fev/2023).

⁴³ ARTÍCULO 59. Consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud El consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud es la declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada, respecto a: a) su estado de salud; b) el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) los beneficios esperados del procedimiento; d) los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles;

paciente em su relación com los profesionales e instituciones de la salud, especifica que a informação de saúde deve ser clara, suficiente e adequada à capacidade de compreensão do paciente, cientificando-o sobre o seu estado de saúde, os estudos e tratamentos necessários e a sua possível evolução, riscos, complicações e sequelas (art. 3º 44).

e) la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados; g) en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, el derecho a rechazar procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación a las perspectivas de mejoría, o produzcan sufrimiento desmesurado, o tengan por único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable; h) el derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento. Ninguna persona con discapacidad puede ser sometida a investigaciones en salud sin su consentimiento libre e informado, para lo cual se le debe garantizar el acceso a los apoyos que necesite. Nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento libre e informado, excepto disposición legal en contrario. Si la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica y no la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente, siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente [ARTIGO 59.º Consentimiento informado para actos médicos e investigação em saúde. Consentimiento informado para atos médicos e pesquisas em saúde é a declaração de vontade expressa pelo paciente, emitida após receber informações claras, precisas e adequadas sobre: a) seu estado de saúde; b) o procedimento proposto, especificando os objetivos perseguidos; c) os benefícios esperados do procedimento; d) os riscos, desconfortos e efeitos adversos previsíveis; e) a especificação dos procedimentos alternativos e seus riscos, benefícios e malefícios em relação ao procedimento proposto; f) as consequências previsíveis da não execução do procedimento proposto ou das alternativas especificadas; g) em caso de doença irreversível ou incurável, ou quando está em estado terminal ou sofreu lesões que o colocam na mesma situação, o direito de recusar procedimentos cirúrgicos, hidratação, alimentação, ressuscitação artificial ou retirada de medidas de suporte de vida, quando são extraordinários ou desproporcionais em em relação às perspectivas de melhora, ou produzir sofrimento excessivo, ou ter como único efeito prolongar essa dor no tempo. estágio terminal irreversível e incurável; h) o direito de receber cuidados paliativos integrais no processo de cuidar de sua doença ou condição. Nenhuma pessoa com deficiência pode ser submetida a investigações em saúde sem o seu consentimento livre e informado, para o que se deve garantir o acesso ao suporte que precisa. Ninguém pode ser submetido a exames ou tratamentos clínicos ou cirúrgicos sem o seu consentimento livre e informado, salvo o disposto na lei em contrário. Se a pessoa for absolutamente incapaz de expressar sua vontade no momento do atendimento médico e não a tenha manifestado previamente, o consentimento pode ser dado pelo representante legal, o cuidador, o cônjuge, o convivente, o parente ou o parente que acompanha o paciente, desde que se trate de situação de emergência com risco certo e iminente de grave prejuízo à sua vida ou saúde. Na ausência de todos eles, o médico pode dispensar o consentimento se a sua ação for urgente e se destinar a evitar danos graves ao paciente] Fonte: [http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Comentado_Tomo_I%20\(arts.%201%20a%20400\).pdf#page=528&zoom=100,0,0](http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Comentado_Tomo_I%20(arts.%201%20a%20400).pdf#page=528&zoom=100,0,0) (acceso em fev/2023).

⁴⁴ ARTICULO 3º — Definición. A los efectos de la presente ley, entiéndase por información sanitaria aquella que, de manera clara, suficiente y adecuada a la capacidad de comprensión del paciente, informe sobre su estado de salud, los estudios y tratamientos que fueren menester realizarle y la

No Direito Brasileiro, a autonomia de vontade do paciente decorre primordialmente do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (Constituição Federal, art. 1º, III ⁴⁵), erigido a fundamento da própria República Federativa do Brasil, e do direito à saúde (CR, art. 196 ⁴⁶), ao passo que o Código Civil assegura a proteção aos direitos da personalidade, que são intransmissíveis, irrenunciáveis e não podem sofrer limitação voluntária (art. 11 ⁴⁷), vedando a prática de ato de disposição do próprio corpo, salvo por exigência médica (art. 13 ⁴⁸), tal como para fins de transplante (art. 13, parágrafo único), resguardando o direito de ninguém ser constrangido a se submeter, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica (art. 15 ⁴⁹); por sua vez, o Código de Defesa do Consumidor assegura o direito à informação (art. 6º, III ⁵⁰), enquanto a Lei n. 13.709/2008 exige consentimento específico para tratamento de dados pessoais sensíveis, salvo para cumprimento de obrigação legal ou regulatória (art. 11 ⁵¹), dentre os quais se inserem

previsible evolución, riesgos, complicaciones o secuelas de los mismos [SEÇÃO 3 — Definição. Para os efeitos desta lei, entende-se por informação de saúde aquela que, de forma clara, suficiente e adequada à capacidade de compreensão do paciente, informe sobre o seu estado de saúde, os estudos e tratamentos que se façam necessários para a realização e a evolução previsível, riscos, complicações ou sequelas dos mesmos]. Fonte: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-26529-160432/actualizacion> (acesso em fev/2023).

⁴⁵ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana;

⁴⁶ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido 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.

⁴⁷ Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

⁴⁸ Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

⁴⁹ Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

⁵⁰ Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...) III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

⁵¹ Art. 11. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses: I - quando o titular ou seu responsável legal consentir, de forma específica e destacada, para finalidades específicas; II - sem fornecimento de consentimento do titular, nas hipóteses em que for indispensável para: a) cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; b) tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos; c) realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais sensíveis; d) exercício regular de direitos, inclusive em contrato e em processo judicial, administrativo e arbitral, este último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem); e) proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro; f) tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de

os dados relativos à saúde (art. 5º, II ⁵²); no campo da bioética, o Código de Ética Médica veda expressamente 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 (art. 22 ⁵³) ou deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo (art. 24 ⁵⁴).

SARMENTO (2020, p. 156) lembra-nos que “a palavra *autonomia* é de origem grega: *auto* designa a própria pessoa, e *nomos* é a lei.

Etimologicamente, autonomia é a capacidade de ditar as normas que regem a própria conduta” – ou, em outras palavras, autodeterminação ⁵⁵; e que “um dos temas mais controvertidos e delicados no estudo da dignidade da pessoa humana” é “a relação entre o princípio da dignidade e a autonomia” (2020, p. 152), porque

Por um lado, há sólido consenso no sentido de que tratar as pessoas como dignas importa em reconhecer o seu direito de realizar escolhas pessoais e de segui-las, quando isto não fira direitos alheios. Por outro, muitos sustentam que a dignidade humana se presta também à limitação da autonomia, para impedir que as pessoas se submetam a situações consideradas indignas, mesmo quando isso decorra da sua própria vontade.

saúde ou autoridade sanitária; ou g) garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos, resguardados os direitos mencionados no art. 9º desta Lei e exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais.

⁵² Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;

⁵³ 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.

⁵⁴ Art. 24. Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo.

⁵⁵ Para o autor, “Essas duas leituras da dignidade – não necessariamente excludentes – têm respeitável pedigree na história das ideias. Do lado da autonomia, Pico della Mirandola, no início do Renascimento, já ligava a dignidade à capacidade humana de autodeterminação, ao poder da pessoa de “se inventar”. Muito antes, porém, ao empregar pela primeira vez a noção de dignidade em sentido universalista, Cícero o fizera para postular a repressão aos instintos sexuais, que aproximariam o homem dos animais. O papel de Kant nessa história é complexo. É certo que ele ergueu a dignidade a partir da autonomia da pessoa humana. Mas autonomia, para Kant, não era o direito do indivíduo de agir como quisesse, mas o seu dever de atuar de acordo com a lei moral que ditasse para si mesmo, e não movido por instintos, desejos ou sentimentos” (SARMENTO, 2020, p. 152-153).

A premissa, no caso, seria de que “não é papel do Estado ou da sociedade definir como as pessoas devem conduzir as suas próprias vidas. Desde que não lesem direitos de terceiros, os indivíduos devem poder seguir seus projetos, inclinações e preferências, por mais que estes desafiem tradições ou desagradem as maiorias sociais” (SARMENTO, 2020, p. 163-164) ⁵⁶.

Não é demais lembrar que “Os direitos de personalidade são de construção relativamente recente, representando as mudanças assumidas pelo direito civil desde o fim do período dos chamados ‘códigos oitocentescos’” (DONEDA, 2013, p. 51).

SIQUEIRA (2020, p. 24) lembra que “a autonomia é um componente indissociável da dignidade humana e da liberdade individual”, donde se segue que “o direito à autonomia deriva inegavelmente do direito fundamental à liberdade geral de ação e se vincula ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade, que faz parte do núcleo da dignidade de todo ser humano”.

E prossegue (SIQUEIRA, 2020, p. 26-27):

Essa compreensão da *liberdade* e da *dignidade com autonomia* assegura ao paciente, assim, o direito de determinar autor responsavelmente o seu próprio destino, relacionado a si e ao seu corpo, e, por conseguinte, à liberdade e o direito de escolher os tratamentos médicos a que deseja ou não se submeter. Disso decorre o direito de recusar tratamentos vitais e de se submeter aos tratamentos que quiser, mesmo que sem indicação médica.

Os chamados direitos da personalidade constituem especialíssima categoria de direitos, essenciais e inerentes à espécie humana, indispensáveis aos membros de uma sociedade que pretende viver com dignidade, tranquilidade e paz social.

De matiz constitucional, foram melhor regulados pelo legislador no Código Civil de 2002 (arts. 11, *et seq.*) ⁵⁷. Embora parte da doutrina veja na Revolução Francesa

⁵⁶ E complementa: “Nesse mesmo sentido, Carlos Santiago Nino formulou o seu princípio de autonomia da pessoa, que prescreve que, ‘sendo valiosa a livre eleição individual de planos de vida e a adoção de ideais de excelência humanos, o Estado (e os demais indivíduos) não deve interferir nessa eleição ou adoção, limitando-se a desenhar instituições que facilitem a persecução individual desses planos de vida e a satisfação dos ideais de virtude que cada um sustente, e impedindo a interferência mútua no curso de tal persecução’” (SARMENTO, 2020, p. 164).

⁵⁷ Ainda que de forma tímida. Como anota CANTALI (2009, p. 94), “do ponto de vista técnico o novo Código Civil nasce obsoleto, e um dos exemplos é a própria disciplina dos direitos de personalidade, os quais foram regulados de maneira tímida e tipificadora conforme a doutrina da década de sessenta,

uma primeira sistematização da ideia, por ocasião da proclamação dos direitos do homem de 1789, desde o Direito Romano já se tinha notícia da *actio injuriarum*, destinada à compensação por lesões à honra e à intimidade.

Desenvolvidos com maior intensidade no século XX, os direitos da personalidade dizem respeito à vida, à saúde, à integridade física, à autonomia da vontade, à honra, à imagem e à intimidade da pessoa.

Como ensina BORGES (2008, p. 243),

Os direitos da personalidade visam à proteção dos modos de ser da pessoa, das projeções físicas e não físicas das pessoas, ou seja, de suas projeções físicas e morais, de seus atributos personalíssimos, daquelas características que lhes são essenciais. As projeções da pessoa, suas expressões, qualidades ou atributos são bens jurídicos tutelados pelo ordenamento jurídico, através de normas presentes desde o texto constitucional até a legislação especial.

São direitos definidos pelo seu objeto especial, leciona SERPA LOPES (2000, vol. I, p. 237), consistente “nos elementos constitutivos da personalidade do titular, tomada sob seus múltiplos aspectos, físico e moral, individual e social”, salientando que “enquanto os demais direitos visam à defesa do gozo externo dos bens, os direitos da personalidade dirigem-se ao gozo de nós mesmos, assegurando ao indivíduo seus valores estritamente pessoais”, razão pela qual “a ordem jurídica protege essa classe especial de direitos, estendendo-lhes não só a sanção civil como ainda a própria tutela penal”.

Lembra GOMES (2016, p. 113) que embora encontremos em alguns Códigos do século XX disposições referentes aos direitos da personalidade – tais como o suíço, o japonês, o helênico e o egípcio – é no Código Civil italiano que esses direitos

que não conhecia a cláusula geral de proteção da pessoa, que veio a ser consagrada na Constituição de 1988”.

recebem ampla sistematização, com destaque para os arts. 5º⁵⁸ e 10⁵⁹, do referido diploma legal⁶⁰.

A denominação, derivada da doutrina alemã da segunda metade do século XIX, foi sufragada para distinção de outras designações recorrentes (direitos humanos, direitos fundamentais, liberdades públicas, direitos civis, direitos da pessoa etc.); os direitos do homem e os direitos da personalidade distinguem-se pelo antagonismo patrimonial – não patrimonial, e pela divisão do direito em público (visando estabelecer limites à atuação do Estado em relação ao indivíduo) e privado (visando estabelecer limites à atuação dos particulares em relação ao indivíduo). São poderes que o indivíduo exerce sobre a própria pessoa (*jus in se ipsum*) e oponíveis *erga omnes*, distinguindo-se pelos caracteres de serem absolutos (importando em obrigação genérica de abstenção a todos os demais indivíduos), da generalidade (por pertencerem a toda e qualquer pessoa), da extrapatrimonialidade (*res extra commercium*, insuscetíveis de comporem o objeto de negócios jurídicos), da intransmissibilidade (por serem personalíssimos), da indisponibilidade (por conferirem prerrogativas limitadas ao próprio sujeito, sendo por isso inalienáveis), da irrenunciabilidade (dos quais o titular pode até não desfrutar ativamente, mas jamais abdicar), da imprescritibilidade (porque não se perdem nem caducam), da inexpropriabilidade (porque, compondo os alicerces e fundamentos éticos do Estado Democrático de Direito, não podem ser suprimidos na sua essência, embora comportem regulamentação em seus aspectos secundários, do estabelecimento de limites e condições para o seu exercício e tutela) e da ilimitabilidade (ante a

⁵⁸ Art. 5. (Atti di disposizione del proprio corpo). Gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume [Art. 5º. (Atos de disposição do próprio corpo). Os atos de disposição do próprio corpo são proibidos quando causarem diminuição permanente da integridade física, ou quando de outra forma forem contrários à lei, à ordem pública ou aos bons costumes].

⁵⁹ Art. 10. (Abuso dell'immagine altrui). Qualora l'immagine di una persona o dei genitori, del coniuge o dei figli sia stata esposta o pubblicata fuori dei casi in cui l'esposizione o la pubblicazione è dalla legge consentita, ovvero con pregiudizio al decoro o alla reputazione della persona stessa o dei detti congiunti, l'autorità giudiziaria, su richiesta dell'interessato, può disporre che cessi l'abuso, salvo il risarcimento dei danni [Artigo 10. (Abuso da imagem alheia). Se a imagem de uma pessoa ou de seus pais, cônjuge ou filhos tiver sido exibida ou publicada, exceto nos casos em cuja exposição ou publicação seja permitida por lei, ou com prejuízo do decoro ou reputação da própria pessoa ou seus parentes, a autoridade judiciária, a requerimento do interessado, poderá ordenar que cesse o abuso, salvo indenização por danos.].

⁶⁰ Fonte: <https://www.studiocataldi.it/codicecivile/codice-civile.pdf> (acesso em fev/2023).

possibilidade de reconhecimento de um número ilimitado de direitos da personalidade, segundo as necessidades e a conveniência ditadas pelo grau de desenvolvimento e aprimoramento da cultura e do Direito).

De especial interesse para este trabalho revelam-se os direitos à integridade física e à autonomia da vontade. O primeiro é gênero, de que constitui espécie o direito ao próprio corpo, um prolongamento do princípio constitucional que impõe o respeito à dignidade da pessoa humana (BARROS MONTEIRO FILHO, 2010, p. 163).

O direito à integridade física, derivado do direito à vida, mereceu atenção – embora tímida – do legislador no art. 13, do Código Civil vigente. Compõem o conceito de integridade física *lato sensu*, segundo a doutrina, além da intangibilidade anatômica, também o direito à incolumidade física em face de contágios por doenças infecciosas transmitidas de forma culposa, ou por envenenamento, ou ainda, por meio de dano à psicomotricidade ou ao funcionamento de membros, órgãos e aparelhos. As partes do corpo que, porque regeneráveis, não provocam diminuição permanente da integridade física (cabelos, unhas, pele, sangue, fígado) podem, em tese, ser extraídos do corpo mediante autorização do titular (BARRETO, 2005).

O direito ao próprio corpo não é tutelado pelo ordenamento jurídico como uma exigência social de ordem e segurança, mas como um instrumento de realização da pessoa. Sua proteção não é superior à proteção de outras manifestações da personalidade, que podem justificar, no caso concreto, a diminuição permanente da integridade física, como a liberdade de crença, a liberdade de expressão ou a solidariedade social, a exemplo do que ocorre no campo do transplante de órgãos. É a lição de SCHREIBER (2013, p. 35), com considerações sobre *body modification*, *self amputees* ou *amputees by choice* e transgenitalização, para evidenciar a insuficiência de critérios do epígrafado art. 13, que podem segundo o autor ser assim resumidas: a) ao autorizar qualquer disposição do próprio corpo por “exigência médica”, o art. 13 parece elevar a recomendação clínica a um patamar superior a qualquer avaliação ética ou jurídica; b) ao vedar a disposição do próprio corpo que importe “diminuição permanente da integridade física”, o art. 13 sugere, *a contrario sensu*, que estariam autorizadas reduções não permanentes, o que se mostra extremamente perigoso; c) ao aludir à noção de “bons costumes”, recorre a ideia vaga

e imprecisa, que pode causar sérias dificuldades em um terreno que sofre decisiva influência de inovações tecnológicas e científicas; e conclui:

o critério da exigência médica, visto por juristas com certo temor reverencial, pode assumir, por vezes, contornos tão flexíveis quanto os que caracterizariam uma eventual alusão à exigência jurídica, com interpretações e nuances tão múltiplas quanto as que decorrem das próprias normas que procuram regular a dramática questão da disposição do próprio corpo. A verdade é que tais controvérsias encerram escolhas que não são biológicas, mas valorativas, para as quais um jurista não está, portanto, menos habilitado do que um clínico. E aqui, como em outros campos, se compreenderá que, se tal verdade, por ser apenas jurídica, não é verdade por inteiro, tampouco o será a verdade médica. O melhor remédio há de surgir não dá prevalência de uma sobre outra, como sugere o art. 13 do Código Civil, mas da sua efetiva combinação.

“A doença”, lembra SIQUEIRA (2020, p. 27), “não retira do paciente sua autonomia, sua liberdade, tampouco sua dignidade, que é inerente à sua condição de ser humano”⁶¹.

Ainda nessa linha de raciocínio, SARMENTO (2020, p. 186-187 e 189) lembra que “em hipóteses excepcionais, podem (...) haver restrições legítimas à liberdade que se voltem à proteção do próprio agente, como as motivadas por propósitos paternalistas e perfeccionistas”, ligando-se o perfeccionismo ao propósito de ajustar a vida e a conduta do indivíduo a modelos de virtude e de vida boa, e o paternalismo, à interferência na liberdade pessoal voltada à proteção do próprio agente, na forma de restrições ao comportamento das pessoas, baseado “em uma analogia entre a relação do Estado com o indivíduo e aquela existente entre os pais e seus filhos”.

“O tema do paternalismo é muito discutido no campo da Bioética”, onde a dignidade humana é invocada tanto para promover a autonomia de vontade do paciente, como, por vezes, para limitá-la (SARMENTO, 2020, p. 190-191):

⁶¹ “Pelo contrário, por mais que em algumas situações os pacientes se encontrem em certa posição de vulnerabilidade, é precisamente isso que justifica a especial reafirmação do direito à autodeterminação sobre o próprio corpo e faz com que qualquer tratamento curativo dependa do seu consentimento livre e informado. Destarte, o respeito à autonomia, derivado da dignidade humana e da liberdade, refere-se não apenas à necessidade de o médico informar e colher o consentimento do paciente antes da intervenção, mas também à possibilidade de o paciente negar o sacrifício da sua integridade corporal e deixar de se submeter ao tratamento, ainda que somente por meio dele seja possível livrá-lo de uma doença que coloca em risco a sua vida” (SIQUEIRA, 2020, p. 27).

Tem-se enfatizado que a postura paternalista, ainda muito enraizada no *ethos* profissional do médico, que o leva a “considerar o enfermo como uma criança diante da qual é necessário ter uma atitude de desvelo beneficente”, deve ser substituída por outra concepção ética fundada no respeito à autonomia do paciente. Essa autonomia é erigida à condição de princípio fundamental da Bioética, passando a demandar o *consentimento livre e informado* do paciente em relação ao seu tratamento. O paciente passa a ser concebido como autêntico sujeito, com direito ao acesso às informações sobre o seu estado de saúde, perspectivas e alternativas de tratamento, bem como à realização das próprias escolhas existenciais, atinentes à vida e corpo. (...).

Mais problemáticas, ainda segundo o mesmo autor (SARMENTO, 2020, p. 191-192), são as medidas perfeccionistas, que, a não ser em hipóteses excepcionalíssimas, não constituiriam fundamento válido para restringir a autonomia de pessoas capazes, ainda que haja risco de vida ⁶²:

Impor restrições perfeccionistas à liberdade das pessoas é deixar de tratá-las como agentes morais, ignorando a sua independência ética, que se traduz no seu direito de eleger os seus próprios caminhos existenciais. O Estado não pode impedir escolhas e atos de natureza autorreferente, porque considera que isto fará as pessoas melhores, mais virtuosas ou mais felizes. (...)

Assim, DONEDA (2013, p. 64-66) explicita, em comentário aos arts. 13 a 15, do Código Civil, que

Nos artigos 13 a 15, trata-se do direito à integridade psicofísica. Embora muitos autores tratem separadamente o direito à integridade física do direito à integridade psíquica, hoje podem ser consideradas superadas as concepções que dissociam o corpo humano do espírito, dissociando regimes de tutela que não levem em conta a impossibilidade de fragmentar aspectos da própria condição humana. (...).

(...) No artigo 15, o legislador deu um primeiro passo em território controverso, positivando assunto que não costumava fugir muito à ética médica. A possibilidade de recusa ao tratamento médico torna-se uma prerrogativa do

⁶² “A vedação à restrição da liberdade por motivos perfeccionistas se aplica mesmo quando os bens jurídicos em jogo são extremamente relevantes, como a própria vida. Afinal, é exatamente nas decisões existenciais mais importantes, como as que concernem à vida, que o princípio da dignidade humana impõe uma proteção mais robusta à autonomia pessoal. Como ressaltou Diaulas Ribeiro, a autonomia pressupõe não só o ‘direito de viver a própria vida’, como também o de ‘morrer a própria morte’. Isso significa inclusive, em minha ótica, medidas polêmicas, (...) como (...) o reconhecimento do direito de pacientes testemunhas de Jeová à recusa da transfusão de sangue, mesmo quando haja risco de vida” (SARMENTO, 2020, p. 192).

paciente, amenizada, porém, com o requisito do tratamento ou cirurgia apresentarem risco de vida.

A respeito, a doutrina lembra a evolução havida no âmbito da ética médica, desde a perspectiva tradicional (ética hipocrática ou do cuidado), em que, inspirada pelos princípios da beneficência e da não-maleficência, era reconhecido o direito de o médico submeter o paciente ao tratamento que julgasse mais conveniente, passando à ética colaborativa, fundada no respeito à autonomia de vontade do paciente e no seu direito de autodeterminação, com a criação de um modelo colaborativo de ação na relação médico-paciente. Entra em cena, então, o direito de autodeterminação do paciente, que engloba o direito de disposição sobre o próprio corpo, como verdadeiro corolário do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana – e a autonomia de vontade do paciente passa a ser o novo elemento integrante da relação médico-paciente, tão relevante nos dias de hoje, por ter o condão de não só legitimar o procedimento do médico na dispensação do tratamento necessário, como o de limitar a atuação do facultativo, impondo ao profissional de saúde um verdadeiro dever de abstenção (KASECKER, 2020, p. 81-83) ⁶³.

⁶³ “No âmbito da ética médica, a perspectiva tradicional – também denominada de ética *hipocrática* ou *do cuidado* – regida sobretudo pelos princípios da beneficência (promoção do bem do paciente) e da não-maleficência (não causação de danos ao paciente), consagrava, no plano jurídico, o direito do médico de submeter o paciente ao tratamento que julgasse mais conveniente, promovendo-lhe a saúde ainda que sem o seu consentimento ou contra a sua vontade. (...) Essa relação passou, no transcorrer dos anos, por um giro no que tange à sua orientação ética e à sua compreensão dogmática. O reconhecimento da necessidade de participação do paciente no processo decisório sobre as questões médicas que lhe dizem respeito tem conduzido à superação da assimetria ínsita à postura tradicional. Nesse sentido, a ética hipocrática vem sendo substituída por um modelo ético colaborativo, fundado no respeito à autonomia e no direito do paciente de autodeterminar-se. (...) O respeito à autonomia implica o reconhecimento da capacidade e da própria possibilidade de o indivíduo de decidir, segundo seu projeto de vida e sua escala personalíssima de valores, sobre as questões concernentes a bens jurídicos seus. Assim, os direitos de autodeterminação e de disposição sobre o próprio corpo (vida e integridade física) têm como fundamentos jurídico-constitucionais a dignidade humana (art. 1º, III da Constituição da República) e a liberdade individual (art. 5º, *caput*, CR) e são atribuídos a todas as pessoas, independentemente de suas condições biológicas ou psicológicas concretas. (...) No âmbito das intervenções médicas, o direito à autodeterminação, que repousa sobre o valor, mais fundamental, da dignidade humana, assegura ao paciente autônomo – para além do direito de consentir – o direito de recusar intervenções médicas, inclusive as curativas, ainda que indispensáveis para a manutenção da vida. Embora essa concepção seja, no Brasil, reiteradamente rejeitada pela classe médica e por considerável parte dos tribunais – vide, por exemplo, art. 11 da Resolução CFM 2232/19 e ADPF 618 – ao médico não se atribui um direito profissional de intervir; sua ação só pode ser legitimada por meio do consentimento do paciente, que não apenas *fundamenta*, mas também *limita* o poder do médico de executar intervenções. (...) Assim, o direito de autodeterminação torna também legítima a rejeição de toda e qualquer assistência médica, ainda que isso possa produzir resultados irreversíveis, como a

Parecer-Consulta CFM 10/96 decidiu que “o médico deve esclarecer o paciente sobre práticas diagnósticas e terapêuticas, conforme preceitua o Código de Ética Médica, não sendo considerada obrigatória a fixação de termo escrito”, podendo ser o consentimento registrado no prontuário (FRANÇA, 2019, p. 114); exige-se apenas que uma explicação simples, objetiva, aproximativa e honesta (princípio da informação adequada).

A necessidade de consentimento prévio do paciente para realização de todo e qualquer ato médico justifica-se pelo direito que cada indivíduo tem de proteger sua integridade e de seu autodeterminar (princípio da autonomia), consignando-se que o consentimento não cria obrigações diante do que é grave ou danoso à saúde (princípio da beneficência). Toda e qualquer mudança significativa no curso terapêutico ou propedêutico demanda consentimento continuado (princípio da temporalidade).

4 Consentimento livre e esclarecido

“O consentimento é o meio por meio do qual a pessoa autônoma, capaz, expressa sua concordância com a ação a ser praticada por terceiro, caracterizando, por seu intermédio, sua liberdade de escolha com relação àquele ato específico” (MINAHIM, 2022, p. 107).

A manifestação de vontade do paciente há de ser livre (sem coação ou influências externas) e consciente (amadurecida a partir das informações prestadas).

A tomada de decisão envolve conhecimento e autoconhecimento (ipseidade), lembra GARCIA (2020, p. 394).

Embora a existência de um termo escrito de consentimento firmado pelo paciente possa servir como prova *juris tantum* do atendimento do processo informativo-decisório, caso dele conste a afirmação de recebimento de informações, a forma verbal de manifestação é mais usual. Para fins probatórios, contudo, o médico

morte. Nesse sentido, a recusa válida, ainda que motivada por razões religiosas ou de consciência, impõe ao médico um dever de abstenção (...).”

pode se valer de outros meios que não necessariamente o termo escrito, *v. g.*, gravações de áudio ou vídeo.

A Recomendação CFM 01/2016 recomenda o uso de termo escrito nos procedimentos médicos que envolvam maior ou grande complexidade, tais como exames invasivos, cirurgias ou transplantes e que, em caso de consentimento apenas verbal, seja registrado no prontuário médico (item “9”⁶⁴).

A vontade do paciente pode se manifestar, segundo a doutrina, de forma expressa (visível na declaração escrita, ou transmitida na forma verbal ou gestual) ou tácita (revelada por atos ou extraída de um comportamento voluntário); o silêncio, contudo, não traduz por si declaração nem constitui comportamento concludente em matéria de consentimento (SOARES, 2021, p. 185).

O consentimento do paciente é pautado pelos princípios da vedação da iniquidade (o que é contrário à justiça) e da abusividade (o que excede os limites do juridicamente aceitável), da boa-fé objetiva (o que é legitimamente esperado de uma pessoa honesta, proba e que atua com lealdade) e da confiança.

⁶⁴ “9. CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO VERBAL E CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO ESCRITO (TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO). Sob o ponto de vista da comprovação da concordância do paciente, assim como sobre se o consentimento foi obtido com respeito à autonomia, se foi obtido de forma suficiente ao perfeito esclarecimento do paciente, não há dúvidas de que o consentimento escrito é o que melhor se presta a tal. No entanto, a atividade médica, por natureza muito ampla, variada e dinâmica, também realiza procedimentos para os quais a exigência do consentimento livre e esclarecido escrito pode causar até estranheza e dificultar, dependendo das circunstâncias, a dinâmica do procedimento e o próprio relacionamento médico-paciente. Nestas situações, o que mais importa é a comunicação e a explicação de viva voz, oral, gestual, entre o médico e o paciente, e a confiança mútua que deve ser estabelecida entre os mesmos. Sempre, no entanto, deve-se respeitar a autonomia do paciente e a obrigação, por parte do médico, de esclarecer todas as dúvidas e incertezas do paciente. Poder-se-ia aventar a possibilidade de que o médico, para acautelar-se contra futuras demandas de responsabilidade, deva fazer presente pessoa para testemunhar o ato. Isso, no entanto, por não ser confiável para o médico e o paciente, pode configurar quebra do sigilo médico. Já para os procedimentos médicos que envolvem maior ou grande complexidade, como exames invasivos, cirurgias, transplantes e outros, a critério médico, recomenda-se consentimento livre e esclarecido escrito, que recebe o nome de termo de consentimento livre e esclarecido. É importante destacar que, no dia a dia de todas as atividades profissionais, inclusive na médica, apresentam-se circunstâncias que fogem da estrutura e dos contornos ordinários previstos, o que resulta na adoção de soluções extraordinárias. Isso ocorre, por exemplo, em situações de emergência, nas quais é impossível estabelecer-se a relação de informação-esclarecimento-consentimento entre médico e paciente ou seu representante, o que impossibilita a obtenção do consentimento livre e esclarecido. Nesses casos, o médico deverá, obrigatoriamente, descrever e justificar o fato, por escrito, preferencialmente no prontuário do paciente, ou em documento apartado, cujo original deverá ser anexado ao prontuário” (disponível em https://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1_2016.pdf, acesso em mai/2023).

O consentimento informado tem por pressupostos a capacidade, a informação e o consentimento propriamente dito, livre e esclarecido (ROBERTO, 2010, p. 167).

A doutrina pontua não ser possível tratar como sinônimos os termos “consentimento livre e esclarecido”, “consentimento informado”, “consentimento livre e informado” e “consentimento pós-informado” (SÁ e SOUZA, 2021, p. 64).

A expressão “termo de consentimento informado” mereceu críticas de STOCCO (2014, p. 739), que o considera contraditório; na mesma linha, CALADO (2014, p. 160) reforça que a palavra “termo” “não traria a carga dinâmica necessária ao processo que envolve a tomada de decisão” pois “indispensável a atuação comissiva do médico, prestando informações, esclarecendo e checando o entendimento do paciente acerca do que foi dito (informado e esclarecido)”.

O consentimento deve ser prévio, livre e esclarecido, antecedido de informações completas fornecidas em linguagem compreensível, permitindo o exercício da autonomia (princípio bioético que representa a liberdade das pessoas na autodeterminação e na escolha das intervenções que poderão ser realizadas em seu próprio corpo) de forma adequada.

No biodireito, é exercido por meio do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE), que tem aplicabilidade na pesquisa com seres humanos (Res. 466/12⁶⁵ e 510/16⁶⁶, do Conselho Nacional de Saúde) e, no que interessa a este trabalho, na relação médico-paciente (Recomendação CFM 01/16⁶⁷). O consentimento é requisito essencial para legitimar a atuação de um terceiro sobre a pessoa e, na relação médico-paciente, o TCLE é o instrumento de exteriorização dos atos e vontades das partes, que se unem em favor de um objeto (a prática médica) e é reconhecido pela doutrina não só como instrumento de garantia da autonomia do paciente, mas como elemento limitador da responsabilidade civil do médico, quando o procedimento de obtenção do consentimento livre e esclarecido é feito de forma

⁶⁵ Fonte: <https://www.gov.br/ebserh/pt-br/ensino-e-pesquisa/pesquisa-clinica/resolucao-466.pdf> (acesso em mar/2023).

⁶⁶ Fonte: <http://www.conselho.saude.gov.br/resolucoes/2016/Reso510.pdf> (acesso em mar/2023).

⁶⁷ Fonte: https://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1_2016.pdf (acesso em mar/2023).

adequada, ainda que ocorra uma das consequências negativas previstas, em especial considerando a iatrogenia (SÁ e SOUZA, 2021, p. 71) .

O termo de consentimento livre e esclarecido deve, obrigatoriamente, conter:

- a) Justificativa, objetivos e descrição sucinta, clara e objetiva, em linguagem acessível, do procedimento recomendado ao paciente;
- b) Duração e descrição dos possíveis desconfortos no curso do procedimento;
- c) Benefícios esperados, riscos, métodos alternativos e eventuais consequências da não realização do procedimento;
- d) Cuidados que o paciente deve adotar após o procedimento;
- e) Declaração do paciente de que está devidamente informado e esclarecido acerca do procedimento, com sua assinatura;
- f) Declaração de que o paciente é livre para não consentir com o procedimento, sem qualquer penalização ou sem prejuízo a seu cuidado;
- g) Declaração do médico de que explicou, de forma clara, todo o procedimento;
- h) Nome completo do paciente e do médico, assim como, quando couber, de membros de sua equipe, seu endereço e contato telefônico, para que possa ser facilmente localizado pelo paciente;
- i) Assinatura ou identificação por impressão datiloscópica do paciente ou de seu representante legal e assinatura do médico;
- j) Duas vias, ficando uma com o paciente e outra arquivada no prontuário médico (Recomendação CFM 01/2016, item “9.1.3”) ⁶⁸.

Ou, consoante ensina GARCIA (2020, p. 396-397),

(...) o consentimento livre e esclarecido terá por requisitos:

1. Um termo curto, preciso, de fácil compreensão;
2. Dispensam-se alusões ao caráter jurídico da entidade, apenas a sua denominação, assim como a identificação completa do paciente;
3. O documento deve dirigir-se *ao paciente*, informando-o dos seus deveres: cumprir as regras da instituição, relatar complicações e tratamentos anteriores não constantes do prontuário;
4. A possibilidade de revogar o seu consentimento, a qualquer tempo;
5. Prazo de 24 (vinte e quatro) horas para deixar as dependências da entidade após alta médica (no caso de internação hospitalar);
6. Indicar representante (familiar ou não);
7. Observação de que o documento foi lido, explicado, compreendido e aceito.

⁶⁸ Fonte: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/recomendacoes/BR/2016/1> (acesso em nov/2022).

A atividade interpretativa em geral perpassa por cinco fases, também aplicáveis ao consentimento do paciente: a) fase semântica (busca pelos sentidos possíveis dos vocábulos e frases), b) fase pragmática (extração do contexto do discurso e da ação comunicativa, no espaço e no tempo, com as suas marcas de subjetividade e interlocutores específicos), c) fase estrutural (exame da composição do texto), d) fase referencial (análise dos partícipes da relação – esculápio e decisor – e do objeto do ato – a atuação médica), e e) fase sociojurídica (conformação com as regras sociais e o ordenamento jurídico); caso ainda haja alguma deficiência, agrega-se uma fase subsequente, dita complementar, cuja finalidade é adaptar o que é interpretado, mediante o preenchimento interpretativo de lacunas, almejando revelar o conteúdo global do ato de consentimento.

Os arts. 112 e 113, do Código Civil, abrigam disposições específicas que estabelecem premissas a considerar na interpretação dos negócios jurídicos. O primeiro, estabelece que na interpretação do negócio jurídico deve-se dar maior ênfase à intenção contida na declaração negocial do que à literalidade do seu texto – disposição compatível com a natureza extrapatrimonial e existencial do consentimento à atuação médica; o segundo, preconiza que a interpretação deve considerar também uma necessária humanização com os ditames da boa-fé e dos usos do lugar da celebração do negócio jurídico, e em seus parágrafos, dispõe que o sentido a ser dado na interpretação é aquele confirmado pelo comportamento de seus figurantes, posterior à celebração do ato, que corresponda aos usos, costumes e práticas na área, relativas ao tipo do ato praticado, ao setor ao qual faz parte e à categoria profissional respectiva, que seja mais benéfico ao figurante que não redigiu o instrumento (quando escrito) e que possa decorrer de uma razoável negociação dos seus partícipes, segundo as informações disponíveis ao comenos da sua celebração, bem como a possibilidade dos contratantes especificarem regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração, diversas das previstas em lei.

Nosso sistema jurídico permite que os atos praticados de acordo com a boa-fé possam ser aproveitados (princípio da conservação) mesmo quando não se encontrem em conformidade com os cânones legais (*v. g.*, o consentimento à atuação médica emitido por paciente relativamente incapaz comporta posterior confirmação,

ao se tornar civilmente capaz, extinguindo a ilicitude da intervenção e a correlata pretensão indenizatória que se possa ter contra o médico por violação à autodeterminação).

5 Dever de informar

É reconhecido, como visto, o dever do médico de informar (*Canterbury vs. Spence, Montgomery vs. Lanarkshire Health Board*, já citados).

No precedente *Natanson vs. Kline* (1960), ficou decidido que a divulgação das informações deve se dar em linguagem simples quanto à natureza da doença, ao tratamento proposto, à possibilidade de sucesso ou às alternativas terapêuticas disponíveis, aos riscos de resultados adversos e às condições inesperadas (SOARES, 2021, p. 106).

Com efeito, para que possa o paciente fazer uma escolha esclarecida, deve passar por um processo informativo adequado, integrado pelo correlato dever do médico de informar.

Esse dever tem sua gênese no princípio da boa-fé objetiva, informador das relações contratuais em geral, e em particular, da relação médico-paciente.

A doutrina menciona ser o processo informativo-decisório composto de duas fases, sendo a primeira o esclarecimento para o exercício da autodeterminação, e a segunda, o esclarecimento terapêutico aos que optaram por decidir (SOARES, 2021, p. 59), sendo ressalvado, também, o direito de o paciente se recusar a receber informações (v. g., Lei Espanhola n. 41/2002, art. 4º, “1”).

Confirmando o médico que o paciente tem condições de receber as informações, e tendo ele decidido que deseja decidir, uma vez possuindo condições psicofísicas para tanto, deve transmiti-las acerca do diagnóstico (natureza e características da doença, mesmo se grave), do prognóstico (benefícios esperados, finalidade – preventiva, diagnóstica, curativa ou paliativa) e das opções terapêuticas para tratamento (com os respectivos cuidados, chance de sucesso, riscos previsíveis envolvidos – sejam os graves, mesmo raros, ou não –, e os personalizados –

decorrentes da condição pessoal do paciente ou por ela agravados). Ao se recusar a decidir, o paciente pode retardar o atendimento para outro momento – cabendo aí ser advertido das principais consequências prejudiciais à sua saúde – ou simplesmente delegar a decisão ao próprio médico, que então só responderá por eventuais danos caso venha a se afastar das boas práticas médicas.

A informação deve ser correta – de acordo com o estado atual do conhecimento científico – sendo necessário ressaltar caso se trate de procedimento ou técnica experimental ou de uso *off label* de medicamentos. Deve também ser completa – de conteúdo comum na prática profissional médica, ajustada ao paciente – e abranger também a existência de centros especializados ou instalações mais adequadas ao atendimento, sobretudo quando houver risco de vida ou de sequelas graves. Deve ainda ser compreensível – com linguagem adequada ao entendimento do homem médio, contendo explicações quando necessário o uso de termos técnicos – podendo ser utilizados índices de legibilidade para avaliar o nível de escolaridade compatível com a estrutura de texto proposta para o paciente, dentre eles o de Flesch-Kincaid (ILFK).

A informação deve ser eficiente, ou seja, possuir nível de detalhamento necessário, e para tanto, anota-se o dever correlato do paciente de prestar informações com exatidão quando da avaliação médica, a fim de possibilitar a formação correta do diagnóstico.

Precedente do C. Superior Tribunal de Justiça assentou que ao médico cumpre o dever de prestar informação de maneira efetiva, não se mostrando suficiente a informação genérica:

RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC/1973. NÃO OCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO POR INADIMPLENTO DO DEVER DE INFORMAÇÃO. NECESSIDADE DE ESPECIALIZAÇÃO DA INFORMAÇÃO E DE CONSENTIMENTO ESPECÍFICO. OFENSA AO DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO. VALORIZAÇÃO DO SUJEITO DE DIREITO. DANO EXTRAPATRIMONIAL CONFIGURADO. INADIMPLENTO CONTRATUAL. BOA-FÉ OBJETIVA. ÔNUS DA PROVA DO MÉDICO.

1. Não há violação ao artigo 535, II, do CPC, quando, embora rejeitados os embargos de declaração, a matéria em exame foi devidamente enfrentada

pelo Tribunal de origem, que emitiu pronunciamento de forma fundamentada, ainda que em sentido contrário à pretensão da recorrente.

2. É uma prestação de serviços especial a relação existente entre médico e paciente, cujo objeto engloba deveres anexos, de suma relevância, para além da intervenção técnica dirigida ao tratamento da enfermidade, entre os quais está o dever de informação.

3. O dever de informação é a obrigação que possui o médico de esclarecer o paciente sobre os riscos do tratamento, suas vantagens e desvantagens, as possíveis técnicas a serem empregadas, bem como a revelação quanto aos prognósticos e aos quadros clínico e cirúrgico, salvo quando tal informação possa afetá-lo psicologicamente, ocasião em que a comunicação será feita a seu representante legal.

4. O princípio da autonomia da vontade, ou autodeterminação, com base constitucional e previsão em diversos documentos internacionais, é fonte do dever de informação e do correlato direito ao consentimento livre e informado do paciente e preconiza a valorização do sujeito de direito por trás do paciente, enfatizando a sua capacidade de se autogovernar, de fazer opções e de agir segundo suas próprias deliberações.

5. Haverá efetivo cumprimento do dever de informação quando os esclarecimentos se relacionarem especificamente ao caso do paciente, não se mostrando suficiente a informação genérica. Da mesma forma, para validar a informação prestada, não pode o consentimento do paciente ser genérico (blanket consent), necessitando ser claramente individualizado.

6. O dever de informar é dever de conduta decorrente da boa-fé objetiva e sua simples inobservância caracteriza inadimplemento contratual, fonte de responsabilidade civil per se. A indenização, nesses casos, é devida pela privação sofrida pelo paciente em sua autodeterminação, por lhe ter sido retirada a oportunidade de ponderar os riscos e vantagens de determinado tratamento, que, ao final, lhe causou danos, que poderiam não ter sido causados, caso não fosse realizado o procedimento, por opção do paciente.

7. O ônus da prova quanto ao cumprimento do dever de informar e obter o consentimento informado do paciente é do médico ou do hospital, orientado pelo princípio da colaboração processual, em que cada parte deve contribuir com os elementos probatórios que mais facilmente lhe possam ser exigidos.

8. A responsabilidade subjetiva do médico (CDC, art. 14, §4º) não exclui a possibilidade de inversão do ônus da prova, se presentes os requisitos do art. 6º, VIII, do CDC, devendo o profissional demonstrar ter agido com respeito às orientações técnicas aplicáveis. Precedentes.

9. Inexistente legislação específica para regulamentar o dever de informação, é o Código de Defesa do Consumidor o diploma que desempenha essa função, tornando bastante rigorosos os deveres de informar com clareza, lealdade e exatidão (art. 6º, III, art. 8º, art. 9º). 10. Recurso especial provido, para reconhecer o dano extrapatrimonial causado pelo inadimplemento do dever de informação ⁶⁹.

⁶⁹ STJ, 4ª Turma, REsp 1.540.580, rel. (para o acórdão) Min. Luís Felipe Salomão, j. 02.08.2018 (Fonte: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=87116219&tipo=5&nreg=201501551749&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20180904&formato=PDF&salvar=false>).

O descumprimento do dever de informar e a falta de zelo na obtenção do consentimento informado, ainda de acordo com o C. Superior Tribunal de Justiça, podem ensejar a imposição, ao facultativo, do dever de indenizar:

*RESPONSABILIDADE CIVIL. Médico. Consentimento informado. A despreocupação do facultativo em obter do paciente seu consentimento informado pode significar - nos casos mais graves - negligência no exercício profissional. As exigências do princípio do consentimento informado devem ser atendidas com maior zelo na medida em que aumenta o risco, ou o dano. Recurso conhecido*⁷⁰.

Consta do corpo do v. acórdão:

Do ponto de vista doutrinário e legal, o r. acórdão apenas acentuou o dever ético do médico de informar o paciente sobre as consequências da cirurgia, o que não se confunde com a singela comunicação de que o ato operatório seria difícil e demorado, nada esclarecendo sobre a conveniência da intervenção cirúrgica, resultados, expectativas e possibilidades de êxito ou de agravamento do quadro. A despreocupação do facultativo em obter do paciente seu consentimento informado pode significar - nos casos mais graves - negligência no exercício profissional. As exigências do princípio do consentimento informado devem ser atendidas com maior zelo na medida em que aumenta o risco, ou o dano, ou diminui a possibilidade de êxito. Nas circunstâncias dos autos, assim como admitido pelo Tribunal e acima parcialmente descrito, o dever de informação antes e depois da cirurgia não foi cumprido.

RAGAZZO (2009, p. 87), nessa linha, observa que a opção do legislador pátrio pela inserção da autonomia da vontade nas relações médicas como tópico da legislação civil básica (arts. 13 a 15, do Código Civil) no capítulo pertinente aos direitos da personalidade “confirmou a conclusão de que a inobservância do dever legal de obter consentimento informado do paciente merece reparação própria”.

Não por outra razão, STOCO (2022, p. 739) distingue as figuras do “termo de consentimento” e do “termo de responsabilidade”:

Aquele (o termo de consentimento) serve para comprovar que o paciente ou cliente estava ciente e concorde com todas as condições e circunstâncias da

⁷⁰ STJ, 4ª Turma, REsp 436.827/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 01.10.2002. Fonte: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=375678&num_registro=200200258595&data=20021118&formato=PDF (acesso em mar/2023).

intervenção. Este (o termo de responsabilidade) constitui um questionário e tem por finalidade demonstrar que o paciente respondeu às perguntas fundamentais para convencer o médico de que poderá fazer uma intervenção segura e, ainda, que autoriza a intervenção.

(...)

São dois questionários distintos: um *preenchido pelo médico* com ciência do paciente e o outro *preenchido pelo paciente* com ciência do médico.

A fase informativa do processo de escolha esclarecida do paciente está sujeita aos princípios da transparência (vinculado à clareza e transparência das informações), da exatidão (dever de fidedignidade), da finalidade, do livre acesso, da precaução e da prevenção, da confidencialidade e da cooperação (a relação médico-paciente deve se desenvolver de forma dialogada, com complementaridade e reciprocidade).

6 Conflito de direitos: vida ou liberdade de crença?

6.1 Entendimento clássico: prevalência do direito à vida

A transfusão de sangue, entre nós, não tem merecido maior atenção por parte do legislador.

Trata-se de “uma prática médica que consiste na transferência de sangue ou de um componente sanguíneo de uma pessoa (o doador) para outra (o receptor)” (MALUF, 2020, p. 344).

Não obstante, é comando constitucional (CR, art. 199, § 4º) a elaboração de lei que disporá, entre outros tópicos, *sobre a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização*.

O tema também mereceu atenção por parte do constituinte bandeirante, como se vê do art. 225, § 1º⁷¹, da Carta Política Paulista de 05 de outubro de 1989.

No plano infraconstitucional, a Lei nº 7.649, de 25 de janeiro de 1988, previa o cadastro obrigatório de doadores de sangue, tendo sido regulamentada pelo Dec. nº

⁷¹ Art. 225. (...) § 1º A lei disporá sobre as condições e requisitos que facilitem a remoção de órgão, tecidos e substâncias humanas, para fins de transplante, obedecendo-se à ordem cronológica da lista de receptores e respeitando-se, rigorosamente, as urgências médicas, pesquisa e tratamento bem como, a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

95.721, de 11 de fevereiro de 1988. Essa legislação, anterior à Carta de 1988, foi por ela recepcionada, e vigorou até a edição da Lei nº 10.205, de 21 de março de 2001, originada do Projeto de Lei nº 1.064/91, de autoria do Deputado Federal Roberto Jefferson (PTB-RJ), e que veio regulamentar o § 4º, do art. 199, da Constituição da República, no que diz respeito à coleta, processamento, estocagem, distribuição e aplicação do sangue, seus componentes e derivados, bem como estabelecer o ordenamento institucional indispensável à execução adequada dessas atividades.

Sabemos com a doutrina que o uso do sangue ao longo da história foi se diversificando e sempre se cercou de controvérsia. Desde o costume de ingestão do sangue dos mortos, para adquirir sua sabedoria, coragem ou força, pelas culturas primitivas, passando pelo uso para tratamento da lepra, no Egito antigo, até a aplicação de sangue fresco para tratamento de epilepsia, na Roma Antiga, e mais recentemente, pela prática da sangria, o sangue sempre esteve associado a práticas terapêuticas ou religiosas (MARINI e MARINI, 2022, p. 45).

Haveria aí conflito com a garantia fundamental do direito à vida, prevista no art. 5º, *caput*, da *Magna Charta*, quando se trata de intervenção médica (transfusão de sangue) a que se opõem o paciente ou seus familiares, por motivos religiosos, sob a invocação de escusa de consciência?

É o que defende LEIRIA (2012, p. 310), para quem “Objeção de consciência é expressão que designa os casos em que um indivíduo, por alguma convicção pessoal profunda, íntima, recusa-se a praticar determinado ato ou aceitar alguma específica situação”.

E prossegue:

A objeção de consciência não fere o princípio da isonomia; é mero sofisma o argumento de que se estaria a prestigiar o direito de uma minoria. Ora, o princípio da isonomia deve ser visto dentro de um quadro amplo de direitos, liberdades e garantias. A liberdade de consciência é norma especial, que prevalece sobre a norma geral da isonomia. Para se ter justiça deve-se tratar desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualem.

Quid juris se há, durante a realização de procedimento médico-hospitalar, invocação, por parte do paciente ou sua família, em caso de impossibilidade de

manifestação pessoal e direta de vontade do doente, de escusa de consciência, fundada em preceitos religiosos, para impedir transfusão de sangue que seria imprescindível à manutenção da vida do enfermo?

A questão não é nova, ao menos para a jurisprudência; não obstante, temos que sempre foi enfrentada cautelosamente, em razão, no mais das vezes, da ausência de regulamentação legal específica a respeito do tema e, mais, ante a própria peculiaridade da questão.

HILKNER (2018, p. 42) lembra-nos, a respeito, que “o constrangimento causado pela correta indicação clínica de um procedimento médico e a recusa do paciente por convicções religiosas podem causar aos dois lados danos de consciência, morais e pessoais”.

Ainda, alerta MINAHIM (2022, p. 143) que “a falta de consentimento prévio do paciente para a ação do médico é indício de realização de algumas figuras típicas, das quais se destacam os crimes por coação, lesão corporal e homicídio”.

Qual a solução?

BRAGA NETTO (2008, p. 311) anota, a respeito, que

são delicadas as questões que se põem em relação à transfusão de sangue sem autorização do paciente. Envolvem, quase sempre, reservas religiosas, em relação às quais nos colocamos em distante respeito. Sempre que se chocam princípios constitucionais a solução é ponderá-los, à luz das circunstâncias concretas, verificando-lhes os pesos específicos. Há na doutrina posição que tende a tratar diferentemente as situações: a) se o paciente é maior, e está no gozo de suas faculdades mentais, deve-se respeitar sua vontade de não receber sangue; porém, se b) o paciente é menor, a transfusão deve ser feita ainda contra a vontade dos pais, uma vez que não se sabe qual será a religião dos filhos (situação que deve ser flexibilizada em se tratando de adolescentes) (Maria de Fátima Freire de Sá e Ana Carolina Brochado Teixeira, “Responsabilidade médica e objeção de consciência religiosa”, *RTDC*, v. 21, p. 133-137, jan./mar. 2005). Desnecessário exaltar a sublime importância da liberdade religiosa, cujo valor ninguém pode pôr razoavelmente em dúvida. Cremos, porém, que não se deve transigir com o valor vida.

Sendo a transfusão de sangue medida recomendável (embora, em um primeiro momento, ainda não imprescindível), a invocação, pelo paciente ou sua família, do imperativo de consciência tem o condão de obstar a realização do procedimento, sob

pena de, em o fazendo, responder o profissional de saúde, *in thesi*, pelo delito de lesão corporal leve, ou mesmo de constrangimento ilegal.

O próprio beneficiário da transfusão, aliás, se consciente estiver, ou por um familiar ou procurador constituído para esse fim, poderá manifestar, além da recusa à realização desse procedimento, o desejo de uso de terapias alternativas à transfusão, ou ainda, requerer sua transferência para outro nosocômio, melhor aparelhado para tratamento livre de transfusão. E, ainda assim, estará o médico impedido de proceder à transfusão: é que a doutrina reconhece aos doentes o direito à recusa de cuidados ou tratamentos (CASTELHANO, 2020, p. 547).

DWORKIN lembra, a respeito, que a manifestação de vontade do paciente é passível de retratação, importando saber se, naquele comenos, tem ele capacidade de decidir (2019, p 323-324) ⁷².

⁷² “Suponhamos que uma testemunha de Jeová assinou um documento formal estipulando que não quer receber transfusões de sangue ainda que, por fraqueza de vontade, peça para recebê-las quando forem imprescindíveis para que não morra. Como Ulisses, tal pessoa quer ser amarrada ao mastro de sua fé. Contudo, quando chega o momento e ela precisa de uma transfusão, implora por ela. Por respeito à sua autonomia, não nos sentiríamos obrigados a desconsiderar seu pedido atual. Ainda assim, podemos interpretar esse exemplo de diferentes maneiras, e a diferença é crucial para o problema que nos ocupa no momento. Em primeiro lugar, poderíamos dizer que o pedido posterior da testemunha de Jeová revoga sua decisão original, uma vez que expressa um desejo atual. Isso pressupõe que só é correto remeter a decisões passadas quando tivermos razões para crer que o agente ainda deseja o que queria anteriormente. Desse ponto de vista, a autonomia precedente é uma ilusão: tratamos a decisão anterior de uma pessoa como importante somente porque, em geral, nela se evidenciam os seus desejos atuais, e a desconsideramos por completo quando sabemos que não é isso que acontece. Por outro lado, poderíamos dizer que o pedido posterior da testemunha de Jeová revogou sua decisão original porque foi um novo exercício de sua autonomia e que desconsiderar seu pedido equivaleria a tratá-la como se sua vida já não estivesse mais sob seu controle. A diferença entre essas duas concepções sobre a força da autonomia precedente é crucial quando alguém muda de ideia *depois* de tornar-se incompetente – isto é, quando não mais vigoram as condições de autonomia. Suponhamos que o mesmo acidente que tornou a transfusão de sangue medicamente necessária à testemunha de Jeová também a tenha deixado com a mente perturbada e que ela exija a transfusão quando ainda dá demonstrações inequívocas de tal perturbação. Com base na primeira concepção, não violaríamos sua autonomia ao permitir que a recebesse, mas a autorizaríamos com base na segunda. Qual das duas concepções sobre a força das decisões passadas é mais convincente? Suponhamos que estivéssemos convencidos de que, ao receber a transfusão e continuar viva, a testemunha de Jeová mentalmente perturbada recuperasse a competência e ficasse horrorizada por ter se submetido a um tratamento que, para ela, é pior do que a morte. Em tais circunstâncias, acredito, estaríamos violando sua autonomia ao permitir que a transfusão fosse feita. Isso constitui um argumento favorável à segunda concepção sobre a força das decisões passadas, aquela que endossa a autonomia precedente por considerá-la genuína. Recusamo-nos a permitir que a testemunha de Jeová receba uma transfusão de sangue não por acreditarmos que ela realmente continua querendo o que queria antes – este não é um caso em que alguém que recusa um determinado tratamento está inconsciente quando dele necessita – mas porque lhe falta a capacidade necessária para um novo exercício de autonomia. Sua decisão anterior continua em vigor, uma vez que não se revogou nenhuma

Lembremo-nos, neste passo, que o próprio Código de Ética Médica (Resolução CFM 2.217/2018) é expresso ao dizer que é vedado ao médico *desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte* (art. 31).

Comentando o texto normativo em tela, FRANÇA (2019, p. 133 e 135-136) pondera que “a ideia geral é a de que todo ato médico representa uma aliança de uma consciência e de uma confiança”, o que não importa dizer que o médico tenha o poder de realizar todos os procedimentos que entenda necessários para o bem da saúde do paciente (princípio do paternalismo), sendo assegurado a este o direito de, “salvo nos casos de comprovada iminência de morte”, poder decidir se aceita ou não determinadas práticas propedêuticas ou terapêuticas, obrigando-se o profissional a respeitar essa decisão (princípio da autonomia). Para o autor, portanto,

(...) ainda que se diga ser o *princípio da autonomia* o mais importante e mais fundamental na estrutura da dignidade humana, não se pode dizer que ele seja absoluto e capaz de pôr si só resolver todos os dilemas éticos verificados no decorrer da relação profissional, pois nem sempre o paciente se encontra em condições psíquicas ou emocionais capazes de lhe permitir o entendimento de fatos à altura de suas necessidades, ora por não entendê-los, ora por lhe faltarem condições para decidir. (...).

Todavia, para que haja legitimidade no descumprimento do princípio da autonomia, é necessário que esteja caracterizado de forma inudivisa o *iminente perigo de vida*, sem o qual não haverá justificativas éticas ou morais.

E, a propósito do tema, já deliberou o Conselho Federal de Medicina: *Em caso de haver recusa em permitir a transfusão de sangue, o médico, obedecendo o seu Código de Ética, deverá observar a seguinte conduta: 1º) Se não houver iminente*

nova decisão tomada por pessoa capaz de exercer a sua autonomia. Alguém poderia dizer que a única coisa que nos justifica ao negarmos a transfusão é o fato de sabermos que a testemunha de Jeová lamentaria tê-lo feito se viesse a recuperar-se. Esse prognóstico, porém, não faria diferença se a pessoa em questão estivesse no pleno domínio de sua competência ao pedir a transfusão e desesperada por viver naquele momento, ainda que fosse grande a probabilidade de que mudasse de ideia e, no dia seguinte, se mostrasse horrorizada com o que tivesse feito. Sem dúvida, deveríamos concordar com seu pedido naquelas circunstâncias. O que faz a diferença, quando estamos tomando a decisão de respeitar o pedido de uma pessoa, ainda que este contrarie suas profundas convicções anteriores, é se ela agora tem competência para tomar uma decisão dessa natureza e não se mais tarde poderá vir a lamentar o fato de tê-la tomado.”

perigo de vida, o médico respeitará a vontade do paciente ou de seus responsáveis; 2º) Se houver iminente perigo de vida, o médico praticará a transfusão de sangue, independentemente do consentimento do paciente ou de seus responsáveis ⁷³.

A resistência da família, em autorizar a transfusão, quando se revela esse procedimento imprescindível para a manutenção da vida do paciente, ainda que fundada em motivos religiosos, não teria o condão de impedir a atuação médica nesse sentido, vaticina vetusto aresto ⁷⁴.

É que, embora a conduta do médico continue típica, isto é, continue correspondendo à previsão abstrata das figuras delitivas de lesão corporal ou de constrangimento ilegal, revestir-se-ia, em razão da necessidade da transfusão, de excludente de ilicitude, consistente no estado de necessidade (CP, art. 24, *caput*).

Lembra FRAGOSO (2003, p. 231-233), em clássica lição, que

não atua ilicitamente quem age em estado de necessidade, ou seja, 'quem pratica o fato que a lei define como crime para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se' (art. 24, CP). O que justifica a ação é a necessidade que impõe o sacrifício de um bem em situação de conflito ou colisão, diante da qual o ordenamento jurídico permite o sacrifício do bem de menor valor. A colisão de deveres constitui uma espécie de estado de necessidade, pois todo dever está vinculado a um determinado bem jurídico (*Maurach*).

Estaria caracterizado, em tese, o estado de necessidade, desde que presentes os requisitos específicos previstos para a excludente de ilicitude ⁷⁵.

⁷³ Resolução CFM 1.021/1980 [atualmente revogada pela Resolução CFM 2.232/2019] (fonte: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/1980/1021>, acesso em abr/2023).

⁷⁴ RT 742/78.

⁷⁵ Para o autor, "requer, para sua configuração, o estado de necessidade, a existência de perigo atual, não provocado pelo agente. *Perigo atual* significa probabilidade de dano presente e imediato, não bastando, pois, o perigo meramente possível e, pois, incerto. Se já se consumou o dano, por igual, inexistente estado de necessidade, ressalvada a hipótese em que a ação pode ser praticada para fazer cessar o evento que constitui a lesão jurídica ou para evitar que esta se amplie. (...) O perigo pode atingir bem de qualquer natureza, do agente ou de terceiros, mas tal bem deve ter valor preponderante em relação ao bem sacrificado. A aferição do valor dos bens em presença deve ser feita segundo critérios objetivos e gerais, sendo indiferente a particular valoração dos respectivos titulares. Saber se era, ou não, razoável exigir-se o sacrifício do bem ameaçado é questão que se refere à proporcionalidade entre tal bem e a gravidade da lesão causada. Se o juiz entender que era razoável exigir o sacrifício do bem em perigo e que, em consequência, inexistente estado de necessidade, poderá, no entanto, reduzir a pena, de um a dois terços (CP, art. 24, § 2º). Característica essencial do estado

HUNGRIA (1958, vol. V, p. 325), tratando das hipóteses de consentimento do agente passivo, já mencionava os

casos especiais em que a lesão do *consensiente* fica imune de pena, como por exemplo, na *intervenção cirúrgica*, com o fim de cura ou mesmo de *estética* (que é um interesse social tutelado pela própria lei penal, tanto assim que entre as lesões *gravíssimas* figura a que produz *deformidade*); na *extração de sangue para transfusão* (fim humanitário); na *violência esportiva*, na *circuncisão* (fim higiênico); na *perfuração das orelhas* para uso de brincos. Em tais casos, porém, não é o *consentimento do subjectum juris* que *exclui o crime*, mas, sim, a ausência de dolo (*voluntas sceleris*) que *isenta de pena*; o agente não procede com *animus delinquendi*, mas por um fim socialmente útil ou aprovado pela moral prática, quando não regulado pelo próprio poder público.

Nessas hipóteses – em que se dá o consentimento do agente passivo – caracteriza-se, tecnicamente, caso de exercício regular de direito ou, no dizer da doutrina clássica, uma justificativa supralegal (PANASCO, 1984, p. 97).

É o que leciona SIQUEIRA (2020, p. 20): com a adoção do modelo de respeito à autonomia do paciente, “apenas o consentimento do paciente ou de seu representante legal possui o condão de legitimar as intervenções médicas”.

Como argutamente ensina MIRABETE (2003, vol. I, p. 191-192), “apontam-se também como exercício regular de direito as intervenções médicas e cirúrgicas, por se tratar de atividades autorizadas pelo Estado, que reconhece, estimula, organiza e fiscaliza a profissão médica. (...) Para que exista o exercício regular de direito é indispensável o consentimento do paciente ou de seu representante legal. Inexistente este” – prossegue, adentrando a seara de interesse para este estudo – “poderá haver o estado de necessidade em favor de terceiro (o próprio paciente), como dispõe o art. 146, § 3º, I [do Código Penal]”.

A hipótese em exame, como se vê, é outra, em que inexistente o consentimento do paciente ou de seus familiares.

de necessidade é a de que o sacrifício do bem de pessoa inocente seja *inevitável* para salvar o bem em perigo. A ação lesiva deve ser o único meio de afastar o perigo, que de outro modo não podia ser evitado. Se se trata de bem pertencente a terceiro, é indiferente se este tinha, ou não, consciência do perigo”.

Novamente socorremo-nos do escólio de HUNGRIA (1958, vol. VI, p. 174):

O direito penal positivo rejeita, na sua generalidade, o princípio defendido por GRAF ZU DOHNA, de que 'é justo o meio para um justo fim', mas há casos particulares em que cede a tal critério. É o que ocorre, por exemplo, no caso do chamado 'tratamento médico arbitrário', desde que se apresente justificado por sua indeclinabilidade e urgência. O § 3º, nº I, do art. 146 expressamente declara a licitude penal da 'intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida'. Como já fizera o Projeto SÁ PEREIRA (art. 223, parágrafo único), cuja fórmula reproduziu quase *ipsis literis*, o Código aceitou a tese defendida, entre nós, por LEONÍDIO RIBEIRO (*Direito de curar*). Ficou, assim, expressamente resolvida, em face do nosso direito positivo, uma questão que tem provocado largo debate doutrinário.

É que, segundo HUNGRIA (1958, vol. VI, p. 178-179), a hipótese seria questão de ordem pública, por ser a vida um bem coletivo – isto é, de interesse de toda a sociedade – razão pela qual estaria o médico a agir arbitrariamente, sob invocação do direito de tratar ⁷⁶.

A hipótese em estudo é lembrada, também, por MIRABETE (1999, p. 830), ao tratar da regra do § 3º, I, do art. 146, do estatuto repressivo básico:

Prevê a lei dois casos de exclusão da antijuridicidade, casos especiais de estado de necessidade em favor de terceiro. O primeiro é o da intervenção médica ou cirúrgica sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida. Exemplo clássico seria qualquer intervenção médica que, por questão religiosa, não tem o consentimento da paciente ou de seus responsáveis, quando há risco de vida para aquela.

⁷⁶ Nas palavras de HUNGRIA, "FLORIANO DE LEMOS (*Direito de matar e curar*) argumenta com todo acerto: 'O direito moderno considera a vida um bem coletivo. O homem não se pertence só a si, senão à sociedade, de que faz parte integrante. A hipótese se enquadra, então, sem a menor dúvida, em questão de ordem pública. E sendo assim, como de fato é, a vida um bem coletivo, claro está que, em tais circunstâncias excepcionais (*perigo de vida* ou *iminência de morte*), o médico pode e deve agir arbitrariamente, porque há uma razão jurídica a invocar: o interesse do agente é legítimo, a utilidade manifesta para a sociedade'. O mesmo autor, entretanto, desarrazoadamente, acrescenta: '... penso que uma lei acaso promulgada, estabelecendo e regulando, em boa disciplina, o direito de tratar, *não deve referir-se ao tratamento arbitrário*. O médico que pratique esse tratamento sempre que puder; faça-o em sã consciência, debaixo da melhor técnica, e não há que temer a prestação de contas com a Justiça'. Semelhante conclusão abstrai que, no campo doutrinário, há séria controvérsia sobre a liceidade do tratamento arbitrário, de modo que, na ausência de dispositivo expresso reconhecendo tal conformidade com o direito, o médico arriscar-se-ia aos dissabores de um processo penal. Além disso, o *limite* ao tratamento arbitrário não pode ficar *ad libitum* do médico, mas deve ser nitidamente fixado na lei.

Daí dizer DAMÁSIO (1993, vol. 2, 220) que “para o CP, mesmo sem o consentimento da vítima ou de seu representante legal, não há tipicidade do constrangimento, desde que a intervenção ou a cirurgia seja determinada por iminente perigo de vida”, e isto porque, como lembra COSTA JÚNIOR (1996, p. 436), “direito penal é balanceamento de bens e interesses. Estando em jogo o bem ‘vida’ e a ‘liberdade individual’, deverá sacrificar-se esta para preservar-se aquela”.

6.2 Um falso conflito

Não nos parece, porém, ser essa a solução mais adequada à espécie.

Invocar escusa de consciência importa a possibilidade de o indivíduo se eximir de obrigação imposta a todos por lei, como corolário do próprio direito de liberdade religiosa, prevista no art. 5º, VI, da Constituição Federal. É o que se colhe do discurso do inciso VIII, do art. 5º, da *Magna Charta: Ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.*

Contudo, por força do princípio da legalidade, também positivado em norma constitucional (Constituição Federal, art. 5º, II), *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*, o que importa dizer que, não havendo – como, de fato, não há – obrigação legal de se submeter alguém a tratamento médico (no caso, procedimento transfusional) contra a sua vontade, em possuindo capacidade para manifesta-la livremente, nem havendo previsão legal de prestação alternativa a cumprir em substituição, descaberia falar, no caso, em invocação de escusa de consciência.

Como escolia BARROSO (2022, pág. 599), o princípio da legalidade constitui garantia do direito de liberdade, e reverencia a autonomia da vontade individual, que só encontra limites nas disposições legais ou normativas, editadas segundo previsão legal e em consonância com a Constituição Federal.

Ao que se acresce o magistério de MORAES (2001, p. 67):

O art. 5º, II, da Constituição Federal, preceitua que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Tal princípio visa combater o poder arbitrário do Estado. Só por meio das espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras de processo legislativo constitucional, podem-se criar obrigações para o indivíduo, pois são expressão da vontade geral. Com o primado soberano da lei, cessa o privilégio da vontade caprichosa do detentor do poder em benefício da lei. Conforme salientam Celso Bastos e Ives Gandra Martins, no fundo, portanto, o princípio da legalidade mais se aproxima de uma garantia constitucional do que de um direito individual, já que ele não tutela, especificamente, um bem da vida, mas assegura ao particular a prerrogativa de repelir as injunções que lhe sejam impostas por uma outra via que não seja a da lei (...).

A hipótese, então, não seria propriamente de escusa de consciência, mas de um verdadeiro “imperativo de consciência”, como anotam CHADDAD e CALUX (2021, págs. 242-243), sendo ilegítimo, à luz das disposições constitucionais garantidoras do direito de liberdade religiosa, privar o indivíduo do direito fundamental à autodeterminação, na medida em que não incorreria em duplo descumprimento: de obrigação a todos imposta por lei, e da prestação alternativa imposta pelo Poder Público, e nem mesmo busca tutelar direitos de terceiros.

Nessa linha de pensamento,

(...) a recusa de transfusão, pelo próprio potencial beneficiário do procedimento, embora seja um “imperativo de consciência”, não é propriamente uma “escusa de consciência”, de modo que não lastreia a imposição de obrigação alternativa. Não há nenhum ato normativo primário que estabeleça aos indivíduos, ainda que implicitamente, a obrigatoriedade de se submeterem a procedimentos médicos contra a sua vontade. Portanto, a recusa de transfusão pelo próprio potencial beneficiário do tratamento, embora seja um imperativo de consciência, não é propriamente uma “escusa” de consciência, de modo que não enseja, nem poderia ensejar, nenhuma “prestação alternativa”.

No caso específico das Testemunhas de Jeová, os adeptos da religião têm objeções claras às transfusões de sangue, por razões religiosas ⁷⁷ e médicas, e

⁷⁷ “Até este ponto, estabelecemos que a Bíblia exige o seguinte: Um humano não deve sustentar sua vida com o sangue de outra criatura (**Gênesis 9:3, 4**: ‘3. 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. 4. Somente não comam a carne de um animal com seu sangue, que é a sua vida’.) Quando se tira a vida dum animal, o sangue que representa tal vida deve ser ‘derramado’, sendo devolvido ao Dador da Vida. (**Levítico 17:13, 14**: ‘13. Se algum israelita ou algum estrangeiro que mora entre vocês, ao caçar,

invocam versículos bíblicos, pelos quais norteiam suas crenças, como proibitivos da transfusão de sangue total, de papas de hemácias e de plasma, bem como de concentrados de leucócitos e plaquetas – mas não assim, ao menos de modo absoluto, o uso de componentes outros, como a albumina, as imunoglobulinas e preparados hemofílicos, a respeito dos quais toca a cada pessoa decidir, individualmente, se deve ou não aceitá-los.

DWORKIN (2019, p. 316) destaca que “nos contextos médicos, essa autonomia está frequentemente em jogo. Por exemplo, uma testemunha de Jeová pode recusar-se a receber uma transfusão de sangue necessária para salvar-lhe a vida, pois as transfusões ofendem suas convicções religiosas”.

A respeito do dilema envolvendo a aparente contraposição do direito à vida e da autonomia (liberdade de crença), no âmbito da bioética, SERRANO (2021, p. 149-151) aponta que

No âmbito da bioética, ter-se-ia a contraposição dos princípios da autonomia, liberdade do paciente em não aceitar a transfusão ou seu responsável se for incapaz ou interdito, e da beneficência, obrigatoriedade do médico em utilizar o método apropriado para salvar o doente do mal que o acomete.

Trata-se de um dilema que preocupa médicos e juristas. Por um lado, prima a Vida, por outro a (autonomia) liberdade e a crença.

E lembra que o paciente tem, à luz do direito vigente – seja em sede constitucional, ante os já referidos princípio da legalidade e direito à liberdade de consciência e de crença, seja em sede infraconstitucional, por coibir a lei civil básica a intervenção médica ou cirúrgica, com risco de vida, sem o prévio consentimento do paciente – o direito de recusar tratamento médico, mas conclui que, em se tratando

apanhar um animal selvagem ou uma ave que se pode comer, ele terá de derramar o sangue e cobri-lo com pó. 14. 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’.) E, conforme decretado pelo concílio apostólico, os cristãos devem ‘abster-se do sangue’, o que se aplica tanto ao sangue humano como ao sangue animal (**Atos 15:28, 29**: ‘Pois pareceu bem ao espírito santo e a nós não impor a vocês nenhum fardo além destas coisas necessárias: 29 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!’)” (Fonte: <https://www.jw.org/finder?wtlocale=T&docid=1101977010&srctype=wol&srcid=share&par=64>, acesso em mar/2023).

de caso de paciente menor, a recusa à transfusão por qualquer dos pais poderia ser considerado como uma forma de “exercício abusivo do pátrio poder”.

Por fim, conclui que

Ora, o valor Vida, a preservação está acima de qualquer outro direito, mesmo da dignidade humana. Nesse sentido, a jurisprudência se posiciona favorável à transfusão de sangue, que deverá ser feita pelo médico em casos de iminente risco de vida. Todavia, perante o dilema o Judiciário se posiciona pela vida do filho menor quando esta é colocada em risco pela recusa dos pais. Fala-se desta forma, de uma necessária ponderação dos valores envolvidos, privilegiando a Vida.

Respeitável orientação doutrinária preconiza a obrigatoriedade, ao médico, de realização do procedimento transfusional, ainda que contrariando a vontade do paciente ou familiares, por entender que o direito fundamental à vida se sobrepõe ao da liberdade religiosa.

SERRANO (2021, p. 150) vê na questão um conflito entre o valor Vida e o direito fundamental à liberdade de consciência e de crença, mais especificamente, o direito de recusa por convicções de ordem religiosa e sentencia: “De qualquer forma o valor Vida se impõe na solução do dilema”.

DINIZ (2017, p. 369-383), lembrando que as testemunhas de Jeová rejeitam a realização de terapia transfusional hematológica por razões de crença, mas não de tratamentos alternativos à transfusão ⁷⁸, leciona que o exercício do direito de

⁷⁸ “A religião Testemunhas de Jeová não admite a transfusão de sangue alogênico (Gênesis, 9:3-4; Levítico, 17:10-14; Atos, 15:19-21 e 28, 29) nem mesmo em situações de grave perigo de vida, por entender que há uma ordem bíblica de que o sangue é sagrado, mas aceita a circulação extracorpórea, a recuperação intracorpórea do sangue, desde que não utilizado como volume de escorva, o uso de componentes como imunoglobulinos, albumina, fatores VII e VIII para hemofílicos e a hemodiálise, se usados como *printer* soluções isentas de sangue. Expansores de volume de plasma isentos de sangue, hemodiálise e hemodiluição mediante uso de circuito fechado, não utilizando-se o sangue como volume de escorva e não envolvendo-se seu armazenamento de sangue são, portanto, aceitáveis pelas testemunhas de Jeová. O mesmo se diga do *By pass* cardíaco, máquina coração-pulmão, desde que a bomba seja escorvada com fluídos isentos de sangue e da autotransfusão, se o equipamento for preparado num circuito fechado, ligado ao sistema circulatório do paciente, e se não houver armazenamento de sangue. Logo, a testemunha de Jeová, ao escolher tratamento isento de sangue, não exerce o direito de morrer, mas o de optar por um tipo de tratamento médico. Essa seita requer o emprego de tratamento alternativo. Realmente, casos existem em que a questão não se resume em usar sangue ou morrer porque há tratamento médico alternativo substitutivo do sangue. Por exemplo, a solução de Ringer e o dextrano, que podem ser usados como expansores do volume do plasma. Ante o estágio atual da medicina utiliza-se menos a transfusão de sangue total, devido à produção de

autonomia de vontade, por parte do paciente, manifestando recusa a tratamento, ainda que seja ele a única forma de salvar-lhe a vida, coloca o médico em situação de conflito, entre o princípio da benevolência, consagrado pela bioética, e o direito à liberdade religiosa, assegurado pelo texto constitucional. E, embora nas cortes estadunidenses e canadenses prevaleça o entendimento de que a autonomia de vontade do paciente deve ser respeitada, advoga – lembrando que a Res. CFM 1.021/80, dispondo sobre transfusão de sangue, preconiza que o médico deve respeitar a vontade do paciente se não houver perigo iminente de vida e deve praticá-la independentemente de seu consento, se houver – a prevalência do direito à vida e o interesse da coletividade, sobre o direito de autonomia de vontade, na medida em que a manutenção da vida do paciente seria de interesse social, não individual, razão pela qual estaria o facultativo autorizado a proceder à transfusão de sangue, se necessária à salvaguarda da vida do doente, ainda que não consentida, sob pena de se ver reduzido o profissional da saúde a um mero locador de serviços ⁷⁹, sustentando, em remate, a desnecessidade de qualquer autorização judicial para o médico assim proceder, por estar sua conduta acobertada por excludente de ilicitude ⁸⁰.

substitutivos de plasma e de fatores de estimulação da medula óssea, como a eritropoietina e a leucopoiética. A eritropoietina, proteína produzida pelos rins, aumenta o número de glóbulos vermelhos a um nível suficiente para eliminar a transfusão no pós-operatório. Tal proteína é inoculada no paciente diariamente, durante 3 a 4 semanas, antes da cirurgia, por via endovenosa ou subcutânea. Esse tratamento, além de ser caro e demorado, pode falhar, levando à produção insuficiente de glóbulos vermelhos e requerendo a transfusão de sangue. Por isso, alguns laboratórios desenvolveram, por meio da engenharia genética, uma glicoproteína purificada imunologicamente igual à eritropoietina, normalmente produzida pelos rins”.

⁷⁹ “Sendo urgentes e inadiáveis o tratamento médico, a intervenção cirúrgica e a transfusão de sangue não consentida, prevalecem, diante da ciência, do valor da vida do paciente e do interesse da comunidade, pois a vida é um bem coletivo, que interessa mais à sociedade do que ao indivíduo. Não se pode, portanto, submeter o médico à vontade do doente ou de seus familiares, porque isso equivaleria a transformá-lo num simples locador de serviços. Acreditamos que o médico, por seu sentimento ético e consciência profissional, deve até mesmo correr o risco pessoal imposto por certas circunstâncias, porque sua profissão é a de socorrer pessoas, resguardando-lhes a vida e a saúde. Sua missão é proteger a saúde; logo, seus conhecimentos e sua consciência voltam-se para o cumprimento dessa tarefa. A questão da saúde tem natureza ético-política por referir-se à opção entre o respeito ou o desrespeito pelo ser humano”.

⁸⁰ “Todavia, cremos que o médico não precisa de autorização policial ou judicial para efetuar a transfusão de sangue, mesmo não autorizada pelo paciente ou familiares, diante de um iminente perigo de vida, por ser seu dever legal salvar vidas humanas, porque isso o levaria a uma espera, que poderia ocasionar prática do crime de omissão de socorro (CP, art. 135; Código de Ética Médica, cap. I, n. I, II, IV, VII, XVI, arts. 7º e 32). A missão do médico é minimizar o sofrimento humano e resguardar a vida e a saúde, bens supremos da pessoa, sujeitando-se à tutela estatal, pois a Constituição, em seu art. 196, consagra a saúde como direito de todos e dever do Estado. (...) Além disso, há desnecessidade de autorização judicial para cirurgia e transfusão de sangue em paciente necessitado que se recusa à

Na mesma linha, leciona DUARTE (2016, p. 31), em comentário ao art. 15, do Código Civil: “O direito à vida é indisponível, de modo que o médico está autorizado, em princípio, a realizar todos os procedimentos para a recuperação do paciente, independentemente da aquiescência deste”.

Também nesse sentido, a ensinança de FRANÇA (2019, p. 135-136), para quem, na situação posta, “o médico deve agir, porque está amparado no exercício regular de sua profissão e no cumprimento do dever legal”⁸¹.

Nessa mesma orientação, ainda, o sempre autorizado magistério de PONTES DE MIRANDA (2012, tomo VII, p. 81): “A própria transfusão de sangue só é permitida, consentindo o paciente, se não há diminuição permanente do corpo, ou perigo de vida”.

prática desse ato por questão religiosa, por ser isso do estrito cumprimento do dever legal do médico (TJSP, 6ª Câm. de Direito Privado, AC 264.210-1, Suzano, Rel. Testa Marchi, j. 1º-8-1996, v. u.)”.

⁸¹ “O que fazer se um seguidor de determinada religião, como o testemunha de Jeová, recusar uma transfusão de sangue, quando este é o único recurso para salvar-lhe a vida? Deve o médico atender tal recusa ou está obrigado a fazê-la? Há uma corrente que afirma ser a liberdade o primeiro direito na hierarquia dos direitos fundamentais do indivíduo e chega mesmo a enfatizar que, entre o direito à vida e o direito à liberdade, a escolha é do titular desse privilégio, atendendo-se ao *princípio da autonomia*. Desta forma, teria o paciente o direito de aceitar ou não um tratamento por imperativo religioso, mesmo que ele fosse o único meio de salvar-lhe a vida, pois isto estaria constitucionalmente consagrado em nossa Carta-Magna (incisos VI e X do artigo 5º), em respeito à liberdade de consciência e de crença. Afirma-se que o dever do médico é de fonte legal e o direito do paciente de aceitar ou recusar um tratamento é “expressão de sua liberdade”, segundo a Constituição brasileira em vigor. O médico cumpriria suas obrigações apenas informando ao paciente ou ao seu responsável legal da necessidade ou da conveniência de uma conduta ou de um tratamento e de suas consequências advindas pela não aceitação, mesmo que seu Código de Ética se expresse claramente dizendo que “é vedado ao médico deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal, salvo em caso de risco iminente de morte”. Insiste-se dizendo que a interpretação literal deste dispositivo do Código de Ética Médica é absurda, pois pelo fato de o paciente estar diante de um perigo de vida ele não perdeu o direito fundamental à liberdade, seja no aspecto religioso, seja no aspecto de sua privacidade. (...) Todavia, entendo que os médicos neste caso em particular enfrentam um grande desafio quando têm de salvar uma vida em iminente perigo de morte e de respeitar um sentimento religioso. Deve o médico entender, no caso das testemunhas de Jeová, que em muitas ocasiões o sangue pode ser substituído por outros fluidos ou não ser usado e, por isso, poderá desenvolver uma forma de tratamento que não sacrifique a vida nem comprometa seus princípios religiosos. Não esquecer também que esses adeptos não renunciaram à vida e não desacreditam na medicina, mas apenas diante de sua convicção religiosa solicitam abster-se de sangue. (...) O presente Código de Ética adota o *princípio da beneficência* como o mais relevante na hierarquia de valores entre os fundamentos da Bioética. No entanto, recomenda-se que sejam utilizados todos os outros meios alternativos e só se use da terapêutica hemoterápica se esse for o único recurso para salvar-lhe a vida. Entendo que, neste particular, os médicos enfrentem um grande desafio quando têm de salvar uma vida e respeitar um sentimento religioso. Não esquecer, por outro lado, que aqueles adeptos não desejam a morte e nem têm qualquer desabono à medicina, mas apenas resistem tomar sangue por razões dogmáticas. Infelizmente, nem sempre é possível conciliar”.

Eis, a respeito, a orientação pretoriana:

CONSTRANGIMENTO ILEGAL – Inteligência do art. 146, § 3º, I, do Código Penal.

Uma vez comprovado efetivo perigo de vida para a vítima, não cometeria delito nenhum o médico que, mesmo contrariando a vontade expressa dos por ela responsáveis, à mesma tivesse ministrado transfusão de sangue ⁸².

Ao revés, adentraria então à seara da ilegalidade a conduta dos familiares do paciente:

OMISSÃO DE SOCORRO E PERICLITAÇÃO DE VIDA – Negativa de autorização para transfusão de sangue por motivos religiosos – Crime impossível – Inocorrência – Inteligência dos arts. 132, 135 e 17, do Código Penal.

Acusadas que em nome de seita religiosa e das orientações nela recebidas deixam de permitir transfusão de sangue em menor, possibilitando a consumação da omissão de socorro e da periclitación de vida, praticam em tese os delitos dos arts. 132 e 135 do CP ⁸³.

PERIGO PARA A VIDA OU SAÚDE DE OUTREM – Caracterização em tese – Parente de menor que, por impedimento religioso, não autoriza transfusão de sangue prescrita por médico como medida de urgência – Ciência de risco de vida a que a criança estava exposta – Dolo eventual caracterizado – Justa causa para a ação penal – “Habeas Corpus” denegado – Inteligência do art. 132 do CP ⁸⁴.

PERIGO PARA A VIDA E SAÚDE DE OUTREM – Art. 132 do CP – Vítima menor com comprovada anemia profunda. Transfusão de sangue preconizada por médico como terapia urgente. Proibição de sua realização pelos agentes. Perigo demonstrado. Ordem denegada. Precedentes.

O art. 132 do CP pune a situação de perigo criada pela conduta ou omissão do agente, presente ao menos consciência de tal situação, dolo eventual. A vida humana é um bem coletivo, que interessa mais à sociedade que ao indivíduo, egoisticamente, e a lei vigente exerce opção axiológica pela vida e pela saúde, inadmitindo a exposição desses valores primordiais na expressão literal de seu texto, “a perigo direto e iminente”. Comprovados, “prima facie”, a presença de perigo para a vida da vítima, portadora de anemia profunda, a indicação em princípio correta, da transfusão de sangue e a negativa de autorização das acusadas para a sua realização, está presente, em tese, conduta típica e punível, e a sua eventual descriminação exigiria análise

⁸² RJDTACRIM, vol. 7, julho/setembro/90, p. 175, Rel. Marrey Neto.

⁸³ RJDTACRIM 7/175, Rel. Marrey Neto.

⁸⁴ TACrimSP, in RT 647/302.

*crítica e valorativa de provas, incabível no âmbito estreito do **habeas corpus***⁸⁵.

No mesmo sentido, já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça:

EMENTA. Processo Penal. Habeas Corpus. Trancamento de Ação Penal.

Se os fatos revestem-se, em tese, de ilicitude penal, não há falar-se em falta de justa causa. O **Habeas Corpus** não é meio idôneo para o exame crítico e aprofundado da prova. Recurso improvido⁸⁶.

Se da falta de transfusão decorre a morte, quem obstou o procedimento pode, em tese, ser responsabilizado juridicamente pelo resultado, como já decidiu o E. Tribunal de Justiça de São Paulo:

*HABEAS CORPUS - Pretendido trancamento de ação penal - Homicídio - Paciente que influenciou para que a vítima fatal, testemunha de Jeová, não recebesse **transfusão de sangue** - Alegando os motivos espirituais e de religião - Fato típico - Ausente a falta de justa causa - Ordem denegada⁸⁷.*

A respeito do tema, pondera CARVALHO (2006, p. 153) que “O interesse social tem que prevalecer sobre o poder do titular do direito subjetivo cada vez que se entenda que esse poder se desvia ou traduz em um suicídio por ação ou omissão. Uma sociedade democrática, por certo, não pode se desinteressar diante do fato da morte absolutamente injustificada de algum de seus integrantes”⁸⁸.

⁸⁵ RJDTACRIM, 7/175, Rel. Marrey Neto.

⁸⁶ RHC 464/1990 – SP, 6ª Turma, Rel. Min. Costa Leite, in DJU 17.9.90, p. 9.519 (Fonte: https://processo.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199000003253&dt_publicacao=17-09-1990&cod_tipo_documento=, acesso em mar/2023).

⁸⁷ TJSP - HC nº 253.458-3 - 3ª Câ. Crim. - Rel. Pereira Silva - J. 05.05.98 - v.u.

⁸⁸ “Havendo objeções religiosas ou culturais do cônjuge, dos pais ou, na falta destes, do representante legal do paciente quanto à intervenção médica ou transfusão sanguínea se mostre necessária, o médico está legitimado a atuar de acordo com o procedimento que melhor atenda aos interesses da vítima, que se sobrepõem a qualquer outro (arts. 5º, 7º, 98, II e 101, V, do Estatuto da Criança e do Adolescente). O médico, diante de iminente perigo de vida, não necessita do consentimento expresso do paciente ou de seu representante legal para o tratamento que o caso requer, já que a boa-fé daquele que em favor do paciente age se presume (art. 146, parte final, do Código Penal)”.

E lembra o teor do voto-vista proferido pelo Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, nos autos do RHC 7.785/SP⁸⁹:

O tema posto neste julgamento implica incursionar na Teoria Geral do Direito, não obstante, aparentemente, restringir-se ao disposto no art. 146, § 3º, I, ou seja, “não se compreendem na disposição deste artigo – a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida”.

Sabe-se, “Testemunha de Jeová”, considerando a natureza sagrada do sangue, não permite aos seus adeptos submeterem-se à transfusão. E mais. Recomendam manifestar expressamente essa orientação, o que, comumente, é registrada no documento de identificação. Há, pois, movimento nesse sentido. Registre-se, de âmbito internacional, com sérios e profundos estudos. Entre nós, dentre outros, os doutos pareceres dos conceituados Professores Manuel Ferreira Filho e Paulo Sérgio Leite Fernandes, sustentando a legalidade da recusa. Em Brasília, registre-se o abnegado trabalho do Doutor Pedro de Assis, advogado; durante vários anos, honrou e conferiu prestígio ao Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

O Direito, como sistema, é unidade. As normas formalizadas colocam-se em relação de coordenação e subordinação. No topo da pirâmide, para repetir o ‘nomen juris’ de Kelsen, situa-se a Constituição. Em nosso país, por sua característica política – Federação – a Constituição da República.

O Estado brasileiro é laico. Ao contrário da Constituição de 1824, não tem religião oficial. Daí, o disposto no art. 5º, VI – “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”. E no inciso VIII – “ninguém será privado de direito por motivo de crença religiosa ou por convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta, e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixadas em lei”.

(...)

No Direito nacional, o sangue é tido como substância essencial à vida do homem e de alguns animais; poderá ser objeto material do crime de lesão corporal (art. 129), necessário que é à saúde.

Os adeptos de Testemunhas de Jeová, ao contrário, além da realidade e características físicas, conferem-lhe natureza sacra e, por isso, intocável, impossível, então, como consequência, a prática de transfusão.

O Direito Penal brasileiro volta-se para um quadro valorativo. Nesse contexto, oferece particular importância à vida (bem jurídico). Daí, por ser indisponível (o homem não pode dispor da vida). (...).

Em decorrência, não configura constrangimento ilegal (compelir, mediante violência, ou grave ameaça, a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa a que não está obrigada por lei) médico, para salvar a vida do paciente, de perigo iminente, promover a transfusão de sangue, se cientificamente recomendada para esse fim.

O profissional da medicina (em qualquer especialidade) está submetido ao Direito brasileiro. Tanto assim, as normas da deontologia médica devem ajustar-se a ele. Daí, não obstante ser adepto de Testemunha de Jeová, antes de tudo, deve cumprir a legislação vigente no país. Comparativamente, seria o mesmo o Juiz de Paz (agente do Estado), porque católico, recusar a celebração de casamento porque um dos nubentes é divorciado, o que é proibido pelo Direito Canônico. Hoje, tal pessoa pode, consoante as leis brasileiras, celebrar novo matrimônio.

E nessa hipótese, segundo a jurisprudência dominante, caracterizado o iminente perigo de vida, e realizada a transfusão de sangue, ainda que contrariamente à vontade do paciente, de seus familiares ou responsáveis legais, a licitude da conduta tampouco autorizaria virem, doente e familiares, a juízo, exigir do facultativo indenização qualquer.

Confirmam-se os precedentes:

INDENIZATÓRIA. Reparação de danos. Testemunha de Jeová. Recebimento de transfusão de sangue quando de sua internação. "Convicções religiosas que não podem prevalecer perante o bem maior tutelado pela Constituição Federal que é a vida. Conduta dos médicos, por outro lado, que se pautou dentro da lei e ética profissional, posto que somente efetuaram as transfusões sanguíneas após esgotados todos os tratamentos alternativos. Inexistência, ademais, de recusa expressa a receber transfusão de sangue quando da internação da autora. Ressarcimento, por outro lado, de despesas efetuadas com exames médicos, entre outras, que não merece acolhida, posto não terem sido os valores despendidos pela apelante. Recurso improvido ⁹⁰.

APELAÇÃO CÍVEL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - PACIENTE TESTEMUNHA DE JEOVÁ - RECEBIMENTO DE TRANSFUÇÃO DE SANGUE - LIBERDADE DE CRENÇA - RISCO IMINENTE DE MORTE - PREVALÊNCIA DO DIREITO À VIDA - MÉDICOS QUE AGIRAM NO ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL - RESPONSABILIDADE AFASTADA - RECURSO DESPROVIDO.

- O ordenamento jurídico pátrio assegura ao paciente o direito de recusar determinado tratamento médico, dentre o qual se inclui o de receber transfusão de sangue.

- Há casos, entretanto, em que a proteção do direito à liberdade de crença, em níveis extremos, defronta-se com outro direito fundamental, norteador de nosso sistema jurídico-constitucional, a saber, o direito à vida.

- Nesse aspecto, quando se estiver diante de um cenário em que há iminente e sério risco à vida, havendo recurso terapêutico capaz de reverter o quadro

⁹⁰ TJSP, 3ª Câmara, Dir. Privado, Ap. 123.430-4/4-00, Rel. Des. Flávio Pinheiro, j. 07 de maio de 2002, in JTJ-LEX 256/125.

clínico, o Estado e, por conseguinte, seus agentes devem atuar para impedir a morte do paciente, mesmo que contrário à sua vontade.

- Extraído-se do caderno processual que a paciente se encontrava em estado crítico, com risco iminente de morte, a ministração de transfusão de sangue em indivíduo Testemunha de Jeová por médico da rede pública de saúde configura estrito cumprimento do dever legal, o que afasta o dever de responsabilização por eventuais danos morais sofridos pela pleiteante.

- Ausente lastro probatório de excesso na conduta dos agentes públicos ou de violação ao dever de informação, descabida a pretensão de condenação ao pagamento de indenização ⁹¹.

A polêmica relação entre dignidade da pessoa humana e o direito à vida tampouco escapou aos olhos de SARLET (2019, p. 128-129), que prefere adotar a solução do dilema dignidade ou vida, na esteira da doutrina alemã, com a fórmula dignidade e vida, sem com isso pretender hierarquizar os direitos em aparente contraposição ⁹² - o que inviabilizaria a adoção de soluções mais flexíveis no caso concreto - , citando, exemplificativamente, a decisão do C. Supremo Tribunal Federal a respeito da possibilidade de interrupção da gravidez nos casos de fetos anencéfalos, prestigiando a dignidade da pessoa humana, manifestada no caso pela autonomia de vontade da gestante ⁹³.

“Nesse sentido”, conclui, “diz-se que, para a preservação da dignidade da pessoa humana, torna-se indispensável não tratar as pessoas de tal modo que se lhes torne impossível representar a contingência de seu próprio corpo como momento de sua própria, autônoma, responsável individualidade” (SARLET, 2019, p. 131).

Impossível, aqui, não lembrar o magistério de DWORKIN (2017, p. 168):

⁹¹ TJMG, 7ª Câm. Cível, Ap. 5669883-73.2009.8.13.0024 (1.0024.09.566988-3/001) – Belo Horizonte, rel. Des. Wilson Benevides, j. 30 de outubro de 2018.

⁹² “Nesse sentido, adotamos a posição advogada na Alemanha por Michael Klopfer, que prefere resolver o dilema (com relevantes consequências para o problema de eventual hierarquização da dignidade em face de outros bens fundamentais) dignidade ou vida pela fórmula dignidade e vida (e não dignidade ou vida), sem que com isso se esteja a cancelar a absoluta fungibilidade dos conceitos, que seguem tendo um âmbito de proteção próprio e, para efeitos de uma série de aplicações, autônomo.”

⁹³ *ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE EXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal* (STF – Pleno, ADPF 54-DF, rel. Min. Marco Aurélio, j. 12.04.2012). Fonte: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=136389880&ext=.pdf> (acesso em mar/2023).

A interpretação constitucional apropriada toma por seu objeto tanto o texto quanto a prática do passado: juristas e juízes que se defrontam com um problema constitucional contemporâneo devem tentar formular uma interpretação baseada em princípios, coerente e convincente do texto de cláusulas específicas, da estrutura da Constituição como um todo e de nossa história sob a égide da Constituição – uma interpretação que, ao mesmo tempo, unifique essas fontes distintas, na medida do possível, e ofereça diretrizes à decisão judicial futura. Em outras palavras, eles devem buscar a *integridade* constitucional. A fidelidade ao texto da Constituição não esgota a interpretação constitucional e, em certas ocasiões, a integridade constitucional em sua plenitude pode exigir um resultado que não se poderia justificar por meio da melhor interpretação do texto constitucional, compreendido este como algo apartado da história de sua vigência, e que talvez chegasse, inclusive, a contradizer tal interpretação. Não obstante, a interpretação textual é parte essencial de qualquer programa mais amplo de interpretação constitucional, pois o que foi realmente afirmado pelos constituintes é sempre, no mínimo, um componente importante de qualquer argumentação constitucional que se pretenda verdadeiramente interpretativa.

O sangue, responsável pelo transporte de nutrientes, oxigênio e gás carbônico, com importante atuação na coagulação, consiste, no dizer da doutrina, em “um tecido líquido que percorre todo o organismo através de veias e artérias, composto por três tipos básicos de células: os glóbulos vermelhos, os glóbulos brancos e as plaquetas, além do plasma” (MALUF, 2020, p. 344).

Reconhece-se que “toda transfusão de sangue envolve risco do receptor, seja imediato ou tardio” (DINIZ, 2017, p. 324).

A respeito, a doutrina destaca que inexistente segurança absoluta quanto ao sangue a ser transfundido, ante a possibilidade de falha dos testes a que o material hematológico é submetido, sem olvidar da já conhecida janela imunológica, período em que as doenças transmissíveis pelo sangue ainda não são detectadas pelos testes, que produzem resultados falsos negativos (DINIZ, 2017, p. 347).

Não bastasse tanto, acresça-se que o sangue armazenado perde, pouco a pouco, a oxigenação, de sorte a lançar um novo dilema aos profissionais de saúde: a utilização com maior rapidez reduz a margem de segurança da testagem, ao passo que a realização de mais exames resulta em passagem de tempo que acarreta perda do oxigênio do material, comprometendo sua utilidade para uso com sucesso no procedimento transfusional (MARINI e MARINI, 2022, p. 47-48).

Os mesmos autores anotam, nessa linha, que

(...) a ANVISA, em sua Resolução n. 153/04 (no tópico B.5.2.5), proíbe a utilização de pessoas que receberam transfusão de sangue no período de um ano para a doação de sangue, na tentativa de se verificar a manifestação de doenças.

para, adiante, concluírem que “diante dos riscos inerentes às transfusões sanguíneas e os baixos estoques de sangue, não só as Testemunhas de Jeová, mas todo cidadão pode vir a ser beneficiado pelos tratamentos médicos isentos de sangue, o que é um assunto de interesse e saúde pública” (MARINI e MARINI, 2022, p. 49), imprimindo a ideia de que a resistência à prática do procedimento transfusional, pelos adeptos dessa religião, seria fundada não só em preceitos bíblicos, mas também, científicos.

Nesse mesmo sentido, observa PEREIRA (2019, p. 73):

(...) a posição das Testemunhas de Jeová em não receber o sangue, aos poucos deixa de ser apenas por convicção religiosa, e a partir desses novos estudos, passa a ser também de índole técnica, até porque os procedimentos realizados através de transfusões de sangue estão longe de estar imunes a riscos – alguns dos quais de natureza grave. Esses riscos vão desde a transmissão de doenças infectocontagiosas – na medida em que os testes prévios não esgotam o rol de doenças transmissíveis pelo sangue – até mesmo a intercorrências graves, como a sepse generalizada.

Em sentido contrário, LEAL (2021, p. 95) crava que “a recusa [das Testemunhas de Jeová] em receber transfusão de sangue está relacionada a questões religiosas, e não médicas”.

É o que se vê, também, do sítio oficial da religião Testemunhas de Jeová, na rede mundial de computadores:

A maioria dos médicos encaram o uso do sangue como sendo essencialmente uma questão de critério médico, como as suas decisões diárias quanto ao uso de certos remédios ou processos cirúrgicos. Outros talvez encarem a posição das Testemunhas de Jeová como sendo mais uma questão de ordem moral ou legal. Talvez pensem em termos do direito à vida, da autoridade de fazer decisões sobre o próprio corpo, ou das obrigações civis do governo de proteger a vida de seus cidadãos. Todos estes aspectos têm que ver com o assunto. Todavia, a posição assumida pelas Testemunhas

de Jeová é sobretudo religiosa; é uma posição baseada no que a Bíblia diz⁹⁴.

Na exegese dos epigrafados dispositivos constitucionais, portanto, há que se sopesar os bens jurídicos em contraposição, a fim de harmonizar os dispositivos aparentemente contraditórios e dar à hipótese a solução apropriada.

Como ensinam CLÈVE e FREIRE (2003, p. 238-239), na hipótese de colisão de direitos fundamentais, em que há restrição de um deles, o problema se resolve pela utilização do princípio da proporcionalidade⁹⁵.

BARROSO (2022, p. 251-252), a respeito, elucida que

O princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, no Brasil, tal como desenvolvido por parte da doutrina e, também, pela jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, é o produto da conjugação de ideias vindas de dois sistemas diversos: (i) da doutrina do devido processo legal substantivo do direito norte-americano, onde a matéria foi pioneiramente tratada; e (ii) do princípio da proporcionalidade do direito alemão.

A hipótese, contudo, como já ressaltado alhures, e ressalvada a autoridade de respeitabilíssimo entendimento contrário, a nosso sentir, não seria de colisão de

⁹⁴ <https://wol.jw.org/pt/wol/d/r5/lp-t/1101977010> (acesso em mar/2023).

⁹⁵ “O princípio da proporcionalidade exerce função primordial na Teoria Constitucional contemporânea. É de aplicação necessária na hipótese de colisão e restrição de direitos fundamentais. Não existe um consenso doutrinário em torno de uma delimitação conceitual. As razões cambiam entre a complexidade intrínseca à natureza do princípio e as oscilações terminológicas e imprecisões conceituais. O princípio da proporcionalidade compreende, como alerta a melhor doutrina, os princípios parciais da *adequação*, da *necessidade* e da *proporcionalidade em sentido estrito*. O *princípio da adequação* determina, dentro do faticamente possível, o meio eleito para atingir o fim estabelecido, mostrando-se apto e apropriado. O meio escolhido deve ser exigível para o caso concreto, não sendo possível a eleição de outro meio de igual eficácia. O *princípio da proporcionalidade em sentido estrito* exige uma correspondência juridicamente adequada entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio escolhido. (...) O princípio da proporcionalidade em sentido estrito expressa o equilíbrio resultante do confronto entre vantagens e desvantagens ocasionadas na medida restritiva a direito fundamental necessária à proteção de outro direito fundamental ou bem constitucionalmente protegido. (...) O princípio da proporcionalidade em sentido estrito exige uma ponderação dos direitos fundamentais ou bens de natureza constitucional que estão em jogo, conforme o peso a eles atribuído. Conforme Karl Larenz, ‘ponderar’ e ‘sopesar’ implicam apenas imagens, ou seja, não equivalem a grandezas quantitativamente mensuráveis, resultando apenas de valorações que não só devem ser orientadas a uma pauta geral como, de idêntica maneira, a situações concretas problematizantes. Desta forma, a ponderação de bens deve ser realizada no caso concreto mediante um problema a ser resolvido. Portanto, é a partir do princípio da proporcionalidade que se opera o ‘sopesamento’ dos direitos fundamentais assim como dos bens jurídicos quando se encontram em estado de contradição, oferecendo ao caso concreto solução ajustadora da coordenação e combinação dos bens em colisão”.

direitos fundamentais, porque, à caracterização dessa figura, necessária se faria a diversidade de titulares dos direitos em conflito – e no caso em apreço, os direitos fundamentais em contraposição pertencem a um único titular, o paciente.

É, também, o entendimento de SARMENTO (2020, p. 338-339), para quem “a concorrência ou concurso de direitos fundamentais se dá quando dois direitos diferentes amparam uma mesma situação, mas eles têm regimes distintos, e se torna necessário precisar qual deles se aplica”, com a ressalva expressa de que “a hipótese não se confunde com a colisão, em que normas constitucionais são contrapostas”.

Sabemos com ALEXY (2015, p. 56-57) que o conceito de colisão de direitos fundamentais pode ser classificado em sentido estrito – em que as colisões envolvem tão só direitos fundamentais (hipótese de que aqui ora tratamos) – e em sentido amplo – em que as colisões envolvem também normas ou princípios que tenham por objeto bens coletivos:

Colisões de direitos fundamentais em sentido restrito 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. Nos direitos fundamentais colidentes pode-se tratar ou dos mesmos ou de distintos direitos fundamentais.

Nessa mesma linha de raciocínio, CHADDAD e CALUX (2021, p. 244-245) pontuam que

Todas as vezes em que se está diante de uma medida que venha a restringir determinado direito fundamental a fim de satisfazer outro em maior intensidade, dever-se-á submeter tal medida restritiva aos três testes consecutivos do postulado ou máxima da proporcionalidade. Assim, cumpre verificar se a realização forçada de transfusão sanguínea seria aprovada à luz das três máximas parciais de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Para os referidos autores, se acaso a transfusão passa, com êxito, pela máxima parcial de adequação – na medida em que se presta à melhora do quadro clínico do paciente – nem sempre ele se dá com relação ao requisito da necessidade – ante a disponibilização de alternativas terapêuticas diversas ao procedimento transfusional,

talvez dotadas de igual eficácia – e, ainda assim, vencida essa etapa, dificilmente passaria pela fase da proporcionalidade:

(...) Nessa linha hipotética, passar-se-á, portanto, ao terceiro e mais desafiador dos testes da proporcionalidade, que somente merece ser utilizado nos chamados “casos difíceis”, envolvendo “escolhas trágicas” por parte do aplicador: a proporcionalidade em sentido estrito. Nessa etapa, o que se faz é averiguar se os benefícios propiciados pela medida superam os custos que, em decorrência dela, deverão ser suportados.

Talvez seja esse o ponto mais tormentoso da questão posta em debate, e que constitui o objeto deste estudo. Sem pretensão de esgotar o tema, busca-se, nessa fase, “um equacionamento equilibrado (ponderação ou sopesamento) entre perdas e ganhos, de modo a se evitar excessos, mas também coibir a insuficiência de proteção”, cabendo indagar se “os malefícios sobre a consciência das testemunhas de Jeová podem ser considerados pelos próprios fiéis como superiores ao benefício de salvar sua vida”.

Nessa linha, ponderam que embora o procedimento transfusional possa salvar o organismo doente do paciente, fazendo-o recuperar a saúde, teria paradoxalmente o condão de fazer o indivíduo viver em permanente conflito interno, com comprometimento de sua autoestima. De fato, ao desrespeitar um dos primados de seu código de fé, e ver-se transfundido, o sujeito passaria a se ver como uma criatura impura, imerecedora da salvação prometida por Deus e mesmo da estima dos integrantes de seu círculo de convivência social. A par disso, experimentaria a dor da exclusão social, fenômeno conhecido como *disfellowshipping*⁹⁶.

A questão é atual, e mereceu recentemente a atenção da imprensa laica com a publicação em sítio da rede mundial de computadores da matéria “Expulsa e isolada, há anos sem abraço!': como é ser ex-testemunha de Jeová”⁹⁷.

⁹⁶ Para ter lugar a exclusão (*disfellowshipping*), dois fatores devem concorrer: a prática de um pecado grave e a ausência de arrependimento (no original: Two factors—which must coincide—result in the disfellowshipping of one of Jehovah’s Witnesses. First, a baptized Witness commits a serious sin. Second, he does not repent of his sin. Fonte: <https://www.jw.org/en/library/magazines/w20150415/disfellowshipping-a-loving-provision/>, acesso em mar/2023).

⁹⁷ Disponível em <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2023/04/26/voce-nao-e-mais-testemunha-de-jeova-ela-foi-afastada-da-familia-e-amigos.htm>, acesso em mai/2023.

Esse quadro de angustiante sofrimento moral não se atenua pelo só fato de a *Watchtower Society* não mais prescrever, desde 2000, aos fiéis transfundidos, a penalidade de expulsão (MURAMOTO, 2001 ⁹⁸).

Portanto, concluem,

(...) se antes a expulsão partia da própria igreja, de forma expressa e automática, hoje ela primeiro se concretiza de forma tácita, seja a partir do isolamento espontâneo do fiel, seja a partir da exclusão social do sujeito “impuro” pelos seus pares, praticamente o obrigando a desvincular-se. O ato de desvinculação revela-se, assim, um mero requisito *pro forma* a referendar algo que, faticamente, já tem início desde o momento em que o indivíduo se submete à transfusão sanguínea. Há casos em que o sujeito, após tomar o sangue, não mais suportando carregar o fardo existencial e psicológico – a conjugar culpa, vergonha, autorrepulsa e reprovação externa – acaba por findar a própria vida.

ALEXY (2015, p. 64-65), neste passo, salienta que a solução dos conflitos viria pela distinção entre regras e princípios – sendo as primeiras mandamentos definitivos, passíveis tão só de *subsunção*, e os últimos, mandamentos de otimização –, na medida em que somente estes poderiam ser objeto de ponderação, procedimento apropriado para a resolução da colidência. É que, segundo o mesmo autor, “a construção como regra implica a concepção absoluta da dignidade humana, ao passo que a construção como princípio implica a concepção relativa. O teorema de dominação demonstra que a característica essencial da estrutura normativa da dignidade da pessoa humana é o seu *status* como um princípio. Por essa razão, apenas a concepção relativa pode ser correta” (ALEXY, 2015, p. 29-30) ⁹⁹.

⁹⁸ “In June 2000, the Watchtower Society issued a directive stating that the organisation would no longer disfellowship members who did not comply with the policy of refusal of blood” [Em junho de 2000, a Sociedade Torre de Vigia emitiu uma diretriz afirmando que a organização não iria mais desassociar membros que não cumprissem a política de recusa de sangue] (Fonte: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1119307/>, acesso em mar/2023).

⁹⁹ A teoria de Alexy não escapou à crítica de NOVAIS (2021, p. 103-109): “A ideia de que, numa colisão entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e outros princípios, se deve encontrar a melhor solução ou, até a solução ótima, não merece contestação. É uma asserção de senso comum que, desde que respeitado o princípio da separação de poderes – no sentido de que a busca daquela solução não pode fazer precluir os limites funcionais que o princípio da separação de poderes impõe aos diferentes poderes públicos – não suscita reservas. (...) Portanto, em si mesma, a ideia de otimização não estaria errada se viesse referida à solução de um conflito ou de uma colisão envolvendo direitos fundamentais e significasse a busca, por cada um dos poderes públicos envolvidos, de uma solução tão adequada quanto possível à luz dos critérios utilizáveis, na observância do princípio da separação dos poderes e de acordo com os respectivos limites funcionais. No fundo, do ponto de

Ainda nessa linha, discursa o Enunciado n. 274, da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação”¹⁰⁰.

Não por outra razão, CHADDAD e CALUX (2021, p. 246-247), invocando a ensinância de Nelson Nery, sustentam que “a não realização de transfusão sanguínea por escolha própria do paciente, fundado em seus valores religiosos, não estaria, de fato, em rota de colisão com o seu *direito subjetivo* à vida, muito embora possa

vista jurídico-constitucional de realização dos direitos fundamentais, tratar-se-ia, em rigor, não de otimização ou de maximização, mas de encontrar uma solução adequada ao que é moralmente justificado e de acordo com o programa normativo dos direitos fundamentais em causa. (...) Ora, nesse ponto, quando ALEXY e a teoria dos princípios atribuem aos direitos fundamentais constitucionais a natureza de *comandos de otimização* – portanto, comandos que exigem de todos os poderes públicos, incluindo o Tribunal Constitucional, a sua máxima realização possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes – não apenas subvertem a natureza das funções do Tribunal Constitucional, como distorcem, erroneamente, a natureza dos direitos fundamentais como direitos garantidos pelas normas constitucionais. (...) É que, diferentemente do que pretende a teoria dos princípios, os direitos fundamentais não são *comandos de otimização* ou, pelo menos, essa não é a forma constitucionalmente mais adequada de os perceber. Não são *comandos de otimização* quando considerados na forma definitiva da sua aplicação, mas tão pouco o são quando considerados *prima facie*. Desde logo, uma tal definição nem se adapta à estrutura dos direitos negativos, nem tem na devida conta as reservas que condicionam a especial vinculatividade de boa parte dos direitos positivos, designadamente os direitos positivos a prestações de proteção e de promoção dos direitos fundamentais. Quanto aos direitos negativos, *máxime* as liberdades negativas, tudo o que neles se exige dos poderes públicos é uma não ingerência, um *non facere*, pelo que, tendo por natureza uma realização já maximizada em caso de não intervenção estatal no âmbito por eles protegido, seriam, quando muito, *comandos de não-minimização* (...). Por sua vez, os direitos positivos a prestações de proteção e de promoção dos direitos fundamentais têm a sua realização condicionada por reservas (...) que o juiz constitucional deve relevar quando aprecia a constitucionalidade das ações e omissões estatais. (...) Mas, para além dessa dificuldade estrutural, os erros da caracterização *alexiana* dos direitos fundamentais como *comandos de otimização* agravam-se exponencialmente quando a ideia de otimização vem combinada com a suposta pretensão de maximização de todo e qualquer direito ou faculdade que, *prima facie*, se considerem protegidos por uma concepção radicalmente ampliativa da previsão normativa dos direitos fundamentais. (...) De resto, o próprio ALEXY não se afasta desta ideia quando considera a atribuição de valores numéricos às variáveis da *fórmula do peso* como devendo ser fundamentadas através de um discurso jurídico de onde as considerações morais, tratando-se de direitos fundamentais (direitos humanos), não podem estar ausentes. Então, a inclusão daqueles pretensos direitos na *fórmula do peso*, tal como acontece com outros princípios inválidos ou com fins constitucionalmente ilegítimos (*excluded reasons*), seria por ele resolvida atribuindo um valor zero a tais direitos ou princípios, o que constituiria um limite para a possibilidade de realização de uma ponderação que os envolvesse. Porém, não apenas a sua consideração como direitos ou como princípios, e enquanto tal, teoricamente ponderáveis com outros direitos, é insustentável, como não se percebe como algo que tem um valor zero pode ser simultaneamente considerado um *comando de otimização*”.

¹⁰⁰ Fonte: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/219> (acesso em fev/2023).

ostentar o condão de impactar sua personalidade no que diz respeito ao *bem jurídico* “vida”. É que entre direito e bem jurídico existe diferença sutil, mas fundamental”¹⁰¹.

Também para AZEVEDO (2012, p. 272) “não se pode mais argumentar que a postura das Testemunhas de Jeová quanto às transfusões de sangue gera um conflito de direitos fundamentais, tais como entre o direito à vida e o direito à liberdade religiosa”, porque “sua postura evidencia o exercício desses dois direitos”.

A questão tampouco passou despercebida a NERY JÚNIOR (2012, p. 433):

De acordo com CANOTILHO, “*considera-se existir uma autêntica colisão de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular*”. Por sua vez, ocorre a colisão de direitos em sentido impróprio “*quando o exercício de um direito fundamental colide com outros bens constitucionalmente protegidos*”.

Para ele, ao compelir o indivíduo a se submeter à terapia de transfusão de sangue, o Judiciário tem entendido haver colisão entre dois direitos fundamentais, a saber, a liberdade religiosa e o direito à vida, dando prevalência a este último, porém, tratar-se-ia de um falso problema, na medida em que, como visto, só se pode falar propriamente em colisão de direitos fundamentais quando a realização de um direito fundamental, no caso a liberdade, causar dano ou repercutir no direito fundamental de titular diverso.

¹⁰¹ Para os mesmos autores, “Adotando-se, pois, a premissa de que a medida restritiva em questão (transfusão sanguínea forçada) não suscita propriamente uma colisão entre princípios de direitos fundamentais a serem ponderados, mas apenas uma concorrência entre direitos subjetivos pertencentes a um mesmo indivíduo, a análise da proporcionalidade em sentido estrito (...) restaria prejudicada. A harmonização de interesses realiza-se a partir da superação, no plano argumentativo, de antinomias aparentes. Conforme já dito, a aparência de colisão na presente hipótese decorre do fato de que, embora estejam em concorrência vida e liberdade religiosa, ou ainda, vida e autonomia do paciente, este último é o titular de ambos os direitos prestantes à tutela de tais bens jurídicos. Cabe a ele, assim, decidir qual das faculdades constitucionais exercerá, ainda que o exercício de uma delas implique um impacto desproporcional sobre a outra, do mesmo modo que procede o devedor que, em vez de gastar todo o seu salário para pagar seus débitos, opta por esbanjá-lo em uma viagem internacional, jogos de azar ou em doações para instituições de caridade etc. A ninguém é dado cercear, com base em um juízo de valoração moral, a liberdade individual dos demais para fazer escolhas pessoais, desde que as consequências por tais decisões não transcendam os limites individuais, isto é, não impactem a esfera jurídica alheia ou social de forma desproporcional, daí a razão dos institutos da ulterior responsabilidade civil, penal e administrativa, da função social do contrato e da propriedade etc.

Nessa linha,

quando uma Testemunha de Jeová manifesta sua recusa a se submeter a tratamentos que envolvam transfusão de sangue está exercendo seu direito público subjetivo de liberdade de religião, porquanto está se negando a realizar uma prática atentatória à sua liberdade religiosa e à sua dignidade, não havendo nessa conduta qualquer interferência a direito fundamental de outrem.

Também não ocorre a colisão em sentido impróprio, posto que a Testemunha de Jeová, quando recusa tratamento que envolva a transfusão sanguínea, em nenhum momento recusa submeter-se a tratamentos médicos alternativos, ou seja, não deseja a morte bem como não acredita na cura pela fé.

Também LIGIERA (2012, p. 573) observa que nessa hipótese

não há propriedade para se falar em colisão entre direitos fundamentais, até porque tratam-se de direitos de um mesmo titular, que não pretende dispor de nenhum deles. Estamos, na realidade, diante daquilo que Canotilho chama de “concorrência de direitos fundamentais”, que se dá “quando um comportamento do mesmo titular preenche os ‘pressupostos de fato’ (*Tatbestände*) de vários direitos fundamentais”. Sendo o direito à vida e o direito à liberdade protegidos e considerados igualmente invioláveis pela Constituição Federal (CF, art. 5º, *caput*), há que se buscar, sempre que possível, a conciliação de ambos.

Não por outra razão, decidiu o E. Tribunal de Justiça de Mato Grosso que o *conflito não é entre direitos individuais do cidadão, mas entre o direito à liberdade religiosa e a obrigação e dever do Estado de garantir a saúde de todos, independentemente de crenças religiosas.*

Confira-se:

EMENTA – TESTEMUNHA DE JEOVÁ – PROCEDIMENTO CIRÚRGICO COM POSSIBILIDADE DE TRANSFUÇÃO DE SANGUE – EXISTÊNCIA DE TÉCNICA ALTERNATIVA – TRATAMENTO FORA DO DOMICÍLIO – RECUSA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – DIREITO À SAÚDE – DEVER DO ESTADO – RESPEITO À LIBERDADE RELIGIOSA – PRINCÍPIO DA ISONOMIA – OBRIGAÇÃO DE FAZER – LIMINAR CONCEDIDA – RECURSO PROVIDO.

Havendo alternativa ao procedimento cirúrgico tradicional, não pode o Estado recusar o Tratamento Fora do Domicílio (TFD) quando ele se apresenta como única via que vai ao encontro da crença religiosa do paciente. A liberdade de crença, consagrada no texto constitucional não se resume à liberdade de

culto, à manifestação exterior da fé do homem, mas também de orientar-se e seguir os preceitos dela. Não cabe à administração pública avaliar e julgar valores religiosos, mas respeitá-los. A inclinação de religiosidade é direito de cada um, que deve ser precatado de todas as formas de discriminação. Se por motivos religiosos a transfusão de sangue apresenta-se como obstáculo intransponível à submissão do recorrente à cirurgia tradicional, deve o Estado disponibilizar recursos para que o procedimento se dê por meio de técnica que dispense-a, quando na unidade territorial não haja profissional credenciado a fazê-la. O princípio da isonomia não se opõe a uma diversa proteção das desigualdades naturais de cada um. Se o Sistema Único de Saúde do Estado de Mato Grosso não dispõe de profissional com domínio da técnica que afaste o risco de transfusão de sangue em cirurgia cardíaca, deve propiciar meios para que o procedimento se verifique fora do domicílio (TFD), preservando, tanto quanto possível, a crença religiosa do paciente ¹⁰².

Nessa mesma linha, colhemos de aresto do E. Tribunal de Justiça de Minas Gerais: “é necessário (...) que se encontre uma solução que sopesse o direito à vida e à autodeterminação que, no caso em julgamento, abrange o direito do agravante de buscar a concretização de sua convicção religiosa, e isto porque não há regra legal alguma que ordene à pessoa natural a obrigação de submeter-se a tratamento clínico de qualquer natureza; a opção de tratar-se com especialista objetivando a cura ou o controle de determinada doença é ato voluntário de quem é dela portador”.

Verbis:

PROCESSO CIVIL. CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TUTELA ANTECIPADA. CASO DAS TESTEMUNHAS DE JEOVÁ. PACIENTE EM TRATAMENTO QUIMIOTERÁPICO. TRANSFUSÃO DE SANGUE. DIREITO À VIDA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA E DE CRENÇA. - No contexto do confronto entre o postulado da dignidade humana, o direito à vida, à liberdade de consciência e de crença, é possível que aquele que professa a religião denominada Testemunhas de Jeová não seja judicialmente compelido pelo Estado a realizar transfusão de sangue em tratamento quimioterápico, especialmente quando existem outras técnicas alternativas a serem exauridas para a preservação do sistema imunológico. - Hipótese na qual o paciente é pessoa lúcida, capaz e tem condições de autodeterminar-se, estando em alta hospitalar ¹⁰³.

¹⁰² TJMT, 5ª Câmara Cível, Recurso de Agravo de Instrumento n. 22.395/2006, rel. designado Des. Orlando de Almeida Perri (voto vencedor), j. 31 de maio de 2006, maioria (Fonte: https://www.tjmt.jus.br/jurisprudenciapdf/GEACOR_22395-2006_06-07-06_71559.pdf acesso em fev/2023).

¹⁰³ TJMG, 1ª Câmara Cível, Recurso de Agravo de Instrumento n. 1915196-21.2007.8.13.0701 (1.0701.07.191519-6/001) – Uberaba, rel. Des. Alberto Vilas Boas, j. 14 de agosto de 2007, v. u.

Também assim, decidiu o E. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. TESTEMUNHA DE JEOVÁ. TRANSFUSÃO DE SANGUE. DIREITOS FUNDAMENTAIS. LIBERDADE DE CRENÇA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PREVALÊNCIA. OPÇÃO POR TRATAMENTO MÉDICO QUE PRESERVA A DIGNIDADE DA RECORRENTE. A decisão recorrida deferiu a realização de transfusão sanguínea contra a vontade expressa da agravante, a fim de preservar-lhe a vida. A postulante é pessoa capaz, está lúcida e desde o primeiro momento em que buscou atendimento médico dispôs, expressamente, a respeito de sua discordância com tratamentos que violem suas convicções religiosas, especialmente a transfusão de sangue. Impossibilidade de ser a recorrente submetida a tratamento médico com o qual não concorda e que para ser procedido necessita do uso de força policial. Tratamento médico que, embora pretenda a preservação da vida, dela retira a dignidade proveniente da crença religiosa, podendo tornar a existência restante sem sentido. Livre arbítrio. Inexistência do direito estatal de “salvar a pessoa dela própria”, quando sua escolha não implica violação de direitos sociais ou de terceiros. Proteção do direito de escolha, direito calcado na preservação da dignidade, para que a agravante somente seja submetida a tratamento médico compatível com suas crenças religiosas. **AGRAVO PROVIDO** ¹⁰⁴.

Ainda, o E. Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

EMENTA. CIVIL E CONSTITUCIONAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PACIENTE INTERNADO. TRATAMENTO APLICADO PELA INSTITUIÇÃO DE SAÚDE. DETERMINAÇÃO JUDICIAL. TRANSFUSÃO DE SANGUE COMPULSÓRIA. RECUSA DA PESSOA ENFERMA. OPÇÃO POR MODALIDADE DIVERSA DE TRATAMENTO. POSSIBILIDADE. OBSERVÂNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E À LIBERDADE. DIREITO DE ESCOLHA DA ESPÉCIE DE TRATAMENTO MÉDICO. LEGALIDADE. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHEDIDO E PROVIDO. 1. A opção de escolha pela modalidade e características do tratamento médico que lhe pareça mais conveniente, sob os aspectos biológico, científico, ético, religioso e moral, é conduta que possui a natureza de direito fundamento, protegida pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e da Liberdade, na forma preconizada no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal. 2. É lícito que a pessoa enferma e no pleno exercício de sua capacidade de expressão e manifestação de vontade, de modo claro e indubitado, recuse determinada forma de tratamento que lhe seja dispensado, não se evidenciando nesse caso lesão ao bem maior da vida, constitucionalmente tutelado, mas se configurando, de outro modo, o efetivo exercício de conduta que assegura o também constitucional direito à dignidade e à liberdade pessoal. 3. Com relativa frequência o Poder Judiciário é chamado a dirimir conflitos que remontam a profundos e complexos questionamentos subjetivos e dúvidas existenciais, e dizem respeito à própria finitude humana, contudo, a grande envergadura dessa missão não pode

¹⁰⁴ TJRS, 12ª Câ. Dir. Privado, Agravo de Instrumento n. 70032799041 – Caxias do Sul, rel. Des. Cláudio Baldino Maciel, j. 11.03.2010, v. u.

resultar em omissão na direção legal a ser adotada, mas exige pronta e efetiva resposta, que também deve ser erigida à expressão da relevância inserida no conflito de bens caros, essenciais e igualmente agasalhados pela Constituição Federal. 4. Na hipótese dos autos, uma paciente acometida de Leucemia Linfoblástica Aguda - LLA, em razão de sua convicção religiosa (Testemunha de Jeová) e científica - biológica – existência de meios terapêuticos sem os riscos transfusionais-, recusou, mediante declaração escrita e verbal, tratamento médico que prevê a transfusão de sangue, e, optou por tratamento médico diverso e alternativo, firme na preservação de sua dignidade e de suas convicções pessoais e filosóficas ante o evento da vida. Não acolhendo esses fundamentos, foi proferida no processo de origem. Decisão antecipatória da tutela que autorizou o procedimento forçado de transfusão sanguíneo, provimento judicial que, no entanto, mereceu reforma nos presentes autos de Agravo de Instrumento. 5. Recurso de Agravo de instrumento conhecido e provido, para o fim de desconstituir, integralmente, a Decisão agravada. **ACÓRDÃO.** Decide a Turma, por unanimidade, conhecer do recurso e, no mérito, dar-lhe provimento, nos termos do voto do relator ¹⁰⁵.

Nessa mesma linha de pensamento, ROCA e SANTÁGATA (2010, p. 99) lembram decisão da Suprema Corte argentina, no sentido de que se uma pessoa livre e capaz recusa a transfusão de sangue, e com isso não coloca em risco direito alheio, senão a própria vida, não pode ser compelida a ser transfundida ¹⁰⁶.

O foco do Judiciário, nesses casos, não deve ser “verificar qual direito possuía mais valor ou era hierarquicamente superior na ordem jurídica”, mas “preservar a dignidade da pessoa humana, considerando o direito à vida em sua inteireza, *in casu*,

¹⁰⁵ TRF 1ª Região – Brasília, 6ª Turma, Agravo de Instrumento n. 0017343-82.2016.4.01.0000/MG (Processo Orig.: 0013951-83.2016.4.01.3800), rel. Des. Fed. Kassio Nunes Marques, j. 16.05.2016.

¹⁰⁶ “Un caso paradigmático fue el de bahamondez, que marcó toda una jurisprudencia posterior por la opinión de la corte Suprema de Justicia de la Nación en su pronunciamiento del 6 de abril de 1993. Se trataba de una persona adulta, lúcida, internada en un hospital público por una hemorragia digestiva, cursando una anemia, que se negó a recibir transfusiones de sangre por profesar la religión testigos de Jehová. Dado que en Primera y Segunda instancia la decisión de los jueces había sido desfavorable para bahamondez, este recurrió a la corte Suprema de Justicia, que resolvió que quien rechazara una terapia recomendada o prescrita por el médico y con esa negativa pusiera en riesgo, aun de muerte, nada más que su propia salud y su propia vida, no podía ser obligado a dicho tratamiento (La Ley 1993, tomo D pág.125). cabe mencionar, sin embargo, que cuando el caso llegó a la corte, habían pasado cuatro años desde que bahamondez había sido dado de alta, sin haber sido transfundido” [Tradução livre: “Um caso paradigmático foi o de Bahamondez, que marcou toda uma jurisprudência posterior pela opinião do tribunal Corte Suprema de Justiça da Nação em seu pronunciamento em 6 de abril de 1993. Era uma pessoa adulta, lúcida, internada em hospital público por hemorragia digestivo, em estado de anemia, que se recusava a receber transfusões de sangue por professar a religião de Testemunhas de Jeová. Visto que em Primeira e Segunda instâncias a decisão dos juízes havia sido desfavorável para Bahamondez, ela recorreu ao Supremo Tribunal de Justiça, que resolveu que quem rejeitasse uma terapia recomendada ou prescrita pelo médico e com essa recusa colocar em risco, até de morte, nada mais do que a própria saúde e sua própria vida, não poderia ser compelido a tal tratamento (Lei de 1993, tomo D página 125). Vale a pena mencionar, no entanto, que quando o caso chegou ao tribunal, já haviam passado quatro anos desde que Bhamondez recebeu alta, sem ter sido transfundida”].

o direito de viver e a liberdade de escolha dos pacientes” (AZEVEDO, 2012, p. 273). É que, “no plano dos direitos fundamentais supostamente em conflito ou colisão, a respectiva invocação tem de ser acompanhada e apoiada em argumentação racional, no sentido de justificar a prevalência de um valor (um direito fundamental) sobre o outro, no caso da dignidade da pessoa humana, frequentemente esse esforço é tido como dispensável” (NOVAIS, 2018, p. 130)

Como ensina FLORES (2013, p. 192-193),

(...) a *dignidade da pessoa humana* é o valor fundamental a demarcar a dimensão, extensão e limites dos direitos essenciais da pessoa e, por consequência, de sua dimensão jurídica, a personalidade, da Constituição Federal espalhando-se por todas as áreas do direito. Não pode, portanto, o civilista, ao abordar os direitos da personalidade, fazê-lo de forma desfocada deste valor fundamental. Daí que ao Direito Civil não basta tutelar o *direito à vida*, mas sim, há que buscar assegurar o *direito à vida digna*. Este o enfoque que deve ser dado, na conceituação, normatização e interpretação dos direitos da personalidade, iluminando-os sob o fecho luminoso da *dignidade da pessoa humana*.

Para lançar pá de cal na discussão, LIGIERA (2009, p. 236) pondera que “ainda que houvesse um real conflito entre o direito à vida e o direito à liberdade de consciência e de crença, somente o titular de ambos é que poderia expressar, diante de uma situação concreta, qual deles apresenta-se menor ou maior, ou até o que há de prevalecer”.

Também DWORKIN (2021, p. 564) assevera que “as pessoas têm o direito à independência nessas decisões, desde que não ponham em risco a igual independência das outras pessoas”¹⁰⁷.

Forte é a crítica de NERY JÚNIOR (2012, p. 432) à intervenção estatal, por meio de decisões judiciais, que visam compelir o paciente a se submeter a tratamento médico (no caso, procedimento transfusional) contrariamente à sua vontade; para o autor, decretos judiciais desse jaez, ao compelirem o indivíduo a se submeter à

¹⁰⁷ “Algumas leis coercitivas violam a independência ética porque negam às pessoas o poder de tomar suas próprias decisões acerca de questões éticas fundamentais – acerca dos alicerces e do caráter da importância objetiva da vida humana declarada pelo primeiro princípio da dignidade. Incluem-se aí as escolhas referentes à religião, aos compromissos pessoais íntimos e aos ideais éticos, morais e políticos” (DWORKIN, 2021, p. 564).

transfusão de sangue ou a qualquer tratamento médico que atente contra sua dignidade, ainda que a pretexto de salvar-lhe a vida, careceriam de legalidade, à míngua de fundamentação jurídica ¹⁰⁸.

A respeito, lembra NOVAIS (2018, p. 132-133) que nas sociedades modernas não teocráticas não é difícil, relativamente à dignidade da pessoa humana, “encontrar um *modus vivendi* segundo o qual os fiéis de cada religião têm a proteção do Estado de Direito para viverem com inteira liberdade a própria vida de acordo com a concepção de dignidade humana que professam”, cabendo ao Estado, na sua função típica de garantidor dessa convivência, “a arbitragem judicial dos eventuais conflitos nos *casos difíceis*, mas nunca a adoção de uma concepção particular que, a seguir, seria coercitivamente imposta a quem pensa de forma diversa” ¹⁰⁹. E alerta para o perigo, quando estão em causa questões de forte apelo emocional, em regra norteadas por convicções religiosas, morais, políticas ou ideológicas, de se lançar mão de uma concepção de “dignidade *fechada*” da pessoa humana, “densamente preenchida, atribuindo-lhe um conteúdo holístico pré-estabelecido, inequívoco e especificamente determinado, supostamente capaz de responder a qualquer dúvida,

¹⁰⁸ Para o autor, “essas decisões violam a dignidade e o direito fundamental de liberdade (mormente religiosa) dos cidadãos, sem dizer que os obriga a realizar uma conduta que não é imposta nem por lei, nem pela Constituição. Ao contrário, quando o particular é informado das consequências de determinado tratamento e, ainda assim, por motivos de foro íntimo, recusa-se a realizá-lo, não pode ser compelido a fazê-lo, porque está exercendo seu direito fundamental de liberdade. O direito fundamental de liberdade, em sua essência, é inviolável, de modo que toda ingerência estatal que implique, em certa medida, restrição a esse direito deve possuir base legal e ser proporcional. Obrigar alguém a realizar determinado tratamento médico quando este é atentatório à sua dignidade e liberdade não possui respaldo nem na Constituição Federal nem na Legislação, assim, decisão nesse sentido será inconstitucional por violação expressa do princípio da legalidade (CF, art. 5º, II)”.

¹⁰⁹ E prossegue: “De resto, não seria compatível com o respeito da dignidade da pessoa humana, nem, sequer, com a própria liberdade de religião, reivindicar para si a possibilidade de conduzir a vida em conformidade com os comandos da religião que se professa e não reconhecer, com igual amplitude, o mesmo direito e idêntica dignidade a quem professe outras crenças religiosas, ou não tenha qualquer religião. Em consequência, da parte de um Estado laico e neutral, não identificado com qualquer crença religiosa, o que se exige é a observância do respeito, da proteção e da promoção de um princípio da dignidade da pessoa humana construído segundo uma orientação secular em que todos, independentemente de particularismos e crenças pessoais, se possam reconhecer e que possam, em igualdade com qualquer outra pessoa, invocar juridicamente a seu favor, independentemente das crenças que se professem e das convicções perfilhadas. A máxima, de inspiração religiosa, *a César o que é de César e a Deus o que é de Deus* traduz emblematicamente este acordo implícito de separação dos dois planos normativos que preside à convivência plural nas sociedades modernas ocidentais e que se reflecte, no domínio da dignidade da pessoa humana, na exigência de que o conceito, em termos jurídicos, possa ser fundamentado e desenvolver um conteúdo normativo materialmente densificado de forma independente das convicções religiosas de cada um”.

interrogação ou inquietação através do recurso a um arsenal preparado de respostas, qual verdadeiro *catecismo* da dignidade” (NOVAIS, 2018, p. 136) ¹¹⁰.

Ou, no dizer de DWORKIN (2019, p. 120), “a independência ética exige que o Estado não restrinja a liberdade dos cidadãos quando a justificativa de tal restrição partir do pressuposto de que determinada concepção de como viver, do que faz com que uma vida seja bem-sucedida, é superior às outras” – pois, sabidamente, “o conceito clássico de autonomia privada, que de modo amplo abrange o conceito de liberdade contratual, significa a autoconfiguração das relações jurídicas por meio do particular, de acordo com a própria vontade” (DUQUE, 2019, p. 97).

A tendência, hoje, parece seguir essa linha de entendimento, e bom exemplo disso é a decisão proferida pelo Juízo da 4ª Vara Federal do Rio de Janeiro, em sede de ação civil pública (proc. 5103960-53.2021.4.02.5101 ¹¹¹), em 24 de abril de 2023, em que, acolhendo em parte a pretensão formulada pelo Ministério Público Federal, condenou a União a diligenciar junto àquele ente federativo, para, exercendo o seu papel de coordenadora do Sistema Nacional de Sangue e Derivados (SINASAN) ¹¹², pactuar as metas a serem por ele atingidas e incorporadas ao seu respectivo plano diretor, assessorando-o no que for necessário na implantação do Patient Blood Management (PBM) ¹¹³, no prazo de 6 meses, que, necessariamente, deverá

¹¹⁰ “E, naturalmente, esse risco é tanto maior quanto maior for a convicção com que se professam essas concepções fechadas e integristas e quanto mais intensa se revela a adesão emotiva à ideia de *libertar* ou *salvar* os outros de cultos, de visões ou de crenças *erradas*” (NOVAIS, 2018, p. 136).

¹¹¹ Disponível no sítio https://eproc.jfrj.jus.br/eproc/externo_controlador.php?acao=principal&sigla_orgao_sistema=TRF2&sigla_sistema=Eproc&msg=Sua%20sess%E3o%20foi%20encerrada.%20Por%20favor,%20inicie%20um%20nova%20sess%E3o. (acesso em mai/2023).

¹¹² <http://biblioteca.cofen.gov.br/tag/sistema-nacional-de-sangue-e-derivados-sinasan/> (acesso em mai/2023).

¹¹³ “PBM é uma abordagem multidisciplinar e sistematizada de gerenciamento do sangue do paciente, baseada em evidências, que busca minimizar as perdas sanguíneas, otimizar a hematopoese, maximizar a tolerância à anemia e evitar transfusões desnecessárias; visando a melhor evolução do paciente, redução de custos e otimização do estoque de sangue. Abrange todo o período de atendimento, desde antes de o paciente entrar no hospital até após a conclusão do seu tratamento. O conceito de PBM foi endossado em 2010 pela Assembleia Mundial da Saúde por meio da resolução WHA 63.12. Em 2017, foi recomendado como padrão de atendimento pela Comissão Europeia. No recente Quadro de Ação da OMS para promover o acesso universal a hemocomponentes seguros, eficazes e de qualidade garantida em 2020-2023, a implementação efetiva do PBM está listada como 1 dos 6 objetivos. Todavia, apesar dessas fortes recomendações e das evidências disponíveis que demonstram que o modelo de PBM não é apenas uma opção, mas sim uma necessidade, a sua prática ainda está muito aquém do desejável” (Fonte:

englobar: a) Plano de treinamentos para profissionais que atuam em serviços de hemoterapia, definindo os serviços de hemoterapia aptos para sediar treinamento prático de profissionais da hemorrede pública; b) Plano de implementação, acompanhamento e fiscalização das atividades dos Comitês Transfusionais, aí incluída a atividade de educação continuada nos aspectos principais da hemoterapia e hemovigilância dentro dos diversos setores da unidade de saúde; c) A confecção de modelos de Protocolos Operacionais Padrão para tratamentos no pré-operatório, intraoperatório e pós-operatório a serem observados pelas unidades de saúde, resguardadas as respectivas especificidades, que são definidas pelas respectivas unidades de saúde; d) A confecção de modelos de Protocolos Operacionais Padrão para os casos em que a unidade de saúde não disponha do tratamento alternativo à transfusão alogênica, com previsão de regulação do paciente para unidade que comporte o tratamento alternativo; e) A confecção de modelo de Termo de Consentimento Livre e Esclarecido para pacientes que se recusam a transfundir, com campo específico de opção de recusa e que viabilize ao paciente a manifestação do motivo, facultativamente; f) A confecção de um segundo modelo de Termo de Consentimento Livre e Esclarecido voltado a pacientes que se submetem a tratamento alternativo à transfusão alogênica de sangue; g) A obrigatoriedade de revisão dos protocolos e TCLEs em periodicidade anual, segundo previsão do próprio regulamento do Ministério da Saúde; e, sem prejuízo, deferiu tutela de urgência para que, enquanto não houver definição do plano referido em epígrafe, os Hospitais Federais e Institutos do Rio de Janeiro (exceto hospitais universitários) que adequem ou confeccionem, em 2 meses, a) Protocolos Operacionais Padrão para tratamento do paciente à luz do PBM no pré-operatório, intraoperatório e pós-operatório; b) Protocolos Operacionais Padrão para os casos em que a unidade de saúde não disponha do tratamento alternativo à transfusão alogênica, com previsão de regulação do paciente para unidade que comporte tratamento alternativo, observadas as regras de distribuição de competência do SINASAN e do SUS; c) Termo de Consentimento Livre e Esclarecido para pacientes que se recusam a transfundir, com campo específico de opção de

recusa, que viabilize ao paciente a manifestação do motivo, facultativamente; e d) A confecção de um segundo Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, voltado a pacientes que se submetem a tratamento alternativo à transfusão alogênica de sangue em razão da não aceitação do TCLE de transfusão alogênica, e aos Comitês Transfusionais e serviços de hemoterapia vinculados aos Hospitais Federais e Institutos do Rio de Janeiro em 4 meses, apresentem plano de treinamento de pessoal, englobando os diversos setores das unidades, aí abrangidos os setores administrativos, que, de uma forma ou de outra, devam conhecer os procedimentos do PBM.

6.3 Solução *de lege lata*: Interpretação conforme a Constituição

SCHWABE (2012, p. 126) já dizia que “a hierarquia constitucional dos direitos fundamentais privado-subjetivos obriga o civilista a ser também constitucionalista”¹¹⁴.

Os dispositivos autorizadores da atuação médica, independentemente da vontade do paciente, porque anteriores ao advento da Constituição da República de 1988, reclamam interpretação conforme o texto constitucional, de sorte que sua inteligência seja adequada, se possível for, ao ordenamento jurídico em vigor.

A respeito, escolhia BARROSO (2022, p. 293-294) que a interpretação conforme se destina à preservação de determinadas normas, que à primeira vista podem apresentar suspeitas de inconstitucionalidade, bem como à atribuição de sentido às normas infraconstitucionais, de molde a que melhor realizem os mandamentos do texto constitucional, abrigando, a um só tempo, uma técnica de hermenêutica e um mecanismo de controle de constitucionalidade¹¹⁵:

¹¹⁴ “Todo direito fundamental, a ser aplicado na praxe judiciária cotidiana, torna necessário, por causa da sua hierarquia constitucional, ocupar-se e discutir-se com reserva legal, colisões de direitos fundamentais, proibição do excesso, e assim por diante” (SCHWABE, 2012, p. 126).

¹¹⁵ “Como técnica de interpretação, o princípio impõe a juízes e tribunais que interpretem a legislação ordinária de modo a realizar, da maneira mais adequada, os valores e fins constitucionais. Vale dizer: entre interpretações possíveis, deve-se escolher a que tem mais afinidade com a Constituição. Um exemplo: depois de alguma hesitação, a jurisprudência vem reconhecendo direitos previdenciários a parceiros que vivem em união estável homoafetiva (*i. e.*, entre pessoas do mesmo sexo). Mesmo na ausência de norma expressa nesse sentido, essa é a inteligência que melhor realiza a vontade constitucional, por impedir a desequiparação de pessoas em razão de sua orientação sexual. Como mecanismo de controle de constitucionalidade, a interpretação conforme a Constituição permite que o

Em suma, a interpretação conforme a Constituição pode envolver mera interpretação adequada aos valores e princípios constitucionais, ou a declaração de inconstitucionalidade de uma das interpretações possíveis de uma norma ou, ainda, a declaração de não incidência da norma a determinada situação de fato, por importar em violação da Constituição.

Em complemento, segundo MORAES (2001, p. 43-44), a interpretação conforme a constituição somente terá lugar quando a norma comportar mais de uma interpretação, uma compatível com o texto constitucional, e outra, não ¹¹⁶; “ou, no dizer de Canotilho, ‘a interpretação conforme a constituição só é legítima quando existe um *espaço de decisão* (= espaço de interpretação) aberto a várias propostas interpretativas, umas em conformidade com a constituição e que devem ser preferidas, e outras em desconformidade com ela””, de molde a possibilitar a manutenção, no ordenamento jurídico vigente, de leis e atos normativos que guardem valor interpretativo compatível com a Constituição:

Portanto, não terá cabimento a *interpretação conforme a constituição* quando contrariar texto expresso da lei, que não permita qualquer interpretação em conformidade com a constituição, pois o Poder Judiciário não poderá, substituindo-se ao Poder Legislativo (leis) ou executivo (medidas provisórias), atuar como *legislador positivo*, de forma a criar um texto legal. Nessas hipóteses, o Judiciário deverá declarar a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo incompatível com a constituição.

6.3.1 **Vontade do paciente maior, consciente, capaz**

intérprete, sobretudo o tribunal constitucional, preserve a validade de uma lei que, na sua leitura mais óbvia, seria inconstitucional. Nessa hipótese, o tribunal, simultaneamente, *infirmar* uma das interpretações possíveis, declarando-a inconstitucional, e *afirma* outra, que compatibiliza a norma com a Constituição. Trata-se de uma atuação “corretiva”, que importa na declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. Figura próxima, mas não equivalente, é a da interpretação conforme a Constituição para declarar que uma norma válida e em vigor não incide sobre determinada situação de fato. Em qualquer caso, o princípio tem por limite as possibilidades semânticas do texto”.

¹¹⁶ “A supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico e a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo poder público competente exigem que, na função hermenêutica de interpretação do ordenamento jurídico, seja sempre concedida preferência ao sentido da norma que seja adequado à Constituição Federal. Assim sendo, no caso de normas com várias significações possíveis, deverá ser encontrada a significação que apresente *conformidade com as normas constitucionais*, evitando sua declaração de inconstitucionalidade e conseqüente retirada do ordenamento jurídico”.

Destarte, “se o Estado não pode proteger o indivíduo em face de si mesmo”, porque a ele não cabe “avaliar o mérito da convicção religiosa, bastando constatar a sua seriedade”, e se “as testemunhas de Jeová professam crença religiosa de que introduzir sangue no corpo pela boca ou pelas veias viola as leis de Deus, por contrariar o que se encontra previsto em inúmeras passagens bíblicas”, “a transfusão compulsória violaria, em nome do direito à saúde ou do direito à vida, a dignidade humana, que é um dos fundamentos da República brasileira” (BARROSO, 2012, p. 368-369); nessa linha de pensamento, os dispositivos normativos reguladores das relações médico-pacientes devem receber interpretação conforme a Constituição, de sorte a se compatibilizarem com o direito fundamental da dignidade da pessoa humana, e sua expressão maior, traduzida no direito de autodeterminação.

Em assim sendo, se não há, como dito, direito absoluto na ordem jurídica brasileira, revela-se conforme a Constituição a interpretação do art. 15, do Código Civil, segundo a qual devem ser tomadas por legítimas eventuais recusas de tratamento, desde que fundadas não em mero capricho, mas em razão de ser consistente, vinculada ao exercício do direito de autodeterminação, e por isso, derivado da autonomia de vontade como corolário da dignidade da pessoa humana¹¹⁷.

Disso se segue que não menos respeitável orientação doutrinária – a qual perfilhamos – preconiza que deve prevalecer, em caso de recusa ao procedimento transfusional, motivado por razões científicas ou por convicção religiosa, a vontade do paciente, se maior e capaz, desde que manifestada de forma juridicamente válida, não sendo dado ao Estado Juiz autorizar, ainda que provocado a tanto, que seja desconsiderada.

¹¹⁷ “Em uma sociedade plural, é inevitável que os direitos de personalidade entrem em conflitos potenciais ou reais entre si, exigindo temperamentos e até a imposição de restrições recíprocas ou condicionadas. O ponto não é minimamente controverso, aceitando-se de forma pacífica, como já registrado, que não há direitos absolutos. Nesse sentido, um enunciado normativo que pretenda estabelecer a impossibilidade genérica de restrição aos direitos da personalidade não apenas contrafactual, mas também incompatível com o pluralismo consagrado pela Constituição. A única leitura possível de tal dispositivo seria no sentido de entender que ele veda disposições caprichosas ou fúteis, sem prejuízo da possibilidade de que a convivência entre direitos distintos imponha escolhas e compromissos. (...) Afinal, em um conflito entre direitos da personalidade, simplesmente não há como figurar uma solução em que ambos incidam sem qualquer temperamento” (BARROSO, 2012, p. 375).

A respeito, destacamos o Enunciado 403, da V Jornada de Direito Civil da Justiça Federal ¹¹⁸, que tem por objeto a interpretação do art. 15, do Código Civil:

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

SOUZA (2018, p. 45-47) nos lembra que “a força normativa dos princípios constitucionais (...) constitui o instrumento prático e eficaz à disposição do aparelho judiciário do Estado para garantir a autoaplicabilidade do sistema de direitos fundamentais, tanto na relação vertical do Estado com as pessoas, quanto na relação horizontal das pessoas entre si, relação horizontal esta de que é exemplo perfeito a relação médico-paciente”, e adverte, a respeito, que

O Poder Judiciário – a bem do jurisdicionado e, assim, cumprindo a mais lúdima função do Estado Democrático de Direito – pode e deve fazer que valham (conferindo-lhes plena eficácia) o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade, garantindo ao paciente o direito de recusa a tratamento médico, por motivos religiosos ou não, sem que por causa dessa recusa seja prejudicado, inclusive no que diz respeito à garantia de tratamento alternativo para a cura ou, em se tratando de paciente terminal, dos cuidados paliativos que lhe atenuem o sofrimento e garantam o bem-estar possível até a morte.

Nessa mesma linha de raciocínio, assevera NERY JÚNIOR (2012, p. 392-393) que “em um Estado Constitucional Democrático de Direito, a manifestação prática da fé não se esgota na liberdade de culto; *ela engloba a impossibilidade de o Estado impor condutas aos cidadãos atentatórias à sua dignidade e à sua condição religiosa*”, e prossegue, sustentando que “Nessa perspectiva apresenta-se legítima a possibilidade de os praticantes da religião Testemunhas de Jeová recusarem a realização de qualquer tratamento que envolva transfusão sanguínea”, sendo vedado

¹¹⁸ Fonte: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vjornadadireitocivil2012.pdf> (acesso em fev/2023).

ao Estado e seus agentes, por essa razão, até por decisões judiciais, impor aos seus cidadãos a prática de qualquer conduta que atente contra sua convicção religiosa, tal como se dá com a transfusão de sangue, em relação às Testemunhas de Jeová:

Nessa perspectiva, o Estado, seja por meio de leis ou por meio de decisões judiciais, não pode impor ao cidadão uma conduta atentatória à sua convicção religiosa e à sua dignidade. Essa assertiva encontra justificativa em JURGEN HABERMAS para quem: *“independentemente de como os interesses envolvidos na relação entre Estado e organizações religiosas estejam distribuídos, um Estado não pode impor aos cidadãos, aos quais garante liberdade de religião, obrigações que não combinam com uma forma de existência religiosa”*.

É nessa linha a lição de NOVAIS (2018, p. 136):

Para alguns de entre nós, fazer uma transfusão de sangue é um acto indigno, violador do que consideram de mais sagrado, tal como, para outros, o será o simples acto de comer carne de porco ou de comer carne de vaca ou simplesmente de comer em determinados dias. São convicções que devem poder ser livremente seguidas por quem as adopta como padrão de vida digna e merecem o respeito que devemos às convicções mais genuinamente valorizadas por qualquer pessoa.

Nesse diapasão, concluem CHADDAD e CALUX (2018, p. 247) que

A harmonização entre os interesses concorrentes, no presente caso, repousa no próprio exercício de escolha livre e prévia pelo paciente, que não pode ser destituído de sua capacidade de autodeterminação, entendida como um conjunto de faculdades e condições para desenvolver o seu próprio projeto de vida digna, segundo seus próprios valores e crenças de cunho moral e religioso.

De mesma forma, o já citado art. 146, do Código Penal, reclama interpretação conforme a Constituição, para que limite o exegeta sua aplicação aos casos em que, havendo iminente risco de vida, não seja possível a obtenção do consentimento do paciente (BARROSO, 2012, p. 377).

Idem, ainda, quanto à ressalva inserta no art. 31, do Código de Ética Médica, que proíbe o médico de 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 – devendo-se entender que há dispensa de obtenção do consentimento nos casos em que isso não seja possível, *v. g.*, em razão de inconsciência (BARROSO, 2012, p. 379), perturbação psicológica ou debilidade cognoscitiva do paciente (DANTAS, E. e COLTRI, M., 2022, p. 216) e inexistência de manifestação prévia de vontade ou constituição de procurador bastante.

Essa orientação foi adotada pelo próprio Conselho Federal de Medicina, quando da edição da Recomendação CFM 01/2016, em seu item “8.3”¹¹⁹:

8.3. Recusa de consentimento por crença religiosa

A estreita relação entre certezas/incertezas e religião é muito antiga e persiste até os tempos atuais, nos quais é notório o debate envolvendo crença e ciência e sua presença na sociedade. Tal é a situação dos membros da Comunidade Testemunhas de Jeová, que recusam receber transfusão de sangue.

O Código de Ética Médica é claro ao estabelecer os limites da autonomia do paciente em caso de risco iminente de morte, como referem os artigos abaixo transcritos:

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. 31. 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.

Nesse mesmo sentido, a Resolução CFM nº 1.021/80, em seu artigo 2º, diz: "Se houver iminente perigo de vida, o médico praticará a transfusão de sangue, independentemente de consentimento do paciente ou de seus responsáveis".

Igualmente, o Código Penal tipifica como crime a omissão em prestar assistência em caso de grave e iminente perigo:

Art. 135 – Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública:

Pena – detenção, de um a seis meses, ou multa.

Parágrafo único – A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte.

A Constituição Federal de 1988 prevê a liberdade de religião como direito humano fundamental, integrante da dignidade da pessoa humana.

¹¹⁹ Fonte: https://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1_2016.pdf (acesso em mar/ 2023).

Art. 5º.

[...]

VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

VII – é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;

VIII – ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.

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 (2002) 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 dar as informações adequadas sobre a condição do paciente e oferecer as alternativas clínicas e cirúrgicas que o caso requer.

Bonamigo (2011) 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.

Essa tendência atual visa ao respeito à autonomia do paciente, princípio defendido pelo Comitê de Bioética/Unesco na atualidade, embora reconheça que antigamente o desfecho era pelo respeito à vida.

Por outro lado, é inquestionável que o avanço da ciência contribuiu com várias alternativas terapêuticas à transfusão sanguínea, com a utilização de materiais sintéticos aceitos pelos que professam a crença das testemunhas de Jeová.

Por sua vez, os médicos precisam conhecer essas outras opções. Portanto, parece evidente que, na existência de acesso a essas alternativas, o médico deve utilizá-las para evitar o conflito moral e ético. Também, claramente, nos casos em que não há risco iminente de vida para o paciente, é consenso que a transfusão de sangue deve ser evitada.

Resta, assim, a situação do risco iminente de morte e ausência de outras possibilidades terapêuticas, bem como a decisão sobre conduta em menores de idade. E é nessa linha de raciocínio que a questão do consentimento esclarecido deve ser discutida, lembrando também à equipe médica que ela precisa tomar conhecimento sobre as demais formas de abordagem de tratamento.

Mesmo quando houver alternativas à transfusão sanguínea, em certas ocasiões a transfusão de sangue torna-se necessária, e é nessas situações que o médico precisa informar ao paciente os riscos e benefícios da realização do procedimento, assim como aqueles decorrentes da sua não aceitação.

Esta, aliás, também tem sido a orientação jurídica, a de que deve prevalecer o bom senso e o respeito à autonomia do paciente. Recente proposta da

comissão de juristas que elabora o Anteprojeto de Código Penal do Senado Federal propôs considerar crime a realização de procedimento médico ou cirúrgico, ainda que indispensável para salvar a vida do paciente, contra a vontade deste. Especificamente, conforme a proposta da Comissão, a intervenção médica ou cirúrgica realizada em paciente capaz, sem sua anuência, caracterizará crime de constrangimento ilegal. O relator da matéria, o procurador da República Luiz Carlos Gonçalves, atendeu a um pedido das testemunhas de Jeová. Assim, caso a proposta da comissão seja aprovada, as testemunhas de Jeová que não desejarem submeter-se a transfusão de sangue, mesmo em hipótese de risco de morte, estarão salvaguardadas pela legislação penal.

Se aprovada a proposta da comissão, os médicos passarão a responder criminalmente por mais um ato profissional, além dos quatro atuais: violação do segredo profissional, omissão de notificação de doença, falsidade de atestado médico e exercício ilegal da medicina.

A evolução da autonomia do paciente que recusa transfusão sanguínea, tanto no âmbito ético como no jurídico, adveio das alternativas proporcionadas pelos avanços da medicina e pelo vertiginoso desenvolvimento social da humanidade nas últimas décadas.

Vale reprimir o Princípio Fundamental XXI do Código de Ética Médica, aprovado em 2009: No processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com seus ditames de consciência e as previsões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes, relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas. Assim, a conduta do médico já não pode limitar-se à constatação de risco de morte para transfundir sangue compulsoriamente, mas precisa levar em consideração as recentes alternativas disponíveis de tratamento ou a possibilidade de transferência para equipes com profissionais treinados em tratamentos através de substitutos do sangue.

Sobre o assunto, o Papa João Paulo II mencionou que “obrigar alguém a violar sua consciência é o golpe mais doloroso infligido à dignidade humana”.

Também essa é a orientação normativa da Carta dos Direitos e Deveres dos Usuários da Saúde, instituída pela Resolução n. 553, de 09 de agosto de 2017, do Conselho Nacional da Saúde ¹²⁰, que prevê o respeito aos valores, cultura e direitos do paciente, inclusive o do livre consentimento esclarecido, sempre revogável, e de indicação de pessoa a quem tocará tomar decisões se não puder manifestar diretamente sua vontade (quarta diretriz, parágrafo único, V e VII ¹²¹), e a

¹²⁰ Fonte: <http://www.conselho.saude.gov.br/resolucoes/2017/Reso553.pdf> (acesso em abr./2023).

¹²¹ Quarta diretriz: toda pessoa deve ter seus valores, cultura e direitos respeitados na relação com os serviços de saúde. Parágrafo único: os direitos do caput serão garantidos por meio de: (...) V - consentimento livre, voluntário e esclarecido, a quaisquer procedimentos diagnósticos, preventivos ou terapêuticos, salvo nos casos que acarretem risco à saúde pública, considerando que o consentimento anteriormente dado poderá ser revogado a qualquer instante, por decisão livre e esclarecida, sem que sejam imputadas à pessoa sanções morais, financeiras ou legais; (...) VII - a indicação de sua livre

responsabilidade do usuário em caso de recusa formal de tratamento (quinta diretriz, parágrafo único, V ¹²²).

Com anota FERREIRA FILHO (1994, p. 24), “deve-se registrar uma hierarquia. O dever médico é de fonte legal, o direito do paciente de aceitar, ou não, um tratamento, ou um ato médico, é expressão de sua liberdade – direito seu de ordem fundamental, declarado e garantido pela Constituição”.

ROCHA (2005, p. 184) excepciona, aqui, a situação jurídica do médico que, ligado por contrato de prestação de serviços médicos a instituição de saúde, estaria obrigado por vínculo contratual a prestar assistência ao paciente, não necessitando do consentimento deste, porque não contratado diretamente por ele; a respeito dessa *quaestio juris*, temos que a ressalva da autora comporta aceitação, *cum grano salis*: a dispensa, num primeiro momento, de consentimento do paciente, em razão da inexistência de contratação direta com o facultativo, pode ser aceita apenas em relação ao próprio ato do atendimento médico, sem extensão aos procedimentos e tratamentos porventura necessários, para os quais a tomada do consentimento seria ainda, a nosso ver, de todo exigível.

6.3.1.1 *Vontade do paciente maior, inconsciente*

Sendo o consentimento livre e esclarecido do paciente condição para a realização do procedimento transfusional, indaga-se qual proceder a ser adotado pelo facultativo, em caso de impossibilidade de manifestação de vontade do doente, *v. g.*, em caso de inconsciência.

A doutrina registra que o ato de recusa, sobretudo quando verbal, deve ser expresso e personalíssimo (CHADDAD e CALUX, 2021, p. 250); na impossibilidade de se colher a manifestação de vontade do paciente, portanto, está o médico

escolha, a quem confiará a tomada de decisões para a eventualidade de tornar-se incapaz de exercer sua autonomia.

¹²² Quinta diretriz: toda pessoa tem responsabilidade e direitos para que seu tratamento e recuperação sejam adequados e sem interrupção. Parágrafo único. Para que seja cumprido o disposto no caput deste artigo, as pessoas deverão: (...) V - assumir a responsabilidade formal pela recusa a procedimentos, exames ou tratamentos recomendados e pelo descumprimento das orientações do profissional ou da equipe de saúde.

autorizado a realizar o procedimento – hipótese reconhecida como de consentimento tácito ou presumido ¹²³, solução fundada em paternalismo moderado (SIQUEIRA, 2019, p. 384) em que se pressupõe, com grande razoabilidade, que se consciente estivesse autorizaria o doente a realização da transfusão, uma vez verificada a sua necessidade para salvar-lhe a vida ¹²⁴. Não há, aqui, “juízo de substituição”.

A mesma solução se aplica aos portadores de deficiência mental, que pela Lei Brasileira de Inclusão (Lei n. 13.146/2015) são considerados plenamente capazes, possuindo autonomia para fazer escolhas existenciais (art. 84, *caput* ¹²⁵), ainda que lançando mão do recurso de tomada de decisão apoiada (art. 84, § 2º), não podendo ser obrigados a se submeter a intervenção clínica ou cirúrgica ou a tratamento forçado (art. 11, *caput* ¹²⁶) e sendo indispensável seu consentimento livre e esclarecido para a realização de tratamento e procedimento (art. 12 ¹²⁷), devendo ser assegurada sua participação, no maior grau possível, nos casos em que houver curador (art. 12, § 1º) – na medida em que a curatela não abrange o direito ao próprio corpo (art. 85, § 1º ¹²⁸) –, à exceção de casos de risco de morte ou de emergência em saúde, quando poderão ser atendidos sem prévio consentimento livre e esclarecido (art. 13 ¹²⁹); só

¹²³ “O dever de esclarecimento médico também pode ser atenuado nos casos de um *consentimento presumido*. Essa figura, embora não se trate de uma espécie de consentimento verdadeiro, surge quando a anuência para uma intervenção é exigível, mas o paciente legalmente capaz de dar seu consentimento, está momentaneamente impossibilitado de declarar sua vontade” (SANTIN, 2020, p. 173).

¹²⁴ “(...) naqueles casos em que o paciente não está em condições de manifestar seu consentimento, como quando se encontra numa situação de incapacidade de fato derivada de seu estado físico-clínico (acidente, estado de coma, perda temporal do conhecimento...), ou de incapacidade jurídica (menor de idade, enfermo mental...), etc., pode recair sobre o facultativo a obrigação legal profissional de prestar assistência médica, quando não tenha representantes legais, quando se desconheça seu paradeiro ou quando, em caso de urgência ou emergência, seja necessário que se preste assistência facultativa ao paciente para salvar sua vida” (ROCHA, 2005, p. 184).

¹²⁵ Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas. (...)§ 2º É facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada

¹²⁶ Art. 11. A pessoa com deficiência não poderá ser obrigada a se submeter a intervenção clínica ou cirúrgica, a tratamento ou a institucionalização forçada.

¹²⁷ Art. 12. O consentimento prévio, livre e esclarecido da pessoa com deficiência é indispensável para a realização de tratamento, procedimento, hospitalização e pesquisa científica. § 1º Em caso de pessoa com deficiência em situação de curatela, deve ser assegurada sua participação, no maior grau possível, para a obtenção de consentimento.

¹²⁸ Art. 85. (...) § 1º A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

¹²⁹ Art. 13. A pessoa com deficiência somente será atendida sem seu consentimento prévio, livre e esclarecido em casos de risco de morte e de emergência em saúde, resguardado seu superior interesse e adotadas as salvaguardas legais cabíveis.

na hipótese de doença mental grave, que impossibilite a expressão da vontade, terão os portadores de deficiência reconhecida sua incapacidade relativa (CC, art. 4º, III), tocando ao Estado o dever concorrente de proporcionar ao deficiente, com prioridade, a garantia do direito à vida, à saúde, à liberdade, à autonomia e à dignidade, entre outros (art. 8º ¹³⁰).

Chamamos atenção, aqui, para a dicção do art. 13, da Lei Brasileira de Inclusão (Estatuto do Deficiente): a norma autoriza o atendimento do deficiente, em casos excepcionais que menciona, sem seu prévio consentimento – mas não contra a sua vontade, o que é coisa bem diversa. A redação mostra-se consentânea com a norma constitucional em vigor, que consagra o princípio da dignidade da pessoa humana, de que é corolário o direito à autodeterminação, manifestado pela autonomia de vontade.

6.3.1.2 *Vontade do paciente maior, inconsciente, com diretiva antecipada de vontade ou procurador*

Outra é a solução se o paciente, capaz e inconsciente, tiver manifestado sua recusa ao tratamento transfusional previamente, preferencialmente por meio escrito, mediante a lavratura de diretiva antecipada de vontade, normalmente constante de testamentos vitais (*living will*), ou constituído procurador bastante para esse fim específico (*durable power of attorney for health care*) ¹³¹, “constituindo ambos expressão da proteção da liberdade e da autonomia privada” (NERY JÚNIOR, 2012, p. 426). Nesses casos, a manifestação de vontade deve ser respeitada pelo

¹³⁰ Art. 8º É dever do Estado, da sociedade e da família assegurar à pessoa com deficiência, com prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à sexualidade, à paternidade e à maternidade, à alimentação, à habitação, à educação, à profissionalização, ao trabalho, à previdência social, à habilitação e à reabilitação, ao transporte, à acessibilidade, à cultura, ao desporto, ao turismo, ao lazer, à informação, à comunicação, aos avanços científicos e tecnológicos, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, entre outros decorrentes da Constituição Federal, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo e das leis e de outras normas que garantam seu bem-estar pessoal, social e econômico.

¹³¹ “Cada vez mais, nos damos conta da importância de tomar uma decisão com antecedência: queremos ou não ser tratados desse modo? Hoje, todos os estados norte-americanos reconhecem alguma forma de diretiva antecipada: ou os ‘testamentos de vida’ (documentos nos quais se estipula que certos procedimentos médicos não devem ser utilizados para manter o signatário vivo em circunstâncias específicas), ou as ‘procurações para a tomada de decisões em questões médicas’ (documentos que indicam uma outra pessoa para tomar decisões de vida e de morte em nome do signatário, quando este já não tiver condições de tomá-las)” (DWORKIN, 2019, p. 252).

profissional médico, tal como se dá nos casos em que o paciente, consciente, manifesta pessoal e verbalmente a sua recusa.

É o que dispõe, também, o Código de Ética da Sociedade Internacional de Transfusão de Sangue (art. 2º, item 1, subitens 2.1.1 a 2.1.3) ¹³².

No mesmo sentido, preconiza o Código Internacional da Ética Médica da Associação Médica Mundial, adotado pela 3ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial (Londres, Inglaterra, outubro 1949), revisto pela 22ª Assembleia Médica Mundial (Sydney, Austrália, agosto 1968), pela 35ª Assembleia Médica Mundial (Veneza, Itália, outubro 1983), pela 57ª Assembleia Médica Mundial (Pilanesberg, África do Sul, outubro 2006) e pela 76ª Assembleia Médica Mundial (Berlim, Alemanha, outubro de 2022) (art. 13) ^{133 134}.

No Brasil, RAMOS (2022, p. 127) lembra a aprovação, a respeito da matéria, do Enunciado n. 528 ¹³⁵, da V Jornada de Direito Civil (2011).

¹³² 2.1 Autonomy 2.1.1 Specific consent must, where feasible, be obtained prior to the transfusion. The consent should be informed and in order to achieve this, information must be provided on the known risks and benefits of blood transfusion and any possible alternative therapies in order to enable a decision whether to accept or refuse the procedure. The information must be provided in a way that is comprehensible to the potential recipient. 2.1.2 In the event that specific consent cannot be obtained the basis for treatment by transfusion must be in the best interests of the patient. 2.1.3 Any valid advance directive should be respected [2.1 Autonomia 2.1.1 O consentimento específico deve, sempre que possível, ser obtido antes da transfusão. O consentimento deve ser informado e, para tanto, deve ser fornecida informação sobre os riscos e benefícios conhecidos da transfusão de sangue e quaisquer terapias alternativas possíveis, a fim de permitir a decisão de aceitar ou recusar o procedimento. A informação deve ser prestada de forma compreensível para o potencial destinatário. 2.1.2 Caso o consentimento específico não possa ser obtido, a base para o tratamento por transfusão deve ser o melhor interesse do paciente. 2.1.3 Qualquer diretiva antecipada válida deve ser respeitada]. Fonte: https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwj5iOnjj6X9AhUsBLkGHem-CY0QFnoECAoQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.isbtweb.org%2Fasset%2F4F31A6BC-4F20-45A5-9C9CFE7BFCD4BF%2F&usg=AOvVaw3QT41UsKawlZaJN_3QBe2, acesso em fev/2023.

¹³³ 13. Ao prestar cuidados médicos, o médico deve respeitar a dignidade, a autonomia e os direitos do doente. O médico deve respeitar o direito do doente a aceitar ou recusar livremente os cuidados de saúde, de acordo com os valores e preferências do doente (Fonte: <https://www.wma.net/wp-content/uploads/2022/12/Co%CC%81digo-E%CC%81tica-Me%CC%81dica-REVISADO.pdf>, acesso em mar/2023).

¹³⁴ 13. In providing medical care, the physician must respect the dignity, autonomy, and rights of the patient. The physician must respect the patient's right to freely accept or refuse care in keeping with the patient's values and preferences (Fonte: <https://www.wma.net/policies-post/wma-international-code-of-medical-ethics/>, acesso em mar/2023).

¹³⁵ Enunciado n. 528: "Arts. 1.729, parágrafo único, e 1.857: É válida a declaração de vontade expressa em documento autêntico, também chamado 'testamento vital', em que a pessoa estabelece disposições sobre o tipo de tratamento de saúde, ou não tratamento, que deseja no caso de se encontrar sem

Sabemos com AFFONSO (2021, p. 242-243) que

uma diretiva de vontade pode conter duas partes distintas: uma procuração para cuidados/fins de saúde (mandato duradouro) e um testamento vital. Este último, seria “a declaração antecipada e lúcida de vontade de uma pessoa, sobre o desejo de receber ou não receber tratamento ou proteção a partir do momento, por qualquer motivo, em que se torna incapaz de manifestar a sua vontade”.

6.3.1.3 *Vontade do paciente maior, inconsciente, com testemunho de familiares ou amigos.*

Não assim, porém, se o paciente, capaz e inconsciente, não houver manifestado previamente (preferencialmente por escrito) a sua recusa ao tratamento. Nesses casos, a solução é o reconhecimento da autorização tácita ou presumida, na medida em que, inexistindo na espécie “juízo de substituição”, não se admite a manifestação de vontade por terceiros – sejam eles familiares, amigos ou terceiros de seu círculo de convívio social, que venham afirmar que a vontade do doente seria a não realização do procedimento (CHADDAD e CHALUX, 2021, p. 250) ¹³⁶.

6.3.2 *Vontade do paciente menor*

Em se tratando de paciente menor (com idade até 18 anos incompletos), a solução apontada pela doutrina é diametralmente aposta.

Com efeito, na sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (para lançar mão da expressão adotada pelo constituinte de 1988, no art. 227, § 3º, V, da

condições de manifestar sua vontade” (Fonte: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/597>, acesso em abr/2023).

¹³⁶ *In verbis*: “Importante registrar o entendimento de que o ato de recusa, sobretudo quando verbal, deverá ser expresso e personalíssimo. Ou seja, não se adota, aqui, o chamado “juízo de substituição”, uma vez que não há como se presumir, de forma tácita, que o paciente recusa o tratamento. Assim, quando o paciente se encontrar impossibilitado de manifestar vontade, não será suficiente a simples alegação, por familiares ou terceiros, de que seria da vontade do paciente a não realização do procedimento de transfusão sanguínea. Se o paciente estiver com sua capacidade de exprimir vontade comprometida por qualquer motivo que seja (CC, art. 4º, III), ainda que haja ‘documento de identificação religioso’ a indicar que ele seja seguidor desta ou daquela religião, ainda que seus familiares, amigos ou conhecidos digam que a sua vontade seria a não realização do procedimento, se não houver documento de ‘diretivas prévias’, preferencialmente por escrito, em que o paciente de forma explícita recusa o procedimento específico, a terapêutica deve ser realizada pelos médicos”.

Constituição da República), o menor (seja criança, com idade até 12 anos incompletos, ou adolescente, com idade até 18 anos incompletos) sujeita-se ao regime da proteção integral, que objetiva proporcionar-lhe “uma travessia segura e saudável até a fase adulta, quando terão condições para se autodeterminarem e, assim, disporem livremente de seus direitos fundamentais em sua plenitude” (CHADDAD e CHALUX, 2021, p. 253).

Pelo regime da proteção integral, oponível inclusive em face dos titulares do poder familiar, guardiães e tutores, o menor tem o direito de chegar à idade adulta, revelando-se ilegítima qualquer medida que potencialmente possa atentar contra a sua saúde.

E isso porque “o instituto da representação não foi concebido como instrumento para a realização dos desejos e interesses subjetivos dos pais, tampouco lhes transfere a titularidade do direito ou a competência para dispor de bens jurídicos personalíssimos de seus filhos, como a vida” (KASECKER, 2020, p. 89).

Nesse caso, não se obriga o médico à observância do não consentimento, como argutamente lembra SOUZA (2018, p. 76):

No caso de urgência e risco de morte, a recusa de transfusão de sangue por convicção religiosa feita por representante legal de paciente menor e por isso incapaz ou, ainda, de paciente maior inconsciente que não manifestou antes seu consentimento ou dissentimento, não será válida e o médico deverá proceder à transfusão, recorrendo à autorização judicial, em tutela de urgência, se for o caso. Neste caso, prevalecerá sobre a liberdade de crença o direito à vida do paciente incapaz, dado que nem os pais nem qualquer outro representante legal podem dispor diferentemente.

Também essa é a conclusão de CHADDAD e CALUX (2021, p. 225): “salvo no caso de crianças ou adolescentes, a recusa de transfusão sanguínea pelo paciente, com base em motivo religioso, é compatível com a axiologia e a principiologia informadoras do sistema constitucional brasileiro”.

Por conseguinte, ainda que recusado o procedimento da transfusão sanguínea pelos genitores, guardiães ou tutores do paciente menor de idade, estará o

profissional médico autorizado, pelo cânone constitucional da proteção integral às crianças e adolescentes, a proceder à terapia transfusional ¹³⁷.

Como ensina ROSA (2009, p. 2392-2394), no campo de aplicação do Direito da Infância e da Juventude, a partir da edição da Convenção Internacional da Criança e do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei n. 8.069/90), nos termos da Constituição da República, ocorre uma fusão de saberes, os quais precisam ser encadeados de maneira a garantir a “prioridade absoluta” e o “melhor interesse da criança e do adolescente”, passando a doutrina da proteção integral a reconhecer crianças e adolescentes como titulares de direitos e deveres.

Corolário da doutrina da proteção integral, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente mereceu atenção, entre outros, de BODIN DE MORAES e TEIXEIRA (2013, p. 2127-2128) ¹³⁸:

Segundo a doutrina especializada, “a aplicação do princípio do *Best interest* permanece como um padrão, considerando, sobretudo, as necessidades da criança em detrimento dos interesses de seus pais, devendo realizar-se sempre uma análise do caso concreto”. Não existe uniformidade ou uma definição rígida do que seja o conteúdo do princípio, cujo exame deve ser feito em cada caso, de modo a se buscar, de acordo com as vicissitudes do caso concreto, o que melhor preserva os interesses da criança, e a proporcionar-lhe um crescimento biopsíquico saudável, além de tutelar adequadamente a sua personalidade”.

A diretriz é traçada pelo art. 227, *caput*, da Constituição da República, que dispõe ser *dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à*

¹³⁷ “(...) é inválida a recusa a transfusão sanguínea, quando se está em jogo a vida e a saúde de crianças e adolescentes, em razão da absoluta prioridade de seus direitos, que não podem ser objeto de disposição, inclusive por seus representantes legais, em razão de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Portanto, é ilegítima qualquer objeção de crença religiosa, pelos pais ou tutores, quando visa a impedir a realização de transfusão sanguínea que se repute imprescindível a restaurar a saúde física ou a salvar a vida de seu filho ou pupilo” (CHADDAD e CALUX, 2021, p. 255).

¹³⁸ “O princípio do *Best Interest* foi consagrado no 7º Princípio da Declaração dos Direitos da Criança, de 1959, segundo o qual ‘os melhores interesses da criança serão a diretriz a nortear os responsáveis pela sua educação e orientação; esta responsabilidade cabe, em primeiro lugar, aos pais’. Dando seguimento à Declaração de 1959, a Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, fixou, no seu art. 3º, I, que ‘todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos devem considerar, primordialmente, o melhor interesse da criança’”.

alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A garantia dos direitos fundamentais da criança, do adolescente e do jovem foi cometida como dever à família, à sociedade e ao Estado. Trata-se de “absoluta prioridade” (MEDINA, 2012, p. 667).

Comentando o epigrafeado dispositivo legal, CRETELLA JÚNIOR (vol. VIII, 1993, p. 4532) anota que “de nada adiantaria garantir-se a *vida*, se não se assegurasse, ao mesmo tempo, o *direito à saúde*”.

Ao que acrescem BASTOS e MARTINS (vol. 8, 1998), “não contente o constituinte em enunciar tais direitos e elencá-los como prioritários, enuncia a obrigação de o Poder Público garantir a criança e ao adolescente contra toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

FERREIRA FILHO (vol. 4, 1995, p. 110) observa, em comentário ao art. 227, da Lei Maior, que

(...) pela lógica, as crianças e adolescentes têm os mesmos direitos fundamentais, inclusive sociais, dos adultos, na medida em que todos são seres humanos. O texto, porém, dá prioridade ao atendimento às crianças e adolescentes, o que significa, de fato, que estes têm mais direitos do que os adultos e os velhos.

Sem razão, a nosso ver, a crítica. A priorização do atendimento às crianças e adolescentes, pelo legislador constituinte de 1988, longe de traduzir a outorga, a estes, de mais ou maiores direitos do que aos adultos e idosos, vem exprimir, a nosso sentir, maior atenção à especial condição daqueles, de pessoas ainda em desenvolvimento.

Registre-se que o comando constitucional em apreço não escapou à crítica de MARTINS (2008, p. 773), para quem “entre o Texto Constitucional de 05.10.1988 e a realidade brasileira há uma distância maior do que aquela que separa a Via Láctea dos limites do Universo”.

Com toda a vênia, não podemos concordar, nesta quadra, com SILVA (2007, p. 857), quando preleciona, na esteira do magistério de Paolo Vencelone, então Presidente da Associação Internacional de Juízes de Menores e da Família, que “o elenco de direitos nele assegurados aparece como uma solene declaração de princípios, análoga a outras, contidas nas Cartas Constitucionais e convenções internacionais”, e de BULOS (2000, p. 1245), para quem a norma “consagra uma recomendação em defesa da criança e do adolescente”; aqui, temos que a razão está com MORAES (2013, p. 2070), no sentido de que “trata-se, como ensinou Pontes de Miranda, em relação à norma semelhante na Constituição de 1946 (art. 164), de norma obrigatória e não meramente programática”.

Essa, também, a orientação adotada pelo C. Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO CIVIL. PÁTRIO PODER. DESTITUIÇÃO. PAIS BIOLÓGICOS CONDENADOS CRIMINALMENTE. CARÊNCIA DE RECURSOS. IRRELEVÂNCIA. HIPÓTESES ESPECÍFICAS. ART. 395 DO CÓDIGO CIVIL C/C ART. 22 DO ESTATUTO. INTERESSES DO MENOR. PREVALÊNCIA. ORIENTAÇÃO DA TURMA. PRECEDENTES. ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA/STJ. RECURSO DESACOLHIDO. I - As hipóteses de destituição do pátrio poder estão previstas nos arts. 395, CC, e 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, exaustivas, a não permitirem interpretação extensiva. Em outras palavras, a destituição desse poder-dever é medida excepcional, sendo permitida apenas nos casos expressamente previstos em lei. II - Nos termos do artigo 23 do referido Estatuto, "a falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder". E a destituição, como efeito da condenação criminal, nos termos do art. 92-II, Código Penal, só é automática quando se tratar de crime doloso, sujeito à pena de reclusão, cometido contra filho. III - Por outro lado, na linha de precedente desta Corte, "a legislação que dispõe sobre a proteção à criança e ao adolescente proclama enfaticamente a especial atenção que se deve dar aos seus direitos e interesses e à hermenêutica valorativa e teleológica na sua exegese". IV - Assim, "apesar de a condenação criminal, por si só, não constituir fundamento para a destituição do pátrio poder, nem a falta de recursos materiais constituir motivo suficiente para essa consequência grave, o certo é que o conjunto dessas circunstâncias, somadas ao vínculo de afetividade formado com a família substituta, impossibilita que se modifique o *status familiae*, no superior interesse da criança". V - As instâncias ordinárias, ao concluírem que seria o caso de destituição do pátrio poder, basearam-se exclusivamente nas circunstâncias fáticas da causa, razão pela qual o recurso especial não comporta análise, a teor do enunciado n. 7 da súmula/STJ ¹³⁹.

¹³⁹ STJ, 4ª Turma, REsp 124.621/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 13.04.99, RSTJ 120/341 (Fonte: https://processo.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199700198383&dt_publicacao=28-06-1999&cod_tipo_documento=, acesso em mar/2023).

Não por outra razão, CHADDAD e CALUX (2021, p. 252-254) sustentam que “a ‘absoluta prioridade’ é norma constitucional que se enquadra na categoria das máximas ou postulados normativos (metanormas que estabelecem como devem ser aplicadas as regras e princípios), com o acréscimo de tal postulado estar expressamente positivado na Constituição, a significar que, nas controvérsias jurídicas a envolver crianças e adolescentes, a solução necessariamente deverá prestigiar o melhor interesse de tais sujeitos específicos de direito”, pelo que o exercício do poder familiar não encerraria o poder exclusivo para deliberar, de forma unilateral, acerca da sobrevivência ou não do menor, sob pena de restar malferido mandamento constitucional impositivo do compartilhamento de responsabilidades entre família, sociedade e Estado em relação à garantia do desenvolvimento integral de crianças e adolescentes, sendo o princípio da proteção integral, por ter o objetivo de viabilizar aos menores, em razão de sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento (CF, art. 227, § 3º, V), uma “travessia segura e saudável até a fase adulta, quando terão condições para se autodeterminarem e, assim, disporem livremente de seus direitos fundamentais em sua plenitude, oponível até mesmo aos pais e tutores .

Com efeito, todas as crianças e adolescentes possuem o *direito de se tornar adultos* e, portanto, revela-se ilegítima qualquer medida que ostente a potencialidade de precarizar-lhes a saúde em sua dimensão física, pressuposto ineliminável para que possam chegar à fase adulta.

(...)

Por tais fundamentos, nas situações em que houver crianças ou adolescentes, não cabe a objeção de crença religiosa, inclusive por seus representantes legais, como justificativa para impedir a realização de procedimento que se repute imprescindível a salvar a vida de seu filho ou pupilo – não é por outra razão que a já mencionada ADPF 618 excepciona de seu pedido a possibilidade de pais ou tutores recusarem tratamento destinado a salvar a vida de paciente criança ou adolescente.

Nessa mesma linha, ensina MALUF (2020, p. 350) que “o paciente reconhecidamente capaz deve poder exercer a sua autonomia plenamente. À luz do disposto no art. 5º, II da Constituição Federal, ninguém é obrigado a fazer ou deixar

de fazer alguma coisa senão em virtude de lei – em que se inclui o direito de não aceitar a transfusão sanguínea”, razão pela qual

Quando a situação envolve menores de idade ou outros pacientes tidos como incapazes, como, por exemplo, uma pessoa acidentada inconsciente, a questão ganha outras conotações, pois o papel de proteger o paciente, apesar da vontade expressa de seus responsáveis legais deve ser ampliado, prevalecendo aqui o direito à vida do menor, seu bem supremo.

A respeito, SGRECCIA (2016, vol. I, p. 177-178) faz interessante discriminar: no terreno da bioética, o direito à vida seria anterior ao direito à liberdade, pela simples e boa razão de que “para ser livre, é preciso estar vivo e, por isso, a vida é condição a todos indispensável para o exercício da liberdade”, de sorte que desse princípio decorreria a obrigação moral de o paciente colaborar com os tratamentos necessários à salvaguarda da vida e da saúde, própria ou de outrem, e na recusa, estaria o médico autorizado a proceder aos tratamentos obrigatórios, tal como se dá, por exemplo, no caso dos pais que se recusam a alimentar o filho recém-nascido, porque acometido de qualquer anomalia ou deformidade, havendo então abuso do direito de liberdade dos pais em relação à vida do filho; por outro lado, o exercício do direito de liberdade do paciente, quando não se encontra em questão a vida, implicaria na limitação do direito de liberdade de atuação do médico, que não pode compelir o indivíduo a todo e qualquer tratamento que entender necessário, fazendo-se necessário, então o consentimento – que, se presente de forma implícita, no simples fato da procura pelo médico, não faz dispensável o dever de informação e a solicitação de consentimento expreso toda vez que se fizer necessário.

É preciso ter sempre presente que a vida e a saúde são confiadas prioritariamente à responsabilidade do paciente e que o médico não tem sobre o paciente outros direitos superiores aos que o próprio paciente tem a respeito de si mesmo. Toda vez que o médico julgar eticamente inaceitáveis as pretensões ou as vontades do paciente pode e às vezes deve eximir-se de suas responsabilidades e convidar o paciente a refletir e a procurar outros hospitais ou outros médicos. Nem a consciência do paciente pode ser violentada pelo médico nem a do médico pode ser forçada pelo paciente: são ambos responsáveis pela vida e pela saúde, quer seja esta considerada um bem pessoal, quer um bem social.

O próprio Conselho Federal de Medicina, por meio da edição da Resolução n. 2.232/2019 ¹⁴⁰, que revogou as disposições contrárias constantes da vetusta Resolução n. 1.021/1980, dispôs sobre a obrigatoriedade de o facultativo respeitar a autonomia de vontade do paciente, maior e capaz, ante a recusa à realização de procedimento transfusional, se fundada em preceitos religiosos, ressalvados o direito de não aceitação da recusa pelo médico, se o paciente for menor ou incapaz, com possibilidade de recurso às autoridades competentes, e de escusa de consciência ao próprio profissional de saúde, em caso de não concordância com a invencível recusa terapêutica:

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.

Art. 3º Em situações de risco relevante à saúde, o médico não deve aceitar a recusa terapêutica de paciente menor de idade ou de adulto que não esteja no pleno uso de suas faculdades mentais, independentemente de estarem representados ou assistidos por terceiros.

Art. 4º Em caso de discordância insuperável entre o médico e o representante legal, assistente legal ou familiares do paciente menor ou incapaz quanto à terapêutica proposta, o médico deve comunicar o fato às autoridades competentes (Ministério Público, Polícia, Conselho Tutelar etc.), visando o melhor interesse do paciente.

Art. 5º A recusa terapêutica não deve ser aceita pelo médico quando caracterizar abuso de direito.

§ 1º Caracteriza abuso de direito:

I - A recusa terapêutica que coloque em risco a saúde de terceiros.

II - A recusa terapêutica ao tratamento de doença transmissível ou de qualquer outra condição semelhante que exponha a população a risco de contaminação.

§ 2º A recusa terapêutica manifestada por gestante deve ser analisada na perspectiva do binômio mãe/feto, podendo o ato de vontade da mãe caracterizar abuso de direito dela em relação ao feto.

Art. 6º O médico assistente em estabelecimento de saúde, ao rejeitar a recusa terapêutica do paciente, na forma prevista nos artigos 3º e 4º desta

¹⁴⁰ Fonte: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2019/2232> (acesso em mar/2023).

Resolução, deverá registrar o fato no prontuário e comunicá-lo ao diretor técnico para que este tome as providências necessárias perante as autoridades competentes, visando assegurar o tratamento proposto.

Art. 7º É direito do médico a objeção de consciência diante da recusa terapêutica do paciente.

Art. 8º Objeção de consciência é o direito do médico de se abster do atendimento diante da recusa terapêutica do paciente, não realizando atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência.

Art. 9º A interrupção da relação do médico com o paciente por objeção de consciência impõe ao médico o dever de comunicar o fato ao diretor técnico do estabelecimento de saúde, visando garantir a continuidade da assistência por outro médico, dentro de suas competências.

Parágrafo único. Em caso de assistência prestada em consultório, fora de estabelecimento de saúde, o médico deve registrar no prontuário a interrupção da relação com o paciente por objeção de consciência, dando ciência a ele, por escrito, e podendo, a seu critério, comunicar o fato ao Conselho Regional de Medicina.

Art. 10. Na ausência de outro médico, em casos de urgência e emergência e quando a recusa terapêutica trazer danos previsíveis à saúde do paciente, a relação com ele não pode ser interrompida por objeção de consciência, devendo o médico adotar o tratamento indicado, independentemente da recusa terapêutica do paciente.

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.

Art. 12. A recusa terapêutica regulamentada nesta Resolução deve ser prestada, preferencialmente, por escrito e perante duas testemunhas quando a falta do tratamento recusado expuser o paciente a perigo de morte.

Parágrafo único. São admitidos outros meios de registro da recusa terapêutica quando o paciente não puder prestá-la por escrito, desde que o meio empregado, incluindo tecnologia com áudio e vídeo, permita sua preservação e inserção no respectivo prontuário.

Art. 13. Não tipifica infração ética de qualquer natureza, inclusive omissiva, o acolhimento, pelo médico, da recusa terapêutica prestada na forma prevista nesta Resolução.

Art. 14. Revoga-se a Resolução CFM nº 1.021/1980, publicada no D.O.U. de 22 de outubro de 1980, seção I, parte II.

Art. 15. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Digno de menção é o fato de que referida Resolução foi contestada judicialmente pelo Ministério Público Federal (Ação civil pública cível n. 5021263-50.2019.4.03.6100), que pleiteava a revogação do § 2º, de seu art. 5º, a pretexto de ofensa à autonomia das mulheres, merecendo a pretensão julgamento de

improcedência do Juízo da 2ª Vara Cível Federal de São Paulo, por sentença datada de 11 de maio de 2021 ¹⁴¹.

6.3.2.1 *Vontade do paciente menor, amadurecido*

Apesar da menoridade, a doutrina do *menor amadurecido* reconhece que, em determinados aspectos, crianças e adolescentes têm adquirido uma autonomia progressiva, instituindo exceção à presunção de que os menores são incapazes para exercer direta e pessoalmente os direitos relacionados à personalidade; em razão disso, “no campo de cuidados com a saúde, menor amadurecido é o que tem capacidade de discernimento para tomar decisões próprias, conseguindo entender a natureza e as consequências do tratamento médico proposto, considerada a sua capacidade de escolha para exercer *consentimento informado*” (AZEVEDO, 2012, p. 299-300).

Pese não contemple a questão em dispositivo expresso, o ordenamento jurídico pátrio prevê a necessidade de consentimento do maior de 12 anos na hipótese de adoção (ECA, art. 28, § 2º ¹⁴²), bem como para a submissão em pesquisa envolvendo seres humanos (Código de Ética Médica, art. 101, parágrafo único ¹⁴³).

Não por outra razão, dispõe o Dec. 99.710, de 21 de novembro de 1990 ¹⁴⁴ - que determinou o cumprimento, no país, da Convenção sobre os Direitos da Criança, editada pela Organização das Nações Unidas naquele mesmo ano, a qual foi

¹⁴¹ Fonte: <https://portal.cfm.org.br/wp-content/uploads/2021/05/SENTENCA-5021263-50.2019.4.03.6100-MINISTERIO-PUBLICO-FEDERAL-X-CONSELHO-FEDERAL-DE-MEDICINA-RESOLUCAO-CFM-No-2232.2009-1.pdf>, acesso em mar/2023.

¹⁴² Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei. § 1º Sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada. § 2º Tratando-se de maior de 12 (doze) anos de idade, será necessário seu consentimento, colhido em audiência.

¹⁴³ Art. 101. Deixar de obter do paciente ou de seu representante legal o termo de consentimento livre e esclarecido para a realização de pesquisa envolvendo seres humanos, após as devidas explicações sobre a natureza e as consequências da pesquisa. Parágrafo único. No caso do sujeito de pesquisa ser menor de idade, além do consentimento de seu representante legal, é necessário seu assentimento livre e esclarecido na medida de sua compreensão (Fonte: <https://transparencia.cfm.org.br/index.php/legislacao/cem-atual#cap12>, acesso em abr/2023).

¹⁴⁴ Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm (acesso em abr/2023).

aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n. 28, de 14 de setembro de 1990 –que às crianças que estiverem capacitadas deverá ser assegurado o direito de expressar sua opinião, considerando-se sua idade e maturidade (art. 12, item “1” ¹⁴⁵). Nessa mesma linha, a Convenção de Direitos Humanos e Biomedicina (Convenção de Oviedo, de 04 de abril de 1997 ¹⁴⁶) prevê que se deve levar em conta a opinião do menor, segundo seu grau de maturidade (art. 6º, item “2”, segunda parte ¹⁴⁷).

Lembra a doutrina, não obstante, que “não há idade fixa do menor, a ser determinada, para que preste consentimento para tratamento médico, pois não se trata de capacidade civil, mas de capacidade natural. O número de anos não define essa capacidade de entendimento” (AZEVEDO, 2012, p. 302); o que importa, aqui, é considerar a capacidade de decidir, e não algum limite etário prefixado (LEIRIA, 2012, p. 319), se necessário mediante a avaliação por equipe multidisciplinar, composta por médicos e psicólogos especializados (VELMOVITSKY, 2021, p. 234).

Nessa linha de pensamento, mesmo à míngua de dispositivo legal expresso no ordenamento jurídico brasileiro, cabível se mostra a invocação da *mature minor doctrine* ou teoria do menor amadurecido, para a solução do problema – e por essa razão, “a capacidade decisória do menor deve ser levada em consideração, não no intuito de esvaziar o poder familiar, mas de preservar sua capacidade de participação na tomada de decisão, mediante constatação da sua capacidade de discernimento, respeitando-se os princípios bioéticos da autodeterminação e da beneficência” (DALL’ACQUA, 2022, p. 44).

¹⁴⁵ Artigo 12. 1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança.

¹⁴⁶ Disponível em [convencao_protecao_dh_biomedicina.pdf](#) (ministeriopublico.pt) (acesso em abr/2023).

¹⁴⁷ Artigo 6.º Protecção das pessoas que careçam de capacidade para prestar o seu consentimento 1 - Sem prejuízo dos artigos 17.º e 20.º, qualquer intervenção sobre uma pessoa que careça de capacidade para prestar o seu consentimento apenas poderá ser efectuada em seu benefício directo. 2 - Sempre que, nos termos da lei, um menor careça de capacidade para consentir numa intervenção, esta não poderá ser efectuada sem a autorização do seu representante, de uma autoridade ou de uma pessoa ou instância designada pela lei. A opinião do menor é tomada em consideração como um factor cada vez mais determinante, em função da sua idade e do seu grau de maturidade.

É nesse sentido, também, o discurso do Enunciado n. 138, da III Jornada de Direito Civil da Justiça Federal: “A vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inc. I do art. 3º é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto”¹⁴⁸.

6.3.2.2 *Vontade do paciente menor, emancipado*

A solução não se altera em se tratando de menor emancipado, na medida em que a emancipação capacita o menor para a prática de atos da vida civil, dispensando a assistência de seu representante legal, porém, sem subtrair o adolescente da incidência das normas protetivas da Infância e da Juventude, em especial da Lei n. 8.069/90¹⁴⁹.

6.4 Um verdadeiro conflito

A solução que se impõe, porém, é diversa, em se tratando de hipótese de intervenção médica compulsória – a qual, embora não diga respeito especificamente à transfusão de sangue, merece abordagem, por traduzir caso de efetivo conflito de direitos fundamentais.

É o outro lado da dignidade humana, que aqui não é vista do prisma do indivíduo (autonomia), mas do bem comum ou do interesse público (heteronomia)¹⁵⁰.

¹⁴⁸ Fonte: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/215> (acesso em mai/2023).

¹⁴⁹ “(...) o desenvolvimento integral da personalidade humana, para ser verdadeiramente livre, requer *autonomia plena*, ou seja, capacidade de autodeterminação, a qual não se confunde, em sua inteireza, com a noção privatística de capacidade civil, razão pela qual nem mesmo a pessoa natural já emancipada, embora civilmente capaz, ainda não pode dispor de seu direito fundamental à vida, haja vista que, na condição de menor de 18 anos, submete-se ao regime da proteção integral, nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente” (CHADDAD e CALUX, 2021, p. 253).

¹⁵⁰ “A visão da dignidade como autonomia valoriza o indivíduo, sua liberdade e seus direitos fundamentais. Com ela são fomentados o pluralismo, a diversidade e a democracia de maneira geral. Todavia, a prevalência da dignidade como autonomia não pode ser ilimitada ou incondicional. Em primeiro lugar, porque o próprio pluralismo pressupõe, naturalmente, a convivência harmoniosa de projetos de vida divergentes, de direitos fundamentais que podem entrar em rota de colisão. Além disso, escolhas individuais podem produzir impactos não apenas sobre as relações intersubjetivas, mas também sobre o corpo social e, em certos casos, sobre a humanidade como um todo. Daí a necessidade de imposição de valores externos aos sujeitos. Da dignidade como heteronomia. A ‘dignidade como heteronomia’ traduz uma visão da dignidade ligada a valores compartilhados pela comunidade, antes que as individuais. Nela se abrigam conceitos jurídicos indeterminados como bem

Assim, se, no exercício do direito de liberdade, a escolha do indivíduo em recusar a terapêutica necessária revelar-se potencialmente lesiva para a saúde coletiva, a preponderância desta é de ser assegurada (MINAHIM, 2022, p. 161), mediante a imposição de medidas coercitivas de tratamento.

Verifica-se, aqui sim, verdadeiro conflito de interesses: de um lado, o direito de liberdade, decorrente da dignidade da pessoa humana, e exteriorizado pela autonomia de vontade do indivíduo, e de outro, a saúde coletiva, obrigatoriamente tutelada pelo Estado na defesa do bem comum.

É hipótese típica de tratamento coativo, cuja obrigatoriedade se justifica por interesse público – no caso, a sanidade coletiva (ROCHA, 2005, p. 185).

Nesse sentido, decisão do E. Tribunal de Justiça de São Paulo, ao deferir, em sede recursal, tutela liminar em ação civil pública promovida pelo Ministério Público de São Paulo, que objetivava impor tratamento ambulatorial compulsório ao paciente, portador de tuberculose pulmonar, em razão de voluntário descumprimento de tratamento médico, passível de expor o meio social em que vivia a disseminação de moléstia grave, altamente transmissível:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - Ação Civil Pública - Obrigação de fazer - Garantia constitucional Ponderação entre garantias fundamentais - Supremacia do interesse público primário sobre o individual - Artigos 5º, 196 e 197 da Constituição Federal - Modulação dos efeitos da decisão - Presença dos pressupostos processuais necessários para deferimento de tutela liminar em ação civil pública - Poder geral de cautela - Artigos 273, 461 e 798 do Código de Processo Civil - Poder Judiciário como instrumento estatal de efetivação das garantias fundamentais - Recurso provido ¹⁵¹.

Nessa mesma linha, talvez o mais emblemático e representativo precedente do Poder Judiciário a respeito da ponderação dos direitos fundamentais em conflito (incolumidade da saúde pública e liberdade individual) seja o julgamento da questão

comum, interesse público, moralidade ou a busca do bem do próprio indivíduo. Nessa acepção, a dignidade não é compreendida na perspectiva do indivíduo, mas como uma força externa a ele, tendo em conta os padrões civilizatórios vigentes e os ideais sociais do que seja uma *vida boa*" (BARROSO, L. R.; MARTEL, L. de C. V., 2010, p. 194-195).

¹⁵¹ TJSP, 7ª Câmara. Dir. Público, Agl 0081688-04.2011.8.26.0000 – Praia Grande, rel. Des. Magalhães Coelho, j. 23.05.2011, v. u.

da vacinação obrigatória, em meio à pandemia de covid-19, provocada pelo novo coronavírus, assentando que a obrigatoriedade da imunização não se confunde com imunização forçada, porquanto levada a efeito por meio da imposição de sanções indiretas, consistentes, no mais das vezes, em vedações ao exercício de certas atividades ou de frequência a determinados locais ¹⁵².

¹⁵² Ementa: AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE. VACINAÇÃO COMPULSÓRIA CONTRA A COVID-19 PREVISTA NA LEI 13.979/2020. PRETENSÃO DE ALCANÇAR A IMUNIDADE DE REBANHO. PROTEÇÃO DA COLETIVIDADE, EM ESPECIAL DOS MAIS VULNERÁVEIS. DIREITO SOCIAL À SAÚDE. PROIBIÇÃO DE VACINAÇÃO FORÇADA. EXIGÊNCIA DE PRÉVIO CONSENTIMENTO INFORMADO DO USUÁRIO. INTANGIBILIDADE DO CORPO HUMANO. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA. INVOLABILIDADE DO DIREITO À VIDA, LIBERDADE, SEGURANÇA, PROPRIEDADE, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA. VEDAÇÃO DA TORTURA E DO TRATAMENTO DESUMANO OU DEGRADANTE. COMPULSORIEDADE DA IMUNIZAÇÃO A SER ALÇANÇADA MEDIANTE RESTRIÇÕES INDIRETAS. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE EVIDÊNCIAS CIENTÍFICAS E ANÁLISES DE INFORMAÇÕES ESTRATÉGICAS. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA SEGURANÇA E EFICÁCIA DAS VACINAS. LIMITES À OBRIGATORIEDADE DA IMUNIZAÇÃO CONSISTENTES NA ESTRITA OBSERVÂNCIA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. COMPETÊNCIA COMUM DA UNIÃO, ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS PARA CUIDAR DA SAÚDE E ASSISTÊNCIA PÚBLICA. ADIS CONHECIDAS E JULGADAS PARCIALMENTE PROCEDENTES. I – A vacinação em massa da população constitui medida adotada pelas autoridades de saúde pública, com caráter preventivo, apta a reduzir a morbimortalidade de doenças infecciosas transmissíveis e a provocar imunidade de rebanho, com vistas a proteger toda a coletividade, em especial os mais vulneráveis. II – A obrigatoriedade da vacinação a que se refere a legislação sanitária brasileira não pode contemplar quaisquer medidas invasivas, aflitivas ou coativas, em decorrência direta do direito à intangibilidade, inviolabilidade e integridade do corpo humano, afigurando-se flagrantemente inconstitucional toda determinação legal, regulamentar ou administrativa no sentido de implementar a vacinação sem o expresse consentimento informado das pessoas. III – A previsão de vacinação obrigatória, excluída a imposição de vacinação forçada, afigura-se legítima, desde que as medidas às quais se sujeitam os refratários observem os critérios constantes da própria Lei 13.979/2020, especificamente nos incisos I, II, e III do § 2º do art. 3º, a saber, o direito à informação, à assistência familiar, ao tratamento gratuito e, ainda, ao “pleno respeito à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais das pessoas”, bem como os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de forma a não ameaçar a integridade física e moral dos recalcitrantes. IV – A competência do Ministério da Saúde para coordenar o Programa Nacional de Imunizações e definir as vacinas integrantes do calendário nacional de imunização não exclui a dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para estabelecer medidas profiláticas e terapêuticas destinadas a enfrentar a pandemia decorrente do novo coronavírus, em âmbito regional ou local, no exercício do poder-dever de “cuidar da saúde e assistência pública” que lhes é cometido pelo art. 23, II, da Constituição Federal. V - ADIs conhecidas e julgadas parcialmente procedentes para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 3º, III, d, da Lei 13.979/2020, de maneira a estabelecer que: (A) a vacinação compulsória não significa vacinação forçada, por exigir sempre o consentimento do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes, e (i) tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes, (ii) venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contra-indicações dos imunizantes, (iii) respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas; (iv) atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, e (v) sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente; e (B) tais medidas, com as limitações expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência (STF – Pleno, ADI 6.586/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 17.12.2020).

Firmou, então, a E. Suprema Corte, a respeito do *thema decidendum*, a seguinte tese: *I - A vacinação compulsória não significa vacinação forçada, porquanto facultada sempre a recusa do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes, e (i) tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes, (ii) venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, (iii) respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas, (iv) atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade e (v) sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente; II - Tais medidas, com as limitações acima expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência* ¹⁵³.

No mesmo sentido, quando convocado a examinar a constitucionalidade da vacinação obrigatória de menores, prática a que se opunham os genitores, adeptos do veganismo, manifestou-se o E. Pretório Excelso pela admissibilidade da ministração obrigatória, dada a preponderância do direito fundamental à saúde pública, pois nesse caso não se reputaria caracterizada hipótese de violação à liberdade de consciência e de convicção filosófica dos pais ou responsáveis, nem ao poder familiar ¹⁵⁴.

¹⁵³ Fonte:

https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=6586&sort=_score&sortBy=desc (acesso em mar/2023).

¹⁵⁴ Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. VACINAÇÃO OBRIGATÓRIA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES. ILEGITIMIDADE DA RECUSA DOS PAIS EM VACINAREM OS FILHOS POR MOTIVO DE CONVICÇÃO FILOSÓFICA. 1. Recurso contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) que determinou que pais veganos submetessem o filho menor às vacinações definidas como obrigatórias pelo Ministério da Saúde, a despeito de suas convicções filosóficas. 2. A luta contra epidemias é um capítulo antigo da história. Não obstante o Brasil e o mundo estejam vivendo neste momento a maior pandemia dos últimos cem anos, a da Covid-19, outras doenças altamente contagiosas já haviam desafiado a ciência e as autoridades públicas. Em inúmeros cenários, a vacinação revelou-se um método preventivo eficaz. E, em determinados casos, foi a responsável pela erradicação da moléstia (como a varíola e a poliomielite). As vacinas comprovaram ser uma grande invenção da medicina em prol da humanidade. 3. A liberdade de consciência é protegida constitucionalmente (art. 5º, VI e VIII) e se expressa no direito

Firmou o C. Supremo Tribunal Federal, então, e a nosso ver mui acertadamente, o entendimento – com repercussão geral – de que *É constitucional a obrigatoriedade de imunização por meio de vacina que, registrada em órgão de vigilância sanitária, (i) tenha sido incluída no Programa Nacional de Imunizações ou (ii) tenha sua aplicação obrigatória determinada em lei ou (iii) seja objeto de determinação da União, Estado, Distrito Federal ou Município, com base em consenso médico-científico. Em tais casos, não se caracteriza violação à liberdade de consciência e de convicção filosófica dos pais ou responsáveis, nem tampouco ao poder familiar* ¹⁵⁵.

6.5 Caso Paradigma

Debruçando-se acerca do tema da responsabilização legal dos genitores que, por serem testemunhas de Jeová, não consentiram que a filha menor, acometida de grave doença (anemia falciforme), recebesse transfusão de sangue (direito à objeção

que toda pessoa tem de fazer suas escolhas existenciais e de viver o seu próprio ideal de vida boa. É senso comum, porém, 2 que nenhum direito é absoluto, encontrando seus limites em outros direitos e valores constitucionais. No caso em exame, a liberdade de consciência precisa ser ponderada com a defesa da vida e da saúde de todos (arts. 5º e 196), bem como com a proteção prioritária da criança e do adolescente (art. 227). 4. De longa data o Direito brasileiro prevê a obrigatoriedade da vacinação. Atualmente, ela está prevista em diversas leis vigentes, como, por exemplo, a Lei nº 6.259/1975 (Programa Nacional de Imunizações) e a Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Tal previsão jamais foi reputada inconstitucional. Mais recentemente, a Lei nº 13.979/2020 (referente às medidas de enfrentamento da pandemia da Covid-19), de iniciativa do Poder Executivo, instituiu comando na mesma linha. 5. É legítimo impor o caráter compulsório de vacinas que tenha registro em órgão de vigilância sanitária e em relação à qual exista consenso médico-científico. Diversos fundamentos justificam a medida, entre os quais: a) o Estado pode, em situações excepcionais, proteger as pessoas mesmo contra a sua vontade (dignidade como valor comunitário); b) a vacinação é importante para a proteção de toda a sociedade, não sendo legítimas escolhas individuais que afetem gravemente direitos de terceiros (necessidade de imunização coletiva); e c) o poder familiar não autoriza que os pais, invocando convicção filosófica, coloquem em risco a saúde dos filhos (CF/1988, arts. 196, 227 e 229) (melhor interesse da criança). 6. Desprovemento do recurso extraordinário, com a fixação da seguinte tese: “É constitucional a obrigatoriedade de imunização por meio de vacina que, registrada em órgão de vigilância sanitária, (i) tenha sido incluída no Programa Nacional de Imunizações, (ii) tenha sua aplicação obrigatória determinada em lei ou (iii) seja objeto de determinação da União, Estado, Distrito Federal ou Município, com base em consenso médico-científico. Em tais casos, não se caracteriza violação à liberdade de consciência e de convicção filosófica dos pais ou responsáveis, nem tampouco ao poder familiar” (STF-Pleno, ARE 1.267.879-RG/SP, rel. Min. Roberto Barroso, j. 17.12.2020).

¹⁵⁵ Tema 1.103/STF (Fonte:

https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumerolncidente=%22ARE%201267879%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true, acesso em mar/2023).

de consciência), e do médico, também adepto daquela religião, que recomendou aos pais a não realização do procedimento transfusional, em que da não realização da intervenção adveio o falecimento da paciente, reconheceu o C. Superior Tribunal de Justiça a atipicidade da conduta exclusivamente quanto aos primeiros:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO. (1) IMPETRAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL, APRESENTADA DEPOIS DA INTERPOSIÇÃO DE TODOS OS RECURSOS CABÍVEIS. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) QUESTÕES DIVERSAS DAQUELAS JÁ ASSENTADAS EM ARESP E RHC POR ESTA CORTE. PATENTE ILEGALIDADE. RECONHECIMENTO. (3) LIBERDADE RELIGIOSA. ÂMBITO DE EXERCÍCIO. BIOÉTICA E BIODIREITO: PRINCÍPIO DA AUTONOMIA. RELEVÂNCIA DO CONSENTIMENTO ATINENTE À SITUAÇÃO DE RISCO DE VIDA DE ADOLESCENTE. DEVER MÉDICO DE INTERVENÇÃO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. RECONHECIMENTO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem depois de interpostos todos os recursos cabíveis, no âmbito infraconstitucional, contra a pronúncia, após ter sido aqui decidido o AResp interposto na mesma causa. Impetração com feições de sucedâneo recursal inominado.

2. Não há ofensa ao quanto assentado por esta Corte, quando da apreciação de agravo em recurso especial e em recurso em habeas corpus, na medida em que são trazidos a debate aspectos distintos dos que outrora cuidados.

3. Na espécie, como já assinalado nos votos vencidos, proferidos na origem, em sede de recurso em sentido estrito e embargos infringentes, tem-se como decisivo, para o desate da responsabilização criminal, a aferição do relevo do consentimento dos pacientes para o advento do resultado tido como delitivo. Em verdade, como inexistem direitos absolutos em nossa ordem constitucional, de igual forma a liberdade religiosa também se sujeita ao concerto axiológico, acomodando-se diante das demais condicionantes valorativas. Desta maneira, no caso em foco, ter-se-ia que aquilatar, a fim de bem se equacionar a expressão penal da conduta dos envolvidos, em que medida teria impacto a manifestação de vontade, religiosamente inspirada, dos pacientes. No juízo de ponderação, o peso dos bens jurídicos, de um lado, a vida e o superior interesse do adolescente, que ainda não teria discernimento suficiente (ao menos em termos legais) para deliberar sobre os rumos de seu tratamento médico, sobrepassaram sobre, de outro lado, a convicção religiosa dos pais, que teriam se manifestado contrariamente à transfusão de sangue. Nesse panorama, tem-se como inócua a negativa de concordância para a providência terapêutica, agigantando-se, ademais, a omissão do hospital, que, entendendo que seria imperiosa a intervenção, deveria, independentemente de qualquer posição dos pais, ter avançado pelo tratamento que entendiam ser o imprescindível para evitar a morte. Portanto, não há falar em tipicidade da conduta dos pais que, tendo levado sua filha para o hospital, mostrando que com ela se preocupavam, por convicção religiosa, não ofereceram consentimento para transfusão de sangue - pois, tal manifestação era indiferente para os médicos, que, nesse cenário, tinham o dever de salvar a vida. Contudo, os

médicos do hospital, crendo que se tratava de medida indispensável para se evitar a morte, não poderiam privar a adolescente de qualquer procedimento, mas, antes, a eles cumpria avançar no cumprimento de seu dever profissional.

4. Ordem não conhecida, expedido habeas corpus de ofício para, reconhecida a atipicidade do comportamento irrogado, extinguir a ação penal em razão da atipicidade do comportamento irrogado aos pacientes
156.

Não assim, porém, quanto ao facultativo, que teve seu pedido de extensão negado ¹⁵⁷.

À luz dos supedâneos doutrinário e jurisprudencial já colacionados, não há como não concluir pelo acerto da decisão do C. Superior Tribunal de Justiça.

Com efeito, ao facultativo não era dado recusar o tratamento à paciente, menor, ainda que a pretexto de respeito à autonomia de vontade de seus representantes legais, porquanto inexistente na hipótese, como visto alhures, o “juízo de substituição”; quanto aos responsáveis, o exercício do direito de liberdade religiosa impede, quando se dá aos dispositivos do Código Penal interpretação conforme a Constituição, a sua responsabilização na seara criminal, pelo que a eles não se pode imputar negligência ou qualquer espécie de culpa (BASTOS, 2020, p. 25).

De relevo notar que, a nosso sentir, a solução não se altera, ainda que o julgador professe a mesma religião (Testemunha de Jeová), pela simples e boa razão de que, em sendo ele membro de Poder (Judiciário), como expressão viva de uma

¹⁵⁶ STJ, *Habeas Corpus* n. 268.459-SP, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 2.00.2014.

¹⁵⁷ AGRAVO REGIMENTAL NO PEDIDO DE EXTENSÃO NO HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. ORDEM CONCEDIDA AOS PACIENTES. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. EXTENSÃO AO CORRÉU. SITUAÇÃO DISCREPANTE. ARTIGO 580 DO CPP. NÃO INCIDÊNCIA. COISA JULGADA. QUEBRANTAR A LÓGICA RECURSAL. INVIABILIDADE. PRETENSÃO DE SIMPLES REFORMA. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. RECURSO A QUE NEGA PROVIMENTO. 1. Não demonstrada a similitude da situação processual do requerente com a dos pacientes, consoante consignado no aresto do mandamus, não há falar em extensão da ordem, sendo inaplicável, pois, o artigo 580 do Código de Processo Penal. 2. Impróprio se mostra o pedido de extensão manejado após o advento do manto da coisa julgada sobre a insurgência, a quebrantar a lógica recursal. 3. Mantidos os fundamentos da decisão agravada, porquanto não infirmados por razões eficientes, é de ser negada simples pretensão de reforma. (Enunciado n.º 182 desta Corte). 4. Agravo regimental desprovido (STJ, Sexta Turma, AgRg no PExt no HC n. 268.459/SP, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 24.02.2015, *in* DJe de 02.03.2015). Fonte: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201301061165&dt_publicacao=02/03/2015, acesso em mai/2023).

das formas de soberania estatal, e sendo o Estado laico – mas não ateu ¹⁵⁸ - não poderia derivar, ao exercer a jurisdição, ao subjetivismo do credo pessoal; entender de modo diverso conduziria ao absurdo, *mutatis mutandis*, de poder recusar o magistrado o decreto de um divórcio, por professar a fé católica, em observância ao ensinamento do Evangelho de que não deve o homem separar o que Deus uniu ¹⁵⁹.

7 Solução de lege ferenda: o novo código penal e alteração do código civil

Da doutrina colhemos que no exercício de sua profissão, o médico “pode vir a responder em três instâncias: a cível, onde poderá arcar com indenização pecuniária; a criminal, quando poderá sofrer pena de prisão e multa; e a administrativa, que corre nos Conselhos de Medicina em que o médico está sujeito a sanções previstas na lei” (AZEVEDO JÚNIOR, 2020, p. 431), com a observância de que, na esfera cível, a subjetivação constitui a regra para responsabilizar o profissional médico, notadamente como profissional liberal, ainda que se admita a subordinação da relação médico-paciente à legislação protetiva das relações de consumo (MORATO, 2021, p. 429).

Nesta seara, segundo ensina SIQUEIRA (2020, p. 19-20),

Uma das questões centrais do Direito Penal da Medicina vincula-se ao debate sobre o fundamento que atribui legitimidade às intervenções médicas. Afinal, o médico lida no seu cotidiano com bens jurídicos de extrema relevância, como a vida, a integridade corporal e a liberdade do paciente, devendo-se definir em que hipóteses o médico de fato possui autorização para neles interferir e quais podem ser as consequências jurídicas de eventuais interferências indevidas nos corpos dos pacientes.

A crescente valorização do direito do paciente à autodeterminação sobre seu próprio corpo produziu modificações significativas até mesmo na forma de enxergar a Medicina e o papel do médico no tratamento dos pacientes, tendo,

¹⁵⁸ Confira-se, a respeito, o preâmbulo da Constituição da República de 1988: “PREÂMBULO. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL” (Fonte: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm, acesso em mai/2023).

¹⁵⁹ “Assim, eles já não são dois, mas sim uma só carne. Portanto, o que Deus uniu, ninguém separe” (Mateus, XIX, 6 – Fonte: https://www.bibliaon.com/versiculo/mateus_19_6/, acesso em mai/2023).

naturalmente, influenciado o debate sobre a legitimidade das intervenções médicas.

Sustenta SIQUEIRA (2020, p. 43-44) a impossibilidade de se reconhecer, na espécie, qualquer figura excludente de ilicitude, como preconizado pela doutrina tradicional, que nesse ponto revelar-se-ia, aos olhos da autora, excessivamente paternalista, por outorgar ao médico o direito de escolher, entre os bens jurídicos tutelados em jogo, e de acordo com interesses próprios, qual seria preponderante, em desprestígio à autonomia de vontade do próprio titular ¹⁶⁰.

FRANÇA (2007, p. 193-194) traz à colação, ao tratar de transfusões de sangue em Testemunhas de Jeová, precedente do direito anglo-saxão, que limita o poder dos pais de deliberar acerca da recusa de tratamentos para filhos menores, por pertencer esse poder também ao Estado, a quem interessa o seu desenvolvimento ¹⁶¹.

¹⁶⁰ “A meu ver, a verdadeira solução dessa controvérsia somente pode ser alcançada, de *lege lata*, com a reinterpretação do art. 146, § 3º, I, do CP, a partir da dignidade humana e do respeito à autonomia individual, ou então por meio de sua revogação expressa. De acordo com esse dispositivo, a intervenção realizada “sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida” está excluída do âmbito do constrangimento ilegal. Com base nessa exceção legislativa, a doutrina tradicional interpreta que a iminência do perigo para a vida do paciente poderia fundamentar até mesmo uma intervenção contrária à sua vontade, realizada a despeito da negativa de tratamento, como ocorre nos casos de recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová. No entanto, essa interpretação tradicional não se sustenta sequer dogmaticamente. Há na doutrina certa controvérsia acerca da compreensão dogmática dessa hipótese, possivelmente fundamentada no exercício regular de um direito, no cumprimento de um dever do médico ou, então, no estado de necessidade. No entanto, não é possível justificar tal conduta com amparo no estado de necessidade, haja vista que essa causa de justificação não se destina à solução de conflitos entre interesses interpessoais. Uma ponderação deste jaez seria essencialmente paternalista, pois daria ao “salvador” do bem jurídico a prerrogativa de escolher, de acordo com seus próprios valores ou mesmo de acordo com valores previamente fixados – mas externos ao paciente –, qual interesse seria preponderante. Também não é possível sustentar a existência de um dever legal do médico de atuar, pois a lei não impõe um mandamento ao médico – ela não o obriga a atuar nesses casos –, mas apenas busca legitimar a conduta daquele que optou por intervir. Ademais, adotar aqui a tese do exercício regular de direito resultaria em consequências paternalistas ilegítimas, porquanto ignora-se a autonomia do titular do bem jurídico de determinar como se dará a sua fruição”.

¹⁶¹ “A Corte do Estado de Ohio, em 1962, foi consultada por um hospital sobre a permissão de realizar transfusões de sangue numa criança de três anos, com queimaduras generalizadas de 2º e 3º graus, atingindo uma área corporal de 40%, e cujos pais não davam a autorização em virtude de serem Testemunhas de Jeová, forma religiosa contrária às transfusões de sangue. A Corte autorizou os médicos a realizarem, não apenas a transfusão, mas a usar de todos os meios capazes de salvar o paciente. Os pais entraram com um recurso, afirmando desta vez que não existia o iminente perigo de vida, para justificar a conduta arbitrária. O médico assistente respondeu que, mesmo não estando o pequeno enfermo às *portas da morte*, a piora seria progressiva e o êxito letal ocorreria com toda a certeza se aquele tratamento não fosse realizado. E assim a transfusão foi feita, com resultados favoráveis. Os pais achavam que a transfusão contra sua vontade feria os princípios constitucionais. Todavia, aquele Tribunal firmou-se na decisão de que fora praticada uma medida terapêutica

Tem-se à vista, a propósito do tema, o que prescreve o art. 15, do Código Civil vigente, ao tratar dos direitos da personalidade: *ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica – donde se segue, a contrario sensu, que em havendo risco de vida, poderia ocorrer o constrangimento, com o objetivo de salvá-la.*

É o que leciona PEREIRA (Vol. I, 2017, p. 33), em comentário ao epigrafado dispositivo legal:

Na linha de proteção à integridade física, inscreve-se o direito de recusar tratamento médico ou intervenção cirúrgica. A justificativa reside na existência de risco de vida. Não cabe opor-se a certa terapêutica por capricho, ou propósito de autoextermínio, ou motivos ideológicos. É, contudo, muito relativo o conceito de risco de vida, o que pode levar a que se desrespeite a vontade do paciente, quando a negativa não tem base científica.

MINAHIM (2022, p. 158-159) lembra, a respeito, citando o escólio de Nilo Batista, entendimento doutrinário de que o art. 146, § 3º, I, do Código Penal, teria sido revogado pelo art. 15, do Código Civil Brasileiro, na medida em que o tratamento arbitrário seria incompatível com o princípio constitucional da legalidade, insculpido no art. 5º, II, da Constituição Federal, ressalvando, porém, que

Pode-se afirmar (...) que, no direito brasileiro, a tendência é compreender que (i) – se o médico intervier **sem o consentimento** e não houver perigo de vida, haverá uma ilicitude; (ii) – se houver perigo de vida, será estado de necessidade expressamente consagrado no artigo 146, § 3º, I; (iii) – se a cirurgia salvador for, por si própria, perigosa e não houver consentimento, a intervenção será ilícita; (iv) – se a intervenção não trazer perigo para a vida,

considerada necessária pela ciência médica. Podem os pais, em determinadas e raras ocasiões, privar seu filho de algumas liberdades. Porém, em nenhum momento podem eles tirar do filho o direito de viver. Finalmente, o último argumento dos genitores para não permitir aquele tratamento baseava-se na proibição bíblica da transfusão de sangue, o que mais uma vez foi refutado pela Corte, dizendo que as interpretações teológicas, escritas há séculos em grego e hebraico, mostram-se por vezes bastante confusas, e como aquela decisão era de um tribunal civil, somente as leis civis lhes interessavam. Os dogmas são de interpretação duvidosa, mas uma vida é sempre de caráter indiscutível. Os pais gozam de absoluta liberdade religiosa. Têm o direito de acreditar no que lhes convém e no que lhes agrada. No entanto, seus direitos terminam quando começam os direitos dos filhos. Esses pertencem aos pais, mas pertencem também ao Estado, o qual tem o dever de tomar todas as providências no sentido da preservação e da incolumidade pessoal (*Jeovah's Witness and Blood Transfusions*, JAMA, 195 (2,7), 1966)".

o médico pode intervir contra a vontade, desde que haja risco de morte se a ação não for praticada

E isso porque “os autores nacionais tradicionalmente entendem que o exercício da medicina se trata de exercício regular de um direito ou de estado de necessidade (§ 3º, inciso I), como se vem ressaltando, se a intervenção puder salvar o paciente de morte iminente” (MINAHIM, 2022, p. 159-160).

Em sentido contrário, e a nosso sentir com toda razão, SIQUEIRA (2020, p. 42) argutamente lembra que “o risco para a vida anterior à intervenção, decorrente do estado de saúde do paciente, difere-se do risco da própria intervenção e, assim, não há uma contrariedade insuperável entre o art. 15, do CCB e o art. 146, § 3º, I, do CP que fundamente uma eventual revogação tácita deste último”.

A atecnia da redação do epigrafado art. 15, de tímido enunciado, a nosso sentir, revela-se a grande responsável pela tergiversação, em sede de doutrina e jurisprudência, acerca da obrigatoriedade, ou não, de respeito pelo facultativo, da autonomia de vontade do paciente – fato que não passou despercebido, também, ao arguto olhar de CHINELLATO (2022, p. 119), para quem a norma, além de supérflua, “não prevê outra hipótese, de grande relevância: obrigar alguém a submeter-se, sem risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica. Afronta a autonomia do paciente, o direito de personalidade à autodeterminação, com reflexos na própria integridade física, pretender a submissão contra sua vontade”.

A respeito, não olvidou NERY JUNIOR (2012, p. 407) a existência, à época, de dois projetos tendentes a alterar a dicção do art. 15, da lei civil básica, e que, embora de não mais feliz redação, propunham deixar expresso o imperativo de respeito à autonomia de vontade: o PL n. 2.945/08, que propunha nova redação ao dispositivo em comento (*Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, ainda que com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica*)¹⁶², e o PL n. 3.3208/08, que se limitava a acrescentar a necessidade da capacidade da pessoa para exprimir o consentimento (*Art. 15. Ninguém, desde que apto a exprimir plenamente sua vontade, pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento*

¹⁶² De autoria do Deputado Federal Carlos Bezerra (MDB-MT).

médico ou a intervenção cirúrgica)¹⁶³; por parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, de relatoria do Deputado Colbert Martins (PMDB-BA), que apreciou ambas as proposituras, então apensadas, rejeitou-se o primeiro e aprovou-se o segundo, sendo ambos os projetos, porém, arquivados com fundamento no art. 105, I, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados¹⁶⁴, consoante publicado no Diário Oficial da Câmara dos Deputados, Suplemento ao n. 14, edição de 01 de fevereiro de 2011, p. 444¹⁶⁵.

De lege ferenda, ainda, registramos que o Projeto de Lei do Senado (PLS) n. 236/2012¹⁶⁶, de autoria do Senador José Sarney (MDB-AP), que trata da reforma do Código Penal Brasileiro, inova na regulamentação da matéria, estabelecendo de forma expressa a necessidade de respeito à autonomia de vontade do paciente, dando nova redação ao inciso I, do § 3º, do art. 145, do estatuto repressivo básico, ao dispor que não se compreende nas disposições do referido artigo *a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, e justificada por iminente perigo de vida, exceto se, maior de idade e capaz, o paciente puder manifestar sua vontade de não se submeter ao tratamento.*

8 Um olhar para o futuro: ADPF 618, TEMA 1069/STF

Não obstante a licitude de que viria a se revestir, em casos tais, a conduta médica, recomendamos que se socorram, o facultativo e o nosocômio, nessas situações emergenciais, em que autorizado a desrespeitar a manifestação da vontade consubstanciada na recusa ao tratamento transfusional, do Judiciário, através de alvará judicial¹⁶⁷, como forma de obter a imprescindível autorização para vulnerar a

¹⁶³ De autoria do Deputado Federal Miguel Martini (PHS-MG).

¹⁶⁴ Fonte: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=389699> (acesso em mai/2023).

¹⁶⁵ Disponível em <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD01FEV2011SUP.pdf#page=3> (acesso em mai/2023).

¹⁶⁶ Fonte: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3515262&ts=1674178155954&disposition=inline>, acesso em mar/2023.

¹⁶⁷ Nesse sentido: RT 735/389; ainda: “caso o paciente seja menor e incapaz para consentir, a recusa, pelos representantes legais, de uma intervenção médica necessária e urgente caracteriza abuso de direito. Nessa hipótese, deverá o médico requerer ao juízo competente uma autorização para realizar o procedimento” (KASECKER, 2020, p. 99).

integridade física do paciente, sem o risco de vir a ser acusado o profissional médico pela prática, *in thesi*, dos crimes de lesão corporal ou de constrangimento ilegal.

Como adverte a doutrina, “as intervenções médicas arbitrárias são aquelas realizadas pelo médico em desrespeito à autonomia do paciente, isto é, sem o seu consentimento válido ou, contra a sua vontade, ainda que com o objetivo de promover a sua saúde e até mesmo a sua vida”, podendo perfazer os pressupostos típicos de dois delitos: “um, que tutela a integridade física, como o crime de lesão corporal (art. 129 do Código Penal), e outro, que tutela a liberdade geral de ação, como o de constrangimento ilegal (art. 146 do CP)” (SIQUEIRA, 2020, p. 30).

Nesse sentido, orientação inserta em parecer aprovado pelo próprio Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, em novembro de 1974, com previsão de quatro condutas para situações distintas:

1. *Paciente grave, inconsciente, desacompanhado de familiares e necessitando de transfusão. Deve ser praticada sem delongas.*
2. *Paciente inconsciente, mas acompanhado por parentes que impeçam a transfusão, quando o médico deverá tentar demovê-los, alegando que a opinião manifestada não corresponde à do próprio doente, cuja vida corre perigo com o adiamento da transfusão. Havendo relutância, o médico recorrerá às autoridades policiais e judiciárias, salvaguardando sua responsabilidade e tentando outros recursos para prolongar a vida do paciente, enquanto se concretiza a intervenção policial.*
3. *Paciente lúcido, que se nega a receber transfusão. Deverá assinar um termo de responsabilidade perante autoridade policial ou judiciária, tentando o médico persuadi-lo a aceitar a transfusão, enquanto utiliza de todos os meios científicos alternativos.*
4. *Paciente menor, cujos pais negam autorização para a transfusão. O médico recorrerá à autoridade judiciária, exigindo uma decisão que preserve a sua posição, caracterize a responsabilidade culposa ou dolosa dos pais e faculte a liberação salvadora do emprego de transfusão.*

Argumentar-se-ia que o procedimento porventura instaurado, a partir de *notitia criminis* ofertada por qualquer dos mencionados interessados, em razão da prática da transfusão procedida sem a autorização do paciente ou, se o caso, de seus familiares, para salvar a vida do primeiro, poderia ser arquivado de plano, *ex officio* pela autoridade judiciária, ou a requerimento do presentante do *Parquet*, ou, se não apurada de forma segura, *prima facie*, a caracterização de excludente de ilicitude, a

decisão final na ação penal que a ele se seguiria muito provavelmente conduziria à absolvição do médico; nessa linha de pensamento, vertente respeitável da doutrina entende desnecessária a obtenção de autorização judicial para realização do procedimento (FRANÇA, 2007, p. 194).

E é até provável que assim se dê (KASECKER, 2020, p. 90). Mas o pleito de alvará judicial – utilizado, também, *mutatis mutandis*, em casos extremos, para a realização do aborto legal – constitui medida rápida e de pronta eficácia, hábil a poupar sem dúvidas o médico, sua equipe e até mesmo, em sendo o caso, a direção do hospital, de eventuais dissabores legais.

A questão será superiormente pacificada pelo C. Pretório Excelso, em dois importantes julgamentos.

Versa sobre a matéria o RE 1.212.272/AL (Tema 1069/STF ¹⁶⁸), em que reconheceu o E. Supremo Tribunal Federal a existência de repercussão geral, sob a relatoria do Min. Gilmar Mendes:

Recurso extraordinário. 2. Direito Administrativo 3. Direito de autodeterminação confessional dos testemunhas de Jeová em submeter-se a tratamento médico realizado sem transfusão de sangue. Matéria constitucional. Tema 1069. 4. Repercussão geral reconhecida ¹⁶⁹.

¹⁶⁸ Tema 1069/STF: Direito de autodeterminação das testemunhas de Jeová de submeterem-se a tratamento médico realizado sem transfusão de sangue, em razão de sua consciência religiosa.

¹⁶⁹ **REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.212.272 / ALAGOAS – MANIFESTAÇÃO** - O Senhor Ministro Gilmar Mendes: Trata-se de recurso extraordinário interposto em face de acórdão da Turma Recursal da Seção Judiciária de Alagoas, que negou provimento ao recurso e manteve decisão que impedira paciente testemunha de Jeová a submeter-se a procedimento cirúrgico sem transfusão de sangue. Eis um trecho da ementa desse julgado: “PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. RISCO INERENTE AO PROCEDIMENTO. ISONOMIA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO E SAÚDE PÚBLICA. RECURSO IMPROVIDO. 1. Recurso da parte autora contra sentença que negou o custeio de procedimento cirúrgico (cirurgia de substituição da válvula aórtica), com base no fundamento de que não há tratamento médico que possa afastar os riscos inerentes ao próprio procedimento, entre eles a eventual necessidade de realização de uma transfusão sanguínea. Aduz que as alternativas constantes no SUS não são compatíveis com a fé professada pela autora. 2. É inegável o direito do cidadão à assistência estatal direcionada à proteção da saúde, em face do insculpido no art. 196, caput, da Constituição Política de 1988. (...) 8. Destacou o juízo monocrático: Destaco que as declarações médicas trazidas nos documentos médicos 49/55 declaram (o que não se desconhece) a possibilidade da cirurgia ocorrer sem a necessidade de transfusão de sangue. Ocorre que tais documentos não garantem (e não poderiam) que uma transfusão não seja necessária durante o procedimento, mas apenas que, na medida do possível, são evitadas. Ou seja, não existem garantias técnicas de que a cirurgia possa transcorrer, sem riscos para a autora, a partir dos procedimentos médicos por ela pretendidos. Registro não ser o caso de fazer ponderações sobre custos monetários do procedimento,

mas do efetivo conhecimento técnico dos profissionais da Santa Casa de Misericórdia, inclusive ponderando sobre o (des)conhecimento de como proceder para cumprir a ordem judicial em caso de hemorragia durante o procedimento cirúrgico. Ressalto que a discussão sobre as possibilidades técnicas do caso em nada diz respeito a um formalismo arcaico ou presta favor a qualquer burocracia estatal, mas busca estabelecer as reais possibilidades médicas para o presente caso, buscando compatibilizar a vontade da parte (calcada em motivos religiosos) e os limites médicos possíveis. O caso dos autos, pois, em tudo difere daquelas hipóteses de ações ajuizadas por unidades hospitalares em face de pacientes para obrigá-los a receber certo tratamento (como feito é exemplo Agravo de Instrumento 0017343-82.2016.4.01, e DJF 08/07/2016, julgado pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região). Aqui, ao contrário, existe a busca por uma providência estatal ativa. Como dito linhas acima, não se está a dizer que as opções administrativas são inexpugnáveis ao controle judicial. Na atual quadra de nosso sistema constitucional, a separação entre os poderes precisa ser visto sob uma nova perspectiva, mesmo porque o modelo jurídico do Estado Social dotado de normas que buscam forjar certa realidade exige um Poder Judiciário que interfira, alguma medida, nos demais organismos estatais. O foco da atuação judicial desloca-se, pois, da separação pura e simples dos Poderes para a necessidade de proteger e concretizar os direitos fundamentais. O problema, aqui, é a necessidade de clareza acerca das opções possíveis médicas e de suas consequências. Não pode ser desconsiderado quando em exame o funcionamento das políticas de saúde a necessária especialização técnica dos órgãos administrativos. Desde assuntos estreitamente vinculados à tecnologia (como energia e telecomunicações), passando por matérias tradicionais (como saúde e educação), os temas relevantes apresentam uma crescente exigência de conhecimentos especializados. À míngua de elementos que permitam concluir pela viabilidade do procedimento médico almejado, não há como fazer prosperar a pretensão autoral. Como visto nos fundamentos acima, não se está negando a possibilidade da fé professada pela autora permitir-lhe um tratamento médico diferente da transfusão de sangue, mas apenas reconhecendo a inexistência, neste momento, de opções médicas viáveis e que possam garantir sua vida diante dessa escolha. 9. Além disso, é necessário frisar que a concessão de um tratamento diferenciado fere o princípio da isonomia na prestação de serviços públicos”. No recurso extraordinário, interposto com fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal, aponta-se violação aos artigos 1º, III; 5º, caput, incisos II, VI e VIII; e 196 do texto constitucional. Nas razões recursais, a parte recorrente alega que a discussão dos autos cinge-se a saber se é legítima a recusa à transfusão de sangue no tratamento de saúde por paciente testemunha de Jeová. Sustenta que a paciente, ora recorrente, é pessoa maior de idade, plenamente capaz, lúcida e orientada. Narra que, em razão de doença cardíaca, foi encaminhada pelo Sistema Único de Saúde (SUS) para a Santa Casa de Misericórdia de Maceió, a fim de realizar cirurgia de substituição de válvula aórtica. Afirma que, por ser testemunha de Jeová, decidiu submeter-se ao tratamento de saúde sem o uso de transfusões de sangue alogênico (sangue de terceiros), pretendendo ter resguardado seu direito de autodeterminação com a assunção dos possíveis riscos de um tratamento médico em detrimento de outro. Diz que a equipe médica teria concordado com seus termos, com emissão de declaração escrita. Aduz que, entretanto, a diretoria da Santa Casa de Misericórdia de Maceió teria condicionado a realização da cirurgia à assinatura de documento de consentimento, por meio do qual a recorrente deveria conceder autorização prévia para a realização de eventuais transfusões sanguíneas. Argumenta que, diante da impossibilidade de conceder tal autorização, a administração da Santa Casa cancelou o procedimento cirúrgico. Nesse contexto, ajuizou ação de obrigação de fazer em face dos entes mantenedores do SUS para obter o tratamento de saúde necessário. Assevera que, inicialmente, o Juizado Especial Federal de Maceió julgou improcedente o pedido, por entender que a recorrente não poderia optar pela realização da cirurgia prescrita sem o uso de transfusões de sangue, uma vez que, segundo seu entendimento, haveria riscos em tal procedimento. Após a interposição de recurso inominado, a Turma Recursal dos Juizados Federais da Seção Judiciária de Alagoas manteve a sentença, cuja decisão reconheceu a existência de declarações de profissionais médicos credenciados no SUS, atestando a possibilidade de a cirurgia ocorrer pelo SUS sem a necessidade de transfusão de sangue. Entretanto, negou provimento ao recurso por entender que não existem garantias técnicas de que a cirurgia possa transcorrer, sem riscos para a autora, a partir dos procedimentos médicos por ela pretendidos. Contra essa decisão, opôs embargos de declaração, os quais foram rejeitados. A recorrente afirma que sua determinação de se submeter a procedimento médico sem o uso de transfusões de sangue decorre da sua consciência religiosa.

Nesses termos, a exigência de consentimento prévio para a realização de transfusões de sangue, como condição para o seu ingresso no centro cirúrgico, ofendeu a sua dignidade e o seu direito de acesso à saúde. Argumenta que o direito à vida não constitui direito absoluto, havendo hipóteses constitucionais e legais em que se admite a sua flexibilização. Aduz assim que, na questão posta em análise, cabe tão somente ao indivíduo escolher entre o risco do tratamento que deseja e o risco da transfusão de sangue, devendo o Estado abster-se de interferir em tal escolha existencial legítima, baseada em convicções e valores muito caros, que definem uma testemunha de Jeová enquanto ser humano, sujeito de direitos e merecedor de respeito à sua dignidade. Nesse sentido, argumenta afronta à liberdade religiosa, tendo em vista a imposição externa de valores existenciais e a consequente violação da dignidade como autonomia. Destaco que, inicialmente, neguei seguimento ao recurso extraordinário, por entender ser aplicável ao caso a Súmula 279, bem como ao fundamento da índole infraconstitucional da matéria, motivo pelo qual foi interposto agravo regimental. Entretanto, em nova análise do caso, verifico que a discussão dos autos acerca da legitimidade da recusa à transfusão de sangue no tratamento de saúde por paciente testemunha de Jeová versa sobre matéria constitucional, conforme será demonstrado abaixo. Desse modo, reconsidero a decisão agravada, julgo prejudicado o agravo regimental e passo a novo exame do recurso extraordinário. É o relatório. Presentes os requisitos de admissibilidade do recurso extraordinário, passo à análise da existência de repercussão geral da matéria constitucional. A questão posta nos autos diz respeito à possibilidade de paciente submeter-se a tratamento médico recomendado e disponível na rede pública sem a necessidade de transfusão de sangue, em respeito aos direitos da liberdade religiosa e da dignidade da pessoa humana. Verifico que se trata de matéria de inegável relevância, que fixa tese potencialmente direcionada a toda a comunidade que se identifica como testemunha de Jeová. O conflito não se limita, portanto, aos interesses jurídicos das partes recorrentes, razão pela qual a repercussão geral da matéria deve ser reconhecida. 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 à 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. Nesses termos, o citado paradigma pretende definir se a liberdade de crença e consciência pode justificar que o Poder Público custeie procedimento indisponível no sistema público, para garantir o direito à saúde de maneira compatível com a convicção religiosa. Feito esse distinguishing, anote-se que, por sua natureza de direito fundamental, a liberdade religiosa abrange, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face do Estado ou de particulares. Incluem-se aqui, por exemplo, a liberdade de confessar ou não uma fé e o direito contra qualquer forma de agressão a sua crença. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito Democrático. No tocante à liberdade religiosa, a manutenção deste quadro de democracia é garantida pela neutralidade religiosa e ideológica do Estado. Destaque-se que o alcance dos destinatários da liberdade religiosa não deve ser medido pela força numérica, nem pela importância social de determinada associação religiosa. A liberdade de credo deve ser assegurada de modo igual a todos, desde os membros de pequenas comunidades religiosas aos das grandes igrejas e de seitas exóticas ao círculo cultural (PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. Direitos fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 244). Nesse contexto, a possibilidade de paciente submeter-se a procedimento cirúrgico com a opção de não receber transfusão de sangue, em respeito

Ligada diretamente ao objeto do Tema 1069/STF, há a ADPF 618¹⁷⁰, ajuizada pela então Procuradora-Geral da República Raquel Dodge, tendo por objeto a declaração de inconstitucionalidade do art. 146, § 3º, I do Código Penal; do item 2 do Parecer CFM 21/1980, adotado como anexo da Resolução CFM 1.021/1980, do Conselho Federal de Medicina¹⁷¹; dos arts. 22 e 31, da Resolução CFM 2.217/2018 (Código de Ética Médica); e do art. 3º, da Resolução CREMERJ 136/1999, do Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro¹⁷², ainda pendente de julgamento, com inequívoca perda de objeto de relação à Res. CFM 1.021/80.

Impossível olvidar, aqui, o convite de LIGIERA (2012, p. 575):

(...) indagamos se já não é chegada a hora do Judiciário brasileiro, bem como da classe médica como um todo, reverem igualmente seu posicionamento. Afinal, como bem observado pelo ilustre professor de bioética Elio Sgreccia, “é preciso ter sempre presente que a vida e a saúde são confiadas prioritariamente à responsabilidade do paciente e que o médico não tem sobre o paciente outros direitos superiores ao que o próprio paciente tem a respeito de si mesmo”.

à sua autodeterminação confessional, é questão diretamente vinculada ao direito fundamental à liberdade de consciência e de crença (art. 5º, VI), além de outros princípios e garantias constitucionais, como os insculpidos no art. 1º, II e III; art. 3º, I e IV; art. 5º, caput, da CF. A relevância constitucional do tema parece-me, pois, evidente. Ressalte-se, por fim, que a questão ora exposta é objeto da ADPF 618, proposta pela Procuradoria-Geral da República, de relatoria do Ministro Celso de Mello. Dessa forma, concluo que a controvérsia referente ao direito de autodeterminação confessional dos testemunhas de Jeová em submeter-se a tratamento médico realizado sem transfusão de sangue possui natureza constitucional e inegável relevância, além de transcender os interesses subjetivos da causa. Diante do exposto, manifesto-me pela existência da repercussão geral para análise do mérito no Plenário (STF – Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 24.10.2019) (Fonte: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752504818>, acesso em abr/2023).

¹⁷⁰ ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. TESTEMUNHAS DE JEOVÁ. IMPOSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DE TRANSFUSÃO DE SANGUE CONTRA A VONTADE DOS PACIENTES MAIORES E CAPAZES. DIREITO À VIDA DIGNA. DIREITO À LIBERDADE DE CRENÇA (Íntegra da petição inicial disponível no endereço <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750785348&prclID=5769402#>, acesso em abr/2023).

¹⁷¹ Já revogada pelo art. 14, da Resolução CFM 2.232, de 17 de novembro de 2019 (íntegra disponível no endereço <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2019/2232>, acesso em abr/2023).

¹⁷² 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 (Fonte: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/RJ/1999/136_1999.pdf, acesso em abr/2023).

Se é assim, o próprio titular do direito envolvido é quem deve ter a palavra final.

Para usar as palavras de FACHIN (2015, p. 60), “o direito é uma vez mais chamado a prestar contas à História”.

O alerta de MORATO (2012, p. 154) veste como luva à hipótese, quando convida à realização de esforço “no sentido de evitar que ocorra qualquer distorção ou mesmo uma banalização dos direitos da personalidade ou que seja igualmente ameaçado o seu próprio fundamento – ‘a dignidade da pessoa humana’”.

A respeito, argutamente, pondera NOVAIS (2018, p. 160) que “para se apurar a existência de violação da dignidade num caso de perda da vida humana, o decisivo não é verificar se a vida humana foi destruída, mas é antes verificar se alguém incumpriu os deveres de respeito que lhe cabem e que lhe são juridicamente impostos e, para verificar tal, é necessário ter em conta as circunstâncias complexas do caso, a justificação, os fins em vista, a relação entre os fins e os meios”¹⁷³.

Como lembra DWORKIN (2020, p. 203), as técnicas de decisão judicial encorajam os juízes a emitir seus próprios juízos sobre os direitos institucionais, e a falibilidade judicial, longe de constituir causa de reserva contra as decisões dos magistrados, deve servir “a qualquer juiz, como um poderoso lembrete de que ele pode muito bem errar nos juízos políticos que emite, e que deve, portanto, decidir os casos difíceis com humildade” – num exercício hermenêutico que implicará “expansão (...) daqueles poderes criativos e de evolução jurisprudencial do direito” (CAPPELLETTI, 1999, p. 60).

9 Conclusão

¹⁷³ “Quem identifica, pura e simplesmente, destruição da vida, em si, com violação da dignidade humana, teria logicamente de considerar a criação de vida como acto respeitador da dignidade humana e não poderia, conseqüentemente, condenar a clonagem reprodutiva de um novo ser humano. O que essa contradição evidencia é que, no fundo, a razão constitutiva dessas concepções não é, verdadeiramente, a defesa da *vida*, mas a defesa da suposta *reserva do Criador* em que acreditam” (NOVAIS, 2018, p. 161).

É da tradição do Direito Constitucional brasileiro a garantia do direito à saúde e à liberdade de crença, assegurado o direito de escusa de consciência.

A Carta Política de 1988, por sua vez, institui a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Da dignidade da pessoa decorre o direito de autonomia de vontade ou de autodeterminação, que não sofre limitação em caso de doença.

Constitui direito do paciente participar, com o médico, das escolhas terapêuticas a serem levadas a cabo para restabelecer-lhe a saúde, tocando ao profissional de saúde o dever de informar.

É o consentimento livre e esclarecido do paciente que legitima a atuação do facultativo.

A recusa ao tratamento – no caso, à transfusão de sangue – por paciente maior e capaz, adepto da religião Testemunhas de Jeová, constitui exercício do direito de autonomia de vontade, e tem o condão de obstar a atuação médica.

A doutrina e a jurisprudência tradicionais viam nesse cenário a ocorrência de um conflito de direitos fundamentais (vida e liberdade), reconhecendo a prevalência do direito à vida, o que autorizaria a atuação do profissional médico, mesmo contra a vontade do paciente ou de quem o representasse.

Não há aí, contudo, senão um falso conflito entre os direitos fundamentais à vida e à liberdade de crença, na medida em que, pertencendo ambos a um mesmo titular, toca a este, em última análise, optar pelo exercício de um ou de outro – e nesse sentido tem se posicionado a doutrina e a jurisprudência mais recentes.

A recusa do tratamento é ato personalíssimo, deve ser contemporânea ao ato médico e pode ser revogada a qualquer instante.

Em não tendo condições o paciente de manifestar sua vontade, *v. g.* por estar inconsciente, considera-se autorizado o médico a proceder ao tratamento necessário, presumindo-se o consentimento do enfermo, se maior e capaz.

Não assim, porém, se o paciente, mesmo inconsciente, deixou diretiva de vontade em que recusa o tratamento, ou constituiu procurador bastante para esse fim; nesses casos, será vedado ao facultativo proceder contra a vontade do paciente, previamente manifestada por escrito, ou por procurador.

Em se tratando de paciente menor de 18 anos, a recusa manifestada por seus representantes legais não opera efeitos ante o médico, por força da aplicação da doutrina da proteção integral – o mesmo se podendo dizer do adolescente emancipado, o qual, por não haver ainda completado a maioridade civil, não se subtrai da incidência das normas protetivas da Infância e da Juventude.

Se o menor for amadurecido, tendo condições para opinar, deverá ser ouvida a sua vontade.

De lege lata, a solução proposta é conferir aos dispositivos legais e regulamentares vigentes uma interpretação conforme a Constituição da República de 1988, que lhes é posterior, de sorte a prestigiar a prevalência da autonomia de vontade do paciente. E, nos casos em que se admite a realização do procedimento mesmo contra a vontade do paciente (menor não amadurecido) ou de seus representantes legais, recomendável a obtenção de autorização judicial pelo médico, de sorte a prevenir a formulação de denúncias ou o ajuizamento de pedidos de indenização.

De lege ferenda, a solução virá da alteração legislativa, para explicitar a necessidade de consentimento do paciente para a realização de procedimentos médicos.

A questão será superiormente decidida quando do julgamento, pelo C. Supremo Tribunal Federal, da ADPF 618 e do Tema 1069/STF – que versam, respectivamente, sobre o direito de autodeterminação confessional dos adeptos da religião Testemunhas de Jeová em submeterem-se a tratamento médico realizado sem transfusão de sangue e a impossibilidade de realização de transfusão de sangue contra a vontade dos pacientes maiores e capazes.

REFERÊNCIAS

- AFFONSO, F. J. M. Reflexões acerca da validade e efetividade das Diretivas Antecipadas de Vontade no Direito Brasileiro. *In*: BARBOZA, H. H.; LEAL, L. T.; ALMEIDA, V. **Biodireito: tutela jurídica das dimensões da vida**, Indaiatuba: Foco Jurídico, 2021.
- ALEXY, R. **Constitucionalismo discursivo**. 4. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- ALEXY, R. A Dignidade humana e a análise da proporcionalidade. *In*: ALEXY, R., BAEZ, N. L. X., SILVA, R. L. N. da (org.). **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo: em comemoração ao 70º aniversário de Robert Alexy**. Florianópolis: Qualis, 2015.
- AZEVEDO, A. V. Autonomia do paciente e direito de escolha de tratamento médico sem transfusão de sangue. *In*: AZEVEDO, A. V.; LIGIERA, W. R. (coord.), **Direitos do paciente**, São Paulo: Saraiva, 2012.
- AZEVEDO JÚNIOR, R. Processo ético-profissional nos Conselhos de Medicina. *In*: COHEN, C.; OLIVEIRA, R. A. de (editores). **Bioética, Direito e Medicina**. Barueri: Manole, 2020.
- BARRETO, W. de P., Comentário ao art. 13. *In*: ALVIM, A.; ALVIM, T. (Coord.) **Comentários ao Código Civil Brasileiro**, vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- BARROS MONTEIRO FILHO, R. de B., Comentário ao art. 13. *In*: TEIXEIRA, S. de F. (Coord.) **Comentários ao Novo Código Civil**, vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- BARROSO, L. R. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**, Belo Horizonte: Fórum, 2022.
- BARROSO, L. R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**, 10. ed., São Paulo: Saraiva, 2022.
- BARROSO, L. R. Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. *In*: AZEVEDO, A. V.; LIGIERA, W. R. (Coord.) **Direitos do Paciente**, São Paulo: Saraiva, 2012.
- BARROSO, L. R.; MARTEL, L. de C. V. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. *In*: PEREIRA, T. da S.; MENEZES, R. A.; BARBOZA, H. H. (coord.) **Vida, morte e dignidade humana**. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

BASTOS, C. R. **Direito de recusa de pacientes, de seus familiares ou dependentes, às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas** (consulta), 2000.

BASTOS, C. R.; MARTINS, I. G. **Comentários à Constituição do Brasil (Promulgada em 5 de outubro de 1988)**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, vol. 1, 2001.

BASTOS, C. R., MARTINS, I. G. **Comentários à Constituição do Brasil (Promulgada em 5 de outubro de 1988)**. São Paulo: Saraiva, vol. 8, 1998.

BLOODLESS. **Protocolo Tratamento de Anemia e Diretrizes para terapia com eritropoietina**. [s. l.], 2022. Disponível em: https://bloodless.com.br/wp-content/uploads/2022/02/PROTOCOLO-TRATAMENTO-DE-ANEMIA-E-DIRETRIZES-PARA-TERAPIA-COM-ERITROPOETINA-2022_24-02-22.pdf. Acesso em: 07.mai.2023.

BOARO, G.; SOUZA, P. V. S. de. A negativa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová: uma análise jurídico-penal da objeção de consciência a partir do julgamento do *Habeas Corpus* n. 268.459/STJ. In: CRIPPA, A.; PITHAN, L. H.; BONHEMBERGER, M. (coord.), **Bioética como análise de casos**, Porto Alegre: EdIPUCRS, 2019.

BOBBIO, N. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984.

BODIN DE MORAES, M. C.; TEIXEIRA, A. C. B. Comentário ao artigo 227. In: CANOTILHO, J. J. G.; MENDES, G. F.; SARLET, I. W.; STRECK, L. L. (Coord.) **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

BORGES, R. C. B. Dos Direitos da Personalidade. In: LOTUFO, R.; NANNI, G. E. (Coord.) **Teoria Geral do Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2008.

BRAGA NETTO, F. P. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL: Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 05.out.1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 05.mai.2023.

BRASIL: Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 21.nov.1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 07.mai. 2023.

BRASIL: Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, 7.dez.1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 05.mai.2023.

BRASIL: Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Institui o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário da República Federativa do Brasil**, Brasília, 13 de julho de 1990; Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em 07.mai. 2023.

BRASIL: Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Institui o Código de Defesa do Consumidor. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 11.set.1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm. Acesso em 05.mai.2023.

BRASIL: Lei n. 10.205, de 21 de março de 2001. Regulamenta o § 4º do art. 199 da Constituição Federal, relativo à coleta, processamento, estocagem, distribuição e aplicação do sangue, seus componentes e derivados, e estabelece o ordenamento institucional indispensável à execução adequada dessas atividades, e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 21.mar.2001. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10205.htm. Acesso em 05.mai.2023.

BRASIL: Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 10.jan.2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm. Acesso em 05.mai.2023.

BRASIL: Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 6.jul.2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 07.mai.2023.

BRASIL: Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Institui a Lei Geral de Proteção de Dados. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 14.ago.2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em 05.mai.2023.

BRASIL: Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Habeas Corpus n. 268.459-SP (2013/0106116-5). Impetrante: Alberto Zacharias Toron e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça de São Paulo. Pacientes: Hélio Vitória da Silva, Ildelir Bomfim de Souza. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 2 de setembro de 2014. **Diário Oficial Eletrônico**, Brasília, 28 de outubro de 2014. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201301061165&dt_publicacao=28/10/2014. Acesso em 09.mai.2023.

BRASIL: Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Recurso de Habeas Corpus n. 464 – SP (90.0000325-3). Recorrentes: Irene da Conceição Romão da Silva e outra. Recorrido: Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo. Relator Ministro Costa Leite. **Diário Oficial Eletrônico**, Brasília, 29 de junho de 1990. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199000003253&dt_publicacao=17-09-1990&cod_tipo_documento=. Acesso em: 07. mai. 2023.

BRASIL: Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Recurso de Habeas Corpus n. 7.785 – São Paulo. Recorrente: Eugênio Carlo Balliano Malavasi. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator Ministro Fernando Gonçalves. **Diário Oficial Eletrônico**, Brasília, 03 de setembro de 1998. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/ita/documento/?num_registro=199800517561&dt_publicacao=30/11/1998&cod_tipo_documento=3. Acesso em: 07.mai.2023.

BRASIL: Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Recurso Especial n. 124.621 – SP (97/0019838-3). Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorridos: Sidnei Francisco de Almeida Calvo e cônjuge. Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. **Diário Oficial Eletrônico**, Brasília, 13 de abril de 1999. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199700198383&dt_publicacao=28-06-1999&cod_tipo_documento=. Acesso em 08.mai.2023.

BRASIL: Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Recurso Especial n. 436.827 – SP (2002/0025859-5). Recorrente: Agenor Melo Filho. Recorrido: Maria Benedita Fabel e outro, relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 01 de outubro de 2002. **Diário Oficial Eletrônico**, Brasília, 18.nov.2002. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=375678&num_registro=200200258595&data=20021118&formato=PDF. Acesso em 05.mai.2023.

BRASIL: Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Recurso Especial n. 1.540.580 – DF (2015/0155174-9). Recorrentes: Dimas Pereira e Abrahao, Lindalva Gonçalves Abrahao, Tiago Barboza Abrahao; Recorridos: Sociedade Beneficente de Senhoras Hospital Sírio Libanês, Clínica Paulista de Neurologia e Neurocirurgia Ltda. – EPP, Manoel Jacobsen Teixeira, relator Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), relator para o acórdão Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, 02 de agosto de 2018. **Diário Oficial Eletrônico**, Brasília, 09.set.2018. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=87116219&tipo=5&nreg=201501551749&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20180904&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em 05.mai.2023.

BRASIL: Supremo Tribunal Federal (Plenário). Acórdão. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.586 – DF. Requerente: Partido Democrático Trabalhista. Requerido: Presidente da República, Congresso Nacional. Relator Ministro Ricardo

Lewandowski. **Diário Oficial Eletrônico**, Brasília, 17 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755517337>. Acesso em 09.mai.2023.

BRASIL: Supremo Tribunal Federal (Plenário). Acórdão. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 – DF. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Requerido: Presidente da República. Relator Ministro Marco Aurélio. **Diário Oficial Eletrônico**, Brasília, 12 de abril de 2012. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em 07.mar.2023.

BRASIL: Supremo Tribunal Federal (Plenário). Acórdão. Mandado de Segurança n. 23.452-1/RJ. Impetrante: Luiz Carlos Barretti Júnior. Impetrado: Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito, relator Ministro Celso de Mello, Brasília, 16 de setembro de 1999. **Diário da Justiça da União**, 12.mai.2000. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85966>. Acesso em: 05.mai.2023.

BRASIL: Supremo Tribunal Federal (Plenário). Acórdão. Recurso Extraordinário com Agravo n. 1.267.879 – SP. Requerente: Claudete Julia da Silveira Rodrigues dos Santos. Requerido: Ministério Público do Estado de São Paulo. *Amicus Curiae*: GAETS – Grupo de Atuação Estratégica das Defensorias Públicas Estadual e Distrital nos Tribunais Superiores. Relator: Ministro Roberto Barroso. **Diário Oficial Eletrônico**, Brasília, 16 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755520674>. Acesso em 09.mai.2023.

BRASIL: Supremo Tribunal Federal (Plenário). Decisão. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n. 1.212.272 – AL. Recorrente: Malvina Lúcia Vicente da Silva. Recorridos: União, Estado de Alagoas e Município de Maceió. Relator: Ministro Gilmar Mendes. **Diário Oficial Eletrônico**, Brasília, 24 de outubro de 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342933030&ext=.pdf>. Acesso em 09.mai.2023.

BRASIL: Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática. Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 618-DF. Requerente: Procuradora-Geral da República. Interessados: Presidente do Conselho Federal de Medicina, Presidente do Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Celso de Mello (redistribuído ao Ministro Kassio Nunes Marques). Brasília, 19 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1068423/false>. Acesso em: 09.mai. 2023.

BRASILIA: Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Acórdão. Agravo de Instrumento n. 0017343-82.2016.4.01.0000/MG. Agravante: Maria Mylena Silva Teixeira.

Agravada: Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares Ebserh. Relator Desembargador Federal Kassio Nunes Marques. Brasília, 16 de maio de 2016. **Diário Eletrônico da Justiça Federal 1**, 31.mai.2023, p. 2.582. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trf-1/899519024>. Acesso em 07.mai.2023.

BULOS, U. L. **Constituição Federal Anotada**. São Paulo: Saraiva, 2000.

CABRAL, H. L. T. B. **Consentimento informado no exercício da Medicina e tutela dos direitos existenciais: uma visão interdisciplinar Direito e Medicina**. 2. ed., Curitiba: Appris, 2018.

CALADO, V. de N. **Responsabilidade Civil do Médico e Consentimento Informado: Um estudo indisciplinar dos Julgados do STJ**. Curitiba: Juruá, 2014.

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

CAPPELLETTI, M. **Juízes legisladores?**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

CARVALHO, J. C. M. de. A responsabilidade civil do médico e o consentimento informado. *In*: SLAIBI FILHO, N.; COUTO, S. (coord.), **Responsabilidade Civil: Estudos e Depoimentos no Centenário do Nascimento de José de Aguiar Dias (1906 – 2006)**, Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CARVALHO SANTOS, J. M. de. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. 14. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991.

CASTELHANO, A. P. M. da S. F. Direitos do Doente. *In*: COHEN, C., OLIVEIRA, R. A. de (editores). **Bioética, Direito e Medicina**. Barueri: Manole, 2020.

CHADDAD, M. C. C.; CALUX, S. H. G. Recusa de transfusão sanguínea por motivo religioso: possibilidades e limites na ordem constitucional brasileira. *In*: ALVIM, A., MELLO, C.; RODRIGUES, D. C.; ALVIM, T. (coord.), **Direito Médico: Aspectos Materiais, Éticos e processuais**, São Paulo: Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, 2021.

CHINELLATO, S. J. Comentário aos arts. 1º a 21. *In*: MACHADO, A. C. da C. (org.), CHINELLATO, S. J. (Coord.), **Código Civil Interpretado**, 15. ed., Barueri: Manole, 2022.

CLÈVE, C. M.; FREIRE, A. R. S. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais. *In*: GRAU, E. R; CUNHA, S. S. da (Coord.), **Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Recomendação CFM n. 01, de 21 de janeiro de 2016**. Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido

na assistência médica. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2016. Disponível em: https://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1_2016.pdf. Acesso em 07.mai.2023.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM n. 2.217, de 27 de setembro de 2018**. Institui o Código de Ética Médica. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2019. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em 05.mai.2023.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. **Resolução n. 553, de 09 de agosto de 2017**. Aprova a atualização da Carta dos Direitos e Deveres da Pessoa Usuária da Saúde, que dispõe sobre as diretrizes dos Direitos e Deveres da Pessoa Usuária da Saúde. Brasília: Conselho Nacional da Saúde, [2017?]. Diário Oficial da União, 15.jan.2018, Edição 10, Seção 1, p. 41-44. Disponível em: <http://www.conselho.saude.gov.br/resolucoes/2017/Reso553.pdf>. Acesso em 07.mai.2023.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Resolução CREMERJ n. 136/1999**. Dispõe sobre a postura do médico diante da recusa de paciente em receber transfusão de sangue e/ou seus derivados e revoga as disposições em contrário, especialmente o Parecer CREMERJ n. 25/94. Rio de Janeiro: Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro, 19.fev.1999. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/RJ/1999/136_1999.pdf. Acesso em 09.mai.2023.

CORSINI, Camila. 'Expulsa e isolada, há anos sem abraço': como é ser ex-testemunha de Jeová. **UOL – Universo on Line**, Seção Cotidiano, São Paulo, 26 de abril de 2023. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2023/04/26/voce-nao-e-mais-testemunha-de-jeova-ela-foi-afastada-da-familia-e-amigos.htm>. Acesso em 05.mai.2023.

COSTA JÚNIOR, P. J. da. **Comentários ao Código Penal**. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1996.

CRETELLA JÚNIOR, J. **Comentários à Constituição 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

CRETELLA JÚNIOR, J. **Comentários à Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, vol. VIII, 1993.

DALL'ACQUA, J. G. **O termo de consentimento livre e esclarecido e a sua importância**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

DANTAS, E.; COLTRI, M. **Comentários ao Código de Ética Médica**. 4. ed., São Paulo: JusPodivm, 2022.

DINIZ, M. H. **O estado atual do Biodireito**. 10. ed., São Paulo: Saraiva, 2017.

DONEDA, D. Os direitos da personalidade no Código Civil. *In*: TEPEDINO, G. (Coord.), **O Código Civil na Perspectiva Civil-Constitucional: Parte Geral**, Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

DUARTE, N. Comentários aos arts. 1º a 232, do Código Civil. *In*: PELUSO, C. **Código Civil Comentado: Doutrina e jurisprudência**. 10. ed., Barueri: Manole, 2016.

DUQUE, M. S. **Eficácia horizontal dos direitos fundamentais e jurisdição constitucional**. 2. ed., São Paulo: Editora dos Editores, 2019.

DWORKIN, R. **A justiça de toga**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, R. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. WMF Martins Fontes, 2021.

DWORKIN, R. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.

DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2020.

DWORKIN, R. **Religião sem Deus**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.

FACHIN, L. E. **Direito Civil: Sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FERREIRA FILHO, M. G. **Questões constitucionais e legais referentes a tratamento médico sem transfusão de sangue** (parecer), Cesário Lange: Sociedade Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 1994.

FLORES, P. R. M. T. **Direito Civil Parte Geral: Das Pessoas, dos Bens e dos Fatos Jurídicos**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

FRAGOSO, H. C. **Lições de Direito Penal: Parte Geral**. 16. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FRANÇA, G. V. de. **Comentários ao Código de Ética Médica**. 7. ed., Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2019.

FRANÇA, G. V. de. **Direito Médico**. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007.

FUNDAÇÃO PRÓ SANGUE/HEMOCENTRO DE SÃO PAULO. **Gerenciamento do Sangue do Paciente / Patient Blood Management**. São Paulo: Comunicação Corporativa – Fundação Pró-Sangue, 2021. Disponível em: <https://www.prosangue.sp.gov.br/uploads/arquivos/Manual%20PBM%202021%20Final.pdf>. Acesso em: 07.mai.2023.

GARCIA, M. O Consentimento livre e esclarecido. *In*: COHEN, C.; OLIVEIRA, R. A. de (editores). **Bioética, Direito e Medicina**. Barueri: Manole, 2020.

GOMES, O. **Introdução ao Direito Civil**. 21. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016.

HILKNER, M. Alcances e limites da atuação médica frente às convicções religiosas dos pacientes. *In*: PEREIRA FILHO, A.; MARQUES FILHO, J. (coord.), **Bioética: dilemas e diálogos contemporâneos**, São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 2018.

HIPPOCRATES. Epidemics I and III. *In*: HIPPOCRATES (JONES, W. H. S., tradutor). **Hippocrates**, vol. I, Cambridge: Harvard University Press, 1957. Disponível em: <https://ia802708.us.archive.org/8/items/hippocrates01hippuoft/hippocrates01hippuoft.pdf>. Acesso em 22.mar.2023.

HUNGRIA, N. **Comentários ao Código Penal**. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1958.

JESUS, D. E. de. **Direito Penal**. 15. ed., São Paulo: Saraiva, 1993.

KASECKER, I. A responsabilidade penal do médico por omissão diante da recusa de tratamento pelo paciente menor de idade ou por seu representante legal. *In*: ESTELLITA, H.; SIQUEIRA, F. (org.), **Direito Penal da Medicina**. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

KFOURI NETO, M. **Responsabilidade civil do médico**. 10. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

LEAL, É. P. da C. Testemunhas de Jeová e a recusa a transfusões de sangue. *In*: LAMY, M. (org.), **Temas avançados do Direito da Saúde volume 2: Casos difíceis**, São Paulo: Matrioska, 2021.

LEIRIA, C. da S. Transfusões de sangue contra a vontade do paciente: uma gravíssima violação de direitos humanos. *In*: AZEVEDO, A. V.; LIGIERA, W. R. (coord.), **Direitos do paciente**, São Paulo: Saraiva, 2012.

LIGIERA, W. R. Tutelas de urgência na recusa da transfusão de sangue *In*: AZEVEDO, A. V.; LIGIERA, W. R. (coord.), **Direitos do paciente**, São Paulo: Saraiva, 2012.

LIGIERA, W. R. **Responsabilidade médica diante da recusa de transfusão de sangue**, São Paulo: Nelpa, 2009.

MALUF, A. C. do R. F. D. **Curso de Bioética e Biodireito**. 4. ed., São Paulo: Almedina, 2020.

MATO GROSSO: Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Acórdão. Recurso de Agravo de Instrumento n. 22.395/2006. Agravante: Waldemar Timóteo Silval.

Agravado: Estado de Mato Grosso. Relator Desembargador Sebastião de Arruda Almeida. Cuiabá, 31 de maio de 2006. Disponível em: https://www.tjmt.jus.br/jurisprudenciapdf/GEACOR_22395-2006_06-07-06_71559.pdf. Acesso em 05.mai.2023.

MARINI, B.; MARINI, J. F. de M. **Liberdade de escolha de tratamentos médicos no contexto dos Direitos Humanos: a escolha de tratamentos médicos isentos de sangue por pacientes Testemunhas de Jeová**. São Paulo: Dialética, 2022.

MARTINS, I. G, comentário ao artigo 227. *In*: MARTINS, I. G.; REZEK, F. (Coord). **Constituição Federal: Avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais/CEU – Centro de Extensão Universitária, 2008.

MEDINA, J. M. G. **Constituição Federal Comentada: Com Súmulas e julgados selecionados do STF e de outros tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MINAHIM, M. A. **Aspectos Éticos e Jurídico-Penais da relação Médico-Paciente**. São Paulo: Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, 2022.

MINAS GERAIS: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Acórdão. Agravo de Instrumento n. 1915196-21.2007.8.13.0701 (1.0701.07.191519-6/001). Agravante: Alan Laio Cardoso dos Santos. Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator Desembargador Alberto Vilas Boas. Belo Horizonte, 14 de agosto de 2007. Disponível em: https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_complemento2.jsp?listaProcessos=10701071915196001. Acesso em 07.mai.2023.

MINISTÉRIO DA SAÚDE, Conselho Nacional de Saúde. **Resolução n. 466, de 12 de dezembro de 2012**. Aprova as diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos. Brasília, 12 de dezembro de 2012. Disponível em: <https://www.gov.br/ebserh/pt-br/ensino-e-pesquisa/pesquisa-clinica/resolucao-466.pdf>. Acesso em: 05.mai.2023.

MINISTÉRIO DA SAÚDE, Conselho Nacional de Saúde. **Resolução n. 510, de 07 de abril de 2016**. Dispõe sobre as normas aplicáveis a pesquisas em Ciências Humanas e Sociais cujos procedimentos metodológicos envolvam a utilização de dados diretamente obtidos com os participantes ou de informações identificáveis ou que possam acarretar riscos maiores do que os existentes na vida cotidiana. **Diário Oficial da União**, n. 98, 24 de maio de 2016, Seção 1, p. 44-46. Disponível em: <http://www.conselho.saude.gov.br/resolucoes/2016/Reso510.pdf>. Acesso em: 05.mai.2023.

MIRABETE, J. F. **Código Penal interpretado**. São Paulo: Atlas, 1999.

MIRABETE, J. F. **Manual de Direito Penal**. 19. ed., São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, A. de. **Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional**. 9. ed., São Paulo: Atlas, 2013.

MORAES, A. de. **Direito Constitucional**. 10. ed., São Paulo: Atlas, 2001.

MORAES, A. de. **Direitos humanos fundamentais: Teoria Geral, Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, Doutrina e Jurisprudência**, 12. ed., São Paulo: Atlas, 2021.

MORATO, A. C. Quadro geral dos direitos da personalidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, vol. 106/107, p. 121-158, jan/dez 2011/2012. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67941/70549>. Acesso em 19.abr.2023.

MORATO, A. C. Responsabilidade civil do médico pela perda da chance. *In*: PIRES, F. I. (org.); GUERRA, A.; MORATO, A. C.; MARTINS, F. R.; ROSENVALD, N. (Coord.), **Da estrutura à função da responsabilidade civil: uma homenagem do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC) ao Professor Renan Lotufo**, Indaiatuba: Foco Jurídico, 2021.

MURAMOTO, O. Bioethical aspects of the recent changes in the policy of refusal of blood by Jehovah's Witnesses. *In*: **British Medical Journal**, vol. 322, jan. 2001, p. 37-39, doi: 10.1136/bmj.322.7277.37. Disponível em <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1119307/pdf/37.pdf>. Acesso em 05.mar.2023).

MURPHY, W. J. Canterbury v. Spence the case and a few comments. *In*: **The Forum (Section of Insurance, Negligence and Compensation Law, American Bar Association)**, v. 11, n. 3, 1976. Disponível em https://idv.sinica.edu.tw/cfw/course/law_medicine_technology/04_Canterbury.pdf. Acesso em: 27.jan.2023.

NERY JÚNIOR, N. Direito de liberdade e consentimento informado: a possibilidade de se recusar tratamento médico em virtude de convicções religiosas. *In*: AZEVEDO, A. V.; LIGIERA, W. R. (coord.), **Direitos do paciente**, São Paulo: Saraiva, 2012.

NIPPERDEY, H. C. Livre desenvolvimento da personalidade. *In*: DÜRIG, G.; NIPPERDEY, H. C.; SCHWABE, J. **Direitos fundamentais e Direito Privado: Textos clássicos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

NOVAIS, J. R. **A dignidade da pessoa humana: dignidade e direitos fundamentais**. 2. ed., Coimbra: Almedina, 2018.

NOVAIS, J. R. **Limites dos direitos fundamentais: fundamento, justificação e controlo**. Coimbra: Almedina, 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução n. 217 A (III)**. Institui a Declaração Universal dos Direitos Humanos. New York, 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 07.mai.2023.

OVIEDO: Convenção para a proteção dos direitos do homem e da dignidade do ser humano face às aplicações da biologia e da Medicina: Convenção sobre os direitos do Homem e a Biomedicina. Oviedo (Astúrias), 04 de abril de 1997. Disponível em: https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/convencao_protecao_dh_biomedicina.pdf. Acesso em 07.mai.2023.

PANASCO, W. L. **A responsabilidade civil, penal e ética dos médicos**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1984.

PERCIVAL, T. **Medical Ethics: or a Code of Institutes and Precepts, adapted to the professional conduct of physicians and surgeons**. Manchester: S. Russell, 1803. Disponível em https://books.google.com.br/books?id=tVsUAAAAQAAJ&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false. Acesso em 05.mai.2023).

PEREIRA, C. M. da S. **Comentários ao Código Civil de 2002: Vol. I, Parte Geral, Arts. 1º a 232**. Rio de Janeiro: GZ, 2017.

PEREIRA, G. M. Limites éticos e normativos aplicáveis aos médicos que indicam tratamentos alternativos para testemunhas de Jeová com ou sem a utilização de hemocomponentes no Brasil. *In*: CARVALHO, P. C. de A. (Coord.). **Direito Médico: Temas Atuais**, Curitiba: Juruá, 2019.

PERELMAN, D. Assault and Battery -- Lack of Parental Consent to an Operation as a Basis for Liability. *In*: **Case Western Reserv University School of Law**, vol. 9, issue 1, article 13, p. 100-104, 1957. Disponível em: https://scholarlycommons.law.case.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3722&context=ca_selrev. Acesso em 07.mai.2023.

PLATÃO. **Leis**. Lisboa: Setenta, volume II, 2019.

PONTES DE MIRANDA, F. C. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Tomo V, 1968.

PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de Direito Privado Parte Especial: Direito de Personalidade e Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Tomo VII, 2012.

RAGAZZO, C. E. J. **O dever de informar dos médicos e o consentimento informado**. Curitiba: Juruá, 2009.

RAMOS, B. V. L. **Religião e Direito: Testemunhas de Jeová e a questão da transfusão de sangue**, São Paulo: Dialetica, 2022.

RIO GRANDE DO SUL: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70032799041. Agravante: Heliny Cristina Lucas Alho. Agravada: Fundação Universidade de Caxias do Sul (Mantenedora do Hospital Geral de Caxias do Sul). Relator Desembargador Cláudio Baldino Maciel. Porto Alegre, 11 de março de 2010. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em 07.mai.2023.

ROBERTO, L. M. P. **Responsabilidade civil do profissional de saúde & Consentimento informado**. 2. ed., Curitiba: Juruá, 2010.

ROCCA, C. V.; SANTÁGATA, M. V. La evolución de la perspectiva legal argentina a respecto de los Testigos de Jehová. **Revista do Hospital Italiano de Buenos Aires**. [s. l.], vol. 30, n. 2, dezembro de 2010 (disponível em https://www.hospitalitaliano.org.ar/multimedia/archivos/noticias_attachs/47/documentos/8831_99-101-bioeticarocca-30-2-2010.pdf, acesso em jun/2022).

ROCHA, C. R. C. da. **A responsabilidade civil decorrente do contrato de serviços médicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ROSA, A. M. da. Comentários ao artigo 227. In: BONAVIDES, P.; MIRANDA, J; AGRA, W. M. (Coord.) **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2009.

SÁ, M. de F. F. de; SOUZA, I. A. de. Termo de consentimento livre e esclarecido e responsabilidade civil do médico e do hospital. In: ROSENVALD, N.; MENEZES, J. B. de; DADALTO, L. (coord.). **Responsabilidade civil e Medicina**, Indaiatuba: IBERC/Foco, 2021.

SÃO PAULO: Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão. Agravo de Instrumento n. 0081688-04.2011.8.26.0000 – Praia Grande. Agravante: Ministério Público do Estado de São Paulo. Agravado: Maurício Gomes Caires. Relator: Desembargador Magalhães Coelho (designado). São Paulo, 23 de maio de 2011. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=5203779&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_8c78380e2d694a8d9fa637846a6bfb56&g-recaptcha-response=03AL8dmw-ockbTaBUpB7aOnbKC12Rg5Kq-MQd_zrpaP_ennfmaA3Pmoo8H6Ach2mwwwuvxirZBiL_m6_ihZaLQBOmLsFikrycRqudFEAsxDi4mwnLI_Kk1U6E9iDZdl_zKOIRiJ9S9IOMNuxE6AYjeXYOovsE7DeLrrW_O6e4RJSCf0yJ0bpZIK6ILyh4BVO52h_CDzYo7awMiKpNaCf9x4rl4vjh_MSxvCWZgc7suNccl0S7O6U1ccp5oAMQ5igJDiRtNrHdCcunyB1rXWikkpdfGVMveOrB6pAYT64IFIHdELsiTJU7ZP6kmGtGcP9M_aTcizBbjVvF3sExV_aKdc2Ukj2rD1yjTRHddpzub488iANdnrZX3hYlyhvLmMXBxYHJtrvb28LScr_DGKKwxVnx6vqlkd_JJihvdw7cvGC38y9S SVI_pHmu_h8xqXvF4JySi85lc5PgmkdkrAArLh75BjKMj5E1wCZbZ53WdUCUtdQt2abWebu_h3GLV6qSz6uf38aF1X7ODM7PCqFCiMwAlCz6dzK1ypEbJSQKq6Q66SG1c gOsfnPc. Acesso em 09.mai.2023.

SANTIN, J. **Dever de esclarecimento médico no Direito Penal: a concretização do consentimento baseado na autonomia do paciente**, São Paulo: Marcial Pons, 2020.

SARLET, I. W. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

SARMENTO, D. **Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, trajetórias e metodologia**. 3. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2020.

SCHREIBER, A. **Direito Civil e Constituição**. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHWABE, J. O chamado efeito perante terceiros dos direitos fundamentais para a influência dos direitos fundamentais no tráfico do Direito Privado. *In*: DÜRIG, G.; NIPPERDEY, H. C.; SCHWABE, J. **Direitos fundamentais e Direito Privado: Textos clássicos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

SERPA LOPES, M. M. **Curso de Direito Civil**. 9. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, vol. I, 2000.

SERRANO, P. J. **Ética, bioética e Biodireito**. Volta Redonda: Jurismestre, 2021.

SGRECCIA, E. **Manual de Bioética: Fundamentos e ética biomédica**. 5. ed., vol. I, São Paulo: Loyola, 2016.

SILVA, J. A. da. **Comentário Contextual à Constituição**, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, J. A. da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22. ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

SIQUEIRA, F. O paradigma de respeito à autonomia do paciente e suas implicações no Direito Penal da Medicina: em especial sobre a ilegitimidade das intervenções médicas arbitrárias. *In*: ESTELLITA, H.; SIQUEIRA, F. (Org.), **Direito Penal da Medicina**. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

SIQUEIRA, F. **Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina**, São Paulo: Marcial Pons, 2019.

SOARES, F. R. **Consentimento do paciente no Direito Médico: validade, interpretação e responsabilidade**. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2021.

SOUZA, V. M. de. **Direito de recusa do paciente à transfusão de sangue e a outros procedimentos médicos**. Rio de Janeiro: Gramma, 2018.

STOCO, R. **Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência**. 10. ed., São Paulo: Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, 2014.

TAVARES, A. R. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002.

TOLEDO, F. de A. **Princípios básicos de Direito Penal**. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1991.

VELMOVITSKY, A. C. Testamento vital realizado por criança. *In*: BARBOZA, H. H.; LEAL, L. T.; ALMEIDA, V. **Biodireito: Tutela Jurídica das dimensões da vida**. Indaiatuba: Foco, 2021.

ADENDO:

LEI Nº 10.205, DE 21 DE MARÇO DE 2001

Regulamenta o § 4º do art. 199 da Constituição Federal, relativo à coleta, processamento, estocagem, distribuição e aplicação do sangue, seus componentes e derivados, estabelece o ordenamento institucional indispensável à execução adequada dessas atividades, e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

TÍTULO I

DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a captação, proteção ao doador e ao receptor, coleta, processamento, estocagem, distribuição e transfusão do sangue, de seus componentes e derivados, vedada a compra, venda ou qualquer outro tipo de comercialização do sangue, componentes e hemoderivados, em todo o território nacional, seja por pessoas físicas ou jurídicas, em caráter eventual ou permanente, que estejam em desacordo com o ordenamento institucional estabelecido nesta Lei.

Art. 2º Para efeitos desta Lei, entende-se por sangue, componentes e hemoderivados os produtos e subprodutos originados do sangue humano venoso, placentário ou de cordão umbilical, indicados para diagnóstico, prevenção e tratamento de doenças, assim definidos:

I - sangue: a quantidade total de tecido obtido na doação;

II - componentes: os produtos oriundos do sangue total ou do plasma, obtidos por meio de processamento físico;

III - hemoderivados: os produtos oriundos do sangue total ou do plasma, obtidos por meio de processamento físico-químico ou biotecnológico.

Parágrafo único. Não se considera como comercialização a cobrança de valores referentes a insumos, materiais, exames sorológicos, imunoematológicos e demais exames laboratoriais definidos pela legislação competente, realizados para a seleção do sangue, componentes ou derivados, bem como honorários por serviços médicos prestados na assistência aos pacientes e aos doadores.

Art. 3º São atividades hemoterápicas, para os fins desta Lei, todo conjunto de ações referentes ao exercício das especialidades previstas em Normas Técnicas ou regulamentos do Ministério da Saúde, além da proteção específica ao doador, ao receptor e aos profissionais envolvidos, compreendendo:

I - captação, triagem clínica, laboratorial, sorológica, imunoematológica e demais exames laboratoriais do doador e do receptor, coleta, identificação, processamento, estocagem, distribuição, orientação e transfusão de sangue, componentes e hemoderivados, com finalidade terapêutica ou de pesquisa;

II - orientação, supervisão e indicação da transfusão do sangue, seus componentes e hemoderivados;

III - procedimentos hemoterápicos especiais, como aféreses, transfusões autólogas, de substituição e intrauterina, criobiologia e outros que advenham de desenvolvimento científico e tecnológico, desde que validados pelas Normas Técnicas ou regulamentos do Ministério da Saúde;

IV - controle e garantia de qualidade dos procedimentos, equipamentos reagentes e correlatos;

V - prevenção, diagnóstico e atendimento imediato das reações transfusionais e adversas;

VI - prevenção, triagem, diagnóstico e aconselhamento das doenças hemotransmissíveis;

VII - proteção e orientação do doador inapto e seu encaminhamento às unidades que promovam sua reabilitação ou promovam o suporte clínico, terapêutico e laboratorial necessário ao seu bem-estar físico e emocional.

§ 1º A hemoterapia é uma especialidade médica, estruturada e subsidiária de diversas ações médico-sanitárias corretivas e preventivas de agravo ao bem-estar individual e coletivo, integrando, indissolavelmente, o processo de assistência à saúde.

§ 2º Os órgãos e entidades que executam ou venham a executar atividades hemoterápicas estão sujeitos, obrigatoriamente, a autorização anual concedida, em cada nível de governo, pelo Órgão de Vigilância Sanitária, obedecidas as normas estabelecidas pelo Ministério da Saúde.

Art. 4º Integram o conjunto referido no *caput* do art. 2º desta Lei os reagentes e insumos para diagnóstico que são produtos e subprodutos de uso laboratorial oriundos do sangue total e de outras fontes.

Art. 5º O Ministério da Saúde, por intermédio do órgão definido no regulamento, elaborará as Normas Técnicas e demais atos regulamentares que disciplinarão as atividades hemoterápicas conforme disposições desta Lei.

Art. 6º Todos os materiais e substâncias ou correlatos que entrem diretamente em contato com o sangue coletado para fins transfusionais, bem como os reagentes e insumos para laboratório utilizados para o cumprimento das Normas Técnicas devem ser registrados ou autorizados pelo Órgão de Vigilância Sanitária competente do Ministério da Saúde.

Art. 7º As atividades hemoterápicas devem estar sob responsabilidade de um médico hemoterapeuta ou hematologista, admitindo-se, entretanto, nos locais onde não haja esses especialistas, sua substituição por outro médico devidamente treinado para bem desempenhar suas responsabilidades, em hemocentros ou outros estabelecimentos devidamente credenciados pelo Ministério da Saúde.

TÍTULO II

DA POLÍTICA NACIONAL DE SANGUE, COMPONENTES E HEMODERIVADOS

CAPÍTULO I

DO ORDENAMENTO INSTITUCIONAL

Art. 8º A Política Nacional de Sangue, Componentes e Hemoderivados terá por finalidade garantir a autossuficiência do País nesse setor e harmonizar as ações do poder público em todos os níveis de governo, e será implementada, no âmbito do Sistema Único de Saúde, pelo Sistema Nacional de Sangue, Componentes e Derivados - SINASAN, composto por:

I - organismos operacionais de captação e obtenção de doação, coleta, processamento, controle e garantia de qualidade, estocagem, distribuição e transfusão de sangue, seus componentes e hemoderivados;

II - centros de produção de hemoderivados e de quaisquer produtos industrializados a partir do sangue venoso e placentário, ou outros obtidos por novas tecnologias, indicados para o diagnóstico, prevenção e tratamento de doenças.

§ 1º O Ministério da Saúde editará planos e programas quadrienais voltados para a Política Nacional de Sangue, Componentes e Hemoderivados, como parte integrante e específica do Plano Plurianual da União.

§ 2º Para atingir essas finalidades, o Ministério da Saúde promoverá as medidas indispensáveis ao desenvolvimento institucional e à capacitação gerencial e técnica da rede de unidades que integram o SINASAN.

Art. 9º São órgãos de apoio do SINASAN:

I - órgãos de vigilância sanitária e epidemiológica, que visem ao controle da qualidade do sangue, componentes e hemoderivados e de todo insumo indispensável para ações de hemoterapia;

II - laboratórios de referência para controle e garantia de qualidade do sangue, componentes e hemoderivados, bem como de insumos básicos utilizados nos processos hemoterápicos, e confirmação de doadores e amostras reativas, e dos reativos e insumos diagnósticos utilizados para a proteção das atividades hemoterápicas;

III - outros órgãos e entidades que envolvam ações pertinentes à mencionada política.

Art. 10. A Política Nacional de Sangue, Componentes e Hemoderivados observará os princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde.

Parágrafo único. Os serviços privados, com ou sem fins lucrativos, assim como os serviços públicos, em qualquer nível de governo, que desenvolvam atividades hemoterápicas, subordinam-se tecnicamente às normas emanadas dos poderes competentes.

Art. 11. A Política Nacional de Sangue, Componentes e Hemoderivados será desenvolvida por meio da rede nacional de Serviços de Hemoterapia, públicos e/ou privados, com ou sem fins lucrativos, de forma hierárquica e integrada, de acordo com regulamento emanado do Ministério da Saúde.

§ 1º Os serviços integrantes da rede nacional, vinculados ou não à União, Estados, Municípios e Distrito Federal, reger-se-ão segundo os respectivos regulamentos e normas técnicas pertinentes, observadas as disposições desta Lei.

§ 2º Os serviços integrantes da rede nacional serão de abrangência nacional, regional, interestadual, estadual, municipal ou local, conforme seu âmbito de atuação.

Art. 12. O Ministério da Saúde promoverá as medidas indispensáveis ao desenvolvimento institucional, modernização administrativa, capacitação gerencial e consolidação física, tecnológica, econômica e financeira da rede pública de unidades que integram o SINASAN.

Art. 13. Cada unidade federativa implantará, obrigatoriamente, no prazo de cento e oitenta dias, contados da publicação do regulamento desta Lei, o Sistema Estadual de Sangue, Componentes e Derivados, obedecidos os princípios e diretrizes desta Lei.

CAPÍTULO II

DOS PRINCÍPIOS E DIRETRIZES

Art. 14. A Política Nacional de Sangue, Componentes e Hemoderivados rege-se pelos seguintes princípios e diretrizes:

I - universalização do atendimento à população;

II - utilização exclusiva da doação voluntária, não remunerada, do sangue, cabendo ao poder público estimulá-la como ato relevante de solidariedade humana e compromisso social;

III - proibição de remuneração ao doador pela doação de sangue;

IV - proibição da comercialização da coleta, processamento, estocagem, distribuição e transfusão do sangue, componentes e hemoderivados;

V - permissão de remuneração dos custos dos insumos, reagentes, materiais descartáveis e da mão-de-obra especializada, inclusive honorários médicos, na forma do regulamento desta Lei e das Normas Técnicas do Ministério da Saúde;

VI - proteção da saúde do doador e do receptor mediante informação ao candidato à doação sobre os procedimentos a que será submetido, os cuidados que deverá tomar e as possíveis reações adversas decorrentes da doação, bem como qualquer anomalia importante identificada quando dos testes laboratoriais, garantindo-lhe o sigilo dos resultados;

VII - obrigatoriedade de responsabilidade, supervisão e assistência médica na triagem de doadores, que avaliará seu estado de saúde, na coleta de sangue e durante o ato transfusional, assim como no pré e pós-transfusional imediatos;

VIII - direito a informação sobre a origem e procedência do sangue, componentes e hemoderivados, bem como sobre o serviço de hemoterapia responsável pela origem destes;

IX - participação de entidades civis brasileiras no processo de fiscalização, vigilância e controle das ações desenvolvidas no âmbito dos Sistemas Nacional e Estaduais de Sangue, Componentes e Hemoderivados;

X - obrigatoriedade para que todos os materiais ou substâncias que entrem em contato com o sangue coletado, com finalidade transfusional, bem como seus componentes e derivados, sejam estéreis, apirogênicos e descartáveis;

XI - segurança na estocagem e transporte do sangue, componentes e hemoderivados, na forma das Normas Técnicas editadas pelo SINASAN; e

XII - obrigatoriedade de testagem individualizada de cada amostra ou unidade de sangue coletado, sendo proibida a testagem de amostras ou unidades de sangue em conjunto, a menos que novos avanços tecnológicos a justifiquem, ficando a sua execução subordinada a portaria específica do Ministério da Saúde, proposta pelo SINASAN.

§ 1º É vedada a doação ou exportação de sangue, componentes e hemoderivados, exceto em casos de solidariedade internacional ou quando houver excedentes nas necessidades nacionais em produtos acabados, ou por indicação médica com finalidade de elucidação diagnóstica, ou ainda nos acordos autorizados pelo órgão gestor do SINASAN para processamento ou obtenção de derivados por meio de alta tecnologia, não acessível ou disponível no País.

§ 2º Periodicamente, os serviços integrantes ou vinculados ao SINASAN deverão transferir para os Centros de Produção de Hemoterápicos governamentais as quantidades excedentes de plasma.

§ 3º Caso haja excedente de matéria-prima que supere a capacidade de absorção dos centros governamentais, este poderá ser encaminhado a outros centros, resguardado o caráter da não-comercialização.

CAPÍTULO III

DO CAMPO DE ATUAÇÃO

Art. 15. A Política Nacional de Sangue, Componentes e Hemoderivados objetivará, entre outras coisas:

I - incentivo às campanhas educativas de estímulo à doação regular de sangue;

II - recrutamento, triagem clínica e laboratorial do doador, coleta, fracionamento, processamento, estocagem, distribuição, provas imunoematológicas, utilização e descarte de sangue, componentes e hemoderivados;

III - verificação e aplicação permanente de métodos e ações de controle de qualidade do sangue, componentes e hemoderivados;

IV - instituição de mecanismos de controle do descarte de todo o material utilizado na atividade hemoterápica, para que se evite a contaminação ambiental, devendo todos os materiais e substâncias que entrem em contato com o sangue coletado, seus componentes e hemoderivados, ser esterilizados ou incinerados após seu uso;

V - fiscalização da utilização ou estocagem do sangue, componentes e hemoderivados em todas as instituições públicas ou privadas que exerçam atividade hemoterápica;

VI - implementação, acompanhamento e verificação da observância das normas relativas à manutenção de equipamentos e instalações físicas dos órgãos que integram a Rede Nacional dos Serviços de Hemoterapia;

VII - orientação e apoio aos casos de reações transfusionais e doenças pós-transfusionais do sangue, seus componentes e hemoderivados;

VIII - participação na formação e aperfeiçoamento de recursos humanos em Hemoterapia e Hematologia;

IX - ensino, pesquisa e desenvolvimento tecnológico em Hemoterapia e Hematologia;

X - a implementação de sistemas informatizados com vistas à formação e estruturação de banco de dados e disseminação de informações tecnológicas, operacionais e epidemiológicas;

XI - produção de derivados industrializados de plasma e reagentes, para uso laboratorial em Hemoterapia e em Hematologia e autorização para aquisição de anti-soros ou outros produtos derivados do sangue, essenciais para a pesquisa e diagnóstico.

CAPÍTULO IV

DA DIREÇÃO E GESTÃO

Art. 16. A Política Nacional de Sangue, Componentes e Hemoderivados, cuja execução estará a cargo do SINASAN, será dirigida, em nível nacional, por órgão específico do Ministério da Saúde, que atuará observando os seguintes postulados:

I - coordenar as ações do SINASAN;

II - fixar e atualizar normas gerais relativas ao sangue, componentes e hemoderivados para a sua obtenção, controle, processamento e utilização, assim como aos insumos e equipamentos necessários à atividade hemoterápica;

III - propor, em integração com a vigilância sanitária, normas gerais para o funcionamento dos órgãos que integram o Sistema, obedecidas as Normas Técnicas;

IV - integrar-se com os órgãos de vigilância sanitária e epidemiológica e laboratórios oficiais, para assegurar a qualidade do sangue, componentes e hemoderivados e dos respectivos insumos básicos;

V - propor às esferas do poder público os instrumentos legais que se fizerem necessários ao funcionamento do SINASAN;

VI - organizar e manter atualizado cadastro nacional de órgãos que compõem o SINASAN;

VII - propor aos órgãos competentes da área de educação critérios para a formação de recursos humanos especializados necessários à realização de atividades hemoterápicas e à obtenção, controle, processamento, estocagem, distribuição, transfusão e descarte de sangue, componentes e hemoderivados, inclusive a implementação da disciplina de Hemoterapia nos cursos de graduação médica;

VIII - estabelecer critérios e conceder autorização para importação e exportação de sangue, componentes e hemoderivados, observado o disposto no § 1º do art. 14 e no parágrafo único do art. 22 desta Lei;

IX - estimular a pesquisa científica e tecnológica relacionada com sangue, seus componentes e hemoderivados, de reagentes e insumos para diagnóstico, assim como nas áreas de hemoterapia e hematologia;

X - fixar requisitos para a caracterização de competência dos órgãos que compõem o SINASAN, de acordo com seu ordenamento institucional estabelecido no art. 15 desta Lei;

XI - estabelecer critérios de articulação do SINASAN com órgãos e entidades nacionais e estrangeiras de cooperação técnico-científica;

XII - avaliar a necessidade nacional de sangue humano, seus componentes e hemoderivados de uso terapêutico, bem como produtos de uso laboratorial e propor investimentos para a sua obtenção e produção;

XIII - estabelecer mecanismos que garantam reserva de sangue, componentes e hemoderivados e sua mobilização em caso de calamidade pública;

XIV - incentivar e colaborar com a regulamentação da atividade industrial e sua operacionalização para produção de equipamentos e insumos indispensáveis à atividade hemoterápica, e inclusive com os Centros de Produção de Hemoderivados;

XV - estabelecer prioridades, analisar projetos e planos operativos dos órgãos que compõem a Rede Nacional de Serviços de Hemoterapia e acompanhar sua execução;

XVI - avaliar e acompanhar o desempenho técnico das atividades dos Sistemas Estaduais de Sangue, Componentes e Hemoderivados;

XVII - auxiliar na elaboração de verbetes da Farmacopéia Brasileira, relativos aos hemoterápicos e reagentes utilizados em Hemoterapia e Hematologia;

XVIII - propor normas gerais sobre higiene e segurança do trabalho nas atividades hemoterápicas, assim como sobre o descarte de produtos e rejeitos oriundos das atividades hemoterápicas.

Art. 17. Os Estados, Distrito Federal e Municípios, por meio de suas Secretarias de Saúde ou equivalentes, coordenarão a execução das ações correspondentes do SINASAN no seu âmbito de atuação, em articulação com o Ministério da Saúde.

Art. 18. O Conselho Nacional de Saúde atuará na definição da política do SINASAN e acompanhará o cumprimento das disposições constantes desta Lei.

CAPÍTULO V

DO FINANCIAMENTO

Art. 19. (VETADO)

TÍTULO III

DISPOSIÇÕES GERAIS E TRANSITÓRIAS

Art. 20. O SINASAN promoverá a estruturação da Rede Nacional de Serviços de Hemoterapia e Laboratórios de Referência Estadual e/ou Municipal para controle de qualidade, a fim de garantir a autossuficiência nacional em sangue, componentes e hemoderivados.

Parágrafo único. A implantação do SINASAN será acompanhada pelo Conselho Nacional de Saúde.

Art. 21. Os Centros de Produção de Derivados do Plasma, públicos e privados, informarão aos órgãos de vigilância sanitária a origem e quantidade de matéria-prima, que deverá ser testada obrigatoriamente, bem como a expedição de produtos acabados ou semiacabados.

Art. 22. A distribuição e/ou produção de derivados de sangue produzidos no País ou importados será objeto de regulamentação por parte do Ministério da Saúde.

Parágrafo único. O SINASAN coordenará, controlará e fiscalizará a utilização de hemoderivados importados ou produzidos no País, estabelecendo regras que atendam os interesses e as necessidades nacionais, bem como a defesa da produção brasileira.

Art. 23. A aférese não terapêutica para fins de obtenção de hemoderivados é atividade exclusiva do setor público, regulada por norma específica.

Art. 24. O processamento do sangue, componentes e hemoderivados, bem como o controle sorológico e imunoematológico, poderá ser da responsabilidade de profissional farmacêutico, médico hemoterapeuta, biomédico ou de profissional da área de saúde com nível universitário, com habilitação em processos produtivos e de garantia e certificação de qualidade em saúde.

Art. 25. O Poder Executivo encaminhará ao Congresso Nacional, no prazo de cento e oitenta dias, a contar da data de publicação desta Lei, projeto de lei disciplinando as sanções penais, cíveis e administrativas decorrentes do descumprimento das normas contidas nesta Lei.

Art. 26. O Poder Executivo, por intermédio do Ministério da Saúde, regulamentará no prazo de cento e oitenta dias, contados a partir da promulgação desta Lei, mediante Decreto, a organização e funcionamento do SINASAN, ficando autorizado a editar os demais atos que se fizerem necessários para disciplinar as atividades hemoterápicas e a plena execução desta Lei.

Art. 27. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 28. Revoga-se a Lei nº 4.701, de 28 de junho de 1965.

Brasília, 21 de março de 2001; 180º da Independência e 113º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

José Gregori

Pedro Malan

José Serra

Roberto Brant