



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

**O DIREITO À RECUSA TERAPÊUTICA E O DEVER DO ESTADO NA PROTEÇÃO
DOS MENORES DE DEZOITO ANOS NOS CASOS DE TRANSFUSÃO SANGUÍNEA E
SITUAÇÕES CONGENERES**

Odon Silvaes Corrêa Neto

Rio de Janeiro
2023

ODON SILVARES CORRÊA NETO

O DIREITO À RECUSA TERAPÊUTICA E O DEVER DO ESTADO NA PROTEÇÃO
DOS MENORES DE DEZOITO ANOS NOS CASOS DE TRANSFUSÃO SANGUÍNEA E
SITUAÇÕES CONGENERES

Artigo científico apresentado como exigência de
conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da
Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Nelson C. Tavares Junior

Ubirajara da Fonseca Neto

Rafael Mario Iorio Filho

Rio de Janeiro

2023

O DIREITO À RECUSA TERAPÊUTICA E O DEVER DO ESTADO NA PROTEÇÃO DOS MENORES DE DEZOITO ANOS NOS CASOS DE TRANSFUSÃO SANGUÍNEA E SITUAÇÕES CONGENERES

Odon Silveiras Corrêa Neto

Bacharel em Direito - Graduado pela UNESA -
Universidade Estácio de Sá - Nova Iguaçu -
Técnico de Atividade Judiciária/TJRJ

Resumo – O direito à liberdade religiosa, hoje entendido como aspecto essencial e intrínseco à própria dignidade da pessoa humana, vem ganhando relevante destaque ao longo dos anos em nosso ordenamento jurídico, não sendo raras as vezes em que tal direito conflita diretamente com o direito à vida. Por essa razão, e visando dirimir tais dúvidas, o Conselho Federal de Medicina, editou a resolução 2.232/2019, a qual aclarou as normas éticas acerca da possibilidade de recusa terapêutica, priorizando a vontade do paciente, desde que maior, esclarecido e capaz, ao passo que reforçou a proibição chamada recusa terapêutica por paciente menor ou incapaz. Tem-se por objetivo explanar acerca das razões pelas quais a manifestação de vontade do menor de dezoito anos não é tida como válida a ensejar a recusa terapêutica, dentre elas a ausência de capacidade lúdima de decisão e, principalmente, em razão das normas de ordem constitucional e infraconstitucional que conferem à criança e ao adolescente proteção integral por parte do Estado, da família e de toda a sociedade.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Direito à Vida. Direito à Liberdade. Recusa Terapêutica. Proteção. Dever do Estado na proteção da vida do menor e do adolescente.

Sumário - Introdução. 1.O conceito de vida e liberdade religiosa: oposição entre direitos fundamentais. 2.Direito à recusa de tratamento por pessoa maior e capaz, ainda que por viés estritamente religioso. 3. Dever do Estado na proteção da vida do menor. Preponderância sobre o direito ao credo. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica tem por objeto discutir o sopesamento existente entre o direito fundamental à vida face ao direito fundamental à crença/liberdade religiosa, ambos de espeque constitucional, justificando a necessidade imposta ao Estado brasileiro de, tratando-se de conflito entre tais direitos, resguardar a vida e a integridade física/psicológica dos menores de dezoito anos.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, evidenciando a ideia de que ao maior, lúcido e capaz é conferido amplo direito à recusa terapêutica, não podendo o mesmo ser aplicado à criança e ao adolescente.

A doutrina, alinhada com a evolução da ideia de respeito ao indivíduo e a sua dignidade, entende que o direito à vida passa a receber uma nova roupagem constitucional, ampliando as funções protetivas do Estado, que tem o dever de preservar não somente a vida, mas a vida de

forma digna, daí a importância de ampla proteção à liberdade religiosa, que para muitos cidadãos é aquilo que confere sentido ao fato de estar vivo, garantindo-lhes o direito de, mesmo sob premente risco de morte, recusar procedimentos médicos que contrariem sua religião, ainda que tal decisão seja pautada em um critério meramente teísta, entendendo-se que a recusa, neste caso, revelaria manifestação de sua própria individualidade e dignidade de forma plena.

Porém, o mesmo não pode ser dito em relação aos menores de dezoito anos, que por vezes são submetidos à prática de liturgia por imposição dos pais/responsáveis, os quais realizam as escolhas no lugar dos filhos sob a justificativa de suposta representação legal, impedindo-os de realizar os procedimentos que, por muitas vezes, são a única solução para manutenção da vida, em função de credo que sequer compartilham ou compreendem.

O primeiro capítulo do presente artigo tem por objetivo realizar uma explanação acerca dos direitos fundamentais à vida e à liberdade religiosa, relacionando-os com a máxima da dignidade da pessoa humana prevista na carta magna brasileira.

O segundo capítulo tem por escopo explicitar que o indivíduo adulto, e plenamente capaz, não pode ser constrangido a renunciar aos seus princípios religiosos, sendo-lhe garantido o direito à recusa em se submeter a qualquer procedimento que afronte diretamente seu credo.

O terceiro capítulo, por sua vez, tem por cerne a discussão acerca da necessidade de o Estado garantir, ainda que contrariamente à vontade dos pais/responsáveis, a manutenção da vida daqueles que ainda não possuam dezoito anos completos, ou por qualquer outra causa não tenham atingido a plena capacidade de discernimento, mesmo que contrariamente à vontade dos pais/responsáveis, sendo desnecessária até mesmo a busca pela via judicial, posto que a prioridade deve ser resguardar a vida, nos termos previstos na constituição.

A pesquisa é desenvolvida pelos métodos hipotético-dedutivo e bibliográfico, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto em questão. Daí a relevância do material bibliográfico, cujo intento é discutir de forma argumentativa soluções para o tema que visem a respeitar o melhor interesse dos envolvidos. Para tanto, é utilizada pesquisa qualitativa e quantitativa de forma complementar, servindo a bibliografia existente e associada à temática em foco - principalmente a jurisprudência – para sustentar a tese defendida.

1. O DIREITO À VIDA, À LIBERDADE RELIGIOSA E A OPOSIÇÃO ENTRE TAIS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O direito à vida encontra-se expressamente previsto na Lei Magna nacional¹, e a ele é atribuído o status de “bem jurídico” mais relevante de todo o ordenamento jurídico pátrio, na medida em que a existência de qualquer outro direito a ser usufruído necessita, primordialmente, de se estar vivo. Assim leciona o professor Gilmar Mendes:

[...]O direito à vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte; não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito de estar vivo para usufruí-lo. O seu peso abstrato é inerente à sua capital relevância, é superior a todo interesse[...]²

Com efeito, a evolução da sistemática interpretativa dos direitos fundamentais ao longo do tempo vem trazendo uma nova roupagem à interpretação do direito à vida, superando a antiga ideia de que para efetivar tal direito em sua plenitude o Estado deve apenas garantir ao cidadão o direito de estar vivo, ou seja, de não ser morto, para prever um novo conceito, mais amplo e atual, sintetizado na máxima de a vida, para ser plena, não pode restar limitada a existência física, mas a existir de forma digna, devendo o Estado proteger não só o “corpus”, mas também a mente, a “psique”, o íntimo do indivíduo, harmonizando o conceito de vida com a ideia de valorização da dignidade da pessoa humana.³

Conveniente ressaltar que o conceito de “vida” não se encontra previsto na norma fundamental, inexistindo qualquer previsão expressa sobre quando se inicia efetivamente a vida, o que enseja debates sobre quando se inicia para o Estado a necessidade de proteção. Tal questão se mostra parcialmente pacífica, eis que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF n. 54⁴, que firmou paradigma autorizando a interrupção da gravidez de feto anencefálico, definiu novo conceito de início da vida, o qual é bem aceito pela doutrina.

Na ocasião, os ministros da corte definiram que a proteção da vida se inicia tão somente quando formada a placa neural, devendo o aborto de tais fetos ser descriminalizado em razão da própria manutenção da vida digna dos familiares envolvidos, principalmente a da gestante,

¹BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 abr. 2023.

²MENDES, Gilmar Ferreira; *Curso de Direito Constitucional*. 5 ed. São Paulo; Saraiva, 2010 *apud* Masson, Nathalia. *Manual de Direito Constitucional*. 9 ed., Bahia: Editora Juspodivm, 2021, p.216

³MASSON, Nathalia. *Manual de Direito Constitucional*. 9 ed., Bahia: Editora Juspodivm, 2021, p.217

⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54*. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954>

não sendo razoável impor à mãe o dever de gestar um bebe natimorto que, notadamente, diante da ausência de sistema neural completo, não tem vida extrauterina possível.

A Ministra Carmem Lúcia exarou brilhante voto no referido julgamento defendendo a legitimidade da interrupção da gravidez com a seguinte linha argumentativa:

[...]Por tudo isso, senhor Presidente, considero que na democracia a vida impõe respeito, e neste caso há um feto que não tem perspectiva de vida; e outras vidas que dependem da decisão que possa ser tomada livremente por esta família, por esta mulher, por este pai, exatamente no sentido de garantir a continuidade livre de uma vida digna precisam ser relevadas e terem sua dignidade garantida. [...] ⁵

Assim, o que se verifica é que a dignidade da pessoa humana vem atingindo um espectro cada vez mais amplo no ordenamento jurídico brasileiro, o qual se mostra relevante o suficiente para justificar a relativização de outros princípios. e normas, mesmo as de ordem constitucional, pois ainda que se trate de um conceito amplo, abstrato e complexo, ele detém a concretude necessária para exigir que o Estado forneça ao particular um mínimo de direitos aptos a garantir a existência de uma vida digna, tais como direito à moradia, à liberdade em sentido amplo, à privacidade; à igualdade; à segurança e, não menos importante, direito à liberdade de consciência, culto e credo, independente da religião professada por qualquer governante.

O direito à livre manifestação de crença é uma faceta do direito de liberdade, e tal como o direito à vida, possui um aspecto positivo e outro negativo, sendo aquele o direito de exigir do Estado a proteção para a realização e manifestação de sua crença, seja ela qual for, enquanto a prestação negativa se revela na exigência dirigida ao ente público de não só agir de forma neutra, como também de não interferir, direta ou indiretamente, nas práticas religiosas e filosóficas, agindo o Poder Público garantidor de que todos possam praticar seu culto livres de qualquer interferência pública ou de terceiros.

Tal direito se mostra expressamente previsto no artigo 5º, incisos VI a VIII⁶ da carta magna, que garantem a ausência de religião a ser adotada pelo estado, a liberdade de crença e a liberdade de culto, revelando que, já na promulgação da constituição/88, o constituinte originário detinha conhecimento da relevância do credo na vida das pessoas, alçando a liberdade religiosa ao status de norma constitucional por entender que a religiosidade e a fé integram a própria natureza do ser humano, detentor do direito de reconhecer qualquer aspecto como sagrado, mesmo àqueles que creem em uma mais ou mais divindades (teísmo) como também

⁵*Ibid.*

⁶BRASIL, *op. cit.*, nota 1.

àqueles que em nada creem (ateísmo). O professor José Afonso da Silva faz saudável explanação acerca do tema em sua obra, a qual ora transcrevo:

[...] Na liberdade de crença entra a liberdade de escolha da religião, a liberdade de aderir a qualquer seita religiosa, a liberdade (ou direito de mudar de religião), mas também compreende a liberdade de não aderir a religião alguma, assim como a liberdade de descrença, a liberdade de ser ateu e de exprimir o livre agnosticismo. Mas não compreende a liberdade de embarçar o livre exercício de qualquer religião, de qualquer crença, pois também a liberdade de alguém vai até onde não prejudique a liberdade dos outros. [...]⁷

Desse modo, o que se verifica é que o direito à crença deve ser garantido de forma ampla, devendo o Estado garantir o amplo exercício da liturgia, seja qual for a religião praticada, desde que tal prática não viole direitos de terceiros ou configure prática de ilícitos – a exemplo do “curandeirismo” – eis que a liberdade religiosa não pode ser utilizada como manto cobertor para prática de atos antijurídicos. Exatamente por tal razão é que o Supremo Tribunal Federal declarou constitucional, por meio do julgamento do Recurso Extraordinário 494.601/RS⁸, lei estadual que permitia o sacrifício de animais em rituais religiosos, especialmente os de matriz africana, entendendo que tal lei visa garantir a igualdade entre os professantes, principalmente por ser tal prática inerente à própria essência de tais religiões, desde que o sacrifício de tais animais ocorra sem o emprego de meios de avultante tortura

Ainda assim, mesmo tratando-se de direitos constitucionalmente previstos, não raras são as vezes em que se opera colisão entre o direito à vida e à religião, e ainda mais comum é a judicialização de tais questões⁹, competindo ao Poder Judiciário proferir a “palavra final” sobre o tema, devendo agir de maneira parcimoniosa e ponderada para solver a lide, por tratar-se de conflito cuja lei não traz solução. O maior exemplo de tal conflito é o ocorrido com os “testemunhas de Jeová”, pessoas que em razão de sua íntima convicção recusam receber qualquer tipo de transfusão sanguínea, ainda que a ausência de tal procedimento possa ensejar risco considerável de morte.¹⁰

⁷SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33 ed. Malheiros, 2009 *apud* Masson, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 9 ed, Bahia: Editora Juspodivm, 2021, p.249.

⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 494601/RS*. Relator: Ministro Carlos Britto. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/861477300> Acesso em: 25 abr. 2023.

⁹BARROSO, Luís Roberto. *Legitimidade da Recusa de Transfusão de Sangue por testemunhas de Jeová. Dignidade da Pessoa Humana, Liberdade Religiosa e Escolhas Existenciais*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/testemunhas-jeova-sangue.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2023.

¹⁰MEDICINA S/A. *Transfusão de Sangue e Religião*. Disponível em: <https://medicinasasa.com.br/transfusao-de-sangue-religiao/#:~:text=Conforme%20pesquisa%20livre%20do%20motivo,15%3A28%2C%2029>. Acesso em: 15 mai. 2023.

Na primeira década do presente século era comum que os médicos envolvidos¹¹ e até mesmo a jurisprudência dos tribunais superiores, priorizassem a vida, em detrimento da liberdade religiosa, sendo comum decisões impondo ao paciente (e ao hospital/médico) a realização da transfusão, mesmo em caso de negativa expressa de autorização nesse sentido e, principalmente, quando constatada a ausência de consentimento¹² lúcido e/ou informado por parte do enfermo.

Tal realidade, porém, vem sendo gradativamente suplantada por um novo entendimento que, utilizando como justificativa a ideia de dignidade humana, e tendo como escopo a primazia do Princípio da Autonomia da Vontade, um dos arcabouços do Código de Ética da Médica, garante que a escolha pertence ao paciente, e este, uma vez ciente dos riscos de forma clara e transparente, e estando em pleno gozo de suas faculdades mentais, tem direito de decidir se é submetido ou não a qualquer procedimento que viole seu credo, não sendo direito do Estado-Juiz impor sua vontade ao doente, sob pena de ferir sua dignidade¹³. O mesmo entendimento, porém, não pode ser aplicado aos menores de dezoito anos, eis que a constituição impõe a todos o dever de proteção, situações que melhor se explica nos capítulos seguintes.

2. O DIREITO À RECUSA TERAPEUTICA POR PESSOA MAIOR E CAPAZ, AINDA QUE POR UM VIÉS ESTRITAMENTE RELIGIOSO

A autonomia, inerente e exclusiva a cada cidadão por força da própria carta magna, é uma das maiores formas de demonstração e efetividade da própria dignidade da pessoa humana. É ela, a ação autônoma e livre de amarras, que permite ao ser humano viver da maneira que melhor se aprover, desde que sua ação (ou inação) não reverbere negativamente na esfera do “outrem” ou, ainda, que tal ação não seja proibida de forma expressa em lei.

Não por outra razão o respeito à autodeterminação não pode ser meramente estimulado, mas sim garantido pelo Estado, que não só deve respeitar ao máximo o direito inerente a cada cidadão sobre questões existenciais e intrínsecas à própria natureza da pessoa, tais como o casamento, a escolha musical e a quantidade de filhos que cada um terá, como também o é obrigado a assegurar o livre exercício da vontade do indivíduo, punindo aqueles que violem as liberdades individuais.

¹¹BINENBOJM, Gustavo. *Parecer favorável ao direito de recusa de tratamento médico*. Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MTE1Ng%2C%2C>. Acesso em: 15 mai. 2023.

¹²*Ibid.*

¹³BARROSO. *op. cit.*, nota 9.

O eminente Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, manifestou brilhante entendimento acerca do tema, cuja transcrição entendo necessária:

[...] Não basta garantir a possibilidade de escolhas livres, sendo indispensável prover meios adequados para que a liberdade seja real, e não apenas retórica. Para tanto, integra a ideia de dignidade o denominado mínimo existencial, instrumento ao desempenho da autonomia. [...]¹⁴

O que se defende, portanto, é uma dupla obrigação imposta ao Estado, a quem compete não só respeitar, mas também defender as peculiaridades de cada um, garantindo o mínimo necessário para que cada cidadão possa desempenhar sua plena individualidade ao longo da existência. Ressalta-se, porém, que se está a dizer que é descabida qualquer forma de controle Estatal, pois é a ele, Estado, quem compete a defesa precípua dos interesses coletivos, não podendo, os quais inclusive podem ser utilizados para mitigar os direitos individuais de cada um – a exemplo das limitações ao direito de liberdade de ir e vir em razão do contexto pandêmico existente nos anos de 2020/2021- , ainda que, ao realizar tais mitigações, nasça para o Estado o dever de justificar tal necessidade, não podendo em nenhuma hipótese sobrepor-se, injustificadamente, adentrar ao campo das escolhas estritamente pessoais, inerentes à própria dignidade da pessoa humana.

Por isso, com base na liberdade das escolhas de cada, e no dever de respeito imposto ao Estado, que se defende que os direitos fundamentais não mais têm um caráter de indisponibilidade absoluto, eis que impor tal indisponibilidade ao indivíduo seria impedir que ele usufruísse de sua autonomia em sua plenitude de forma injustificada. Como exemplos pode-se mencionar a colocação de piercings ou mesmo a prática esportiva de lutas/artes marciais – violação direta à integridade física –, nas quais o agressor não pode ser objeto de qualquer punição por parte do Estado, por estarem os adeptos a tais práticas apenas realizado sua própria autonomia na inteireza.

Pautado em tais premissas, e tendo como escopo o término do ideal paternalista e não mais relegando o direito de escolha ao profissional médico em detrimento da vontade do paciente, que o Conselho Federal de Medicina editou, no ano de 2019, a resolução nº 2.232, a qual prevê, dentre outras medidas, que deve ser respeitado o direito do paciente de recusar-se a receber tratamento indicado por profissional médico, ainda que sob premente risco de vida.

Segue transcrição da referida resolução:

¹⁴*Ibid.*

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

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

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

Art. 3º Em situações de risco relevante à saúde, o médico não deve aceitar a recusa terapêutica de paciente menor de idade ou de adulto que não esteja no pleno uso de suas faculdades mentais, independentemente de estarem representados ou assistidos por terceiros. [...] ¹⁵

Tal resolução, apenas reforça os preceitos constitucionais de garantia à livre e plena liberdade de escolha, mesmo que tal escolha seja baseada exclusivamente em preceitos de ordem religiosa ou cultural. Tal conclusão é facilmente extraída do texto, eis que a referida norma médica não traz em seu bojo nenhuma necessidade de justificativa especial para que o paciente tenha seu direito de escolha respeitado pelo médico, inferindo-se que tal negativa a submissão de tratamento poderá ser realizada a qualquer tempo, e por qualquer razão, desde que respeitadas as premissas de que o recusante seja maior, capaz, e se encontre em pleno gozo de suas faculdades mentais.

A referida resolução, além de extremamente benéfica aos praticantes de diversas liturgias, reforçando a autonomia individual, ainda inova em prever situação diametralmente oposta àquela prevista no artigo 15 do Código Civil/02¹⁶. Se por um o referido artigo garante a todos o direito de não ser impelido a realizar tratamento ou intervenção cirúrgica que possa submetê-lo a risco de vida, a resolução defende que, ainda que sob premente risco de vida, o paciente tem o direito de se negar a ser submetido a tal tratamento, reforçando que o direito a não submissão de qualquer terapia ou tratamento contrária ou violadora de qualquer credo, crença, ou vontade do paciente, é uma máxima que deve ser respeitada, mesmo diante de iminente lesão ao bem jurídico tido como de maior relevância: a vida.

O que se deduz, portanto, é que o Código Civil¹⁷ já apresentava ao menos uma hipótese em que o direito à vida se tornava “disponível”, não sendo tal disponibilidade afastada nem sequer pela vontade do Estado, que deveria respeitar o disposto na codificação brasileira legislação brasileira e respeitar o direito a não submissão à tratamento. Tal entendimento apenas

¹⁵CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). *CFM esclarece pontos da resolução que trata da recusa terapêutica e objeção de consciência*. 2021. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/noticias/cfm-esclarece-pontos-da-resolucao-que-trata-da-recusa-terapeutica-e-objecao-de-consciencia/?lang=en>. Acesso em: 25 abr. 2023.

¹⁶BRASIL. *Código Civil Brasileiro*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 25 abr. 2023

¹⁷ *Ibid.*

foi reforçado e alargado pela resolução do CFM, que ampliou a abrangência da norma contida do CC/02, garantindo que o paciente tenha total e plena escolha sobre os modos e a natureza de seu tratamento, tudo em prol de assegurar a máxima autonomia e, por consequência, dignidade de cada um.

A título exemplificativo, vale mencionar os “testemunhas de Jeová”, que em razão de seu credo peculiar são plenamente proibidos de introduzir sangue em sua boca ou em seus corpos, já que tal prática, de acordo com os praticantes da religião, é contrária a diversos trechos da bíblia¹⁸. Para tal crença toda e qualquer transfusão, ainda que necessária à manutenção da vida é defesa, mesmo sob premente risco de morte, o que gerou discussões profundas e críticas por parte dos “não professantes de tal religião”, que defendiam não ser lícita a recusa, por estarem os cultistas, por muitas vezes abdicando de suas vidas em favor de seu credo. Com o advento da resolução apresentada, há uma significativa redução em tal embate, eis que acertadamente o CFM tem por pacífico o entendimento de que a recusa deve ser respeitada¹⁹, tudo em prol da manutenção da dignidade de cada um. Ressalta-se que a decisão do referido conselho federal apenas reforça todo o aspecto protetivo da dignidade da pessoa humana esculpido intrinsecamente em nossa carta magna, pois, ainda que avesso à tal liturgia, não compete ao Estado, muito menos ao particular, na pessoa do profissional da saúde, tratando-se o enfermo de alguém dotado de plena capacidade de decisão, impor qualquer que seja o tratamento a ser realizado por uma pessoa, eis que a escusa do paciente, principalmente daquele praticante religioso, é oriunda de sua mais íntima crença, seja ela religiosa ou não, a qual deve ser respeitada, posto que se revela umbilicalmente ligada ao direito de liberdade e a sua escolha existencial.

Ao Estado brasileiro, e a todos aqueles que são operadores da medicina, não competente julgar os dogmas de cada um, tampouco a escolha, mas sim respeitar a orientação de vida adotada pelo liturgista, pois negar a ele a possibilidade de recusa equivale a cercear o próprio direito de liberdade, ceifando sua dignidade individual sem, contudo, nenhuma justificativa razoável.

Ressalte-se, por fim, que muito embora a resolução do Conselho Federal de Medicina seja recente, ela apenas reforça uma previsão é oriunda própria constituição do Estado brasileiro, não sendo a laicidade prevista no artigo 19, I, da CF/88²⁰, justificativa plausível ao

¹⁸MEDICINA S/A. *op. cit.*

¹⁹CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). *Resolução CFM n. 2.232*. Disponível em: <https://abmes.org.br/legislacoes/detalhe/2915/resolucao-cfm-n-2.232>. Acesso em: 14 mai. 2023.

²⁰BRASIL, *op. cit.*, nota 1.

descumprimento do dever de proteção da prática religiosa. A proteção à dignidade da pessoa humana e a própria proteção religiosa são imperativos basilares e norteadores da constituição, pois a laicidade não se confunde com laicismo, já que aquele apenas veda que o Estado assuma como válida apenas uma crença religiosa, passo que este determina um “plus” que é a ausência de privilégios baseados em questões religiosas, tudo a garantir a igualdade entre os cidadãos.

Por todo o exposto, conclui-se que não há mais qualquer dúvida de que se mostra possível a recusa de tratamento consistente na violação à crença religiosa, desde que o recusante seja maior, capaz e esteja plenamente em gozo de suas faculdades mentais, ainda que tal medida seja a única apta a manter ou reestabelecer sua saúde, indicando uma flexibilização do direito à vida em favor da crença religiosa. Ocorre, porém, que o regramento estatal pátrio é diverso quando se está diante da proteção da criança ou do adolescente, de modo que a recusa em tais casos, deve ser afastada, pelas razões que melhor serão explanadas no capítulo que se segue.

3. O DEVER DO ESTADO NA PROTEÇÃO DA VIDA DO MENOR – NECESSÁRIA VEDAÇÃO À RECUSA TERAPÊUTICA

A superação gradativa do antigo paternalismo médico existente²¹, que culminou na edição da Resolução n. 2.232/2019²² do Conselho Federal de Medicina, aliada à crescente valorização da dignidade da pessoa humana, tida como alicerce dos direitos fundamentais, é o que garante ao paciente ter o direito de exercer a recusa terapêutica em caso de discordância religiosa, a qual deverá ser respeitada pelo profissional médico. Ocorre, porém, que o mesmo não é concedido àquela cuja maioria ainda resta incompleta, posto que o ordenamento jurídico brasileiro possui regramento altamente protetivo à criança e ao adolescente, cuja base se extrai, principalmente, do artigo 227 da constituição, o qual assevera, ser um “dever não só do Estado, mas da família de toda a sociedade assegurar, dentre outros direitos, o direito à vida e à saúde à criança e ao adolescente”²³.

Essa máxima protetiva foi transplantada, e reforçada, por diversos outros dispositivos infraconstitucionais, sendo o mais relevante expoente previsto 1º da Lei 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente, que regulamentou o texto constitucional e inaugurou, de forma expressa em nosso ordenamento jurídico, através de seu artigo 1º, o princípio da proteção integral à criança e ao adolescente, suplantando a ideia até então vigente de que o menor seria

²¹CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM), *op. cit.*

²²*Ibid.*

²³BRASIL, *op. cit.*, nota 1.

mero receptáculo da vontade dos pais/tutor, além de elencar, também de forma expressa, logo em seu artigo 6º, que em relação aos menores de dezoito anos há uma presunção relativa de vulnerabilidade, posto que “devem ser interpretados como pessoas em desenvolvimento”²⁴, reforçando o dever de cuidado que é imposto à toda sociedade.

É essa própria ideiação protetiva, aliada à já citada presunção que vulnerabilidade do menor, que em nosso ordenamento jurídico cessa aos dezoito anos, nos termos do artigo 5º do Código Civil²⁵, eis que com a assunção da maioridade o ser humano é tido como plenamente capaz (à exceção do mentalmente enfermo), que impede à extensão do direito à recusa à criança e ao adolescente, pois ainda que seja inegável que cada indivíduo atinja a maturidade em certo tempo, o legislador nacional adotou um critério puramente biológico, inclusive reproduzindo-o no artigo 6 do Estatuto da Criança do Adolescente²⁶, presumindo-se que o menor não detém formas de expressar consentimento livre e esclarecido, de modo que sempre que existir risco de óbito ou de prejuízo severo à saúde do menor enfermo, deverá prevalecer a decisão médica que recomendar o tratamento adequado, ainda que contrária às convicções íntimas e pessoais do paciente.

Não por outro motivo o Conselho Federal de Medicina editou esclarecimentos à já mencionada resolução n. 2.232/19, reforçando o referido entendimento. Segue transcrição:

[...]como fica a situação de crianças, adolescentes e pessoas que não estiverem com plena consciência de seus atos?

RESPOSTA – A dignidade do paciente incapaz, menor de idade ou adulto que não esteja no pleno uso de suas faculdades mentais, independentemente de estar representado ou assistido, foi especialmente considerada nesta Resolução. Nesses casos, impõe-se a prevalência do tratamento indicado, sem consentimento livre e esclarecido, em casos de risco de morte e de urgência e emergência com risco relevante à saúde. A Resolução estabelece ainda que havendo discordância insuperável entre o médico e o representante, assistente legal ou familiares do paciente quanto à terapêutica proposta, ele deve comunicar o fato às autoridades competentes (Ministério Público, Polícia, Conselho Tutelar etc.), visando o melhor interesse do paciente. [...]²⁷

Este entendimento também se encontra fartamente espalhado na jurisprudência nacional, pois os diversos tribunais brasileiros vêm defendendo que a recusa advinda do menor, e a ausência de autorização/concordância por parte de seus genitores, deve ser tida como inexistente, sendo dever do médico agir para salvar a vida da criança/adolescente. Tal entendimento resta cristalino no julgamento do Habeas Corpus nº 268.459/SP, no qual o

²⁴BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 25 abr. 2023.

²⁵BRASIL. *Código Civil Brasileiro*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 25 abr. 2023.

²⁶ BRASIL, *op.cit.*, nota 18.

²⁷CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM), *op.cit.*

Superior Tribunal de Justiça reforça seu entendimento de que compete ao médico, ainda que contrário à vontade dos pais e da criança/adolescente, ministrar todo o tratamento necessário ao reestabelecimento da saúde e manutenção da vida, sob pena de responsabilização penal. No caso em testilha, o corpo médico do hospital que assistia à adolescente acolheu a manifestação dos genitores daquela e deixou de ministrar transfusão sanguínea, que na hipótese era a única hipótese de mitigar o risco de vida existente, levando ao óbito da menor e consequente responsabilização dos médicos envolvidos. Segue trecho da relevante decisão:

[...]a Sexta Turma do STJ, por unanimidade, decidiu que, em caso de iminente risco de morte, o direito à vida sobrepõe-se à liberdade religiosa no que se refere à conduta dos médicos. No entanto, por voto da maioria, a liberdade religiosa foi igualmente respeitada com relação aos pais, cujo comportamento de recusar tratamento à paciente menor de idade foi declarado pela Corte como atípico. Ou seja, os pais foram inocentados, mesmo declarando uma vontade que resultara na morte da filha. Os direitos fundamentais, assim, não se excluam, mas foram ponderados pelo STJ de modo diverso do que pode se extrair do ordenamento jurídico brasileiro quanto ao papel dos pais como “garantidores” da saúde e da vida de seus filhos, fazendo desta decisão um importante precedente judicial. [...] ²⁸

Entendimento semelhante resta sedimentado ao longo do território nacional, pois os tribunais estaduais e federais também tem decidido de forma semelhante, a fim de afastar a negativa dos genitores e conceder autorização para que, em situações envolvendo menores, e sempre que não exista substituto eficaz, seja autorizado ao nosocômio que realize todos os procedimentos essenciais à vida, tal como decidiu o Tribunal Regional da 4ª Região, nos autos da Apelação Cível n. 2003.71.02.0005155-6, em brilhante ementa, cuja transcrição parcial se faz necessária:

[...]no caso concreto, a menor autora não detém capacidade civil para expressar sua vontade. A menor não possui consciência suficiente das implicações e da gravidade da situação para decidir conforme sua vontade. Esta é substituída pela de seus pais que recusam o tratamento consistente em transfusões de sangue. Os pais podem ter sua vontade substituída em prol de interesses maiores, principalmente em se tratando do próprio direito à vida. A restrição à liberdade de crença religiosa encontra amparo no princípio da proporcionalidade, porquanto ela é adequada à preservar à saúde da autora: é necessária porque em face do risco de vida a transfusão de sangue torna-se exigível e, por fim ponderando-se entre vida e liberdade de crença, pesa mais o direito à vida, principalmente em se tratando não da vida de filha menor impúbere. Em consequência, somente se admite a prescrição de medicamentos alternativos enquanto não houver urgência ou real perigo de morte. Logo, tendo em vista o pedido formulado na inicial, limitado ao fornecimento de medicamentos, e o princípio da congruência, deve a ação ser julgada improcedente. Contudo, ressalva-se o ponto de vista ora exposto, no que tange ao direito à vida da menor. [...] ²⁹

²⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n. 268.459/SP*. Relator: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=33010937&tipo=91&nr>. Acesso em: 25 abr. 2023.

²⁹BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Apelação Cível n. 2003.71.02.0005155-6/RS*. Relator: Des. Vânia Hack de Almeida. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trf-4/1230141/inteiro-teor-13926348> Acesso em: 25 abr. 2023.

O que se depreende, portanto, é que o profissional médico, quando em colisão direta entre a manifestação religiosa e o dever de salvar a vida do menor deve, mesmo que ausente o consentimento dos pais, optar pela segunda hipótese, sendo desnecessária a busca pelo Poder Judiciário a fim de autorizar a ação médica, ainda que seja razoável a busca pela chancela posterior, principalmente quando a inação puder resultar em risco de óbito. Ressalto, por fim, que o Professor Gustavo Binenbojm, Procurador no estado do Rio de Janeiro, em consulta formulada pelo Hospital Universitário Pedro Ernesto, Parecer09/2009-GUB³⁰, baseando-se na Teoria do Menor Maduro³¹, também se manifestou favoravelmente à licitude da recusa de tratamento médico realizada por paciente em razão de suas convicções pessoais, intrínsecas, defendendo que a vontade manifestada por pessoa, maior, lúcida e esclarecida deve ser respeitada, independente de judicialização da questão.

O referido mestre, explicita, porém, que no caso de menores de dezoito anos, deve ocorrer a chancela do Poder Judiciário, posto que compete ao Estado-Juiz aferir se no momento da manifestação há maturidade para tomada de decisão, sendo certo que em nenhuma hipótese deve prevalecer a vontade da família, pois tratando-se de tema personalíssimo que envolve diretamente risco de vida, não pode a vontade do paciente ser representada ou substituída pela de seus pais, devendo o magistrado, quando em dúvida, determinar a imposição do tratamento adequado, respeitando assim a vontade do constituinte originário e a sistemática protetiva existente em nosso ordenamento jurídico.

CONCLUSÃO

A pesquisa constatou que não vigora o entendimento da década antiga de que o direito à vida preponderaria sobre todos os demais direitos, garantindo-se ao profissional da saúde uma decidir sobre qual seria a terapia realizada pelo paciente, independentemente da vontade ou discordância daquele, seja por uma questão íntima ou religiosa, posto que a garantia de recusa ao tratamento médico, quando manifestada por pessoa maior, capaz e plenamente esclarecida dos riscos, deve ser respeitada pelo profissional médico, ainda que resulte na morte, respeitando-se a permeação cada vez maior conceito de dignidade da pessoa humana em nosso ordenamento jurídico.

³⁰BINENBOJM, Gustavo. *op. cit.*, nota 11.

³¹MORAES, Reinaldo Santos de. *A teoria do "menor maduro" e seu exercício nas questões referentes à vida e à saúde: uma apreciação da situação brasileira*. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/handle/ri/10774>. Acesso em: 21 abr. 2023.

Tal infusão principiológica permitiu, dentre outras acepções, a superação do ideal médico paternalista que relegava ao profissional da saúde o direito de impor ao paciente o tratamento que entendesse necessário à salvar sua vida, impondo-se a necessidade de anuência para realização de qualquer intervenção apta a afetar sua compleição.

O direito de crença, além de representar direito fundamental constitucionalmente garantido, é interpretado como verdadeira demonstração de autonomia, devendo ser garantido pelo Estado, que detém o dever de assegurar o respeito ao livre exercício do credo em sua máxima efetividade, não podendo ser aceito que, em razão da saúde ou da vida, seja retirada a autonomia do cidadão maior e capaz de recusar-se a ser submetido a procedimento contrário ao seu credo.

Concluiu-se que tal faculdade, porém, não pode ser garantida ao menor de dezoito anos, posto que a estes aplica-se um regramento constitucional, e infraconstitucional, diverso, muito mais protetivo, presumindo-se a ausência de capacidade de discernimento e escolha em razão da própria vulnerabilidade etária da pessoa em formação.

Nesse sentido, ressalta-se que a teoria do “menor maduro”, defendida por parcela minoritária da doutrina, ainda não é adotada em nosso ordenamento jurídico, razão pela qual à recusa emanada por criança ou adolescente, ou ainda àquela manifestada por seus responsáveis, deve ser ignorada sempre que for de encontro ao tratamento entendido como necessário para assegurar a manutenção da vida, competindo ao profissional médico zelar sempre pelo reestabelecimento da saúde do paciente incapaz, somente sendo possível se acolher a recusa terapêutica, neste caso, quando houver tratamento autônomo e igualmente efetivo.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Legitimidade da Recusa de Transfusão de Sangue por testemunhas de Jeová. Dignidade da Pessoa Humana, Liberdade Religiosa e Escolhas Existenciais*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/testemunhas-jeova-sangue.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2023.

BINENBOJM, Gustavo. *Parecer favorável ao direito de recusa de tratamento médico*. Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MTE1Ng%2C%2C>. Acesso em: 20 abr. 2023

BRASIL. *Código Civil Brasileiro*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 25 abr. 2023.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 abr. 2023.

_____. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 25 abr. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n. 268.459/SP*. Relator: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=33010937&tipo=91&nr>. Acesso em: 25 abr. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54*. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954>. Acesso em: 25 abr. 2023.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Apelação Cível n. 2003.71.02.000155-6/RS*. Relator: Des. Vânia Hack de Almeida. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trf-4/1230141/inteiro-teor-13926348>. Acesso em: 25 abr. 2023.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). *CFM esclarece pontos da resolução que trata da recusa terapêutica e objeção de consciência. 2021*. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/noticias/cfm-esclarece-pontos-da-resolucao-que-trata-da-recusa-terapeutica-e-objecao-de-consciencia/?lang=en>. Acesso em: 25 abr. 2023.

MEDICINA S/A. *Transfusão de Sangue e Religião*. Disponível em: <https://medicinasa.com.br/transfusao-de-sangue-religiao/#:~:text=Conforme%20pesquisa%20livre%20do%20motivo,15%3A28%2C%2029>. Acesso em: 15 mai. 2023

MASSON, Nathalia. *Manual de Direito Constitucional*. 9 Ed. Bahia: Juspodivm, 2021.

MORAES, Reinaldo Santos de. *A teoria do "menor maduro" e seu exercício nas questões referentes à vida e à saúde: uma apreciação da situação brasileira*. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/handle/ri/10774>. Acesso em: 21 abr. 2023.