

# O CORPO QUE HABITO. SOBRE O DIREITO AO PRÓPRIO CORPO

Cleber Couto<sup>1</sup>

Resumo: Enquanto vivo, tenho um corpo ou sou um corpo. A personalidade se desfaz após a morte, ou a biografia, a memória e o corpo transcendem a pessoa nativiva. O presente trabalho pretende estudar o direito ao próprio corpo, como um direito da personalidade e um direito fundamental, expressão da dignidade da pessoa humana, à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-Chave: direitos da personalidade; direito ao próprio corpo; disposição do próprio corpo; tratamento médico compulsório.

Sumário: I. Direitos da personalidade; II. Características dos direitos da personalidade; III. Da relativa disponibilidade; IV. Direito ao próprio corpo vivo; V. Direito ao próprio corpo morto; VI. Tratamentos médicos compulsórios; VII. Conclusão

## I DIREITOS DA PERSONALIDADE



ob a ótica civilista, os direitos fundamentais relacionados com a dimensão existencial da subjetividade humana são denominados de direitos de personalidade. Os direitos da personalidade formam um conjunto de direitos subjetivos atinentes à

---

<sup>1</sup> Promotor de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais, Brasil. Coordenador Regional das Promotorias de Justiça da Educação, Infância e Juventude. Coordenador Regional do Grupo de Atuação Especial no Combate ao Crime Organizado. Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família. Pós-Graduado em Direito Civil pela Universidade Anhuaguera-Uniderp. Doutorando em Direito Civil pela Universidad de Buenos Aires, Argentina.

própria condição humana, sendo assim, instrumentos essenciais ao desenvolvimento e à plena realização da pessoa humana.

Tradicionalmente, a doutrina<sup>2</sup> costuma dividir os direitos da personalidade em três blocos: i) *direito à integridade física* (direito ao próprio corpo); ii) *direito à integridade psíquica/moral* (honra, imagem, intimidade e vida privada); iii) *direito à integridade intelectual* (proteção às manifestações do intelecto). Todavia, os direitos da personalidade não se esgotam nesses três blocos. Em outras palavras, sua enumeração é meramente exemplificativa. A liberdade de expressão, a liberdade de religião, a liberdade sexual, dentre tantos outros, podem ser considerados como direitos da personalidade, assim como o direito ao nome.

Dessa forma, os direitos da personalidade enumerados pelo Código Civil não excluem outros derivados da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º III da Constituição Federal – princípio da dignidade humana. Daí a íntima relação dos direitos da personalidade e o princípio da dignidade da pessoa humana, podendo-se afirmar que os direitos da personalidade decorrem e são instrumentos de realização da dignidade humana.

## II CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Os direitos da personalidade possuem destacadas características, inerentes à sua natureza existencial, diferenciando-os assim dos direitos patrimoniais. Dentre suas características, observa-se que são *absolutos* (possuindo efeitos *erga omnes*), *imprescritíveis* (embora prescritível a reparação civil em caso de violação) e *extrapatrimoniais* (embora a reparação seja frequentemente de cunho patrimonial). Todavia, outras duas

---

<sup>2</sup> ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil: Parte Geral*. 14ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 213.

características têm merecido especial destaque na doutrina, quais sejam, a vitaliciedade e a relativa disponibilidade.

Os direitos da personalidade são *vitalícios*, pois terminam com a morte do seu titular, não havendo transmissão aos sucessores. Isso não impede a tutela dos chamados lesados indiretos, que são aqueles que sofrem com as violações à história e à memória do morto. Os familiares do morto – lesados indiretos – não defendem os direitos da personalidade do falecido, que como visto se extinguem com a morte. Os lesados indiretos defendem um direito da personalidade que lhes é próprio, pois a memória, a história, a imagem e a honra do parente falecido integram o direito da personalidade dos próprios familiares.

### III DA RELATIVA DISPONIBILIDADE

Outra controversa característica dos direitos da personalidade é sua *relativa disponibilidade*. A controvérsia se dá sobretudo em razão do art. 11 do Código Civil que estabelece: “com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”. Um enunciado normativo que pretenda estabelecer a impossibilidade genérica de restrição aos direitos da personalidade, ainda que voluntária, acaba por estabelecer algo absolutamente contrário ao que ocorre na prática, além de ser incompatível com a Constituição.

Como sabido, os direitos fundamentais são, a princípio, disponíveis, embora a ordem jurídica possa estabelecer limites a essa disposição. É perfeitamente legítimo que o titular de um direito fundamental, voluntariamente, abra mão de certas posições jurídicas. Naturalmente, existem inúmeras variáveis possíveis. Uma autolimitação parcial e temporária será diferente de uma renúncia geral e permanente. Embora a Constituição não fale em lugar algum da indisponibilidade de direitos fundamentais, existem, por certo, limites implícitos. A ordem jurídica pode,

igualmente, instituir restrições expressas para proteger o direito de terceiros, a ordem pública ou o próprio titular do direito fundamental. O que o Estado não pode fazer é anular integralmente a liberdade pessoal e a autonomia moral do indivíduo. Vigora, no direito constitucional brasileiro, o princípio da liberdade (art. 5º *caput* II da Constituição Federal).

Assim, os direitos fundamentais são, em princípio, disponíveis, haja vista que a liberdade é a regra e a disposição, em muitos casos, é uma forma de exercer o direito. Isso não significa que algumas posições jurídicas de direito fundamental, em determinadas situações, não possam ser consideradas indisponíveis pelo sistema jurídico. Mas, nessas hipóteses, o Estado terá o ônus argumentativo de demonstrar que se trata de uma restrição legítima, e não uma violação à liberdade de escolha do indivíduo<sup>3</sup>.

Assim fica claro que a disposição de um direito da personalidade pode se dar pela autonomia privada. Todavia, a limitação voluntária dos direitos da personalidade, ou seja, aquela promovida por seu próprio titular, não pode se dar de forma irrestrita. A limitação voluntária dos direitos da personalidade é permitida, desde que não seja permanente nem geral. Nesse particular, a autolimitação ao exercício dos direitos da personalidade deve ser admitida pela ordem jurídica, desde que com parâmetros.

Em primeiro lugar, é de se examinar sua duração e alcance. Qualquer autolimitação de caráter irrestrito ou permanente não deve ser admitida, por se equiparar à renúncia. Ao lado da duração e alcance da autolimitação, cumpre analisar a sua intensidade, ou seja, o grau de restrição que impõe ao exercício dos direitos da personalidade. A intensidade não pode ser de tal monta a ponto de aniquilar o direito da personalidade. Além da

---

<sup>3</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová: dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais*. Em: <http://www.conjur.com.br/dl/testemunhas-jeova-sangue.pdf>. Visualizado em 30/01/2019.

duração, do alcance e da intensidade da autolimitação, todos aspectos de ordem estrutural, é imprescindível analisar a sua finalidade. A autolimitação ao exercício dos direitos da personalidade deve ser admitida pela ordem jurídica, quando atenda genuinamente ao propósito de realização da personalidade do seu titular. Deve, ao contrário, ser repelida sempre que guiada por interesses que não estão própria ou imediatamente voltados à realização da dignidade daquela pessoa<sup>45</sup>.

Enfim, a vontade individual não pode ser tida como bastante para a chancela jurídica de toda e qualquer autolimitação ao direito da personalidade. Não se pode assistir passivamente a situações que, sob o manto da aceitação dos envolvidos, representem séria ameaça à dignidade da pessoa humana, com efeitos nocivos para a sociedade como um todo<sup>6</sup>. Se a dignidade da pessoa humana, na linha do imperativo categórico kantiano, significa que todo indivíduo é um fim em si mesmo<sup>7</sup>, não devendo, por essa razão, servir de instrumento à satisfação dos interesses de outros indivíduos ou à realização de metas coletivas, então conclui-se que a autolimitação dos direitos da personalidade não poderá ser de tal nível a ponto de instrumentalizar a pessoa humana, tornando-o um meio a serviço de outrem.

#### IV DIREITO AO PRÓPRIO CORPO VIVO

Como dito, o direito à integridade física é um direito da personalidade, abrangendo o direito ao próprio corpo vivo, inclusive partes destacadas dele. O direito ao próprio corpo é

---

<sup>4</sup> SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 27-28.

<sup>5</sup> A pessoa pode dispor de sua intimidade e privacidade. Assim faz ao aceitar participar de *reality shows*, em que a pessoa aceita viver por determinado período aos olhares de câmeras. A vontade dos participantes de restringir sua privacidade e intimidade, por certo lapso de tempo e sob certas condições, é uma vontade legítima.

<sup>6</sup> SCHREIBER. Op. cit., p. 184-185.

<sup>7</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 2004, p. 68 e s.

protegido por ser um instrumento de realização da pessoa, expressão física de individualização na sociedade.

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

Críticas não faltam ao texto legal. Numa interpretação literal do dispositivo, é defeso todo e qualquer ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física ou contrariar os bons costumes, salvo se houver uma exigência médica.

Conforme a doutrina de Anderson Schreiber, o critério da diminuição permanente da integridade física causa perplexidade. Sugere, a *contrario sensu*, que os atos que resultem em diminuição não permanente estão todos autorizados. Tal conclusão é extremamente perigosa. Atos que produzem diminuição temporária não podem ser considerados, apenas por isso, legítimos, devendo-se perquirir a extensão, duração, intensidade e finalidade. Lado outro, o dispositivo sugere algo igualmente nocivo. A vedação a ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, transmite a ideia de que as partes regeneráveis do corpo humano merecem menor proteção que as irrecuperáveis, protegendo-se apenas essas últimas contra os impulsos da vontade individual<sup>8</sup>.

Como se não bastasse, a alusão aos bons costumes mostra-se extremamente preocupante em matéria de disposição do próprio corpo. Em uma sociedade plural, conceder aptidão proibitiva a uma noção tão imprecisa como a de bons costumes implica frear comportamentos que podem vir a configurar modos inovadores de expressão intelectual e artística. Afinal, a tarefa mais importante do direito é ser instrumento de transformação

---

<sup>8</sup> SCHREIBER. Op. cit., p. 39-41.

social<sup>9</sup>.

Lado outro, a vedação generalizada do art. 13 às diminuições físicas permanentes, com a única ressalva da exigência médica, é norma que não se compadece com a necessária ponderação entre tutela do próprio corpo e outros princípios atinentes à realização da pessoa humana, como a liberdade de trabalho, a liberdade sexual, a liberdade de expressão, a liberdade religiosa ou mesmo a solidariedade social. A tutela constitucional da dignidade humana impõe que cada aspecto da pessoa, em particular, seja sopesado em busca de uma solução que permita o máximo desenvolvimento da sua personalidade. Como antes visto, o direito ao próprio corpo é protegido por ser um instrumento de realização da pessoa. Sua proteção não é superior à proteção de outras manifestações da personalidade, que podem justificar, no caso concreto, a diminuição permanente da integridade física<sup>10</sup>.

Como dito acima, os direitos fundamentais são, em princípio, disponíveis, haja vista que a liberdade é a regra e a disposição, em muitos casos, é uma forma de exercer o direito. Isso não significa que algumas posições jurídicas de direito fundamental, em determinadas situações, não possam ser consideradas indisponíveis pelo sistema jurídico.

A autonomia - como um destacado valor inerente à dignidade da pessoa humana - envolve a capacidade de autodeterminação do indivíduo, de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente a sua personalidade. Lado outro, não só a autonomia integra a dignidade da pessoa humana. O valor comunitário constitui o elemento social da dignidade humana. Aqui, a dignidade é moldada pelos valores compartilhados pela comunidade, seus padrões civilizatórios, seu ideal de vida boa. O que está em questão não são escolhas individuais, mas responsabilidades e deveres a elas associados. A autonomia individual desfruta de grande importância, mas não é ilimitada, devendo

---

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 35-38.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 45-46.

ceder em certas circunstâncias. A dignidade como valor comunitário destina-se a promover, sobretudo: a proteção dos direitos de terceiros, a proteção do indivíduo contra si próprio (em certas circunstâncias, o Estado tem o direito de proteger as pessoas contra atos autorreferentes, suscetíveis de lhes causar lesão) e a proteção de valores sociais (toda sociedade, por mais liberais que sejam seus postulados, impõe coercitivamente um conjunto de valores que correspondem a alguns consensos básicos, enfim, uma moral social compartilhada)<sup>11</sup>.

Assim, a dignidade pode se apresentar como uma condição interna ao indivíduo — dignidade como autonomia — ou como produto de uma atuação externa a ele — dignidade como heteronomia. A dignidade como autonomia é o poder de fazer valorações morais e escolhas existenciais sem imposições externas indevidas. A dignidade como heteronomia se traduz como uma limitação da dignidade por valores comunitários, destinando-se a promover a proteção dos direitos de terceiros, a proteção do indivíduo contra si próprio e a proteção de valores sociais. A concepção da dignidade como autonomia valoriza o indivíduo, sua liberdade e seus direitos fundamentais. A dignidade como heteronomia, por sua vez, funciona como uma limitação à liberdade individual, pela imposição de valores sociais e pelo cerceamento de condutas próprias que possam comprometer a dignidade do indivíduo ou o direito de terceiros<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> “A imposição coercitiva de valores sociais – em geral pelo legislador, eventualmente pelo juiz – exige fundamentação racional consistente e deve levar seriamente em conta: a) a existência ou não de um direito fundamental em questão; b) a existência de consenso social forte em relação ao tema; e c) a existência de risco efetivo para o direito de outras pessoas. É preciso evitar o paternalismo, o moralismo e a tirania das maiorias” (BARROSO, Luis Roberto. *O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto*. Em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2013/05/O-constitucionalismo-democratico-no-Brasil.pdf>. Visualizado em 29/01/2019).

<sup>12</sup> BARROSO, Luis Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Dignidade e autonomia individual no final da vida*. Em: <http://www.conjur.com.br/2012-jul-11/morte-ela-dignidade-autonomia-individual-final-vida>. Visualizado em 28/01/2019.

No sistema constitucional brasileiro, embora haja lugar para expressões heterônomas da dignidade, ela se manifesta predominantemente sob a forma de autonomia individual. É possível assentar, assim, que o conceito de dignidade como autonomia tem presença mais forte no texto constitucional, com alguma permeabilidade à dignidade como heteronomia. A prevalência dessa última, fora dos casos expressos ou inequívocos, envolverá especial ônus argumentativo. Em suma: à luz do sistema jurídico brasileiro, é possível afirmar uma certa predominância da dignidade como autonomia, sem que se deslegitime o conceito de dignidade como heteronomia. O que significa dizer que, como regra geral, devem prevalecer as escolhas individuais. Mas não invariavelmente.<sup>13</sup>

Conclui-se, assim, que a disposição do próprio corpo, desde que atenda a um propósito genuíno de realização da personalidade do seu titular, a princípio, é prática legítima, derivada da dignidade como autonomia. Portanto, a regra há de ser a autonomia privada em matéria de disposição da integridade física<sup>14</sup>, passível de limitação excepcional, quando justificada na proteção dos direitos de terceiros, na proteção do indivíduo contra si próprio e na proteção de valores sociais.

Por isso, plenamente válido perante a ordem jurídica, as seguintes manifestações da personalidade, envolvendo a disposição do próprio corpo, independente se caracterizam exigências médicas ou se envolvem a disposição permanente da integridade física, eis que lastreadas na *liberdade em geral* (ex.: esportes

---

<sup>13</sup> Ibidem.

<sup>14</sup> ROSENVALD; FARIAS. Op. cit., p. 219.

radicais<sup>15</sup> e cirurgias estéticas embelezadoras<sup>16</sup>), *liberdade de trabalho* (ex.: profissões perigosas<sup>17</sup>), *liberdade sexual*<sup>18</sup> (ex.:

---

<sup>15</sup> Há esportes radicais e violentos, onde não há imposição médica, embora possa haver diminuição permanente da integridade física, como é o caso do boxe, MMA, paraquedismo, alpinismo e escalagem, automobilismo ou mesmo o futebol, dentre tantos outros. Em âmbito penal, inclusive, tem se entendido que as lesões esportivas, não configuram crime (seja por configurar exercício regular de um direito, consentimento do ofendido ou adequação social), quando inerentes ao esporte (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 247). No caso de abuso, excesso ou desvio (lesões ocorridas não em razão do esporte, mas apenas por ocasião dele), poderá configurar crime, como o conhecido caso da mordida de Tyson em Holyfield e no caso de brigas entre jogadores após a paralisação ou o fim da partida (CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 320).

<sup>16</sup> Há cirurgias estéticas embelezadoras onde possa haver diminuição permanente da integridade física, em que não há imposição médica. Duas inclusive têm ocorrido pelo mundo afora com relativa frequência: retirada de uma das costelas com o objetivo de afinar a cintura e a retirada (ou diminuição) de dedos do pé para o facilitado uso do salto alto.

<sup>17</sup> Há profissões altamente perigosas, como dublês e certas atividades circenses (trapezistas e domadores), além dos esportes radicais e violentos exercidos profissionalmente, atividades onde pode ocorrer a diminuição permanente da integridade física sem imposição médica.

<sup>18</sup> Atualmente, não se fala em liberdade sexual, mas direito à diversidade sexual como direito da personalidade. A diversidade sexual consiste nas várias maneiras de se viver e expressar a sexualidade. A sexualidade humana é formada pela combinação de fatores biológicos, psicológicos e sociais e composta, basicamente, por três elementos: sexo biológico, orientação sexual e identidade de gênero. Assim, sexo é característica biológica (homem, mulher ou intersexual). Orientação sexual é a atração afetiva-sexual por outrem (heterossexual – atração pelo gênero oposto; homossexual – atração pelo mesmo gênero; bissexual – atração por ambos os gêneros; panssexual – atração por qualquer gênero; assexual – falta de atração por qualquer gênero). Identidade de gênero corresponde ao gênero pelo qual a pessoa se auto-reconhece, a compreensão que a pessoa tem de si (cisgênero – o gênero que a pessoa se identifica corresponde ao seu sexo biológico; transgênero – o gênero que a pessoa se identifica corresponde a sexo biológico oposto, como são os transexuais e travestis; bigênero – pessoa que se identifica com ambos os gêneros; agênero – pessoa que não se identifica a nenhum gênero; pangênero – pessoa que se identifica com um gênero misto ou terceiro gênero). Dessa forma, orientação sexual e identidade de gênero são reconhecidas como direitos da personalidade.

cirurgia de redesignação sexual<sup>19</sup>, práticas sadomasoquistas<sup>20</sup> e prostituição<sup>21</sup>), *liberdade de expressão* (ex.: tatuagens e piercings), *liberdade religiosa*<sup>22</sup> (ex.: circuncisão judaica, pequeno corte craniano do ritual de iniciação do candomblé e curas

---

<sup>19</sup> Tanto o Conselho Federal de Medicina (Res. 1955/2010) quanto o Ministério da Saúde (portaria 2803/2013) admitem a cirurgia e todo o procedimento médico redesignador, independente de ordem judicial, ao transgênero.

<sup>20</sup> Em âmbito penal, o sadomasoquismo envolvendo pessoas maiores e capazes, configura excluyente de ilicitude, em razão do consentimento do ofendido (NUCCI. Op. cit., p. 702).

<sup>21</sup> No Brasil, a atividade relacionada ao comércio sexual do próprio corpo não é ilícita, quando envolva pessoas maiores e capazes (NUCCI, Guilherme de Souza. *Prostituição, lenocínio e tráfico de pessoas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 190) (ESTEFAM, André. *Dignidade sexual como fruto da dignidade da pessoa humana: homossexualidade, prostituição e estupro*. Tese de Doutorado em Direito. São Paulo: PUC, 2015, p. 170). Aliás, de acordo com o Código Brasileiro de Ocupações, de 2002, regulamentado pela Portaria do Ministério do Trabalho 397/2002, os profissionais do sexo são expressamente mencionados no item 5198 como uma categoria de profissionais, o que, conquanto ainda dependa de regulamentação quanto a direitos que eventualmente essas pessoas possam exercer, evidencia o reconhecimento, pelo Estado brasileiro, de que a atividade relacionada ao comércio sexual do próprio corpo não é ilícita. Assim, toda e qualquer conduta envolvendo prostituição só será crime quando envolver menor de 18 anos ou vulnerável, eis que a lei presume nessas hipóteses não possuir a pessoa liberdade sexual plena, ou quando houver efetiva exploração sexual no sentido de tolhimento da liberdade sexual.

<sup>22</sup> Na busca de um conceito acerca de religião, adota-se a doutrina de Thiago Teraoka. Religião é a crença e a manifestação da crença no poder divino ou sobrenatural, baseada totalmente na fé, ainda que haja pretensão à correção científica por parte de seus seguidores. Não é necessária sistematização teológica, nem unidade organizacional, tampouco vinculação a um determinado líder. Basta, assim, a ligação a um aspecto sobrenatural, ainda que não seja ligado a um deus pessoal. (TERAOKA, Thiago Massao Cortizo. *Liberdade Religiosa no Direito Constitucional Brasileiro*. Tese de Doutorado em Direito. São Paulo: USP, 2010, p. 44-45).

espirituais<sup>23</sup>) ou a *solidariedade social* (ex.: transplante de órgãos<sup>24</sup> e participação em experimentações médicas ou científicas<sup>25</sup>).

## V DIREITO AO PRÓPRIO CORPO MORTO

O direito à integridade física abrange não somente o direito ao corpo vivo. O direito ao próprio corpo morto ou direito ao cadáver, inclusive partes destacadas dele, é um autêntico direito da personalidade. A autonomia da pessoa sobre o seu próprio corpo transcende a vida, podendo dele dispor com efeitos *post mortem*. Embora os direitos da personalidade sejam vitalícios e se extingam com a morte do seu titular, este pode deliberar (somente!) em vida acerca do destino do seu próprio corpo, após a morte.

Assim estabelece o Código Civil: “art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte. Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo”.

A pessoa pode dispor acerca do seu corpo (ou parte dele)

---

<sup>23</sup> Não são poucas as religiões que acreditam existir curas espirituais. Assim, não há se falar em estelionato, charlatanismo ou curandeirismo no tocante às curas espirituais exercidas religiosamente. Crime haverá no caso de insinceridade dos agentes. Se houver atividade religiosa, ainda que não seja de uma crença comum no Brasil, o fato será atípico (TERAOKA. Op. cit., p. 183-185). Assim, só haverá crime se houver intenção fraudulenta ou perigo à saúde pública. Enfim, enquanto não se ultrapassar o limite do disponível, funciona o consentimento da vítima para afastar qualquer ilicitude (NUCCI. *Código Penal Comentado*. Op. cit., p. 1188).

<sup>24</sup> Conforme art. 199 § 4º da Constituição Federal, tal prática deve ser gratuita.

<sup>25</sup> A Resolução 196/96 do Conselho Nacional de Saúde aprova as diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos, que estabelece inúmeros requisitos, tais como a aprovação de um Comitê de Ética em Pesquisa, de composição interdisciplinar, a assinatura do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido pelo participante da pesquisa, no qual devem constar informações claras acerca do objeto da pesquisa, seus benefícios e riscos, a gratuidade pela participação, a garantia de reparação dos danos causados na sua execução e a facultade de retirada de seu consentimento a qualquer tempo sem prejuízo para sua pessoa.

para depois da morte, desde que preservada a gratuidade do ato (art. 199 § 4º Constituição Federal). Essa vontade genuína deve prevalecer, mesmo que após o óbito não corresponda à vontade dos familiares. Sepultamento, cremação, criopreservação, doação do corpo para fins de pesquisa, doação de órgãos para fins de transplantes, quando manifestados em vida pela pessoa, possuem efeitos após a morte. Ora, se a pessoa pode dispor mediante testamento sobre seus próprios bens, prevalecendo sua vontade após a morte, não faz sentido glosar sua vontade acerca da disposição do seu próprio corpo, com efeitos *post mortem*. Não faz sentido admitir a autonomia em matéria patrimonial e glosá-la no plano existencial.

Por isso prevalece a vontade da pessoa, manifestada em vida, em detrimento da vontade dos familiares, em matéria de *transplantes*. Embora o art. 4º da Lei 9434/97 (lei de transplantes) exija o consentimento dos familiares para a realização da extração de órgãos da pessoa falecida, consultar-se-á os familiares somente no caso de não manifestação da vontade, acerca dessa questão, pelo falecido<sup>2627</sup>.

## VI TRATAMENTOS MÉDICOS COMPULSÓRIOS

Em razão do direito à integridade física, privacidade e intimidade, questiona-se a possibilidade de constranger alguém a um tratamento médico compulsório, e em caso positivo, em quais condições. Questiona-se, ainda, se em casos de risco de morte, há lugar para a recusa do paciente mediante

---

<sup>26</sup> A Comissão Intra-Hospitalar de Doação de Órgãos e Tecidos para transplantes se apóia na vontade dos familiares como critério decisivo para o transplante, mesmo que a recusa deles venha a deslegitimar o ato de autonomia prospectiva do *de cuius*. (ROSENVALD, Nelson. *Os 20 anos da lei de transplante*. Em: o direito civil em movimento, desafios contemporâneos. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 90).

<sup>27</sup> Na redação originária da lei 9434/97 (lei de transplantes) o sistema de doação de órgãos adotado era de consentimento presumido (*opt-out*), todavia, através da lei 10211/01, o sistema foi modificado para doação com consentimento informado (*opt-in*).

consentimento informado, ou compete ao médico fazer tudo para salvar a vida do paciente.

Aqui deve se estabelecer uma premissa. Nenhum direito fundamental é absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto. Com a vida não é diferente.

Todavia, o direito à vida é a princípio, indisponível, por desfrutar de uma posição preferencial (*preferred position*), embora possa ser, em determinadas hipóteses, objeto de ponderação. Conquanto não seja absoluto, tampouco hierarquicamente superior, é razoável sustentar que o direito à vida tem um peso abstrato maior, desfrutando de uma posição preferencial dentro do sistema constitucional. E isso não apenas pela valia do seu conteúdo intrínseco, mas também por ser pré-condição para a própria dignidade e para o exercício dos demais direitos fundamentais. Como consequência, inverte-se aqui a proposição asentada em relação aos direitos fundamentais em geral: o direito à vida é, *prima facie*, indisponível, não sendo o ato de vontade do titular – o consentimento – causa suficiente para sua flexibilização.

Embora o simples consentimento não seja suficiente para um ato de disposição do direito à vida por seu titular – ou, mais tecnicamente, de posições subjetivas relacionadas ao direito à vida – é possível que outros valores ou direitos fundamentais justifiquem essa decisão. Vale dizer: a imposição taxativa da indisponibilidade pode causar impacto negativo sobre outras posições jurídicas fundamentais tuteladas pela Constituição. Ocorrendo a colisão, não pode o sistema jurídico estabelecer, *a priori*, a prevalência de um direito constitucional sobre outro. Impõe-se, aqui, a análise caso a caso e a ponderação adequada, à luz da Constituição<sup>28</sup>.

Com base nessa premissa é possível avançar na

---

<sup>28</sup> BARROSO. *Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová: dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais*. Op. cit.

interpretação do Código Civil, que assim dispõe: “art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”. É preciso bem compreender esse dispositivo. O fato do art. 15 proibir tratamento médico ou intervenção cirúrgica, sem consentimento do paciente, quando há risco de vida, não quer dizer que, não havendo risco, a pessoa pode ser constrangida a um tratamento ou intervenção médica compulsória.

Tal dispositivo merece, portanto, uma leitura constitucional, pois, em regra, deve prevalecer a autonomia do paciente. Em um viés constitucionalizado, o artigo deve ser interpretado de forma a preservar com maior amplitude o consentimento e a recusa do paciente, no sentido de que ninguém deve ser forçosamente submetido a tratamento médico. A leitura desse artigo conforme a Constituição deve ser no sentido de que ninguém, nem com risco de morte, será constrangido a tratamento ou a intervenção cirúrgica, em respeito à sua autonomia<sup>29</sup>.

Essa leitura constitucional do dispositivo, contudo, às vezes é acompanhado da ressalva quanto ao risco de morte, aceitando-se a recusa de intervenções médicas apenas quando ela não implicar risco à vida do paciente. Esta posição ganha eco em uma das leituras do Código Penal e do Código de Ética Médica.

O Código de Ética Médica estabelece: “É vedado ao médico: Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte”. Pode-se interpretar esse dispositivo no sentido de respeito à vontade do paciente, desde que não haja risco de morte. Como se verá, trata-se uma interpretação equivocada sob o ponto de vista constitucional.

Como sabido, o Código de Ética Médica abandona de

---

<sup>29</sup> RIBEIRO, Diaulas Costa. *Autonomia: viver a própria vida e morrer a própria morte*. Em: Cadernos de Saúde Pública, nº 22, 2006, p. 1750.

vez o paternalismo médico<sup>30</sup> para consagrar a autonomia do paciente<sup>31</sup>. O paciente deixa de ser um objeto da prática médica e passa a ser sujeito de direitos fundamentais, cabendo a ele o direito de realizar autonomamente suas escolhas existenciais<sup>32</sup>. O Código de Ética na parte introdutória assume como premissa a “busca de melhor relacionamento com o paciente e a garantia de maior autonomia à sua vontade”. De forma ainda mais

---

<sup>30</sup> BARBOSA, Heloisa Helena. *A autonomia da vontade e a relação médico-paciente no Brasil*. Em: Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, n° 2, 2004, p. 7.

<sup>31</sup> NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. *O consentimento informado na relação médico-paciente: respeitando a dignidade da pessoa humana*. Em: Revista Trimestral de Direito Civil, n° 29, 2007, p. 99-100.

<sup>32</sup> Há vasto conteúdo normativo consagrador da autonomia do paciente. No plano interno, temos a lei 8080/90 (lei orgânica da saúde): “art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios: III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral”. O Estatuto do Idoso: “art. 17. 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. Parágrafo único. 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”. Bem como o Estatuto da Pessoa com Deficiência: “art. 11. A pessoa com deficiência não poderá ser obrigada a se submeter a intervenção clínica ou cirúrgica, a tratamento ou a institucionalização forçada. Parágrafo único. O consentimento da pessoa com deficiência em situação de curatela poderá ser suprido, na forma da lei. Art. 13. A pessoa com deficiência somente será atendida sem seu consentimento prévio, livre e esclarecido em casos de risco de morte e de emergência em saúde, resguardado seu superior interesse e adotadas as salvaguardas legais cabíveis”. No plano internacional, a Declaração de Bioética e Direitos Humanos da UNESCO, que trata do respeito à dignidade e à autonomia humanas, sob o prisma da pesquisa clínica e da prática médica, estabelece: “Artigo 6º – Consentimento. 1. Qualquer intervenção médica de caráter preventivo, diagnóstico ou terapêutico só deve ser realizada com o consentimento prévio, livre e esclarecido da pessoa em causa, com base em informação adequada. Quando apropriado, o consentimento deve ser expresso e a pessoa em causa pode retirá-lo a qualquer momento e por qualquer razão, sem que daí resulte para ela qualquer desvantagem ou prejuízo”.

expressiva, ao tratar dos direitos do médico, o diploma lhe assegura a prerrogativa de indicar o tratamento que lhe pareça adequado. A inexistência de um poder para obrigar o paciente a receber determinado tratamento é confirmada por outro dispositivo – incluído no capítulo referente aos direitos humanos – que veda de forma taxativa a conduta de “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”. Trata-se de novo paradigma da ética médica, no sentido de se privilegiar a dignidade como autonomia.

Por isso, uma leitura apressada do art. 31 do Código de Ética Médica levaria ao entendimento que o risco de morte seria exceção à autonomia do paciente. Todavia, esse entendimento não prevalece. A expressão “salvo em caso de iminente risco de morte” deve ser entendida como sinônimo de uma situação de urgência/emergência que torne impossível de se colher oportunamente a manifestação válida do paciente ou seu representante. Em outras palavras, a ressalva relativa ao “risco iminente de morte” prevista do Código de Ética, só pode ser compreendida como uma dispensa da obtenção de consentimento, nos casos em que isso seja impossível. Ou seja, é perfeitamente possível dar ao referido artigo uma interpretação conforme a Constituição, limitando sua aplicação aos casos em que, havendo iminente risco de morte, não seja possível a obtenção do consentimento<sup>3334</sup>.

No art. 146 do Código Penal, que criminaliza o

---

<sup>33</sup> BARROSO. *Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová: dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais*. Op. cit.

<sup>34</sup> O mesmo se diga da Resolução CFM 2232/2019 que estabelece normas éticas para a recusa terapêutica. No art. 11 dispõe: “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”. Bem interpretado o dispositivo, à luz da Constituição, o médico deve adotar as medidas necessárias para a preservação da vida do paciente quando houver iminente risco de morte somado à situação de urgência e emergência, situação que impossibilita a obtenção do consentimento ou recusa do paciente.

constrangimento ilegal, há a ressalva da conduta do médico que realiza procedimento sem obter o consentimento do paciente em casos de iminente risco de vida, caso que não haverá crime (§ 3º I). Como é fácil perceber, o artigo não trata como crime a conduta do médico que respeite a vontade do paciente. Todavia, poderia se extrair do dispositivo a inexistência de responsabilidade penal do médico em caso de imposição do tratamento havendo risco de morte ao paciente. Na verdade, porém, é perfeitamente possível dar ao referido artigo uma interpretação conforme a Constituição, limitando sua aplicação aos casos em que, havendo iminente risco de morte, não seja possível a obtenção do consentimento.

Conclui-se, assim, que a princípio, todo e qualquer tratamento médico deve ser realizado somente após o *consentimento informado*<sup>35</sup> do paciente ou seu representante, haja ou não *risco*

---

<sup>35</sup> Duas questões tangenciam o consentimento informado por parte do paciente: o direito de não saber e o privilégio terapêutico. O direito de não saber decorre do direito à intimidade e do livre arbítrio das pessoas em querer saber ou não algo afeto unicamente à sua esfera privada. Vale dizer que todos têm direito de esconder suas fraquezas, sobretudo quando não estão preparadas para encarar a realidade. Não se duvida que a recusa da informação é uma prerrogativa da pessoa doente. Todavia, há limites para isso, quando envolver uma questão de saúde pública (ex.: doenças infecto-contagiosas), donde o interesse público (possibilidade de contaminação) sobrepõe-se ao direito individual de não saber. Já o privilégio terapêutico está previsto no art. 34 do Código de ética médica: “é vedado ao médico - deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal”. Trata-se da chamada exceção terapêutica. Admite-se na comunicação da verdade sobre sua doença, uma informação gradual, contribuindo para evitar danos ao paciente. A duração da omissão da informação deverá restringir-se ao período em que perdurar a necessidade de omissão da informação, devendo haver, nesse caso, a comunicação ao representante legal (recomendação 01/2016 do CFM). O privilégio terapêutico não traz uma opção médica que se reduz ao dizer imediatamente toda a verdade ou ao simplesmente não prestar qualquer informação. O que o privilégio terapêutico permite, na verdade, é a adoção de técnicas de desvendamento lento e progressivo das más notícias, concedendo à pessoa doente tempo e condições para ir reagindo à informação e assim evidenciando se tem efetivo desejo de saber e capacidade para assimilar o que lhe vai sendo transmitido. A recusa da informação é uma prerrogativa da pessoa doente, mas a ocultação da mesma não deverá ser um privilégio do médico. Afinal, omitir a realidade do quadro clínico para o

*de morte*<sup>36</sup>. Como antes visto, o direito à integridade física é um direito da personalidade, tal qual a privacidade e a intimidade. A recusa de tratamento médico é prática legítima desde que haja um fundamento consistente derivado da dignidade como autonomia. A regra há de ser a autonomia privada. Todavia, tendo em vista a gravidade da decisão de recusa de tratamento, quando presente sério risco à saúde e à vida do paciente, a aferição de sua vontade real deve estar cercada de cautelas. Para que seu consentimento seja genuíno, ele deve ser válido, inequívoco e produto de uma escolha livre e informada<sup>37</sup>.

Claro que haverá hipóteses excepcionais<sup>38</sup> onde o

---

paciente, quando inexistente pedido expresso dele, é eticamente inaceitável. É direito do paciente saber seu diagnóstico e prognóstico, cabendo a ele tomar as decisões sobre cuidados, tratamentos e procedimentos médicos. Portanto, a exceção terapêutica deve ser entendida como uma hipótese excepcional, quando a informação possa acarretar maiores lesões ao estado de saúde do paciente. Explicam Beauchamp e Childress que o privilégio terapêutico tem bases “num julgamento fundamentado do médico de que divulgar a informação seria potencialmente prejudicial ao paciente que está deprimido, emocionalmente esgotado ou instável”. Para os autores, nas hipóteses de privilégio terapêutico, o conteúdo das informações a serem resguardadas pelo médico é variável. Tanto podem abranger qualquer informação que possa determinar deterioração na condição do paciente, como estabelecer que o privilégio terapêutico somente englobe aquelas informações que determinarem uma consequência séria a sua saúde. Porém, para os autores: “a formulação mais restrita é análoga a uma circunstância de incapacidade: o privilégio terapêutico só pode ser validamente invocado se o médico tiver razões para crer que a revelação tornaria o paciente incapaz de consentir ou recusar o tratamento”. E concluem: “invocar o privilégio terapêutico nessas condições não entra em conflito com o respeito à autonomia, pois o paciente não seria capaz de uma decisão autônoma no nível necessário” (BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de Ética Biomédica*. São Paulo: Loyola, 2002, p. 172).

<sup>36</sup> Em igual sentido: “não só o constrangimento que induz alguém a se submeter a tratamento com risco deve ser vedado, como também a intervenção médica imposta a paciente que, suficientemente informado, prefere a ela não se submeter, por motivos que não sejam fúteis e que se fundem na afirmação de sua própria dignidade. Nesta sede, a normativa deontológica há de se conformar aos princípios constitucionais” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. v. 1. Renovar: Rio de Janeiro, 2004, p. 41).

<sup>37</sup> BARROSO. *Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová: dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais*. Op. cit.

<sup>38</sup> SCHREIBER. Op. cit., p. 54. Assim também: MARTEL, Letícia de Campos Velho.

tratamento médico compulsório será cabível: i) *impossibilidade de obtenção do consentimento*: quando a obtenção do consentimento do paciente ou seu representante seja impossível, ante a situação de urgência/emergência, capaz de colocar seriamente em risco a saúde ou a vida do paciente, cabível o tratamento médico compulsório; ii) *sério risco à coletividade*: quando houver sério risco à saúde pública<sup>39</sup> (ex.: surtos ou epidemias<sup>4041</sup>) ou sério risco à segurança e à ordem pública (ex.: doentes mentais

---

*Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental a vida.* Tese de Doutorado. Rio de Janeiro: UERJ, 2010, p. 360.

<sup>39</sup> A Resolução CFM 2232/2019 que estabelece normas éticas para a recusa terapêutica, dispõe no art. 5º “A recusa terapêutica não deve ser aceita pelo médico quando caracterizar abuso de direito. § 1º Caracteriza abuso de direito: I – A recusa terapêutica que coloque em risco a saúde de terceiros. II – A recusa terapêutica ao tratamento de doença transmissível ou de qualquer outra condição semelhante que exponha a população a risco de contaminação”.

<sup>40</sup> Daí a imposição de vacinação obrigatória a doenças contagiosas. Na doutrina: “a responsabilidade moral da vacinação detém um aspecto relacional e multifacetado, o que justifica medidas em termo de saúde pública que dificultem uma decisão parental de optar pela sua recusa. Quando pais tomam decisões em nome de filhos, considerações adicionais sobre o cuidado com as crianças e a autonomia parental entram em cena, considerando-se qualquer forma de medicina preventiva dentro do conceito dos melhores interesses das crianças. Assim, o direito dos pais de recusar a intervenção médica está sujeito à revisão, pois uma queda na absorção de vacinas e um aumento nas taxas de infecção podem rapidamente converter um surto em uma epidemia, justificando a coerção como necessária e adequada. [...] É sempre importante olhar para o passado e lembrar que vacinas simples, como as que Pasteur concebeu e, posteriormente, outras mais complexas (como as que previnem a diarreia por Rotavírus ou a meningite por Meningococo ou Pneumococo) alteraram quadros dramáticos como o da “peste negra” no medievo e a gripe espanhola de 1918. Vacinas não matam, nem provocam sequelas. O que mata e deixa sequelas aos sobreviventes são as doenças que as vacinas evitam” (ROSENVOLD, Nelson. *A obrigatoriedade da vacinação e a privacidade da família*. Em: <https://www.nelsonrosenvold.info/single-post/2017/07/18/A-obrigatoriedade-da-vacina%C3%A7%C3%A3o-e-a-privacidade-da-fam%C3%ADlia>. Visualizado em 01/02/2019).

<sup>41</sup> No Brasil, a Lei 13979/2020 estabelece medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, e como medidas, estabelece a possibilidade de isolamento, quarentena, determinação de realização compulsória de exames médicos, testes laboratoriais, vacinação e tratamentos médicos específicos, além de restrição excepcional e temporária de locomoção e entrada e saída do país (art. 3º).

capazes de colocar em sério risco a incolumidade alheia e a paz pública), haverá interesse público no tratamento médico compulsório para a proteção da sociedade.

Questionam-se os limites do poder de representação no caso de paciente incapaz de se manifestar<sup>42</sup>, pois sabidamente há interesse público na *proteção do incapaz*.

Ressalte-se que o paciente, mesmo considerado incapaz à luz do ordenamento civil, deve participar ou mesmo ele próprio deliberar, caso tenha discernimento (maturidade psicoética) para tanto, acerca de suas escolhas existenciais. Há suficiente base normativa para essa sustentação.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, no art. 100, parágrafo único, estabelece como princípio regente do direito infanto-juvenil: “XII - oitiva obrigatória e participação: a criança e o adolescente, em separado ou na companhia dos pais, de responsável ou de pessoa por si indicada, bem como os seus pais ou responsável, têm direito a ser ouvidos e a participar nos atos e na definição da medida de promoção dos direitos e de proteção, sendo sua opinião devidamente considerada pela autoridade

---

<sup>42</sup> Incapaz aqui tem o sentido de incapacidade de se manifestar validamente. Afaste-se da ideia de incapacidade do Código Civil, para abarcar outras hipóteses, como a chamada incompetência. Na doutrina: “a competência traduz um conceito clínico de possuir habilidades para a tomada de decisões válidas em relação ao tratamento [...] o conceito de competência, referendado pelos profissionais de saúde, mostra-se dinâmico e oscilante, agregando fatores adicionais de percepção para o exame clínico, destacando-se o estado psíquico presente, determinante no desfecho do processo decisório do indivíduo. Assim, poderemos perceber situações em que o indivíduo possui capacidade de entendimento, pois consegue discernir entre o certo e o errado, porém carece de capacidade de autodeterminação racional, sendo pois incompetente para perseguir aquele comportamento que sabe ser o adequado [...] O dependente químico pode apresentar psicose exógena, mas o abuso de substâncias entorpecentes não suprimirá a sua capacidade, quando o comportamento de risco não advém de anomalia psíquica ou de uma demência que lhe prive ou mitigue o discernimento. Todavia, ele é incompetente, posto inapto para combater o vício e adotar uma conduta responsável, não obstante a seriedade do quadro clínico [...] Assim, por vezes, a incompetência poderá justificar a internação da pessoa” (ROSENVALD, Nelson. *O incompetente: a interdição e a internação do usuário de drogas*. Em: o direito civil em movimento, desafios contemporâneos. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 132-133).

judiciária competente, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 28 desta Lei”. Da mesma forma o Estatuto da Pessoa com Deficiência: “art. 12. O consentimento prévio, livre e esclarecido da pessoa com deficiência é indispensável para a realização de tratamento, procedimento, hospitalização e pesquisa científica. § 1º Em caso de pessoa com deficiência em situação de curatela, deve ser assegurada sua participação, no maior grau possível, para a obtenção de consentimento”. Por fim a Recomendação 01/2016 do Conselho Federal de Medicina (que dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica): “Capacidade. Verifica-se que, além do critério etário, o desenvolvimento psicológico e a possibilidade de comunicação também integram a capacidade e são critérios que devem ser avaliados no momento do consentimento. [...] O critério para a determinação da capacidade para consentir, ou mesmo para recusar, compreende a avaliação da habilidade do indivíduo para, ao receber informações, processá-las de modo a compreender as questões postas e avaliar racionalmente as possibilidades apresentadas, ou seja, avaliar valores, entender riscos, consequências e benefícios do tratamento cirúrgico ou terapêutico a que será submetido”.

No plano internacional, a Declaração de Bioética e Direitos Humanos da UNESCO, que trata do respeito à dignidade e à autonomia humanas, sob o prisma da pesquisa clínica e da prática médica, estabelece: “Artigo 7º – Pessoas incapazes de exprimir o seu consentimento. Em conformidade com o direito interno, deve ser concedida proteção especial às pessoas que são incapazes de exprimir o seu consentimento:(a) a autorização para uma investigação ou uma prática médica deve ser obtida em conformidade com o superior interesse da pessoa em causa e com o direito interno. No entanto, a pessoa em causa deve participar o mais possível no processo de decisão conducente ao consentimento e no conducente à sua retirada.” Da mesma forma o art. 12 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança:

“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”.

Lado outro, tratando-se de paciente incapaz de se manifestar, pode ser que esse tenha manifestado sua vontade preteritamente<sup>43</sup> ou então seja possível reconstruir sua vontade com base em sua biografia, modo de viver e pensar. Nos casos de pessoas incapazes que outrora foram pessoas capazes, em que

---

<sup>43</sup> Diretivas antecipadas de vontade é o instrumento utilizado pelo paciente (conforme resolução CFM 1995/12) na hipótese de se tornar incapacitado de se manifestar, para a determinação acerca dos tratamentos e cuidados médicos que quer ou não receber. Diretivas antecipadas é gênero do qual temos o testamento vital (testamento biológico) e o mandato duradouro (procurador de cuidados em saúde) (PENALVA, Luciana Dadalto. *Reflexos jurídicos da resolução CFM 1995/12*. Em: <http://www.scielo.br/pdf/bioet/v21n1/a12v21n1>. Visualizado em 31/01/2019). O testamento vital é a própria manifestação pretérita da vontade do paciente, e embora seja denominado de testamento, sua feitura não segue seu rigorismo formal. O mandato duradouro é a nomeação de outrem para tomar decisões em seu nome, acerca da sua saúde, quando incapacitado de se manifestar. Se o testamento vital é exercício puro da autonomia do paciente, que se manifesta preteritamente acerca do tratamento de saúde que deseja ou não ser empregado quando se tornar incapaz de se manifestar, no mandato duradouro trata-se de espécie de representação convencional, nomeando-se outrem para agir em seu nome, em matéria de saúde. Todavia, tal representação não pode ser analisada sob a ótica estrita do contrato de mandato, por envolver aspecto indubitavelmente existencial. Assim, entende-se que a decisão do representante eleito deve ser feita por substituição, levando em conta como o incapaz decidiria, ante a sua biografia, modo de pensar e viver, enquanto capaz (PENALVA, Luciana Dadalto. *Declaração Prévia de Vontade do Paciente Terminal*. Em: [revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/download/515/516](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/download/515/516). Visualizado em 31/01/2019). Caso isso não seja possível (reconstrução de sua vontade) a decisão deve se dar conforme os seus melhores interesses. Por fim, haverá casos que a diretiva antecipada de vontade não prevalecerá. No tocante ao testamento vital, em três hipóteses: i) dúvidas sobre a real vontade do paciente, manifestada de forma truncada, obscura ou equívoca; ii) dúvidas acerca da genuidade da vontade do paciente, havendo indícios de que não foi produzida de forma consciente, livre e esclarecida; iii) quando se comprove que o paciente não desejaria mantê-las, ante a situação atual, notadamente por alteração significativa das circunstâncias. No tocante ao procurador em saúde, pode-se glosar a manifestação do representante eleito quando ficar comprovado que esse se afastou dos limites e fins da representação.

haja manifestação pretérita da vontade ou reconstrução da vontade através de sua biografia, não haverá lugar para a decisão do representante com base nos melhores interesses, devendo prevalecer a vontade (manifestada ou reconstruída) do paciente incapaz, ante o princípio da autonomia. Daí não haver, nessas hipóteses, a possibilidade de tratamento médico em desconformidade à vontade manifestada ou reconstruída do paciente.

Todavia, quando o paciente incapaz não tenha manifestado sua vontade preteritamente e não seja possível reconstruir sua vontade com base em sua biografia, reconhece-se ao representante do paciente incapaz a primeira palavra no tocante aos seus melhores interesses. Mas não quer dizer que seja a última, pois o Estado também tem especial interesse na preservação da vida e saúde de pacientes incapazes, ante a situação de vulnerabilidade que se encontram. A proteção da vida e da saúde do incapaz encontra-se constitucionalmente resguardada (art. 227 *caput* da Constituição Federal), moralmente desejada e naturalmente imposta. Haverá sim um espaço de conformação por parte dos representantes para avaliar e decidir acerca dos melhores interesses do representado. Todavia, nas hipóteses de manifesto abuso, omissão ou desvio da atuação do representante, caberá ao Estado glosar sua representação, visando salvaguardar os melhores interesses do paciente incapaz, determinando, a depender do caso, compulsório tratamento médico.

O que se quer dizer é que, tendo em vista a gravidade da decisão de recusa de tratamento, quando presente sério risco à saúde e à vida do paciente, o espaço de conformação dos representantes – acerca dos melhores interesses do paciente incapaz – diminuirá drasticamente<sup>44</sup>.

Um exemplo ajudará na elucidação: recusa de transfusão

---

<sup>44</sup> A Resolução CFM 2232/2019 que estabelece normas éticas para a recusa terapêutica, dispõe no 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”.

de sangue em pessoas que professam a religião *Testemunha de Jeová*<sup>45</sup>. Mediante consentimento informado do paciente, é legítima a recusa de tratamento que envolva a transfusão de sangue, por parte das testemunhas de Jeová. Tal decisão funda-se no exercício de liberdade religiosa (art. 5º VI da Constituição Federal), direito fundamental emanado da dignidade da pessoa humana, que assegura a todos o direito de fazer suas escolhas existenciais. Prevalece, assim, nesse caso, a dignidade como expressão da autonomia privada, não sendo permitido ao Estado impor procedimento médico recusado pelo paciente. Em nome do direito à saúde ou do direito à vida, o Poder Público não pode destituir o indivíduo de uma liberdade básica, por ele compreendida como expressão de sua dignidade. Todavia, tendo em vista a gravidade da decisão de recusa de tratamento, quando presente sério risco à saúde e à vida do paciente, a aferição de sua vontade real deve estar cercada de cautelas. Para que o consentimento seja genuíno, ele deve ser válido, inequívoco e produto de uma escolha livre e informada<sup>46</sup>.

Como visto, o valor objetivo da vida humana não é tratado de forma absoluta na ordem jurídica brasileira, devendo ceder espaço diante de escolhas existenciais especialmente relevantes. Veja-se que não cabe ao Estado avaliar o acerto ou desacerto do dogma sustentado pelas testemunhas de Jeová, mas sim o direito, ostentado por cada um de seus membros, de orientar sua própria vida segundo esse padrão ético ou abandoná-lo a qualquer momento, segundo sua própria convicção.

Assim, se o paciente é maior e capaz, parece-nos que deve prevalecer a sua liberdade de crença. De nada adiantaria transfundir sangue e tornar sua vida indigna, retirando dele a

---

<sup>45</sup> É sabido que existem inúmeras opções de procedimentos terapêuticos diversos daquele repudiado pelos fiéis Testemunhas de Jeová. No entanto, esses são normalmente utilizados quando o paciente não se encontra em colapso ou em risco iminente de morte.

<sup>46</sup> BARROSO. *Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová: dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais*. Op. cit.

beleza de viver em paz consigo, com o mundo e com as suas convicções<sup>47</sup>.

Assim, a vontade do paciente testemunha de Jeová, em recusar tratamento com transfusão de sangue, mediante consentimento informado, deve ser respeitada<sup>48</sup>, eis que lastreada nos princípios da liberdade religiosa, autonomia privada e dignidade da pessoa humana. Todavia, a recusa da transfusão de sangue não poderá ser realizada pelos pais ou representantes, quando coloquem em sério risco a vida ou a saúde do paciente incapaz, invocando a liberdade religiosa. O direito de representação deve ser exercido pelos genitores ou representantes, de forma totalmente voltada aos interesses do representado, e não aos interesses religiosos próprios. Em outras palavras, não poderão os pais ou representantes negarem o tratamento transfusional ao incapaz<sup>49</sup>, colocando em sério risco a saúde e a vida do representado, pois isso poderia implicar a disposição do direito à vida do paciente incapaz por decisão de outrem (seus pais ou responsáveis), o que é constitucionalmente vedado e moralmente inaceitável. Só se aceitaria a recusa de tratamento transfusional pelos pais ou representantes quando houvesse outro tratamento médico cabível e igualmente eficaz ao paciente representado.

## VII CONCLUSÃO

Sob a ótica civilista, os direitos fundamentais relacionados com a dimensão existencial da subjetividade humana são denominados de direitos de personalidade. Há uma íntima relação dos direitos da personalidade e o princípio da dignidade da pessoa humana, podendo-se afirmar que os direitos da

---

<sup>47</sup> ROSENVALD; FARIAS. Op. cit., p. 234.

<sup>48</sup> PREGNO, Elian. *Transfusiones de sangre y Testigos de Jehová*. Em: Revista de Derecho Público, nº 43, 2013, p. 121-132.

<sup>49</sup> ALMEIDA, Gabriela Lopes de. *Direito de Recusa a Tratamento Transfusional em face de Convicção Religiosa como Garantia Constitucional*. Em: Leituras Complementares de Direito Civil. Salvador: Juspodivm, p. 175.

personalidade decorrem e são instrumentos de realização da dignidade humana.

Os direitos da personalidade possuem destacadas características, inerentes à sua natureza existencial. Dentre suas características, observa-se que são absolutos, imprescritíveis, extrapatrimoniais, vitalícios e relativamente disponíveis. A disposição de um direito da personalidade pode se dar pela autonomia privada, todavia, essa limitação voluntária não pode se dar de forma irrestrita. A autolimitação ao exercício dos direitos da personalidade deve ser admitida pela ordem jurídica, desde que com parâmetros, observando-se sua duração, alcance, intensidade e finalidade.

O direito à integridade física é um direito da personalidade, abrangendo o direito ao próprio corpo vivo, inclusive partes destacadas dele. O direito ao próprio corpo é protegido por ser um instrumento de realização da pessoa, expressão física de individualização na sociedade. A disposição do próprio corpo, desde que atenda a um propósito genuíno de realização da personalidade do seu titular, a princípio, é prática legítima, derivada da dignidade como autonomia. Portanto, a regra há de ser a autonomia privada em matéria de disposição da integridade física, passível de limitação excepcional, quando justificada na proteção dos direitos de terceiros, na proteção do indivíduo contra si próprio e na proteção de valores sociais.

O direito à integridade física abrange também o direito ao próprio corpo morto ou direito ao cadáver, inclusive partes destacadas dele. A pessoa pode dispor livremente acerca do seu corpo, ou parte dele, para depois da morte, desde que preservada a gratuidade do ato. Por isso prevalece a vontade da pessoa manifestada em vida, em detrimento da vontade dos familiares, inclusive em matéria de transplantes. Consultar-se-á os familiares somente no caso de não manifestação da vontade, acerca da doação de órgãos, pelo falecido.

A princípio, todo e qualquer tratamento médico deve ser

realizado somente após o consentimento informado do paciente ou seu representante, haja ou não risco de morte. A recusa de tratamento médico é prática legítima desde que haja um fundamento consistente derivado da dignidade como autonomia. A regra há de ser a autonomia privada. Todavia, tendo em vista a gravidade da decisão de recusa de tratamento, quando presente sério risco à saúde e à vida do paciente, a aferição de sua vontade real deve estar cercada de cautelas. Para que seu consentimento seja genuíno, ele deve ser válido, inequívoco e produto de uma escolha livre e informada.

Há hipóteses excepcionais de tratamento médico compulsório: i) impossibilidade de obtenção do consentimento: quando a obtenção do consentimento do paciente ou seu representante seja impossível, ante a situação de urgência/emergência, capaz de colocar seriamente em risco a saúde ou a vida do paciente, cabível o tratamento médico compulsório; ii) sério risco à coletividade: quando houver sério risco à saúde pública ou sério risco à segurança e à ordem pública, haverá interesse público no tratamento médico compulsório para a proteção da sociedade.

Tratando-se de paciente incapaz de se manifestar, que não tenha manifestado sua vontade preteritamente e não seja possível reconstruir sua vontade com base em sua biografia, reconhece-se aos seus pais ou representantes a primeira palavra no tocante aos seus melhores interesses. Mas não quer dizer que seja a última, pois o Estado também tem especial interesse na preservação da vida e saúde de pacientes incapazes, ante a situação de vulnerabilidade que se encontram. Há interesse público na proteção do incapaz. Haverá sim um espaço de conformação por parte dos representantes para avaliar e decidir acerca dos melhores interesses do representado. Todavia, nas hipóteses de manifesto abuso, omissão ou desvio da atuação do representante, caberá ao Estado glosar sua representação, visando salvaguardar os melhores interesses do paciente incapaz, determinando, a

depende do caso, compulsório tratamento médico. O que se quer dizer é que, tendo em vista a gravidade da decisão de recusa de tratamento, quando presente sério risco à saúde e à vida do paciente, o espaço de conformação dos representantes – acerca dos melhores interesses do paciente incapaz - diminuirá drasticamente.

A vontade do paciente testemunha de Jeová, em recusar tratamento com transfusão de sangue, mediante consentimento informado, deve ser respeitada, eis que lastreada nos princípios da liberdade religiosa, autonomia privada e dignidade da pessoa humana. Todavia, a recusa da transfusão de sangue não poderá ser realizada pelos pais ou representantes, quando coloquem em sério risco a vida ou a saúde do paciente incapaz, invocando a liberdade religiosa. O direito de representação deve ser exercido pelos genitores ou representantes, de forma totalmente voltada aos interesses do representado, e não aos interesses religiosos próprios. Em outras palavras, não poderão os pais ou representantes negarem o tratamento transfusional ao incapaz, colocando em sério risco a saúde e a vida do representado, pois isso poderia implicar a disposição do direito à vida do paciente incapaz por decisão de outrem (seus pais ou responsáveis), o que é constitucionalmente vedado e moralmente inaceitável. Só se aceitaria a recusa de tratamento transfusional pelos pais ou representantes quando houvesse outro tratamento médico cabível e igualmente eficaz ao paciente representado.



## BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Gabriela Lopes de. *Direito de Recusa a Tratamento Transfusional em face de Convicção Religiosa como Garantia Constitucional*. Em: *Leituras Complementares de*

- Direito Civil. Salvador: Juspodivm.
- ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- BARBOSA, Heloisa Helena. *A autonomia da vontade e a relação médico-paciente no Brasil*. Em: *Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, nº 2, 2004.
- BARROSO, Luis Roberto. *Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová: dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais*. Em: <http://www.conjur.com.br/dl/testemunhas-jeova-sangue.pdf>. Visualizado em 30/01/2019.
- 
- \_\_\_\_\_. *O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto*. Em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2013/05/O-constitucionalismo-democratico-no-Brasil.pdf>. Visualizado em 29/01/2019.
- 
- \_\_\_\_\_; MARTEL, Leticia de Campos Velho. *Dignidade e autonomia individual no final da vida*. Em: <http://www.conjur.com.br/2012-jul-11/morte-la-dignidade-autonomia-individual-final-vida>. Visualizado em 28/01/2019.
- BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de Ética Biomédica*. São Paulo: Loyola, 2002.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ESTEFAM, André. *Dignidade sexual como fruto da dignidade da pessoa humana: homossexualidade, prostituição e estupro*. Tese de Doutorado em Direito. São Paulo: PUC, 2015.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*.

- Lisboa: Edições 70, 2004.
- MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental a vida*. Tese de Doutorado. Rio de Janeiro: UERJ, 2010.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense.
- 
- \_\_\_\_\_. *Prostituição, lenocínio e tráfico de pessoas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. *O consentimento informado na relação médico-paciente: respeitando a dignidade da pessoa humana*. Em: Revista Trimestral de Direito Civil, nº 29, 2007.
- PENALVA, Luciana Dadalto. *Declaração Prévia de Vontade do Paciente Terminal*. Em: [revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/download/515/516](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/download/515/516). Visualizado em 31/01/2019.
- 
- \_\_\_\_\_. *Reflexos jurídicos da resolução CFM 1995/12*. Em: <http://www.scielo.br/pdf/bioet/v21n1/a12v21n1>. Visualizado em 31/01/2019.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- PREGNO, Elian. *Transfusiones de sangre y Testigos de Jehová*. Em: Revista de Derecho Público, nº 43, 2013.
- RIBEIRO, Diulas Costa. *Autonomia: viver a própria vida e morrer a própria morte*. Em: Cadernos de Saúde Pública, nº 22, 2006.
- ROSENVALD, Nelson. *A obrigatoriedade da vacinação e a privacidade da família*. Em: <https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2017/07/18/A-obrigatoriedade-da-vacina%C3%A7%C3%A3o-e-a-privacidade-da-fam%C3%ADlia>. Visualizado em 01/02/2019.
- 
- \_\_\_\_\_. *O incompetente: a interdição e a interdição do usuário de drogas*. Em: o direito civil em

movimento, desafios contemporâneos. Salvador: Juspodivm, 2017.

\_\_\_\_\_. *Os 20 anos da lei de transplante*. Em: o direito civil em movimento, desafios contemporâneos. Salvador: Juspodivm, 2017.

\_\_\_\_\_; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil: Parte Geral*. 14<sup>a</sup> ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. *Ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2013.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. v. 1. Renovar: Rio de Janeiro, 2004.

TERAOKA, Thiago Massao Cortizo. *Liberdade Religiosa no Direito Constitucional Brasileiro*. Tese de Doutorado em Direito. São Paulo: USP, 2010.