

**XXX CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI FORTALEZA - CE**

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS

LIVIA GAIGHER BOSIO CAMPELLO

VANESSA GONÇALVES MELO SANTOS

HERON JOSÉ DE SANTANA GORDILHO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

B615

Biodireito e direitos dos animais [Recurso eletrônico on-line] Organização CONPEDI

Coordenadores: Heron José de Santana Gordilho; Livia Gaigher Bosio Campello; Vanessa Gonçalves Melo Santos. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-841-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: Acesso à justiça, Solução de litígios e Desenvolvimento

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Biodireito. 3. Direito dos animais. XXX Congresso Nacional do CONPEDI Fortaleza - Ceará (3; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XXX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI FORTALEZA - CE

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS

Apresentação

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS

APRESENTAÇÃO

O biodireito é uma área jurídica que se dedica a questões éticas e legais relacionadas à vida, saúde e meio ambiente. Este campo emergiu da necessidade de regulamentar avanços científicos, como a biotecnologia e a genética, que apresentam desafios éticos e morais.

No âmbito do biodireito, temas como reprodução assistida, manipulação genética, pesquisa com células tronco e direito dos pacientes ganham destaque. A busca por equilíbrio entre o progresso científico e a proteção dos valores fundamentais da dignidade humana é central no biodireito, sendo crucial para promover avanços de maneira ética e responsável.

Nesse contexto, o artigo A (IM)POSSIBILIDADE JURÍDICA DE RECUSA À TRANSFUSÃO DE SANGUE POR MOTIVOS RELIGIOSOS: ENTRE A NORMA E A FÉ, do professor doutor Matheus Massaro Mabtum, analisará quais são os desafios legais que envolvem o exercício da autonomia dos pacientes que recusam a transfusão de sangue por motivação de consciência religiosa.

A HOMOPARENTALIDADE E O DIREITO AO PLANEJAMENTO FAMILIAR, da professora mestre Maria Zenilda Lira do Rego, discorrerá sobre o livre exercício do direito ao planejamento familiar dos casais homossexuais, acerca da escolha por terem filhos, seja por adoção, seja por reprodução assistida.

O artigo intitulado O DIREITOS FUNDAMENTAIS CIVIS: O DIREITO À VIDA E À MORTE NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE, de autoria da professora doutoranda Daniela Zilio, analisará, a partir da teoria clássica dos direitos humano-fundamentais e dos direitos da personalidade, as tendências e mudanças legislativas que conduzem a ponderação do direito fundamental à vida em situações extremas de terminalidade, tendo como fundamento a dignidade humana e a autonomia.

O EXERCÍCIO DA AUTONOMIA E AUTODETERMINAÇÃO NA RECUSA DE TRATAMENTOS MÉDICOS INEFICAZES POR PACIENTES ACOMETIDOS PELO

COVID-19, do professor doutor Matheus Massaro Mabtum, abordará o conflito entre os direitos da personalidade e os direitos fundamentais, para fins de fundamentar a possibilidade de recusa do paciente acometido por covid-19 a determinados tratamentos médicos.

O artigo O STATUS JURÍDICO DO NASCITURO: UMA ANÁLISE À LUZ DO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL, da professora doutora Vanessa Gonçalves Melo Santos, da UNICHRISTUS, em coautoria com a graduanda Ana Beatriz Silvestre de Oliveira, analisará os fundamentos jurídicos para definir a natureza jurídica do nascituro, à luz da metodologia do direito civil-constitucional.

O artigo REPRODUÇÃO CASEIRA E O DIREITO DE FILIAÇÃO: DESAFIOS JURÍDICOS E IMPLICAÇÕES FAMILIARES, de autoria da professora doutora Anelize Pantaleão Puccini Caminha, em coautoria com a professora Tarsia Tallita de Moraes Farias, e com a professora Maria Scarlet Lopes Vasconcelos, abordará as consequência jurídicas e os conflitos éticos da reprodução assistida caseira.

A RESPONSABILIDADE CIVIL E BIOSSEGURANÇA EM LABORATÓRIOS: OS RISCOS ENVOLVENDO A MANIPULAÇÃO DE AGENTES BIOLÓGICOS PATOGÊNICOS, da doutoranda Andrea Natan de Mendonça, abordará a importância da responsabilidade civil, dos princípios da prevenção, da lei de biossegurança, nexos causal e risco criado para garantir, no contexto biológico e laboratorial, um ambiente seguro e responsável.

O RECONHECIMENTO JURÍDICO DOS ANIMAIS COMO TITULARES DE DIREITOS, do professor pós-doutor Danilo Porfirio de Castro Vieira, da Uniceub e do IDP, em coautoria com o graduando Ismael Souza Santos Júnior, analisará a possibilidade jurídica de titularização dos animais no Brasil.

Heron José de Santana Gordilho

Lívia Gaigher Bosio Campello

Vanessa Gonçalves Melo Santos

A (IM)POSSIBILIDADE JURÍDICA DE RECUSA À TRANSFUSÃO DE SANGUE POR MOTIVOS RELIGIOSOS: ENTRE A NORMA E A FÉ.

THE JURIDICAL (IM)POSSIBILITY OF BLOOD TRANSFUSION REFUSAL ON RELIGIOUS GROUND: BETWEEN LAW AND FAITH.

Matheus Massaro Mabtum

Resumo

A religião sempre teve ponto crucial na vida humana, ao longo da evolução, o indivíduo manifestou sua crença no sobrenatural das formas mais distintas. A consciência religiosa é um valor íntimo, inerente à condição humana, reconhecendo essa importância para as pessoas que têm sua fé, o Estado reconhece e tutela a liberdade religiosa como um direito da personalidade e direito fundamental. A autonomia privada e a autodeterminação também são valores relevantes, ínsitos à condição humana, por essa razão. Assim como a vida e a saúde, que merecem especial atenção, visto que se tratam da própria essência do indivíduo. Todavia, algumas vezes, alguns desses valores podem estar em um aparente conflito, como no caso de uma pessoa, devido à sua consciência religiosa recusa tratamentos médicos específicos, como a transfusão de sangue e hemoderivados. O presente artigo tem como objetivo analisar quais são os desafios legais que envolvem o exercício da autonomia do paciente que recusa a transfusão de sangue por motivação de consciência religiosa. A metodologia utilizada foi a qualitativa exploratória. O artigo se desenvolveu por meio de pesquisa bibliográfica, utilizando principalmente como fonte livros, artigos científicos, julgados e a legislação. Concluiu-se que embora o problema apresentado tangencie questões íntimas e sensíveis, a ponderação de valores é a solução razoável, ainda que não exista solução ótima para contemplar todos os interesses e valores envolvidos.

Palavras-chave: Autonomia, Recusa à transfusão de sangue, Liberdade religiosa, Direitos da personalidade, Responsabilidade civil

Abstract/Resumen/Résumé

Religion has always played an important role in human life, over the years, humans showed their belief in supernatural in many different ways. The questioning of the worlds' origin and conscious, soul and spirits' faith, have always been a dilemma. Religious consciousness is a personal issue, attached to the human condition. In recognition of such importance to people who have their personal faith, the State recognizes and protects religious freedom as a personality right and a fundamental right. Private autonomy and self-determination are important issues, inherent to human life, and for this reason, they are protected as personality rights and fundamental rights. As well as life and health, which must be highlighted, since they are the human essence itself. Nevertheless, sometimes, some of these issues may be in seeming conflict, when, for example, someone, on religious grounds,

refuses certain medical treatment, such as blood transfusion. This study aims to analyze the legal challenges related to the patients autonomy in refusing blood transfusion, on religious grounds. In particular, this study approaches: the occasional limits of private autonomy and self-determinaton concerning healthcare, the description of which medical treatment may be refused by the patient. It was used qualitative and exploratory approach. This study was developed using bibliographic research, especially books, scientific papers, jurisprudence and law. It was concluded that although the subject approaches sensible and private issues, a reasonable solution is to balance values, even if there is no proper solution to consider all the interests and values involved.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Authonomy, Blood transfusion refusal, Religious freedom, Personality rights, Civil liability

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa pretende analisar o aparente conflito entre a autonomia do paciente em recusar procedimentos médicos, em especial a transfusão de sangue, por motivos de crença religiosa e o direito fundamental à vida.

Indaga-se sobre a possibilidade dos direitos personalidade e direitos fundamentais serem relativizados, afinal a vida, autonomia, autodeterminação e liberdade de crença são valores tutelados tanto quanto direitos fundamentais, quanto como direitos da personalidade. Em uma situação de conflito aparente entre esses valores qual deverá prevalecer.

Não bastasse, a liberdade de crença é um valor íntimo do indivíduo, que influencia seu modo de viver, suas relações interpessoais no contexto familiar e social, sua sensação de pertencimento ao grupo e suas convicções, determinando sua conduta e seus planos de futuro, que por vezes, pode extrapolar a experiência de vida atual, contemplando expectativas futuras.

A religiosidade por vezes molda condutas, práticas, hábitos e caráter de uma pessoa, contribuindo para o exercício do bem comum e condutas altruístas em relação ao próximo e à comunidade em que está inserido.

Precipitadamente seria possível concluir que todas essas vivências apenas seriam possíveis de serem realizadas na hipótese da pessoa permanecer viva, contudo, a depender de sua convicção religiosa, essa experiência metafísica pode não se encerrar com o término da matéria que compõe seu organismo, podendo viver uma nova realidade física, ou persistindo apenas sua consciência, em um plano intangível.

Importante salientar que, diferentemente do Direito, a consciência religiosa decorre da fé, em acreditar em algo que a razão humana, até o presente momento, é incapaz de demonstrar existir, ou mesmo de atestar sua inexistência de modo definitivo. A pessoa que tem fé crê e isso lhe é suficientemente grande.

Entretanto coube ao Direito a função de estabelecer limites e, diante de situações fronteiriças, determinar quais garantias devam prevalecer. Essa decisão ganha contornos dramáticos quando a escolha recai sobre valores fundamentais como religião, liberdade de escolha, saúde e vida, como na situação abordada nesse artigo.

Considerando que não existam valores jurídicos absolutos, questiona-se como deverá a ciência jurídica se comportar diante desse conflito. Assim como, se nessa hipótese prevalecerá

a vontade pautada fé religiosa, ou a vida, considerado pela maioria dos autores, como o bem jurídico mais relevante.

Haveria sentido ter vida e ser despido de suas convicções religiosas por determinação do Estado? Haveria a possibilidade do Estado permitir passivamente que uma pessoa antecipasse sua morte por razões de crença religiosa?

O presente artigo utilizou como metodologia para realização da pesquisa uma abordagem qualitativa exploratória. A pesquisa quantitativa permite a abordagem exploratória, descritiva e causal. A presente artigo se desenvolveu por meio de pesquisas bibliográficas por meio da análise de livros, artigos científicos, julgados e da legislação vigente. (SPECTOR, 2021)

2 A TUTELA DA AUTONOMIA COMO DIREITO DA PERSONALIDADE DO PACIENTE

Uma das grandes preocupações da ciência jurídica é permitir que todos os indivíduos tenham condições de terem garantidos o mínimo existencial para uma vida digna. A dignidade humana está intimamente relacionada a efetividade dos direitos fundamentais, que são a tutela objetiva de valores ínsitos à condição humana, tais como identidade, saúde, alimentação, integridade física e psíquica, entre outros valores que distinguem uma pessoa natural de qualquer outro ser vivo, ou mesmo inanimado.

Por outro lado, a materialização da dignidade da pessoa humana no âmbito do Código Civil, fica a cargo dos direitos da personalidade (LÔBO, 2018). Diferentemente, dos direitos fundamentais, a tutela oferecida pelos direitos da personalidade é como direito subjetivo, contudo o objeto de proteção permanece sendo valores inerentes à condição humana. Assim, é possível afirmar que a proteção ofertada pela lei civil é complementar aos direitos fundamentais, no escopo de assegurar a consecução da dignidade humana.

O diploma civil ao tutelar os direitos da personalidade, impõe a todos, de modo absoluto, o dever de respeitar os valores como imagem, autonomia, liberdade de crença, autodeterminação, objeção de consciência, entre tantos outros valores próprios da pessoa, por meio de deveres jurídicos, que devem ser respeitados por todos (WALD, 2015). A

essencialidade dos valores tutelados justifica o dever geral de abstenção de determinados atos, em respeito ao interesse individual (GONÇALVES, 2018).

Os direitos da personalidade são bens jurídicos existenciais, visto que não é possível fazer uma relação direta entre o valor tutelado e uma importância econômica. Por essa razão, juristas clássicos, como Teixeira de Freitas, ainda no século XIX, não reconheciam os direitos da personalidade como direitos subjetivos, também teciam críticas devido à dificuldade de definir todas as suas consequências jurídicas. Com o passar das décadas, a extrapatrimonialidade e a possibilidade de ampliação de suas consequências jurídicas se tornaram seu grande diferencial na tutela dos interesses individuais. Tornando-os uma cláusula geral de defesa da pessoa natural (LÔBO, 2018).

Os direitos da personalidade buscam proteger essência do indivíduo, sua condição humana, seus valores existenciais, desprovidos de valoração econômica direta, pois não há correspondente financeiro a elementos biológicos, morais, sociais e psíquicos. Esses valores dizem respeito à natureza individual. Conforme Gagliano (2022), a violação dos direitos da personalidade para efeitos indenizatórios, como dano extrapatrimonial, receberá mensuração pecuniária, para tanto são considerados aspectos subjetivos do ofensor e do ofendido, tais como sua capacidade econômica de ambos, grau de culpa do ofensor e a extensão do dano suportado pelo ofendido, para fixar *quantum* indenizatório.

Entre as várias características dos direitos da personalidade, se destaca o fato de serem considerados direitos personalíssimos. Leciona Cupis (1961) que, ainda que seu titular deseje transmiti-los a outrem, não poderá fazer, posto que os direitos da personalidade são restritos ao seu titular.

Dessa forma, por estarem intimamente relacionados ao seu titular, também são direitos indisponíveis, portanto intransmissíveis, visto que não será tolerada a alteração, gratuita ou onerosa, de sua titularidade e também irrenunciáveis, pois essa a renúncia implicaria em abandonar fragmentos da condição humana, permitindo a coisificação do indivíduo, reduzindo sua humanidade, objetificando-o. (MABTUM, 2021)

Não implica em renúncia, o titular optar pelo não exercício de um direito da personalidade, em um determinado momento, podendo, em um período futuro, exercê-lo sem qualquer prejuízo. Tal prática é distinta da renúncia, que corresponde ao abandono definitivo à titularidade desse direito, enquanto que, a abstenção de exercício permite ao titular, quando necessário, retomar seu exercício livremente e sem qualquer prejuízo.

Os direitos da personalidade não sofrem com os efeitos da prescrição, inexistente prazo limite para seu titular exercê-lo e a ausência de exercício não importa em extinção do direito, posto que, por se tratarem de valores ínsitos à condição humana, não sofrem qualquer sanção em virtude do transcurso do tempo, associado à falta de atuação do interessado (AMARAL, 2000).

A impenhorabilidade é mais uma das características dos direitos da personalidade, ela se justifica pela extrapatrimonialidade que é própria dessa espécie de direito. Assim como a vitaliciedade, por se tratar de valores inerentes à existência humana, bem como sua projeção com a possibilidade de tutela *post mortem*, dado que alguns valores permanecem sujeitos à proteção jurídica mesmo após a morte de seu titular, como a salvaguarda da estrutura física (cadáver) e de sua reputação (memória), contudo a legitimidade para tutela desses valores será exercida por pessoas com relacionamento próximo ao falecido, tais como cônjuge sobrevivente, parentes em linha reta, ou colateral até o quarto grau.¹

Esse tema envolve aspectos pluridisciplinares, abrangendo diversos ramos da ciência jurídica. O direito civil ao disciplinar valores ínsitos à condição humana, fá-lo como direito subjetivo e mais intensamente que os demais direitos subjetivos. A Constituição Federal os define como direitos fundamentais, tutelando-os como direito objetivo (LÔBO, 2018).

A proteção jurídica não se limita aos valores descritos na lei civil, abarcando outros bens relevantes à humanidade de seu titular, ainda que não estejam expressamente mencionados na norma. Tepedino (2002) esclarece que doutrina afirma existir uma cláusula geral para tutela dos direitos da personalidade, cujo escopo é salvaguardar o ser humano e sua essência. Cabe ao operador do Direito a tarefa hermenêutica, que por meio do exercício interpretativo dos conceitos normativos, possibilita o nascedouro de possibilidades de tutela mais amplas que as originariamente previstas (CAPPELLETI, 1993).

Essa cláusula geral permite o reconhecimento de novas espécies de direitos da personalidade, oferecendo uma proteção mais ampla ao indivíduo, sendo assim, é possível afirmar que o rol de direitos da personalidade descrito no Código Civil é meramente exemplificativo, permitindo, portanto, o exercício jurisdicional ampliativo, fornecendo tutela a valores existenciais, ainda que sem previsão específica (PERLINGIERI, 1997).

O risco do surgimento de alguma nova espécie de dano em razão do desenvolvimento

¹ Conforme dispõe o parágrafo único, do artigo 12 do Código Civil.

constante, que traz inúmeros benefícios, também justifica a possibilidade do ordenamento jurídico reconhecer novas espécies de direitos da personalidade, visto que muitos dos desdobramentos da inovação são impossíveis de serem previstos, podendo, de alguma forma, violar a essência humana, que deve ser sempre preservada (MABTUM, 2018)

Como nas palavras de Lôbo (2018), pode-se afirmar que os direitos da personalidade não estão restritos ao rol apresentado na legislação civil, estes possuem uma tipicidade aberta, permitindo sua ampliação, com objetivo de proteger de modo integral o mínimo existencial, exigido para o reconhecimento da condição humana a um indivíduo, utilizando como parâmetro os princípios gerais do direito, princípios constitucionais, direitos fundamentais e valores socialmente relevantes a fim de assegurar uma proteção ampla e efetiva ao ser humano.

Dentre os valores que merecem a tutela jurídica, por meio dos direitos da personalidade estão a liberdade, a autonomia e a autodeterminação do indivíduo. Conforme Pinto e Pinto (2005), a identidade de alguém também se manifesta por meio da sua liberdade, pois esta o permite se reconhecer enquanto um ser humano.

A liberdade pressupõe responsabilidade de seu titular, impossível realizar as escolhas que a liberdade exige, desconsiderando a expressão de vontade da pessoa que a manifesta, a qual se dá por meio de sua autodeterminação, com a ponderação de quais dos valores disponíveis devem ser priorizados, por serem, segundo seu juízo de valor. O reconhecimento da validade das escolhas produzidas, implica em reconhecer os direitos da personalidade de quem as manifesta, compatibilizando os valores sociais e os valores jurídicos (SOUSA, 1995).

A autonomia é parte constituinte da integridade psíquica, um dos valores mais relevantes da personalidade, por essa razão, sempre que possível devem ser respeitadas, todavia quando a escolha representar risco, após criteriosa análise, poderá, por meio da ponderação de valores, questões pessoais, motivos de saúde, estimas do interessado, induzirem à conclusão que a melhor opção é contrária ao desejo do indivíduo, permitindo, nessa hipótese sua relativização, com o escopo único de tutelar os interesses da pessoa.

Esse valor ganha especial importância em questões relativas a tratamentos médico hospitalares, na eleição e adesão a procedimentos eletivos.

O Código Civil, em seu artigo 15², valoriza a autonomia do paciente ao determinar que não há imposição de tratamento médico, exceto em risco iminente de morte.

² Enunciado n. 533. VI Jornada de Direito Civil. 2013: “O paciente plenamente capaz poderá deliberar sobre todos os aspectos concernentes a tratamento médico que possa lhe causar risco de vida, seja imediato ou mediato,

Deste modo, as escolhas do paciente, sempre que possível, devem ser respeitadas pelos profissionais da saúde, assim como todos os demais valores e convicções existenciais, como sua individualidade, intimidade, valores morais e religiosos, sendo vedada qualquer espécie de constrangimento em razão de suas escolhas.

A Autonomia é a capacidade de atuação independente de um indivíduo, utilizando seu conhecimento, sem receber coação externa. Por essa razão o paciente, sempre que for submetido a procedimento médico deverá obrigatoriamente manifestar sua adesão ao tratamento, por meio do termo de consentimento livre e esclarecido.

O consentimento é a manifestação autônoma de vontade, portanto está vinculado aos direitos da personalidade, podendo ser relativizado quando as circunstâncias importarem risco à vida do indivíduo, como na hipótese de emergência, contudo devem ser obedecidas as imposições referentes à ponderação dos valores a serem tutelados.

O paciente para manifestar sua vontade deve agir de modo livre, sem sofrer assédio ou coação externa, porém deve ser esclarecido sobre os benefícios e riscos de sua escolha, seja na adesão ou recusa do tratamento, ou procedimento prescritos, ponderando as informações, esclarecimentos, convicções pessoais, valores morais e crenças, portanto agindo de modo consciente. A autonomia é um verdadeiro estatuto, vez que sua ausência mitiga todos os valores e princípios, pois a liberdade é o elemento essencial para qualquer conduta adequada. (MABTUM; MARCHETTO, 2015)

salvo as situações de emergência ou no curso de procedimentos médicos cirúrgicos que não possam ser interrompidos”.

De acordo com as justificativas do enunciado doutrinário, “o crescente reconhecimento da autonomia da vontade e da autodeterminação dos pacientes nos processos de tomada de decisão sobre questões envolvidas em seus tratamentos de saúde é uma das marcas do final do século XX. Essas mudanças vêm-se consolidando até os dias de hoje. Inúmeras manifestações nesse sentido podem ser identificadas, por exemplo, a modificação do Código de Ética Médica e a aprovação da resolução do Conselho Federal de Medicina sobre diretivas antecipadas de vontade. O reconhecimento da autonomia do paciente repercute social e juridicamente nas relações entre médico e paciente, médico e família do paciente e médico e equipe assistencial. O art. 15 deve ser interpretado na perspectiva do exercício pleno dos direitos da personalidade, especificamente no exercício da autonomia da vontade. O ‘risco de vida’ será inerente a qualquer tratamento médico, em maior ou menor grau de frequência. Por essa razão, não deve ser o elemento complementar do suporte fático para a interpretação do referido artigo. Outro ponto relativo indiretamente à interpretação do art. 15 é a verificação de como o processo de consentimento informado deve ser promovido para adequada informação do paciente. O processo de consentimento pressupõe o compartilhamento efetivo de informações e a corresponsabilidade na tomada de decisão” (TARTUCE, Flávio. Os direitos da personalidade no novo código civil. Disponível em: www.flaviotartuce.adv.br/assets/uploads/artigos/Tartuce_personalidade.doc. Acesso em 08 de julho de 2019)

3 A LIBERDADE RELIGIOSA COMO MOTIVAÇÃO PARA RECUSA DE TRATAMENTO MÉDICO

A liberdade de consciência, crença e culto religioso é um direito garantido pela Constituição Federal, em seu artigo 5.º, inciso VI, reconhecendo os valores religiosos como um direito fundamental, posto que a religiosidade é um valor ínsito à condição humana, portanto constituem cláusulas pétreas devido a sua relevância.

O direito é o ramo do conhecimento humano que se dedica a estudar e fazer cumprir as regras para a convivência harmônica entre os componentes da sociedade, elaboradas por meio de processo legislativo, com o escopo de preservar os valores éticos mínimos para coexistência pacífica.

(...) na liberdade de crença entra a liberdade de escolha da religião, a liberdade de aderir à qualquer seita religiosa, a liberdade (ou o direito) de mudar de religião, mas também compreende a liberdade de não aderir à religião alguma, assim como a liberdade de descrença, a liberdade de ser ateu e de exprimir o agnosticismo. (SILVA, 2014, p. 94)

O Estado brasileiro é laico e garante ao cidadão o direito à convicção e prática de sua religiosidade. Ensina Piccinini (2015) que liberdade religiosa é um valor complexo, que compreende a liberdade de consciência, permitindo a cidadão acreditar ou não em algo metafísico, na hipótese de crer, a liberdade de manifestar sua crença por meio de culto específico, sendo permitida e respeitada a organização religiosa.

A liberdade de consciência é prévia à liberdade de crença. A liberdade de crença é a liberdade que gera a possibilidade de escolha daquilo em que se acredita. Ou seja, a liberdade de crença não se localiza no Estado e não permite interferência do Estado, vez que é um elemento da própria individualidade. A liberdade de crença, portanto, diz respeito à esfera da intimidade e da privacidade do indivíduo. A liberdade de culto é a exteriorização e a demonstração plena da liberdade de religião que reside interiormente. (PICCININI. 2015)

Assim, a presente pesquisa não pretende fazer qualquer juízo de valor sobre a crença religiosa professada, nem mesmo pela consciência religiosa daqueles que creem em qualquer religião, opostamente, o que pretende é analisar o aparente conflito que existe entre a liberdade religiosa e o exercício da autonomia e da autodeterminação para recusar tratamentos médicos, cuja consequência possa ser a morte do paciente.

É notório que pessoas que professam sua fé segundo os dogmas de algumas religiões se manifestam de modo contrário à transfusão de sangue ou hemoderivados, afinal segundo sua crença essa prática não é aceita, constituindo falta gravíssima, cuja consequência religiosa e social, dentro do grupo ao qual pertence, pode ser devastadora.

Entretanto, o Estado estabelece limites inclusive para o exercício dos direitos da personalidade e dos direitos fundamentais, nenhum valor é absoluto, devendo ser ponderado a depender da relação concreta, considerando sua relevância a partir de uma valoração, considerando os interesses envolvidos. (ALEXY, 2008)

A liberdade religiosa e a autonomia são extremamente relevantes e o ordenamento jurídico atribui a esses valores tutela especial, contudo, não são valores absolutos, sendo assim, a depender da valoração do valor em conflito, ponderando-se a relevância social de cada um e a natureza do bem jurídico tutelado, reconhece-se a preponderância de valor em relação ao outro. (BARROSO, 2010)

É importante perceber que a prevalência de um direito sobre outro se determina em função das peculiaridades do caso concreto. Não existe um critério de solução de conflitos válido em termos abstratos. Pode-se, todavia, colher de um precedente um viés para solução de conflitos vindouros. Assim, diante de um precedente específico, será admissível afirmar que, repetidas as mesmas condições de fato, num caso futuro, um dos direitos tenderá a prevalecer sobre o outro. (MENDES, 2017, pág. 167)

Assim como a autonomia do paciente e a liberdade religiosa, a Constituição Federal reconhece a vida como um direito fundamental, salvo raríssimas exceções como guerra externa, legítima defesa e tentativa de suicídio, inviolável e indisponível. (MABTUM; MARCHETTO, 2015).

O Código Civil reconhece a saúde e a vida como direitos da personalidade, já a Constituição Federal os reconhece como direitos fundamentais, sendo que a forma de tutela que esses instrumentos normativos dão a esses bens jurídicos é que os distingue, sendo que a lei civil os tutela de modo subjetivo, enquanto que a magna carta o faz de modo objetivo. Contudo, para ambos os diplomas legais esses valores são irrenunciáveis.

Nesse sentido é o texto do artigo 15 do Código Civil estabelece que: “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.” (BRASIL, 2002), o que se compreende é que o objetivo da disposição é preservar a vida do paciente e que todos os procedimentos que, quando dissentidos, não o exponham a um risco de morte ampliado, poderiam ser recusados, todavia, os procedimentos eficazes à manutenção da vida do enfermo, com qualidade, não podem ser abdicados.

A transfusão de sangue e hemoderivados é um procedimento médico eficiente para manutenção da vida do paciente em diversas situações e a recusa dessa conduta médica teria

como consequência a ampliação do risco de morte, desse modo o bem jurídico “vida” estaria sendo violado.

Diante desse contexto, os tribunais têm firmado entendimento, por meio da ponderação de valores atribuídos à vida, à autodeterminação e liberdade religiosa, no sentido de valorar de modo mais intenso a vida, relativizando, nesses casos os demais valores.

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL – DECISÃO LIMINAR NÃO ERA ABSOLUTA NA PROIBIÇÃO DE TRANSFUSÃO, PODENDO ESTA SER REALIZADA CASO O CORPO CLÍNICO SE DEPARASSE COM SITUAÇÃO QUE INDICASSE RISCO IMINENTE DE MORTE, EXATAMENTE O QUE OCORREU - INSURGÊNCIA DA AUTORA, SOB AS ALEGAÇÕES DE QUE A INTERVENÇÃO FOI COERCITIVA, POIS FOI SEDADA PARA ANULAR A SUA RESISTÊNCIA – TESTEMUNHA DE JEOVÁ, TEM CONVICÇÃO E POSICIONAMENTO PRÓPRIOS, TRATANDO-SE, NA ESPÉCIE, DE DISCRIMINAÇÃO RELIGIOSA – ALÉM DISSO, TERIA HAVIDO PREDILEÇÃO PELOS INTERESSES DA EQUIPE MÉDICA EM DETRIMENTO DA CRENÇA POR ELA PROFESSADA E DEVERIA TER SIDO RESPEITADA SUA VONTADE – PREVALÊNCIA DO DIREITO À VIDA, CUMPRINDO AO MÉDICO O NECESSÁRIO AO EXERCÍCIO DE SUA PROFISSÃO – MÉDICOS ATUARAM NO ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL, QUE É ATO LÍCITO E NÃO RENDE ENSEJO A INDENIZAÇÃO – INTELIGÊNCIA DO ART. 188, INCISO I, DO CC - ADOÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA, EM RAZÃO DO PERMISSIVO DO ARTIGO 252 DO REGIMENTO INTERNO DESTA EGRÉGIA CORTE - SENTENÇA MANTIDA – APELO DESPROVIDO. (SÃO PAULO, Tribunal de Justiça TJSP – Apelação Cível nº 1005760-63.2020.8.26.0566. Data do julgamento: 31/05/2023 - 8ª Câmara de Direito Privado – Des. Rel. Theodureto Camargo).

A decisão acima diz respeito a ação proposta por paciente que ajuizou ação indenizatória requerendo indenização devido ao descumprimento pela equipe médica de sua recusa à transfusão de sangue por motivação de convicção religiosa. A paciente necessitava de procedimento cirúrgico denominado Laparotomia exploratória e informou seu dissentimento à equipe de saúde por meio de "Diretivas Antecipadas para Tratamento de Saúde", ou Diretivas Antecipadas de Vontade. (SÃO PAULO, 2023)

As Diretivas Antecipadas de Vontade são uma espécie de documento por meio do qual o paciente redige suas diretrizes prévias para o fim da vida, informando à equipe médica quais tratamentos aceita ser submetido e quais não aceita, na hipótese de estar inconsciente no momento de aderir a um tratamento e não puder manifestar livremente seu consentimento. Há ainda a possibilidade de nomear um procurador para os cuidados de saúde que ficará responsável por, em complemento às suas diretrizes, representar seus interesses, decidir em situações omissas e fazer cumprir sua vontade. (MABTUM, 2021)

Esse documento é uma forma de assegurar o respeito à autonomia e à autodeterminação do paciente, tendo surgido nos Estados Unidos da América, permitindo ao declarante manifestar seus desejos de modo livre e esclarecido, garantindo que caso no futuro esteja impedido de manifestar suas intenções, tenha seus valores existenciais assegurados, preservando sua dignidade. (DADALTO, 2019, p. 22)

Esse documento seria um instrumento hábil para a manifestação da vontade da paciente, que informou expressamente recusar a transfusão de sangue e hemoderivados, contudo, considerando seu quadro clínico específico, a equipe médica não acatou sua manifestação e, para preservar sua vida, realizou o procedimento, mesmo sem o seu consentimento, opostamente, com seu inequívoco dissentimento.

Em virtude do risco iminente de morte da paciente e por não existir procedimento alternativo à transfusão de hemoderivados a equipe de saúde, para preservar a vida transfundiu concentrado de hemácias e plaquetas, com isso a paciente apresentou melhora clínica com a estabilização de suas funções vitais, em outras palavras a conduta médica evitou a morte da paciente. (SÃO PAULO, 2023)

No mencionado processo, o parecer do médico perito esclareceu que não existia outro tratamento alternativo à transfusão de sangue e hemoderivados para salvar a vida da paciente, pois a utilização de eritropoietina, sulfato ferroso, ácido fólico e vitaminas, conforme desejava a enferma, que embora sejam substâncias que participam ativamente na produção de glóbulos vermelhos a médio e longo prazo, não são indicadas para situações de urgência e emergência. (SÃO PAULO, 2023)

Assim, em razão de sua grave intercorrência clínica, com profuso sangramento de sítio digestivo, havia potencial risco de morte, visto que a repercussão da hemorragia poderia ocasionar prejuízo na funcionalidade do sistema digestório, sendo assim, segundo a Literatura Técnico Científica a atuação da equipe médica foi adequada, contribuindo decisivamente para que a paciente se restabelecesse. (SÃO PAULO, 2023)

Em seu voto, acompanhado pelos demais, ao decidir pela licitude do descumprimento da recusa à transfusão de sangue, o relator fundamenta que:

Portanto, não pode ser acolhida a tese de que havia outras terapias e medicamentos disponíveis. Apesar da manifestação de vontade da autora no sentido de recusar o tratamento prescrito em virtude de convicção religiosa, a restrição de sua liberdade de crença encontra amparo no princípio da proporcionalidade.

Com efeito, diante do contexto fático envolvido no caso, a restrição à liberdade da autora mostrou-se necessária e adequada à preservação de sua saúde e de sua vida, direito preponderante, por constituir interesse individual indisponível, independentemente da vontade do titular. (SÃO PAULO, 2023, p. 9)

O julgado auxilia na compreensão dos limites da autodeterminação e exercício da autonomia do paciente a recusa de tratamento médico, especificamente transfusão de sangue, por motivos íntimos, como a consciência religiosa do paciente. Sendo assim, diante da ponderação entre liberdade de crença, autonomia, autodeterminação e vida, o entendimento prevalecente nos tribunais é que a vida e saúde devem ser valoradas de modo mais intenso que os demais valores, podendo ser relativizada apenas quando o procedimento que amplia seu tempo de vida traga consigo intensa dor e sofrimento, atingindo a própria dignidade de seu titular.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A lei oferece proteção especial a valores que considera essenciais à condição humana, visto que a pessoa é o elemento nuclear de tutela jurisdicional. A Constituição Federal reconhece a vida, saúde, liberdade religiosa e autonomia como valores ínsitos à condição humana, seria impensável imaginar o ornamento jurídico que não resguardasse valores elementares como esses.

O ser humano é um ser biopsicossocial e para viver em equilíbrio precisa de seu componente biológico, emocional e social hígidos para uma vida saudável.

Sempre que o componente biológico, representado pela estrutura física é comprometido, a vida perde o brilho, o discernimento fica prejudicado, as relações sociais deixam de se desenvolver do modo habitual, em razão da retração e do desânimo do enfermo. Suas emoções ficam fragilizadas e a saúde comprometida.

O mesmo acontece quando o componente psicológico, ligado aos sentimentos e valores, fica abalado. A pessoa também enfrenta diversas consequências em suas relações sociais e manifestações psicossomáticas abalam sua estrutura biológica.

A religiosidade é um dos atributos psíquicos do indivíduo, a consciência religiosa é uma das manifestações das convicções e dos sentimentos mais íntimos do ser humano, dizem respeito à sua compreensão da existência, modo de agir, como se comportar e crença em perspectivas para o futuro.

A autonomia é outra manifestação que se encaixa nesta mesma classe, visto que é a manifestação livre de suas convicções, como exercício pleno de seu desejo, pautado no discernimento, cuja decisão está pautada no juízo de valor denominado de autocrítica. A autonomia é o exercício da liberdade individual em comunhão à responsabilidade social, é a pessoa sendo protagonista de sua vida, definindo voluntariamente seu destino.

A vida é o bem jurídico maior, a possibilidade de experimentar diversas vivências, acumular conhecimentos, interagir com quem se ama, enfrentar desafios, romper obstáculos, aprender constantemente a suportar as adversidades, recomeçar, provar a doçura e o amargor da experiência humana. Defender suas convicções, conviver com as diferenças, mudar de opinião e, mesmo diante de tantas dificuldades, buscar, de algum modo, fazer-se imortal, seja por lembranças, exemplos, obras ou descendência.

A importância da vida, saúde, autonomia e liberdade religiosa fez com que a Constituição Federal as reconhecesse como valores essenciais à condição humana, tutelando-os como direitos fundamentais. Entendimento semelhante é manifestado pela legislação infraconstitucional, quando o Código Civil os reconhece como direitos da personalidade.

A grande característica dessas espécies de direitos para a presente pesquisa é a sua posição hierárquica em relação aos demais valores juridicamente tutelados e a irrenunciabilidade.

Sendo assim, quando há o exercício da autonomia do paciente, que manifesta seu desejo a recusar um tratamento de saúde, especificamente a transfusão de sangue, por razões de convicção religiosa, com a consciência que sua decisão pode ter como consequência sua morte, todos essas espécies de direitos estão envolvidas e existe um aparente conflito entre eles, posto que reconhecer alguns deles seria, conseqüentemente, desrespeitar, ou, ao menos, relativizar outros.

Contudo, uma solução deve ser apresentada para esse dilema jurídico que tente conciliar de modo racional e proporcional todos esses interesses. Nesse caso, tem sido utilizado o método de ponderação de valores, segundo o qual, cada um dos bens jurídicos tutelados, no caso concreto, deve ser valorado, prevalecendo o que for considerado, segundo os padrões estabelecidos pela sociedade, afinal o direito é um fruto social, como mais relevante.

Nesse contexto, é imperioso destacar que houve manifestação inequívoca de vontade, por meio de documento idôneo, Diretivas Antecipadas de Vontade, mas também poderia ter

sido uma declaração em documento público, prontuário médico, ou instrumento público, contudo o conteúdo da manifestação, embora motivado por consciência religiosa, que é um valor fundamental e deve ser respeitado, refere-se à recusa de um tratamento eficaz, que é capaz de preservar a vida do paciente, mantendo seu padrão de qualidade, sem ampliar o sofrimento, ou condenar o paciente a uma vida de agruras, dores e privações.

Ademais, ressalta-se a inexistência de tratamento alternativo à transfusão de sangue e hemoderivados, pois se houvesse essa possibilidade, por meio de qualquer outra substância aceita pelo paciente, com base em sua consciência religiosa, sua autonomia deveria prevalecer.

Por essa razão, nessa situação específica, deve prevalecer o direito à vida e, apenas nessa hipótese, ser relativizada a autodeterminação do paciente, posto que, diante de uma atribuição de valores, o bem jurídico “vida” com qualidade é considerado mais relevante que o bem jurídico “autonomia”.

Por derradeiro, não é ignorado o fato que mesmo sendo considerada juridicamente a solução mais adequada, esta escolha poderá trazer consequências ao indivíduo, pois, a depender da sua interpretação sobre os fatos, o paciente, em razão de sua consciência religiosa, poderá se sentir como um violador de seus dogmas, não pertencente ao seu grupo religioso, ou até mesmo ao seu núcleo familiar.

Ainda que não exista uma solução perfeita a contemplar todos os interesses, diante de uma análise estritamente técnica, a preponderância da vida seria a solução ponderada e razoável, mesmo que para sua garantia outros valores também relevantes tenham sido relativizados.

REFEREÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil** – Introdução, 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o **Código Civil**.

CAPPELETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1993.

- CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciado n. 533**. VI Jornada de Direito Civil. 2013
- CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Lisboa: Livr. Moraes, 1961.
- DADALTO, Luciana. **Testamento vital**. 5.ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2019.
- DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil**: volume único. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 1: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: volume 1: parte geral. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- MABTUM, Matheus Massaro. **A autonomia nas diretivas antecipadas de vontade (testamento vital)**: entre a autodeterminação do declarante e a responsabilidade civil do mandatário de saúde. Londrina: Thoth, 2021.
- MABTUM, Matheus Massaro. Wrongful actions: um breve relato desde sua origem até sua apreciação pelo Tribunal de Justiça do estado de São Paulo. In: **Risco, dano e responsabilidade civil**. Coordenador: Rogério Donnini. Organizadora: Andrea Cristina Zanetti. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.
- MABTUM, Matheus Massaro; MARCHETTO, Patricia Borba. **O debate bioético e jurídico sobre as diretivas antecipadas de vontade**. São Paulo: Cultura Acadêmica. 2015.
- NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. A pessoa natural e a relativização dos direitos da personalidade. In: BEÇAK, Rubens; VELASCO, Ignácio Maria Poveda. (Org.). **O direito e o futuro da pessoa: estudos em homenagem ao professor Antonio Junqueira de Azevedo**. São Paulo: Atlas, 2011.
- PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- PICCININI, Taís Amorim de Andrade. **Manual Prático de Direito Eclesiástico**. 1 ed. Vila Velha: Editora Direito Eclesiástico, 2015. P. 39-40
- PINTO, Carlos Alberto da Mota; PINTO, Paula Mota. **Teoria geral do direito civil**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2005.
- SÃO PAULO, Tribunal de Justiça TJSP – **Apelação Cível nº 1005760-63.2020.8.26.0566**. 8ª Câmara de Direito Privado – Des. Rel. Theodureto Camargo. Data do julgamento: 31/05/2023.
- SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição Federal**, 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2014.
- SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995.

SPECTOR, N. **Manual para redação de teses, projetos de pesquisa e artigos científicos**. 2ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2021.

TARTUCE, Flávio. **Os direitos da personalidade no novo código civil**. Disponível em: www.flavioartuce.adv.br/assets/uploads/artigos/Tartuce_personalidade.doc. Acesso em 08 de julho de 2019)

TEPEDINO, Gustavo. **Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do código civil de 2002**. In: TEPEDINO, Gustavo. (Coord.). *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

WALD, Arnaldo. **Direito civil: introdução e parte geral**, vol. 1, 14. ed. totalmente reformulada – São Paulo: Saraiva, 2015.