



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
BACHARELADO EM DIREITO

MATHEUS PINHEIRO DE SOUZA

**A (IM)POSSIBILIDADE DE RECUSA À TRATAMENTO MÉDICO
COM USO DE SANGUE POR CRIANÇAS E ADOLESCENTES À LUZ
DE UMA PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL**

Salvador

2021

MATHEUS PINHEIRO DE SOUZA

**A (IM)POSSIBILIDADE DE RECUSA À TRATAMENTO MÉDICO
COM USO DE SANGUE POR CRIANÇAS E ADOLESCENTES À LUZ
DE UMA PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial
para obtenção do grau de bacharel em direito.

Orientadora: Prof.(a) Joseane Suzart Lopes da Silva

Salvador

2021

MATHEUS PINHEIRO DE SOUZA

**A (IM)POSSIBILIDADE DE RECUSA À TRATAMENTO MÉDICO
COM USO DE SANGUE POR CRIANÇAS E ADOLESCENTES À LUZ
DE UMA PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial
para obtenção do grau de bacharel em direito.

Orientadora: Prof.(a) Joseane Suzart Lopes da Silva

11 de Junho de 2021

Banca examinadora:

Joseane Suzart Lopes da Silva (Orientadora) _____

Pós-doutora em Direito pela Universidade de Coimbra

Universidade Federal da Bahia

Mônica Aguiar da Silva _____

Doutora em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Universidade Federal da Bahia

Roxana Cardoso Brasileiro Borges _____

Doutora em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Universidade Federal da Bahia

“O maior insulto à santidade da vida é a indiferença ou a preguiça diante de sua complexidade”.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 343.

“Sem olhar no dicionário, ele conhece a liberdade”.

BAIANASYSTEM. Sulamericano. **O Futuro não demora**. Salvador: Máquina de Louco, 2019.

“In the religion of the insecure; I must be myself, respect my youth”.

GERMANOTTA, Stefani; LAURSEN, Jeppe. **Born This Way**. **Born This Way**. Santa Monica: Interscope Records, 2011.

AGRADECIMENTOS

A minha mãe, Maria Cristina, inspiração para o tema e minha principal incentivadora.

A meu pai, Paulo Sérgio, pelo esforço em conjunto para viabilizá-lo.

A Associação Cristã das Testemunhas de Jeová, por gentilmente ceder parte do material jurídico e da literatura médica que compõe a bibliografia utilizada na confecção deste trabalho.

A minha orientadora, Joseane Suzart, por acreditar em mim e ajudar-me na delimitação do tema. Por meio dela, agradeço também a todos os professores da minha graduação em Direito na Universidade Federal da Bahia que contribuíram com o conhecimento exposto aqui e continuam a contribuir com a ciência brasileira e com uma educação pública de qualidade.

Aos artistas que com suas obras ajudaram-me com o meu processo criativo.

A todos aqueles que direta ou indiretamente contribuíram para que este trabalho ganhasse vida, seja com uma leitura atenta ou indicação de bibliografia e casos concretos sobre este tema.

Minha eterna gratidão a cada um de vocês.

SOUZA, Matheus Pinheiro de. *A (im)possibilidade de recusa à tratamento médico com uso de sangue por crianças e adolescentes à luz de uma perspectiva civil-constitucional*. Monografia (Bacharelado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2021.

RESUMO

O presente trabalho analisa a possibilidade jurídica de recusa à tratamento médico com uso de sangue por crianças e adolescentes. A hipótese é de que o ordenamento jurídico brasileiro proíbe o exercício deste direito por parte dos menores. A partir de uma perspectiva civil-constitucional, é feita uma incursão pelo Direito brasileiro. Para tanto, utiliza-se o método hipotético-dedutivo. Também elegem-se os métodos filosófico hermenêutico e sociológico histórico. Com relação ao método jurídico, privilegia-se o hermenêutico ou a teoria da interpretação e a da argumentação jurídica. Sobre a linha metodológica, consagra-se a de sentido jurisprudencial, juntamente com a vertente jurídico-dogmática. Com relação ao tipo de investigação, aborda-se a de tipo jurídico-propositivo. O tipo de pesquisa é exploratória. De acordo com os procedimentos técnicos utilizados, concretiza-se uma busca bibliográfica. Já do ponto de vista da natureza da abordagem, prioriza-se uma análise aplicada. Por fim, a principal técnica utilizada foi a documentação indireta. Com tal abordagem, o primeiro capítulo traz uma perspectiva constitucional sobre a temática, e como esta influencia a interpretação do direito infra constitucional a partir do segundo capítulo. O terceiro capítulo, por sua vez, aborda o microssistema de proteção da criança e do adolescente. Conclui-se que existe a possibilidade dos menores recusarem tratamentos com uso de sangue, de acordo com uma categorização deste grupo em três subgrupos: adolescentes de 16 a 18 anos, maiores de 12 anos e as crianças. Para solução do problema, transpõe-se três sugestões de ordem legislativa, judicial e administrativa.

Palavras-chave: Recusa; Tratamento médico com uso de sangue; Direito da Criança e do Adolescente; Dignidade da Pessoa Humana.

SOUZA, Matheus Pinheiro de. *The (im) possibility of refusing medical treatment with the use of blood by children and adolescents in the light of a civil-constitutional perspective*. Monograph (Bachelor) – Law School, Federal University of Bahia, Salvador, 2021.

ABSTRACT

This paper analyzes the legal possibility of refusing medical treatment using blood by children and adolescents. The hypothesis is that the Brazilian legal system prohibits the exercise of this right by minors. From a civil-constitutional perspective, an incursion into Brazilian law is made. Therefore, the hypothetical-deductive method is used. The philosophical hermeneutic and historical sociological methods are also chosen. Regarding the legal method, the hermeneutic or the theory of interpretation and legal argumentation are privileged. On the methodological line, the jurisprudential sense is consecrated, together with the legal-dogmatic aspect. Regarding the type of investigation, the legal-proposal type is addressed. The type of research is exploratory. According to the technical procedures used, a bibliographic search is carried out. From the point of view of the nature of the approach, an applied analysis is prioritized. Finally, the main technique used was indirect documentation. With such an approach, the first chapter brings a constitutional perspective on the theme, and how it influences the interpretation of infra-constitutional law from the second chapter on. The third chapter, in turn, addresses the child and adolescent protection microsystem. It is concluded that there is the possibility of minors refusing treatments using blood, according to a categorization of this group into three subgroups: adolescents aged 16 to 18 years, older than 12 years and children. To solve the problem, three suggestions of a legislative, judicial and administrative order are transposed.

Keywords: Refusal; Medical treatment using blood; Child and Adolescent Law; Dignity of human person.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABO – Classificação dos grupos sanguíneos em tipos A, B, AB e O;
a.C. – antes de Cristo;
ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental;
AIDS – Síndrome da imunodeficiência adquirida (em inglês);
CC-02 – Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406);
CC-16 – Código Civil de 1916 (Lei nº 3.071);
CFM – Conselho Federal de Medicina;
COVID-19 – Coronavírus;
CPI – Comissão Parlamentar de Inquérito;
CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988;
DST's – Doenças Sexualmente Transmissíveis;
ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990);
HEMOBA – Fundação de Hematologia e Hemoterapia da Bahia;
HIV – Vírus da Imunodeficiência Humana (em inglês);
HTLV – Vírus T-Linfotrópico Humano;
HUOC – Hospital Universitário Oswaldo Cruz;
MMFDH – Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos;
MPF – Ministério Público Federal;
ONU – Organização das Nações Unidas;
SUS – Sistema Único de Saúde;
UTI – Unidade de Terapia Intensiva.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 O USO DE SANGUE PELA MEDICINA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	12
2.1 BREVE HISTÓRICO DO USO DE SANGUE PELA MEDICINA	13
2.2 O DIREITO A TRATAMENTO SEM USO DE SANGUE	17
2.3 A SUPERAÇÃO DO BINÔMIO VIDA VERSUS LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA E CRENÇA	19
2.3.1 Direito à vida (Art. 5º, caput)	22
2.3.2 Direito à liberdade de consciência e crença (Art. 5º, VI).....	24
2.3.3 Uma questão de dignidade	26
3 O DIREITO INFRACONSTITUCIONAL BRASILEIRO E A RECUSA A TRATAMENTO COM USO DE SANGUE.....	31
3.1 O CÓDIGO CIVIL (LEI 10.406/2002) E A AUTONOMIA DO PACIENTE.....	32
3.1.1 Os Direitos da Personalidade.....	34
3.1.2 Diretivas Antecipadas de Vontade	37
3.1.3 Responsabilidade civil do médico (Resolução CFM 2217/18 – Código de Ética Médica)	42
3.2 O ARTIGO 10 DA LEI DE TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS E TECIDOS (9.434/97)....	47
3.3 O ARTIGO 17 DO ESTATUTO DO IDOSO (LEI 10.741/2003).....	49
3.4 A ADPF 618 E O FUTURO DA RECUSA A TRANSFUSÕES DE SANGUE NO BRASIL	50
4 O DIREITO À RECUSA DE TRATAMENTO COM USO DE SANGUE POR CRIANÇAS E ADOLESCENTES.....	52
4.1 CRÍTICAS A TEORIA DAS (IN)CAPACIDADES.....	53
4.2 O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (LEI Nº 8.069/1990).....	58
4.2.1 Artigos 15 e 16, II e III e as liberdades de opinião, expressão, crença e culto religioso	61
4.2.2 Artigo 17 e a autonomia progressiva	65
4.2.3 Artigos 21 e 22 e o Poder Familiar	68
4.3 ANÁLISE DO LIVRO “A BALADA DE ADAM HENRY”, DE IAN MCEWAN	73
5 CONCLUSÃO.....	78
REFERÊNCIAS.....	81
ANEXO.....	92

1 INTRODUÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso analisará a possibilidade, à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de pacientes recusarem-se a aceitar tratamentos médicos sem o uso de sangue com base no que acreditam. Convencionou-se no Direito brasileiro a categorizar esta objeção como uma colisão entre direitos fundamentais, a saber, à vida (artigo 5º, *caput*) e a liberdade de consciência e crença (artigo 5º, VI). Nesta, a hipotética supremacia do direito à vida chancelaria o Judiciário a obrigar enfermos irredimidos a serem submetidos a tal terapêutica contra a sua vontade.

Com o avanço da Medicina no último século, foram descobertas alternativas a tratamentos sem uso de sangue seguras e eficazes. Além do mais, com o surgimento da bioética, ramo multidisciplinar que tem como objetivo a qualidade de vida e a dignidade do ser humano, preza-se pelo consentimento e pelo princípio da autonomia que o paciente tem em decidir, após os esclarecimentos prestados pelo profissional de saúde, o que é melhor para si. Os novos rumos da ciência fazem olhar com estranheza para as práticas coercitivas de obrigar pessoas a aceitarem terapêuticas como se estes não soubessem o que é melhor para si.

Tal discussão chega ao Supremo Tribunal Federal, guardião do texto constitucional no Brasil, por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de número 618, em que à luz da Dignidade da Pessoa Humana (artigo 1º, III, CRFB/88), o Ministério Público Federal peticiona para que seja excluída a interpretação de dispositivos legais e infra legais que autorizariam a transfusão de sangue mesmo contra a vontade prévia ou atual de pacientes maiores e capazes, que, por razões de consciência e crença, recusam a terapêutica. Porém, a exordial afasta deste pedido as crianças e adolescentes, que em situações de risco de morte e sem métodos alternativos de tratamento, devem ser transfundidos mesmo contra a sua vontade e a de seus familiares ou representantes legais.

Este trabalho, então, tem como problema justamente a aparente impossibilidade de recusa à transfusões de sangue por menores. Questiona-se: No Brasil, é possível que crianças e adolescentes recusem tratamento médico com uso de sangue baseado no direito à liberdade de consciência e crença? A tal problemática, apresenta-se a seguinte situação hipotética: Havendo risco de vida e compreendendo, no caso concreto, que as alternativas a transfusão sejam consideradas ineficazes, os menores são proibidos, à luz do ordenamento jurídico vigente, de recusarem tal terapêutica. O objetivo foi analisar como o Direito brasileiro abarca ou rejeita esta hipótese, por meio de uma perspectiva prioritariamente civil-constitucional.

O primeiro capítulo apresentará um breve histórico de como a medicina começou a apropriar-se do sangue como terapêutica e como existe no ordenamento jurídico brasileiro o direito a tratamentos sem uso de sangue. Com relação a discussão constitucional da possibilidade de recusa de tratamentos com uso de sangue, o binômio vida (artigo 5º, *caput*) *versus* liberdade religiosa (artigo 5º, VI) será superado por meio de um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III).

O segundo capítulo versará como a tese constitucional auxilia a interpretação não só de ramos do Direito Civil, como os direitos da personalidade e as diretivas antecipadas de vontade, como também do Código de Ética Médica (Resolução CFM 2217/18), a Lei de Transplante de órgãos e tecidos (9.434/1997) e o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003). Por fim, apresenta-se a discussão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 618 e o futuro da objeção de consciência no país.

O terceiro capítulo, por sua vez, adentrará no direito de crianças e adolescentes de recusarem tratamentos médicos com uso de sangue. Para tanto, tecem-se críticas à teoria das (in)capacidades e apresenta-se o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990) e como ele dispõe sobre liberdades de opinião, expressão, crença e culto religioso, além da noção de autonomia progressiva e a interpretação do Poder Familiar à luz da Constituição da República Federativa do Brasil. Por fim, será realizada uma análise jurídica do livro “A Balada de Adam Henry”, de Ian McEwan.

Para tanto, utiliza-se o método hipotético-dedutivo, por meio do levantamento de teorias existentes sobre o tema para a partir destas traçar uma proposição sujeita a veracidade. Privilegia-se os métodos filosófico hermenêutico e o sociológico histórico. Com relação ao método jurídico, utiliza-se o hermenêutico ou a teoria da interpretação e a da argumentação jurídica. Sobre a linha metodológica, a de sentido jurisprudencial é consagrada neste trabalho, juntamente com a vertente jurídico-dogmática. Com relação ao tipo de investigação, fora aborda-se a de tipo jurídico-propositivo, que tem por objetivo principal o questionamento de normas e instituições jurídicas, visando à mudança destas.

O tipo de pesquisa, com base nos objetivos pretendidos, é a exploratória. De acordo com os procedimentos técnicos utilizados, concretiza-se uma busca bibliográfica, abarcando os mais variados ramos do conhecimento jurídico, além de decisões judiciais sobre o tema. Do ponto de vista da natureza da abordagem, privilegia-se uma análise aplicada, já que o objetivo é contribuir para a solução de um problema específico, e sobre a forma, esta foi estritamente qualitativa. Por fim, a principal técnica de pesquisa utilizada é a documentação indireta, que abarca a mencionada busca bibliográfica.

2 O USO DE SANGUE PELA MEDICINA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A situação descrita a seguir foi extraída do episódio treze da nona temporada da série norte-americana *Grey's Anatomy*, “Sangue ruim”¹. Um adolescente, inconsciente, é levado pelo seu amigo a um pronto socorro. Ao descer uma ladeira de skate, foi atropelado. A médica desconfia que tenha sido um trauma cardíaco. Trazem um aparelho de raio-X portátil para realização do exame, além disso três bolsas de sangue O-. Sem respiração do adolescente, preparam um tubo torácico. A médica suspeita se tratar de uma dissecação da aorta. Ela repara também em uma identificação do jovem como Testemunha de Jeová. “Ele é testemunha de Jeová, não podemos lhe dar sangue. Vamos recircular o sangue dele, colocá-lo na autotransfusão e continuar com soro hipertônico.” – diz a médica, dando ordens para prepararem a sala para uma cirurgia sem sangue.

Questionada por uma residente se não iriam realizar a transfusão de sangue, a médica diz que não há outra escolha. “Há protocolo para pessoas que não podem ou não querem sangue complementar. Fazem cirurgia sem sangue o tempo todo.” – complementa. O esforço é hercúleo para fazer o jovem perder o mínimo de sangue, o que exige um reparo endo vascular. A sua hemoglobina está no limite. Tenta-se estimular a produção de sangue ao dar ferro-dextrose. Inconformada, a residente pergunta: “Podemos dar componentes do sangue, mas sangue de verdade não? Ele não pode dizer nada, só tem dezenove anos. Como pode saber no que acredita?”, seguida da resposta da profissional de saúde: “Não importa o que eu penso. Ele carregava um aviso e era claro: Sem sangue. Eu não tenho que opinar sobre isso, e você também não.” Em um último esforço, a equipe médica vai conversar com a família. Essa é categórica: “Viver com esse sangue seria pior pra ele do que viver sem ele.” Infelizmente, o jovem veio a falecer, apesar dos esforços dos profissionais de saúde. “Na UTI, tem muita gente para quem damos sangue e que morre. Pessoas morrem”, diz a médica a sua residente.

A situação descrita a partir deste parágrafo, por sua vez, foi retirada do episódio sete da segunda temporada da série brasileira *Sob Pressão*². Uma criança de 10 anos cai de uma laje. Inconsciente, tem uma provável lesão na bacia. “Não estou gostando do aspecto desse baço” – diz o médico. Apesar de ter perdido sangue demais, observa-se o quadro clínico. Chega o diagnóstico: Lesão vascular axicional difusa. Para estabilizar a situação, é necessário sangue

¹ *GREY'S anatomy*: Temporada 9. **Episódio 13: Sangue Ruim**. Criadora e produtora executiva: Shonda Rhimes. EUA: ABC, 2013.

² *SOB pressão*: Temporada 2. **Episódio 7**. Criadores: Renato Fagundes e Jorge Furtado. Produtora: Conspiração Filmes. Rio de Janeiro: Rede Globo, 2018.

A+ ou O+. A família, aflita na sala de espera, procura informações e descobre que o tratamento com transfusão de sangue será realizado. Inconformados, pai e mãe pedem para falar com o médico responsável. “Deve ter algum outro jeito doutor, algum outro remédio” – diz a mãe, ao lembrar da orientação registrada na bíblia no livro de Levítico, capítulo 17, versículo 10³.

Após essa breve conversa com a família, quem fica inconformado é o médico, que acha tudo aquilo um absurdo. Uma colega profissional tenta acalmar os ânimos dele: “Absurda ou não, é a crença da família. Não estou defendendo, estou tentando entender. Você quer ver uma criança rejeitada pela família, pela comunidade dela?”. Por sua vez, o médico esbraveja: “Não me interessa o pai, a mãe, *porra* nenhuma. Podem entrar com um processo. Nenhum juiz vai dar ganho de causa a eles. Eu tenho o código de ética médica do meu lado”, enquanto o pulso da criança continua fraco e o baço sangra. A médica que anteriormente tentou acalmar os ânimos do colega, agora tenta falar com a família. Encontra atenção da parte da mãe, que após conversarem autoriza o tratamento transfusional, apesar da oposição do pai. “Ela não é mais minha filha”, diz o genitor visivelmente contrariado. “Fale isso não que ela é só uma criança. Isso sim é pecado. Respeito a sua fé. A gente luta com toda força para manter (a vida). Como é que ele (Deus) pode ser contra isso?” No fim, a criança sobrevive e a família continua unida.

Ambas as cenas descritas acima são ficção. Porém, poderia não ser, tamanha a repetição de episódios como esse por hospitais e prontos-socorros. Existe uma postura considerada correta? A vontade do paciente deve ser levada em consideração, apesar da sua total ou relativa incapacidade para os atos da vida civil? E caso haja judicialização de casos como os descritos acima, qual deve ser a postura do Judiciário Brasileiro? São perguntas cujas respostas não podem ser encontradas diretamente no nosso ordenamento jurídico, muito pela casuística específica de cada situação. Porém, esse trabalho acadêmico tenta jogar luz na questão e apontar direções a concretização dos direitos da criança e adolescente. Para tanto, primeiramente, veja como a medicina transformou o sangue em tratamento de saúde.

2.1 BREVE HISTÓRICO DO USO DE SANGUE PELA MEDICINA

Transfusão de sangue é uma “operação que consiste em fazer passar uma certa quantidade de sangue e plasma do sistema circulatório de um indivíduo (doador) para outro (receptor) com

³ “Se algum homem da casa de Israel ou algum estrangeiro que mora entre vocês comer o sangue de qualquer criatura, eu certamente me voltarei contra aquele que comer o sangue, e o eliminarei dentre seu povo.” (BÍBLIA. Levítico. Português. *In: Tradução do Novo Mundo da Bíblia Sagrada*. Cesário Lange: Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 2015. Cap. 17, vers. 10. p. 201.)

finalidade terapêutica.”⁴ Porém, nem sempre foi assim, apesar do uso do sangue não ser moderno. Na Assíria, entre 681 a.C. a 699 a.C., reinou Esar-Hadom. Seu filho passou por um tratamento com o uso de sangue: “[O príncipe] está passando bem melhor; o rei, meu senhor, pode ficar feliz. A partir do 22º dia eu dou (a ele) sangue para beber, ele beberá (isso) por 3 dias. Durante outros 3 dias, eu darei (a ele sangue) para aplicação interna.”⁵ Essa prática de ingerir sangue pela cavidade oral não se restringiu somente aos assírios. Tertuliano, autor Cartago das primeiras fases do Cristianismo, descreveu no capítulo IX da Apologia, uma de suas mais famosas obras, o caso dos gladiadores que em seus espetáculos, para a cura da epilepsia, bebiam com avidez o sangue dos criminosos mortos na arena assim que eram feridos⁶.

Com o passar dos anos, houve a tentativa de aprimoramento deste tratamento. Em 1492, o papa Inocêncio VIII foi convencido a ingerir o sangue de três jovens que faleceram anêmicos, com o objetivo de tratar-se de grave enfermidade. A saúde do pontífice não foi reestabelecida⁷. Já em 1667, Jean Baptiste Denis, médico do rei Luís XIV, através de um tubo de prata, introduziu no corpo do nobre Antoine Mauroy, de 34 anos, sangue de carneiro. O paciente, que sofria de uma doença mental, veio a falecer após a terceira transfusão. Observa-se que estas eram heterólogas, ou seja, era utilizado sangue de animais diferentes da raça humana⁸.

A primeira transfusão de sangue com sucesso entre humanos é datada de 1818. James Blundell transfundiu sangue em pacientes com hemorragia pós-parto. Já em 1901, foi a vez do médico austríaco Karl Landsteiner descobrir os grupos sanguíneos e estabeleceu os princípios básicos da compatibilidade do sistema ABO, o que deu mais segurança a essa prática⁹. Vinte anos depois, Lester Unger, médico norte-americano, parece ter sido o primeiro a indicar que transfusões sanguíneas intragrupo poderiam ser realizadas. A consagração desse tipo de tratamento veio acontecer em 1937, quando Alexander Wiener e o supracitado Karl Landsteiner

⁴ ENCICLOPÉDIA BARSÁ UNIVERSAL. **Volume 17 (Sousa-Tristano)**. 2. ed. São Paulo: Editora Planeta, 2009.

⁵ ASSOCIAÇÃO TORRE DE VIGIA DE BÍBLIAS E TRATADOS. **Como pode o sangue salvar a sua vida?** Cesário Lange: Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 1990. p. 6.

⁶ TERTULIANO. Capítulo IX. **Apologia**. Disponível em: <http://www.tertullian.org/brazilian/apologia.html>. Acesso em: 2 out. 2020.

⁷ PRÓ-SANGUE. Introdução. **Hemocentro de São Paulo**. Disponível em: <http://www.prosangue.sp.gov.br/artigos/estudantes.html#:~:text=A%20primeira%20transfus%C3%A3o%20com%20sangue,mulheres%20com%20hemorragia%20p%C3%B3s%20parto>. Acesso em: 2 out. 2020.

⁸ INSTITUTO HOC. História da Transfusão de Sangue. **Hospital Alemão Oswaldo Cruz**. Disponível em: <https://www.institutohoc.com.br/historia-transfusao.html>. Acesso em: 2 out. 2020.

⁹ MANDAL, Ananya. História da Transfusão de Sangue. **News Medical Life Sciences**, 2019. Disponível em: [https://www.news-medical.net/health/History-of-Blood-Transfusion-\(Portuguese\).aspx](https://www.news-medical.net/health/History-of-Blood-Transfusion-(Portuguese).aspx). Acesso em: 2 out. 2020.

foram os responsáveis pela descoberta do fator Rh. O nome advém da utilização de coelhos imunizados com hemácias do macaco *Rhesus*, daí o Rh, as iniciais do primata¹⁰.

A Primeira (1914-1918) e a Segunda (1939-1945) Guerras Mundiais foram responsáveis pela popularização deste tratamento em todo o mundo, visto a necessidade de alocar sangue humano para transfundir naqueles que viriam a perder muito deste fluído em campo de batalha. Porém, precisava-se desenvolver um método de conservação da vida útil do sangue, possibilitando assim o seu estocamento, algo inexistente até aquele momento. A ideia de um banco de sangue surgiu em Leningrado (atual São Petesburgo), em 1932 e o primeiro centro de armazenamento da história é datado de 1936 em Barcelona, durante a Guerra Civil Espanhola¹¹.

Apesar do decurso do tempo, a transfusão de sangue não é considerada unanimidade na comunidade científica. “O sangue a ser transfundido raramente será 100% seguro, porque os testes disponíveis na esfera não só nacional, mas também mundial, não podem levar à segurança absoluta da ausência de risco para o paciente”¹², alerta Maria Helena Diniz. “Como toda transfusão de sangue envolve risco, deve ser criteriosa.”¹³ Decidir transfundir sangue ou componentes sanguíneos sempre deve vir acompanhada de uma análise minuciosa das indicações clínicas e laboratoriais que demonstrem a real necessidade do tratamento¹⁴. A responsabilidade técnica e administrativa por este fica sob a égide de um médico especialista em hemoterapia ou hematologia. Tanto que a Resolução RDC nº 57 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária determina que as transfusões só podem ser realizadas por médico ou profissional de saúde capacitado, não deve ultrapassar quatro horas e deve ter a presença de um médico que possa intervir em eventos adversos ocorridos durante ou após a transfusão¹⁵.

Sobre a responsabilidade dos que realizam a atividade hemoterápica, alerta ainda Maria Helena Diniz da importância de seguir o: “(...) rigoroso programa de controle de qualidade do sangue, fazendo com que os bancos cumpram as normas do Ministério da Saúde e efetuem

¹⁰ BATISTETI, C.B. *et. al.* O sistema de grupo sanguíneo Rh. **Filosofia e História da Biologia**, v. 2, 2007. Disponível em: <http://www.abfhib.org/FHB/FHB-02/FHB-v02-06-Caroline-Batistete-et-al.pdf>. Acesso em: 2 out. 2020.

¹¹ PRÓ-SANGUE. Introdução. **Hemocentro de São Paulo**. Disponível em: <http://www.prosangue.sp.gov.br/artigos/estudantes.html#:~:text=A%20primeira%20transfus%C3%A3o%20com%20sangue,mulheres%20com%20hemorragia%20p%C3%B3s%20parto>. Acesso em: 2 out. 2020.

¹² DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 285.

¹³ *Ibidem*. p. 275.

¹⁴ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **O Uso clínico do sangue** na medicina, obstetrícia, pediatria e neonatologia, cirurgia e anestesia, traumas e queimaduras. Genebra: OMS. Disponível em: https://www.who.int/bloodsafety/clinical_use/en/Module_P.pdf. Acesso em: 13 maio 2021.

¹⁵ BRASIL. ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Artigo 6º. **Resolução RDC nº 57**. Disponível em: <http://www2.ebserh.gov.br/documents/147715/0/RDC+n+57-2010+Regulamento+Sanit%C3%A1rio.pdf/b4a906a4-3763-482a-b1af-9dfc9ff2e411>. Acesso em: 2 out. 2020.

testes sorológicos para evitar a transmissão da AIDS (...)”¹⁶. Além disso, o artigo sétimo¹⁷ da Lei n.º 7.649, de 25 de janeiro de 1988, atribui às secretarias de saúde dos Estados o dever de fiscalização destes. Em caso de uma possível contaminação pelo sangue, por exemplo, decorrente de uma transfusão sanguínea, há a responsabilidade civil do Estado, que deixou de exercer a fiscalização e o controle da atividade, ou o fez de forma insuficiente. Álvaro Villaça Azevedo lembra que em eventual demanda judicial, este deverá figurar como litisconsorte passivo¹⁸.

A transfusão sanguínea, mesmo sendo realizado de acordo com as normas técnicas supracitadas, pode ocasionar incidentes relacionados à doenças infecciosas e parasitárias. Além da AIDS, citada anteriormente, sífilis, hepatite B e C, malária, doença de Chagas, citomegalovirose, HTLV (I e II), dentre outras, são tipos de doenças que podem ser transmitidas pelo sangue. Existe um período conhecido como janela imunológica, ou seja, o tempo que o organismo infectado leva para produzir anticorpos que podem ser detectados através de testes, em que o doador contaminado pode transmitir a doença através de seu sangue, mesmo os testes realizados na bolsa de sangue sendo negativos para vírus como o da hepatite B e C, HIV e HTLV (I e II), transformando-se em mais uma preocupação para quem aceita transfusões de sangue¹⁹.

A sociedade civil já se organizou diversas vezes em forma de campanha para abastecer os bancos de sangue deste País²⁰. Porém, durante a pandemia do COVID-19, a quantidade de sangue nestes estabelecimentos atingiu níveis críticos²¹, devido ao distanciamento social ser

¹⁶ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 276.

¹⁷ “Compete às Secretarias de Saúde das unidades federadas fiscalizar a execução das medidas previstas nesta Lei, em conformidade com as normas do Ministério da Saúde.” (BRASIL. Artigo 7º. **Lei n. 7.649, de 25 de Janeiro de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1980-1988/L7649.htm. Acesso em: 18 abr. 2021.)

¹⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça Azevedo. **Autonomia do Paciente e Direito de Escolha de Tratamento Médico Sem Transfusão de Sangue** mediante os atuais preceitos civis e constitucionais brasileiros. São Paulo, 2010. p. 7.

¹⁹ FUNDAÇÃO DE HEMATOLOGIA E HEMOTERAPIA DA BAHIA. Saiba quais as doenças transmitidas através do sangue. **HEMOBA**, 8 jul. 2015. Disponível em: http://www5.saude.ba.gov.br/hemoba/index.php?option=com_content&view=article&id=661&catid=13&Itemid=59. Acesso em: 13 maio 2021.

²⁰ Exemplo disto foi a campanha realizada pelo Esporte Clube Vitória no ano de 2012. Denominada “Meu sangue é rubro-negro”, o time entrava em campo naquela temporada com uniforme alvinegro, diferentemente do tradicional rubro-negro. À medida que as doações de sangue aumentavam no Hemoba, listras rubras voltavam ao uniforme. Esta campanha foi responsável pelo aumento de 46% nas doações de sangue na Bahia, Cf. DAVI, Ramon. “Meu Sangue É Rubro-Negro” ganha prêmios em Cannes. **Arena rubro-negra**, Salvador, 19 jun. 2013. <https://arenarubronegra.com/noticias/meu-sangue-e-rubro-negro-ganha-premios-em-cannes/>. Acesso em: 2 out. 2020.

²¹ TEIXEIRA, Larissa. Pandemia esgota os estoques e esvazia os bancos de sangue. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 16 ago. 2020. Disponível em: <https://agora.folha.uol.com.br/sao-paulo/2020/08/pandemia-esgota-os-estoques-e-esvazia-os-bancos-de-sangue.shtml>. Acesso em: 2 out. 2020.

uma das medidas mais eficazes no combate ao coronavírus e com isso diminuir a frequência de doadores a esses postos. Isto levou ao Supremo Tribunal Federal reparar uma injustiça histórica com os homens que se relacionam sexualmente com homens, estigmatizados erroneamente durante a pandemia da AIDS e impedidos de doar sangue, restrição de “uma atuação solidária com base em preconceito e discriminação”²², nas palavras do relator ministro Edson Fachin, e por sua vez declarada inconstitucional. Porém, a situação atual leva ao questionamento da real necessidade de transfusões de sangue em todo e qualquer tratamento médico que venha a ser realizado.

2.2 O DIREITO A TRATAMENTO SEM USO DE SANGUE

Existe um direito ao tratamento de saúde sem o uso de sangue? Após uma leitura atenta da legislação em vigor no Brasil, não se achará expressamente dispositivo (seja de ordem constitucional ou infraconstitucional) que autorize este tipo de recurso terapêutico. Porém, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 chancela a possibilidade de se optar por tratamentos sem uso de sangue com base no artigo 196²³. Neste dispositivo está claro que o Estado tem o dever de fornecer a todos, de forma universal e igualitária, o serviço de saúde. O dispositivo não faz nenhuma diferenciação de ordem econômica, política, racial ou religiosa, o que afrontaria materialmente o próprio texto constitucional. A CRFB/88 também criou o Sistema Único de Saúde, disciplinado na Lei n.º 8.080/90 e responsável pela prestação do serviço de saúde no Brasil. Este é quem concretiza, nos três níveis da Federação Brasileira, as políticas de saúde voltadas para a população, o que envolve além do acompanhamento médico, o fornecimento de medicamentos de forma gratuita, vacinação e a vigilância sanitária.

O Artigo 199, §4º da CRFB/88 estabelece que haverá disposição sobre a “coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados”. A Portaria n.º 158/2016, do Ministério da Saúde, que redefine o regulamento técnico de procedimentos hemoterápicos, traz diretrizes

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.543**. Direito constitucional. Art. 64, IV, da Portaria N. 158/2016 do Ministério da Saúde e art. 25, XXX, “d”, da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC N. 34/2014 da ANVISA. Restrição de doação de sangue a grupos e não condutas de risco. Discriminação por orientação sexual. Inconstitucionalidade. Ação direta julgada procedente. Requerente: Partido Socialista Brasileiro – PSB. Intimado: Ministro de Estado de Saúde e Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. Relator: Min. Edson Fachin, 11 de maio de 2020, Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4996495>. Acesso em: 26 out. 2020.

²³ “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.” (BRASIL. [Constituição (1988)]. Artigo 196. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 18 abr. 2021.)

que explicitam como se dá o tratamento com (ou sem o) uso de sangue. Primeiramente, a transfusão de sangue deverá ser utilizada de forma criteriosa, afinal, “toda transfusão traz em si um risco ao receptor, seja imediato ou tardio.”²⁴, conforme dispõe o artigo sexto. Além do mais, o parágrafo único deste artigo traz que a sua indicação poderá ser analisada pela equipe médica do serviço de hemoterapia, aprovando-a ou não. Nas cirurgias planejadas com antecedência, segundo o artigo sétimo, é obrigatória a análise de procedimentos que reduzam o consumo de sangue externo, ao utilizar “métodos que diminuam o sangramento no intraoperatório ou a realização de transfusão autóloga.” Esta também menciona dois métodos cirúrgicos que conservam o sangue do paciente, como a “hemodiluição normovolêmica” (Artigo 222²⁵) e a “recuperação intraoperatória” (Artigo 223²⁶ e 225²⁷).

Além desses, outros métodos intraoperatórios aparecem tanto na Relação Nacional de Equipamentos e Materiais Permanentes financiáveis para o SUS (RENEM) como na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME). A título exemplificativo, o Coagulador de argônio (RENEM), a solução ringer + lactato (RENAME, fls. 28, 37, 69 e 135) e a Selante de fibrina (RENAME, fls. 37, 69 e 164). Medicamentos utilizados tanto antes como depois da cirurgia também estão na lista, como a Alfaepoetina (eritropoetina) (RENAME, fls. 44, 67, 121), acetato de desmopressina (RENAME, fls. 31, 43 e 116), ácido fólico (RENAME, fls. 15, 66 e 118), ácido tranexâmico (RENAME, fls. 31, 66 e 118), albumina humana (RENAME, fls. 58, 66 e 119), complexo protrombínico humano (RENAME, fls. 32, 59, 67 e 136), danazol (RENAME, fls. 48, 75 e 137), filgrastim (neupogen) (RENAME, fls. 49, 93 e 144) e o sulfato ferroso (RENAME, fls. 29, 70 e 173).

Cabe ao médico, por sua vez, conhecer da utilização destes e incluí-los nos tratamentos que vier a realizar, quando possível. Maria Elisa Villas-Boas explica que: “o profissional deverá dar preferência às medicações e tratamentos constantes no rol do Sistema Único de Saúde, desde que em condições de equivalência, de modo que dessa escolha não advenham reconhecidos prejuízos ao paciente.”²⁸ Assim, haverá a concretização não só das diretrizes trazidas pelo próprio Ministério da Saúde, com relação a utilização criteriosa de transfusões de

²⁴ BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria n.º 158, de 4 de Fevereiro de 2016**. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2016/prt0158_04_02_2016.html. Acesso em: 6 out. 2020.

²⁵ “As unidades de sangue obtidas no pré-operatório imediato, por hemodiluição normovolêmica, permanecerão na sala de cirurgia em que o paciente está sendo operado durante todo o ato cirúrgico.” (Ibidem. Artigo 222).

²⁶ “A recuperação intraoperatória de sangue será feita por meio de máquinas especialmente destinadas a este fim.” (Ibidem. Artigo 223).

²⁷ “No serviço de hemoterapia haverá um médico responsável pelo programa de transfusão autóloga pré-operatória e de recuperação intraoperatória.” (Ibidem. Artigo 225.)

²⁸ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. **Alocação de recursos em saúde**: quando a realidade e os direitos fundamentais se chocam. 2009. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2009. p. 92.

sangue, como também do Estado de bem-estar social que a Constituição Federal traz como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (Art. 3º, IV²⁹, CRFB/88). “É obrigação do Estado Social proporcionar ao indivíduo os recursos necessários à garantia de um padrão mínimo de satisfação das necessidades pessoais, como modo de sua plena felicidade.”³⁰

Porém, o direito aos tratamentos sem o uso de sangue ainda é constantemente violado, o que leva a atuação do Poder Judiciário. No Agravo de Instrumento n.º 0017343-82.2016.4.01.0000/MG, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, chegou a conhecimento de que decisão proferida pelo Juízo Federal da 18ª Vara autorizava a equipe médica do Hospital das Clínicas da Universidade Federal de Minas Gerais a realizar uma transfusão de sangue forçada na paciente e agravante no processo. A paciente foi diagnosticada com Leucemia Linfoblástica Aguda (LLA). Por também apresentar anemia, foi indicado transfusão de sangue, que violava sua manifestação, de forma verbal e em um documento de diretivas antecipadas, por um protocolo médico que dispensasse a utilização de componentes sanguíneos.

O então desembargador Kássio Nunes Marques decidiu que a agravante poderia escolher o recurso terapêutico pertinente, afinal, “há outro tratamento médico que poderá ser dispensado ao paciente (...), como no caso do medicamento consentido pela paciente para a correção da anemia, que é a Eritropoetina (hormônio que atua na medula óssea para a produção de células sanguíneas).”³¹ O magistrado uniu em sua decisão o poder que o paciente tem de informar quais tratamentos são aceitos por ele com a possibilidade de a Administração Pública fornecer a profilaxia, afinal, a Eritropoetina, como visto acima, está no rol de medicamentos essenciais do Ministério da Saúde, consagrando assim o direito a tratamento sem uso de sangue.

2.3 A SUPERACÃO DO BINÔMIO VIDA *VERSUS* LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA E CRENÇA

²⁹ “Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” (BRASIL. [Constituição (1988)]. Artigo 3º, IV. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 18 abr. 2021.)

³⁰ CUNHA JR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 659.

³¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Agravo de Instrumento n.º 0017343-82.2016.4.01.0000/MG**. 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 conhecido e provido. Agravante: Maria Mylena Silva Teixeira. Agravado: Empresa Brasileira De Serviços Hospitalares - EBSEH. Relator: Desembargador Federal Kassio Nunes Marques, 16 de maio de 2016. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php>. Acesso em: 19 abr. 2021.

Nem sempre o Poder Judiciário entende que o paciente tem direito a um tratamento sem uso de sangue. A título exemplificativo, o paciente Carlos Eduardo de Moura Pereira, 48 anos, portador de Leucemia Mielóide Aguda, e internado nas dependências do Hospital de Transplantes Euryclides de Jesus Zernini, recusou transfusão de hemocomponente, apesar da piora clínica, anemia severa e plaquetopenia. O Hospital ingressou com uma ação pelo procedimento comum com pedido de tutela de urgência, a fim de que fosse autorizado a transfusão de hemocomponentes mesmo sem o consentimento do paciente. O pedido foi deferido pela juíza da 1ª Vara Cível de São Paulo, SP, Denise Cavalcante Fortes Martins, sob o argumento que: “Há probabilidade do direito ante o princípio da proporcionalidade, vez que a liberdade à crença religiosa deve ser restringida quando se faz necessário preservar a vida do paciente, isto é, ponderando-se entre a vida e a liberdade de crença, sobrepõe-se o direito à vida.”³²

O argumento utilizado pela magistrada é o mesmo entre vários juízes do país que denegam o direito do paciente a um tratamento sem uso de sangue. Basicamente, é invocado o princípio da proporcionalidade para decidir que, entre o direito à vida e a liberdade de consciência e crença, o primeiro deve prosperar. Porém, este é um “falso problema, não havendo na hipótese um autêntico conflito entre o bem jurídico vida e a liberdade religiosa”³³. Para isso, recorre-se ao autor da teoria da ponderação de princípios, o alemão Robert Alexy. Ao explicar o princípio da proporcionalidade, utilizado na decisão supracitada, o autor o subdivide em adequação³⁴, necessidade³⁵ e proporcionalidade em sentido estrito³⁶. Para Alexy, todos os três princípios expressam a ideia da otimização. Estes são mandamentos de otimização, ou seja, são normas que ordenam a realização de algo em grau máximo dentro das possibilidades fáticas e jurídicas³⁷.

³² SÃO PAULO. Tribunal de Justiça (1ª Vara Cível). **Processo 1077380-15.2019.8.26.0100**. Tutela Cautelar Antecedente - Antecipação de Tutela / Tutela Específica. Requerente: Hospital de Transplantes Euryclides de Jesus Zerbini. Requerido: Carlos Eduardo de Moura Pereira. Juíza Paula Regina Schempf Cattan, 9 ago. 2019. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=2S0013NAS0000&processo.foro=100&processo.numero=1077380-15.2019.8.26.0100&uuidCaptcha=sajcaptcha_4613c4a49e9a4ca7a9d2eb1dce32a42e. Acesso em: 19 abr. 2021.

³³ NERY JUNIOR, Nelson. **Escolha esclarecida de tratamento médico por pacientes Testemunhas de Jeová** como exercício harmônico de direitos fundamentais. São Paulo, 2009. p. 16.

³⁴ “Ele ajusta-se à ideia de uma ordem-moldura (...) exclui algumas coisas (...) sem, com isso, determinar tudo.” ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros. 2. ed., 2015. p. 590.

³⁵ “Ela exige que, dentre dois meios aproximadamente adequados, seja escolhido aquele que intervenha de modo menos intenso.” (Ibidem, idem.)

³⁶ “Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro.” (Ibidem. p. 593.)

³⁷ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 110.

A utilização destes mandamentos de otimização não poderá ser feita de forma indiscriminada ou simplória, como presencia-se na realidade jurisprudencial brasileira. “(...) vislumbra-se o risco para a segurança jurídica da aplicação de um princípio aberto que só exige a aplicação da ideia de justiça ao caso concreto por meio da ponderação de bens ou valores jurídicos.”³⁸ Não existe uma fórmula perfeita que sempre irá solucionar conflitos como o supracitado aqui. Além do mais, são bens jurídicos como vida, liberdade, autonomia e dignidade, que serão abordados no decorrer deste trabalho. Reduccionismos não podem ser tolerados, afinal, como explica Dirley da Cunha Jr., não existe precedência incondicionada. Nenhum princípio está acima do outro³⁹.

Visto isso, as colisões de direitos fundamentais tanto podem ocorrer em sentido amplo quanto restrito. Sentido amplo é a colisão de direitos fundamentais com bens coletivos. O exemplo que Robert Alexy traz é a obrigação da indústria de tabaco de colocar advertências sobre o prejuízo a saúde em seus produtos, intervindo assim no direito fundamental que é a liberdade de exercício profissional dos produtores de tabaco. O bem coletivo aqui tutelado é a proteção da saúde populacional diante de riscos à saúde⁴⁰. Recusar um tratamento médico com uso de sangue não se trata de uma colisão em sentido amplo. O bem coletivo, que seria a preservação da vida do paciente, está resguardado na medida em que este opta por tratamentos que não utilizem o sangue. Não se pode equiparar a uma tentativa de suicídio porque o paciente tem tanto apreço pelo bem jurídico vida que este a tenta conciliar com suas convicções.

Já a colisão de direitos fundamentais em sentido restrito acontece quando ao exercer um direito fundamental, esse exercício repercute negativamente sobre direitos fundamentais de outrem. Exemplo disto é a recusa da pessoa que apresenta sintomas da COVID-19 a submeter-se a exame diagnóstico. É óbvio que o interesse desse resultado não é só do particular, mas também de terceiros que convivem com o mesmo e por que não, de toda a coletividade, visando a prevenção da propagação do vírus Sars-Cov-2. Percebe-se, assim, “a indissociabilidade do direito à saúde de seus aspectos coletivos e preventivos, cujas defesas somente se tornam possíveis com o engajamento de toda a comunidade.”⁴¹ No caso do paciente que escolhe um tratamento sem uso de sangue, esse direito de escolha não causa nenhum dano a direito

³⁸ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 185.

³⁹ CUNHA JR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 140.

⁴⁰ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 60.

⁴¹ NEVES, André Luís Batista. A Recusa ao Exame Diagnóstico da COVID-19. *In*: BAHIA, Saulo José Casali (Org.). **Direitos e Deveres Fundamentais em tempos de coronavírus**. São Paulo: Editora Iasp, 2020. p. 47.

fundamental alheio. A Portaria nº 1820/2009 do Ministério da Saúde, em seu artigo 5º, V⁴², deixa claro que a recusa a tratamento só não pode por em risco a saúde pública. Proibir a opção esclarecida só causa danos (físicos e psíquicos) ao próprio paciente.

2.3.1 Direito à vida (Art. 5º, caput)

A vida é um dos bens mais preciosos que o ser humano pode ter. Não a toa, alguns autores a elencam como “condição *sine qua non*”⁴³ para que outros direitos possam vir a existir. Porém, essa concepção precisa, acima de tudo, estar alijada da forma como a pessoa enxerga a sua própria vida e o sentido que esta atribui a ela. Ronald Dworkin, em sua obra *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*, apresenta os três sentidos comumente atribuídos a vida humana. O sentido instrumental pode ser entendido no valor que essa pessoa viva tem para outras pessoas, da valoração do ela produz e como isso torna melhor a vida dos outros⁴⁴.

Diametralmente oposta é a visão subjetiva, que consiste em avaliar quanto aquela pessoa valoriza sua própria vida, ou seja, “o quanto ela quer estar viva, ou de quanto o fato de estar viva é bom para ela”⁴⁵. Por mais que visões simplistas tendem a reduzir a grandiosidade desse direito, para algumas pessoas não vale mais a pena continuar viva, seja qual for o motivo. Seria insensato desrespeitar a sua vontade em nome de uma sacralidade da vida humana que para o principal beneficiário desta, pouco importa. Por fim, o valor pessoal poderia ser considerado uma terceira via entre as visões instrumental e subjetiva de ver a vida. É o que se tem em mente quando dizem que, normalmente, a vida de uma pessoa é o seu bem mais valioso⁴⁶. É esse o conceito que é consagrado no texto constitucional ao se referir ao direito a vida.

No caso em apreço, ao recusar um tratamento com sangue, o paciente estaria indo de encontro ao direito constitucional à vida e por isso esta seria inconstitucional? Refere-se então

⁴² “Art. 5º Toda pessoa deve ter seus valores, cultura e direitos respeitados na relação com os serviços de saúde, garantindo-lhe: V - o consentimento livre, voluntário e esclarecido, a quaisquer procedimentos diagnósticos, preventivos ou terapêuticos, salvo nos casos que acarretem risco à saúde pública, considerando que o consentimento anteriormente dado poderá ser revogado a qualquer instante, por decisão livre e esclarecida, sem que sejam imputadas à pessoa sanções morais, financeiras ou legais” (BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria n.º 1820, de 13 de Agosto de 2009.** Disponível em: https://conselho.saude.gov.br/ultimas_noticias/2009/01_set_carta.pdf. Acesso em: 28 out. 2020.)

⁴³ CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 587. Compartilha desta mesma visão DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 309: “(...) a incidência absoluta do princípio do primado do direito mais relevante, que é, indubitavelmente, o direito à vida.” e SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 198: “(...) a fonte primária de todos os outros bens jurídicos.”

⁴⁴ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 101.

⁴⁵ *Ibidem*, *idem*.

⁴⁶ *Ibidem*, *idem*.

a um “direito a morrer”? A resposta é não para ambos os questionamentos. Só o ato de procurar uma unidade ou profissional de saúde mostra o apreço que tem pela vida⁴⁷. O paciente aceita uma gama de tratamentos ofertados pela medicina moderna. Sua única ressalva são os tratamentos com uso de sangue. Parece injusto atribuir a este a pecha de suicida só por escolher o que considera ser melhor para si. Celso Ribeiro Bastos traz uma nova visão a essa recusa, não como objeção, mas sim um direito de escolher um tratamento sem sangue⁴⁸. Pensa de maneira semelhante Maria Helena Diniz, ao afirmar que não se exerce um direito a morrer, mas sim de optar por uma outra terapêutica⁴⁹.

Por mais que o direito a vida, para alguns autores, seja o suprassumo de todos os outros direitos fundamentais, é preciso lembrar da lição trazida por Roxana Borges de que a vida não é uma obrigação, como vasta parte da doutrina afirma, mas sim um direito⁵⁰. Não se deve atribuir um fardo desnecessário a vida que nem a própria pessoa humana pode aguentar. A ideia de direito à vida ser o mais importante é justamente para potencializar que todos os outros direitos da pessoa sejam alcançados em sua integralidade e que acima de tudo, a vida desta seja digna, conceito que será visto adiante. Podar a opção de escolha de alguém não parece a melhor forma de consagrar esse direito, pelo contrário, atribui a vida de outrem uma visão instrumental, que não coaduna em nada com o texto constitucional.

É preciso lembrar que o próprio ordenamento jurídico brasileiro traz ressalvas ao direito à vida, seja no próprio texto constitucional ou em dispositivos infraconstitucionais, como exemplifica Maria Elisa Villas-Bôas com o direito à legítima defesa, a pena de morte ou em guerra declarada⁵¹. O objetivo, então, é ter uma visão equilibrada do que é o direito à vida. Nas palavras de Alexandre de Moraes, esse direito deveria ser assegurado em sua dupla acepção, quais sejam: “a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna.”⁵² Sem uma das duas, não se pode consagrar o direito à vida. Sobre a segunda acepção, será abordado em tópico específico o que é vida digna.

⁴⁷ Demonstrando apreço pela vida humana, as Testemunhas de Jeová são uma das poucas religiões que ainda não voltaram a ter encontros presenciais, evitando aglomerações durante a pandemia do COVID-19, como recomenda a OMS, Cf. DECLERCQ, Maria. Após um ano de pandemia, Testemunhas de Jeová seguem em isolamento. **TAB UOL**, 15 mar. 2021. Disponível em: <https://tab.uol.com.br/noticias/redacao/2021/03/15/apos-quase-um-ano-de-pandemia-testemunhas-de-jeova-seguem-em-isolamento.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 5 abr. 2021.

⁴⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. **Direito de recusa de pacientes submetidos a tratamento terapêutico às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas**. Disponível em: <https://crianca.mppr.mp.br/pagina-634.html>. Acesso em: 15 mar. 2021.

⁴⁹ DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 298.

⁵⁰ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos da personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 204.

⁵¹ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. **Da Eutanásia ao Prolongamento Artificial: Aspectos Polêmicos na Disciplina Jurídico-Penal do Final de Vida**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005. p. 186.

⁵² MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 61.

2.3.2 Direito à liberdade de consciência e crença (Art. 5º, VI)

Não só de carne e sangue é feito o homem. Pelo contrário, o que define o ser humano perpassa também pelo que ele pensa, e pelo que crê. Advém então a necessidade de consagrar no texto constitucional a liberdade de consciência e crença. Para J.J. Gomes Canotilho: “as liberdades de consciência, de religião e de culto protegem o núcleo substancial da personalidade porque são constitutivas da identidade pessoal e do direito de desenvolvimento da personalidade como direito fundamental da vida.”⁵³ É preciso então traçar uma distinção do que é liberdade de consciência e crença. Para muitos, estas são sinônimos, mas não se confundem. Celso Ribeiro Bastos explica que uma consciência livre pode ser no sentido de não ter crença alguma, como a liberdade de consciência de ateus e agnósticos. Este pode estar relacionada a valores morais e espirituais que não passam por sistema religioso algum. O autor usa como exemplo os movimentos pacifistas que não estão relacionados a uma fé religiosa⁵⁴.

Outro princípio que decorre do inciso VI, implícito ao texto constitucional, é o da laicidade. Ao garantir que seus cidadãos podem exercer de forma livre suas crenças e que os seus locais de adoração serão protegidos, o Estado Brasileiro está afirmando-se como laico, ou seja, afasta-se de atribuir um dogma religioso como oficial, como faz desde a promulgação da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, respeitando-se toda e qualquer manifestação religiosa⁵⁵. Porém, para Samuel Vida este conceito merece uma revisita, já que a realidade continua sendo de monoculturalismo, totalmente avesso ao preceito constitucional de respeito a todas as religiões, sem distinção⁵⁶. Assiste razão o autor, principalmente com relação a omissão estatal perante grupos discriminados. Segundo o Balanço do ano de 2018 do Disque 100 (Direitos Humanos) do MMFDH, das 506 denúncias de

⁵³ CANOTILHO, J.J. Gomes. A liberdade religiosa entre o juspositivismo constitucional e a judicialização dos conflitos religiosos. In: **Código das Sociedades Comerciais**, homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier. v. II., Coimbra: Editora Coimbra, 2007. p. 781.

⁵⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. **Direito de recusa de pacientes submetidos a tratamento terapêutico às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas**. Disponível em: <https://crianca.mppr.mp.br/pagina-634.html>. Acesso em 15 mar. 2021.

⁵⁵ SANTOS, Robert Jesus dos. **A remuneração pública de padres na Guiana Francesa: constituição, laicidade e livre administração**. 2020. Monografia (Graduação) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2020. p. 24.

⁵⁶ VIDA, Samuel Santana. **Quem dorme com os olhos dos outros, não acorda a hora que quer: colonialidade jurídica, constitucionalismo e direito à liberdade religiosa na diáspora- a cidade negra e os sujeitos constitucionais das religiões de matrizes africanas em Salvador**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2018. p. 75.

discriminação religiosa recebidas, os três grupos mais atingidos foram a umbanda, com 76 denúncias, o candomblé, com 47 e por sua vez, as Testemunhas de Jeová, com 31⁵⁷.

No Brasil, há 897.056 pessoas⁵⁸ que professam serem Testemunhas de Jeová⁵⁹. Esse grupo surgiu no fim do século XIX, em Pittsburgh, Pensilvânia, Estados Unidos. Eles faziam uma análise comparando a doutrina de outras religiões com o que a bíblia dizia. Suas conclusões foram publicadas em livros, jornais e na revista que hoje é chamada *A Sentinela Anunciando o reino de Jeová*. Uma das doutrinas em que essa religião se baseia é justamente a recusa a transfusão de sangue. Para os adeptos, trechos da bíblia claramente os ordenam a abster-se de sangue⁶⁰. Então evitam “tomar sangue por qualquer via não só em obediência a Deus, mas também por respeito a ele como Dador da vida.”⁶¹ Segundo estes, para Deus, o sangue representa a vida.

A consagração do direito à liberdade de consciência e crença abarca não só a liturgia apreendida em um templo, mas também tudo em que o indivíduo acredita e coloca em prática no seu dia-a-dia. Para Luís Roberto Barroso a CRFB/88 atribui a religião como uma dimensão relevante da vida das pessoas. Submeter um crente a práticas contrárias a sua religião é tão violador quanto determinar a um ateu que se adeque a alguma denominação⁶². Logo, obrigar o

⁵⁷ BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Balanço anual: Disque 100 registra mais de 500 casos de discriminação religiosa. **MMFDH**, Brasília, jun. 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2019/junho/balanco-anual-disque-100-registra-mais-de-500-casos-de-discriminacao-religiosa>. Acesso em: 13 maio 2021.

⁵⁸ **JW.ORG. Testemunhas de Jeová em todo o mundo – Brasil**. Disponível em: <https://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/worldwide/BR/>. Acesso em: 17 maio 2021.

⁵⁹ “O relato bíblico a que as Testemunhas de Jeová recorrem como base para seu nome acha-se no capítulo 43 de Isaías. O cenário mundial é ali retratado como um drama num tribunal: Os deuses das nações são convidados a apresentar suas testemunhas, em prova de seus alegados casos de justiça, ou então a ouvirem as testemunhas da parte de Jeová e admitirem a verdade. Jeová declara ali ao seu povo: ‘Vós sois as minhas testemunhas, diz Jeová [Javé], o meu servo a quem escolhi, para que saibais, me acrediteis e entendais que eu sou; antes de mim não se formou nenhum deus nem haverá depois de mim. Eu, sim eu, sou Jeová; e fora de mim não há salvador.’ — Isaías 43:10, 11, *Versão Brasileira e Bíblia Sagrada*, Edição Pastoral.” Cf. ASSOCIAÇÃO TORRE DE VIGIA DE BÍBLIAS E TRATADOS. **Testemunhas de Jeová – Quem são? Em que crêem?**. Cesário Lange: Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 2000. p. 5.

⁶⁰ Gênesis 9:4 – “Somente não comam a carne de um animal com seu sangue, que é a sua vida.”; Deuteronômio 12:23 – “Apenas esteja firmemente decidido a não comer o sangue, porque o sangue é a vida; não coma a vida junto com a carne.”; Atos 15:28,29 – “Pois pareceu bem ao espírito santo e a nós não impor a vocês nenhum fardo além destas coisas necessárias: que persistam em se abster de coisas sacrificadas a ídolos, de sangue, do que foi estrangulado e de imoralidade sexual. Se vocês se guardarem cuidadosamente dessas coisas, tudo irá bem com vocês. Saudações!”; Levítico 17:14 – “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.’” (BÍBLIA. Português. **Tradução do Novo Mundo da Bíblia Sagrada**. Cesário Lange: Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 2015.)

⁶¹ **JW.ORG. Por que as Testemunhas de Jeová não aceitam transfusão de sangue?** Disponível em: <https://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/perguntas-frequentes/por-que-testemunhas-jeova-nao-transfusao-sangue/>. Acesso em: 22 mar. 2021.

⁶² BARROSO, Luís Roberto. **Legitimidade da recusa de Transfusão de Sangue por Testemunhas de Jeová: Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/testemunhas-jeova-sangue.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2021.

cidadão a realizar um tratamento que viola a sua consciência é inconstitucional, afinal “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”⁶³, não havendo lei alguma que vincule o paciente, e paradoxal. Como pode o Estado garantir formalmente a liberdade de consciência e crença e não materialmente? Pelo contrário, criar embaraços ao livre exercício desta?

A liberdade religiosa não é apenas o aspecto positivo, ou seja, a permissão para a realização de manifestações religiosas, como explica Anderson Schreiber, mas também o aspecto negativo, como o direito à recusa a prática de atos que implicam violação às crenças da pessoa⁶⁴. O Estado aqui tem uma obrigação de não-fazer perante qualquer denominação, qual seja, não criar nenhum obstáculo para o livre exercício desse direito, já tão caro para todos aqueles que professam uma fé. Jürgen Habermas explica que: “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”⁶⁵. É da essência do Estado Democrático de Direito criar condições para o exercício de liberdades, não o contrário.

Não está em questão se a visão que a Testemunha de Jeová tem da bíblia é certa ou errada, mas sim que ela tem uma visão, e essa deve ser respeitada, afinal, é isso que a define. Viver de acordo com a liberdade é tão importante quanto possuí-la. Para Ronald Dworkin, a liberdade de consciência pressupõe uma responsabilidade pessoal de reflexão e perde muito da sua essência quando esta é ignorada⁶⁶. Com isso, em um aparente choque entre o direito à vida e a liberdade de consciência e crença, a prevalência deve ser do valor que o paciente considera como imprescindível. “Alegar que a liberdade de religião deve ser sacrificada em prol do direito indisponível à vida é desconhecer que também a liberdade de religião é aspecto fundamental e igualmente indisponível da personalidade. E se dela não pode dispor o paciente, menos ainda o médico.”⁶⁷

2.3.3 Uma questão de dignidade

⁶³ BRASIL. [Constituição (1988)]. Artigo 5º, II. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 18 abr. 2021.

⁶⁴ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 52.

⁶⁵ HABERMAS, Jürgen. **Entre naturalismo e religião**: Estudos filosóficos. RJ: Tempo Brasileiro, 2007. p. 142.

⁶⁶ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 343.

⁶⁷ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Minorias no direito civil brasileiro. **Revista Trimestral de Direito Civil**, vol. 10, abr./jun., 2002. p. 144.

Resta então que a dualidade vida *versus* liberdade de consciência e crença não consegue solucionar o problema da recusa de transfusões de sangue em pacientes que não a aceitam, seja qual for o motivo. Por existirem alguns que objetam o tratamento não por uma ordem religiosa, mas sim por uma questão de escolha de simplesmente não se submeter a aquele, a solução constitucional precisa ser mais ampla do que a comumente utilizada por profissionais do Direito. Para Anderson Schreiber, a CRFB/88 não estabeleceu hierarquia entre a vida e outros direitos, mas reservou à dignidade da pessoa humana, fundamento da República (artigo 1º, III) figura prioritária⁶⁸. Pode parecer genérica essa colocação, afinal, no atual estado constitucional brasileiro, qualquer problema pode ser solucionado por esta, devido ao esvaziamento do seu conceito. Por isso, primeiramente, será conceituado o que é, por meio de uma disposição histórica do pensamento ocidental.

Para tanto, é preciso destacar a relevância de dois filósofos que contribuíram para a noção de dignidade da pessoa humana que existe hoje: Tomás de Aquino e Immanuel Kant. Antes de mais nada, estes não foram contemporâneos, tendo o primeiro vivido no que é considerado hoje como Idade Média e o segundo na Modernidade, porém ambos, a sua maneira, ajudaram a construir o que é entendido como dignidade da pessoa humana. Mas por que optar por fazer o recorte do pensamento ocidental? Porque é inegável a influência judaico-cristã no mundo ocidental, o que ajuda a entender como foi forjada a ideia de dignidade da pessoa humana.

A partir do momento que, segundo o pensamento bíblico descrito em Gênesis 1:27: “Deus criou o homem à sua imagem, à imagem de Deus o criou; homem e mulher os criou”⁶⁹, o homem, seja cristão ou não, não pode ser encarado como qualquer outra criatura, com o propósito de servir a algo ou alguém. Para Tomás de Aquino: “Tanto no homem como na mulher está a imagem de Deus, quanto aquilo em que, principalmente, consiste a essência da imagem, a saber, a natureza intelectual.”⁷⁰ Com isso, o ser humano tem a prerrogativa de decidir o que ele encara como melhor para si mesmo, o que a literatura bíblica haveria de chamar de livre-arbítrio. Ingo Wolfgang Sarlet explica que o pensamento do filósofo está na capacidade de autodeterminação da natureza humana. Por causa de sua dignidade, o ser humano, naturalmente livre, existe em função da própria vontade⁷¹.

⁶⁸ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 52.

⁶⁹ BÍBLIA. Português. **Tradução do Novo Mundo da Bíblia Sagrada**. Cesário Lange: Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 2015. p. 44.

⁷⁰ AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Disponível em: <https://sumateologica.files.wordpress.com/2017/04/suma-teolc3b3gica.pdf>. Acesso em 13 maio 2021.

⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Notas Sobre a Dignidade (da pessoa) Humana no Âmbito da Evolução do Pensamento Ocidental. **R. Opin. Jur.**, Fortaleza, ano 13, n. 17, jan./dez. 2015. p. 252.

Uma ideia mais secular da noção de dignidade (e porque não, do próprio direito) veio surgir com o advento do período renascentista. Tem início então um período de laicização do Estado, o que não comportaria mais a noção teísta de que os homens são iguais e livres a partir da criação por Deus em imagem e semelhança. Immanuel Kant teve, nesse período, forte influência na noção de racionalização do pensamento ocidental, ao trazer o imperativo de que toda pessoa seja tratada como um “fim em si”⁷² mesma. As contribuições dele ainda são perceptíveis até hoje. Segundo Sarlet: “De qualquer modo, incensurável, é a atualidade da concepção kantiana no sentido de que a dignidade da pessoa humana, esta (pessoa) considerada como fim, e não como meio, repudia toda e qualquer espécie de coisificação e instrumentalização do ser humano”⁷³. O Direito como conhecemos encampou essa ideia ao consagrar a proibição a tortura e outras práticas degradantes, presente no texto constitucional (Art. 5º, III, CRFB/88).

Porém, a pergunta que fica é: Obrigar alguém a transfundir sangue, mesmo contra a sua vontade, é atentatório a sua dignidade? Segundo Gisele Mendes de Carvalho, a pessoa humana não é um instrumento, mas um fim em si mesmo e assim deve ser respeitada⁷⁴. É preciso lembrar que a humanidade vivenciou períodos nefastos em que o ser humano foi encarado como instrumento pela ciência, prática consagrada por Josef Mengele, “o anjo da morte” de Auschwitz, o campo de concentração nazista⁷⁵. Experimentos mortíferos feitos em humanos sem nenhum tipo de apreço pela saúde e segurança destes levou a criação, no pós-guerra, do Código de Ética Médica em Nuremberg, que regulamenta a pesquisa com seres humanos, por meio de princípios éticos, o que leva ao ramo do conhecimento conhecido como bioética. Para Mônica Aguiar: “ (...) todos parecem estar de acordo em afirmar que a bioética e o biodireito devem respeito à pessoa, e somente se legitima quando reconhecem a dignidade como limite aos experimentos científicos que tenham por base o gênero humano.”⁷⁶

⁷² KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Antônio Pinto de Carvalho. Companhia Editora Nacional. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_kant_metafisica_costumes.pdf. Acesso em 8 abr. 2021.

⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang. Notas Sobre a Dignidade (da pessoa) Humana no Âmbito da Evolução do Pensamento Ocidental. **R. Opin. Jur.**, Fortaleza, ano 13, n. 17, jan./dez. 2015. p. 257.

⁷⁴ CARVALHO, Gisele Mendes de. **Aspectos Jurídico-penais da Eutanásia**. São Paulo: IBCCRIM, 2001. p. 115.

⁷⁵ Não só o regime totalitário nazista foi responsável por experimentos em seres humanos sem a anuência destes. Nos Estados Unidos, a partir de 1932, a cerca de 400 homens afro-americanos foi negado o tratamento de sífilis, conhecido como “estudo de sífilis de Tuskegee”. Cf. COMO tratamento de sífilis foi negado a negros nos EUA em nome da ciência. **UOL**, 16 maio. 2017. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2017/05/16/como-tratamento-de-sifilis-foi-negado-a-negros-nos-eua-pela-ciencia.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 6 abr. 2021.

⁷⁶ AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e bioética**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005. p. 19.

Exemplos como esse mostram que a dignidade da pessoa humana na contemporaneidade não adveio de um direito (sobre)natural, como defendiam os teóricos medievais, mas sim foi conquistada a duras penas e com derramamento de sangue e perda de vidas. Daí a necessidade de vigilante proteção. Roxana Borges explica que: “Por ser histórico, o princípio da dignidade da pessoa humana só pode ser apreendido perante o caso concreto, situando-o espacialmente, cronologicamente e subjetivamente em relação às pessoas envolvidas.”⁷⁷ A atribuição do que é dignidade é subjetivo. Boaventura de Souza Santos explica que a incompletude das culturas nas suas concepções de dignidade humana advém da própria existência do pluralismo cultural, pois, se cada cultura fosse tão completa, existiria apenas uma só cultura⁷⁸. Falar de religião é falar de diferença⁷⁹. Quão grave é tratar a dignidade como abstrata, em que a noção de um é a mesma para todos, algo incompatível com uma sociedade plural, em que para se conviver, como nas palavras de Roxana Borges, deve existir alteridade⁸⁰.

A dignidade da pessoa humana é um dos baluartes do que pode se entender como a essência do estado. Para Ingo Sarlet, é o estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário⁸¹. Se é negada a concretude deste direito, não se pode falar em estado democrático de Direito. Este tem uma dupla direção protetiva, na lição de Nelson Nery Jr., por ser um direito público subjetivo contra o Estado e um encargo constitucional endereçado ao Estado, no sentido de um dever de proteger a dignidade humana do indivíduo frente a sociedade⁸². O Estado que tem a função constitucional de proteger a dignidade do indivíduo não pode ser o mesmo a ter a pretensão de querer definir o que é dignidade para os cidadãos, tolhendo assim esse direito. Se é a própria pessoa que conceituará sua dignidade e o que pode maculá-la⁸³, como explica Roxana Borges, por que tolher do paciente, consciente, que diz que a transfusão de sangue efetuada contra a sua vontade violará o que ele acredita, e portanto, agredirá sua dignidade, o direito de dizer o que é digno para ele ou não?

Nenhum bem-estar social pode ser invocado para limar a dignidade de ninguém. Como já explicado, a última barreira para uma intervenção estatal é se a escolha existencial do paciente atenta contra outrem. Agora, o que a escolha do melhor tratamento de saúde para si próprio

⁷⁷ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos da personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 20.

⁷⁸ SANTOS, Boaventura de Souza. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n.º. 48, jun. 1997. p. 22.

⁷⁹ Ibidem. p. 13.

⁸⁰ Op. Cit. p. 20.

⁸¹ SARLET, Ingo W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 67.

⁸² NERY JR., Nelson. **Escolha esclarecida de tratamento médico por pacientes Testemunhas de Jeová** como exercício harmônico de direitos fundamentais. São Paulo. 2009. p. 10.

⁸³ Op. Cit. p. 143.

afeta no outro? Esta opção feita pelo paciente poderia estar no rol exemplificativo citado por Luís Roberto Barroso: “(...) decisões sobre a própria vida de uma pessoa, escolhas existenciais sobre religião, casamento, ocupações e outras opções personalíssimas que não violem direitos de terceiros não podem ser subtraídas do indivíduo, sob pena de se violar sua dignidade.”⁸⁴ Apesar do senso comum ser no sentido de que o médico deve, acima de tudo, salvar vidas, este precisa entender que a vida do paciente que está ali a recusar uma transfusão de sangue não é só seu corpo físico, mas também o que ele acredita. Maria Elisa Villas- Bôas entende que os valores pessoais do enfermo são motivos suficientes para respaldar a recusa⁸⁵. Atentar contra isso seria semelhante a aniquilar sua consciência, e conseqüentemente sua dignidade.

Dignidade é um sentimento que o indivíduo deve desenvolver a partir de suas vivências, do que ele entende como justo, da sua noção de sociedade, “afinal, é impossível olhar a vida com os olhos dos outros”⁸⁶. Se é pela ótica do outro que você vê o que é digno ou não, de nada adianta a consagração constitucional da liberdade de pensamento, se não é realmente livre para viver de acordo com o que pensa e crê. A conclusão de Luís Roberto Barroso se encaixa perfeitamente no porquê discutir a possibilidade ou não de transfundir sangue contra a vontade do paciente é bem mais do que uma hipotética colisão entre o direito à vida e liberdade de consciência e crença, mas sim, impor tratamento viola o princípio da dignidade da pessoa humana. Lei ou ato normativo neste sentido seria inconstitucional. Por esse mesmo fundamento, escolher conscientemente não depende de manifestação judicial⁸⁷. Veja agora como o direito infraconstitucional apoia (ou não) essa ideia.

⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Legitimidade da recusa de Transfusão de Sangue por Testemunhas de Jeová: Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/testemunhas-jeova-sangue.pdf>. Acesso em 6 abr. 2021.

⁸⁵ VILLAS-BÔAS. Maria Elisa. **Da Eutanásia ao Prolongamento Artificial: Aspectos Polêmicos na Disciplina Jurídico-Penal do Final de Vida.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005. p. 144.

⁸⁶ VIDA, Samuel Santana. **Quem dorme com os olhos dos outros, não acorda a hora que quer: colonialidade jurídica, constitucionalismo e direito à liberdade religiosa na diáspora- a cidade negra e os sujeitos constitucionais das religiões de matrizes africanas em Salvador.** 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2018. p. 12.

⁸⁷ Op. Cit. p. 33.

3 O DIREITO INFRACONSTITUCIONAL BRASILEIRO E A RECUSA A TRATAMENTO COM USO DE SANGUE

O ordenamento jurídico é formado por matizes diversas, o que levanta a questão se há como agrupá-las de uma forma lógica. Hans Kelsen foi um teórico austríaco que propôs a sua disposição em forma de pirâmide. Para ele: “A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas.”⁸⁸ No topo dessa construção, estaria a norma hipotética fundamental. Esta não é o objetivo deste trabalho, mas sim o que vem logo após dela, a Constituição Federal, seguida sua vez pelas Leis Complementares; Leis Ordinárias, Medidas Provisórias, Tratados; Decretos e por fim tanto as Resoluções como as Portarias. O que é preciso entender dessa disposição é que todas as normas infraconstitucionais encontram seu senso de existência no texto constitucional. Como explica Mônica Aguiar, a Constituição Federal é o modelo para interpretação da ordem infraconstitucional, não o contrário⁸⁹.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagrou a nova república, ou seja, a superação de 24 anos de uma ditadura civil-militar que assolou o País e ignorou garantias mínimas para muitos dos brasileiros. Era preciso resgatá-las pelo texto constitucional. Luís Roberto Barroso explica que com sua promulgação, a CRFB/88 acumulou, além da supremacia formal que já tinha, a supremacia material, decorrente de um sistema jurídico aberto e da sua normatividade principiológica⁹⁰. Porém, o que fazer com boa parte do direito infraconstitucional que foi sancionado ou até mesmo gerado antes de 1988, muitos deles em períodos antidemocráticos? Começa a surgir um fenômeno chamado de constitucionalização de vários ramos do Direito, entre eles o civil, por exemplo. O que alguns autores chamam de filtragem constitucional é, na lição de Barroso, ler e apreender a ordem jurídica sob a ótica constitucional, realizando os valores ali consagrados⁹¹.

Neste capítulo será feita uma incursão com o objetivo de como a tese da constitucionalidade da recusa a transfusão de sangue por paciente capaz levantada em nome da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa Brasileira, influencia o

⁸⁸ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 155.

⁸⁹ AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e bioética**. Rio de Janeiro. Ed. Forense, 2005. p. 32.

⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Flávio de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 42.

⁹¹ *Ibidem*. p. 43.

Direito Brasileiro. Para isso, com base no recorte deste trabalho, sem a pretensão de ser exauriente, fora escolhido o Código Civil (Lei 10.406/2002); Lei de Transplante de Órgãos e Tecidos (9.434/1997) e o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003). Por fim, será analisada a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 618 e o futuro da objeção a tratamentos sem uso de sangue no Brasil.

3.1 O CÓDIGO CIVIL (LEI 10.406/2002) E A AUTONOMIA DO PACIENTE

Apesar da sanção do Código Civil ter ocorrido em 2002, no século XXI, este, nas palavras de Gustavo Tepedino, já nasceu velho⁹². Após o anteprojeto do professor Orlando Gomes de 1963 ter sido rejeitado, coube a Miguel Reale, em 1967, encampar um anteprojeto concluído em 1972 que ficou por quase três décadas em trânsito nas casas legislativas. Durante esse período, como já explicado anteriormente, o Brasil voltou a ser uma democracia e promulgou sua nova Constituição. Porém, o Projeto deste ficou a parte dessas discussões. Caio Mário da Silva Pereira alertava que este não é um Código renovado, cabendo ao intérprete a tarefa de preencher lacunas e omissões, construindo o Direito e não deixando que as leis envelhecerem⁹³. Por isso, a atenção a partir de agora será voltada a um dos pilares do CC-02: a autonomia, neste caso do paciente para escolher o que considera o melhor tratamento.

Autonomia, para Immanuel Kant, é: “escolher sempre de modo tal que as máximas de nossa escolha estejam compreendidas, ao mesmo tempo, como leis universais, no ato de querer.”⁹⁴ É como se o ser humano criasse um próprio código de conduta e seguisse esse independentemente de qualquer influência externa, ou somente o poder de decidir por si só. Este conceito tem repercussão em várias esferas do conhecimento, como a moral, a política, e a bioética, onde se encontra a noção de autonomia do paciente. Para poder entendê-la, é preciso compreender o paternalismo que vigorou durante muito tempo no meio científico, ou seja, atribuir ao médico o poder de decidir o que é benéfico para o paciente. Heloisa H. Barboza exemplifica com a relação dos pais para com os filhos⁹⁵. Porém, está se tratando de pessoas

⁹² TEPEDINO, Gustavo. O Novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira. Editorial. **RTDC**, vol. 7, 2001.

⁹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil. 25. ed. Rio Janeiro: Forense. 2012. p. 76-77.

⁹⁴ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Antônio Pinto de Carvalho. Companhia Editora Nacional. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_kant_metafisica_costumes.pdf. Acesso em 8 abr. 2021.

⁹⁵ BARBOZA, Heloisa Helena. A autonomia da vontade e a relação médico-paciente no Brasil. **Lex Medicinæ** – Revista Portuguesa de Direito da Saúde 2:7, 2004.

adultas e sua capacidade de autoafirmação. O conceito do que é o melhor não é o mesmo para todos, ainda mais em uma sociedade plural como a atual.

Como já citado anteriormente, em nome da ciência, “médicos” foram responsáveis por algumas das maiores atrocidades até o século XX. Com isso, a noção de paternalismo médico foi cada vez mais dando lugar a autonomia do paciente em decidir o que é melhor para si. Para Maria Elisa Villas-Bôas: “A autonomia resulta da própria deferência à dignidade da pessoa. Ela se opõe ao paternalismo médico, vigente até o século passado, e representa o reconhecimento do protagonismo do paciente na decisão e na assunção de conduta a ele pertinentes.”⁹⁶ Está umbilicalmente ligada a dignidade da pessoa humana, afinal, não há nada mais digno do que escolhas existenciais, especialmente se elas envolvem questões de saúde. O corpo é do paciente, não há ninguém melhor que ele que saiba os limites do mesmo. O médico pode propor e aconselhar, porém, como adverte Luis Roberto Barroso, o profissional de saúde não tem mais autoridade para obrigar determinado tratamento ou para se substituir o poder de decisão do paciente com relação a sua incolumidade tanto física como moral⁹⁷.

O exercício da dignidade da pessoa humana como autonomia, para Luís Roberto Barroso, envolve tanto a capacidade, núcleo da autonomia, como as condições para o exercício da autodeterminação. A capacidade significa poder realizar escolhas morais relevantes, assumindo a responsabilidade pelas decisões tomadas. Por trás da autonomia existe alguém capaz de se autodeterminar, traçar planos de vida e realizá-los⁹⁸. Já as condições mínimas para esse exercício não podem estar somente expressas na teoria, mas sim na prática, o que o Direito, por sua vez, viria a consagrar como mínimo existencial, o que para Barroso trata-se de mínimas condições econômicas, educacionais e psicofísicas⁹⁹. Essas duas funcionam como um filtro para que o exercício da autonomia seja pleno.

Já para a Bioética, que na explicação de Maria Elisa Villas-Bôas é o ramo transdisciplinar do conhecimento humano que abarca a medicina, direito, filosofia, sociologia, psicologia e antropologia, dentre outros e que tem como objetivo a promoção da dignidade da pessoa humana e a qualidade de vida¹⁰⁰, a autonomia, ou capacidade de autodeterminação, é um dos seus princípios, em conjunto com a beneficência, ou seja, promover o bem do enfermo, visando

⁹⁶ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. **Da Eutanásia ao Prolongamento Artificial: Aspectos Polêmicos na Disciplina Jurídico-Penal do Final de Vida**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005. p. 119.

⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Legitimidade da recusa de Transfusão de Sangue por Testemunhas de Jeová: Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/testemunhas-jeova-sangue.pdf>. Acesso em 8 abr. 2021.

⁹⁸ Op. Cit.

⁹⁹ Op. Cit.

¹⁰⁰ Op. Cit. p. 107 e 109.

a sua cura, a não-maleficência, não fazer o mal a paciente que, por exemplo, não há mais chance de recuperação e assim só agravar o seu sofrimento¹⁰¹ e a justiça, que é a distribuição equalitária de recursos em falta, visando assim que todos possam arcar com os bônus e ônus¹⁰².

A noção de autonomia abarcaria também a recusa de um paciente a uma transfusão de sangue? Essa questão foi enfrentada por Orlando Gomes em discussão sobre seu Anteprojeto de Código Civil, citado anteriormente. A lição deste é digna pela lucidez apresentada há décadas atrás que muitos hoje simplesmente ignoram: “o que não posso é submeter alguém, contra a sua vontade, a um tratamento médico, a um tratamento cirúrgico, porque isso é violentar a liberdade humana. Se ele não quer se submeter a esse tratamento, não deve ser submetido.”¹⁰³ Para o iminente civilista, essa é uma expressão da liberdade individual destas pessoas que não querem se submeter a um tratamento com uso de sangue, e como tal deve ser respeitado. Opor-se a isso trata-se mais de uma questão de preconceito do que de ordem religiosa¹⁰⁴.

3.1.1 Os Direitos da Personalidade

O Código Civil, ao dispor sobre o tema dos direitos da personalidade, apresenta uma defasagem histórica. Pelo menos essa é a visão de Gustavo Tepedino de que tais direitos foram dispostos de forma tímida e tipificadora entre os artigos 11 a 21 do CC-02, seguindo doutrina gloriosa da década de sessenta, mas que não conheceu a cláusula geral de proteção da pessoa humana da CRFB/88¹⁰⁵. Consegue-se compreender assim que tais direitos estão umbilicalmente ligados a já explicada dignidade da pessoa humana. Mas primeiro, é preciso entender o que são.

Os direitos da personalidade, na lição de J.J. Calmon de Passos, são direitos essenciais por tratarem de atributos indissociáveis da pessoa humana e não patrimoniais porque são direitos morais, inexpressíveis economicamente¹⁰⁶. Nesse conceito do autor baiano pode-se identificar duas características destes: sua titularidade, que pertence ao ser humano, e a extrapatrimonialidade, apesar que caso sejam violados, podem gerar sim compensação financeira. Outros autores trazem contribuições para o conceito dos direitos da personalidade. Para Francisco Amaral, “todos os direitos da personalidade são direitos fundamentais, mas não

¹⁰¹ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. **Da Eutanásia ao Prolongamento Artificial: Aspectos Polêmicos na Disciplina Jurídico-Penal do Final de Vida**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005. p. 117-119.

¹⁰² Ibidem. p. 122.

¹⁰³ PASSOS, J.J. Calmon de. **Direitos da Pessoa. Capacidade. Direitos da Personalidade**. Entrevistado: Orlando Gomes. **Bahia Forense: legislação, doutrina, jurisprudência**, Salvador, v. 8, n. 6, jan. 68. p. 36.

¹⁰⁴ Ibidem, idem.

¹⁰⁵ TEPEDINO, Gustavo. **O Novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira**. Editorial. **RTDC**, vol. 7, 2001.

¹⁰⁶ Op. Cit. p. 28.

ao inverso”¹⁰⁷, trazendo a luz o Art. 5º, X¹⁰⁸ da Constituição da República Federativa Brasileira. Ideia semelhante compartilha M^a de Fátima Sá, ao explicar que os direitos humanos são, inicialmente, os mesmos da personalidade. Porém, há para os primeiros o enfoque constitucional e é reservado para os direitos da personalidade o caráter privado¹⁰⁹. Por sua vez, Roxana Borges traz a dignidade da pessoa humana como vetor essencial para compreender a importância destes direitos¹¹⁰.

Mas quais são os direitos da personalidade? A tripartição apresentada pelos professores Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho em atributos físicos, psíquicos e morais parece ser a mais acertada¹¹¹. Semelhante é a também tripartição trazida por Francisco Amaral: biológica, psíquica e espiritual. “Biologicamente, é o processo de atividade orgânica e de transformação permanente do indivíduo, desde a concepção até a morte. Psicologicamente, é a percepção do mundo interno e externo ao indivíduo. Espiritualmente, significa inteligência e vontade.”¹¹² Eles não são taxativos, ou seja, apenas os direitos da personalidade previstos tanto na CRFB/88 como no CC-02, pois como explica Roxana Borges, essa previsão será sempre insuficiente para proteger a dignidade da pessoa humana na atual sociedade¹¹³.

Além da não-taxatividade, existem outras características unânimes na doutrina, além das já citadas, como o seu caráter absoluto, ou na lição de Roxana Borges, são oponíveis erga omnes, gerando para a coletividade o dever de abstenção ou não-intromissão nos direitos da personalidade de outrem¹¹⁴, seu caráter geral, já que todas as pessoas o têm, sua imprescritibilidade, pois não há prazo para que sejam utilizados, muito menos se prescreve com o passar do tempo, sua impenhorabilidade, exceto dos créditos decorrentes destes e sua vitaliciedade, havendo a possibilidade de se estenderem ao além-morte, como é o caso do direito ao cadáver e a qualquer violação a honra e memória do falecido.

Porém, há uma característica que causa divisão na doutrina civilista brasileira e que a muito interessa este trabalho: Sua (in)disponibilidade. Afinal, o titular, já apreendido aqui que

¹⁰⁷ AMARAL, Francisco. **Direito Civil**. Introdução. 8. ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2014. p. 310.

¹⁰⁸ “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.” (BRASIL. [Constituição (1988)]. Artigo 5º, X. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 18 abr. 2021.)

¹⁰⁹ SÁ, M^a de Fátima F. **Direito de morrer**: eutanásia, suicídio assistido. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 38.

¹¹⁰ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos da personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 21.

¹¹¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: parte geral. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 198.

¹¹² Op. Cit. p. 314.

¹¹³ Op. Cit. p. 28.

¹¹⁴ Op. Cit. p. 33.

é o homem, pode dispor de qualquer um dos seus direitos da personalidade? No caso em questão, pode o paciente dispor da sua integridade física, ou em último caso, de sua vida? Para parte da doutrina, não. Autores como Francisco Amaral, que sustenta a prioridade do direito à vida com relação a recusa de transfusão de sangue por motivo religioso¹¹⁵ e Maria Helena Diniz, que alega o dever do médico de salvar vidas, independente do paciente ou de participação positiva ou negativa de juiz ou tribunal¹¹⁶, transformando o profissional de saúde em um deus onipotente. Nem pela sua própria vontade o paciente pode dispor do seu direito, o que envolveria transmitir o poder de decisão a alguém (intransmissibilidade) ou abandonar seu próprio direito (irrenunciabilidade).

Posição neutra é a dos autores Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho. Para eles, o melhor a se fazer seria o hospital, por meio do seu departamento jurídico, obter o suprimento da autorização a transfusão de sangue na via judicial. Restaria ao magistrado decidir qual valor jurídico deve ser preservado, a luz do caso concreto¹¹⁷. Já para outra parte da doutrina, o titular pode sim dispor do seu direito. Caio Mário da Silva Pereira aponta a relatividade do conceito de risco de morte, o que pode levar ao desrespeito da vontade do paciente. O autor aduz que esta deve ser acatada¹¹⁸. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, por sua vez, explicam que a dignidade da pessoa humana, vetor do sistema jurídico brasileiro, protege não só a integridade física, psíquica e intelectual, mas também a liberdade de credo. Violá-la, na lição dos autores, seria violar o próprio conceito de vida digna¹¹⁹. Já Anderson Schreiber explica que em uma eventual ponderação entre o direito a liberdade religiosa e a vida do paciente, como são dois direitos de igual hierarquia, prevalece o que o paciente considera mais importante¹²⁰.

É a liberdade que todo ser humano tem, segundo Roxana Borges, que dá a possibilidade deste conduzir a sua vida sem a intromissão do estado ou de particulares, cabendo a estes somente respeitar à vida privada daquele. Vida privada esta que é a finalidade de todo direito da personalidade, afinal é ao viver que a pessoa desenvolve livremente sua personalidade. “Esse aspecto positivo dos direitos da personalidade, realizador da liberdade jurídica que o ordenamento reconhece das pessoas, tem de ser respeitado. É preciso admitir o exercício amplo

¹¹⁵ AMARAL, Francisco. **Direito Civil**. Introdução. 8. ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2014. p. 315.

¹¹⁶ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 309

¹¹⁷ STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: parte geral. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 218.

¹¹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 213.

¹¹⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: parte geral e LINDB. 14. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 233.

¹²⁰ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 52.

de liberdade que não afete direitos de terceiros.”¹²¹ Ainda explica a autora que qualquer imposição forçada ao paciente configura-se como uma violência existencial, já que é limado dele a necessidade natural de autodeterminação sobre circunstâncias que afetam a si próprio¹²². É o próprio ser humano que tem de eleger o que considera mais importante para sua essência.

Por fim, é preciso fazer uma ressalva ao artigo 15¹²³ do CC-02. Parece, a primeira vista, que o legislador autoriza que em situações onde não há risco de vida, pode-se sim constranger alguém a realizar um tratamento ou intervenção médica. Segundo Anderson Schreiber, “toda a produção jurídica das últimas décadas em matéria de responsabilidade médica tem se concentrado sobre a necessidade de obtenção da concordância do paciente para qualquer espécie de tratamento”¹²⁴, não fazendo sentido assim a exegese deste artigo. A interpretação correta deste dispositivo seria que a pessoa pode opor-se a qualquer tratamento médico ou intervenção cirúrgica, principalmente se esta apresentar risco a sua vida, mas também se não houver risco algum.

Não deve ser vedado somente constranger alguém a submeter-se a tratamento com risco, mas também impor a paciente tratamento que, suficientemente informado, prefere não se submeter, com base na sua própria dignidade¹²⁵. Essa é a interpretação que está de acordo com os ditames constitucionais expressos no art. 1º, III da CRFB/88. Os participantes da V Jornada de Direito Civil chegaram a conclusão semelhante com o Enunciado n° 403¹²⁶, ao trazerem requisitos que devem ser observados ao recusar tratamento médico, entre eles a transfusão de sangue. A alínea b será apresentada a seguir: manifestação de vontade livre, consciente e informada.

3.1.2 Diretivas Antecipadas de Vontade

¹²¹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos da personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 122.

¹²² Ibidem. p. 150.

¹²³ “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.” (BRASIL. Artigo 15. **Lei n.º 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 18 abr. 2021.)

¹²⁴ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 53.

¹²⁵ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, M^º Cecília Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da república**. v. 1. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2004. p. 41.

¹²⁶ “Art. 15: O Direito à inviolabilidade de consciência e de crença, previsto no art. 5º, VI, da Constituição Federal, aplica-se também à pessoa que se nega a tratamento médico, inclusive transfusão de sangue, com ou sem risco de morte, em razão do tratamento ou da falta dele, desde que observados os seguintes critérios: a) capacidade civil plena, excluído o suprimimento pelo representante ou assistente; b) manifestação de vontade livre, consciente e informada; e c) oposição que diga respeito exclusivamente à própria pessoa do declarante.” (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciado n° 403. **V Jornada de Direito Civil**. AGUIAR JR., Ruy Rosado de (Org.). Brasília: CJF, 2012. p. 69.)

Antes de se aprofundar em como funciona este instituto, é preciso entender o princípio em que este se baseia: o do consentimento. O paciente é o titular do direito, como por exemplo, da integridade física, e este outorga a outrem, no caso ao profissional de saúde, a autorização para violá-lo em vista de um bem maior: a manutenção da saúde. Para Letícia Campos Velho Martel, trata-se de condição necessária para poder existir disposição. Não havendo consentimento, não haverá disposição, mas heteronomia nos direitos fundamentais de outrem¹²⁷.

Lembre-se que a noção de paternalismo, em que o médico tomava decisões com base no que entendia como melhor, foi substituída pela autonomia do paciente em poder escolher o que é melhor pra si. Anderson Schreiber explica que: “(...) o princípio do consentimento informado impõe aos profissionais de saúde um permanente diálogo com o paciente. Sua participação é considerada imprescindível à tomada de decisões relativas ao tratamento¹²⁸.” Por isso que é necessário que os profissionais de saúde sigam essa diretriz norteadora e exponham, de forma clara, todas as informações que são necessárias para que o tratamento seja compreendido e se há alternativas a este.

Mas como se dará essa manifestação do paciente? Aduz Letícia de Campos Velho Martel que o tipo de consentimento, sua interpretação, e onde ele pode ser admitido são critérios importantíssimos¹²⁹. Da mesma forma que devem existir requisitos para que o consentimento seja considerado válido, estes também são necessários para o caso do paciente não consentir qualquer intervenção em seu corpo, expressão de sua autonomia, princípio consagrado pela bioética e explanado neste trabalho, principalmente se este estiver desacordado. Quem está hospitalizado pode estar consciente do que está a acontecer e expressa sua opinião sobre o tipo de procedimento que o profissional de saúde pretende realizar nele. Agora, como ele irá opinar se foi vítima de um acidente e chega sem consciência a unidade hospitalar? Ou se no meio de um procedimento consentido pelo enfermo, que está sedado, aparece a necessidade de realizar uma intervenção que não havia sequer cogitada no consentimento?

Solução possível para esse impasse “(...) seria a aceitação de diretrizes antecipadas, os chamados testamentos vitais, em que, no exercício de sua autonomia, o indivíduo capaz determinaria como deseja ser tratado, obedecendo os limites legais, caso se torne incompetente

¹²⁷ MARTEL, Letícia de Campos Velho. Indisponibilidade de Direitos Fundamentais: Conceito Lacônico, Consequências Duvidosas. **Espaço jurídico**/Universidade do Oeste de Santa Catarina, v. 11, n. 2, jul./dez. 2010. p. 360.

¹²⁸ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 55.

¹²⁹ Op. Cit. p. 361.

para decidir por si (...)”¹³⁰. Ronald Dworkin assevera a importância de se tomar uma decisão com antecedência sobre qual tratamento escolher, prática comum nos Estados Unidos da América. Para o autor, isso pode parecer fácil quando o paciente assina um testamento de vida determinando o que deve ser feito em tais circunstâncias, ou quando expressa seus desejos de maneira eloquente, mas informalmente¹³¹. Para o direito norte-americano existem duas formas de diretrizes antecipadas: os testamentos vitais¹³² (*living will*) ou a procuração de cuidados de saúde¹³³ (*durable power of attorney for health care*). No Brasil, não há previsão alguma em lei esparsa nem no CC-02 de quais devem ser os requisitos específicos de existência, validade e eficácia, para usar da escada ponteana¹³⁴. Nesse caso, deve-se observar, ao menos, os requisitos gerais de validade presentes nos incisos do artigo 104 do CC-02: agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.

As Testemunhas de Jeová utilizam um documento chamado de “Diretivas Antecipadas e Procuração para Tratamento de Saúde”, gentilmente cedido por estas e que está apresentado no Anexo. Para Celso Ribeiro Bastos, tal declaração, “(...) sob o prisma da legalidade, constitui-se em ato jurídico plenamente válido, eis que observa as condicionantes do agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei (...)”¹³⁵. Será destrinchado a partir de agora cada um desses aspectos. Primeiramente, a natureza jurídica desta declaração é de ato jurídico *stricto sensu*. Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald tal ato gera consequências jurídicas tipificadas em lei, mas sem qualquer regulamentação de autonomia¹³⁶. Mas porque não um negócio jurídico? Este é definido basicamente por um acordo de interesses entre partes pré-

¹³⁰ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. **Da Eutanásia ao Prolongamento Artificial: Aspectos Polêmicos na Disciplina Jurídico-Penal do Final de Vida**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005. p. 86-87.

¹³¹ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 269.

¹³² “se caracterizariam como documentos nos quais o declarante simplesmente declara, sem constituir ou nomear procurador, preventivamente, quais atuações médicas lhe são desejadas ou indesejadas, caso ele não esteja, no momento da intervenção médica, em condições de manifestar sua vontade.” (NERY JUNIOR, Nelson. **Escolha esclarecida de tratamento médico por pacientes Testemunhas de Jeová** como exercício harmônico de direitos fundamentais. São Paulo, 2009. p. 46)

¹³³ “além de consignar especificamente as instruções preventivas sobre as intercorrências médicas que deseja refutar, evitando procuração em branco (...), o declarante também nomeia e constitui procurador [ou procuradores] para transmitir ao médico a sua vontade externada, caso o declarante esteja, nesse momento, incapacitado de fazê-lo.” (Ibidem, idem.)

¹³⁴ Expressão cunhada pelo professor Pontes de Miranda, em sua obra *Tratado de Direito Privado*: “Existir, valer e ser eficaz são conceitos tão inconfundíveis que o fato jurídico pode ser, valer e não ser eficaz, ou ser, não valer e ser eficaz. As próprias normas jurídicas podem ser, valer e não ter eficácia. O que se não pode dar é valer e ser eficaz, ou valer, ou ser eficaz, sem ser; porque não há validade, ou eficácia do que não é.” Cf. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. 4. ed. São Paulo: RT, 1974, t. III. p. 15.

¹³⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. **Direito de recusa de pacientes submetidos a tratamento terapêutico às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas**. Disponível em: <https://crianca.mppr.mp.br/pagina-634.html>. Acesso em: 16 abr. 2021.

¹³⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 14. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 582.

definidas, o que não ocorre aqui. Há ali, segundo Nelson Nery Jr., tão somente uma alteridade abstrata, dirigida a todos da sociedade e não apenas a outro ente específico¹³⁷.

O primeiro requisito de validade do artigo 104 do CC-02 é o de agente capaz. Basicamente para o Direito Civil Brasileiro, os maiores de 18 anos são absolutamente capazes de decidir os atos de sua vida, salvo poucas exceções com relação a alguns atos, como os ébrios habituais e os viciados em tóxico (Art. 4º, II), aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade (Art. 4º, III) e os pródigos (Art. 4º, IV). Porém, a capacidade exigida para tal feito “(...) é necessariamente uma capacidade contínua no plano temporal: é a capacidade de ter uma personalidade e agir de acordo com ela”¹³⁸. Luís Roberto Barroso explica que quem consente é o titular do direito fundamental em questão, que deverá manifestar de maneira válida e inequívoca sua vontade. Os requisitos de validade deverão ser sua capacidade civil e ter condições adequadas de discernimento ao expressá-la¹³⁹. Essa manifestação deve ser livre de qualquer coação e não é recomendado que estas pessoas estejam sob efeito de alguma substância, medicinal ou não, que altere a compreensão do mundo ao seu redor.

O segundo requisito é o objeto lícito, possível, determinado ou determinável. Adverte Álvaro Villaça Azevedo que o objeto do documento não é a renúncia ao direito à vida, mas o direito de escolher antecipadamente que tipo de tratamento médico quer receber. Esta pode ser determinável com relação a um tratamento no futuro e determinado pela possibilidade de listar tanto a recusa à transfusão de sangue como de seus derivados, como os medicamentos que aceita¹⁴⁰. Por fim, a forma descrita ou não defesa em lei. Esta pode ser traduzida pela liberdade da forma que o paciente quiser escolher para o documento, regra no Direito Civil Brasileiro, exceto quando a lei exigir uma forma, segundo o artigo 107¹⁴¹ do Código Civil. Nelson Nery Jr. argumenta a necessidade deste ato ser atestado na frente de testemunha¹⁴², como preceitua a Portaria 1820/2009 do Ministério da Saúde, em seu artigo 4º, IX¹⁴³.

¹³⁷ NERY JUNIOR, Nelson. **Escolha esclarecida de tratamento médico por pacientes Testemunhas de Jeová** como exercício harmônico de direitos fundamentais. São Paulo. 2009. p. 43.

¹³⁸ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, pp. 321.

¹³⁹ BARROSO, Luis Roberto. **Legitimidade da recusa de Transfusão de Sangue por Testemunhas de Jeová: Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/testemunhas-jeova-sangue.pdf>. Acesso em 17 abr. 2021.

¹⁴⁰ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Autonomia do Paciente e Direito de Escolha de Tratamento Médico Sem Transfusão de Sangue** mediante os atuais preceitos civis e constitucionais brasileiros. São Paulo, 2010. p. 37.

¹⁴¹ “A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.” (BRASIL. Artigo 107. **Lei n.º 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 18 abr. 2021.)

¹⁴² Op. Cit. p. 43.

¹⁴³ “a informação a respeito de diferentes possibilidades terapêuticas de acordo com sua condição clínica, baseado nas evidências científicas e a relação custo-benefício das alternativas de tratamento, com direito à recusa, atestado

Uma particularidade deste documento é que ele traz em sua página dois a presença de dois procuradores, sendo um destes alternativo. Aproxima-se assim da já citada procuração de cuidados de saúde (*durable power of attorney for health care*), comum no direito norte-americano. Mas o direito brasileiro admite essa possibilidade? Certamente que sim. Essa figura se aproxima do contrato de mandato do CC-02 (artigo 653¹⁴⁴), afinal, o que é escolher alguém para atuar com relação a sua saúde do que outorgar poderes para este administrar seus interesses?

Basicamente, o que se espera dos profissionais de saúde com relação as “Diretivas Antecipadas e Procuração para Tratamento de Saúde” é respeito. Mesmo que a pessoa esteja desacordada ou inconsciente na necessidade do consentimento, este documento fala por ela. M^a de Fátima Freire de Sá e Ana Carolina Brochado Teixeira explicam que caso haja prova da crença adotada pelo paciente, onde está explícita a recusa a qualquer tratamento que tenha por finalidade a transfusão sanguínea, não há outra alternativa senão respeitar sua vontade¹⁴⁵.

O consentimento (ou dissentimento) informado também pode ser revogável a qualquer momento. Caso o paciente, no momento, arrependa-se da decisão tomada, ele tem total liberdade, afinal, trata-se da autonomia deste e ninguém melhor do que ele para decidir o que é melhor para si. Ronald Dworkin ensina que qualquer pedido posterior feito pela Testemunha de Jeová revoga sua decisão original, porque esse novo pedido é um novo exercício de sua autonomia. Desconsiderar seu pedido equivaleria a tratá-la como se sua vida já não estivesse mais sob seu controle¹⁴⁶.

Com relação ao plano da eficácia jurídica, Nelson Nery Jr. lembra do duplo efeito que esse documento tem. Primeiro, é juridicamente vinculativo aos profissionais de saúde. Estes devem respeitá-lo, sob pena de responderem civil, ética e criminalmente pelo seu desrespeito. Segundo, também tem eficácia eximidora da responsabilidade do médico. “Nesse contexto, o paciente que exerce sua liberdade individual e sua autonomia privada, recusando a submeter-se

na presença de testemunha.” (BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria n.º 1820, de 13 de Agosto de 2009**. Disponível em: https://conselho.saude.gov.br/ultimas_noticias/2009/01_set_carta.pdf. Acesso em 28 out. 2020.)

¹⁴⁴ “Opera-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses. A procuração é o instrumento do mandato.” (BRASIL. Artigo 653. **Lei n.º 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 18 abr. 2021.)

¹⁴⁵ SÁ, M^a de Fátima Freire; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Responsabilidade medica e objeção de consciência religiosa. **Revista Trimestral de Direito Civil** 21:133, 2005.

¹⁴⁶ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 317.

a determinados tipos de tratamento, assume as consequências decorrentes do seu ato.”¹⁴⁷ Sobre a responsabilidade civil do médico, esta será abordada no tópico a seguir.

3.1.3 Responsabilidade civil do médico (Resolução CFM 2217/18 – Código de Ética Médica)

O juramento de Hipócrates, pai da medicina moderna, aos deuses gregos responsáveis pela cura e hoje feito pelos estudantes de medicina ao final do curso, não são somente palavras repetidas, mas carregam consigo o sentido da profissão que séculos depois, permanece inalterado. Destaca-se deste a seguinte frase: “Aplicarei os regimes para o bem do doente segundo o meu poder e entendimento, nunca para causar dano ou mal a alguém.”¹⁴⁸ Não é da profissão do médico prejudicar qualquer paciente que seja, muito menos a obrigação de salvar a vida do paciente. Essa ideia inculcada no senso comum da maioria das pessoas não corresponde ao papel do médico em utilizar do seu conhecimento adquirido para proporcionar bem-estar na medida do possível ao paciente. Esclarece Sérgio Cavalieri Filho que nenhum médico, e não se está aqui duvidando da sua capacidade, pode assumir a obrigação de curar o doente ou de salvá-lo. Ele deve prestar os seus serviços de acordo com as regras e os métodos profissionais, incluindo cuidados e conselhos¹⁴⁹.

Porém nem sempre consegue-se unir a melhor técnica a recuperação total do paciente, ou até mesmo ocorrem situações em que o paciente infelizmente é vítima do descaso do profissional de saúde. Como proceder nessas situações? Uma das formas que o direito encontra é pela responsabilidade civil, que segundo Sérgio Cavalieri Filho: “(...) é um dever jurídico sucessivo que se originou da violação de dever jurídico originário.”¹⁵⁰ Esse dever jurídico originário pode ser encarado como a obrigação. A partir do descumprimento desta, que nasce o dever jurídico sucessivo, que é a reparação civil. Parte-se para uma classificação da responsabilidade civil do médico. Na lição de Ruy Rosado de Aguiar Jr., esta pode ser contratual, se advém de contrato estabelecido entre paciente e profissional, tácito, na maioria das vezes, compreendendo o médico que é livremente escolhido, contratado e pago pelo

¹⁴⁷ NERY JR., Nelson. **Escolha esclarecida de tratamento médico por pacientes Testemunhas de Jeová** como exercício harmônico de direitos fundamentais. São Paulo, 2009. p. 47.

¹⁴⁸ Quem somos. **CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO**. Disponível em: <https://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Historia&esc=3>. Acesso em 17 abr. 2021.

¹⁴⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 403.

¹⁵⁰ *Ibidem*. p. 305.

cliente¹⁵¹. Para advir a responsabilidade contratual, basta existir um contrato, o inadimplemento de alguma cláusula e o nexo de causalidade que o dano foi originado deste descumprimento.

Será extracontratual quando, inexistindo contrato, as circunstâncias da vida colocam frente a frente médico e doente, sendo dever do profissional prestar assistência¹⁵², continua a explicar Ruy Rosado de Aguiar Jr. Por exemplo, se ocorre um acidente e o ferido é levado inconsciente ao pronto-socorro mais próximo, este não teve a liberalidade de escolher se queria ser tratado por um médico ou outro. A responsabilidade, neste caso, virá da imprudência (descuido), negligência, (deixar de adotar as providências necessárias), ou imperícia (descumprimento de regra técnica da profissão).

No entanto, esta dicotomia foi superada. A promulgação do Código de Defesa de Consumidor (Lei nº 8.078/1990) autorizou: “a inversão do ônus da prova, em o benefício do consumidor, nos termos do art. 6º, VIII, desde que presentes os pressupostos da hipossuficiência ou da verossimilhança da alegação, sem se cogitar da natureza (contratual ou extracontratual) da relação subjacente.”¹⁵³ O mencionado artigo trata de um direito básico do paciente e consumidor, que é a inversão do ônus da prova pelo magistrado, não sendo mais necessária então a divisão apresentada.

A segunda classificação necessária para compreensão do leitor é entre obrigação de meio e fim. Na obrigação de meio, segundo Ruy Rosado de Aguiar Jr., o profissional assume a obrigação de prestar um serviço que dedicará atenção, cuidado e diligência da parte dele, sem vincular-se a obtenção de um resultado determinado¹⁵⁴. Como já apresentado, o médico não tem obrigação de curar, mas sim de aplicar seus conhecimentos técnicos em prol do paciente. A maioria dos tratamentos médicos se encaixam nessa classificação. A exceção é justamente a obrigação de fim (ou de resultado). Esta é a obrigação em que uma finalidade é garantida ao paciente, ou seja, a eficácia está diretamente ligada ao tratamento e é por causa desta que é feito. O exemplo que Ruy Rosado de Aguiar Jr. traz é do médico que se comprometer a efetuar uma transfusão de sangue¹⁵⁵. Outro exemplo são as cirurgias estéticas. O paciente procura um cirurgião plástico com o objetivo de corrigir aquilo que ele encara como imperfeição. Este é o objetivo. O paciente também tem o dever de vigilância e informar ao médico efeitos colaterais.

¹⁵¹ AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Responsabilidade Civil do médico. **Revista dos Tribunais**. RT 718/1995. p. 510.

¹⁵² *Ibidem*, *idem*.

¹⁵³ TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 329.

¹⁵⁴ *Op. Cit.* p. 511.

¹⁵⁵ *Ibidem*, *idem*.

Com relação à responsabilidade da unidade hospitalar, é aplicável o entendimento do artigo 932, III¹⁵⁶ do CC-02, de que os empregadores são responsáveis pelos danos causados pelos seus empregados. Para Caio Mário da Silva Pereira o hospital é responsável pela omissão do médico da instituição, que deixa, por exemplo, de acompanhar o estado do paciente, agravando-se assim o seu estado¹⁵⁷. Se o paciente procurou foi o hospital em busca de tratamento e não o profissional em específico, não há porquê não se responsabilizar a unidade hospitalar também, juntamente com o médico.

Feitas essas considerações gerais, volte-se a atenção da responsabilidade civil do médico ao realizar (ou não) a transfusão de sangue em um paciente sem o seu consentimento. Indaga Maria Elisa Villas-Bôas: “Justifica que, para conservar a vida do paciente Testemunha de Jeová, infunda-se-lhe sangue contra a vontade expressa, após sedá-lo, quiçá omitindo a natureza do sedativo, quando da aplicação?”¹⁵⁸ Por melhor que seja a intenção do profissional, tal prática pode ser resumida em forçar alguém a fazer algo que não queira, o que causa calafrios em qualquer um que tenha apreço pela liberdade. “O problema reside no fato de que o conceito ético e moral de bem não é unívoco ou objetivo. Quem é capaz de dizer exatamente o que é benéfico para o outro?”¹⁵⁹. O melhor nessa situação seria um tratamento em que o paciente seja considerado não só pelo seu corpo físico, mas também pela sua consciência. Tratar um paciente que recusa transfusão de sangue sem o uso desta está em harmonia com o dever médico¹⁶⁰.

A responsabilidade não é somente do profissional de saúde, mas também da instituição médica. Lembra Nelson Nery Jr. de hospitais que recusam atender pacientes só porque estes não assinaram o termo de internação hospitalar ou o alteraram parcialmente para deixar explícita sua discordância quanto a determinado tratamento. Para o autor recusar-se em disponibilizar tratamento médico as Testemunhas de Jeová é discriminação, violando-se assim os preceitos constitucionais da dignidade da pessoa humana e liberdade religiosa¹⁶¹. Respeito ao paciente nunca foi sinônimo de abandoná-lo a própria sorte. Não se pode esquecer também

¹⁵⁶ “São também responsáveis pela reparação civil: o empregador ou comitente, por seus empregados, serviços e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele.” (BRASIL. Artigo 932, III. **Lei n.º 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 18 abr. 2021.)

¹⁵⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018. p. 195.

¹⁵⁸ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. **Da Eutanásia ao Prolongamento Artificial: Aspectos Polêmicos na Disciplina Jurídico-Penal do Final de Vida**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005. p. 117.

¹⁵⁹ Ibidem, idem.

¹⁶⁰ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Autonomia do Paciente e Direito de Escolha de Tratamento Médico Sem Transfusão de Sangue** mediante os atuais preceitos civis e constitucionais brasileiros. São Paulo, 2010. p. 37.

¹⁶¹ NERY JR., NELSON. **Escolha esclarecida de tratamento médico por pacientes Testemunhas de Jeová** como exercício harmônico de direitos fundamentais. São Paulo. 2009. p. 49.

da autonomia que o profissional de saúde tem de optar por uma terapêutica ou não. Se este não se considera apto a tratar um paciente sem o uso do sangue, o melhor a se fazer é informar ao enfermo e este procurar outro profissional. Assim como não se pode violar a consciência ao paciente, não se pode violar também as convicções do médico de acreditar ou não na eficácia do tratamento¹⁶². Para isso também é importante que este esteja aberto a ouvir outros especialistas e se atualize diante das novas técnicas que a medicina pode oferecer.

A lição de Maria Elisa Villas-Bôas é certa: “O médico também termina por preocupar-se com o bem-estar de seu paciente em âmbito pessoal e a temer por seu sofrimento. Ignorada a compaixão, corre-se o risco de tender a condutas de eugenia ou de economicismo.”¹⁶³ Para a autora, o melhor seria a combinação de critérios, como a avaliação técnica, o móvel humanitário e a vontade do enfermo, com fulcro no seu melhor interesse¹⁶⁴. O profissional de saúde que leva em consideração esses fatores não há porque se preocupar com uma responsabilização pelos seus atos médicos. Importante também para a atuação do médico é a deontologia, ou seja, a ciência dos direitos e deveres que devem ser observados durante o exercício da profissão. No Brasil, o órgão responsável por emitir esse ordenamento é o Conselho Federal de Medicina (CFM). Tepedino, Terra e Guedes explicam que tratam-se de regras que determinam os deveres profissionais e a regulamentação da responsabilidade no exercício da profissão, criando assim um *standard* da conduta profissional¹⁶⁵.

Normas profissionais emitidas pelo Conselho Federal de Medicina, segundo Anderson Schreiber, não podem ser invocadas para afastar a incidência da CRFB/88, que coloca a liberdade de religião e o direito à vida no mesmo patamar¹⁶⁶. A Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.021/80¹⁶⁷, vigente até 2019, era anterior à promulgação da CRFB/88 e foi ultrapassada também pela inovação científica nestes últimos quarenta anos. O artigo 2º ignorava

¹⁶² Situação semelhante é enfrentada por diversos médicos que sofrem ameaças por não receitarem medicamentos de eficácia não comprovada cientificamente no tratamento da COVID-19. Cf. CORREA, Suzana. Médicos relatam demissões, agressões e coerção para receitar ‘tratamento precoce’. **O GLOBO**, 18 abr. 2021. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/coronavirus/medicos-relatam-demissoes-agressoes-coercao-para-receitar-tratamento-precoce-24976092>. Acesso em: 18 abr. 2021.

¹⁶³ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. **Da Eutanásia ao Prolongamento Artificial: Aspectos Polêmicos na Disciplina Jurídico-Penal do Final de Vida**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005. p. 205.

¹⁶⁴ *Ibidem*, *idem*.

¹⁶⁵ TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 326.

¹⁶⁶ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 53.

¹⁶⁷ “(...) CONCLUSÃO

Em caso de haver recusa em permitir a transfusão de sangue, o médico, obedecendo a seu Código de Ética Médica, deverá observar a seguinte conduta:

1º - Se não houver iminente 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 de consentimento do paciente ou de seus responsáveis.” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1021/80**. Disponível em: <http://saude.mppr.mp.br/pagina-307.html>. Acesso em 18 abr. 2021.)

completamente a necessidade do consentimento informado já abordada neste trabalho. O Ministério da Saúde editou a Portaria n.º 1820/2009 que dispõe sobre as regras necessárias para o exercício do consentimento informado na relação médico-paciente. Ao analisar o Artigo 5º, V¹⁶⁸ deste instrumento normativo, pode-se notar que a única ressalva feita ali ao consentimento informado é o risco a saúde pública, que não é o caso daqueles que aceitam tratamento alternativo.

Tal resolução foi objeto de parecer do próprio Conselho Federal de Medicina de número 12/2014, da lavra do então Conselheiro Carlos Vital Tavares Corrêa Lima, que chegou à conclusão pela revogação da Resolução CFM n.º 1021/80, pois para ele esta era “temerária aos conceitos morais e éticos contemporâneos e inconsistente com o progresso científico da medicina.”¹⁶⁹ Apesar de revogada, a Resolução substituta n.º 2.232/2019 do CFM padece dos mesmos vícios da anterior. Os artigos 10¹⁷⁰ e 11¹⁷¹, por sua vez, continuam a ignorar o direito que o paciente tem de recusar tratamento que viole a sua consciência e crença, submetendo a possibilidade de recusa ao quadro clínico do enfermo. Ora, a sua autonomia não pode ser refém deste, podendo esta ser exercida até nos casos em que não consegue exprimir a sua vontade, por meio das diretivas antecipadas apresentadas no tópico anterior, restando ao profissional de saúde respeitá-la. O CFM perde então a oportunidade de avançar na disposição da recusa terapêutica por pacientes com o que há de mais avançado nas discussões bioéticas.

Por fim, volte-se a atenção a Resolução CFM n.º 2217/2018, que institui o atual Código de Ética Médica. Para tanto, é necessário destacar dois artigos essenciais para a compreensão da autonomia do paciente na escolha do tratamento que este encara como adequado a sua compreensão de vida. Nelson Nery Jr. explica que este deve ser interpretado à luz da Constituição Federal. O consentimento informado é direito fundamental do cidadão fundado na

¹⁶⁸ “Toda pessoa deve ter seus valores, cultura e direitos respeitados na relação com os serviços de saúde, garantindo-lhe: (...)

V - o consentimento livre, voluntário e esclarecido, a quaisquer procedimentos diagnósticos, preventivos ou terapêuticos, salvo nos casos que acarretem risco à saúde pública, considerando que o consentimento anteriormente dado poderá ser revogado a qualquer instante, por decisão livre e esclarecida, sem que sejam imputadas à pessoa sanções morais, financeiras ou legais;” (BRASIL. Ministério da Saúde. Artigo 5º, V. **Portaria n.º 1.820, de 13 de Agosto de 2009**. Disponível em: https://conselho.saude.gov.br/ultimas_noticias/2009/01_set_carta.pdf. Acesso em 18 abr. 2021).

¹⁶⁹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Parecer n.º 12/14**. Relator: Conselheiro Carlos Vital Tavares Corrêa Lima. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/pareceres/BR/2014/12_2014.pdf. Acesso em: 18 abr. 2021.

¹⁷⁰ “Na ausência de outro médico, em casos de urgência e emergência e quando a recusa terapêutica trouxer 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.” (BRASIL. Resolução n.º 2.232, de 17 de julho de 2019. Brasília: **Diário Oficial da União**. Publicado em: 16 set. 2019)

¹⁷¹ “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.” (Ibidem, idem)

sua dignidade e na liberdade religiosa¹⁷². Primeiramente, é preciso destacar um dos princípios fundantes da atuação ética do médico (XXI¹⁷³). Se o paciente sugere ser tratado de tal forma, e esta tem comprovação científica e é adequada ao caso, como é o caso das alternativas terapêuticas a transfusão de sangue, cabe ao médico aceitar e respeitar a opção de escolha deste. O médico pode sim aconselhar, nos limites ditados pela consciência do paciente, qual ele encara como melhor tratamento, nunca impor.

O capítulo IV, relativo aos direitos humanos, requer a atenção do profissional de saúde. O artigo 22¹⁷⁴, primeira vista, parece autorizar ao médico realizar um tratamento contrário a decisão do paciente, em caso iminente de risco de morte, o que seria paradoxal ao princípio fundante descrito no parágrafo anterior. Pode-se dividir esse artigo em duas partes. A primeira traz as obrigações do médico, que são esclarecer o paciente sobre o tratamento e com isso obter o seu consentimento informado. A segunda é para os casos em que é impossível obter o consentimento.

Por exemplo, em um acidente em que o enfermo chega a um pronto-socorro com a necessidade de realizar urgentemente um tratamento, e não há representante legal nem testamento vital ao alcance do profissional de saúde, entra a figura do consentimento presumido e a ação do médico com a terapêutica que este encara como necessária. Diferente do caso das Testemunhas de Jeová, que segundo a lição de Álvaro Villaça Azevedo, já exerceram seu direito de escolha informada de tratamento médico mediante uma manifestação prévia. Deixar de obter o consentimento do paciente é diferente de agir contra ele, e além disso a autonomia do paciente não oscila em função do seu estado clínico¹⁷⁵. Isto está de acordo com outra vedação presente no artigo 24¹⁷⁶. O médico não pode usar da sua autoridade naquele momento para coagir o paciente, independentemente do possível risco de morte ou não.

3.2 O ARTIGO 10 DA LEI DE TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS E TECIDOS (9.434/97)

¹⁷² Op. cit. p. 35.

¹⁷³ “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.” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. XXI. Código de Ética Médica: **Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018**. Brasília, 2019. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em 18 abr. 2021.)

¹⁷⁴ “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.” (Ibidem. Artigo 22.)

¹⁷⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Autonomia do Paciente e Direito de Escolha de Tratamento Médico Sem Transfusão de Sangue** mediante os atuais preceitos civis e constitucionais brasileiros. São Paulo. 2010. p. 31.

¹⁷⁶ “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.” (Op. Cit. Artigo 24.)

A Lei de nº 9.434, de 1997 dispõe basicamente sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento. Apesar de haver lei específica sobre a transfusão de sangue (Lei nº 10.205/2001), as disposições da Lei de Transplante de Órgãos e Tecidos interessam a este Trabalho porque o procedimento transfusional também é considerado uma forma de transplante, já que o sangue constitui-se tecido líquido¹⁷⁷. Especialmente o artigo 10, *caput*¹⁷⁸. Privilegia-se aqui o conceito de autonomia do paciente e seu corolário, o consentimento informado, que deve ser de maneira expressa, ou seja, ele pode manifestar-se por si, e caso não esteja em condições de fazer isso, por seus representantes legais ou pelas diretivas antecipadas de vontade.

O parágrafo primeiro¹⁷⁹ refere-se justamente a estes casos em que o paciente não consegue exprimir a sua manifestação de vontade. A lei traz a hipótese dos representantes legais, mas nada impede que o enfermo, antevendo a situação em que iria se encontrar, tenha deixado por escrito o seu consentimento ou dissentimento com relação ao transplante. O documento “Diretivas Antecipadas e Procuração para Tratamento de Saúde”, apresentado no anexo, traz na sua primeira página, no item 4, espaço para que o paciente descreva instruções sobre sua vontade com relação a quaisquer tratamentos médicos, entre eles transplante de órgãos. A norma dispõe também sobre os casos de incapacidade jurídica, em que os pais ou responsáveis legais que irão consentir ou dissentir sobre o transplante. Sobre estes, o próximo capítulo adentrará no assunto das incapacidades do CC-02.

Por fim, a lei conceitua, no *caput*, qual o tipo de informação deverá ser transmitida ao paciente. Ele deverá estar ciente sobre a excepcionalidade e os riscos do procedimento. Todo tratamento traz riscos, sejam de menor ou maior grau. É um direito do enfermo tanto saber sobre o que ele pode esperar do transplante como recusá-lo, caso ele entenda que não vale a pena se submeter a uma operação em que os benefícios, para ele, serão mínimos. Para Maria Isabel de Matos Rocha, ao explicar o princípio da legalidade (Artigo 5º, II, CRFB/88): “O princípio torna ilícita a imposição, pelo médico, de um tratamento não desejado ou um transplante não autorizado pelo paciente, ainda que venha em seu benefício, pois o médico

¹⁷⁷ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Autonomia do Paciente e Direito de Escolha de Tratamento Médico Sem Transfusão de Sangue** mediante os atuais preceitos civis e constitucionais brasileiros. São Paulo. 2010. p. 27.

¹⁷⁸ “Art. 10. O transplante ou enxerto só se fará com o consentimento expresso do receptor, assim inscrito em lista única de espera, após aconselhamento sobre a excepcionalidade e os riscos do procedimento.” (BRASIL. Artigo 10. **Lei nº 9.434, de 4 de Fevereiro de 1997**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19434.htm. Acesso em: 15 maio. 2021).

¹⁷⁹ “1º. Nos casos em que o receptor seja juridicamente incapaz ou cujas condições de saúde impeçam ou comprometam a manifestação válida da sua vontade, o consentimento de que trata este artigo será dado por um de seus pais ou responsáveis legais.” (Ibidem, idem).

estaria praticando crime de constrangimento ilegal.”¹⁸⁰ Se o ordenamento jurídico não o obriga a realização de um transplante sem o consentimento do paciente, porque o obrigaria a realizar uma transfusão de sangue?

3.3 O ARTIGO 17 DO ESTATUTO DO IDOSO (LEI 10.741/2003)

O Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003) consagra, segundo Maria Berenice Dias, prerrogativas às pessoas que tem mais de sessenta anos. São normas de aplicação imediata que definem direitos e garantias fundamentais¹⁸¹ sobre os mais variados temas, dentre eles o direito à saúde. O artigo 17, *caput*¹⁸², garante ao idoso que esteja no domínio de suas faculdades mentais o direito de escolher tratamento de saúde que ele encara como mais favorável, depois de ter sido aconselhado pelo médico. Álvaro Villaça Azevedo adverte que não existe menção neste artigo ao estado clínico do paciente¹⁸³, ou seja, não faz diferença se o estado dele é grave ou se está em situação emergencial, é o paciente, estando lúcido, que irá decidir qual tipo de tratamento médico receberá.

O parágrafo único¹⁸⁴ do referido artigo traz um rol de pessoas que podem escolher o tratamento do idoso caso este não esteja no domínio das suas faculdades mentais. Nestas condições, o seu curador, caso seja interditado, ou os seus familiares, caso não tenha ou não possa contactar em tempo hábil o curador, que decidirão no lugar deste. Só admite-se intervenção médica, segundo Álvaro Villaça Azevedo, faltando as duas representações citadas, se houver iminente risco de vida e no caso de não haver curador ou familiar¹⁸⁵, o profissional de saúde ainda deve comunicar o fato ao Ministério Público. Como previsto na Lei nº

¹⁸⁰ ROCHA, M^a Isabel de Matos. Transplante de Órgãos entre vivos: as mazelas da nova lei. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 742, ago. 1977. p. 69.

¹⁸¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021. p. 72.

¹⁸² “Ao idoso que esteja no domínio de suas faculdades mentais é assegurado o direito de optar pelo tratamento de saúde que lhe for reputado mais favorável.” (BRASIL. Artigo 17. **Lei nº 10.741, de 1º de Outubro de 2003**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm. Acesso em: 15 maio. 2021).

¹⁸³ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Autonomia do Paciente e Direito de Escolha de Tratamento Médico Sem Transfusão de Sangue** mediante os atuais preceitos civis e constitucionais brasileiros. São Paulo. 2010. p. 25.

¹⁸⁴ “Não estando o idoso em condições de proceder à opção, esta será feita:

I – pelo curador, quando o idoso for interditado;
 II – pelos familiares, quando o idoso não tiver curador ou este não puder ser contactado em tempo hábil;
 III – pelo médico, quando ocorrer iminente risco de vida e não houver tempo hábil para consulta a curador ou familiar;

IV – pelo próprio médico, quando não houver curador ou familiar conhecido, caso em que deverá comunicar o fato ao Ministério Público.” (Op. Cit. Artigo 17, parágrafo único)

¹⁸⁵ Op. Cit. p. 25-26.

9.434/1997, se o longo prazo previamente escolheu qual tratamento deseja optar, cercado da atenção dos seus familiares, suas escolhas devem ser respeitadas.

Se o ordenamento jurídico, por meio dessas duas legislações especiais, permitiu que o idoso escolha o tratamento de saúde que encara como mais favorável e que o promissor transplantado consinta com o transplante e que esse só ocorra quando o paciente for esclarecido sobre a excepcionalidade deste e os riscos do procedimento, Nelson Nery Jr. pergunta porque a recusa a pacientes esclarecidos de optarem por tratamentos sem uso de sangue?¹⁸⁶ Estes estão em busca apenas de concretizar os seus direitos fundamentais mais intrínsecos, que são a liberdade de consciência e crença e a sua dignidade como pessoa humana.

3.4 A ADPF 618 E O FUTURO DA RECUSA A TRANSFUSÕES DE SANGUE NO BRASIL

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é uma ação de controle de constitucionalidade do direito brasileiro, disciplinada pelo artigo 102, parágrafo primeiro¹⁸⁷ da CRFB/88 e pela Lei nº 9.882/1999, responsável por dispor sobre o processo e julgamento desta. Explica Dirley da Cunha Jr. que tal ação pretende proteger os preceitos fundamentais constitucionais, ou seja, os direitos fundamentais e todas as prescrições que dão razão de existir ao regime constitucional¹⁸⁸. Costuma-se identificar os preceitos fundamentais nos princípios fundamentais do título I (artigos 1º ao 4º), nos direitos e garantias fundamentais que limitam a atuação dos poderes em favor da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III), nos princípios constitucionais sensíveis, cuja inobservância pelos Estados autorizaria uma intervenção federal (artigo 34, VII¹⁸⁹) e as cláusulas pétreas, tanto as explícitas (artigo 60, §4º¹⁹⁰) como implícitas da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹⁹¹.

Os direitos fundamentais apresentados no primeiro capítulo deste trabalho estão presentes nesse rol convencionado de preceitos fundamentais. O descumprimento destes, por sua vez, seria decorrente não só de uma violação direta ao texto constitucional, mas também indireta,

¹⁸⁶ NERY JR., Nelson. **Escolha esclarecida de tratamento médico por pacientes Testemunhas de Jeová** como exercício harmônico de direitos fundamentais. São Paulo, 2009. p. 30.

¹⁸⁷ “A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.” (BRASIL. [Constituição (1988)]. Artigo 102, §1º. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 16 maio. 2021.)

¹⁸⁸ CUNHA JR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 376-378.

¹⁸⁹ “assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

(...) b) direitos da pessoa humana; (...)” (Op. Cit. Artigo 34, VII).

¹⁹⁰ “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

(...) IV - os direitos e garantias individuais.” (Ibidem. Artigo 60, §4º).

¹⁹¹ Ibidem. p. 379-380.

por meio da elaboração de uma lei ou ato normativo legal ou infralegal, expedição ou prática de um ato não normativo, sejam estes atos provenientes de órgãos públicos ou pessoas físicas e jurídicas privadas¹⁹². Foi nesse sentido que o Ministério Público Federal protocolou no Supremo Tribunal Federal a ADPF, que viria a ter o número de 618, em 9 de Setembro de 2019, contra as resoluções apresentadas no item 3.1.3 deste trabalho, a saber a Resolução CFM 1.021/1980 e os artigos 22 e 31¹⁹³ da Resolução CFM 2.217/2018 (Código de Ética Médica), além de outros atos normativos.

O pedido do MPF é no sentido de “excluir a interpretação de que os médicos devem realizar transfusão de sangue mesmo contra a vontade prévia (...) ou atual dos pacientes maiores e capazes, que, por motivo de convicção pessoal, opõem-se ao tratamento”¹⁹⁴, não recepcionando-se o item 2 do Parecer CFM 21/1980 e sendo declarada a inconstitucionalidade dos artigos 22 e 31 da Resolução CFM 2.217/2018, ambos de forma parcial e sem redução de texto. Este pedido é corroborado pelo *amicus curiae*¹⁹⁵ Associação das Testemunhas Cristãs de Jeová, admitido pelo então relator Ministro Celso de Mello, além do pedido de aditamento da inicial para abarcar a inconstitucionalidade dos artigos 10 e 11, ambos já citados neste trabalho, da Resolução n° 2.232/2019 do CFM, que revogou a Resolução CFM n° 1.021/1980.

O Brasil, independente do resultado da votação, além de uniformizar o entendimento sobre o tema, passará a ter segurança jurídica com relação a recusa de transfusões de sangue por motivos de consciência e crença, tanto para as Testemunhas de Jeová, que convivem com sua íntima convicção sendo violada diuturnamente, como para os profissionais de saúde, ameaçados com uma hipotética responsabilização pelos seus atos. Porém, a ADPF não dispõe sobre a possibilidade dessa recusa ser feita por crianças e adolescentes, limitando-se apenas aos capazes para os atos da vida civil. Apesar desse ser um primeiro passo necessário, ainda há uma longa caminhada até a real efetivação dos direitos fundamentais deste grupo no país. Este trabalho, por sua vez, avançará no próximo capítulo com a discussão sobre este tema.

¹⁹² CUNHA JR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 380.

¹⁹³ “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.” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Artigo 31. Código de Ética Médica: **Resolução CFM n° 2.217, de 27 de setembro de 2018**. Brasília, 2019. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em 16 maio. 2021.)

¹⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 618**. Requerente: Ministério Público Federal. Intimados: Presidente do Conselho Federal de Medicina e outros. Relator: Min. Nunes Marques. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5769402>. Acesso em: 16 maio. 2021.

¹⁹⁵ “(...) é o terceiro que, espontaneamente, a pedido da parte ou por provocação do órgão jurisdicional, intervém no processo para fornecer subsídios que possam aprimorar a qualidade da decisão.” (DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. p. 522.)

4 O DIREITO À RECUSA DE TRATAMENTO COM USO DE SANGUE POR CRIANÇAS E ADOLESCENTES

A situação descrita a seguir foi extraída do filme *The Children Act*¹⁹⁶. É discutido no Judiciário a recusa de transfusão de sangue por paciente testemunha de Jeová com câncer de 17 anos e 9 meses, faltando apenas três meses para este atingir o que é conhecida como maioridade civil¹⁹⁷, ou seja, aptidão para todos os atos da vida civil, o que, segundo o Direito Brasileiro, ele não detém no momento. O tipo de câncer que ele tem é leucemia, cuja principal característica é o acúmulo de células doentes na medula óssea, o local onde se produz as células sanguíneas. Ali, células sanguíneas imaturas sofrem uma mutação genética que a transforma em uma célula cancerosa¹⁹⁸. Em conjunto com seus pais, que também são adeptos a religião, aceita qualquer tratamento de saúde que o hospital possa oferecer.

Em audiência, ao ser ouvido o oncologista do paciente, o médico especialista em câncer, descobre-se que o enfermo está fraco, com sintomas de falta de ar. Sua hemoglobina, responsável pelo transporte de oxigênio, que deveria registrar 12.5, está em queda, no total de 4.5. Glóbulos brancos, responsáveis pela defesa do organismo, que normalmente estaria entre 5 e 9, marca 1.7. Já as plaquetas, responsáveis pela coagulação do sangue, cujo o normal deveria ser em 250, está em 34. O profissional de saúde aponta que o paciente não está produzindo sangue algum. Caso este aceitasse a transfusão, então ele teria alguma chance de recuperação. Sem o procedimento, o destino do paciente seria uma morte horrível, não sem antes apresentar hemorragia interna, colapso das funções renais, derrame cerebral, com uma série de consequências neurológicas e até cegueira. Para o médico, a liberdade de escolha é um direito fundamental para adultos, que conseguem raciocinar nos riscos, não para adolescentes.

Ao ser ouvido, por sua vez, o pai do adolescente, este diz que o sangue é a essência do ser humano, é sagrado, e por ser o dom da vida, deve-se mostrar gratidão a quem o deu. Misturar o seu sangue com o de outro seria o mesmo que contaminação. Após ser inquirido tanto pelo seu advogado, como pelo do Hospital, foi chamada a assistente social que acompanha o caso. Esta citou as palavras do próprio paciente: “sou dono de mim mesmo, sou independente de meus pais. Quaisquer que sejam as ideias deles, eu decido por mim.” Qual seria a melhor

¹⁹⁶ *THE CHILDREN Act*. Directed by Richard Eyre. Produced by Duncan Kenworthy. London: BBC Film. 2017 (105 minutes).

¹⁹⁷ “A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.” (BRASIL. Artigo 5º. **Lei n.º 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 18 abr. 2021.)

¹⁹⁸ LEUCEMIA. **Instituto Nacional do Câncer**, 4 mar. 2021. Disponível em: <https://www.inca.gov.br/tipos-de-cancer/leucemia>. Acesso em: 12 maio 2021.

decisão a ser tomada no caso acima? Apesar de se tratar de uma ficção, esta realidade é cada vez mais presente no Judiciário brasileiro, instado a decidir se crianças e adolescentes podem ou não recusar tratamentos médicos.

Se o tratamento, em questão, é a transfusão de sangue na pediatria, a Organização Mundial da Saúde confeccionou um módulo que dispõe sobre maneiras de se minimizar o uso de sangue e produtos sanguíneos por meio de transfusões desnecessárias. O documento alerta que o profissional de saúde deve levar em consideração o caso concreto da criança, as condições clínicas em que ela se encontra, como a sua concentração de hemoglobina. É essencial tanto a avaliação clínica como a laboratorial. “Se a criança estiver estável, monitorada e tratada efetivamente para outras condições, tais como infecção aguda, a oxigenação pode melhorar sem a necessidade de transfusão.”¹⁹⁹

Seguir protocolos como esses evitam situações como a do Estado da Bahia, condenado a pagar, em 2012, pensão vitalícia de quatro salários mínimos e indenização de R\$ 100 mil para uma menina que foi contaminada pelo vírus HIV aos três anos de idade durante transfusão de sangue no Hospital Roberto Santos em 1998. Nas palavras do relator Desembargador Emílio Salomão Pinto Resedá: “Trata-se aqui de contaminação da qual foi vítima uma criança de tenra idade, que carregará essa sina por toda sua existência, enfrentando o drama de ser portadora do estigma da contaminação do HIV.”²⁰⁰ Porém, a situação enfrentada nos Tribunais parece criar novos contornos quando são suscitados a decidir se crianças e adolescentes podem recusar tratamentos sem uso de sangue por motivos de consciência e crença. Ao adentrar esta discussão, é preciso entender se estes tem capacidade ou não diante do ordenamento jurídico Brasileiro para poder tomar tal decisão, por meio de uma crítica a teoria das (in)capacidades.

4.1 CRÍTICAS A TEORIA DAS (IN)CAPACIDADES

Antes de explicar o que é a teoria das (in)capacidades, será concretizada uma digressão histórica até 1916, quando o Brasil teve pela primeira vez em sua história um Código Civil.

¹⁹⁹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **O Uso clínico do sangue** na medicina, obstetrícia, pediatria e neonatologia, cirurgia e anestesia, traumas e queimaduras. Disponível em: https://www.who.int/bloodsafety/clinical_use/en/Module_P.pdf. Acesso em: 1 maio 2021.

²⁰⁰ BAHIA. Tribunal de Justiça (Quarta Câmara Cível). **Apelação 0004048-77.2006.8.05.0001**. Indenização por Dano Moral. Apelante: V.C.R. Rep. por Carlos Alberto da Silva Ribeiro. Apelado: Estado da Bahia. Relator: Emílio Salomão Pinto Resedá. Data de Julgamento: 24/07/2012. Data de Publicação: 17/11/2012. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-BA/attachments/TJ-BA_APL_00040487720068050001_e0f9b.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEA067SMCVA&Expires=1619921774&Signature=cN88N9PWGCeHlvTvtPCZktQK0oo%3D. Acesso em: 1 maio 2021.

Desde a outorga da Constituição Imperial de 1824²⁰¹, foi declarada a urgência da organização de uma codificação civil para o novo país que acabara de nascer. Porém, entre esboços e anteprojetos, essa nação só veio a ter o seu primeiro código quando já era república. O Código Civil é fruto da tentativa de uma classe média, por meio de seus juristas, de dar ao país um sistema de normas de direito privado que refletisse o regime capitalista de produção, voltado para a obtenção de lucro e formação de patrimônio. Por isso Orlando Gomes explica que: “verifica-se, em suma, na evolução legislativa do Direito privado brasileiro, aquele descompasso entre o Direito escrito e a realidade social (...)”²⁰². Os interesses, ali representados, de uma elite dita liberal e progressista, mas ainda arcaica e agrária, não coadunavam com os da população em geral.

É preciso ter em mente que a preocupação do legislador no início do século passado era com a proteção patrimonialista. Isso teria reflexo ao longo de todo o texto codificado, e não seria diferente com a teoria das (in)capacidades. Após a leitura do capítulo anterior, deve-se saber que capacidade é o poder de realizar escolhas com base na sua personalidade e assumir a responsabilidade destas. A doutrina civilista costuma-a dividir em capacidade de direito (também chamada de aquisição ou de gozo)²⁰³ e capacidade de fato (de negócios ou de exercício)²⁰⁴. Capacidade de direito é a aptidão que a pessoa tem de adquirir direitos e assumir obrigações, que vai do nascimento até a morte. É a possibilidade do ser humano ser sujeito de direitos. Já a capacidade de fato é o sujeito exercer, por si só, os atos da vida civil. É através desta que adquirem-se, modificam-se ou perdem-se os direitos subjetivos. Por exemplo, um adolescente de quinze anos pode ser proprietário, o que não pode é alienar a sua propriedade por conta própria, o que envolveria a capacidade de fato²⁰⁵.

A antítese da capacidade, por sua vez, é a incapacidade, ou seja, a inexistência, numa pessoa, de requisitos que a lei civil acha indispensável para que ela exerça os seus direitos²⁰⁶. A partir do Código Civil de 1916 (Lei nº 3.071), passou-se a dividir a incapacidade em duas

²⁰¹ “Organizar-se-ha quanto antes um Codigão Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade.” (BRASIL. [Constituição (1824)]. Artigo 179, XVIII. **Constituição Política do Império do Brazil**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 2 maio 2021.)

²⁰² GOMES, Orlando. **Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 45.

²⁰³ BORGES, R. C. B.; SOUZA, A. S. L. de; LIMA, I. M. S. O. A autonomia da criança intersexual: crítica à teoria jurídica das incapacidades. **Espaço Jurídico Journal of Law**. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/9548>. Acesso em: 2 maio 2021.

²⁰⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 14. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 320.

²⁰⁵ DANTAS, San Tiago. **Programa de Direito Civil: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977. p. 172

²⁰⁶ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Parte Geral**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1. p. 41.

categorias. A absoluta se dá quando a pessoa não tem compreensão para praticar, por si só, qualquer ato jurídico, sendo então representado. Já na incapacidade relativa, a inaptidão físico-psíquica da pessoa é menos intensa, sendo por sua vez assistido. Fica nítida que há uma gradação dos níveis de incapacidade. A repercussão desta na teoria dos negócios jurídicos é que enquanto o ato firmado por absolutamente incapaz sem representante é nulo (artigo 166, CC-02), se aquele é relativamente incapaz e não foi assistido, este é anulável (artigo 171, CC-02). Mas quem são estes? O CC-16 trazia, em seu artigo quinto um rol de absolutamente incapazes e, no artigo sexto, de relativamente incapazes. Estes, por sua vez, foram reproduzidos em sua quase total integralidade pela Lei n° 10.406 (CC-02) com seus artigos 3° e 4°, respectivamente.

Em 2015, fora sancionada a Lei n° 13.146²⁰⁷, que instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, ou, como ficou conhecida, o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Em seu artigo 6°, ela traz que a deficiência não afeta a capacidade civil da pessoa. Sem entrar nos pormenores desta legislação, que não é o objeto deste trabalho, com a sanção desta lei, foi alterada também a redação dos mencionados artigos 3° e 4° do Código Civil. Em resumo, os absolutamente incapazes são somente os menores de 16 anos, as expressões capacitistas foram abolidas do texto civil e a nomenclatura de “índios” passou para indígenas. O paradoxo da Lei n° 13.146/2015 é trazer o rol dos absolutamente incapazes composto unicamente pelos menores de 16 anos, como se pessoas de treze, catorze ou quinze anos não pudessem decidir por si mesmas sem a representação de seus responsáveis. Fica a ideia de que o Estatuto deu o pontapé para a extinção dessa classificação, mas não foi aproveitado pelo legislador. No laboratório deste, adaptando a metáfora de Nelson Rosenvald²⁰⁸, o adolescente dorme absolutamente incapaz e acorda relativamente incapaz, dorme mais uma vez e acorda capaz.

Vigora a regra do tudo ou nada, ou seja, se a pessoa é incapaz, ela é incapaz para todos os atos da vida civil²⁰⁹. Não faz sentido algum o caráter abstrato e generalista impresso no CC-02. O critério cronológico cumpre sua função na teoria das (in)capacidades quando é utilizado

²⁰⁷ Fruto do Decreto n° 6.949, de 2009, que promulgou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (**Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 14. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 326), essa Convenção foi o primeiro tratado internacional de Direitos Humanos que ganhou *status* de norma constitucional no Brasil, graças a Emenda Constitucional n° 45/2004, que incluiu o parágrafo 3° no artigo 5° da Constituição Federal: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

²⁰⁸ ROSENVALD, Nelson. A autonomia progressiva dos adolescentes. **GENJURÍDICO.COM.BR**, São Paulo, out. 2015. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2015/10/26/a-autonomia-progressiva-dos-adolescentes/>. Acesso em: 1 maio 2021.

²⁰⁹ NEVARES, Ana Luisa Maia; SCHREIBER, Anderson. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/24705>. Acesso em: 3 maio 2021.

com relação aos atos e negócios jurídicos de natureza patrimonial. Isso traz a segurança jurídica necessária que o legislador de 1916 quis imprimir a codificação que tinha um caráter estritamente patrimonialista. Porém, não se está mais no início do século XX, o homem mudou e fez o mundo mudar com ele. Hoje, tende-se a privilegiar a proteção da pessoa sob o que ela é, não só pelo que ela tem²¹⁰. As discussões existencialistas são consagradas no próprio CC-02 pelos direitos da personalidade.

Quem iria dizer que o absolutamente ou relativamente incapaz não tem direitos da personalidade? É a capacidade de direito. Porém no momento em que “protege-se” estes, colocando-os na redoma da teoria das (in)capacidades, na lição de Ana Luisa Nevares e Anderson Schreiber, priva-os do livre consentimento, condicionando-os à assistência ou à representação para a prática de atos da vida civil, além de ferir a autonomia destes e sua dignidade enquanto pessoa humana²¹¹. Como mencionar os direitos da personalidade se a razão destes existirem está maculada? A nomenclatura destes direitos não é um mero capricho. Como o próprio nome sugere, independem da capacidade de fato, ou da maioridade para serem exercidos, basta a personalidade²¹². A autonomia privada não se dá somente na esfera econômica. É só lembrar que uma das características dos direitos da personalidade é justamente a extrapatrimonialidade. O poder de decidir sobre assuntos existenciais, ou seja a autonomia jurídica existencial, deve ser estendida também aos considerados incapazes²¹³.

Com isso, a vontade do incapaz deve ser ao menos ouvida, principalmente nas decisões que envolvam direitos tão relevantes como a vida e a integridade física. Fica claro que o critério cronológico torna-se insuficiente nessas questões. Para Mônica Aguiar e Amanda Barboza: “As leis civis, por serem gerais e abstratas, não permitem essa análise individualizada, daí a sua insuficiência como parâmetro para a análise da capacidade decisória do paciente. Essa inadequação é explicada pela vocação patrimonial da teoria das incapacidades.”²¹⁴ Se o critério cronológico é insuficiente, quais outros critérios devem ser alijados para que o incapaz possa

²¹⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil:** parte geral e LINDB. 14. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 366.

²¹¹ NEVARES, Ana Luisa Maia; SCHREIBER, Anderson. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/24705>. Acesso em: 3 maio 2021.

²¹² SCHIOCCHE, Taysa. **Exercício de direitos sexuais e reprodutivos por adolescentes no Brasil:** repensando os fundamentos privatistas de capacidade civil a partir dos direitos humanos. Disponível em: <https://ufpr.academia.edu/TaysaSchiocchet>. Acesso em 1 maio 2021.

²¹³ BORGES, R. C. B.; SOUZA, A. S. L. de; LIMA, I. M. S. O. A autonomia da criança intersexual: crítica à teoria jurídica das incapacidades. **Espaço Jurídico Journal of Law**. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/9548>. Acesso em: 2 maio 2021.

²¹⁴ AGUIAR, Mônica; BARBOZA, Amanda Souza. Autonomia bioética de crianças e adolescentes e o processo de assentimento livre e esclarecido. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v.12, n. 2, maio/ago. 2017. p. 23-24.

ter sua vontade considerada como válida? Deve ser levado em consideração o seu discernimento, ou seja, ele tem habilidade para compreender o ato em si e suas consequências. Isto está diretamente relacionado a maturidade deste²¹⁵. Ele pode tomar decisões de saúde por si e entender a natureza e as consequências do tratamento?²¹⁶ É uma pergunta que deve ser feita ao considerar o caso concreto.

É uma questão de respeito ao ser humano ao menos considerar a sua vontade na tomada de uma decisão. Assim como a incapacidade é gradativa, a maturidade também é. A medida que a pessoa amadurece (o que, frise-se, não tem a ver com um critério cronológico), suas vontades também passam a ser consideradas até que possa decidir por si só sem a interferência de terceiros, sejam esses seus pais ou os profissionais de saúde e mesmo que essa decisão seja considerada um erro para alguns²¹⁷. Não cabe mais, como adverte Mônica Aguiar e Amanda Barboza, o paternalismo de transferir a competência das decisões sobre saúde aos pais ou tutores, seja esta completa no caso dos absolutamente incapazes (instituto da representação) ou incompleta com relação aos relativamente incapazes (instituto da assistência)²¹⁸.

O Enunciado de nº 138, da III Jornada de Direito Civil, foi neste sentido, ao dispor que: “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.”²¹⁹ Fica clarividente a inadequação da teoria das (in)capacidades ao ser usada como parâmetro com relação a direitos existenciais como são os da personalidade, inerentes ao ser humano. Borges, Souza e Lima sugerem uma bipartição, acertada por sinal, entre uma capacidade de fato formal com relação aos direitos patrimoniais e uma material, voltada à autonomia da pessoa em decidir sobre a sua vida²²⁰. Essa garantia não pode ser alijada daqueles que a lei civil ainda chama de incapazes. Mas, para o ordenamento jurídico brasileiro, quem são estes incapazes, ou seja, as crianças e os adolescentes?

²¹⁵ NEVARES, Ana Luisa Maia; SCHREIBER, Anderson. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/24705>. Acesso em: 3 maio 2021.

²¹⁶ GIMENES, Nilson Roberto da Silva. **O direito de objeção de consciência às transfusões de sangue**. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2005. p. 101.

²¹⁷ SILLMAN, Marina Carneiro Matos; SÁ, Maria de Fátima Freire. A recusa de tratamento médico por crianças e adolescentes: Uma análise a partir da Competência de Gillick. **Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva**, v. 1, n. 1, 2015. p. 81.

²¹⁸ Op. Cit. p. 22.

²¹⁹ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados**. AGUIAR JR, Ruy Rosado de (Org.). Brasília, 2012. p. 35.

²²⁰ BORGES, R. C. B.; SOUZA, A. S. L. de; LIMA, I. M. S. O. A autonomia da criança intersexual: crítica à teoria jurídica das incapacidades. **Espaço Jurídico Journal of Law**. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/9548>. Acesso em: 2 maio 2021.

4.2 O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (LEI N° 8.069/1990)

O tratamento que, atualmente, o ordenamento jurídico brasileiro dispõe a crianças e aos adolescentes nem sempre foi o mesmo, muito menos a nomenclatura atribuída a estas. Para Walter Benjamin: “A burguesia encara a sua prole enquanto herdeiros, os deserdados, porém, a encaram enquanto apoio, vingadores ou libertadores.”²²¹ Essa foi a realidade do Brasil do início do século XX. Enquanto aos filhos da burguesia era reservada a benesse de serem criados e preparados para chefiar a nação, para a maior parte da base piramidal etária na época do Brasil, o tratamento disponível era o estigma da pobreza, oprimida por um rígido controle estatal que, ao sabor dos ventos da combalida democracia brasileira, ou era destinada ao trabalho infantil, ou encarcerada em “instituições corretivas” para assim dar uma resposta a sociedade sobre os delitos e as mazelas que a afligia²²².

É nesse contexto que adveio o primeiro Código de menores do país (Decreto n° 17.943-A), ironicamente consolidado no dia 12 de outubro, quando se comemora o dia das crianças no Brasil. No seu artigo primeiro²²³, é deixado claro a quem aquela consolidação é destinada: o menor abandonado ou delinquente. Esta legislação vem acompanhada da criação do primeiro juizado de menores no Rio de Janeiro (1923) e do Serviço de Assistência ao Menor (1942). O Estado passava a centralizar a tutela de crianças e adolescentes²²⁴. Porém, há o descompasso da legislação interna com o que preconizava a Organização das Nações Unidas. Após um início tímido em 1924 ainda durante a vigência da Liga das Nações, com a Declaração de Genebra, a criança passa a ter uma declaração própria em 1959 e a ser encarada como sujeito de direito, sujeita a proteção legal antes e depois do nascimento²²⁵.

Passavam a surgir, no País, estudos sociais críticos que apontavam os efeitos nefastos da institucionalização, além da realidade das crianças e adolescentes que viviam na rua,

²²¹ BENJAMIN, Walter. Uma pedagogia comunista. In: BENJAMIN, Walter. **Reflexões sobre a criança, o brinquedo e a educação**. 2. ed. São Paulo: Duas cidades, Editora 34, 2009. p. 122.

²²² ASSIS, A.E.S.Q. *et al.* As crianças, sua presença/ausência na legislação brasileira e a construção do direito à integridade física, à educação e à convivência familiar. In: PIRES, Antônio Cecílio Moreira. *et al.* (org.) **Estudos sobre a violência contra a criança e o adolescente**. São Paulo: Libro, 2016. p. 152.

²²³ “O menor, de um ou outro sexo, abandonado ou delinquente, que tiver menos de 18 anos de idade, será submetido pela autoridade competente às medidas de assistência e proteção contidas neste Código.” (BRASIL. Artigo 1°. **Decreto n° 17.943-A, de 12 de outubro de 1927**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm. Acesso em: 6 maio 2021.)

²²⁴ É clarividente a exposição de motivos que Francisco Campos, então Ministro da Justiça e idealizador do Código Penal de 1940 (Decreto-Lei n° 2.848), faz desta legislação: “não cuida o projeto dos imaturos (menores de dezoito anos) senão para declará-los inteira e irrestritamente fora do direito penal, sujeitos apenas à pedagogia corretiva da legislação especial” Cf. **Revista da informação legislativa**, out-dez. 1969. p. 129-130.

²²⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos da Criança**. 1959. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crianca/declaracao-dos-direitos-da-crianca.html>. Acesso em: 6 maio 2021.

conhecidos como “menores abandonados”. Em 1976, foi realizada a CPI do menor, destinada a investigar o problema do menor carente no Brasil. Mas pouco adiantou. Com a sanção do Código de Menores de 1979 (Lei nº 6.697), ficou evidente a reforma superficial da legislação anterior (Decreto nº 17.943-A). Foram limados da redação desta legislação os movimentos sociais, restando à ditadura civil-militar a confecção e aprovação da lei²²⁶. Consagrava-se assim a doutrina da situação irregular. O juiz de menores centralizava, em suas mãos, o poder de decidir o destino das crianças e adolescentes que cometiam algum ato infracional. No afã messianista de “proteger” a sociedade dos infratores, excluía totalmente as famílias das decisões sobre o futuro daqueles²²⁷. A regra, então, era a institucionalização o jovem, seja internar para tratar ou prevenir, o que acentuava ainda mais a repressão e exclusão social²²⁸.

A situação do País com relação as crianças e aos adolescentes começa a mudar seu rumo a partir da instalação da Assembleia Nacional Constituinte em 1987, em que um grupo de trabalho foi designado para reunir, em um dispositivo constitucional, os direitos fundamentais deste grupo tão marginalizado na história legislativa brasileira. Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, nasce o artigo 227²²⁹ e com ele a doutrina da proteção integral, em substituição a da situação irregular. Para Taysa Schiocchet, “a doutrina da proteção integral afirma a necessidade de se garantir todos os direitos fundamentais aos adolescentes, levando-se em consideração a sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento e, por isso, mais vulneráveis.”²³⁰ Este novo paradigma advém da tentativa

²²⁶ CIFALI, A. C.; CHIES-SANTOS, M.; ALVAREZ, M. C. Justiça juvenil no Brasil: Continuidades e rupturas. **Tempo Social**, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/ts/article/view/176331>. Acesso em: 6 maio 2021.

²²⁷ ASSIS, A.E.S.Q. *et al.* As crianças, sua presença/ausência na legislação brasileira e a construção do direito à integridade física, à educação e à convivência familiar. In: PIRES, Antônio Cecílio Moreira. *et al.* (org.) **Estudos sobre a violência contra a criança e o adolescente**. São Paulo: Libro, 2016. p. 161.

²²⁸ Em PIXOTE, a Lei do Mais Fraco [Direção: Héctor Babenco. Produtora executiva: Silvia Naves. São Paulo: HB Filmes, 1980 (127 min)] pode-se acompanhar a história de Pixote (Fernando Ramos da Silva), Dito (Gilberto Moura), Chico (Edílson Lino) e Lilica (Jorge Julião) em um reformatório de delinquentes juvenis. Cercados por abuso sexual, físico, psicológico e o uso de drogas psicoativas, as brincadeiras tão comuns nessa fase da vida eram de torturar e assaltar. A doutrina da situação irregular é representada ali pelo juiz, personagem de Rubens de Falco, que após uma rebelião ocasionada pela morte de um jovem espancado por quem deveria o dar proteção, chega ao local com o discurso de reintegração daqueles jovens a sociedade como cidadãos úteis e que estes estariam desperdiçando com a revolta a melhor oportunidade da vida deles, totalmente desconexa a realidade social deles.

²²⁹ “É 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 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.” (BRASIL. [Constituição (1988)]. Artigo 227. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 16 maio. 2021.)

²³⁰ SCHIOCCHET, Taysa. **Exercício de direitos sexuais e reprodutivos por adolescentes no Brasil: repensando os fundamentos privatistas de capacidade civil a partir dos direitos humanos**. Disponível em: <https://ufpr.academia.edu/TaysaSchiocchet>. Acesso em 1 maio 2021.

de superação da supremacia adulta, o que explica o autoritarismo e paternalismo por parte da família, da sociedade e do Estado²³¹.

Internacionalmente, a consolidação da criança e do adolescente como sujeitos de direito se dará com a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e do Adolescente de 1989, assinada em Nova Iorque, Estados Unidos da América. Esta foi promulgada e inserida no ordenamento jurídico interno com o Decreto nº 99.710, de 1990. O Código de Menores de 1979 tornava-se inconstitucional diante da doutrina da proteção integral. Este foi revogado com a entrada em vigor da Lei nº 8.069 de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o ECA. O microsistema é responsável, no direito interno brasileiro, por reconhecer as crianças e os adolescentes como sujeitos de direito a partir de normas de conteúdo material e processual, tanto civis e penais. Sua finalidade é conduzir tais sujeitos à maioridade e assim estes poderão usufruir plenamente dos seus direitos fundamentais²³².

O princípio nuclear do ECA, em atenção ao disposto na Constituição Federal, é a doutrina da proteção integral. Esta constitui um elemento de interpretação desse microsistema, ao estabelecer o dever ser social e jurídico²³³. É o determinismo constitucional em que o infante e o adolescente sejam tratados em primeiríssimo lugar, denotando a absoluta prioridade que o constituinte atribuiu a proteção integral deste grupo vulnerável e que o legislador encampou no Estatuto. O fundamento republicano da dignidade da pessoa humana foi maximizado a fim de superar qualquer barreira legislativa que ouse limitar o usufruto de direitos pelas crianças e adolescentes²³⁴. Infelizmente, há o descompasso entre a legislação e a realidade social, já que o poder público continua a desrespeitar tal princípio. Mortes como a de Ágatha Vitória Sales Félix²³⁵, de 8 anos, Ryan Andrew Tourinho²³⁶, de 9 anos, e João Pedro Mattos Pinto²³⁷, de 14

²³¹ SCHIOCCHET, Taysa. **Exercício de direitos sexuais e reprodutivos por adolescentes no Brasil: repensando os fundamentos privatistas de capacidade civil a partir dos direitos humanos**. Disponível em: <https://ufpr.academia.edu/TaysaSchiocchet>. Acesso em 1 maio 2021.

²³² DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2021. p. 72.

²³³ ANDREUCCI, A.C.P.T.; CARACIOLA, A.B. ECA como uma rede principiológica: a interpretação construtiva dos direitos da criança e do adolescente, e a compreensão teleológica da Lei Menino Bernardo. In: PIRES, Antônio Cecílio Moreira. et al. (org.) **Estudos sobre a violência contra a criança e o adolescente**. São Paulo: Libro, 2016. p. 161. p. 183.

²³⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: em busca da Constituição Federal das Crianças e dos Adolescentes**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 24-27.

²³⁵ MENINA de 8 anos morre baleada no Complexo do Alemão. **G1**, 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2019/09/21/menina-de-8-anos-morre-baleada-no-complexo-do-alemao.ghtml>. Acesso em: 7 maio 2021.

²³⁶ CRIANÇA morre após ser baleada no Vale das Pedrinhas; PM diz que houve confronto entre policiais e grupo armado. **G1**, 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/ba/bahia/noticia/2021/03/27/crianca-morre-apos-ser-baleada-durante-confronto-entre-pms-e-grupo-armado-no-vale-das-pedrinhas.ghtml>. Acesso em: 7 maio 2021.

²³⁷ COELHO, H; JÚNIOR, E; PEIXOTO, G. Menino de 14 anos morre durante operação das polícias Federal e Civil no Complexo do Salgueiro, RJ. **G1**, 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de->

anos, tendo em comum serem jovens, negros e ocasionadas pelo Estado, mostram como, na prática, pouco avançou-se desde o início do século XX na defesa destes.

4.2.1 Artigos 15 e 16, II e III e as liberdades de opinião, expressão, crença e culto religioso

Passa-se agora a destrinchar alguns artigos do ECA que detêm relação direta com o tema deste trabalho. Primeiramente, o artigo 15²³⁸ traz um rol de direitos fundamentais a que a criança tem direito. Destaca-se ali a liberdade, o respeito e à dignidade. Trata-se, segundo Guilherme de Souza Nucci, de uma repetição exaustiva da matéria constitucional sobre o tema²³⁹. Talvez a intenção do legislador com essa atitude tenha sido de reafirmar tais direitos limados desde sempre para esse grupo que na história legislativa Brasileira. Porém, a própria CRFB/88, em seu artigo 5º, *caput*, garante a todos, sem exceção, os direitos fundamentais descritos ali. Não se faz a ressalva que aqueles são destinados, por exemplo, somente aos maiores de 18 anos. De acordo com José Afonso da Silva, para exercer direitos como as liberdades de iniciativa econômica, de comércio e a escolha de trabalho, ofício e profissão, o menor precisaria de um discernimento que ele não possui no momento²⁴⁰, sendo o exercício destes excluídos ao menos temporariamente, até estes atingirem a maioridade civil.

Tanto que o rol de liberdades do artigo subsequente²⁴¹ é apenas exemplificativo, não exaustivo. Para José Afonso da Silva: “(...) os aspectos do direito à liberdade discriminados no artigo em comentário não abrangem todo o seu conteúdo. Ali se explicitaram apenas os aspectos que o legislador teve como de mais direta pertinência à criança e ao adolescente.”²⁴² Para a compreensão deste trabalho, destaca-se primeiramente o inciso II, a liberdade de opinião e expressão. Esta é um consectário lógico da outra. Dirley da Cunha Jr. explica que enquanto a

janeiro/noticia/2020/05/19/menino-de-14-anos-e-baleado-durante-operacao-no-complexo-do-salgueiro-rj.ghml. Acesso em 7 maio 2021.

²³⁸ “A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.” (BRASIL. Artigo 15. **Lei n.º 8.069, de 13 de Julho de 1990**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 8 maio 2021.)

²³⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**: em busca da Constituição Federal das Crianças e dos Adolescentes. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 57.

²⁴⁰ SILVA, José Afonso da. Artigo 16/Livro 1 – Tema: Liberdade. **Promenino Fundação Telefônica**, 2016. Disponível em: <https://fundacaotelefonicaoativo.org.br/noticias/eca-comentado-artigo-16livro-1-tema-liberdade/>. Acesso em 8 maio 2021.

²⁴¹ “O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos: (...)

II - opinião e expressão;

III - crença e culto religioso; (...)” (BRASIL. Artigo 16. **Lei n.º 8.069, de 13 de Julho de 1990**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 8 maio. 2021.)

²⁴² Op. Cit.

liberdade de opinião é poder expor o que você pensa, suas convicções, conclusões e juízos sobre determinado assunto, o direito de expressão é a forma como você a expõe para o mundo exterior, seja de forma oral, gestos, ou por outra exposição artística da sua preferência²⁴³. A criança e o adolescente devem ser incentivados ao exercício dessas liberdades de forma ilimitada, justamente por ser uma forma de desenvolvimento e amadurecimento da personalidade destes²⁴⁴.

São inúmeras as passagens do ECA que dispõe sobre a liberdade de opinião e expressão. Seja pelo princípio da oitiva obrigatória e participação da criança e adolescente ao aplicar-se uma medida específica de proteção (artigo 100, parágrafo único, XII); pela garantia do adolescente ser ouvido pessoalmente por autoridade competente ao averiguar-se a prática de ato infracional (artigo 111, V) ou sempre que possível ouvir a criança ou o adolescente ao coloca-la em família substituta (artigo 168). Além destas, há jurisprudência no sentido de que crianças e adolescentes podem ser ouvidas no decurso de um processo: “A manifestação de vontade das crianças (...) acresce relevantes elementos de cognição ao feito e não deve ser subestimada.”²⁴⁵, seja esta feita em uma sala de audiência ou em entrevista realizada por agente psicossocial.

A liberdade de expressão deve ser garantida no âmbito de processos judiciais desta natureza. Além disso, a criança e o adolescente devem ser estimulados a se sentirem seguros ao se manifestarem. Para isso, é importante que esteja presente uma equipe multidisciplinar em interação com estes²⁴⁶. Nada impede que essa visão extrapole as discussões sobre guarda e convivência dos filhos e seja compartilhada também nas discussões de ordem existencial no Poder Judiciário, como a possibilidade de recusa por parte de infantes e jovens de tratamentos sem uso de sangue. Como o magistrado geralmente não possui conhecimento técnico na área da psicologia e assistência social, é salutar o papel destes profissionais para auxiliar os menores

²⁴³ CUNHA JR., Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 595-596.

²⁴⁴ SILVA, José Afonso da. Artigo 16/Livro 1 – Tema: Liberdade. **Promenino Fundação Telefônica**, 2016. Disponível em: <https://fundacaotelefonicaoativo.org.br/noticias/eca-comentado-artigo-16livro-1-tema-liberdade/>. Acesso em 8 maio 2021.

²⁴⁵ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça (7ª Câmara Cível). **Apelação Cível 0011689-17.2011.8.13.0261**. Direito Civil. Família. Guarda. Titularidade. Modificação. Causas excepcionais. Vontade e interesse do menor. Proteção Integral. Estudo social. Fundamento fático. Direito de visitas. Apelante(s): C.V.T. Apelado(a)(s): R.O.T. Relator: Des.(a) Oliveira Firmo, 29 de outubro de 2013. Disponível em:

²⁴⁶ NEVARES, Ana Luisa Maia; SCHREIBER, Anderson. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/24705>. Acesso em: 3 maio 2021.

a se expressarem sobre qual é a sua vontade, e se estes tem maturidade suficiente para tomar tal decisão. Na verdade, como demonstrado no parágrafo anterior, o microsistema de proteção a criança e ao adolescente corrobora nesse sentido, ao estabelecer em diversas passagens que estes devem ser ouvidos em litígios judiciais e sua manifestação respeitada.

Uma destas passagens encontra-se no artigo 28, §1º e 2º do ECA, que trata sobre o tema da colocação do menor em família substituta. Ali considera-se a opinião da criança e do adolescente sobre o assunto, sempre que possível por meio de uma equipe interprofissional. Além disso, se este tem mais de doze anos, idade que o Estatuto passa a considerar como adolescente (artigo 2º²⁴⁷), o consentimento deste é necessário. Nada impede que este marco etário possa ser aplicado em decisões sobre tratamento de saúde, que é o objeto deste trabalho. Mônica Aguiar desenvolve o termo capacidade bioética ao utilizar este marco etário de doze anos para presumir a capacidade absoluta destes para decisões voltadas ao direito à vida e saúde. Para a autora, o artigo 74²⁴⁸ do Código de Ética Médica sustenta essa posição, ao trazer como vedação ao médico revelar sigilo profissional de criança e adolescente que apresente discernimento, até mesmo para os seus responsáveis²⁴⁹.

O artigo 45, §2º do ECA, ao tratar sobre adoção, também traz como necessário o consentimento do adotando adolescente. Por sua vez, o artigo 12²⁵⁰ da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil e introduzida no ordenamento jurídico nacional por meio do Decreto nº 99.710, traz como direito destas poder expressar suas opiniões livremente e estas serem consideradas, em função da sua idade e maturidade, além da possibilidade da criança ser ouvida em processo judicial ou administrativo em que direitos dela

²⁴⁷ “Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.” (BRASIL. Artigo 2º. **Lei n.º 8.069, de 13 de Julho de 1990**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 8 maio 2021.)

²⁴⁸ “Revelar sigilo profissional relacionado a paciente criança ou adolescente, desde que estes tenham capacidade de discernimento, inclusive a seus pais ou representantes legais, salvo quando a não revelação possa acarretar dano ao paciente.” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Artigo 74. Código de Ética Médica: **Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018**. Brasília, 2019. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em 16 maio 2021.)

²⁴⁹ AGUIAR, Mônica. Para além da capacidade: o impacto da vulnerabilidade em matéria de autonomia em questões de saúde. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues. (Coord.) **Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 101.

²⁵⁰ “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.

2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional.” (BRASIL. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Brasília: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 9 maio 2021.)

estejam em discussão, como é o caso das discussões no Judiciário sobre ministrar forçadamente sangue alogênico em menores de idade. Essa possibilidade de escutar crianças e adolescentes em todas as questões que lhes digam respeito simboliza, segundo Taysa Schiocchet, a capacidade evolutiva do exercício de direitos, ou seja, a noção de desenvolvimento para que os infantes e jovens possam exercer seus direitos por conta própria, sem nenhuma modalidade de representação²⁵¹.

Com isso, ao menos no campo doutrinário, há cada vez mais o afastamento da noção da (in)capacidade civil para somente os atos de natureza patrimonial²⁵². As questões de vida e saúde das pessoas deve ser decidida por elas mesmo que estas não tenham atingido a maioridade civil²⁵³. Por isso que, ainda no âmbito médico, Mônica Aguiar e Amanda Barboza propõe a importância do assentimento livre e esclarecido de crianças e adolescentes, trazendo estas para o campo das decisões sobre a sua vida e saúde, respeitando-se o nível de desenvolvimento e maturidade que estes têm e tornando-se assim um imperativo não só nas questões de saúde, tem deste trabalho, mas também nas pesquisas com seres humanos²⁵⁴. Para as autoras, os profissionais de saúde devem ter consciência que esse instrumento é voltado a proteção do menor, menos como uma proteção paternalista e mais como uma consagração do direito da criança e do adolescente poder participar na decisão, respeitando sempre as suas limitações psicofísicas²⁵⁵.

As liberdades de crença e culto religioso já foram introduzidas no segundo capítulo deste trabalho. Mas em uma breve síntese, a de crença, segundo José Afonso da Silva, abarca a opção de escolher uma religião, de aderir a esta, de mudar de credo se quiser e de não ter religião alguma, além da possibilidade de ser agnóstico ou ateu²⁵⁶. Já a de culto seria a exteriorização da de crença, quando outros vêm e identificam que ali é praticada uma religião. O constitucionalista supracitado explica que: “sua característica básica se exterioriza na prática dos ritos, no culto, com suas cerimônias, manifestações, reuniões, fidelidades aos hábitos, às

²⁵¹ SCHIOCCHET, Taysa. **Exercício de direitos sexuais e reprodutivos por adolescentes no Brasil: repensando os fundamentos privatistas de capacidade civil a partir dos direitos humanos**. Disponível em: <https://ufpr.academia.edu/TaysaSchiocchet>. Acesso em 1 maio 2021.

²⁵² AGUIAR, Mônica Neves. O paradoxo entre a autonomia e a beneficência nas questões de saúde: Quando o poder encontra a vulnerabilidade. **Revista de Biodireito e Direitos dos Animais**. Brasília, v. 2, n. 1, jan./jun, 2016. p. 83.

²⁵³ Ibidem, p. 75.

²⁵⁴ AGUIAR, Mônica; BARBOZA, Amanda Souza. Autonomia bioética de crianças e adolescentes e o processo de assentimento livre e esclarecido. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v.12, n. 2, maio/ago. 2017. p. 31.

²⁵⁵ Ibidem. p. 35.

²⁵⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 249.

tradições, na forma indicada pela religião escolhida.”²⁵⁷ Ambas são invioláveis, e para além da presença no texto constitucional, foram reiteradas pelo legislador infraconstitucional no ECA, demonstrando assim a pertinência do exercício destas pela criança e adolescente para a formação da sua personalidade.

O exercício da liberdade religiosa por crianças e adolescentes está intimamente ligado as crenças que sua família exerce. Para José Afonso da Silva, é um direito dos pais orientar seus filhos no âmbito religioso, seja para o exercício de uma religião, como para uma criação em que não se professe religião alguma²⁵⁸. Guilherme Nucci, por sua vez, cria uma gradação para esse exercício. Segundo o autor, enquanto criança pode sim a família o encaminhar em uma orientação religiosa. Porém, quando adolescente, ele mesmo deve decidir se quer continuar a participar daquele culto, se não mais ou se deseja reunir-se com outro tipo de denominação religiosa²⁵⁹. Aos pais é reservado o dever de educar os filhos menores, e pode ser difícil para estes verem seus descendentes tomarem caminhos diferentes daqueles inculcados, principalmente pelo pensamento ainda vigente de que os descendentes devem cumprir as expectativas que os genitores depositam neles. Este tema será melhor abordado em tópico próprio.

4.2.2 Artigo 17 e a autonomia progressiva

O artigo 17²⁶⁰ do ECA apresenta uma menção tímida à autonomia por parte das crianças e adolescentes. O tema já foi abordado no capítulo anterior. Em síntese, é o ser humano tomar decisões por si só e arcar com as consequências destas. Daí a escolha do legislador por listá-la em conjunto com outros direitos da personalidade, devido a sua importância para a concretização da existência do menor. Porém, a ação autônoma de uma criança não se dará do mesmo modo do que a de um adulto. Mônica Aguiar e Amanda Barboza lembram da existência de fatores que limitam a liberdade de ação, como a ignorância, a coação e as enfermidades. Para as autoras, autonomia tem pressupostos, entre eles a ausência de limitações, ter intenção e graus

²⁵⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 249.

²⁵⁸ SILVA, José Afonso da. Artigo 16/Livro 1 – Tema: Liberdade. **Promenino Fundação Telefônica**, 2016. Disponível em: <https://fundacaotelefonicaoativo.org.br/noticias/eca-comentado-artigo-16livro-1-tema-liberdade/>. Acesso em 8 maio 2021.

²⁵⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**: em busca da Constituição Federal das Crianças e dos Adolescentes. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 59.

²⁶⁰ “O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.” (BRASIL. Artigo 2º. **Lei n.º 8.069, de 13 de Julho de 1990**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 8 maio 2021.)

de entendimento, o que levaria a existirem graus de autonomia²⁶¹. Por isso, que ao se referirem a autonomia de crianças e adolescentes, esta é taxada de autonomia progressiva, devido a se referirem a sujeitos em desenvolvimento²⁶². Tal direito foi estabelecido na ratificada Convenção Internacional dos Direitos da Criança em seu artigo 5º²⁶³.

Este artigo deixa claro que é papel dos pais ou dos responsáveis, em geral, orientar a criança para que esta possa exercer os seus direitos de acordo com a evolução de sua capacidade. A capacidade, já abordada em tópico próprio, está umbilicalmente ligada ao exercício da autonomia. Por isso que não faz sentido uma incapacidade absoluta para os atos da vida civil até o menor atingir os dezesseis anos de idade, já que a própria legislação internacional, ratificada pelo Brasil, reconhece essa progressão do exercício de direitos pelo infante. Ao limitá-la, segundo Nelson Gimenes, é como se considerasse que o indivíduo de um ano é igual ao de dez anos²⁶⁴. A medida em que a criança cresce, é comum seus responsáveis começarem a lhe atribuir alguma noção de responsabilidade, como, por exemplo, a possibilidade de realizar alguma atividade doméstica ou uma noção de finanças ao lhe dar uma mesada. Para Marina Sillman, é papel dos responsáveis buscar o equilíbrio entre os extremos prejudiciais da proteção exacerbada que limitaria o poder decisório do filho e da negligência disfarçada de autonomia²⁶⁵.

No Brasil, norma hierarquicamente inferior, como é o caso da Lei 10.406 (CC-02), com a sua teoria da (in)capacidade (artigos 3º e 4º) sobrepõe-se a superior, a ratificada Convenção Internacional dos Direitos da Criança (Decreto nº 99.710/1990)²⁶⁶. Joyceane Menezes e Renata Multedo resumem essa anomalia jurídica em uma norma infraconstitucional sobrepondo-se a

²⁶¹ AGUIAR, Mônica; BARBOZA, Amanda Souza. Autonomia bioética de crianças e adolescentes e o processo de assentimento livre e esclarecido. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v.12, n. 2, maio/ago. 2017. p. 24.

²⁶² SILLMAN, Marina Carneiro Matos. **Recusa de tratamento médico por crianças e por adolescentes**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017, p. 94.

²⁶³ “Os Estados Partes respeitarão as responsabilidades, os direitos e os deveres dos pais ou, onde for o caso, dos membros da família ampliada ou da comunidade, conforme determinem os costumes locais, dos tutores ou de outras pessoas legalmente responsáveis, de proporcionar à criança instrução e orientação adequadas e acordes com a evolução de sua capacidade no exercício dos direitos reconhecidos na presente convenção.” (BRASIL. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Brasília: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 9 maio 2021.)

²⁶⁴ GIMENES, Nilson Roberto da Silva. **O direito de objeção de consciência às transfusões de sangue**. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2005. p. 109.

²⁶⁵ Op. Cit. p. 96.

²⁶⁶ “O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 4663431/SP**. Prisão civil. Depositário infiel. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insustentabilidade da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos. Recurso improvido. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Voto: Min. Gilmar Mendes. Relator: Min. Cezar Peluso, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 16 maio 2021)

um direito fundamental, já que o regime das (in)capacidades, lembre-se, impõe-se sobre a doutrina constitucional da proteção integral (artigo 227 da CRFB/88), que consagra o respeito a autonomia²⁶⁷. A consequência de desprezar a autonomia progressiva da criança e do adolescente e reproduzir acriticamente o disposto no Código Civil, segundo Maria Celina Bodin de Moraes, é a impossibilidade do exercício pessoal de direitos, sejam esses patrimoniais ou não, por parte dos menores²⁶⁸.

O conceito de autonomia progressiva na consagração de situações existenciais, para Nelson Rosenvald, “(...) transcende o estático conceito de capacidade, rigidamente determinado a partir de faixas etárias predeterminadas em abstrato pelo onipotente legislador.”²⁶⁹ Na lição do autor, ao se discutir, em juízo, questões que venham a macular o seu direito a existência, a concretização da autonomia progressiva pressupõe a prévia escuta da criança e do adolescente sobre qual a sua opinião e vontade com relação ao tema discutido. Isso não quer dizer que o juiz irá satisfazer todas as vontades que o menor tenha por meio de sua decisão. Taysa Schiocchet explica que no âmbito público o Estado evitará qualquer mal que lhe possa ocorrer²⁷⁰. Porém, como sujeito em desenvolvimento que é e pelo processo versar sobre a concretização de sua existência, nada mais justo que seja, ao menos, ouvida a sua opinião sobre o assunto. “Os jovens e infantes não são seres humanos que estão aguardando o futuro chegar para se tornarem pessoas. Eles já o são.”²⁷¹ Ouvi-los denota respeito.

Estabelece-se, nesse sentido, o Parecer de nº 5/2016, do Conselho Regional de Medicina do Estado de Pernambuco (CREMEPE), da lavra da Conselheira Zilda do Rego Cavalcanti. Médicos do HUOC descreveram o caso da paciente CLS, 17 anos, abandonada pelos pais adotivos e diagnosticada com Leucemia Linfóide Aguda (LLA). Inicialmente a doença regrediu, porém, em março de 2014, a mesma apresentou recaída, sem resposta à terapia de resgate. Ela apresentava bom entendimento da sua condição e recusava hemotransfusão por motivos religiosos, solicitando alta hospitalar. Os médicos assistentes eram favoráveis à

²⁶⁷ MENEZES, J. B. de; MULTEDO, R. V. A autonomia ético-existencial do adolescente nas decisões sobre o próprio corpo e a heteronomia dos pais e do Estado no Brasil. **A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 16, n. 63, jan./mar. 2016. p. 199.

²⁶⁸ MORAES, M^a Celina Bodin de. A nova família, de novo – Estruturas e função das famílias contemporâneas. **Pensar**, Fortaleza, v. 18, n. 2, maio/ago. 2013. p. 607-608.

²⁶⁹ ROSENVALD, Nelson. A autonomia progressiva dos adolescentes. **GENJURÍDICO.COM.BR**, São Paulo, out. 2015. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2015/10/26/a-autonomia-progressiva-dos-adolescentes/>. Acesso em: 1 maio 2021.

²⁷⁰ SCHIOCCHET, Taysa. **Exercício de direitos sexuais e reprodutivos por adolescentes no Brasil: repensando os fundamentos privatistas de capacidade civil a partir dos direitos humanos**. Disponível em: <https://ufpr.academia.edu/TaysaSchiocchet>. Acesso em: 1 maio 2021.

²⁷¹ SILLMAN, Marina Carneiro Matos. **Recusa de tratamento médico por crianças e por adolescentes**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017. p. 100.

alta hospitalar e questionavam a possibilidade de liberação da paciente sem a presença dos responsáveis. Concluiu a parecerista que: “A autonomia dos pacientes menores de idade deve ser respeitada, na medida em que estes tenham capacidade de discernimento, ressaltando que as decisões devem ser precedidas de informação acessível e detalhada a respeito do caso em questão.”²⁷²

A autonomia progressiva não significa, por sua vez, abandono por parte dos pais, nem que, a partir deste momento, a opinião deles é irrelevante. Pelo contrário. Para Marina Sillman, o exercício de direitos por quem é titular destes pressupõe um suporte montado pelos responsáveis para proteção da criança ou adolescente²⁷³. É óbvio que nem sempre o menor tomará a melhor decisão para a concretização do seu futuro. Adultos vivem de acertos e erros, porque com sujeitos em formação seria diferente? O educador Paulo Freire explica que o papel dos pais não é omitir-se, mas sim analisar com os filhos qual o futuro das suas decisões e suas possíveis consequências, afinal, participar do processo decisório daqueles não é intromissão, mas um dever dos responsáveis, contanto que não queiram decidir por eles. O futuro é dos filhos, não deles²⁷⁴. O próximo tópico continuará a abordar sobre a evolução do pátrio poder para autoridade familiar no Direito Brasileiro e o papel destes com relação ao poder decisório que os filhos possam vir a ter.

4.2.3 Artigos 21 e 22 e o Poder Familiar

Para entender as disposições que o ECA congrega sobre o poder familiar, é preciso fazer um exercício histórico de voltar, mais uma vez, ao início do século XX. Durante a égide da Lei 3.071 (CC-16), a nomenclatura utilizada era de pátrio poder. Rolf Madaleno explica que a origem deste nome advém do Direito Romano, mais precisamente da autoridade, ou *pater potestas*, que o chefe de família, ou *pater familiae*, detinha sobre todos que a ele estavam subordinados, e estes lhe deviam obediência, seja quem fosse: a esposa, os filhos, netos, escravos, por exemplo²⁷⁵. O transporte deste conceito para a realidade brasileira não seria menos traumático. “Quanto maiores foram a desigualdade, a hierarquização e a supressão de

²⁷² CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE PERNAMBUCO. **Parecer n° 5/2016**. Parecerista: Zilda do Rego Cavalcanti. Recife, 29 dez. 2015. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/pareceres/PE/2016/5>. Acesso em: 9 maio 2021.

²⁷³ SILLMAN, Marina Carneiro Matos. **Recusa de tratamento médico por crianças e por adolescentes**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017. p. 99.

²⁷⁴ FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa**. São Paulo: Paz e Terra, 1996. p. 54-55.

²⁷⁵ MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 901.

direitos, entre os membros da família, tanto maior foi o pátrio poder e o poder marital.”²⁷⁶ Para Maria Berenice Dias, ficava evidente aqui o flagrante machismo da legislação, que só mencionava o poder do pai com relação aos filhos, excluindo desta relação a mãe²⁷⁷.

Chegava a ser irônica esta exclusão no país em que mais de 5,5 milhões de crianças brasileiras não têm ao menos o nome do pai na certidão de nascimento²⁷⁸. A situação foi atenuada com a Lei nº 4.121, de 1962, que dispunha sobre a situação jurídica da mulher casada e realizou alterações no CC-16. Se antes a mulher só poderia exercer o pátrio poder na ausência ou no impedimento do marido, a redação foi alterada para que tal poder fosse exercido por ambos os pais. Porém, a prevalência ainda era do marido, e a mulher somente colaborava. Se houvesse divergência entre os cônjuges, era a palavra do esposo a final, restando a esposa apenas o direito de recorrer ao Judiciário para resolver a divergência. A revolução do sistema jurídico brasileiro passa a se dar com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a equiparação de homem e mulher com relação aos direitos e deveres que advém da sociedade conjugal, entre eles o pátrio poder (artigo 226, § 5º²⁷⁹).

Esse novo modelo consagrado na promulgação da CRFB/88 pode ser chamado de família democrática. Segundo Maria Celina Bodin de Moraes, a inclusão de princípios como a igualdade, liberdade e solidariedade no âmbito familiar leva a substituição de um modelo autocrático e totalitário exercido pelo marido e pai, apesar de em nome de um bem-estar comum, para o modelo democrático, onde todos os membros do grupo familiar tem a possibilidade de falar e de serem ouvidos. A autoridade neste âmbito familiar baseia-se na ideia democrática de ouvir, discutir e argumentar e no respeito que os pais têm pelo filho, e vice-versa. Não há espaço para tirania por nenhum membro da família, seja pelos pais ou pelos filhos, nem para obediência cega²⁸⁰.

²⁷⁶ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 214.

²⁷⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021. p. 303.

²⁷⁸ PATERNIDADE responsável: mais de 5,5 milhões de crianças brasileiras não têm o nome do pai na certidão de nascimento. **IBDFAM**, 2019. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/7024/Paternidade+responsável:+mais+de+5,5+milhões+de+crianças+brasileiras+não+têm+o+nome+do+pai+na+certidão+de+nascimento>. Acesso em: 9 maio 2021.

²⁷⁹ “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.” (BRASIL. [Constituição (1988)]. Artigo 226, §5º. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 16 maio 2021.)

²⁸⁰ MORAES, M^a Celina Bodin de. A família democrática. CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5., 2005, Belo Horizonte. **Anais**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2005. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/31.pdf>. Acesso em 9 maio 2021.

O ECA, posterior a promulgação da CRFB/88, acompanhou a mudança de pensamento trazida pelo texto constitucional. No artigo 21, pode-se ver que o legislador prestigiou a igualdade entre homens e mulheres e não reservou a preferência a nenhum destes em caso de litígio. Porém, a referência ainda era ao termo pátrio poder. A nomenclatura é alterada na legislação brasileira quando o Código Civil é sancionado. Ali, há a alteração para poder familiar. “A mudança, portanto, mais do que uma alteração linguística, promove um giro simbólico, evidenciando sem margem para dúvidas que a titularidade do poder familiar é do casal, em igualdade de condições.”²⁸¹ Restou ao Estatuto da Criança e do Adolescente acompanhar a mudança com a sanção da Lei 12.010 de 2009, conhecida como Lei da adoção. O artigo 3º da referida Lei alterou a expressão pátrio poder para poder familiar em todo artigo do Estatuto que a mencionava, inclusive o artigo 21.

Para a doutrina civilista, por sua vez, esta expressão continua em defasagem. Maria Berenice Dias aduz que o termo que traz mais simpatia da doutrina civilista é autoridade parental, apesar de movimento no sentido da mudança do termo para responsabilidade parental²⁸². Rolf Madaleno, por sua vez, aponta o desconforto com o termo poder, por remontar a ideia de domínio paterno e não coadunar com a ideia de família democrática²⁸³. Já Paulo Lôbo lembra da inclusão promovida pela Lei nº 12.318/2010 do termo autoridade parental no ordenamento Brasileiro e explica que tal conceito traduz melhor o exercício dessa função fincada no interesse do outro, além de exprimir a noção de superioridade hierárquica, como a exercida em toda organização, pública ou privada²⁸⁴.

Independente da nomenclatura utilizada, é notável a alteração na essência do instituto. O princípio que pauta esta mudança é o do melhor interesse da criança, e porque não, do adolescente também. A inclusão deste princípio no ordenamento jurídico brasileiro se deu com a já abordada ratificação pelo Decreto nº 99.710/1990 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, que em seu artigo 3.1.²⁸⁵ prestigia, nas palavras desta, o interesse maior da criança. Este adjetivo “maior” tem a ver com a qualidade do que será significativo e agregador para a

²⁸¹ AGUIAR, Mônica; BARBOZA, Amanda Souza. Autonomia bioética de crianças e adolescentes e o processo de assentimento livre e esclarecido. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, v.12, n. 2, maio/ago. 2017. p. 21.

²⁸² DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021. p. 305

²⁸³ MADALENO, Ralf. *Direito de família*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 902.

²⁸⁴ LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 214

²⁸⁵ “Artigo 3.1. 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 interesse maior da criança.” (BRASIL. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Brasília: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 9 maio 2021.)

criança e o adolescente. A partir deste, os interesses desse grupo devem ser tratados com absoluta prioridade não só pela família, mas também pelo Estado e pela Sociedade. Estas são pessoas em desenvolvimento e dotadas de dignidade, e como tais, devem ter suas vontades protegidas tanto na elaboração como na aplicação de direitos²⁸⁶. O papel do pais, segundo Moraes, seria justamente o de ajudar os filhos a tornarem-se a si mesmos²⁸⁷, até que esses possam exercer seus direitos fundamentais por conta própria.

O artigo 22, *caput*²⁸⁸, do ECA, por sua vez, abarca uma lista de deveres dos pais. Se antes, o poder familiar era um direito ilimitado dos pais, agora passa-se a ser voltado a proteção e bem-estar dos filhos, transformando-se em um dever²⁸⁹. Durante a égide do Código Civil de 1916, a função do pátrio poder era basicamente limitar a capacidade negocial do menor, tendo em vista a lógica patrimonialista. Basicamente a preocupação era com os bens dos próprios filhos e com o prejuízo que estes poderiam causar a bens de outros. Já hoje o poder familiar é um poder-dever, no sentido de proteger e satisfazer as necessidades mais importantes do filho: As existenciais. Maria Celina Bodin de Moraes explica que o menor é a parte vulnerável dessa relação assimétrica e que os pais são responsáveis por estes²⁹⁰. Essa responsabilidade, ou direito/dever, perpassa pela consciência de que os pais fazem escolhas e tomam decisões que podem ir das mais simples aquelas que afetam irreversivelmente a vida dos filhos²⁹¹.

Sobre essas escolhas, a Lei n° 13.257, de 2016, acrescentou, ao artigo 22 do ECA o parágrafo 1°²⁹², que garante aos responsáveis o direito de transmissão familiar de suas crenças aos filhos. É natural que entre os ensinamentos e as lições que os pais transmitam aos filhos, estejam também as suas crenças, com todos os aspectos que estas envolvem. Os ascendentes acreditam que aquilo é o melhor, e de forma automática e até bem intencionada, passam também

²⁸⁶ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 55.

²⁸⁷ MORAES, M^a Celina Bodin de. A família democrática. CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5., 2005, Belo Horizonte. **Anais**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2005. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/31.pdf>. Acesso em 9 maio 2021.

²⁸⁸ “Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.” (BRASIL. Artigo 22. **Lei n.º 8.069, de 13 de Julho de 1990**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 8 maio 2021.).

²⁸⁹ SCHIOCCHET, Taysa. **Exercício de direitos sexuais e reprodutivos por adolescentes no Brasil: repensando os fundamentos privatistas de capacidade civil a partir dos direitos humanos**. Disponível em: <https://ufpr.academia.edu/TaysaSchiochet>. Acesso em: 1 maio 2021.

²⁹⁰ Op. Cit.

²⁹¹ SAAD, Martha Solange Scherer. Proteção à criança e ao adolescente e seus reflexos nas relações paterno-filiais. *In*: PIRES, Antônio Cecílio Moreira. *et al.* (org.) **Estudos sobre a violência contra a criança e o adolescente**. São Paulo: Libro, 2016. p. 238.

²⁹² “A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei.” (BRASIL. Artigo 22, §1°. **Lei n.º 8.069, de 13 de Julho de 1990**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 8 maio 2021.)

os valores, ideologias, enfim, o que eles acreditam. Porém, a medida que o filho cresce, como apresentado em tópico próprio, ele passa a escolher se quer continuar a compartilhar essas crenças com seus pais, ou quer acreditar em algo diferente do que lhe foi transmitido, ou até mesmo em nada. É preciso diferenciar até onde vai a influência parental, nesse aspecto, e a partir de que momento realmente o menor começa a pensar com a sua própria consciência sobre o assunto. É o momento em que os jovens passam a ter personalidade própria, não sendo um anexo parental.

Na questão da recusa de transfusões de sangue por crianças e adolescentes, é imperioso averiguar se esta recusa advém do menor, e se ele tem consciência do que aquela escolha implica, ou se é apenas a vontade parental replicada pelos filhos. Para Ana Carolina Teixeira e Luciana Penalva, a orientação nesses casos seria a transfusão de sangue pois os menores poderiam no futuro escolher religião diferente dos pais²⁹³. Não assiste totalmente razão as autoras. Primeiro, deve-se averiguar se o menor realmente corre risco de morte ou de saúde com a recusa ao tratamento. Se há tratamento alternativo disponível, não há porque se mencionar transfusão de sangue, independente da idade da criança. Ninguém reclama, por exemplo, a autoridade de pais católicos de batizarem seus bebês recém-nascidos que ainda não detêm discernimento algum em uma religião que não se sabe se eles irão professar no futuro. Intromissões indevidas nesta seara podem ser motivadas tão somente por puro preconceito disfarçado de preocupação com o melhor interesse do menor²⁹⁴.

Diferente seria se o exercício do poder familiar viesse a causar prejuízo não só ao menor, como também a terceiros. Por exemplo, com o avanço do movimento antivacina no Brasil²⁹⁵ e o risco que tal decisão traz a saúde pública do país, pais como E.B. e M.M., do Movimento Gnóstico Cristão Universal do Brasil na Ordem Nova, que prega que além da vacina fazer mal a saúde, impede o acesso ao plano astral, não vacinaram a menor D.B. Após apelarem de decisão que aplicava medida de proteção para que a criança fosse vacinada, foi acordado que um bebê com seis meses de idade não tem religião nem discernimento para optar por aquela ou nenhuma crença. Além do mais, com a vacinação não se visava somente proteger a saúde da

²⁹³ TEIXEIRA, A. C. B. PENALVA, L. D. Autoridade parental, incapacidade e melhor interesse da criança: Uma reflexão sobre o caso Ashley. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 45, n. 180, out./dez. 2008. p. 302.

²⁹⁴ Emblemático o caso de mães que perderam a guarda de suas filhas por estas serem candomblecistas. Cf. MOURA, Rayane. Mãe perde guarda da filha após jovem participar de ritual do candomblé. **UOL**, 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2020/08/07/mae-perde-guarda-da-filha-apos-jovem-participar-de-ritual-do-candomble.htm>; Pai mente sobre candomblé e ganha guarda de filha que raramente via. **UOL**, 2020. Disponível em: <https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2020/10/22/filha-e-tirada-da-mae-apos-pai-denunciar-maus-tratos-em-ritual-de-candomble.htm>. Acesso em 10 maio 2021.

²⁹⁵ MADEIRO, Carlos. Movimento antivacina avança na web: por que ele é ameaça à saúde pública. **UOL**, 2020. Disponível em: <https://www.uol.com.br/vivabem/noticias/redacao/2020/10/29/movimento-antivacina-avanca-online-por-que-ele-e-ameaca-a-saude-publica.htm?next=0001H807U11N&>. Acesso em 11 maio 2021.

recém-nascida, mas também de toda a coletividade com a erradicação das doenças²⁹⁶. Por sua vez, se fica comprovado que a transfusão de sangue não é necessária para a recuperação do menor e esta pode ser substituída por outro tratamento alternativo, não há porque se forçar a terapêutica, afinal esta refere-se a um exercício dos pais de criarem seus filhos de acordo com suas crenças.

4.3 ANÁLISE DO LIVRO “A BALADA DE ADAM HENRY”, DE IAN MCEWAN

Volte-se agora a descrição do caso fictício do início do capítulo. O filme que o aborda foi inspirado no livro do autor inglês Ian Mc Ewan, “A Balada de Adam Henry”. Não será tecida aqui nenhuma crítica literária, por não ser o objeto deste trabalho, mas sim uma análise jurídica dos acontecimentos criados ali. Como se sabe, discutia-se em juízo a possibilidade ou não do menor, Adam Henry, ter em seu corpo sangue transfundido contra a sua vontade. Após os argumentos apresentados por ambas as partes, tanto o Hospital como os pais do jovem, a juíza Fiona Maye decidiu, dadas as circunstâncias pessoais do caso, que gostaria de visitar o paciente. “Não é o seu conhecimento das escrituras que me interessa, e sim sua compreensão da situação em que se encontra e o que deverá confrontar caso eu tome uma decisão contrária ao hospital.”²⁹⁷ Com isso, a juíza encaminha-se ao Hospital juntamente com a assistente social Marina Greene, tentando assim atribuir um pouco de personalidade à burocracia judicante.

Ao chegar no Hospital, a juíza passa a dialogar com Adam. Ela deixa claro que o objetivo da visita é ter certeza que ele sabia o que estava fazendo²⁹⁸. Fiona gostaria de saber se o jovem havia considerado com todo o cuidado o fato de que, ao recusar a transfusão de sangue, poderia vir a falecer ou ficar para o resto da vida doente mentalmente, fisicamente, ou as duas coisas. Este disse, por sua vez, que odiaria se isso acontecesse, mas era um risco que estava disposto a correr²⁹⁹. Após ouvir sobre os gostos pessoais do paciente e o porque dele recusar tal tratamento, esta chegou a conclusão que o adolescente: “(...) deixou bem claro que sabe o que quer, tanto

²⁹⁶ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça (Primeira Câmara de Direito Civil). **Apelação Cível n. 2011.089551-3**. Representação para apuração de infração às normas de proteção a criança e ao adolescente c/c medida de proteção. Pais que negam aplicação de vacina à filha recém-nascida em razão de crença religiosa. Princípio do direito à vida sobrepõe-se ao da liberdade de religião. Manutenção da sentença. Recurso não provido. Apelantes: E.B. e M.M. Apelado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Des. Carlos Prudêncio, 14 maio 2012. Disponível em: <https://silo.tips/download/apelacao-civel-n-de-chapeco-relator-des-carlos-prudencio>. Acesso em: 11 maio 2021.

²⁹⁷ MCEWAN, Ian. **A Balada de Adam Henry**. Tradução: Jorio Dauster. São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 2014. p. 57.

²⁹⁸ *Ibidem*. p. 65.

²⁹⁹ *Ibidem*. p. 66-67.

quanto qualquer um de nós seria capaz de fazê-lo”³⁰⁰, reconhecendo assim que este tinha discernimento para tomar tal decisão como um adulto teria em seu lugar. A juíza despediu-se, então, do rapaz e voltou juntamente com a assistente social para o Tribunal, onde decidiria sobre o futuro dele.

Fiona passou então a decidir. Reconheceu que aquele jovem encontrava-se extremamente doente, mas seu intelecto não estava nem um pouco afetado, e ele foi capaz de expressar o que deseja com clareza, fruto de uma boa compreensão dos princípios religiosos e possuindo considerável maturidade para a sua idade³⁰¹, recusando-se assim a aceitar uma transfusão de sangue que provavelmente salvaria sua vida. Apesar de considerar isso, a decisão da juíza foi no sentido de que Adam tomou uma decisão que era hostil ao seu bem-estar, o que constituía a principal consideração da corte. Ele então precisaria, nas palavras dela, ser protegido da sua religião e de si mesmo. Conclui então, após ponderar sobre a idade do menor, o respeito a fé dele e a dignidade do indivíduo em recusar um tratamento médico com base em sua consciência e crença, que a vida seria mais preciosa que a dignidade, autorizando, assim, a equipe médica a aplicar no adolescente os tratamentos médicos que julgasse necessário, como a transfusão de sangue³⁰².

Primeiramente, a juíza demonstrou a atitude de ir ao menor e perguntar a este o que ele sente, se ele desejava realmente não receber sangue e porque acreditaria que isso seria melhor para ele³⁰³. Reconhecer a criança ou adolescente como sujeito de direitos em um processo, ouvindo a sua opinião, é uma forma de considerar o seu desenvolvimento intelectual e se este têm consciência das consequências de sua recusa, além se não há imposição parental nesta escolha³⁰⁴. Sabe-se também que a realidade de abarrotamento de processos do Judiciário e a urgência em muitos destes não permitem que o magistrado vá de leito em leito visitar cada paciente que recusa-se a aceitar um tratamento de saúde, além do mais não cabe a este saber de todos os fatos da vida. Porém, se o Poder Judiciário tem à disposição uma equipe multiprofissional composta, por exemplo, de assistentes sociais e psicólogos que podem confeccionar um relatório sobre a situação do paciente e qual a sua vontade, estes podem auxiliar o juízo a tomar sua decisão.

³⁰⁰ MCEWAN, Ian. **A Balada de Adam Henry**. Tradução: Jorio Dauster. São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 2014. p. 71.

³⁰¹ *Ibidem*. p. 74.

³⁰² *Ibidem*. p. 76-77.

³⁰³ GIMENES, Nilson Roberto da Silva. **O direito de objeção de consciência às transfusões de sangue**. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2005. p. 109.

³⁰⁴ SILLMAN, Marina Carneiro Matos; SÁ, Maria de Fátima Freire. A recusa de tratamento médico por crianças e adolescentes: Uma análise a partir da Competência de Gillick. **Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva**, v. 1, n. 1, jul./dez. 2015. p. 86.

A decisão de Fiona Maye, por sua vez, foi acertada? Para Marina Sillman e Maria de Fátima Freire Sá, não. Segundo as autoras, a decisão da juíza consagra a vida como valor, porém foi baseada na sua compreensão de mundo, sobrepondo este valor a liberdade religiosa. Ela esperava que o adolescente ultrapassa-se as limitações rígidas que a sua religião trazia, experimentando a vida. Apesar da religião ter sido uma escolha dos pais, Adam demonstrou que compartilhava da mesma fé. A magistrada esqueceu (ou fez questão de esquecer) que ser Testemunha de Jeová fazia parte da construção da personalidade do jovem. A medida adotada por Fiona faria sentido se o menor não tivesse discernimento. Assim, uma transfusão de sangue naquelas circunstâncias garantiriam, no futuro, o direito deste exercer sua autonomia³⁰⁵. Com isso, a imposição forçada de sangue no rapaz, configura, na visão das autoras, desrespeito à sua biografia, sua autonomia em construção e à sua dignidade³⁰⁶.

Ao ler a obra, percebe-se a referência em vários momentos do que eles chamam de Competência de *Gillick*, tanto na sustentação oral dos advogados como na decisão da juíza³⁰⁷. Em breve momento, o advogado do Hospital, Mark Berner, conceitua a competência como “quando a criança demonstra suficiente compreensão e inteligência para entender inteiramente o que lhe é proposto”³⁰⁸. Porém, esta é bem maior do que isso. Surge a partir do Caso *Gillick* no Direito Inglês. Victoria Gillick, mãe de 5 filhas menores de dezesseis anos, notificou o centro de saúde local afirmando que não gostaria que suas filhas recebessem educação sexual, com relação a cuidados contraceptivos, sem o seu consentimento. Tal pedido foi negado por contrariar a Circular HSC (IS) 32 de 1974, do Departamento de Saúde e Segurança Social do Reino Unido, que preconizava em sua sessão G que consultas informativas sobre aborto e prevenção contraceptiva deveriam estar disponíveis para todos, incluindo os menores de dezesseis anos, independente de autorização dos pais. Procurava-se assim evitar uma gravidez indesejada ou exposição a DST's. Por fim, a última palavra sobre se o jovem poderia ter acesso ou não a tal conteúdo caberia ao médico que o acompanhava³⁰⁹.

Victoria Gillick ingressou com ação contra *West Norfolk and Wisbech Area Health Authority*, alegando que haveria a violação do poder parental. Após sair derrotada, recorreu à

³⁰⁵ SILLMAN, Marina Carneiro Matos; SÁ, Maria de Fátima Freire. A recusa de tratamento médico por crianças e adolescentes: Uma análise a partir da Competência de Gillick. *Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva*, v. 1, n. 1, jul./dez. 2015. p. 78.

³⁰⁶ *Ibidem*. p. 86.

³⁰⁷ MCEWAN, Ian. **A Balada de Adam Henry**. Tradução: Jorio Dauster. São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 2014. p. 54, 56 e 75.

³⁰⁸ *Ibidem*. p. 54.

³⁰⁹ SILLMAN, Marina Carneiro Matos. **Recusa de tratamento médico por crianças e por adolescentes**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017. p. 89.

Court of Appeal, tendo a decisão reformulada. Por fim, o departamento de saúde recorreu à *House of Lords*³¹⁰. A decisão datada de 1985 gerou o termo Competência de *Gillick*, ou a possibilidade do menor aderir a tratamento médico, independente do consentimento parental³¹¹. A Corte entendeu que os deveres parentais foram ultrapassados pela mãe. Ao se achar a única que poderia dizer quando as filhas poderiam ter acesso a métodos contraceptivos, esta ignorou o desenvolvimento único que cada uma tinha e o direito destas à liberdade sexual³¹². Os votos dos Lordes são paradigmáticos, e dois foram escolhidos para serem analisados pela sua pertinência temática: Os votos do Lorde Scarman e do Lorde Fraser, que auxiliarão a conceituar quais são os parâmetros da Competência de *Gillick*.

Lorde Scarman decidiu que: “(...) o direito dos pais de determinar se o seu filho menor com idade inferior a 16 anos terá ou não tratamento médico termina se e quando a criança atingir um discernimento e inteligência suficientes para capacitá-lo (...)”³¹³. Para o julgador, discernimento e inteligência são os requisitos para que o menor de dezesseis anos possa recusar tratamento médico. Já o Lorde Fraser foi responsável, com seu voto, pela confecção de diretrizes³¹⁴. Primeiro, será que o jovem compreende o conselho que está sendo dado? Segundo, ele não pode ser convencido a envolver nem os pais ou responsáveis nessa decisão ou permitir que o profissional de saúde decida em seu nome. A terceira e a quarta estão mais voltadas para métodos contraceptivos. Suspeita-se que o jovem vá manter relações sexuais com ou sem métodos contraceptivos, e que sua saúde física ou mental pode sofrer danos se não receber tratamento contraceptivo. Por fim, o melhor interesse do jovem pode envolver aconselhamento sem o consentimento parental.

Discernimento, para Marina Sillman e Maria de Fátima Freire Sá, é a capacidade de compreender o que está acontecendo e de tomar decisões ciente dos riscos que podem advir³¹⁵. No livro “A Balada de Adam Henry”, a juíza Fiona fez isso ao perguntar a Adam se ele tinha certeza do que estava fazendo e se havia considerado todas as possibilidades decorrentes da sua

³¹⁰ Ibidem. p. 89-90.

³¹¹ SILLMAN, Marina Carneiro Matos; SÁ, Maria de Fátima Freire. A recusa de tratamento médico por crianças e adolescentes: Uma análise a partir da Competência de Gillick. **Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva**, v. 1, n. 1, jul./dez. 2015. p. 74.

³¹² Ibidem. p. 79.

³¹³ “(...) the parental right to determine whether or not their minor child below the age of 16 will have medical treatment terminates if and when the child achieves a sufficient understanding and intelligence to enable him (...)” (SCARMAN, Leslie. **Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and another**. Tradução livre. Disponível em: http://www.hrcr.org/safrica/childrens_rights/Gillick_WestNorfolk.htm. Acesso em: 11 maio 2021.)

³¹⁴ FRASER *guidelines*. Tradução Livre. Disponível em: <http://psnc.org.uk/halton-st-helens-and-knowsley-lpc/wp-content/uploads/sites/45/2013/09/Fraser-competency-CP-Oct14.pdf>. Acesso em: 11 maio 2021.

³¹⁵ Op. Cit. p. 83.

decisão³¹⁶. Já das diretrizes do Lorde Fraser, extrai-se que a decisão do jovem deve ser consciente e autônoma. Quem o avalia não pode perceber qualquer sinal de que os pais o estão coagindo a tomar aquela decisão. Uma coisa é transmitir crenças aos filhos, direito parental, outra completamente diferente é obrigar que estes vivam as suas crenças. Uma boa forma de aferição seria obter o depoimento do menor em um ambiente neutro, sem a presença de terceiros.

Acrescente-se a esses critérios a maturidade. Para o educador Paulo Freire: “(...) ninguém amadurece de repente, aos 25 anos. A gente vai amadurecendo todo dia, ou não. A autonomia, enquanto amadurecimento do ser para si, é processo, é vir a ser. Não ocorre em data marcada.”³¹⁷ Não é estanque que toda pessoa vá evoluir a sua maneira de pensar com o passar do tempo³¹⁸. Pode ser que esta já esteja amadurecida o suficiente naquela fase da vida, enquanto outros ainda levem mais tempo. Por isso que para Marina Sillman e Maria de Fátima Freire Sá, o jovem deve ser avaliado por equipe multidisciplinar composta por médicos responsáveis pelo tratamento e psicólogos especializados no comportamento infanto-juvenil. Devem ser levados em consideração também a complexidade da doença, os riscos e consequências da recusa³¹⁹. Com isso, consagram-se crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, e não somente como meros incapazes para atos da vida civil de tamanha magnitude existencial, como a recusa a transfusões de sangue.

³¹⁶ MCEWAN, Ian. **A Balada de Adam Henry**. Tradução: Jorio Dauster. São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 2014. p. 65-66.

³¹⁷ FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa**. São Paulo: Paz e Terra, 1996. p. 55.

³¹⁸ SCHIOCCHET, Taysa. **Exercício de direitos sexuais e reprodutivos por adolescentes no Brasil: repensando os fundamentos privatistas de capacidade civil a partir dos direitos humanos**. Disponível em: <https://ufpr.academia.edu/TaysaSchiocchet>. Acesso em 1 maio 2021.

³¹⁹ Op.Cit. p. 86.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho, desenvolvido em 3 capítulos, conforme exposição introdutória, apresenta a seguinte conclusão:

a) Ao paciente capaz e lúcido é permitida a recusa a tratamento com uso de sangue à luz da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, CRFB/88);

b) A hipotética colisão entre direitos fundamentais, a saber, o direito à vida (artigo 5º, *caput*) e a liberdade de consciência e crença (artigo 5º, VI) da Constituição da República Federativa do Brasil, é um falso problema tanto em sentido amplo, por não haver dano a nenhum bem coletivo, já que o paciente procura preservar sua vida e saúde por aceitar tratamentos alternativos à transfusão de sangue, quanto estrito, por sua conduta não atingir negativamente direito fundamental de outrem;

c) Tal argumento não deve prosperar nas decisões de magistrados que obrigam pacientes testemunhas de Jeová a serem transfundidos contra sua vontade, principalmente por esta ser uma violação a sua consciência e, conseqüentemente, a sua dignidade enquanto pessoa;

d) A legislação infraconstitucional, ao ser interpretada à luz da CRFB/88, sustenta a possibilidade da recusa, especialmente pela autonomia que o paciente tem de escolher tratamento médico (artigo 15, Lei 10.406/2002), pela disposição de sua vontade por meio de diretivas antecipadas, pelo artigo 10 da Lei nº 9.434/1997 e pelo artigo 17 da Lei nº 10.741/2003, além dos artigos 22 e 24 do Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 2217/2018);

e) O rol de incapazes dos artigos 3º e 4º da Lei nº 10.406/2002 é essencialmente patrimonial;

f) Este rol, ao dispor sobre o critério etário, não se coaduna com a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente (artigo 227, da CRFB/88) e a disposição de direitos fundamentais garantidos na Lei nº 8.069/1990 e no Decreto nº 99.710/1990.

Com relação à problemática apresentada na introdução deste trabalho, é possível que crianças e adolescentes recusem tratamentos médicos com uso de sangue? Para responder essa pergunta, é preciso dividir este grupo em três. No primeiro, constam que aos relativamente incapazes do artigo 4º, I da Lei 10.406/2002, é reservado o direito de recusar tratamento de saúde com uso de sangue. É um grupo que a CRFB/88 reserva o direito de decidir o futuro do país por meio do voto facultativo (artigo 14, §1º, II, alínea c), não se visualizando óbice para

que estes escolham quais terapêuticas coadunam com o modo que orientam suas vidas. Para tanto, deverá ser comprovado se estes têm discernimento e maturidade suficiente para tomar tal decisão por meio de avaliação multiprofissional. Nada impede que, caso chegue tal discussão ao Poder Judiciário, o magistrado, *in loco*, averigue, por meio de inspeção judicial (artigo 481, da Lei nº 13.105/2015), se o relativamente incapaz tem consciência dos efeitos que a sua recusa pode trazer para sua vida e saúde e se esta decisão é autônoma e livre de coação.

Ao segundo grupo, composto por sua vez pelos adolescentes (maiores de doze anos, segundo o artigo 2º da Lei nº 8.069/1990), é dada a mesma possibilidade que aos relativamente incapazes do parágrafo anterior. Esta advém da proposta de capacidade bioética sugerida pela professora Mônica Aguiar, apresentada neste trabalho e sustentada pelas disposições do ECA (artigos 28, §2º e 45, §2º), do Código de Ética Médica (artigo 74) e do Decreto nº 99.710/1990 (artigo 12). Também sustenta esta possibilidade o conceito de autonomia progressiva trazido pelo artigo 5º deste mesmo decreto, reafirmando assim o papel dos responsáveis de proporcionarem condições sadias para que o adolescente possa desenvolver sua autonomia de forma responsável e suporte para as decisões que esse venha a tomar.

Por fim, ao grupo das crianças (até doze anos incompletos), nada impede que possa ser aferido também o seu discernimento e maturidade para tomar tal decisão à luz do caso concreto. Porém, sendo esses casos excepcionais, divide-se essa categoria em duas. Em situações nas quais fica comprovada que a transfusão sanguínea não é necessária, ou o tratamento alternativo dentre todos aqueles apresentados neste trabalho satisfazem as necessidades do infante, sem trazer danos à saúde deste, deve ser rechaçada a hipótese de forçá-lo a ser transfundido. Decorre do poder-dever da autoridade parental de criar os filhos de acordo com as suas convicções religiosas e transmiti-las a estes. Com isso, a hipótese apresentada na introdução está parcialmente equivocada, afinal o Direito brasileiro traz a possibilidade de que crianças e adolescentes exerçam sua autonomia de forma progressiva e manifestem-se nos autos.

Agora, nas situações em que fica comprovada a necessidade de transfusão de sangue para o reestabelecimento da saúde do menor e o desenvolvimento pleno deste, trata-se de uma colisão de direitos fundamentais em sentido restrito, a saber a liberdade de consciência e crença dos pais e a vida e saúde do terceiro, no caso seu filho. A violação deste primeiro direito é cara aos responsáveis, não à criança. Se trata-se de um recém-nascido, qual a consciência que este desenvolveu em seus poucos dias de vida para que esta seja violada? A noção da autoridade parental à luz do artigo 227 da CRFB/88 é no sentido de proteger e viabilizar os direitos da criança. Além do mais, Estado e Sociedade também detêm o mesmo dever para com todas as crianças, segundo o já citado artigo constitucional. Porém esse afã protecionista não deve ser

usado para mascarar preconceitos que outros possam ter sobre o modo que os pais conduzem a criação dos filhos, se não será a hipocrisia cantada por Caetano Veloso na canção Haiti de ver “tanto espírito no feto e nenhum no marginal”.

Transpõe-se, a partir deste momento, a sugestão de proposições que venham a viabilizar a possibilidade de recusa à tratamento médico com uso de sangue por adolescentes, e porque não, por crianças. A primeira seria de ordem legislativa, com o acréscimo na redação da Lei nº 10.406/2002 que as disposições dos seus artigos 3º e 4º são referentes a direitos de ordem patrimonial. Os direitos de ordem existencial, a saber os do capítulo II deste Código, serão garantidos a todos, sem exceção. Com isso, estar-se-á completando o trabalho iniciado com a sanção do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015) e não levado a cabo pelo legislador na ocasião. Crianças e adolescentes passariam assim a terem consideradas a sua autodeterminação presente no artigo 5º do Decreto nº 99.710/1990 nos mais variados aspectos da sua vida, entre eles a possibilidade de recusar transfusões de sangue.

A segunda seria de ordem judicial, com a proposição de Ação Direta de Inconstitucionalidade para que seja excluída da interpretação redacional dos artigos 3º e 4º da Lei nº 10.406/2002 a proibição que menores não possam por si concretizar seus direitos existenciais e a inconstitucionalidade total do artigo 3º da Resolução nº 2.232/2019 do CFM, por limitar a possibilidade de recusa dos menores as condições do seu quadro clínico. Esta seria proposta com base na violação a redação do artigo 227 da CRFB/88, que consagra a crianças e adolescentes o exercício de direitos fundamentais que acabam sendo limitados pela exigência legal de que sejam acompanhadas de representantes, no caso de incapacidade total, e de assistentes ao se referir a relativamente incapazes, e do artigo 5º do Decreto nº 99.710/1990, norma de caráter suprallegal por se tratar da ratificação de Tratado Internacional sobre Direitos Humanos realizada antes da Emenda Constitucional nº 45, de 2004.

Por último, seria uma proposição à administração judiciária. Nas Varas de Infância e Juventude, que os magistrados tenham, a sua disposição, psicólogos e assistentes sociais capacitados com relação a como proceder em situações de natureza hospitalar. Para tanto, que o Judiciário Brasileiro invista na capacitação do seu quadro de servidores com relação a essa realidade latente. O objetivo é que esses possam auxiliar os juízes na tomada de decisão sobre menores e que com isso consagre-se o direito que estes têm de manifestação judicial em processos que os afetem, segundo o Artigo 12 do Decreto nº 99.710/1990, considerando-se, ao menos, o que elas pensam e desejam sobre o que se está discutindo nos autos e tornando-se sim sujeitos na efetivação de seus direitos, e não tão somente meros espectadores enquanto terceiros decidem sobre o seu futuro.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Mônica; BARBOZA, Amanda Souza. Autonomia bioética de crianças e adolescentes e o processo de assentimento livre e esclarecido. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v.12, n. 2, p. 17-42, maio/ago. 2017.

AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e bioética**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005.

_____. O paradoxo entre a autonomia e a beneficência nas questões de saúde: Quando o poder encontra a vulnerabilidade. **Revista de Biodireito e Direitos dos Animais**. Brasília, v. 2, n. 1, p. 70-85, jan./jun, 2016.

_____. Para além da capacidade: o impacto da vulnerabilidade em matéria de autonomia em questões de saúde. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues. (Coord.) **Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 86-101.

AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Responsabilidade Civil do médico. **Revista dos Tribunais**. RT 718/1995.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**. Introdução. 8. ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2014.

AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Disponível em: <https://sumateologica.files.wordpress.com/2017/04/suma-teolc3b3gica.pdf>. Acesso em 13 maio 2021.

ASSOCIAÇÃO TORRE DE VIGIA DE BÍBLIAS E TRATADOS. **Como pode o sangue salvar a sua vida?** Cesário Lange: Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 1990.

AZEVEDO, Álvaro Villaça Azevedo. **Autonomia do Paciente e Direito de Escolha de Tratamento Médico Sem Transusão de Sangue** mediante os atuais preceitos civis e constitucionais brasileiros. São Paulo, 2010.

BAHIA. Tribunal de Justiça (Quarta Câmara Cível). **Apelação 0004048-77.2006.8.05.0001**. Indenização por Dano Moral. Apelante: V.C.R. Rep. por Carlos Alberto da Silva Ribeiro. Apelado: Estado da Bahia. Relator: Emílio Salomão Pinto Resedá. Data de Julgamento: 24/07/2012. Data de Publicação: 17/11/2012. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-BA/attachments/TJ-BA_APL_00040487720068050001_e0f9b.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEO67SMCVA&Expires=1619921774&Signature=cN88N9PWGCeHlvTvtPCZktQK0oo%3D. Acesso em: 1 maio. 2021.

BARBOZA, Heloisa Helena. A autonomia da vontade e a relação médico-paciente no Brasil. **Lex Medicinæ** – Revista Portuguesa de Direito da Saúde 2:7, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 31-63.

_____. **Legitimidade da recusa de Transfusão de Sangue por Testemunhas de Jeová: Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/testemunhas-jeova-sangue.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2021.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Direito de recusa de pacientes submetidos a tratamento terapêutico às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas**. Disponível em: <https://crianca.mppr.mp.br/pagina-634.html>. Acesso em 15 mar. 2021.

BATISTETI, C.B. *et. al.* O sistema de grupo sanguíneo Rh. **Filosofia e História da Biologia**, v. 2, 2007. Disponível em: <http://www.abfhib.org/FHB/FHB-02/FHB-v02-06-Caroline-Batistete-et-al.pdf>. Acesso em: 2 out. 2020.

BENJAMIN, Walter. Uma pedagogia comunista. *In*: BENJAMIN, Walter. **Reflexões sobre a criança, o brinquedo e a educação**. 2. ed. São Paulo: Duas cidades, Editora 34, 2009. p. 121-125.

BÍBLIA. Português. **Tradução do Novo Mundo da Bíblia Sagrada**. Cesário Lange: Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 2015.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos da personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BORGES, R. C. B.; SOUZA, A. S. L. de; LIMA, I. M. S. O. A autonomia da criança intersexual: crítica à teoria jurídica das incapacidades. **Espaço Jurídico Journal of Law**. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/9548>. Acesso em: 2 maio 2021.

BRASIL. ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Resolução RDC nº 57**. Disponível em: <http://www2.ebserh.gov.br/documents/147715/0/RDC+n+57-2010+Regulamento+Sanit%C3%A1rio.pdf/b4a906a4-3763-482a-b1af-9dfc9ff2e411>. Acesso em: 2 out. 2020.

_____. [Constituição (1824)]. **Constituição Política do Império do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 2 maio 2021

_____. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 18 abr. 2021.

_____. **Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm. Acesso em: 6 maio 2021.

_____. **Decreto n° 99.710, de 21 de novembro de 1990.** Brasília: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 9 maio 2021.

_____. **Lei n.º 3.071, de 1º de Janeiro de 1916.** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 3 maio 2021.

_____. **Lei n. 7.649, de 25 de Janeiro de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1980-1988/L7649.htm. Acesso em: 18 abr. 2021.

_____. **Lei n.º 8.069, de 13 de Julho de 1990.** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 8 maio 2021.

_____. **Lei n° 9.434, de 4 de Fevereiro de 1997.** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm. Acesso em: 15 maio 2021.

_____. **Lei n.º 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 18 abr. 2021.

_____. **Lei n° 10.741, de 1º de Outubro de 2003.** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm. Acesso em: 15 maio 2021.

_____. **Lei n° 13.105, de 16 de Março de 2015.** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 17 maio 2021.

_____. **Lei n° 13.146, de 6 de Julho de 2015.** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm. Acesso em: 17 maio 2021.

_____. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Balanço anual: Disque 100 registra mais de 500 casos de discriminação religiosa. **MMFDH**, Brasília, jun. 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2019/junho/balanco-anual-disque-100-registra-mais-de-500-casos-de-discriminacao-religiosa>. Acesso em: 13 maio 2021.

_____. Ministério da Saúde. **Portaria n.º 158, de 4 de Fevereiro de 2016.** Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2016/prt0158_04_02_2016.html. Acesso em: 6 out. 2020.

_____. Ministério da Saúde. **Portaria n.º 1820, de 13 de Agosto de 2009.** Disponível em: https://conselho.saude.gov.br/ultimas_noticias/2009/01_set_carta.pdf. Acesso em: 28 out. 2020.

_____. Resolução nº 2.232, de 17 de julho de 2019. Brasília: **Diário Oficial da União**. Publicado em: 16 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.543**. Direito constitucional. Art. 64, IV, da Portaria N. 158/2016 do Ministério da Saúde e art. 25, XXX, “d”, da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC N. 34/2014 da ANVISA. Restrição de doação de sangue a grupos e não condutas de risco. Discriminação por orientação sexual. Inconstitucionalidade. Ação direta julgada procedente. Requerente: Partido Socialista Brasileiro – PSB. Intimado: Ministro de Estado de Saúde e Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. Relator: Min. Edson Fachin, 11 de maio de 2020, Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4996495>. Acesso em: 26 out. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 618**. Requerente: Ministério Público Federal. Intimados: Presidente do Conselho Federal de Medicina e outros. Relator: Min. Nunes Marques. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5769402>. Acesso em: 16 maio 2021.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Agravo de Instrumento n.º 0017343-82.2016.4.01.0000/MG**. 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 conhecido e provido. Agravante: Maria Mylena Silva Teixeira. Agravado: Empresa Brasileira De Serviços Hospitalares - EBSEH. Relator: Desembargador Federal Kassio Nunes Marques, 16 de maio de 2016. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php>. Acesso em: 19 abr. 2021.

CANOTILHO, J.J. Gomes. A liberdade religiosa entre o juspositivismo constitucional e a judicialização dos conflitos religiosos. *In: Código das Sociedades Comerciais*, homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier. v. II., Coimbra: Editora Coimbra, 2007.

CARVALHO, Gisele Mendes de. **Aspectos Jurídico-penais da Eutanásia**. São Paulo: IBCCRIM, 2001.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CIFALI, A. C.; CHIES-SANTOS, M.; ALVAREZ, M. C. Justiça juvenil no Brasil: Continuidades e rupturas. **Tempo Social**, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/ts/article/view/176331>. Acesso em: 6 maio. 2021.

COELHO, H; JÚNIOR, E; PEIXOTO, G. Menino de 14 anos morre durante operação das polícias Federal e Civil no Complexo do Salgueiro, RJ. **G1**, 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/05/19/menino-de-14-anos-e-baleado-durante-operacao-no-complexo-do-salgueiro-rj.ghtml>. Acesso em 7 maio. 2021.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciado nº 403. **V Jornada de Direito Civil**. AGUIAR JR., Ruy Rosado de (Org.). Brasília: CJF, 2012.

_____. **Jornadas de direito civil I, III, IV e V**: enunciados aprovados. AGUIAR JR, Ruy Rosado de (Org.). Brasília, 2012.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Código de Ética Médica: **Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018**. Brasília, 2019. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em 18 abr. 2021.

_____. **Parecer nº 12/14**. Relator: Conselheiro Carlos Vital Tavares Corrêa Lima. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/pareceres/BR/2014/12_2014.pdf. Acesso em: 18 abr. 2021.

_____. **Resolução CFM nº 1021/80**. Disponível em: <http://saude.mppr.mp.br/pagina-307.html>. Acesso em: 18 abr. 2021.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE PERNAMBUCO. **Parecer nº 5/2016**. Parecerista: Zilda do Rego Cavalcanti. Recife, 29 dez. 2015. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/pareceres/PE/2016/5>. Acesso em: 9 maio. 2021.

CRIANÇA morre após ser baleada no Vale das Pedrinhas; PM diz que houve confronto entre policiais e grupo armado. **G1**, 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/ba/bahia/noticia/2021/03/27/crianca-morre-apos-ser-baleada-durante-confronto-entre-pms-e-grupo-armado-no-vale-das-pedrinhas.ghtml>. Acesso em: 7 maio 2021.

CUNHA JR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

DANTAS, San Tiago. **Programa de Direito Civil: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

ENCICLOPÉDIA BARSÁ UNIVERSAL. **Volume 17 (Sousa-Tristano)**. 2. ed. São Paulo: Editora Planeta, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 14. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

FRASER guidelines. Disponível em: <http://psnc.org.uk/halton-st-helens-and-knowsley-lpc/wp-content/uploads/sites/45/2013/09/Fraser-competency-CP-Oct14.pdf>. Acesso em: 11 maio 2021.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa**. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

FUNDAÇÃO DE HEMATOLOGIA E HEMOTERAPIA DA BAHIA. Saiba quais as doenças transmitidas através do sangue. **HEMOBA**, 8 jul. 2015. Disponível em: http://www5.saude.ba.gov.br/hemoba/index.php?option=com_content&view=article&id=661&catid=13&Itemid=59. Acesso em: 13 maio 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: parte geral**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GIMENES, Nilson Roberto da Silva. **O direito de objeção de consciência às transfusões de sangue**. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2005.

GOMES, Orlando. **Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GREY'S anatomy: Temporada 9. **Episódio 13: Sangue Ruim**. Criadora e produtora executiva: Shonda Rhimes. EUA: ABC, 2013.

HABERMAS, Jürgen. **Entre naturalismo e religião: Estudos filosóficos**. RJ: Tempo Brasileiro, 2007.

INSTITUTO HOC. História da Transfusão de Sangue. **Hospital Alemão Oswaldo Cruz**. Disponível em: <https://www.institutohoc.com.br/historia-transfusao.html>. Acesso em: 2 out. 2020.

JW.ORG. **Por que as Testemunhas de Jeová não aceitam transfusão de sangue?** Disponível em: <https://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/perguntas-frequentes/por-que-testemunhas-jeova-nao-transfusao-sangue/>. Acesso em: 22 mar. 2021.

_____. **Testemunhas de Jeová em todo o mundo – Brasil**. Disponível em: <https://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/worldwide/BR/>. Acesso em: 17 maio 2021.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Antônio Pinto de Carvalho. Companhia Editora Nacional. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_kant_metafisica_costumes.pdf. Acesso em: 8 abr. 2021.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEUCEMIA. **Instituto Nacional do Câncer**, 4 mar. 2021. Disponível em: <https://www.inca.gov.br/tipos-de-cancer/leucemia>. Acesso em: 12 maio 2021.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MADEIRO, Carlos. Movimento antivacina avança na web: por que ele é ameaça à saúde pública. **UOL**, 2020. Disponível em: <https://www.uol.com.br/vivabem/noticias/redacao/2020/10/29/movimento-antivacina-avanca-online-por-que-ele-e-ameaca-a-saude-publica.htm?next=0001H807U11N&>. Acesso em 11 maio 2021.

MANDAL, Ananya. História da Transfusão de Sangue. **News Medical Life Sciences**, 2019. Disponível em: [https://www.news-medical.net/health/History-of-Blood-Transfusion-\(Portuguese\).aspx](https://www.news-medical.net/health/History-of-Blood-Transfusion-(Portuguese).aspx). Acesso em: 2 out. 2020.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. Indisponibilidade de Direitos Fundamentais: Conceito Lacônico, Consequências Duvidosas. **Espaço jurídico/Universidade do Oeste de Santa Catarina**, v. 11, n. 2, p. 334-372, jul./dez. 2010.

MCEWAN, Ian. **A Balada de Adam Henry**. Tradução: Jorio Dauster. São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 2014.

MENEZES, J. B. de; MULTEDO, R. V. A autonomia ético-existencial do adolescente nas decisões sobre o próprio corpo e a heteronomia dos pais e do Estado no Brasil. **A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 187-210, jan./mar. 2016.

MENINA de 8 anos morre baleada no Complexo do Alemão. **G1**, 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2019/09/21/menina-de-8-anos-morre-baleada-no-complexo-do-alemao.ghtml>. Acesso em: 7 maio. 2021.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça (7ª Câmara Cível). **Apelação Cível 0011689-17.2011.8.13.0261**. Direito Civil. Família. Guarda. Titularidade. Modificação. Causas excepcionais. Vontade e interesse do menor. Proteção Integral. Estudo social. Fundamento fático. Direito de visitas. Apelante(s): C.V.T. Apelado(a)(s): R.O.T. Relator: Des.(a) Oliveira Firmo, 29 de outubro de 2013. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=37&totalLinhas=155&paginaNumero=37&linhasPorPagina=1&palavras=GUARDA%20E%20CONVIV%20ANCIA%20FILHOS&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%20EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>. Acesso em: 8 maio. 2021.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, M^a Celina Bodin de. A família democrática. CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5., 2005, Belo Horizonte. **Anais**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2005. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/31.pdf>. Acesso em 9 maio. 2021.

_____. A nova família, de novo – Estruturas e função das famílias contemporâneas. **Pensar**, Fortaleza, v. 18, n. 2, maio/ago. 2013.

NERY JUNIOR, Nelson. **Escolha esclarecida de tratamento médico por pacientes Testemunhas de Jeová** como exercício harmônico de direitos fundamentais. São Paulo, 2009.

NEVARES, Ana Luisa Maia; SCHREIBER, Anderson. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil. *In: Quæstio Iuris*, Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/24705>. Acesso em: 3 maio 2021.

NEVES, André Luís Batista. A Recusa ao Exame Diagnóstico da COVID-19. *In: BAHIA*, Saulo José Casali (Org.). **Direitos e Deveres Fundamentais em tempos de coronavírus**. São Paulo: Editora Iasp, 2020. p. 42-50.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**: em busca da Constituição Federal das Crianças e dos Adolescentes. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos da Criança**. 1959. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Criança/declaracao-dos-direitos-da-crianca.html>. Acesso em: 6 maio 2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **O Uso clínico do sangue** na medicina, obstetrícia, pediatria e neonatologia, cirurgia e anestesia, traumas e queimaduras. Genebra: OMS. Disponível em: https://www.who.int/bloodsafety/clinical_use/en/Module_P.pdf. Acesso 13 maio 2021.

PASSOS, J.J. Calmon de. Direitos da Pessoa. Capacidade. Direitos da Personalidade. Entrevistado: Orlando Gomes. **Bahia Forense**: legislação, doutrina, jurisprudência, Salvador, v. 8, n. 6, p. 27-37, jan. 68.

PATERNIDADE responsável: mais de 5,5 milhões de crianças brasileiras não têm o nome do pai na certidão de nascimento. **IBDFAM**, 2019. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/7024/Paternidade+responsável:+mais+de+5,5+milhões+de+crianças+brasileiras+não+têm+o+nome+do+pai+na+certidão+de+nascimento>. Acesso em: 9 maio 2021.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2012.

_____. **Responsabilidade Civil**. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018.

PIRES, Antônio Cecílio Moreira. *et al.* (org.) **Estudos sobre a violência contra a criança e o adolescente**. São Paulo: Libro, 2016.

PRÓ-SANGUE. Introdução. **Hemocentro de São Paulo**. Disponível em: <http://www.prosangue.sp.gov.br/artigos/estudantes.html#:~:text=A%20primeira%20transfus%C3%A3o%20com%20sangue,mulheres%20com%20hemorragia%20p%C3%B3s%20parto>. Acesso em: 2 out. 2020.

QUEM somos. **CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO**. Disponível em: <https://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Historia&esc=3>. Acesso em 17 abr. 2021.

ROCHA, M^a Isabel de Matos. Transplante de Órgãos entre vivos: as mazelas da nova lei. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 742, ago. 1977.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Parte Geral**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.

ROSEVALD, Nelson. A autonomia progressiva dos adolescentes. **GENJURÍDICO.COM.BR**, São Paulo, out. 2015. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2015/10/26/a-autonomia-progressiva-dos-adolescentes/>. Acesso em: 1 maio. 2021.

SÁ, M^a de Fátima Freire. **Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SÁ, M^a de Fátima Freire; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Responsabilidade medica e objeção de consciência religiosa. **Revista Trimestral de Direito Civil** 21:133, 2005.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça (Primeira Câmara de Direito Civil). **Apelação Cível n. 2011.089551-3**. Representação para apuração de infração às normas de proteção a criança e ao adolescente c/c medida de proteção. Pais que negam aplicação de vacina à filha recém-nascida em razão de crença religiosa. Princípio do direito à vida sobrepõe-se ao da liberdade de religião. Manutenção da sentença. Recurso não provido. Apelantes: E.B. e M.M. Apelado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Des. Carlos Prudêncio, 14 maio. 2012. Disponível em: <https://silo.tips/download/apelacao-civel-n-de-chapeco-relator-des-carlos-prudencio>. Acesso em: 11 maio. 2021.

SANTOS, Boaventura de Souza. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n.º. 48, p. 11-32, jun. 1997.

SANTOS, Robert Jesus dos. **A remuneração pública de padres na Guiana Francesa: constituição, laicidade e livre administração**. 2020. Monografia (Graduação) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça (1^a Vara Cível). **Processo 1077380-15.2019.8.26.0100**. Tutela Cautelar Antecedente - Antecipação de Tutela / Tutela Específica. Requerente: Hospital de Transplantes Euryclides de Jesus Zerbini. Requerido: Carlos Eduardo de Moura Pereira. Juíza Paula Regina Schempf Cattan, 9 ago. 2019. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=2S0013NAS0000&processo.foro=100&processo.numero=1077380-15.2019.8.26.0100&uuidCaptcha=sajcaptcha_4613c4a49e9a4ca7a9d2eb1dce32a42e. Acesso em: 19 abr. 2021.

SARLET, Ingo W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Notas Sobre a Dignidade (da pessoa) Humana no Âmbito da Evolução do Pensamento Ocidental. **R. Opin. Jur.**, Fortaleza, ano 13, n. 17, p. 248-267, jan./dez. 2015.

SCARMAN, Leslie. **Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and another**. Disponível em:

http://www.hrcr.org/safrica/childrens_rights/Gillick_WestNorfolk.htm. Acesso em: 11 maio 2021

SILLMAN, Marina Carneiro Matos; SÁ, Maria de Fátima Freire. A recusa de tratamento médico por crianças e adolescentes: Uma análise a partir da Competência de Gillick. **Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva**, v. 1, n. 1, p.70-89, jul./dez. 2015.

SILLMAN, Marina Carneiro Matos. **Recusa de tratamento médico por crianças e por adolescentes**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017.

SILVA, José Afonso da. Artigo 16/Livro 1 – Tema: Liberdade. **Promenino Fundação Telefônica**, 2016. Disponível em: <https://fundacaotelefonicao.org.br/noticias/eca-comentado-artigo-16livro-1-tema-liberdade/>. Acesso em 8 maio 2021.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SCHIOCCHET, Taysa. **Exercício de direitos sexuais e reprodutivos por adolescentes no Brasil**: repensando os fundamentos privatistas de capacidade civil a partir dos direitos humanos. Disponível em: <https://ufpr.academia.edu/TaysaSchiocchet>. Acesso em 1 maio 2021.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SOB pressão: Temporada 2. **Episódio 7**. Criadores: Renato Fagundes e Jorge Furtado. Produtora: Conspiração Filmes. Rio de Janeiro: Rede Globo, 2018.

TEIXEIRA, A. C. B. PENALVA, L. D. Autoridade parental, incapacidade e melhor interesse da criança: Uma reflexão sobre o caso Ashley. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 45, n. 180, p. 293-304, out./dez. 2008.

TEIXEIRA, Larissa. Pandemia esgota os estoques e esvazia os bancos de sangue. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 16 ago. 2020. Disponível em: <https://agora.folha.uol.com.br/sao-paulo/2020/08/pandemia-esgota-os-estoques-e-esvazia-os-bancos-de-sangue.shtml>. Acesso em: 2 out. 2020.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, M^a Cecília Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da república**. v. 1. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. O Novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira. Editorial. **RTDC**, vol. 7, 2001.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Minorias no direito civil brasileiro. **Revista Trimestral de Direito Civil**, vol. 10, p. 135-154, abr./jun. 2002.

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TERTULIANO. Capítulo IX. **Apologia**. Disponível em:
<http://www.tertullian.org/brazilian/apologia.html>. Acesso em: 2 out. 2020.

THE CHILDREN Act. Directed by Richard Eyre. Produced by Duncan Kenworthy. London: BBC Film. 2017 (105 minutes).

VELOSO, Caetano; GIL, Gilberto. Haiti. *In: TROPICÁLIA 2*. Rio de Janeiro: Phonogram/Philips, 1993. Disco, faixa 1 (4 minutos e 19 segundos).

VIDA, Samuel Santana. **Quem dorme com os olhos dos outros, não acorda a hora que quer**: colonialidade jurídica, constitucionalismo e direito à liberdade religiosa na diáspora- a cidade negra e os sujeitos constitucionais das religiões de matrizes africanas em Salvador. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2018.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. **Alocação de recursos em saúde**: quando a realidade e os direitos fundamentais se chocam. 2009. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2009.

_____. **Da Eutanásia ao Prolongamento Artificial**: Aspectos Polêmicos na Disciplina Jurídico-Penal do Final de Vida. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

ANEXO

Diretivas Antecipadas e Procuração para Tratamento de Saúde

1. Eu, _____

 preencho este documento para determinar diretivas relativas ao tratamento de minha saúde e nomear um procurador para o caso de eu vir a ficar inconsciente.
2. Sou Testemunha de Jeová, e não aceito **NENHUMA TRANSFUSÃO de sangue total, glóbulos vermelhos, glóbulos brancos, plaquetas ou plasma** em nenhuma circunstância, mesmo que os profissionais de saúde opinem que isso seja necessário para a manutenção da minha vida. (Atos 15:28, 29) Recuso-me a fazer doações antecipadas e a armazenar meu sangue para posterior infusão.
3. **Com respeito a questões que envolvam fim da vida:** [Após minha assinatura abreviada (rubrica) na opção que se aplica ao meu caso.]
- (a) ____ Não desejo que minha vida seja prolongada se, conforme certo grau razoável de certeza médica, meu quadro clínico for considerado em fase terminal, em razão de enfermidade grave e incurável.
- (b) ____ Desejo que minha vida seja prolongada tanto quanto possível, nos limites dos padrões médicos geralmente aceitos, mesmo que isso signifique ser mantido vivo por anos com a ajuda de aparelhos.
4. **Instruções com respeito a outros tratamentos de saúde** (tais como medicamentos em uso, alergias, problemas de saúde ou qualquer outra instrução sobre minha vontade com relação a tratamentos médicos). É minha vontade que:
- _____
- _____
- _____
- _____
- _____
- _____
5. Não concedo a ninguém (incluindo meu procurador) autoridade para desconsiderar ou anular minhas instruções expressas neste documento. Familiares, parentes ou amigos talvez discordem das minhas decisões, mas qualquer discordância da parte deles não diminui a força ou a substância da minha recusa de sangue ou de outras instruções.
6. À parte das questões acima abrangidas, nomeio a pessoa indicada neste documento como meu procurador para tomar em meu nome decisões sobre tratamentos de saúde. Outorgo-lhe plenos poderes para solicitar informações de meus médicos, requerer e receber cópias de meus prontuários médicos, tomar medidas legais para garantir que minha vontade seja respeitada e representar-me judicial e extrajudicialmente (cláusula *ad judicium et extra*). Se meu primeiro procurador não estiver disponível, estiver incapacitado ou não estiver disposto a servir, nomeio um procurador alternativo, conforme indicado neste documento, para atuar com os mesmos poderes e autoridade.

(Assinatura)

(Local e data)

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

(Assinatura da testemunha)

(Nome e n.º do RG)

(Assinatura da testemunha)

(Nome e n.º do RG)

PROCURADOR

Nome e qualificação: _____

Endereço: _____

Telefone(s): _____

PROCURADOR ALTERNATIVO

Nome e qualificação: _____

Endereço: _____

Telefone(s): _____

dpa-T Ba 1/16

Página 2 de 2

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

NÃO APLIQUE SANGUE

