



Universidade de Brasília  
Faculdade de Direito  
Curso de Graduação em Direito

NOBORU NÓIA SATO

**A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA NOS CASOS DE RECUSA DE  
TRATAMENTO PELO PACIENTE**

BRASÍLIA  
JULHO DE 2015



Universidade de Brasília  
Faculdade de Direito  
Curso de Graduação em Direito

Noboru Nóia Sato

A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA NOS CASOS DE RECUSA DE  
TRATAMENTO PELO PACIENTE

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito para a outorga do grau de Bacharel em Direito.

**Orientador: Professor Mestre Bruno Rangel Avelino da Silva**

BRASÍLIA

2015

Noboru Nóia Sato

A responsabilidade civil médica nos casos de recusa de tratamento pelo paciente

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito para a outorga do grau de Bacharel em Direito.

Brasília, 01 de julho de 2015.

---

Professor Mestre Bruno Rangel Avelino da Silva  
**Professor Orientador**

---

Professor Mestre Thiago Luís Sombra  
**Membro da banca examinadora**

---

Professor Mestre Rafael da Silva Santiago  
**Membro da banca examinadora**

*Aos meus parceiros de caminhada.*

*Aos meus pais, que me colocaram no caminho  
com carinho e amor, para que tivesse passos firmes.*

*À minha querida irmã, maior conselheira de caminhos,  
que sempre me ajudou a ver novos horizontes.*

*Á Lia, minha nova companheira de caminhada,  
Que nosso caminho seja longo, e feliz.*

*A mim mesmo, por nunca ter desistido de caminhar.*

*“Você nunca achará tempo para nada.  
Se você quer tempo, terá que criá-lo”*

*Charles Buxton*

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço imensamente todos que me apoiaram nessa longa empreitada. Ao professor Bruno Rangel, meu orientador e amigo, deixo os maiores agradecimentos pelo apoio e pelo carinho que me foram dados.

Aos professores Thiago Sombra e Rafael Santiago, agradeço imensamente pelas observações e por estarem presentes nesse momento tão importante.

Aos meus professores da faculdade de Medicina da Escola Superior de Ciências da Saúde, cujos longos debates me instigaram a realizar essa pesquisa.

Aos meus amigos, de todos os tempos e lugares, que me apoiaram durante esses longos anos.

## RESUMO

A responsabilidade civil do médico é um tema que tem tido crescente importância no mundo jurídico, em especial com o aumento da judicialização da medicina. No entanto, ainda é pouco abordada a temática da recusa de tratamento médico por parte do paciente. Nesses casos, o embate do direito à vida e à saúde, frente à autonomia do paciente e a formação médica geram uma situação de grande dificuldade para o profissional. O presente trabalho objetiva a análise dos posicionamentos bioéticos, doutrinários, jurisprudenciais e legais para que o profissional de saúde tenha uma postura adequada, do ponto de vista legal, diante da recusa de tratamento do paciente. Dessa sorte, buscou-se realizar uma ampla revisão jurisprudencial acerca do tema, buscando os julgados presentes nos Tribunais Federais, Tribunais de Justiça, STJ, STF. Ao final desse trabalho, espera-se que possa definir, sob a perspectiva do direito, qual a conduta juridicamente adequada à ser tomada pelo profissional médico diante dos casos de recusa de tratamento por parte do paciente.

**Palavras-chave:** Responsabilidade Civil, Direito médico, Responsabilidade civil médica, Recusa de tratamento.

## **ABSTRACT**

The issue involving Civil Responsibility arising from Medical Care has a growing relevance, especially with the increasing number of judicial cases about the matter.

However, the refusal of treatment by the patient is still largely undebated. These cases, in which there is a conflict between the right to health and life with the patient's autonomy, give way to a difficult situation to the medical team.

This paper aims the analysis of the bioethical, doctrinaires, legal and jurisprudential understandings about the issue. For this purpose, a broad review of judicial cases about the theme was made, including federal boards and our constitutional court.

By the end of this work, the intent is that the medical professional can be guided through these difficult cases, acting within the legality.

**Key Words:** Civil Responsibility, Medical Care, Medical Law, Refusal of treatment.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
1. O princípio da Autonomia da vontade do Paciente.....	13
1.1. A Natureza Jurídica da relação Médico-Paciente.....	13
1.2. Embasamento legal do princípio da autonomia .....	18
1.3. A perspectiva da Bioética acerca da recusa de tratamento.....	22
1.4. O posicionamento do código de ética médica.....	28
2. A recusa de tratamento médico sob a perspectiva jurídica.....	31
2.1. Na ausência de risco iminente à vida.....	31
2.1.1. Análise Doutrinária e Jurisprudencial.....	31
2.1.2. A importância do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido.....	37
2.2. A responsabilidade criminal.....	41
2.3. Quando há risco iminente à vida .....	44
2.3.1. Análise acerca da Doutrina e Legislação.....	44
2.3.2. A recusa de tratamento com fundamento religioso.....	56
2.3.3. Análise Jurisprudencial.....	58
3. A Recusa de tratamento em pacientes incapazes.....	62
4. A Recusa à Internação.....	67
5. Análise de Caso: Habeas Corpus Nº 268.459 – SP.....	70
6. Breves notas de Direito Comparado.....	76
CONCLUSÃO.....	79
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	81



## INTRODUÇÃO

O presente trabalho surgiu de minha vivência com a área de saúde. Ainda nos tempos do início do curso de medicina, havia por várias vezes debates acalorados entre docentes e alunos durante as aulas de Semiologia, disciplina onde se ensinam aos médicos os preceitos do atendimento clínico, e onde aprendemos não apenas a técnica médica, mas noções de como realizar o acolhimento e atendimento do paciente.

Durante esses debates, a recusa de tratamento médico por parte do paciente era um tema recorrente e bastante polêmico.

As Faculdades de Medicina geralmente dispõem de professores da área da bioética, que ao ministrarem as aulas específicas sobre o tema expõem a visão filosófica, e defendem a autonomia da vontade, e os princípios da beneficência e não maleficência.

De modo contrário, os professores de formação médica, defendiam posicionamento diverso, pois entendiam como uma ofensa aos princípios da medicina “permitir que o paciente morra” devido à uma recusa “injustificada” de tratamento.

Posicionamentos contrários que geravam longos debates, nos quais a única conclusão que todos chegavam era a de que o tema era controverso, e que na prática não haveria uma conduta correta a se seguir, especialmente da perspectiva legal.

O temor de responder uma demanda judicial relacionada a um caso de recusa de tratamento era evidente. As soluções sugeridas iam desde coagir o paciente à realização do procedimento, a necessidade de chamar uma junta médica para distribuir as responsabilidades, até a realização do procedimento médico recusado de maneira velada, sem registro no prontuário do paciente, para eliminar indícios de responsabilidade.

Tais condutas não eram recomendadas por profissionais inexperientes, mas médicos especialistas, detentores do título de mestre ou doutor, muitos deles com pós-graduação concluída no exterior e com mais de 15 anos de prática médica.

Essa situação, vivenciada à poucos anos atrás é o reflexo (conforme veremos adiante) do enfoque na formação médica em nosso país, que pouco (ou nada) trata das questões legais envolvidas no exercício da profissão. Tal realidade fática pode estar correlacionada com o crescente número de ações decorrentes da responsabilidade médica, conforme nos relembra Sérgio Cavalieri:<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**, 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 385.

As ações de indenização decorrentes da responsabilidade médica e hospitalar, que antes eram raras na nossa justiça, estão se tornando, cada vez mais frequentes... Em uma década o número de processos encaminhados ao CFM (conselho Federal de Medicina) aumentou sete vezes.

Na realidade, há uma grande deficiência no ensino das questões jurídicas nos cursos de medicina no país, que geralmente não são abordadas, e quando o são, na maioria das vezes a abordagem é feita por profissionais que não são da área do direito.

Se a dificuldade com as questões jurídicas gerais na formação médica é ampla, ela é ainda mais profunda quando tratamos de temas específicos, que são pouco discutidos pelos doutrinadores e pela jurisprudência.

Assim, a temática da recusa de tratamento por parte do paciente, um aspecto importantíssimo para o profissional de saúde, que lida com essas questões de modo rotineiro, é bastante obscura exatamente para aqueles que estão diretamente envolvidos com o tema, que são os médicos.

Essa grande dificuldade percebida entre os alunos e professores durante a graduação, e que se estende aos colegas médicos que atuam conjuntamente comigo em minha atuação profissional.

A partir da constatação dessa realidade fática, inconformado com a situação de indefinição e de insegurança que aflige os profissionais de saúde, passei a buscar respostas para a questão.

Quando confrontado com tal situação, o médico encontra-se diante de um dilema extremamente difícil, quando sua formação profissional e o seu dever de agir confrontam-se com o direito à autonomia e liberdade do paciente, gerando uma escolha extremamente delicada. Nesse sentido, as palavras de Marcelo Sarsur são emblemáticas:<sup>2</sup>

Encontra-se o médico diante de situação insustentável na hipótese supracitada: ou o clínico constrange o paciente a se submeter à intervenção médico-cirúrgica necessária à preservação da sua integridade física, ou o mesmo incorrerá nas penas pelas lesões decorrentes da sua omissão voluntária no papel de garantidor do paciente, ainda que por respeito à vontade livre e esclarecida do sujeito passivo. Há *dois preceitos penais em choque*: aquele que exige do médico a abstenção do constrangimento ilegal e o que prescreve ao clínico o dever de agir para evitar lesões nos pacientes sob sua tutela legal.

---

<sup>2</sup> SILVA, Marcelo Sarsur Lucas da. **Considerações sobre os limites à intervenção médico-cirúrgica não consentida no ordenamento jurídico brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, n. 43, p. 85-117, jul./dez. 2003. Disponível em: <<http://dSPACE/xmlui/bitstream/item/12988/1204.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 13 out. 2014.

Acerca das possibilidades que cabem ao profissional de saúde, relembra o autor que ao médico cabe a decisão final acerca do caso, podendo ele não aplicar o tratamento, e se submeter à uma ação penal pública, caso sobrevenha lesão grave ou morte, ou poderá realizar a transfusão e ser demandado judicialmente por desrespeitar a vontade do paciente.

Esse dilema, associado à ausência de substrato jurídico para responder a questão, leva na prática às atitudes desesperadas (e incorretas, do aspecto legal) como citamos acima.

É importante frisar que a intenção do presente trabalho não é debater a adequabilidade ou acerto de tais posicionamentos sob o enfoque filosófico ou mesmo bioético. Não se busca defender ou discordar acerca do posicionamento adotado pelos diversos autores ou pelos tribunais, muito menos emitir um juízo valorativo acerca dos valores e preceitos religiosos.

O que se busca é a análise dos posicionamentos bioéticos, doutrinários, jurisprudenciais e legais para que o profissional de saúde tenha uma postura adequada, do ponto de vista legal, diante da recusa de tratamento do paciente.

Nesse sentido, busquei realizar uma revisão do posicionamento dos principais doutrinadores que tratam acerca do tema, bem como dos bioéticos.

De mesma sorte, buscou-se realizar uma revisão jurisprudencial acerca do tema, buscando os julgados disponíveis nos Tribunais Regionais Federais, Tribunais de Justiça, STJ, STF.

A pesquisa foi realizada diretamente no site dos respectivos tribunais, individualmente. Os termos da pesquisa foram: “recusa de tratamento pelo paciente” e “recusa de transfusão de sangue”. Não foram abrangidas decisões que não constem na consulta jurisprudencial de cada tribunal, o que acabou por limitar a pesquisa nos Tribunais de Justiça aos julgados analisados em segunda instância.

Foram encontrados um total de 65 julgados oriundos dos tribunais de justiça, 8 dos Tribunais Regionais Federais, 2 oriundos do STJ e nenhuma decisão proveniente do STF. Todos esses julgados foram analisados, e foram selecionadas as decisões paradigma de cada tribunal.

Foi considerada uma “decisão paradigma”, aquela a qual expressa o entendimento predominante do tribunal acerca da questão, preferencialmente sendo citada em decisões posteriores de mesma temática como definidora do posicionamento do respectivo tribunal.

Ao final desse trabalho, espera-se que possamos definir qual a conduta juridicamente adequada à ser tomada pelo profissional médico diante dos casos de recusa de tratamento por parte do paciente.

## 1. O princípio da Autonomia da vontade do Paciente

### 1.1 A Natureza Jurídica da relação Médico-Paciente:

A natureza da relação médico-paciente, do ponto vista jurídico, ainda gera debates na doutrina. Existem aqueles doutrinadores que defendem que esse seria um contrato de prestação de serviços, posicionamento predominante na jurisprudência brasileira.

No entanto, para outros juristas, esse é um contrato *sui generis*, uma vez que a prestação de serviços médicos possui uma série de especificidades que a impede de ser classificada como um mero contrato de prestação de serviços. Esse é o posicionamento adotado em alguns países europeus. Sobre o tema, Sérgio Cavalieri comenta:<sup>3</sup>

Divergem ainda os doutrinadores sobre a natureza da avença celebrada entre o médico e o paciente, sendo para alguns um contrato de prestação de serviços e para outros um contrato *sui generis*. **Tendo em vista que o médico não se limita a prestar serviços estritamente técnicos, acabando por se colocar numa posição de conselheiro, de guarda e protetor do enfermo e de seus familiares**, parece-nos mais correto o entendimento daqueles que sustentam ter a assistência médica a natureza de um contrato *sui generis*, e não mera locação de serviços consoante orientação adotada pelos códigos da Suíça e Alemanha.

De toda sorte, entende a doutrina que a obrigação assumida pelo médico em seu contrato é de meio, e não de resultado. Assim, em situações normais, o médico obriga-se a utilizar os melhores conhecimentos técnicos e científicos em benefício do paciente.

Não assume o médico a obrigação de resultado, não sendo razoável que prometa salvar a vida ou curar obrigatoriamente o doente, uma vez que ciência médica ainda possui várias limitações. Esclarece Sérgio Cavalieri<sup>4</sup>:

Nenhum médico, por mais competente que seja, pode assumir a obrigação de curar o doente ou de salvá-lo, mormente quando em estado grave ou terminal. A ciência médica, apesar de todo seu desenvolvimento, tem inúmeras limitações que só os poderes divinos poderão suprir.

A obrigação que o médico assume, a toda evidencia, é a de proporcionar ao paciente todos os cuidados conscienciosos e atentos, de acordo com as aquisições da ciência, para usar-se de fórmula consagrada na escola francesa.

---

<sup>3</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**, 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 385. (grifo nosso)

<sup>4</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**, 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 386. (grifo nosso)

Logo, **a obrigação assumida pelo médico é de meio, e não de resultado**, de sorte que, se o tratamento realizado não produziu o efeito esperado, não se pode falar, só por isso, em inadimplemento contratual. **Essa conclusão, além de lógica, tem apoio de todos os autores nacionais e estrangeiros (Aguilar Dias, Caio Mário, Sílvio Rodrigues, Antônio Montenegro) e é também consagrada na jurisprudência.**

Disso resulta que a responsabilidade médica, embora contratual, é subjetiva e com culpa comprovada.

Assim, a responsabilidade civil médica assume a natureza contratual, porém subjetiva e, portanto, com necessidade de demonstração de culpa. Esse é o posicionamento adotado pelo legislador, que estabeleceu no próprio artigo 14 do Código de Defesa do consumidor<sup>5</sup>:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

No mesmo sentido, dispõe o Código Civil, ao prever a responsabilização civil do profissional de saúde<sup>6</sup>:

Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;

II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.

---

<sup>5</sup> BRASIL. Lei n.º 8.078 de 11 de Setembro de 1990, institui o **Código de Defesa do Consumidor**. Diário Oficial {da} República Federativa do Brasil. Brasília DF, 12 set. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm)>. Acesso em: 22 dez. 2014.

<sup>6</sup> BRASIL. Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002, institui o **Código Civil**. Diário Oficial {da} República Federativa do Brasil. Brasília DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 22 dez. 2014. (grifo nosso)

Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

Parágrafo único. O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez.

Art. 951. **O disposto nos arts. 948 949 e 950 aplicam-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.**

Desse modo, a responsabilidade civil do médico, enquanto profissional liberal é subjetiva, sendo sujeita à apuração de culpa, com a necessidade da presença dos elementos de negligência, imprudência ou imperícia, conforme previsão legal. Note-se que esse também é o posicionamento adotado pela jurisprudência nacional. Nesse sentido já decidiu o STJ<sup>7</sup>:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. NULIDADE DOS ACÓRDÃOS PROFERIDOS EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO CONFIGURADA. CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. DANO COMPROVADO. PRESUNÇÃO DE CULPA DO MÉDICO NÃO AFASTADA. PRECEDENTES. (...). 2. **A obrigação assumida pelo médico, normalmente, é obrigação de meios, posto que objeto do contrato estabelecido com o paciente não é a cura assegurada, mas sim o compromisso do profissional no sentido de um prestação de cuidados precisos e em consonância com a ciência médica na busca pela cura.**

3. Apesar de abalizada doutrina em sentido contrário, este Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a situação é distinta, todavia, quando o médico se compromete com o paciente a alcançar um determinado resultado, o que ocorre no caso da cirurgia plástica meramente estética. Nesta hipótese, segundo o entendimento nesta Corte Superior, o que se tem é uma obrigação de resultados e não de meios.

---

<sup>7</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 236.708, 4ª Turma, Relator: ministro Carlos Fernando Mathias, Brasília, DF: 10/02/2009. Dje: 18/05/2009. (grifo nosso)

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 696.284, 3ª Turma, Relator: ministro Sidnei Beneti, Brasília, DF: 03/12/2009. Dje: 18/12/2009. (grifo nosso)

4. **No caso das obrigações de meio, à vítima incumbe, mais do que demonstrar o dano, provar que este decorreu de culpa por parte do médico. Já nas obrigações de resultado, como a que serviu de origem à controvérsia, basta que a vítima demonstre como fez, o dano (que o médico não alcançou o resultado prometido e contratado) para que a culpa se presuma, havendo, destarte, a inversão do ônus da prova.**

5. Não se priva, assim, o médico da possibilidade de demonstrar, pelos meios de prova admissíveis, que o evento danoso tenha decorrido, por exemplo, de motivo de força maior, caso fortuito ou mesmo de culpa exclusiva da "vítima" (paciente). 6. Recurso especial a que se nega provimento.

RECURSO ESPECIAL: 1) RESPONSABILIDADE CIVIL - HOSPITAL - DANOS MATERIAIS E MORAIS - ERRO DE DIAGNÓSTICO DE SEU PLANTONISTA - OMISSÃO DE DILIGÊNCIA DO ATENDENTE - APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR; 2) HOSPITAL - RESPONSABILIDADE - CULPA DE PLANTONISTA ATENDENTE, INTEGRANTE DO CORPO CLÍNICO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL ANTE A CULPA DE SEU PROFISSIONAL; 3) MÉDICO - ERRO DE DIAGNÓSTICO EM PLANTÃO - CULPA SUBJETIVA - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA APLICÁVEL - 4) ACÓRDÃO QUE RECONHECE CULPA DIANTE DA ANÁLISE DA PROVA - IMPOSSIBILIDADE DE REAPRECIÇÃO POR ESTE TRIBUNAL - SÚMULA 7/STJ. 1.- Serviços de atendimento médico-hospitalar em hospital de emergência são sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor. 2.- A responsabilidade do hospital é objetiva quanto à atividade de seu profissional plantonista (CDC, art. 14), de modo que dispensada demonstração da culpa do hospital relativamente a atos lesivos decorrentes de culpa de médico integrante de seu corpo clínico no atendimento. **3.- A responsabilidade de médico atendente em hospital é subjetiva, necessitando de demonstração pelo lesado, mas aplicável a regra de inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII).** 4.- A verificação da culpa de médico demanda necessariamente o revolvimento do conjunto fático-probatório da causa, de modo que não pode ser objeto de análise por este Tribunal (Súmula 7/STJ). 5.- Recurso Especial do hospital improvido.

Posicionamento esse que se mantém em decisões recentes<sup>8</sup>:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 691.559 - SP (2015/0079280-7)  
RELATOR : MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA AGRAVANTE :

---

<sup>8</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Resp nº 691.559-SP, 2ª Turma, Relator: ministro João Otávio de Noronha, Brasília, DF: 30/04/2015. Dje: 11/05/2015. (grifo nosso)



LAIDE OSTE MENDES AGRAVANTE : RAQUEL APARECIDA PERIN  
AGRAVANTE : JÚLIO PERIN AGRAVANTE : MARINES DO CARMO  
MENDES AGRAVANTE : CLOVIS NEIVA FLORIDO AGRAVANTE : AIRTON  
MENDES AGRAVANTE : VILMA MENDES ADVOGADO : AIRTON  
GUIDOLIN E OUTRO (S) AGRAVADO : SOCIEDADE PORTUGUESA DE  
BENEFICÊNCIA DE SANTO ANDRÉ ADVOGADO : MARIA LUZIA LOPES  
DA SILVA E OUTRO (S) AGRAVADO : KELLY CRISTINA MOUTINHO DA  
COSTA ADVOGADO : PAULO CÉSAR COSTA DECISÃO Trata-se de agravo  
interposto por LAIDE OSTE MENDES, RAQUEL APARECIDA PERIN, JÚLIO  
PERIN, MARINES DO CARMO MENDES, CLOVIS NEIVA FLORIDO,  
AIRTON MENDES e VILMA MENDES contra decisão que inadmitiu recurso  
especial pelas razões seguintes: a) aplicação da Súmula n. 7 do STJ; e b) não  
realização do cotejo analítico. Alegam os agravantes, em síntese, que o recurso  
especial atendeu aos requisitos de admissibilidade, razão pela qual requerem o seu  
processamento. É o relatório. Decido. O recurso especial foi interposto contra  
acórdão assim ementado: "Responsabilidade civil. Ação de reparação de danos  
fundada em erro médico. Obrigação de meio e não de resultado. Perícia que afastou  
a caracterização de erro médico. Ausência de demonstração de nexo causal entre o  
evento danoso e a conduta da ré e da médica litisdenunciada. Sentença de  
improcedência mantida por seus próprios fundamentos jurídicos. Artigo 252 do  
RITJSO. Apelo não provido" (e-STJ, fl. 499). Aduzem os recorrentes violação dos  
arts. 186, 927 e 932, III, do CC; 436 do CPC; e 14 do CDC. Sustentam, em síntese,  
o cabimento de indenização por danos morais em razão de erro médico. Passo, pois,  
à análise das proposições mencionadas. O Tribunal de origem julgou improcedente  
o pedido de indenização por danos morais, argumentando que a prova pericial  
concluiu que não houve erro médico. Confira-se excerto do julgado: "Na espécie,  
restou apurado pela prova pericial que não houve erro médico, restando por afastada  
a responsabilidade da ré, tornando por prejudicada a denunciação da lide. Consignou  
o perito oficial que não se observam falhas nos atendimento prestados no hospital-  
Reu, já que a anamnese, o exame físico, as hipóteses diagnósticas, os exames  
solicitados e as condutas estabelecidas estão de acordo com a literatura médica. A  
possibilidade de infarto ou isquemia miocárdica foi estabelecida, os exames  
pertinentes foram realizados, mas mostraram-se negativos. O aneurisma de aorta é  
uma patologia mais rara, de extrema gravidade e difícil diagnóstico, geralmente  
percebida quando a dor é característica e de grande intensidade. Assim pela prova  
acostada aos autos, ausente qualquer elemento probatório que autorize a reparação  
pleiteada. João Mendes Filho foi atendido dentro dos padrões razoáveis de conduta  
médica, isto é, foi tratado e medicado de acordo com os sintomas que na ocasião  
exibia, de modo que o nexo de causalidade não se faz presente. Observo, mais, que  
só se responsabiliza objetivamente o hospital (art. 14 do CDC) quando houver nexo

entre a conduta dos seus prepostos (médicos) e o dano. **Noto, também, que a obrigação aqui assumida pela médica que atendeu o paciente foi de meio, e não de resultado"**(e-STJ, fls. 501/502) Rever tal conclusão demandaria o reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula n. 7 do STJ. Ante o exposto, nego provimento ao agravo. Publique-se.

## 1.2. Embasamento legal do princípio da autonomia:

O princípio da autonomia do paciente que é demonstrado no sistema jurídico brasileiro pelo previsto no artigo 5º, inciso II da CF<sup>9</sup>: “II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

E a autonomia do paciente tem sua máxima expressão na recusa de tratamento, ato que em princípio é alcançado pelos incisos VI e VIII do mesmo artigo da CF<sup>10</sup>:

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

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

Pela leitura do texto legal podemos extrair que prevalecerá a escolha do paciente sobre a opção terapêutica escolhida pelo médico, mesmo que esse decida ignorar argumentos técnicos e científicos, desde que seja essa uma decisão tomada por pessoa plenamente capaz.

Lembrando que aqui tratamos do conceito de escolha esclarecida por parte do paciente, um elemento necessário para se atingir a completude da informação.

Assim, a escolha tomada pelo paciente deve ser feita após a devida apresentação por parte do corpo médico de toda a informação relevante disponível para a tomada de decisão, constituindo-se então em um processo de consentimento informado que levará a uma escolha esclarecida. Sobre esse aspecto, Paulo Antônio Fortes nos ensina:<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

<sup>10</sup> IDEM

<sup>11</sup> FORTES, Paulo Antônio de Carvalho. **Reflexões sobre a Bioética e o Consentimento Esclarecido**. *Bioética*, Brasília, v. 2, n. 2, p. 129-135, 1994. Periodicidade semestral. (grifo nosso)

É preciso informar, **Mas para que haja um consentimento esclarecido a informação revelada deve ser compreendida, não sendo suficiente que a pessoa seja mera receptora.** Informações falseadas, incompletas ou mal-entendidas podem ocasionar defeitos de raciocínio por meio dos quais os indivíduos formam suas opiniões baseados em fatos manifestamente implausíveis e comprometem sua decisão autônoma. **Informações elevem ser adaptadas às circunstâncias do caso e às condições sociais, psicológicas e culturais, utilizando-se um padrão orientado para cada paciente, que denominamos de padrão subjetivo.** Uma vez que, para o direito, o consentimento é visto enquanto declaração de vontade, exigem-se dele todos os requisitos legais à validade do negócio/ato jurídico: capacidade jurídica do agente, objeto lícito e determinado, forma prescrita ou não defesa em lei (art. 104, CCB). Não basta, portanto, somente a capacidade de entender e de avaliar as informações relativas à intervenção médico-cirúrgica, sendo esta uma exigência adicional à validade do consentimento.

Deve então o médico informar o paciente, de maneira clara e compreensível à sua capacidade e entendimento, dos aspectos mais relevantes do procedimento a ser realizado. Dessa maneira, apenas é válido o consentimento fornecido pelo paciente se forem preenchidos determinados requisitos<sup>12</sup>:

**1. O paciente deve receber do médico *informação adequada sobre o tratamento sugerido.*** Como mínimo, isso deve incluir os possíveis danos e benefícios que o tratamento poderá trazer. Além do mais, o paciente deve ser informado dos possíveis danos significativos e benefícios associados com qualquer outro tratamento que possa razoavelmente ser utilizado nas presentes circunstâncias para poder comparar as duas condutas.

Finalmente, o paciente deve ser informado do provável curso a ser seguido pela sua doença, se ele eleger não receber qualquer tipo de tratamento.

**2. O paciente *não deve ser coagido a consentir.***

Certamente o paciente também não deve ser coagido a rejeitar o tratamento, porém isso parece que raramente acontece. O que é “coerção”? O termo, em linguagem ordinária, é algumas vezes utilizado para cobrir um amplo espectro das técnicas de controle de comportamento, indo da persuasão até a intimidação física. Entretanto, é geralmente pretendido um significado razoavelmente restrito como critério de consentimento válido: o uso, com um paciente, de ameaças negativas que seriam suficientemente fortes para que a maioria das pessoas razoáveis se rendessem às mesmas.

**3. O paciente deve ser *totalmente competente para consentir ou rejeitar um tratamento.***

A *informação* a ser transmitida ao paciente deve levar em consideração os dados da pessoa a ser tratada, sua disposição para apreender detalhes da sua condição de saúde e seu estado psíquico.

---

<sup>12</sup> CULVER, Charles M. **Competência do Paciente.** Trad. Patrícia Roffo de Nelson. In SEGRE, Marco; COHEN, Claudio. (Orgs.). *Bioética*. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2002, p. 95-96. (grifo nosso)

Logo, o ato de consentimento do paciente deve ser juridicamente válido, sem qualquer coação, tomado por pessoa capaz, e mediante o recebimento de toda a informação necessária para que possa tomar essa decisão.

A informação é um direito constitucional do paciente, presente no artigo 5º, inciso XIV de nossa Constituição Federal, que assegura o direito de informação do cidadão<sup>13</sup>: “XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”.

Ainda, sob o ponto de vista infraconstitucional, a lei 8080/90, que rege o SUS, traz em seu artigo 7º, inciso V a questão do direito à informação<sup>14</sup>:

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:

V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde;

E o CDC também institui em seu artigo 6º, inciso III, a proteção do acesso à informação por parte do consumidor, sendo de grande relevância para a relação entre o paciente e o estabelecimento de saúde<sup>15</sup>:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

Interessante observarmos que a previsão do CDC não se aplica genericamente à relação médico-paciente, uma vez que essa não se constitui uma relação de mero contrato de

---

<sup>13</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

<sup>14</sup> BRASIL. Lei n.º 8.080 de 19 de Setembro de 1990, Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial {da} República Federativa do Brasil. Brasília DF, 20 set. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm)>. Acesso em: 22 dez. 2014.

<sup>15</sup> BRASIL. Lei n.º 8.078 de 11 de Setembro de 1990, institui o **Código de Defesa do Consumidor**. Diário Oficial {da} República Federativa do Brasil. Brasília DF, 12 set. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm)>. Acesso em: 22 dez. 2014.

prestação de serviços. No entanto, o dever de informação nesses casos estaria resguardado por garantia constitucional e legal.

Assim, é indispensável que o procedimento médico seja compreendido pelo paciente e que este opte de maneira esclarecida por esse, até mesmo para excluir a sua antijuridicidade.

Tal atitude representa uma grande mudança em relação à maneira de encarar o papel do médico, antes de salvar vidas humanas a qualquer custo e agora passando a atribuir a seu paciente e representantes legais parte importante da responsabilidade das decisões tomadas.

Nesse sentido, na tentativa de consolidar a proteção constitucional de autodeterminação, o Estatuto do idoso prevê, em seu artigo 17, o direito de escolha do tratamento de saúde que considere mais favorável, desde que se trate de indivíduo plenamente capaz<sup>16</sup>:

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.

Note-se que no texto legal não há em nenhum momento menção ao risco de vida como condição para decisão terapêutica nos casos em que tratarmos de paciente capaz. A incapacidade é a única condição que o dispositivo cita como prejudicial à livre escolha do paciente, podendo nesses casos ser realizada a opção pelos familiares ou pelo profissional médico, nos casos de risco iminente de vida.

Da mesma maneira, o artigo 10 da lei de Transplante de órgãos favorece a livre escolha do paciente em receber ou não o transplante, a despeito do risco de morte<sup>17</sup>:

---

<sup>16</sup> BRASIL. Lei n.º 10.741 de 01 de Outubro de 2003, institui o **Estatuto do Idoso**. Diário Oficial {da} República Federativa do Brasil. Brasília DF, 03 out. 2003. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm)>. Acesso em: 22 dez. 2014.

<sup>17</sup> BRASIL. Lei n.º 9.434 de 04 de Fevereiro de 1997, Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Diário Oficial {da} República Federativa do Brasil. Brasília DF, 05 fev. 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm)>. Acesso em: 22 dez. 2014.

Art. 10. O transplante ou enxerto só se fará com o consentimento expresso do receptor, assim inscrito em lista única de espera, após aconselhamento sobre a excepcionalidade e os riscos do procedimento.

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

§ 2º A inscrição em lista única de espera não confere ao pretense receptor ou à sua família direito subjetivo a indenização, se o transplante não se realizar em decorrência de alteração do estado de órgãos, tecidos e partes, que lhe seriam destinados, provocado por acidente ou incidente em seu transporte.

Diante dessa perspectiva de valoração da autonomia do paciente, os autores que tratam da perspectiva bioética acerca da temática da recusa de tratamento pelo paciente defendem que a autonomia do indivíduo deve sempre ser respeitada, ainda que, em última análise, ela possa colocar sua própria existência em risco. Nesse sentido, veremos a seguir.

### 1.3 A perspectiva da Bioética acerca da recusa de tratamento:

A bioética é um ramo da ética, de aplicação iminentemente prática, que tem como enfoque lidar com os conflitos e controvérsias gerados pelas ciências da saúde. Nesse sentido, a definição de Fermi Schramm é bastante elucidadora<sup>18</sup>:

A Bioética é uma ética aplicada, chamada também de “**ética prática**”, que visa “**dar conta**” dos conflitos e controvérsias morais implicados pelas práticas no âmbito das Ciências da Vida e da Saúde do ponto de vista de algum sistema de valores (chamado também de “**ética**”).

Como tal, ela se distingue da mera ética teórica, mais preocupada com a forma e a “cogência” (cogency) dos conceitos e dos argumentos éticos, pois, embora não possa abrir mão das questões propriamente formais (tradicionalmente estudadas pela metaética), **está instada a resolver os conflitos éticos concretos. Tais conflitos surgem das interações humanas em sociedades a princípio seculares, isto é, que devem encontrar as soluções a seus conflitos de interesses e de valores** sem poder recorrer, consensualmente, a princípios de autoridade transcendentais (ou externos à dinâmica do próprio imaginário social), mas tão somente “**iminentes**” pela negociação entre agentes morais que devem, por princípio, ser considerados cognitivamente e eticamente competentes.

Por isso, pode-se dizer que **a bioética tem uma tríplice função, reconhecida acadêmica e socialmente: (1) descritiva**, consistente em descrever e analisar os conflitos em pauta; **(2) normativa com relação a tais conflitos, no duplo sentido de proscriver os comportamentos que podem ser considerados reprováveis e de prescrever aqueles considerados corretos;** e **(3) protetora**, no sentido, bastante intuitivo, de amparar, na medida do possível, todos os envolvidos em alguma

---

<sup>18</sup> Schramm, Fermi Roland. 2002. **Bioética para quê?** *Revista Camiliana da Saúde*, ano 1, vol. 1, n. 2 –jul/dez de 2002 – ISSN 1677-9029, pp. 14-21). (grifo nosso)

disputa de interesses e valores, **priorizando, quando isso for necessário, os mais “fracos”**

Em verdade, nos últimos anos, diante do desenvolvimento rápido das ciências da saúde, a bioética tem tido um papel de grande relevância no que concerne às práticas desenvolvidas pelas ciências da saúde, em especial na área de pesquisas médicas.

E podemos notar que o estudo da bioética não tem uma função meramente descritiva dos conflitos éticos que permeiam as ciências biológicas, mas tem também um papel iminentemente intervencionista, no sentido de que procura, diante de tais conflitos, indicar quais posicionamentos seriam corretos do ponto de vista ético, e proteger e amparar os envolvidos nessa disputa de valores, muitas vezes priorizando os “mais fracos”.

A resolução de conflitos pela bioética é pautada pela observância de determinados princípios, que inclusive norteiam o exercício da medicina. A saber, os princípios, são: a autonomia, que constitui o respeito à liberdade de escolha esclarecida do paciente; a beneficência, devendo todo ato médico ter por objetivo realizar o bem ao paciente e a não maleficência, onde o médico se abstém de causar o mal. Nesse sentido, Marcelo Sarsur:<sup>19</sup>

**O princípio da autonomia constitui-se no respeito à liberdade e às convicções do paciente no que se refere ao tratamento a ele oferecido.** Não se trata de construção tão somente filosófica. É atributo reconhecido a pessoa do paciente enquanto ser racional e moral, vindo à acarretar, por consequência, a faculdade do mesmo consentir ou não diante da oferta de tratamento médico-cirúrgicos, uma vez que ele receba a informação necessária para essa escolha pelo profissional especializado e forme seu consentimento de modo livre e competente.

**O princípio da beneficência pode ser formulado num comando simples: toda e qualquer intervenção médico-cirúrgica deve ter por objetivo realizar o bem do paciente,** aqui entendido como aquilo que lhe assegure a sobrevivência, a saúde e a qualidade de vida.

Dentro do princípio da beneficência também deve estar contida a **abstenção de fazer o mal (não maleficência)**, visto que há apenas mudança de enfoque: num caso, deve-se fazer o bem para o paciente, noutro, deve o médico apenas deixar de lesar, não sendo dele exigida a realização do bem.

---

<sup>19</sup> SILVA, Marcelo Sarsur Lucas da. **Considerações sobre os limites à intervenção médico-cirúrgica não consentida no ordenamento jurídico brasileiro.** *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 43, p. 85-117, jul./dez. 2003. Disponível em: <<http://dspace.xmlui/bitstream/item/12988/1204.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 13 out. 2014. (grifo nosso)

Notemos, diante desse panorama, que o posicionamento da bioética tem grande relevância, especialmente para o profissional de saúde. Afinal, tais princípios que norteiam a bioética também servem de base para a atuação do médico.

Além disso, durante o curso de medicina, para fazer frente às questões mais controversas relacionadas à expansão do conhecimento médico, foi acrescentado, por exigência do Ministério da Educação, o ensino de noções de bioética<sup>20</sup>:

Competências Gerais:

Atenção à saúde : os profissionais de saúde, dentro de seu âmbito profissional, devem estar aptos a desenvolver ações de prevenção, promoção, proteção e reabilitação da saúde, tanto em nível individual quanto coletivo. Cada profissional deve assegurar que sua prática seja realizada de forma integrada e contínua com as demais instâncias do sistema de saúde. **Os profissionais devem realizar seus serviços dentro dos mais altos padrões de qualidade e dos princípios da ética/bioética, tendo em conta que a responsabilidade da atenção à saúde não se encerra com o ato técnico**, mas sim, com a resolução do problema de saúde, tanto a nível individual como coletivo;

Assim, conforme vemos acima, é exigência curricular do MEC que os cursos de medicina deem o devido enfoque nos ensinamentos da bioética, sendo esse um dos objetivos gerais do curso.

O enfoque no conhecimento dos aspectos legais da atuação profissional do médico é muito mais restrito. Nas diretrizes do MEC, é exigido apenas que o curso trate do tema de forma incidental, dando noções acerca da “legislação pertinente”<sup>21</sup>: “Conhecimentos e Habilidades específicas: Manter-se atualizado com a legislação pertinente à saúde”.

Paralelamente, o enfoque na bioética é bem maior, sendo a sua capacitação um dos componentes do perfil do profissional médico que as instituições de ensino superior devem formar<sup>22</sup>:

**PERFIL DO FORMANDO EGRESSO/PROFISSIONAL Médico, com formação generalista, humanista, crítica e reflexiva. Capacitado a atuar, pautado em princípios éticos**, no processo de saúde-doença em seus diferentes níveis de atenção, com ações de promoção, prevenção, recuperação e reabilitação à saúde, na perspectiva da integralidade da assistência, com senso de responsabilidade social e compromisso com a cidadania, como promotor da saúde integral do ser humano.

---

<sup>20</sup> Ministério da Educação, **Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de graduação em Medicina**, Brasil, 2014, disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/Med.pdf>>. Acesso em 10. Jul. 2015. (grifo nosso)

<sup>21</sup> IDEM

<sup>22</sup> IDEM (grifo nosso)



Essa maior valorização do conteúdo bioético é perceptível não apenas nas diretrizes curriculares do MEC, mas na própria vivência do curso. Muitas vezes são disponibilizados profissionais especializados na área de bioética para ministrarem as disciplinas dos cursos de medicina.

Em contrapartida, a parte referente à legislação (doutrina e jurisprudência não são sequer mencionadas) muitas vezes é limitada a noções básicas, nem sempre ministradas por um profissional da área do direito.

Diante desse quadro, é bastante compreensível que tais noções de bioética tenham um grande impacto para os médicos formados, gerando uma situação de profunda angústia quando o profissional é confrontado com a situação em que o paciente recusa o tratamento proposto. Nesse sentido, Edmilson de Almeida Barros Júnior assevera que<sup>23</sup>:

O médico encontra-se em um verdadeiro dilema, pois, impedido de realizar a transfusão, **o médico entra em conflito consigo mesmo, sendo que sua formação direciona-o a salvar vidas** e, ao proceder à transfusão, contra a vontade expressa do paciente, se sujeita à responsabilidade civil e penal.

Diante dessa perspectiva cabe analisarmos como a bioética se posiciona em relação à temática da recusa de tratamento médico por parte do paciente. E de uma maneira geral, a perspectiva da bioética é de que o princípio da autonomia do paciente deve ser sempre respeitado, mesmo que isso implique em colocar em risco sua própria existência.

A bioética entende que quando o paciente decide recusar um procedimento médico não necessariamente esteja se recusando a viver, mas apenas que tenha optado, com base em sua autonomia, assumir um determinado posicionamento e arcar com suas consequências.

Nesse sentido, Daury Cesar Fabríz, em sua obra acerca da bioética e direitos fundamentais afirma que:<sup>24</sup> “A recusa de um paciente de se expor a determinado procedimento terapêutico não significa que ele esteja recusando viver. O enfermo, com base em sua visão do mundo, fez uma opção, arcando com os possíveis e prováveis riscos”.

Note-se que a escolha do paciente para ser válida e respeitar os princípios da autonomia deve ser feita sempre de maneira esclarecida, conforme já abordamos acima.

Assim, na perspectiva da bioética, a autonomia do indivíduo deve ser sempre valorizada. Diante dessa perspectiva, a recusa de tratamento médico, independentemente da

---

<sup>23</sup> JÚNIOR, Edmilson de Almeida Barros. **A responsabilidade civil do médico: uma abordagem constitucional**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 128. (grifo nosso)

<sup>24</sup> FABRIZ, Daury Cesar. **Bioética e Direitos Fundamentais**, 1. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007, p. 335.

situação ou das consequências, desde que consciente e esclarecida, é vista como um direito intrínseco do indivíduo.

Sobre esse aspecto, João Baptista Vilella afirma de maneira categórica<sup>25</sup>: **“Recusar tratamento, por qualquer motivo, ou sem motivo algum, é uma das mais elevadas manifestações de liberdade pessoal e deveria ser garantido *tout court*, sem qualquer condicionamento”**.

Assim, para o autor, o posicionamento dos profissionais de saúde e mesmo dos tribunais pátrios em não aceitar a recusa de tratamento é fruto de uma visão meramente autoritária. Mais do que isso, revelariam um profundo despreparo desses profissionais para lidarem com as questões relacionadas à autonomia dos indivíduos<sup>26</sup>:

**O desprezo que médicos e juízes demonstram para com a opção não transfusionista das testemunhas de Jeová revela bem até que ponto o suposto respeito pela vida alheia mascara visões autoritárias e invasivas.**

**A constituição da república assegura expressamente a liberdade religiosa. E, acertadamente, não condiciona o seu exercício ao juízo de aprovação ou indulgência por parte de terceiros.**

Ora, não há nada de contrário à ordem constitucional brasileira que alguém prefira a morte ao tratamento por transfusão por sangue. **Médicos e juízes que o impõe contra a vontade dos pacientes estão se declarando incapazes de perceber pautas de valores em que a preservação da vida não constitui bem supremo.**

**E revelando-se, eles próprios, nessa medida, mal preparados para o exercício da medicina e do direito.**

Quando a recusa de tratamento tem fundamentos religiosos, os autores nacionais do campo da bioética defendem a primazia do direito de liberdade religiosa.

Nesse sentido, nota-se que o autor ainda coloca o direito de liberdade religiosa como um direito constitucional, independente, que se ligaria, em última análise, ao princípio da dignidade da pessoa humana. E nesse sentido, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana pode entrar em conflito com o direito à vida. Sobre esse aspecto, Michael Kloepfer<sup>27</sup>:

Em todos esses aspectos comuns entre dignidade da pessoa humana e direito fundamental à vida não se pode deixar de ter em vista, todavia, que **os bens jurídicos ‘vida’ e ‘dignidade da pessoa humana’ não devem, necessariamente, repercutir em conjunto, de forma paralela**, como elemento de reforço da proteção

---

<sup>25</sup> VILELLA, João Baptista. **Bioética e Direitos Fundamentais**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 124. (grifo nosso)

<sup>26</sup> IDEM (grifo nosso)

<sup>27</sup> KLOEPFER, Michael. **Vida e dignidade da pessoa humana**, in *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional* (org. Ingo Wolfgang Sarlet). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 15. (grifo nosso)

no sentido de um vínculo jusfundamental, isso é como concorrência jusfundamental cumulativa.

**Pelo contrário; eles também podem entrar em conflito entre si no sentido de uma colisão de direitos fundamentais.**

Para a bioética, no entanto, o direito deve levar em consideração que a religião ocupa um papel de grande relevância na vida dos indivíduos, sendo defendida a liberdade de crença como um princípio fundamental de nossa constituição. Diante disso, de acordo com Jayme Weingartner Neto, o Estado deveria abster-se de interferir na liberdade religiosa dos indivíduos<sup>28</sup>:

**"O Estado deve levar a sério o fato de que a religião ocupa um lugar central na vida de muitas pessoas, devendo, portanto, consideração e respeito por todas as formas de religiosidade, mesmo pelas mais inconventionais (núcleo da livre escolha de crença). O Estado tem, neste contexto, um dever de abster-se de perturbar; a adesão/abandono de uma confissão religiosa, a educação religiosa das crianças por seus pais ou responsáveis, o serviço religioso, o uso de indumentária própria ou de símbolos religiosos, etc. Trata-se de uma reserva de intimidade religiosa cujo mérito intrínseco é insindicável pelo Estado.**

Dessa maneira, percebemos que os autores nacionais ligados à temática da bioética posicionam-se de maneira favorável à possibilidade de recusa de tratamento por parte do paciente, independentemente do fato de haver ou não risco à integridade física ou mesmo a vida do indivíduo.

Quando essa recusa tem um enfoque religioso, se relembra que a liberdade de religião é um direito fundamental oriundo do princípio da dignidade da pessoa humana e deve ser respeitado pelo Estado, que teria o dever de abster-se de intervir na escolha dos indivíduos.

Sob essa perspectiva, quando ocorre uma intervenção estatal nesse processo de modo a compelir o indivíduo a acatar determinado tratamento médico, a bioética se posiciona de modo radicalmente contrário. Sobre o tema, bastante emblemática é a crítica de Marco Segre:<sup>29</sup>

**Trata-se, a nosso ver, de ideologia decorrente da política feudal ou, então, do Estado autoritário, segundo a qual "o Governo" precisa do cidadão para utilizá-lo quer como força de trabalho, quer para defesa da integridade do grupo. A vida, dentro dessa ótica, deixa de ser um bem disponível, do qual o indivíduo humano**

---

<sup>28</sup> NETO, Jayme Weingartner. **Liberdade religiosa na constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 116. (grifo nosso)

<sup>29</sup> SEGRE, Marco; COHEN, Claudio. (Orgs.). **Considerações Críticas sobre os Princípios da Bioética**. In *Bioética*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2002, p. 22. (grifo nosso)

pode abrir mão, para ser algo mais (ou menos?) pertencente à família, à grei, ao clã, à nação. **O princípio constitucional do “direito à vida” passa a ser interpretado como um dever, retirando-se da pessoa o poder de procurar ou recusar um determinado tratamento, de dispor de seus órgãos** (por exemplo, para fins de transplante) ou de sua própria vida. **O ideal “beneficente” em saúde é basicamente paternalista**, na acepção concreta do termo, que vê o pai agindo autoritariamente com relação ao seu filho, em face da necessidade de protegê-lo contra riscos que ele não está ainda preparado para enfrentar.

Notemos que, sob a perspectiva predominante na bioética, a imposição de determinado tratamento pelo Estado a um indivíduo, independentemente das circunstâncias, é fruto de um profundo despreparo dos profissionais da área da saúde e do direito.

Mais do que isso, esconderia uma imposição estatal, focada em uma perspectiva paternalista, onde o Estado mitiga a autonomia dos indivíduos sob o pretexto de protegê-los dos riscos, quando na verdade esconde uma necessidade governamental de preservar o número de cidadãos para utilizá-los como força de trabalho, em uma perspectiva autoritária ou mesmo “feudal”, como menciona o autor.

#### **1.4 O posicionamento do código de ética médica:**

O código de ética médica defende a autonomia do paciente como um dos valores mais relevantes a serem preservados pelos profissionais. Essa proteção é evidenciada de forma direta nos artigos 22 e 31 do dispositivo, e pela vedação na utilização de práticas que limitem a autonomia do paciente, conforme previsão do artigo 24<sup>30</sup>:

É vedado ao médico:

Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.

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

Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.

---

<sup>30</sup> **Código de ética médica:** Resolução CFM nº 1931, de 17 de setembro de 2009 (versão de bolso) / Conselho Federal de Medicina. – Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2010.

Assim, inexistente risco iminente de morte, cabe ao paciente ou ao seu representante legal decidir acerca de seu tratamento. E essa decisão deve ser informada, nos termos do artigo 34<sup>31</sup> :

É vedado ao Médico:

Art. 34. 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.

No entanto, conforme vimos acima no artigo 31, nos casos de iminente risco à vida, a liberdade do paciente é mitigada frente à proteção do direito à vida. Nesse sentido, o Conselho Federal de Medicina pronunciou-se na resolução 1.021/80<sup>32</sup>:

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

1º se não houver iminente perigo de vida, o médico respeitará a vontade de seu paciente ou seus responsáveis.

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

A presente resolução e os artigos do código de ética médica demonstram a defesa do princípio da autonomia do paciente, no entanto em um patamar inferior à defesa da vida.

Assim, quando há recusa de tratamento por parte do paciente, deve o profissional médico tentar demovê-lo. Se não for possível, a intervenção pode ser realizada, no intuito de proteger a vida, em uma primazia do princípio da beneficência do tratamento sobre a autonomia do paciente. Sobre o tema, esclarece Genival Veloso França que a natureza de tal posicionamento do código de ética médica decorre exatamente dessa opção:<sup>33</sup>

Dessa forma, o profissional de Medicina, estando diante de uma recusa de tratamento, deve procurar convencer seu paciente. Não conseguindo, e havendo necessidade imperiosa e inadiável de sua intervenção, resta-lhe apenas um meio: intervir contra a vontade dos interessados. **O código de ética médica elegeu o princípio da beneficência como hierarquia coerente acima do princípio da autonomia.**

---

<sup>31</sup> IDEM

<sup>32</sup> Conselho Federal de Medicina (Brasil). Resolução nº 1.021, 26 de setembro de 1980. Diário Oficial {da} República Federativa do Brasil. 22 out 1980;( seção I- parte II) Disponível

em:<[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1980/1021\\_1980.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1980/1021_1980.htm)>

Acessado em 01 jan 2015.

<sup>33</sup> FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 12. ed. rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 213. (grifo nosso)

No entanto, podemos verificar uma tendência ao crescente reconhecimento da vontade do paciente por parte do Código de Ética Médica. Assim, embora não seja o enfoque de nossa pesquisa, acerca da defesa da autonomia do paciente, temos o instituto das Diretrizes Antecipadas de Vontade, já consolidadas em vários países e que permitem que o próprio paciente estabeleça de maneira antecipada os seus desígnios, inclusive com relação ao tratamento médico.

Assim, no caso de paciente maior de idade e previamente capaz, se encontrar de alguma maneira impedido de revelar sua vontade, as diretrizes devem ser observadas, ainda que contrárias à vontade de seus familiares ou responsáveis, constituindo em um instrumento poderoso na defesa da autonomia da vontade do paciente.

As diretrizes antecipadas de vontade são previstas na resolução 1.995 de 2012 do Conselho Federal de medicina<sup>34</sup>:

Art. 1º Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade.

Art. 2º Nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade.

§ 1º Caso o paciente tenha designado um representante para tal fim, suas informações serão levadas em consideração pelo médico.

§ 2º **O médico deixará de levar em consideração as diretivas antecipadas de vontade do paciente ou representante que, em sua análise, estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica.**

§ 3º As diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares.

§ 4º O médico registrará, no prontuário, as diretivas antecipadas de vontade que lhes foram diretamente comunicadas pelo paciente.

Interessante destacar que tal resolução que prevê o respeito à tais diretrizes faz uma ressalva importante, no sentido que elas poderão ser consideradas se violarem dispositivo do Código de Ética Médica.

E nesse sentido, cumpre lembrarmos do disposto no artigo 22 (já analisado acima) que ressalva que o eminente risco de morte como um fator limitante para o respeito à autonomia da vontade do paciente.

---

<sup>34</sup> Conselho Federal de Medicina, Resolução nº 1.995 de 2012, disponível no site <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995\\_2012.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf)>, acessado em 04.07.2015 (grifo nosso).

Assim, embora o código de ética médica tenha dado um grande passo no reconhecimento da autonomia do paciente, o eminente risco de morte continua sendo uma limitação para que as diretrizes antecipadas de vontade sejam observadas.

Nesse sentido é o entendimento do STJ, demonstrado no HC 268.459-SP (que será tratado de forma específica em capítulo separado)<sup>35</sup>:

Lembro, também, que, recentemente, o Conselho Federal de Medicina baixou a Resolução 1.995/2012, que trata das "diretivas antecipadas de vontade dos pacientes", que são definidas como "o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade". Apesar de, à época do fato, não se encontrar em vigor tal diretriz, presta-se ela como subsídio exegético. Ocorre que, o próprio documento reza no § 2º do artigo 2º, que o "médico deixará de levar em consideração as diretivas antecipadas de vontade do paciente ou representante que, em sua análise, estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica". Nesse cenário, é fundamental não descuidar de comando do Código de Ética Médica, já multicitado no feito em apreço. Refere-se ao artigo 22 do CEM (com redação atual conferida pela Res. CFM 1931/2009), pelo qual em situação de risco iminente de morte, o consentimento do paciente e/ou familiares é prescindível, sobrelevando-se o valor-matriz vida.

## **2. A recusa de tratamento médico sob a perspectiva jurídica:**

Quando existe a recusa de tratamento médico por parte do paciente, a doutrina e jurisprudência brasileiras dividem a situação em dois momentos distintos: quando a recusa implica em iminente risco de vida ao paciente e quando não há risco iminente de vida.

### **2.1 Na ausência de risco iminente à vida:**

#### **2.1.1: Análise Doutrinária e Jurisprudencial:**

Afinal, conforme já tratamos acima, o direito garante a proteção à intimidade e a integridade do indivíduo, vedando que terceiros realizem qualquer tipo de intervenção sobre o indivíduo sem a sua autorização. Essa proteção à liberdade do homem é de grande relevância para o Estado, e tem origem na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão:<sup>36</sup>

---

<sup>35</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 268.459, 6ª Turma, Relatora: Maria Thereza de Assis Moura, Brasília-DF: 02/09/2014. DJe: 28/10/2014.

<sup>36</sup> FRANÇA, Genival Veloso de, **Direito Médico**. 12. ed. rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 211.

O Estado tem o máximo interesse em proteger a liberdade individual, como um dos maiores bens de que o homem é possuidor. Tal defesa fundamenta-se na faculdade de estimular o ser humano, a fim de firmar sua personalidade e realizar-se na vida. Qualquer lesão ou exposição à perigo da manifestação da liberdade constitui delito. Depois da vida e da saúde, o mais importante bem é a liberdade.

Na proteção desses direitos, o Código Penal rotulou o constrangimento do livre arbítrio na Seção I, Título I, Capítulo IV, com a epígrafe “ dos crimes contra a liberdade pessoal”. É o amparo à liberdade individual do agir e querer, determinado por um dispositivo legal.

Esse direitos foram assegurados principalmente a partir da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que a Revolução Francesa definiu e outorgou. A partir de então, foi se criando, pouco a pouco, uma consciência, cuja filosofia é resguardar o interesse individual; pois, sem síntese, constitui a razão do bem coletivo.

A proteção do direito à autonomia do indivíduo exige que, para que sejam realizadas quaisquer intervenções médico-cirúrgicas, seja necessária a obtenção da devida autorização. Sobre esse aspecto, bastante didático é Carlos Roberto Gonçalves:<sup>37</sup>

A regra obriga os médicos, no casos mais graves, a não atuarem sem prévia autorização do paciente, que tem a prerrogativa de se recusar a se submeter a um tratamento perigoso. A sua finalidade é proteger a inviolabilidade do corpo humano. Vale ressaltar, *in casu*, a necessidade e a importância do fornecimento de informação detalhada ao paciente sobre seu estado de saúde e o tratamento a ser observado, para que a autorização possa ser concedida com pleno conhecimento dos riscos existentes.

A necessidade de obtenção de autorização decorre do fato de que no presente caso, inexistindo perigo à vida do paciente, deve prevalecer a sua autonomia frente o interesse pessoal do médico, conforme explica Genival Veloso<sup>38</sup>: “É imperativo que o médico entenda que, nos casos de não emergência, deve ele ter o consentimento expresso ou tácito do seu paciente ou familiares, pois aí está prevalecendo apenas interesse de ordem pessoal.”

Esse posicionamento é amplamente defendido na doutrina. Sobre esse mesmo tema, o festejado magistrado Miguel Kfoury Neto, levanta a necessidade da obtenção do consentimento do paciente para a realização do ato médico, cirúrgico, sendo que a sua ausência, enseja a responsabilidade do profissional:<sup>39</sup>

**É fora de qualquer dúvida que o médico incorre em responsabilidade, no caso de o tratamento vir a ser ministrado sem o consentimento livre e esclarecido do doente. Pode-se afirmar que o consentimento é um pré-requisito essencial** de todo

---

<sup>37</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**, 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 327.

<sup>38</sup> FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 12. ed. rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 211.

<sup>39</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**, 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 553. (grifo nosso)



tratamento ou intervenção médica. Para que se caracterize a responsabilidade civil do médico, pela não obtenção do consentimento informado, deve-se estabelecer relação clara entre a falta de informação e o prejuízo final.

Assim, o dano deve ser consequência da informação falha ou inexistente, esta se liga àquela por nexo de causalidade. Exemplifica-se com a cirurgia de hérnia inguinal. Presente o risco de necrose no testículo, o cirurgião não transmite tal informação ao paciente. Ocorre a cirurgia, sem falha técnica e a necrose se verifica. **Será imputável ao médico o dano moral, por não ter advertido o paciente àquele risco**, que acabou por se concretizar: mutilação foi o resultado da necrose.

Dessa maneira, a falta de informação por parte do médico faz com que ele se responsabilize pelos riscos inerentes a sua atividade, conforme esclarece Sérgio Cavalieri<sup>40</sup>:

Em princípio o médico e o hospital não respondem pelos riscos inerentes. Transferir as consequências desses riscos para o prestador de serviço seria ônus insuportável; acabaria por inviabilizar a própria atividade.

É nesse cenário que aparece a relevância do dever de informar. **A falta de informação pode levar o médico ou hospital a ter que responder pelo risco inerente, não por ter havido defeito do serviço, mas pela ausência de informação devida**, pela omissão em informar ao paciente os riscos reais do procedimento.

Nesse sentido, quando o médico atua contra a vontade do paciente nessas circunstâncias, se sujeita a responsabilização<sup>41</sup>:

Atuando contra a vontade do paciente, está o médico deliberadamente assumindo todos os riscos por qualquer resultado danoso que venha ocorrer, porque lhe é defeso dispor de forma livre de organismo alheio quando o titular conscientemente rejeita a atuação pretendida.

Os doutrinadores nacionais têm um posicionamento consolidado no sentido de que o respeito à autonomia do paciente é a regra. Sob essa perspectiva, a recusa de tratamento por parte do paciente, desde que esclarecida, deve ser respeitada nos casos em que não houver iminente risco à vida. Nas palavras de Sebastião Jurandir<sup>42</sup>:

Se ausente o perigo de vida, a questão é similar ao internamento hospitalar, ou seja, quando o interesse em jogo é exclusivamente pessoal, a vontade do paciente prevalece, desde que maior e capaz.

No caso, por exemplo, de discordância do paciente em receber a transfusão de sangue, cabe ao médico alertá-lo e tentá-lo convencer a aceitar essa terapêutica, com o propósito de preservar a vida, com saúde. Mas não pode obrigá-lo.

---

<sup>40</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**, 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 389. (grifo nosso)

<sup>41</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**, 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 327.

<sup>42</sup> JURANDIR, Sebastião. **Responsabilidade médica: civil, criminal e ética**; 2. ed. rev. e atualizada, Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 187.

Nesse mesmo sentido, Carlos Roberto Gonçalves<sup>43</sup>:

A integridade corporal é por demais tutelada em nosso Direito, havendo previsão de sérias reprimendas para quem afrontar esse direito à saúde física alheia. Em função disso, o paciente tem direito de não aceitar submissão a tratamento médico, ainda que sua doença indique a necessidade daquele procedimento terapêutico a que não quer submeter-se.

Estando em pleno uso e gozo das faculdades mentais, o doente pode, mediante emissão de vontade perfeitamente delineada, discordar do médico e deixar de seguir a proposta de tratamento formulada, mesmo quando cientificamente sabido que em assim procedente o estará dando ensanchas ao agravamento do estado de saúde ou correndo o risco de falecer.

Embora as circunstâncias apontem para o óbito caso não se proceda a intervenção recomendada, estará o médico adstrito à vontade do paciente se o risco de vida não for iminente, porque soberana uma vez emitida livremente após munido de esclarecimentos bastantes.

Note-se que tal recusa deve ocorrer mediante o devido esclarecimento<sup>44</sup>:

E essa recusa, quando ausente o risco iminente de vida, poderá ser feita tanto pelo paciente quanto por seus responsáveis legais, quando o paciente por qualquer motivo estiver impossibilitado de exprimir sua vontade:

Estado o paciente impossibilitado de concordar com a efetivação da conduta idealizada pelo médico, seja por problemas de ordem orgânica ou psíquica, os familiares ou legalmente responsáveis deverão ser consultados, pois a vontade favorável deles supre a ausência da emissão volitiva do doente, e a negativa produz efeitos idênticos aos da recusa pessoal.

Isso acontece basicamente quando do tratamento de menores de idade, alienados mentais, pessoas gravemente enfermas, ou de qualquer modo impedidas de manifestarem vontade válida.

Nesse mesmo sentido, posiciona-se Carlos Roberto Gonçalves:<sup>45</sup>

Entretanto, a vontade emitida pelo paciente deve se dar a partir do esclarecimento da situação pelo facultativo, e não em completo desconhecimento de causa, já que a cultura nacional abriga inúmeras lendas e crendices que são incompatíveis com a verdade.

Percebamos então, nesse contexto, a grande relevância da obtenção de um Termo de Consentimento Livre e Esclarecido por parte do paciente, para que se proceda à intervenção médica/cirurgia de qualquer natureza. Essa temática será abordada brevemente em tópico separado

---

<sup>43</sup> GONÇALVES, Carlo Roberto. **Responsabilidade Civil**, 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 327.

<sup>44</sup> IDEM

<sup>45</sup> IDEM

Quanto ao posicionamento jurisprudencial, os tribunais tem sido amplamente favoráveis à possibilidade de recusa de tratamento médico pelo paciente nos casos em que não exista iminente risco à vida.

As discussões judiciais são mais intensas quanto à responsabilidade dos planos de saúde e mesmo do SUS, para fornecer a esses pacientes a terapêutica alternativa que desejem. Nesse sentido, entendeu o TJPR que, enquanto houver a possibilidade da realização de um tratamento alternativo que possa ser aceito pelo paciente, ele deve ser tentado, e o Estado deve garantir o acesso do enfermo<sup>46</sup>:

APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO.MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS À PACIENTE PORTADORA DE MIELOMA MÚLTIPLO (CID 10 C 90.0). DEVER DO ESTADO EM GARANTIR O DIREITO À SAÚDE.EXEGESE DO ARTIGO 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. **AUSÊNCIA DE PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA.FATO QUE NÃO JUSTIFICA A RECUSA AO FORNECIMENTO DO TRATAMENTO POSTULADO.**EXISTÊNCIA DE CENTROS DE ALTA COMPLEXIDADE EM ONCOLOGIA (CACONS) QUE NÃO ELIDE A RESPONSABILIDADE DO ESTADO EM FORNECER O MEDICAMENTO. DIREITO À VIDA. AÇÃO MOVIDA CONTRA ESTADO. CHAMAMENTO DA UNIÃO AO PROCESSO. CPC, ART. 77, III. INVIABILIDADE.PRESTAÇÃO DE ENTREGA DE COISA CERTA.INAPLICABILIDADE DA SÚMULA Nº 150 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. DEVER DO PODER JUDICIÁRIO DE ATUAR EM DEFESA DE DIREITO FUNDAMENTAL.**INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO DIREITO A VIDA EM RAZÃO DE FORNECIMENTO DE FÁRMACO COMPATÍVEL COM A CRENÇA RELIGIOSA DA PACIENTE. PERMITIDA A PRESCRIÇÃO DE MEDICAMENTOS ALTERNATIVOS ENQUANTO NÃO HOUVER URGÊNCIA OU REAL PERIGO DE MORTE.**INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. INOCORRÊNCIA.DIREITO LÍQUIDO E CERTO. DESNECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO.

Assim, entendeu o colendo tribunal, que a mera ausência de previsão orçamentária não exime a administração pública de fornecer tratamento com medicamento compatível com a orientação religiosa do paciente, sendo a prescrição de tratamentos alternativos, plenamente possível desde que não haja real perigo de morte.

Esse posicionamento adotado pela corte paranaense não é consenso nos demais tribunais do país. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul adotou, em uma série de julgados, igualmente recentes, posicionamento diametralmente oposto.

---

<sup>46</sup> PARANÁ, Tribunal de Justiça do Paraná, Apelação Cível nº 1033990-1, 4ª Câmara Cível, Relatora: Maria Aparecida Blanco de Lima, Curitiba - PR: 16/07/2013. Dje: 17/07/2013. (grifo nosso)

Entende o TJRS que, embora seja assegurado ao paciente o direito do uso de medicamentos alternativos em situações não emergenciais, não é dever do Estado fornecer um tratamento diferenciado a determinados cidadãos devido à sua crença religiosa. Tal fornecimento inclusive lesaria o direito à igualdade na repartição dos encargos públicos. Nesse sentido, temos uma série de decisões recentes<sup>47</sup>:

SAÚDE. CIRURGIA. TESTEMUNHA DE JEOVÁ. Distinções, na prestação do serviço público de saúde, para atender às convicções religiosas ferem o direito à igualdade na repartição dos encargos públicos. **Daí que a liberdade de religião garantida a todos pela Constituição da República não assegura o direito à pessoa humana de exigir do Estado prestação diferenciada no serviço público para atender às regras e as praticas da fé que professa.** Negado seguimento ao recurso.

SAÚDE. CIRURGIA. TRANSFUSÃO DE SANGUE. LIBERDADE DE RELIGIÃO. TESTEMUNHA DE JEOVÁ. **Distinções, na prestação do serviço público de saúde, para atender às convicções religiosas ferem o direito à igualdade na repartição dos encargos públicos. Daí que a liberdade de religião garantida a todos pela Constituição da República não assegura o direito à pessoa humana de exigir do Estado prestação diferenciada no serviço público para atender às regras e as praticas da fé que professa.** Recurso desprovido.

No mesmo sentido, o TJSP decidiu em diversas ocasiões que inexistente também para os planos de saúde o dever de cobrir os custos de um tratamento médico diferenciado em virtude da recusa do paciente em receber o tratamento padrão<sup>48</sup>:

PLANO DE SAÚDE Negativa de cobertura de cirurgia para extirpação de tumor maligno no pâncreas Intervenção realizada em nosocômio não pertencente à rede credenciada Pretensão de cobertura que se revela descabida Ausência de negativa de tratamento nos hospitais da rede credenciada Prova de que a família da demandante solicitou sua alta desses nosocômios por motivos religiosos Escolha do hospital particular, fora da rede, que se deu em função dos tratamentos ali realizados sem hemoderivados. **Autora que é testemunha de Jeová e que se recusa a realizar**

---

<sup>47</sup> RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70061159398, 22ª Câmara Cível, Relatora: Maria Isabel de Azevedo Souza, Curitiba - PR: 29/08/2014, Dje: 02/09/2014. (grifo nosso)

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Agravo de Instrumento nº 70058469362, 22ª Câmara Cível, Relatora: Maria Isabel de Azevedo Souza, Curitiba - PR: 24/04/2014, Dje: 28/04/2014. (grifo nosso)

<sup>48</sup> SÃO PAULO, Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação civil nº 9068971-40.2007.8.26.0000, 1ª Câmara de Direito Privado, Relator: De Santi Ribeiro, São Paulo - SP: 31/01/2012, Dje: 31/01/2012. (grifo nosso)

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação cível nº 0001509-65.2004.8.26.0150, 6ª Câmara de Direito Privado, Relatora: Ana Lucia Romanhole Martucci, São Paulo - SP: 05/09/2013, Dje: 06/09/2013. (grifo nosso)

**transfusão de sangue Crença religiosa que deve ser respeitada, não ensejando, todavia, a atribuição dos ônus disso decorrentes à requerida.** Sentença de improcedência mantida Recurso desprovido.

PLANO DE SAÚDE. Esposa do autor que, fazendo uso de medicação anticoagulante, apresentou quadro de hemorragia no ovário, para a qual seria necessária intervenção cirúrgica. **Médicos credenciados que não se comprometeram a não utilizar, durante o procedimento, transfusão sanguínea, caso esta se fizesse estritamente necessária.** Autor e paciente se dirigiram a outros nosocômios, buscando profissionais que realizassem o procedimento em seus termos. Tratamento ministrado em cidade fora da abrangência do plano contratado. Reembolso. Impossibilidade. Livre escolha por atendimento em hospital descredenciado. Ausência de negativa de cobertura pelo plano. Não constatada qualquer abusividade. Ré cumpriu com sua obrigação contratual. Rede credenciada que estava apta para a realização do procedimento. **Recusa que se deu por parte dos contratantes. Recusa ao tratamento que é direito do indivíduo. Todavia, não se pode compelir o plano de saúde a arcar com ônus maior que o contratado se os autores escolherem não fazer uso do serviço. Recurso desprovido.**

Assim, de mesma maneira, o TJSP reconheceu que, na inexistência de risco iminente a vida, pode o paciente recusar-se a realizar o tratamento padrão e procurar um tratamento que seja aceitável do ponto de vista de sua liberdade religiosa. Porém, não estará o plano de saúde obrigado a cobrir os custos oriundos dessa escolha diferenciada.

### **2.1.2 A Importância do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido:**

Embora não seja o enfoque desse trabalho tratar das várias peculiaridades que abrangem o Consentimento Esclarecido do paciente que irá ser submetido a um procedimento médico-cirúrgico, ainda assim cumpre destacar a importância da medida.

Essa autorização deve sempre que possível ser colhida por escrito, embora geralmente na prática seja colhida verbalmente. Nesses casos, é prudente que o profissional conte ao menos com a presença de testemunhas que possam comprovar o consentimento do paciente. Sobre esse fato, assevera novamente Carlos Roberto:<sup>49</sup>

Seria interessante que todas as autorizações para cirurgias e procedimentos de vulto fossem tomados por escrito, mas, como é cediço, a regra é que a concordância se dê verbalmente. Então o profissional prudente deve, ao menos, solicitar perante testemunhas a emissão volitiva favorável à intervenção, como forma de proteção e garantia de que terá elementos probantes posteriormente, caso venham a ser necessários.

---

<sup>49</sup> GONÇALVES, Carlo Roberto. **Responsabilidade Civil**, 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 329.

Ausentes as provas testemunhais ou documentais, entende o professor que vale a presunção baseada nos indícios acerca da concordância. Assim, se a parte nunca se manifestou contrariamente ao tratamento, seria necessária uma prova robusta para desconstruir a conclusão de que o paciente manteve sua concordância com os procedimentos realizados:<sup>50</sup>

Mas, na hipótese de ausência de testemunhas ou prova escrita, valem as presunções e reunião de indícios acerca da concordância emitida pela parte interessada. Se o paciente nunca manifestou-se contrariamente ao tratamento, tenso este abarcado outras intervenções de cunho cirúrgico, não é de se supor que discordaria da nova operação, e somente prova robusta poderá fazer ruir tal raciocínio. Enfim, se é verdade que o médico, ao atuar contrariamente à vontade do paciente assume riscos de proporções avantajadas, não é menos verdade ao prejudicado cabe prova da conduta que afrontou o livre arbítrio do paciente ou responsável, devendo a dúvida ser interpretadas de acordo com os elementos coligidos do contexto, o que na prática, labora em favor do profissional.

Tal autorização para ser aceita deve ser juridicamente válida. Assim, presente qualquer vício que macule tal autorização, entende-se que o procedimento foi adotado sem que essa fosse concedida:<sup>51</sup>

Como todo ato juridicamente relevante, a autorização concedida pelo paciente pode estar maculada por efeitos que atingem os atos jurídicos em geral, tais como o dolo, coação, simulação ou fraude. Constatado o vício, a situação volta ao estado anterior, no sentido que o procedimento é tido como adotado à margem da concordância.

Se o paciente não tiver condições de manifestar a sua vontade, ela pode ser suprida pela autorização de qualquer parente maior de idade, ou cônjuge, nos termos da lei de doação de órgãos e tecidos:<sup>52</sup>

Na impossibilidade de o doente manifestar sua vontade, deve-se obter autorização escrita, para o tratamento médico ou a intervenção cirúrgica de risco, de qualquer parente maior, de linha reta ou colateral até 2º grau, ou do cônjuge, por analogia com o disposto no artigo 4º da Lei 9434 de 1997 que cuida da retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo da pessoa falecida.

Se não houver tempo hábil para ouvir o paciente ou tomar essas providencias, e se tratar-se de emergência que exige pronta intervenção médica, terá o profissional a obrigação de realizar o procedimento, independente de autorização, eximindo-se de qualquer responsabilidade por não tê-la obtido.

---

<sup>50</sup> IDEM

<sup>51</sup> IDEM

<sup>52</sup> IDEM

A jurisprudência acerca da obtenção do Consentimento Esclarecido tem se posicionado firmemente no sentido de que a ausência de elementos de sua obtenção enseja a responsabilização do médico, como se esse não tivesse obtido qualquer autorização. Esse é o entendimento da ampla maioria dos Tribunais de Justiça<sup>53</sup>:

CONSUMIDOR. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES CÍVEIS. AÇÃO REPARATÓRIA DE DANOS. CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA PARA EMBELEZAMENTO DO NARIZ (RINOPLASTIA). OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. ACENTUAÇÃO DE DEFEITO FÍSICO EXISTENTE. ASSINATURA DE FORMULÁRIO PADRÃO. AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO INFORMADO. CULPA PRESUMIDA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO MÉDICO E DA CLÍNICA. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. DANO ESTÉTICO. REMANESCÊNCIA DE DEFORMIDADE NO NARIZ. CARACTERIZAÇÃO. DEVER DE INDENIZAR. VALOR. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. ADSTRIÇÃO À NORMATIVA DA EFETIVA EXTENSÃO DO DANO. RECURSO DESPROVIDO.

**. 2.1. CABE AO CIRURGIÃO EMPREGAR A TERAPÊUTICA COM RIGOROSA SEGURANÇA E, NO PLANO DA INFORMAÇÃO (CDC, ART. 6º, III; CC, ART. 15), PREVENIR O PACIENTE DE TODOS OS RISCOS PREVISÍVEIS, AINDA QUE NÃO SE REALIZEM SENÃO EXCEPCIONALMENTE, INFORMANDO-LHE, SEM EXCEÇÕES, AS SITUAÇÕES QUE SURTIRÃO COM O ATO INTERVENTIVO, INCLUSIVE AS PRÉ E PÓS-OPERATÓRIAS. SE A PACIENTE NÃO FOI ADVERTIDA DOS EFEITOS NEGATIVOS, HÁ VIOLAÇÃO DO DEVER DE INFORMAR, SUFICIENTEMENTE PARA RESPALDAR A RESPONSABILIDADE MÉDICA. 2.2. A ASSINATURA DA PACIENTE APOSTA EM FORMULÁRIO PADRÃO, COM RECOMENDAÇÕES GENÉRICAS, NÃO CONFIGURA CONSENTIMENTO INFORMADO, HAJA VISTA NÃO ELENCAR DE MODO CLARO AS COMPLICAÇÕES DO PROCEDIMENTO ANESTÉSICO-CIRÚRGICO DE RINOPLASTIA. 3. À LUZ DAS PROVAS PRODUZIDAS, NÃO OBSTANTE EVENTUAL ERRO MÉDICO TENHA SIDO AFASTADO QUANTO À CIRURGIA, ÀS CICATRIZES E À FORMA DE PROCEDER DURANTE O PÓS-OPERATÓRIO, A FRUSTRAÇÃO DO RESULTADO ESPERADO COM A CIRURGIA ESTÉTICA EMBELEZADORA DE NARIZ (RINOPLASTIA) ENSEJA A PRESUNÇÃO DE CULPA DO PROFISSIONAL E, CONSEQUENTEMENTE, O DEVER DE INDENIZAR, QUANDO NÃO DEMONSTRADO QUALQUER FATOR IMPREVISÍVEL (CASO FORTUITO, FORÇA MAIOR, CULPA EXCLUSIVA DA PACIENTE). AINDA QUE CADA ORGANISMO APRESENTE PECULIARIDADES ÚNICAS, E NÃO OBSTANTE O FATO DE QUE QUALQUER ATO CIRÚRGICO ESTEJA SUJEITO À ÁLEA, A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO MÉDICO E DA CLÍNICA DE ESTÉTICA (CDC, ART. 14; CC, ARTS. 186, 187, 927, 932, III, E 951), NO PARTICULAR, NÃO PODE SER AFASTADA, HAJA VISTA NÃO TEREM ESTES SE DESINCUMBIDO DO DEVER DE INFORMAÇÃO PRÉVIO SOBRE A POSSIBILIDADE DE RESULTADO DIVERSO DO ESPERADO.**

---

<sup>53</sup> DISTRITO FEDERAL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Embargos Infringentes na ação reparatória de danos 0082478-81.2009.8.07.0001, 1ª Câmara Cível, Relator: Des. Alfeu Machado, Brasília – DF: 24/03/2014, Dje: 03/04/2014.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça de São Paulo, Agravo Regimental nº 2062287-77.2014.8.26.0000, 10ª Câmara de Direito Privado, Relator: Cesar Ciampolini, São Paulo– SP: 26/08/2014, Dje: 28/08/2014. (grifo nosso)

Agravo regimental. Interposição contra decisão de relator que negou liminar em agravo de instrumento (CPC, art. 527, III). Inadmissibilidade, consoante o disposto no parágrafo único do mesmo dispositivo. Agravo regimental não conhecido.

Em seu voto, o relator assevera:

Ainda sobre o conteúdo das informações adverte que o profissional 'deve criar condições para que sejam apreendidas de maneira mais completa possível, estimulando o doente a dirimir suas dúvidas, mantendo o diálogo'. Isto porque, o consentimento informado garante ao paciente liberdade de escolha.

Valendo-se dos ensinamentos do Ministro Ruy Rosado de Aguiar afirma: 'Na obtenção do consentimento para realização de uma cirurgia o paciente deve ser informado a respeito dos riscos e possíveis resultados, pois, cabe unicamente ao mesmo decidir sobre sua saúde, avaliar o risco a que será submetido com tratamento ou cirurgia, aceitar ou não a solução preconizada pelo médico.

Assim a obtenção do consentimento, sem que o paciente tenha sido plenamente esclarecido, acarretará responsabilidade do profissional salvo situação emergencial.'

Para Judith Martins Costa, nesta hipótese haveria quebra dos deveres instrumentais, na fase pré-contratual, concernentes ao dever de bem esclarecer, informar e aconselhar o futuro contratante acerca dos pontos que seriam essenciais para a formação do seu consentimento de tal sorte que ele não teria concluído o contrato, ou não teria concluído, salvo em condições mais favoráveis, se as tivesse conhecido (A Boa Fé no Direito Privado São Paulo RT, 1999).

Nas palavras de Cláudia Lima Marques, um dever de informar clara e suficientemente os leigos consumidores sobre os riscos típicos e aspectos principais do serviço médico naquele caso específico. Um dever diretamente oriundo das exigências de boa fé (...) na conduta do expert em relação ao leigo durante todo o desenvolver da relação jurídica de confiança (...) a responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor RT 827/1993.

Segundo a doutrinadora apontada: **'Como afirmam os autores alemães, se o paciente não foi suficientemente esclarecido sobre os riscos e as circunstâncias principais do tratamento ou cirurgia proposta, não há consentimento válido e o médico é responsável por todos os danos ao consumidor causados por esta falha informativa, por defeito informativo, mesmo que não haja qualquer erro médico ou falha na técnica (imperícia) médica no serviço. Hoje a falha informativa ou o fato oriundo do defeito de informação são negligência e imprudência médica por si sós'**.

O documento de fls. 176, nesta fase processual não é suficiente para atender a estas especificidades do dever de informar. **Trata-se de uma autorização genérica, que a rigor serve para toda e qualquer intervenção cirúrgica. Além disso, foi assinado no dia da intervenção, onde o paciente submetido a todo estresse da doença e da internação, jamais teria condições de avaliar os riscos e as consequências daquela cirurgia.**

Nesse sentido, temos decisão recente do STJ que confirma esse entendimento<sup>54</sup>:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 574.627 - DF (2014/0224966-2)  
RELATOR : MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO AGRAVANTE :  
CLINISER CLÍNICA SER DE ESPECIALIDADE MÉDICO-CIRÚRGICAS  
ADVOGADOS : RAUL CANAL WALDUY FERNANDES DE OLIVEIRA E  
OUTRO (S) YUKARY NAGATANI AGRAVADO : CLEUNICE BORGES DE  
MACÊDO ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL  
AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. AÇÃO  
INDENIZATÓRIA POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS.

---

<sup>54</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 236.708, 4ª Turma, Relator: ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Brasília, DF: 25/03/2015, Dje: 26/03/2015. (grifo nosso)



CONFIGURADOS. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. A PARTIR DA CITAÇÃO. SIMILITUDE FÁTICA. NÃO COMPROVAÇÃO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL CONHECIDO PARA, DESDE LOGO, NEGAR SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. DECISÃO Vistos, etc. 4. **Cabe ao cirurgião empregar a terapêutica com rigorosa segurança e, no plano da informação (CDC, art. 6º, III; CC, art. 15), prevenir o paciente de todos os riscos previsíveis, ainda que não se realizem senão excepcionalmente, informando-lhe, sem exceções, as situações que surgirão com o ato interventivo, inclusive as pré e pós-operatórias. Se o paciente somente foi informado dos pontos positivos que poderiam ser obtidos, sem ser advertido dos efeitos negativos, há violação do dever de informar, suficientemente para respaldar a responsabilidade médica.** 5. Não obstante, à luz das provas produzidas, eventual erro médico tenha sido afastado quanto à cirurgia, às cicatrizes e à forma de proceder durante o pós-operatório, a frustração do resultado esperado com a cirurgia estética de abdominoplastia e lipoaspiração de tronco, culotes e membros inferiores (deformidades na perna esquerda) enseja a presunção de culpa do profissional e, conseqüentemente, o dever de indenizar, quando não demonstrado qualquer fator imprevisível (caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da paciente). **A alegação de impossibilidade de simetria perfeita, devido as particularidades do corpo da paciente (flacidez cutânea) não afasta a responsabilidade da clínica de estética ré por seus profissionais (CDC, art. 14; CC, arts. 186, 187, 927, 932, III, e 951), haja vista não terem estes se desincumbido do dever de informação prévio sobre a possibilidade de resultado diverso do esperado.**

## 2.2 A responsabilidade Criminal:

A autonomia do paciente é garantida não apenas pela constituição, mas também pelo código penal. Assim, submeter alguém à procedimento médico-cirúrgico, sem sua autorização, configura crime de constrangimento ilegal previsto no artigo 146 do CP<sup>55</sup>:

### **Constrangimento ilegal**

Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

### **Aumento de pena**

§ 1º - As penas aplicam-se cumulativamente e em dobro, quando, para a execução do crime, se reúnem mais de três pessoas, ou há emprego de armas.

§ 2º - Além das penas cominadas, aplicam-se as correspondentes à violência.

§ 3º - Não se compreendem na disposição deste artigo:

I - a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida;

II - a coação exercida para impedir suicídio.

---

<sup>55</sup> BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Vade mecum. São Paulo: Saraiva, 2014.

Note-se que o tipo penal não trata de eventuais lesões corporais decorrentes do tratamento médico. O bem jurídico a ser protegido aqui é a liberdade do indivíduo, conforme bem lembra Marcelo Sarsur:<sup>56</sup>

O objeto jurídico da tutela penal no crime de constrangimento ilegal é a *liberdade individual*, posta em risco ou lesada por uma conduta do sujeito ativo. Não se tomam em consideração eventuais lesões corporais (art. 129, CP) que poderiam vir a ser produzidas no paciente em decorrência da intervenção médico-cirúrgica, dado que a mesma, quando há fins terapêuticos, não corresponde a fato penalmente relevante.

Se do ato médico contrário à vontade do paciente decorrem lesões corporais ou a morte do paciente, a esse será imputado não apenas o tipo penal de constrangimento ilegal, mas também dos demais crimes correspondentes.

A relevância de tratarmos do tema da perspectiva criminal decorre do fato de que a condenação penal do profissional de saúde enseja reparação no âmbito da responsabilidade civil, nos termos do artigo 63 do CPP, conforme lembra o professor.<sup>57</sup>

Em observância ao que dispõe o art. 63 do Código de Processo Penal, a sentença condenatória transitada em julgado pelo crime de constrangimento ilegal é título executivo no juízo cível, descabendo a abertura de processo de conhecimento para a condenação do responsável por perdas e danos.

A indenização no âmbito da responsabilidade civil está prevista no Código Civil nos artigos 949 e 954:<sup>58</sup> “A indenização civil pela intervenção médico-cirúrgica ilícita será medida com base nos arts. 949 e 954 do CCB, que tratam, respectivamente, do ressarcimento por lesões ou ofensas à saúde e do ressarcimento por ofensa à liberdade pessoal”.

---

<sup>56</sup> SILVA, Marcelo Sarsur Lucas da. **Considerações sobre os limites à intervenção médico-cirúrgica não consentida no ordenamento jurídico brasileiro.** *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 43, p. 85-117, jul./dez. 2003. Disponível em: <<http://dspace.xmlui/bitstream/item/12988/1204.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 13 out. 2014.

<sup>57</sup> IDEM

<sup>58</sup> IDEM

Diante disso, vale a pena analisarmos os dispositivos do Código Civil que tratam da matéria<sup>59</sup>:

Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.

Art. 953. A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.

Parágrafo único. **Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, eqüitativamente, o valor da indenização,** na conformidade das circunstâncias do caso.

Art. 954. **A indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido, e se este não puder provar prejuízo, tem aplicação o disposto no parágrafo único do artigo antecedente.**

Parágrafo único. Consideram-se ofensivos da liberdade pessoal:

I - o cárcere privado;

II - a prisão por queixa ou denúncia falsa e de má-fé;

III - a prisão ilegal.

Notemos então que o código civil prevê a responsabilidade do profissional de saúde que ofende a liberdade pessoal do paciente e o submete a um procedimento médico-cirúrgico sem sua autorização, devendo pagar os prejuízos causados. E mesmo que não possam ser comprovados os prejuízos materiais, ainda cabe indenização a ser fixada pelo juiz, nos termos do artigo 953 do CC.

Por fim, vale a pena ressaltar que tal indenização nada tem a ver com a indenização paga a título de lesão corporal ou morte decorrentes de erro médico<sup>60</sup>:

Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;

II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

---

<sup>59</sup> BRASIL. Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002, institui o **Código Civil**. Diário Oficial {da} República Federativa do Brasil. Brasília DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 22 dez. 2014. (grifo nosso)

<sup>60</sup> IDEM (grifo nosso)

Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.

Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

Parágrafo único. O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez.

Art. 951. **O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.**

## **2.3 Quando há risco iminente à vida:**

### **2.3.1 Análise acerca da Doutrina e Legislação:**

Como vimos acima, a realização de procedimento médico contra a vontade do paciente pode ser caracterizada como crime de constrangimento ilegal, ensejando os devidos reflexos criminais e civis.

A proteção da liberdade individual é vista como de grande interesse pelo Estado, sendo um dos bens mais relevantes de nossa sociedade, após a vida e a saúde. Sobre esse aspecto, relembra Genival Veloso que a proteção à vida humana é tida em nosso ordenamento jurídico como a norma superior a todas as outras. Essa proteção se reflete inclusive na esfera penal, com a exclusão do crime de constrangimento ilegal nos casos de risco à vida<sup>61</sup>:

A consciência atual, quando sente ameaçada a mais indeclinável de duas normas – o respeito pela vida humana, dadas as condições mais excepcionais e precárias-, tenta de forma desesperada regras que impeçam a prática de crueldades inúteis. Até mesmo nos momentos mais graves, quando tudo parece perdido, como nos conflitos internacionais, na hora em que o direito da força se instala, negando o próprio direito, ainda assim o bem da vida é de tal grandeza que a intuição humana se rende para protegê-la da insânia coletiva.

*Ipsa facto*, na proteção do mais irrecusável de todos os direitos – o direito à vida -, nossa legislação penal despenalizou o constrangimento ilegal, desde que a vida de uma pessoa corra risco iminente de morte e que alguém faça isso por meios moderados e sem colocar em risco sua própria segurança.

---

<sup>61</sup> FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 12. ed. rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 212.

Assim, a própria previsão legal do Código Penal, coloca a proteção à vida como uma excludente de tipicidade do crime de constrangimento ilegal, conforme constante no parágrafo 3º do artigo 146 do CP<sup>62</sup>:

Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:

§ 3º - Não se compreendem na disposição deste artigo:

I - a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida;

II - a coação exercida para impedir suicídio.

Nesse sentido, Regis Luiz Prado nos ensina:<sup>63</sup>

Fundamenta-se o estado de necessidade porque a conduta do médico visa afastar de perigo atual ou iminente bem jurídico alheio (vida do paciente), cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

**O mal causado (violação da liberdade pessoal) é menor do que aquele que se pretende evitar (morte).** Há conflito entre bens de valor diferencial, com sacrifício do bem de menor valor. **O ordenamento jurídico faculta a lesão do bem jurídico de menor valor como único meio de salvar o de maior valor.**

O ordenamento jurídico nacional prioriza o direito à vida frente à liberdade pessoal, facultando o sacrifício da autonomia do indivíduo nos casos de risco à vida.

Desse modo, a proteção do Estado à liberdade não ocorre de maneira indiscriminada, mas consoante com o bem coletivo. E, nesse sentido, entendem os doutrinadores que a vida é um direito e um dever do ser humano<sup>64</sup>:

Mesmo assim, estando a liberdade juridicamente assegurada, não pode ela ser tolerada de maneira irresponsável. **A liberdade do homem o faz um ser harmônico na vida social. Fora dessa situação torna-se ela um abuso.**

**Por outro lado, viver não é apenas um direito. É também um dever.** Somente poderá ser violado pelo fatalismo das leis biológicas, indiferentes aos sistemas normativos criados pelo homem.

O que o Estado protege não é a liberdade natural de o homem fazer ou deixar de fazer o que não quer, mas a liberdade jurídica a qual assegura ao indivíduo o exercício da própria vontade, dentro de um limite permitido pela lei. Em suma, o que se tutela é a liberdade responsável.

Assim, nesses casos, **sacrifica-se um bem – a liberdade -, para se salvar outro, de maior interesse e significação, que é a vida, da qual não pode o homem dispor**

---

<sup>62</sup> BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Vade mecum. São Paulo: Saraiva, 2014.

<sup>63</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**, volume 2: parte especial: arts. 121 a 183. 2. ed. rev., atual, e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 276. (grifo nosso)

<sup>64</sup> FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 12. ed. Rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 212. (grifo nosso)

**incondicionalmente, pois reclama outro titular de direito – o estado-, para o qual o individuo não é apenas uma unidade demográfica, mas sobretudo um valor social e político.**

E é exatamente por esse motivo que ocorre a exclusão da antijuridicidade da violação do direito de liberdade em dois casos específicos que se relacionam com a proteção a vida e que vimos acima: no impedimento ao suicídio e na imposição de tratamento médico arbitrário<sup>65</sup>:

Com esse pensamento o legislador brasileiro exclui, em duas situações, a antijuridicidade do constrangimento: no tratamento médico arbitrário diante de iminente perigo de vida e no impedimento ao suicídio. O elemento que caracteriza a exclusão do delito é o estado de necessidade de terceiro, que a doutrina moderna aceitou, dirimindo dúvidas e controvérsias. É a maneira que se encontrou para salvar uma vida ameaçada de forma certa e imediata. São requisitos do estado de necessidade: ameaça a direito próprio ou de terceiro, cujo sacrifício era irrazoável exigir-se, perigo atual; situação não provocada pelo agente; conduta inevitável de outro modo. Mesmo que o perigo seja suposto por escusável erro de fato, pode-se arguir o estado de necessidade putativo.

Note-se que a violação da liberdade pessoal do paciente que autoriza o tratamento é aceita como uma exceção, tendo sua ilicitude excluída em face do iminente risco à vida. A esse respeito, bem observa o festejado Nelson Hungria<sup>66</sup> :

**O direito penal positivo rejeita, na sua generalidade, o princípio defendido por Graf zu Dohna, de que “é justo o meio para um justo fim”; mas há casos particulares em que cede a tal critério. É o que ocorre, por exemplo, no caso do chamado “tratamento médico arbitrário”, desde que se apresente justificado por sua indeclinabilidade e urgência.**

Ou seja, a urgência do tratamento é tida como condição indispensável para caracterizar tal excludente. Nas palavras de Magalhães Noronha<sup>67</sup>:

**Só esse requisito [o iminente risco de vida] já que permite a intervenção médica ou cirúrgica, sem anuência do enfermo ou de seu representante legal.**  
Um perigo de vida remoto não justificaria a ação do médico; um mal físico que não o acarretasse, muito menos.

Nesse mesmo sentido se posiciona Genival Veloso:<sup>68</sup>

---

<sup>65</sup> IDEM

<sup>66</sup> HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**. V. 6: arts. 137 ao 154. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 170-171. (grifo nosso)

<sup>67</sup> NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal. V. 2: Dos crimes contra a pessoa; Dos crimes contra o patrimônio**. 29. ed. atual. Atual, por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 161. (grifo nosso)

<sup>68</sup> FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 12. ed. Rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 212. (grifo nosso)

É indiscutível que, em casos de não emergência, deve o médico sempre ter o consentimento expresso ou tácito do paciente ou seus familiares, pois aí está prevalecendo apenas interesse de ordem pessoal.

É necessário que não exista apenas um simples risco à saúde, ou outro perigo remoto e duvidoso, **mas que essa intervenção seja urgente, necessária e inadiável, numa eminência de morte, para justificar o tratamento arbitrário.**

A autonomia do paciente para decidir acerca da aceitação de seu tratamento está prevista no art. 15 do Código Civil, que estabelece<sup>69</sup>: “Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”.

Essa alteração, introduzida pelo Código Civil de 2002, veio envolta em certa polêmica. Afinal, extrai-se do texto legal que o paciente não pode ser constrangido a se submeter, com risco de vida, a um tratamento médico ou intervenção cirúrgica.

Mas isso implicaria que se não houver risco ao procedimento, o paciente poderia ser constrangido? Certamente que não. Apesar da redação do artigo, entendem doutrina e jurisprudência que o paciente tem o direito à autonomia e, em regra, não pode ser coagido à realizar qualquer procedimento médico-cirúrgico.

Em análise oposta, a inserção de tal dispositivo implica que o paciente não poderia mais ser constrangido de forma alguma a realizar procedimento médico- cirúrgico, mesmo que haja risco de morte no caso de recusa?

Veremos que também não é esse o entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca do tema. Nesse sentido, é interessante nos atentarmos para o enunciado 533 da VI Jornada de Direito Civil de 2013, promovida pelo CFJ:<sup>70</sup>

ENUNCIADO 533 – 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, **salvo as situações de emergência ou no curso de procedimentos médicos cirúrgicos que não possam ser interrompidos.**

Justificativa: 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

---

<sup>69</sup> BRASIL. Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002, institui o **Código Civil**. Diário Oficial {da} República Federativa do Brasil. Brasília DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 22 dez. 2014.

<sup>70</sup> Conselho Federal de Justiça, Enunciados aprovados da VI Jornada de direito Civil de 15 de Abril de 2013, disponível em < <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/vijornada.pdf>>, acessado em 04.07.15. (grifo nosso)

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.**

Notemos que o CFJ destaca o crescente reconhecimento da autonomia do paciente tanto no âmbito nacional quanto internacional, revelando a importância do consentimento esclarecido e do exercício dos direitos da personalidade. No entanto, ainda traz como limite ao respeito de autonomia da vontade a situação de eminente risco de vida.

Aprofundando a análise do referido artigo temos que para a maior parte da doutrina, há algumas dúvidas se o citado dispositivo do artigo 15º do CC revogou a excludente de ilicitude do artigo 146 § 3º, Inciso I do CP.

Para alguns autores, como Nilo Batista, houve a revogação do excludente de ilicitude<sup>71</sup>:

(...) Mas vejo clara antinomia: **o art. 15 do Código Civil revogaria o art. 146, § 3º, inc. I do Código Penal. O consentimento, direto ou diferido e, em qualquer caso — como hoje se postula — informado do paciente passa a constituir exigência indeclinável da intervenção médico-cirúrgica.** É claro que **sobrevive o estado de necessidade como causa geral de exclusão da ilicitude** (art. 24, CP), não se apavorem os facultativos.

De maneira contrária, outra parte da doutrina posiciona-se no sentido de que o dispositivo do CC não teria o condão de revogar a excludente de ilicitude do CP, até mesmo porque não há qualquer previsão na norma revogadora do CC para que seja operado tal efeito.

Demais a mais, mesmo que se entenda a possibilidade de lei posterior derrogar a lei anterior, ainda assim, entende a maioria da doutrina que cada artigo trata de situação distinta: o CC trata do perigo de vida oriundo de uma intervenção médica-cirúrgica, enquanto o CP

---

<sup>71</sup> BATISTA, Nilo. **O novo Código Civil e Direito Penal: Uma Carta e onze questões.** *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 1, n. 127, 2003. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em 25. Abr. 2015. (grifo nosso)



trata do iminente risco de vida anterior ao procedimento médico. Sobre essa perspectiva, bastante esclarecedores são os comentários de Marcelo Sarsur:<sup>72</sup>

**A revogação do art. 146, § 3a, I, do CP não parece ter sido operada pelo Código Civil**, por duas razões: a primeira é que a norma revogadora do CCB (art. 2.045) trata especificamente do Código Civil de 1916 e da Parte Primeira do Código Comercial de 1850, sem remeter a quaisquer “disposições em contrário”. Isto, por si só, não afasta a máxima “*Lex posterior derogat priori*”, mas **oferece subsídio para se admitir a subsistência da norma do art. 146, § 32, I, do CP.**

A segunda razão é de ordem hermenêutica: **a redação dos dispositivos do art. 15 do CCB e do art. 146, § 32, I, do CP não guarda relação de contrariedade direta entre eles. A saber: a última refere-se ao risco de vida preexistente, enquanto a outra tutela situações de risco de vida superveniente.**

Não cumpre distinguir, como deseja o renomado professor da UERJ, entre casos em que o paciente encontra-se incapaz de manifestar sua vontade e situações nas quais o mesmo se opõe à intervenção médico-cirúrgica. Existindo iminente risco de vida para a pessoa, o médico pode e deve atuar nos termos do art. 146, § 3a, I do Código Penal, que nada mais representa senão a configuração, na Parte Especial, da causa de exclusão de ilicitude presente na Parte Geral do Código Penal Brasileiro .

Mas é bem verdade que na prática em muitas situações é difícil fazer essa diferenciação, uma vez que é difícil distinguir o perigo à vida anterior ao procedimento e o perigo advindo do procedimento médico.

Afinal, muitas vezes a gravidade do estado do paciente faz com que ambos se operem de maneira simultânea. Nesse sentido, o próprio Marcelo Sarsur<sup>73</sup>:

A sutileza de distinguir o perigo de vida anterior à intervenção médica e o mesmo perigo decorrente dela não ajuda muito: frequentemente se apresentam juntos, sendo o primeiro condição física de incremento do segundo e condição jurídica de sua legitimidade.

De toda sorte, tal discussão acerca do fato do disposto no artigo 15º do CC ter ou não revogado a excludente de ilicitude não gera na prática grande alteração, pois subsistiria, de toda sorte, a excludente geral de ilicitude prevista no artigo 24º do CP, conforme comenta Nilo Batista:<sup>74</sup>

---

<sup>72</sup> SILVA, Marcelo Sarsur Lucas da. **Considerações sobre os limites à intervenção médico-cirúrgica não consentida no ordenamento jurídico brasileiro.** *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 43, p. 85-117, jul./dez. 2003. Disponível em: <<http://dspace.xmlui/bitstream/item/12988/1204.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 13 out. 2014. (grifo nosso)

<sup>73</sup> IDEM

<sup>74</sup> BATISTA, Nilo. **O novo Código Civil e Direito Penal: Uma Carta e onze questões.** *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 1, n. 127, 2003. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em 25. Abr. 2015.

Rigorosamente, na ausência de consentimento em situação de iminente perigo de vida (por exemplo, paciente incapaz de exprimir vontade), a solução se mantém, como se mantém o fundamento (estado de necessidade, segundo sua formulação geral do art. 24, CP).

Nesse sentido, na presença do iminente risco de vida, há exclusão de ilicitude, nos termos do artigo 24 do CP<sup>75</sup>:

**Estado de necessidade**

Art. 24 - Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

Logo, quando o médico age sem o consentimento do paciente, ainda que se entenda que o risco iminente de morte não seria uma excludente específica de ilicitude nos termos do parágrafo 3º do artigo 146 do CP, ainda assim, o estado de necessidade, conforme disposto no artigo 24 do CP, surge como excludente de ilicitude nesses casos, pois a doutrina considera que a proteção do bem jurídico da vida não era passível de sacrifício, sendo praticado o constrangimento para afastar o paciente de perigo atual, que não foi provocado pelo profissional de saúde.

Sobre o mesmo tema, Ênio Santarelli Zuliani cita um julgado do TJSP, acerca da transfusão de sangue em paciente que recusou o tratamento, onde não foi considerada a responsabilidade civil do médico, uma vez que sua conduta não seria antijurídica<sup>76</sup>:

O Tribunal de Justiça de São Paulo deferiu medida cautelar e autorizou que se realizasse a transfusão de sangue, independente do consentimento do receptor. Admite-se que a matéria é polêmica e controversa, tanto que os Professores Manoel Gonçalves Ferreira Filho e Celso Bastos emitiram pareceres pela predominância do direito do paciente e dos pais de menores, na forma do art. 5º, *caput* e incisos VI e X, da Constituição Federal, mas que, apesar da respeitabilidade desses manifestos, não convenceram os desembargadores da 3ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Esse julgado discutiu o cabimento de indenização pela transfusão de sangue não consentida e que ajudou a recuperar os sinais vitais da mulher que agonizava no leito hospitalar; **o Tribunal considerou que o proceder dos médicos estava imune à teoria da responsabilidade civil, que exige, para sua aplicação, a antijuridicidade. Salvar a vida, como ocorreu, não se caracteriza como ato ilícito.**

---

<sup>75</sup> BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Vade mecum. São Paulo: Saraiva, 2014.

<sup>76</sup> ZULIANI, Ênio Santarelli em **Responsabilidade civil : responsabilidade civil na área da saúde** / coordenadora Regina Beatriz Tavares da Silva. – 2. ed. – São Paulo : Saraiva, 2009. – (Série GV-law), p. 51. (grifo nosso)

Esse entendimento já é, inclusive, consolidado em nossa jurisprudência há muitos anos. Sobre o tema, Miguel Kfoury cita então o Imesp 7/175 do extinto TACrimSP, onde o juiz Marrey Neto manifestou-se<sup>77</sup>: “ Uma vez comprovada efetivo perigo de vida para a vítima, não cometeria delito nenhum o médico que, mesmo contrariando vontade expressa dos por ela responsáveis, à mesma tivesse ministrado transfusão de sangue”.

Inexistindo ilicitude na conduta do médico que realiza procedimento médico-cirúrgico no intuito de remover iminente risco de vida ao paciente, desaparece também a responsabilidade civil pelo fato do constrangimento, subsistindo apenas a responsabilidade pelas consequências da intervenção, como nos esclarece Marcelo Sarsur:<sup>78</sup>

**Não havendo crime de constrangimento ilegal, por estar a conduta de submeter paciente a intervenção médico-cirúrgica involuntária justificada pelo iminente risco de vida, cessa de existir qualquer responsabilidade civil sobre o fato do constrangimento,** subsistindo aquela responsabilidade pelas consequências da intervenção, em especial se, por imprudência, imperícia ou negligência, adveio dano ao paciente.

De fato, entendem a doutrina e a jurisprudência que, nos casos de iminente risco de vida, o médico não detém a mera faculdade, mas a obrigação de agir.

Aliás, como bem se sabe, a inação de qualquer pessoa diante de uma pessoa que está em grave e iminente perigo, já configura o crime de omissão de socorro. Nesses casos, onde o comando penal dirigiu-se a todos, a omissão é classificada como própria.

Mas existe ainda no direito penal a figura da omissão imprópria, que ocorre quando determinada pessoa, que tinha o dever de agir em determinado momento (devido à sua condição especial de garantidor) deixa de fazê-lo. Quando o agente que está em posição de garante não age comete uma omissão penalmente relevante nos termos do § 2 do artigo 13º do CP<sup>79</sup>:

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;

---

<sup>77</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**, 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 541.

<sup>78</sup> SILVA, Marcelo Sarsur Lucas da. **Considerações sobre os limites à intervenção médico-cirúrgica não consentida no ordenamento jurídico brasileiro**. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 43, p. 85-117, jul./dez. 2003. Disponível em: <<http://dSPACE/xmlui/bitstream/item/12988/1204.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 13 out. 2014. (grifo nosso)

<sup>79</sup> BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Vade mecum. São Paulo: Saraiva, 2014.

- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

Ora, o médico, enquanto profissional de saúde, tem por dever legal o cuidado, proteção e vigilância do paciente, logo a sua inação diante de situação de risco para o paciente configura uma hipótese de omissão imprópria. E a omissão imprópria é punida em nosso Código Penal com a pena equivalente à da ação.

Ou seja, se resultar da ausência de agir do profissional médico, uma lesão corporal grave ao paciente, ele não responderá pela omissão de socorro simplesmente, mas sim pela lesão corporal grave que ocasionou, uma vez que estava em posição de garante. Nesse sentido, é interessante a análise de Marcelo Sarsur:<sup>80</sup>

Vale destacar que, **quando há omissão imprópria, as penas cominadas ao médico são superiores àquelas atribuídas aos crimes culposos:**

Por exemplo, se o cirurgião, devido à imperícia, provoca lesões corporais graves no paciente, a pena máxima estabelecida é de 1 ano de detenção, agravada pela inobservância de norma técnica da profissão médica (art. 129, § 62, c/c § 72, CP).

Se a mesma lesão corporal de natureza grave é provocada pela inação do médico diante da doença do paciente, a pena máxima cominada é de 5 anos de reclusão (art. 129, § 12, CP).

Como podemos depreender da análise acima, o nosso ordenamento jurídico privilegiou que o profissional médico adote uma conduta de ação diante do iminente risco de vida ao paciente, mesmo que essa ação não seja cometida com a devida perícia, do que o profissional não realize nenhuma ação.

Então, mesmo em termos de condenação, aproveita melhor ao profissional que realize o procedimento médico-cirúrgico do que se abstenha e seja responsabilizado por sua omissão. Afinal, a recusa do paciente em receber a intervenção não é tida como motivo exculpante para o profissional de saúde:<sup>81</sup>

Ressalte-se, ainda, que a recusa do paciente à intervenção médico-cirúrgica não aproveita ao médico por ele responsável enquanto motivo exculpante. A vida e a integridade física são bens, em regra, indisponíveis, estando além da vontade do seu titular cedê-los ou deles dispor livremente.

---

<sup>80</sup> SILVA, Marcelo Sarsur Lucas da. **Considerações sobre os limites à intervenção médico-cirúrgica não consentida no ordenamento jurídico brasileiro.** *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 43, p. 85-117, jul./dez. 2003. Disponível em: <<http://dSPACE/XMLUI/bitstream/item/12988/1204.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 13 out. 2014. (grifo nosso)

<sup>81</sup> IDEM

É do entendimento dos doutrinadores, bem como pode ser extraído do próprio ordenamento jurídico brasileiro que a vida é um bem maior, sendo indisponível, mesmo por parte de seu titular. Nesse sentido, Rita de Cássia Leite:<sup>82</sup>

Os direitos da personalidade são absolutos (oponíveis *erga omnes*, implicando em dever geral de abstenção à todos), extrapatrimoniais (impossíveis de avaliação em termos pecuniários) indisponíveis (impossíveis de avaliação em termos pecuniários) indisponíveis (impossíveis de cessão à terceiro, estando fora do comércio), impenhoráveis (impossíveis de subtração coercitiva via judicial), imprescritíveis (não se perdem com o decurso do tempo), irrenunciáveis (impossíveis de serem reusados pelo titular), ilimitados (não é possível reduzi-los a uma lista fechada), vitalícios e necessários (acompanham a pessoa pela vida toda, sendo indispensáveis à existência humana)

Bem destaca Leonardo Fabbro:<sup>83</sup>

No Brasil, pode-se então dizer que há uma disponibilidade controlada ou parcial. É lícito, assim, concluir-se que a primeira grande limitação à autonomia do paciente é a impossibilidade de livre disposição do próprio corpo ou de partes dele.

**Enquanto direitos da personalidade, vige para os bens *vida humana e integridade física* a norma do art. 11 do CCB: *Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária*".** Percebe-se, pois, que o *consentimento informado* previsto na norma do art. 15 do CCB é *exceção de cessibilidade do bem jurídico, legalmente prevista*, nos termos do art. 11.

Já o art. 13 do Código Civil prescreve: "*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*". **Assim, toda disposição de partes do corpo humano, em tese, deve atender a imperativos médicos, sendo proibida qualquer lesão voluntária à integridade física.** Do mesmo modo, é sabido que a *eutanásia*, ou como querem alguns autores, o *suicídio assistido*, é conduta que o direito brasileiro reprovando severamente, exigindo-se a aplicação de sanção penal àquele que auxilia o suicídio (art. 122, CP).

Assim, a doutrina entende que o bem jurídico da vida é irrenunciável, conforme observam Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior<sup>84</sup>:

Os direitos fundamentais, visto que intrínsecos ao ser humano, são irrenunciáveis. Com efeito, as características já traçadas dos direitos fundamentais enunciam sua inerência ao ser humano. Esta condição, por si, torna-o dignitário de direitos fundamentais.

---

<sup>82</sup>LEITE, Rita de Cássia Curvo. **Os direitos da personalidade**. In SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. (Org.) *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 157-159.

<sup>83</sup>FABBRO, Leonardo. **Limitações Jurídicas à Autonomia do Paciente**. Bioética, Brasília, v. 7, n. 1, p. 7-12, 1999. Periodicidade semestral, p. 10. (grifo nosso)

<sup>84</sup>ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 125. (grifo nosso)

Assim sendo, afirma-se, por outro modo, que **todos os indivíduos são dotados de um patamar mínimo de proteção, congênito à sua condição humana. Logo, a esse patamar mínimo de proteção nem o próprio indivíduo pode renunciar**, visto que a aderência desses direitos à condição humana faz com que **a renúncia a eles traduza, em última análise, a renúncia da própria condição humana, que, por natureza, é irrealizável.**

O direito à vida é essencial e impera sobre qualquer outro direito. Segundo o renomado doutrinador Alexandre de Moraes<sup>85</sup>: “O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, pois o seu asseguramento impõe-se, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos”.

Nesse contexto, entende a doutrina que o tratamento médico nos casos de risco à vida está condicionado ao interesse do doente e da comunidade, não sendo razoável que o profissional de saúde deva se submeter a vontade dos familiares<sup>86</sup>:

Sendo assim, no tratamento médico ou cirúrgico de urgência, a liberdade não está condicionada ao consentimento do paciente ou de seus representantes legais, mas ao real interesse do doente e da comunidade. O enfermo, como é natural, não é conhecedor da maneira ou dos meios pelos quais se deve processar a cura, e somente ao médico pode-se atribuir tal iniciativa.

Subordinar a licitude de um ato médico inadiável e necessário à vontade do enfermo ou de seus familiares é simplesmente transformar o médico em mero locador de serviços.

Mais do que isso, o entendimento particular entre o médico e o paciente não afastam a proteção da integridade física do indivíduo e muito menos a responsabilidade penal do médico<sup>87</sup>:

Em adição, o direito privado brasileiro deixa de reconhecer validade às convenções firmadas entre particulares quando estas dispõem de modo a fraudar lei imperativa (art. 166, VI, CCB).

A lei, como se demonstrou acima, não permite a disponibilidade ampla do bem *integridade física*, sendo nulo qualquer ato firmado neste sentido, sem finalidade médica.

**A discordância do paciente em se submeter a procedimento médico-cirúrgico não pode ser invocada pelo médico que com ela concorda, já que esta relação particular não afasta a responsabilidade penal do médico, ex vi lege (art. 13, § 2a, CP).**

Se o posicionamento do médico enseja a responsabilização penal, entende a doutrina que a recusa dos familiares em permitir a realização de procedimento médico-cirúrgico

---

<sup>85</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 87.

<sup>86</sup> FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 12. ed. rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 214.

<sup>87</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 87. (grifo nosso)

também é passível de responsabilização na esfera penal, na figura do crime de perigo para vida, tipificado no artigo 132 do CP, conforme relembra o penalista Fernando Capez<sup>88</sup>:

**O elemento subjetivo do crime do art. 132, é o dolo de perigo**, consistente na consciência e vontade de expor a perigo. Pode ser direto, em que a vontade do agente se redireciona no sentido de criar a situação de perigo, ou eventual, em que, embora não queira diretamente essa situação, assume o risco do evento perigoso. **Assim, praticam-no, com dolo eventual, a avó e mãe de menor que, por motivos religiosos (Testemunhas de Jeová), não autorizam urgente transfusão de sangue prescrita em caso de anemia.**

O delito em questão, portanto, não é informado pelo *animus necandi* nem pelo *animus laedendi*, de forma que **se agente o praticar com a intenção de causar dano à pessoa (dolo de dano), o crime será outro (tentativa de homicídio ou lesão dolosa).**

Esse entendimento de que a recusa em autorizar o tratamento por parte da família pode configurar crime, é amplamente dominante na doutrina nacional:<sup>89</sup>

**A obstrução injustificada no trabalho do facultativo pela família do paciente, catalisadora de potencial lesivo acentuado e consubstanciada no ato de negar autorização para a realização de procedimento indispensável à sobrevivência pode caracterizar delito, com responsabilização criminal dos envolvidos pelo resultado lesivo**, sobrevivendo em função da atitude acima relatada.

Quando diante desses casos, a doutrina recomenda que o médico esclareça os familiares dos riscos referentes à recusa do tratamento proposto<sup>90</sup>:

Interessante que, sendo possível, o médico faça esse alerta aos familiares, pois contra a ignorância o melhor combate é o alerta quanto as rigores da lei, única linguagem que o fanatismo consegue captar.

Inadmite-se, em pleno limiar do século, que preconceitos e credices despidas de fundamento atrapalhem a tarefa de salvar vidas.

Caso a família decida manter seu posicionamento, há o entendimento da ampla maioria da doutrina de que se deve buscar o suprimento judicial. Nesse sentido, Fabrício Zamprogna:<sup>91</sup>

O poder judiciário tem de participar decididamente na vedação indevida oposta por familiares no tratamento necessário a preservação da integridade do paciente, de vez

---

<sup>88</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Pena Parte Especial**. Vol. 2. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, P. 184. (grifo nosso)

<sup>89</sup> MATIELO, Fabricio Zamprogna. **Responsabilidade Civil do Médico**, 1. ed. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998, p. 105-114. (grifo nosso)

<sup>90</sup> IDEM

<sup>91</sup> IDEM

que não podem ser toda hora guindados à condição de senhores absolutos e com poder sobre a existência do próximo.

Tem o mesmo entendimento Carlos Roberto Gonçalves, que ainda faz uma ressalva<sup>92</sup>:

Havendo negativa injustificada de consentimento por parte do responsável pelo doente, e existindo impossibilidade de manifestação válida de vontade diretamente do interessado, **cabará ao médico requerer ao poder judiciário a autorização para proceder de acordo com a indicação do quadro clínico, se possível, sem prejuízo para o início tempestivo do tratamento.**

Notemos que se não houver tempo hábil para buscar tal provimento, entende a doutrina de forma unânime que o médico deve proceder com a intervenção recusada pelo paciente ou seus familiares. Nesse sentido, a doutrina relembra que tal procedimento é inclusive previsto e autorizado pelo código de ética médica<sup>93</sup>:

Há casos em que o paciente consciente ( ou a família, quando inconsciente) não concorda em receber a transfusão de sangue, por motivos religiosos ou outros quaisquer. **Se o paciente estiver em iminente perigo de vida, a decisão cabe apenas ao médico, soberanamente.**

Nos casos de perigo de vida, a transfusão de sangue deverá ser executada, mesmo contra a vontade do paciente, em cumprimento aos artigos 46 e 56 do Código de Ética Médica, sem qualquer receio de processo administrativo ou judicial.

### 2.3.2 A recusa de tratamento com fundamento religioso:

Sobre a relação entre a recusa de tratamento médico e o embate entre o direito e a liberdade religiosa e a autonomia versus a proteção do direito à vida, Pablo Stolze Gagliano nos relembra que a temática deve ser abordada por meio de três “premissas básicas”:<sup>94</sup>

- a) O direito de disposição sobre o próprio corpo pertence ao paciente, de modo que o médico não pode ministrar-lhe qualquer tratamento sem o seu consentimento, salvo em caso de iminente perigo de vida.
- b) O direito à liberdade religiosa é garantido tanto pela Declaração Universal dos Direitos Humanos quanto pela Constituição (art. 5.º, VI), o que significa que ninguém pode ser compelido a realizar prática condenada por sua fé e consciência.
- c) O reconhecimento de um direito à vida, também assegurado constitucionalmente (art. 5.º, *caput*), determina que todos têm direito à vida, mas não direito sobre a vida,

---

<sup>92</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**, 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 327. (grifo nosso)

<sup>93</sup> JURANDIR, Sebastião. **Responsabilidade médica: civil, criminal e ética**; 2.ed. rev. e atualizada, Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 188-190.

<sup>94</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA, Rodolfo filho. **Novo curso de direito civil, volume 3: Responsabilidade civil**. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p.110



o que implica a não aceitação pelo nosso sistema jurídico de práticas como o aborto e a eutanásia, pois a pessoa não teria direito sobre a própria vida. Entende-se, inclusive, que o Estado tem interesse em prolongar a vida das pessoas, pois cada uma representa um papel social relevante.

Relembra então o autor que essa é uma questão que trata do choque entre direitos fundamentais (direito à vida x direito à liberdade religiosa) que, por sua vez, podem ser classificados como princípios jurídicos. Nesse sentido, o seu choque não implica na exclusão de um deles do sistema, mas a busca pela sua compatibilização em cada caso concreto.

Diante de tais premissas, a bioética é favorável à defesa absoluta da liberdade religiosa, conforme tratamos anteriormente.

De modo diametralmente oposto, os doutrinadores nacionais se posicionaram de modo favorável as outras duas premissas citadas por Pablo Stolze, defendendo o direito à autonomia nos casos em que não há iminente perigo de vida e reconhecendo a indisponibilidade da vida, e o interesse do Estado em preservá-la.

Nesse sentido, os doutrinadores tem se posicionado de maneira firmemente contrária à prevalência da motivação religiosa como justificativa para a recusa do tratamento médico, conforme podemos verificar nas afirmações de Carlos Roberto Gonçalves:<sup>95</sup>

Existem situações verdadeiramente absurdas delas resultando negativa do paciente em submeter-se a certo tratamento por esdrúxula motivação de ordem religiosa, tal qual ocorre na inaceitável discordância em autorizar a transfusão de sangue, fato que já levou muitas pessoas ao óbito.

Ainda mais contundente é o posicionamento de Fabrício Matielo:<sup>96</sup>

Inadmita-se, em pleno limiar do século, que preconceitos e credices despidas de fundamento atrapalhem a tarefa de salvar vidas.  
Interessante que, sendo possível, o médico faça esse alerta aos familiares, pois contra a ignorância o melhor combate é o alerta quanto as rigores da lei, única linguagem que o fanatismo consegue captar.

De modo mais sutil, mas mantendo o mesmo posicionamento, temos Sebastião Jurandir:<sup>97</sup>

---

<sup>95</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**, 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 327.

<sup>96</sup> MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Responsabilidade Civil do Médico**, 1. ed. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998, p. 105-114.

<sup>97</sup> JURANDIR, Sebastião. **Responsabilidade médica: civil, criminal e ética**; 2. ed. rev. e atualizada, Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 188-190.

Em caso de razoável dúvida quanto a necessidade imperiosa ou apenas a boa conveniência terapêutica a indicar a transfusão de sangue, o médico deve ceder a vontade do paciente e seus familiares. O inconcebível é o médico fanatizar-se em religião e deixar de indicar a transfusão de sangue nos casos de adequação terapêutica. Nesses casos, sim, será responsabilizado pelos eventuais danos, sem que possa invocar a seu favor a crença religiosa ( CF de 88, artigo 5º, inciso VIII).

De toda sorte, podemos perceber o firme posicionamento doutrinário de que o bem jurídico da vida é indisponível, prevalecendo sobre os demais. Nesse sentido, a liberdade religiosa e mesmo a autonomia do paciente ficariam mitigadas frente à proteção desse que seria um bem maior em nosso ordenamento jurídico.

Acerca do tema, Pablo Stolze traz a seguinte valoração<sup>98</sup>:

Temos plena convicção de que, no caso da realização de transfusão de sangue em pacientes que não aceitam esse tratamento, o direito à vida se sobrepõe ao direito à liberdade religiosa, uma vez que a vida é o pressuposto da aquisição de todos os outros direitos.

Além disso, como já colocado, a manutenção da vida é interesse da sociedade e não só do indivíduo. Ou seja, mesmo que, intimamente, por força de seu fervor, ele se sinta violado pela transfusão feita, o interesse social na manutenção de sua vida justificaria a conduta cerceadora de sua opção religiosa.

Esse posicionamento é repetido de modo ainda mais contundente em nossa jurisprudência, conforme veremos a seguir.

### **2.3.3 Análise Jurisprudencial:**

De modo geral, os tribunais pátrios posicionam-se favoravelmente à possibilidade de imposição de tratamento médico ao paciente em eminente risco de morte. Trazemos assim as decisões mais relevantes de nossos tribunais acerca do tema. Interessante notar que não foram encontrados acórdãos com posicionamento que divirja do defendido pela doutrina, tanto em decisões oriundas dos mesmos tribunais quanto decisões oriundas de tribunais diferentes.

Nesse sentido, emblemática é a decisão do TJRS, que serviu de paradigma para diversas decisões posteriores, e definiu que o direito à vida se sobrepõe à liberdade religiosa.

Indo além, o colendo tribunal defendeu que a proteção do direito à vida é um dos fundamentos da Carta das Nações Unidas, devendo ser observado como um dos princípios fundamentais de ética e direito, e que deve se sobrepor a certas especificidades culturais ou religiosas, sob o risco de serem homologadas, nas palavras do *decisium*, “ as maiores brutalidades”.

Em uma avaliação ainda mais valorativa, o acórdão cita que as “religiões deveriam preservar a vida e não exterminá-la”, conforme vemos a seguir:<sup>99</sup>

---

<sup>98</sup> Idem

**CAUTELAR. TRANSFUSÃO DE SANGUE. TESTEMUNHAS DE JEOVÁ. NÃO CABE AO PODER JUDICIÁRIO, NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO, AUTORIZAR OU ORDENAR TRATAMENTO MÉDICO-CIRÚRGICOS E/OU HOSPITALARES, SALVO CASOS EXCEPCIONALÍSSIMOS E SALVO QUANDO ENVOLVIDOS OS INTERESSES DE MENORES. SE IMINENTE O PERIGO DE VIDA, É DIREITO E DEVER DO MÉDICO EMPREGAR TODOS OS TRATAMENTOS, INCLUSIVE CIRÚRGICOS, PARA SALVAR O PACIENTE, MESMO CONTRA A VONTADE DESTES, E DE SEUS FAMILIARES E DE QUEM QUER QUE SEJA, AINDA QUE A OPOSIÇÃO SEJA DITADA POR MOTIVOS RELIGIOSOS. IMPORTA AO MÉDICO E AO HOSPITAL E DEMONSTRAR QUE UTILIZARAM A CIÊNCIA E A TÉCNICA APOIADAS EM SÉRIA LITERATURA MÉDICA, MESMO QUE HAJA DIVERGÊNCIAS QUANTO AO MELHOR TRATAMENTO. O JUDICIÁRIO NÃO SERVE PARA DIMINUIR OS RISCOS DA PROFISSÃO MÉDICA OU DA ATIVIDADE HOSPITALAR. SE TRANSFUSÃO DE SANGUE FOR TIDA COMO IMPRESCINDÍVEL, CONFORME SÓLIDA LITERATURA MÉDICO-CIENTÍFICA (NÃO IMPORTANDO NATURAIS DIVERGÊNCIAS), DEVE SER CONCRETIZADA, SE PARA SALVAR A VIDA DO PACIENTE, MESMO CONTRA A VONTADE DAS TESTEMUNHAS DE JEOVÁ, MAS DESDE QUE HAJA URGÊNCIA E PERIGO IMINENTE DE VIDA (ART. 146, § 3º, INC. I, DO CÓDIGO PENAL). CASO CONCRETO EM QUE NÃO SE VERIFICAVA TAL URGÊNCIA. O DIREITO À VIDA ANTECEDE O DIREITO À LIBERDADE, AQUI INCLUÍDA A LIBERDADE DE RELIGIÃO; É FALÁCIA ARGUMENTAR COM OS QUE MORREM PELA LIBERDADE POIS, AÍ SE TRATA DE CONTEXTO FÁTICO TOTALMENTE DIVERSO. NÃO CONSTA QUE MORTO POSSA SER LIVRE OU LUTAR POR SUA LIBERDADE. HÁ PRINCÍPIOS GERAIS DE ÉTICA E DE DIREITO, QUE ALIÁS NORTEIAM A CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS, QUE PRECISAM SE SOBREPOR AS ESPECIFICIDADES CULTURAIS E RELIGIOSAS; SOB PENA DE SE HOMOLOGAREM AS MAIORES BRUTALIDADES; ENTRE ELAS ESTÃO OS PRINCÍPIOS QUE RESGUARDAM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS RELACIONADOS COM A VIDA E A DIGNIDADE HUMANAS. RELIGIÕES DEVEM PRESERVAR A VIDA E NÃO EXTERMINÁ-LA.**

O acórdão é bastante categórico ao afirmar que no caso de iminente perigo à vida é direito, é principalmente um dever do profissional médico empregar todos os tratamentos necessários, ainda que contra a vontade do paciente ou de seus familiares.

Nesse sentido, podemos notar que o posicionamento adotado pelo acórdão é inclusive muito mais radical do que as decisões de outros tribunais e mesmo do próprio tribunal, no sentido de que a decisão analisada chega inclusive a emitir um juízo valorativo em relação às religiões.

Porém é certo que tal posicionamento favorável ao prevalecimento do direito à vida sobre a liberdade religiosa, no caso da recusa de tratamento médico, foi adotado de maneira quase unânime pela jurisprudência nacional.

---

<sup>99</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça RS, Apelação Cível nº 59.50.0037-3 RS, 6ª Câmara Cível, Relator: Sérgio Gisckow Pereira, Porto Alegre-RS: 28/03/1995, Data de Publicação: 29/03/1995. (grifo nosso)

O TJMG adotou um posicionamento no mesmo sentido, ressalvando a necessidade de que se esgotem todos os meios alternativos antes que se realize o procedimento ou tratamento recusado pelo paciente, que apenas deve ser ministrado em caso de iminente risco de morte<sup>100</sup>:

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

O SR. DES. ALBERTO VILAS BOAS: **Esclareço que, na implementação futura da decisão recorrida - uma vez que, pelo documento de f. 167, foi-lhe concedida alta - devem os profissionais da medicina agir no sentido de que, prioritariamente, sejam exauridos todos os meios que estiverem ao alcance da instituição pública que o tratará para evitar a transfusão sangüínea; na hipótese deste procedimento ser a única e decisiva forma de recompor sua resistência biológica em face da necessária agressão causada pela quimioterapia, ficará autorizado o facultativo e a instituição médica a proceder a transfusão.** Não há, como se observa, plausibilidade jurídica na argumentação desenvolvida pelo agravante, razão pela qual descabe suspender os efeitos da decisão recorrida.

Nesse sentido, esse posicionamento é reforçado pelo TJSP<sup>101</sup>:

Apelação Ação civil julgada procedente, impondo à genitora o dever de ministrar à filha medicamentos prescritos por médico, sob pena de multa Apelante que alega convicção religiosa e escusa de consciência Direitos inaplicáveis em relação à criança, porque pessoa incapaz - Medicamentos capazes de trazer conforto e diminuição dos sintomas da doença Ausência de elementos capazes de afastar a indicação médica, de modo técnico - **Princípio da proporcionalidade - Entre o direito à crença religiosa da genitora e o direito da criança de acesso à saúde, prevalece a garantia do último - Fé professada pelos pais não deve por em risco a integridade física e psíquica do filho incapaz, que não é apto a decidir por si Vida que é o bem maior tutelado pela Constituição - Prioridade absoluta no tratamento de doenças às crianças e adolescentes (artigos 227 da CF e 4º do ECA)- Afronta ao princípio da dignidade humana e desrespeito à saúde física e moral da infante que não podem ser admitidas** Recurso ao qual se nega provimento.

---

<sup>100</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça MG, Agravo de Instrumento nº 1.0701.07.191519-6/001,1ª Câmara Cível, Relator(a): Des. Alberto Vilas Boas , Belo Horizonte-MG: 14/08/2007, Dje: 04/09/2007. (grifo nosso)

<sup>101</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça SP, Apelação nº0015879-15.2011.8.26.0664, Câmara Especial, Relator: Claudia Grieco Tabosa Pessoa, São Paulo: 22/10/2012, Dje: 25/10/2012. (grifo nosso)

Note-se que o posicionamento do TJ de SP é bastante firme no sentido de que a liberdade religiosa deve ser mitigada pelo princípio da proporcionalidade, devendo prevalecer o direito do menor ao acesso à saúde.

Nesse sentido, o acórdão considera que a negativa no fornecimento do tratamento médico ao menor é uma ofensa inadmissível ao princípio da dignidade da pessoa humana:<sup>102</sup>

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

Nesse julgado, o Desembargador Flávio Pinheiro afirmou a legalidade do procedimento realizado contra a vontade do paciente, para salvar-lhe a vida<sup>103</sup>:

**Assim, uma vez caracterizado o iminente risco de morte, outra alternativa não restou aos profissionais médicos senão ultimar todas as medidas e conhecimentos técnicos** postos ao seu alcance, frise-se, com vista a preservar o bem maior que é a vida e o que acabou por acontecer, posto terem os profissionais logrado êxito no recurso que utilizaram.

**A conduta dos profissionais foi legal e pautou-se dentro, inclusive, do que prescreve o Código de Ética Médica, que, em seus artigos 46, 56 e 57, estabelecem que a obrigação primordial do médico consiste em preservar e salvar vidas, lançando mão de todos os meios necessários, com respeito à vontade de seu paciente, desde que não se vislumbre iminente perigo de vida.**

É indubitoso que ao médico cabe o mister de preservar e salvar vidas, sendo que para consegui-lo, deve se valer de todos os meios que tiver ao seu alcance. No caso em exame, **para que prevalecesse a vontade da paciente, era necessário que não se vislumbrasse perigo iminente de vida.** Não era o caso dos autos. Se é assim, a ação era mesmo improcedente. **Razão jurídica para a concessão de indenização será o da prática de atos ilícitos e estes não foram praticados pelos médicos. Mesmo o trauma psicológico à autora não é, pois, indenizável.**

Por fim, afirma de maneira emblemática: se inexistente ilícito na conduta dos médicos, não cabe qualquer tipo de indenização, mesmo quanto ao alegado trauma psicológico.

Note-se então a postura já consolidada na jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo, no sentido de considerar a questão da recusa de tratamento médico como uma colisão entre direitos fundamentais: a liberdade religiosa e o direito de acesso à saúde, que

---

<sup>102</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça SP, Apelação nº 123.430.4-4-00, 3ª Câmara de Direito Privado, Relator: Flávio Pinheiro, São Paulo: 17/11/2013, Dje: 19/11/2013. (grifo nosso)

<sup>103</sup> IDEM (grifo nosso)

devem ser analisados, na visão do Tribunal, sob o aspecto da proteção do direito à vida, considerado o direito fundamental originário e maior.

Essa postura é adotada tanto quanto à recusa de tratamento originária de pacientes plenamente capazes, quanto referente a pacientes incapazes, representados por seus responsáveis. Sucintamente o TJ-SP já se manifestou em 2003<sup>104</sup>:

Testemunha de Jeová. Necessidade de transfusão de sangue, sob pena de risco de morte, segundo conclusão do médico que atende o paciente.

**Recusa dos familiares com apoio na liberdade de crença. Direito à vida que se sobrepõe aos demais direitos.** Sentença autorizando a terapêutica recusada. Recurso desprovido.

Entendimento confirmado em 2007<sup>105</sup>: “A questão é polêmica, mas a jurisprudência tem decidido no sentido de que o direito à vida prevalece”.

### **3. A recusa de tratamento em pacientes incapazes:**

Muitos autores nacionais não chegam a citar qualquer especificidade acerca da recusa de tratamento em pacientes menores de idade, aplicando para eles o mesmo entendimento referente aos pacientes maiores de idade, onde há eminência de risco à vida é suficiente para que o profissional seja autorizado à prosseguir com o tratamento recusado pelo paciente e seus familiares.

Mas, no caso específico de pacientes menores de 16 anos de idade, parte da doutrina entende que não é necessário nem mesmo que se instale o perigo iminente de vida para que o procedimento seja autorizado, ainda que contra a vontade dos pais.

Nesse caso, entendem os doutrinadores que o menor de idade incapaz está sob o poder familiar dos pais, para que esses possam zelar pelo seu bem-estar (em sentido amplo). A partir do momento que os pais tomam atitudes que colocam em risco a vida do menor, eles podem ter o seu poder familiar retirado. Nesse sentido é o posicionamento de Sebastião Jurandir<sup>106</sup>:

---

<sup>104</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça SP, Ap. com Revisão nº 0072694-07.1999.8.000, 5ª Câmara de Direito Privado, Relator: Boris Kauffmann, São Paulo: 26/06/2003, Dje: 27/06/2003. (grifo nosso)

<sup>105</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça SP, Ap. com Revisão nº 908668-60.2006.8.26.0000, 8ª Câmara de Direito Privado, Relator: Caetano Lagrasta, São Paulo: 13/06/2007, Dje: 14/06/2007.

<sup>106</sup> JURANDIR, Sebastião. **Responsabilidade médica: civil, criminal e ética**; 2. ed. rev. e atualizada, Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 186. (grifo nosso)

No tocante ao menor de 16 anos de idade, internado e necessitando de transfusão de sangue, nem é necessário que se instale o iminente perigo de vida. Invariavelmente os pais discordam da transfusão, mas suas vontades não tem amparo legal.

**A criança não é propriedade dos pais. Ao contrário, o menor é pessoa de direito, integrante da humanidade e com interesses distintos, cuja vida, na a sua inteireza e com saúde deve ser preservada pelo Estado.**

**Os pais apenas exercem o pátrio poder que o Estado de Direito lhes outorga, para os efeitos de bem educar, formar e transformar a criança em cidadão prestante (útil à sociedade como um todo e feliz consigo próprio).**

Por essa razão, se os pais não cumprirem esses deveres, deles poderá ser retirado o pátrio poder, pela iniciativa de qualquer interessado e sob a fiscalização do Ministério Público, com assento no artigo 229 da CF de 88 e artigo 395 do CC, e os dispositivos aplicáveis do ECA.

Na esteira, desse entendimento, o iminente Miguel Kfoury Neto, também defende a desnecessidade de risco iminente de morte para que se autorize o tratamento contra a vontade dos familiares no caso de pacientes menores de idade, ressaltando que nesses casos, é prudente que se requeira a autorização do juízo da infância e da juventude<sup>107</sup>:

No caso de pacientes menores de 18 anos, incumbirá ao médico requerer ao juízo da infância e juventude permissão para a realização do ato, se não houver risco iminente de morte. Se esse existir, deve-se optar pela realização do procedimento salvador que evite que subsista um dano grave ou permanente à pessoa.

O mesmo entendimento tem Carlos Roberto Gonçalves:<sup>108</sup>

Principalmente se tratando de menores de idade e incapazes, a **iniciativa profissional ou do nosocômio deve mostrar-se imediata, no sentido de comunicar o problema ao poder judiciário ou ministério público**, procurando das autoridades o suprimento da vontade e conseqüente autorização para ministrar o tratamento adequado.

**Sendo impossível a tomada da providencia em função da exiguidade temporal, e havendo iminente perigo à vida caberá ao médico aplicar a terapia rejeitada**, eis que agirá sob o abrigo da legislação e cumprirá o seu dever de zelar pela integridade do paciente.

---

<sup>107</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 541.

<sup>108</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 327. (grifo nosso)

Note-se que, conforme vimos acima, acerca dos pacientes maiores de idade, mas incapazes, o entendimento é semelhante ao dos pacientes menores de idade. Nesse sentido também comenta Sebastião Jurandir<sup>109</sup>:

Coerente a este entendimento, pacientes maiores de idade, mas incapazes (declarados pela justiça) também podem receber transfusão de sangue, por decisão profissional e soberana do médico que o atende, independentemente de estar ou não ocorrendo “imminente perigo de vida”. A saúde do curatelado esta acima da filosofia de vida ou crença religiosa do responsável (curador).

De modo ligeiramente diverso do posicionamento de Miguel Kfourri, o professor Sebastião Jurandir entende que no caso de ausência de risco de vida, quando temos pacientes relativamente capazes, se houver discordância da opinião acerca da aceitação do procedimento, esse deve ser realizado. Mas se houver concordância entre tutor e tutelado, o desejo de recusa de ambos deve ser respeitado:<sup>110</sup>

De igual forma, quando a questão envolve paciente com capacidade civil relativa, a vontade desse menor, em não receber transfusão de sangue, deverá ser respeitada se coincidir com a vontade de seu tutor e desde que não haja imminente perigo de vida. Não sendo caso de perigo de vida, mas ocorrendo divergência entre a vontade do paciente menor e de seu tutor, deve prevalecer a indicação médica, pouco importando qual dos dois (tutor ou tutelado) tenha se manifestado favorável à transfusão.

No entanto, foi o posicionamento mais rigoroso de parte da doutrina que parece ter encontrado repercussão em nossa jurisprudência. Como já abordamos acima, o posicionamento predominante nas cortes de todo o país ocorre no sentido de que, diante de risco de vida, se inexistente tratamento alternativo, o profissional médico está autorizado a executar o tratamento médico indicado, mesmo com a recusa do paciente.

Se tal decisão prevalece mesmo contra a vontade de paciente maior de idade e capaz, quanto mais em relação aos pacientes menores de idade e incapazes.

Das decisões oriundas dos Tribunais Regionais Federais, o TRF da 4ª Região já decidiu, na esteira do posicionamento do TJRS, TJSP e demais câmaras do país, que a recusa

---

<sup>109</sup> JURANDIR, Sebastião. **Responsabilidade médica: civil, criminal e ética**; 2. ed. rev. e atualizada, Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 187.

<sup>110</sup> JURANDIR, Sebastião. **Responsabilidade médica: civil, criminal e ética**; 2. ed. rev. e atualizada, Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.188.



de tratamento médico não pode ocorrer quando há risco de vida para paciente menor de idade. Nesses casos, a vontade dos pais deve ser suprida por manifestação judicial:<sup>111</sup>

**DIREITO À VIDA. TRANSFUÇÃO DE SANGUE. TESTEMUNHAS DE JEOVÁ. DENUNCIÇÃO DA LIDE INDEFERIDA. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. LIBERDADE DE CRENÇA RELIGIOSA E DIREITO À VIDA. IMPOSSIBILIDADE DE RECUSA DE TRATAMENTO MÉDICO QUANDO HÁ RISCO DE VIDA DE MENOR. VONTADE DOS PAIS SUBSTITUÍDA PELA MANIFESTAÇÃO JUDICIAL.** O recurso de agravo deve ser improvido porquanto à denunciação da lide se presta para a possibilidade de ação regressiva e, no caso, o que se verifica é a responsabilidade solidária dos entes federais, em face da competência comum estabelecida no art. 23 da Constituição federal, nas ações de saúde. A legitimidade passiva da União é indiscutível diante do art. 196 da Carta Constitucional. O fato de a autora ter omitido que a necessidade da medicação se deu em face da recusa à transfusão de sangue, não afasta que esta seja a causa de pedir, principalmente se foi também o fundamento da defesa das partes requeridas. A prova produzida demonstrou que a medicação cujo fornecimento foi requerido não constitui o meio mais eficaz da proteção do direito à vida da requerida, menor hoje constando com dez anos de idade. **Conflito no caso concreto dois princípios fundamentais consagrados em nosso ordenamento jurídico-constitucional: de um lado o direito à vida e de outro, a liberdade de crença religiosa.**

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

Assim, embora reconheça o direito à liberdade religiosa como princípio fundamental de nosso ordenamento jurídico, defende que o paciente menor de idade não detém capacidade civil para expressar sua vontade, ou mesmo a consciência necessária para ter ideia das implicações de sua recusa de tratamento.

Ademais, evoca que, em nome do princípio da proporcionalidade, o princípio da liberdade religiosa deve ser mitigado frente o princípio do direito à vida, especialmente quando se tratar de menores de idade. Dessa maneira, o tribunal apenas admite a prescrição de

---

<sup>111</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região). Apelação cível nº 2003.71.02.000155-6, 3ª turma, Relatora: Des.Vânia Hack de Almeida. Porto Alegre: 24/10/2006, Dj: 01/11/2006. (grifo nosso)

tratamentos alternativos quando inexistir perigo iminente a vida do paciente. Tal decisão foi inclusive confirmada em vários julgados<sup>112</sup>:

EMBARGOS INFRINGENTES. ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PARA TRATAMENTO ONCOLÓGICO. LIBERDADE DE CRENÇA RELIGIOSA. MEDICAMENTO DE EFICÁCIA NÃO-COMPROVADA. SUBSTITUIÇÃO DE TRANSFUSÃO SANGÜINEA. **1. Em razão da demora da medicação requerida em surtir efeito como alternativa à transfusão de sangue, não se inibe o risco na fase aguda de comprometimento medular, nem se afasta a necessidade de transfusão sanguínea**, não sendo recomendável a utilização de medicamento do qual a eficácia não está comprovada, adotada somente como terapêutica alternativa, quando há alguma restrição clínica ao uso de hemoderivados. **2. Não cabe ao Poder Judiciário, no sistema jurídico brasileiro, autorizar ou ordenar tratamentos médico-cirúrgicos e/ou hospitalares, salvo casos excepcionalíssimos e quando envolvidos os interesses de menores.** 3. A pretensão merece amparo no que pertine ao fornecimento do medicamento Eritropoetina, o qual, em que pese **não afaste a necessidade de transfusão de sangue na fase aguda da anemia**, pode minimizar a necessidade do tratamento com hemoderivados, sendo aplicável como terapêutica coadjuvante e alternativa, com eficácia comprovada nesses casos.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PARA TRATAMENTO ONCOLÓGICO. LIBERDADE DE CRENÇA RELIGIOSA. TESTEMUNHA DE JEOVÁ. MEDICAMENTO DE EFICÁCIA NÃO COMPROVADA. **SUBSTITUIÇÃO DE TRANSFUSÃO SANGÜÍNEA. IMPOSSIBILIDADE.** - **Em razão da demora em surtir efeito da medicação requerida como alternativa a transfusão de sangue, não se inibe o risco na fase aguda de comprometimento medular, nem se afasta a necessidade de transfusão sanguínea**, não sendo recomendável a utilização de medicamento do qual a eficácia não está comprovada adotada somente como terapêutica alternativa, quando há alguma restrição clínica ao uso de hemoderivados.

Note-se que novamente o TRF, bem como o TJRS, admite apenas em caráter de exceção o uso da via judiciária para autorizar a realização de tratamentos hospitalares, colocando como incontroversa a necessidade de intervenção no caso da recusa de tratamento que envolve menores de idade.

Assim, o tratamento de pacientes menores de idade, ainda com a recusa dos pais, é autorizado em decisões de diversas instâncias do país, inclusive seguindo a tendência de parte da doutrina, que dispensa o iminente perigo de vida para que tais tratamentos sejam

---

<sup>112</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região). Embargos Infringentes na Ap. Cível nº 2003.71.02.000155-6, 2ª turma, Relator: Luiz Carlos de Castro Lugon. Porto Alegre: 13/03/2008, Dje: 07/04/2008. (grifo nosso)

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região). Agravo de Instrumento nº 2005.04.01.047458-2, 1ª turma suplementar, Relator: Luiz Carlos de Castro Lugon. Porto Alegre: 25/04/2006, Dje: 21/06/2006. (grifo nosso)

autorizados no caso de menores. Nesse sentido, esse posicionamento é reforçado pelo TJSP<sup>113</sup>:

**Apelação Ação civil julgada procedente, impondo à genitora o dever de administrar à filha medicamentos prescritos por médico**, sob pena de multa Apelante que alega convicção religiosa e escusa de consciência Direitos inaplicáveis em relação à criança, porque pessoa incapaz - **Medicamentos capazes de trazer conforto e diminuição dos sintomas da doença** Ausência de elementos capazes de afastar a indicação médica, de modo técnico - **Princípio da proporcionalidade - Entre o direito à crença religiosa da genitora e o direito da criança de acesso à saúde, prevalece a garantia do último - Fé professada pelos pais não deve por em risco a integridade física e psíquica do filho incapaz, que não é apto a decidir por si** Vida que é o bem maior tutelado pela Constituição - Prioridade absoluta no tratamento de doenças às crianças e adolescentes (artigos 227 da CF e 4º do ECA)- **Afronta ao princípio da dignidade humana e desrespeito à saúde física e moral da infante que não podem ser admitidas** Recurso ao qual se nega provimento.

Note-se que o posicionamento do TJ de SP é bastante firme no sentido de que a liberdade religiosa deve ser mitigada pelo princípio da proporcionalidade, devendo prevalecer o direito do menor ao acesso à saúde, não sendo necessário que se instale iminente risco de vida, mas apenas que haja qualquer grau de risco a integridade física ou psíquica do paciente.

Nesse sentido, o acórdão considera que a negativa no fornecimento do tratamento médico ao menor é uma ofensa inadmissível ao princípio da dignidade da pessoa humana.

#### **4.0 A Recusa à Internação:**

Situação curiosa é aquela em que o paciente recusa-se a permanecer internado no hospital. Nesses casos, o posicionamento da doutrina é no sentido de que se o paciente ou seus familiares, tomam a decisão de deixar o hospital, o médico e o nosocômio não podem impedir sua saída.

Pode o médico tentar demover o paciente ou seus familiares, devendo sempre explicar os riscos inerentes a saída, sendo inclusive prudente que se colha um termo de consentimento. Nesse sentido, Sebastião Jurandir<sup>114</sup>:

---

<sup>113</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça SP, Apelação 0015879-15.2011.8.26.0664, Câmara Especial, Relatora: Cláudia Grieco Tabosa Pessoa, São Paulo: 22/10/2012, Dje: 25/10/2012.

<sup>114</sup> JURANDIR, Sebastião. **Responsabilidade médica: civil, criminal e ética**; 2. ed. rev. e atualizada, Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 186.

Hospital não é prisão e nem é preciso algemar pacientes para impedir saída. Se o paciente tomar a decisão de deixar o hospital, ou os seus familiares tomarem essa decisão por ele quando inconsciente, o médico nada poderá fazer em contrário, exceto removê-los do propósito, alertando-os da imprudência e riscos.

Diferentemente, se houver perigo de vida ao paciente, cabe ao médico e ao nosocômio proceder com toda cautela possível, devendo comunicar a autoridade policial. O hospital não é uma prisão e não pode manter o indivíduo internado à força, exceto em casos de incapazes ou por determinação legal.

No entanto, essa cautela é necessária para afastar a responsabilidade do nosocômio caso o paciente faleça na remoção, pois o silêncio do hospital pode ser visto como uma conduta omissiva por parte de alguém que tem o dever de zelar pela integridade dos pacientes internados. Sobre esse aspecto, novamente comenta Sebastião Jurandir<sup>115</sup>:

Para evitar a discussão sobre a responsabilidade dessa imprudência (ou dolo, por parte de terceiro, se esse, veladamente, tiver a intenção de abreviar a vida de paciente portador de doença curável ou incurável) o médico e a direção da casa de saúde devem se acautelar de todas as formas possíveis (declaração assinada pelos envolvidos, testemunhas, etc.) e inclusive, nos casos de perigo de vida, notificando ou comunicando por escrito a autoridade policial.

**Mesmo que os interessados na remoção do paciente estejam agindo de boa-fé, a direção hospitalar tem a obrigação de impedi-los pelas formas possíveis: pelo alertamento da gravidade do paciente; pela comunicação à autoridades públicas, se necessário ou conveniente.**

**Essas providências são necessárias** porque se o paciente vier a falecer no curso da remoção, **o silêncio ou anuência da administração hospitalar serão interpretados como negligência.** Situação peculiar é a vontade do paciente de sair do hospital, em momento clínico contraindicado e, por isso mesmo, sem alta médica.

Cumpridas as devidas cautelas, se ainda assim o paciente for removido do hospital, haverá a apuração da responsabilidade dos envolvidos em sua remoção, isentando o nosocômio que tenha tomado todas as precauções:<sup>116</sup>

Cumpridas essas providências na hipótese de falecimento do paciente em decorrência de saída do hospital sem alta médica e em momento absolutamente impróprio, o processo criminal será dirigido contra quem deliberou e executou essa remoção, assim como o processo civil de reparação contra todos os corresponsáveis.

---

<sup>115</sup> IDEM (grifo nosso).

<sup>116</sup> IDEM

Cumprido ressaltar que no caso de pacientes terminais, embora a eutanásia não seja permitida no Brasil, já existe resolução do Conselho Federal de Medicina no sentido de que se evite o prolongamento da vida<sup>117</sup>:

Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal.

Assim, no caso de pacientes terminais, busca-se evitar a distanásia, ou seja, que sua vida ( e por muitas vezes, seu sofrimento) seja prorrogada por meio de intervenções médicas protelatórias, que não tem capacidade curativa, mas visam apenas um prolongamento, sem perspectivas de qualquer melhora em sua qualidade de vida. Essa previsão inclusive consta no Código de Ética médica, em seu artigo 41<sup>118</sup>:

É vedado ao médico:

Art. 41. Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.

Parágrafo único. Nos casos de **doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis** sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, **levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.**

Essa previsão no código de ética médica já foi inclusive atacada judicialmente, tendo prevalecido o entendimento de que é plenamente legal, conforme já decidiu o TRF da 1ª Região:<sup>119</sup>:

Sobre muito refletir a propósito do tema veiculado nesta ação civil pública, chego à convicção de que a Resolução CFM n. 1.805/2006, que regulamenta a possibilidade de o médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis, realmente não ofende o ordenamento jurídico posto. Alinho-me pois à tese defendida pelo Conselho Federal de Medicina em todo o processo e pelo Ministério Público Federal

---

<sup>117</sup> Conselho Federal de Medicina, **Resolução nº 1.805 de 2006**, disponível no site [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2006/1805\\_2006.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2006/1805_2006.pdf) (acessado em 15.06.15)

<sup>118</sup> **Código de ética médica**: Resolução CFM nº 1931, de 17 de setembro de 2009 (versão de bolso) / Conselho Federal de Medicina. – Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2010. (grifo nosso)

<sup>119</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região). Ação Civil Pública nº 2007.34.00.014809-3, 14ª Vara, Relator: Roberto Luiz Luchi Demo. Brasília-DF: 01/12.2010, Dje: 02/12/2010. (grifo nosso)

nas suas alegações finais, haja vista que traduz, na perspectiva da resolução questionada, a interpretação mais adequada do Direito em face do atual estado de arte da medicina. E o faço com base nas razões da bem lançada manifestação da ilustre Procuradora da República Luciana Loureiro Oliveira que, com sua habitual percuciência, esgotou o objeto da lide, *verbis*:

Tal é ponto de vista de Maria Elisa Villas Boas: "Recentemente publicada, a Resolução, a rigor, não era necessária. Ela não permite nada. Só ratifica o que já é permitido. Vem, todavia, afinal dirimir algumas dúvidas, mais comuns no lidar com pacientes em final de vida. Foi preciso muita discussão e maturamento para se chegar à conclusão - algo óbvia, é de se dizer - de que **ninguém é obrigado a morrer intubado, usando drogas vasoativas (para o coração se manter, a duras penas, batendo) e em procedimentos dialíticos numa UTI. O Direito não pode obrigar isso. O Direito não tem por que obrigar isso. Não, não é crime morrer em casa, ou sob cuidados que mais se aproximem dos domiciliares**" (...) **A ortotanásia pregada na Resolução 1805/2006 não é a morte antecipada, deliberadamente provocada, como na idéia atual de eutanásia.** É a morte mais natural e humana, quando já não se a pode evitar ou adiar a contento (...) **Dizer que é ilegal a ortotanásia assim empreendida - quando, esgotados os recursos úteis, restam a mera futilidade e a obstinação terapêutica - significa dizer que é obrigatória a distanásia: a morte adiada a todo custo, às expensas de agonia,** abuso terapêutico e desnecessário sofrimento, como numa tortura final, que condena o paciente à morte solitária, isolado dos seus entes queridos, nega-lhes a participação no processo de morrer, submete o paciente a mais e mais desconfortos, ainda que se os saiba incapazes de reverter o quadro mórbido e o processo de morte instaurados" (fl. 688).

Nesse sentido, quando os familiares decidem retirar tais pacientes do hospital, eles têm pleno direito de fazê-lo<sup>120</sup>:

Entretanto, quando se trata de doente comprovadamente terminal, nada impede que ele deixe o hospital por decisão própria (se consciente, claro) ou por decisão da família (se inconsciente, como é comum), por motivos sentimentais ou econômicos. É lícita essa decisão e o médico não pode impedi-la, competindo-lhe apenas registrar sua discordância, pelas razões que tiver, se as tiver.

## 5. Análise de Caso: Habeas Corpus Nº 268.459 - SP:

Enfim, trazemos aqui um caso que seria bastante emblemático, e serve para ilustrar o posicionamento de nossa doutrina e jurisprudência acerca do tema. Embora o caso trate de uma condenação penal, relembremos que nesses casos a condenação penal pode ensejar também a reparação civil, conforme já tratamos acima.

Ademais, esse foi o primeiro caso que trata da temática de recusa de tratamento por parte do paciente que subiu ao STJ.

---

<sup>120</sup> JURANDIR, Sebastião. **Responsabilidade médica: civil, criminal e ética**; 2. ed. rev. e atualizada, Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 186.

Trata-se do pedido de Habeas Corpus Nº 268.459 – SP, suscitado diante de uma condenação do TJ-SP, que considerou os pais de uma menor e o médico assistente como responsáveis pelo seu homicídio. A ementa da referida decisão<sup>121</sup>:

**Homicídio.** Sentença de pronúncia. **Pais que, segundo consta, impedem ou retardam transfusão de sangue na filha, por motivos religiosos, provocando-lhe a morte. Médico da mesma religião que, também segundo consta, os incentiva a tanto e ameaça de processo os médicos que assistiam a paciente,** caso realizem a intervenção sem o consentimento dos pais. **Ciência da inevitável consequência do não tratamento. Circunstâncias, que, em tese, caracterizam o dolo eventual, e não podem deixar de ser levadas à apreciação do júri.** Recursos não providos.

Consta nos autos que<sup>122</sup>:

Diz a denúncia que, entre os dias 21 e 22 de julho de 1993, no Hospital São José, em São Vicente, os apelantes teriam impedido os médicos que assistiam a vítima, Juliana Bonfim da Silva, filha menor de Hélio e Ildelir, de realizar transfusão de sangue que poderia salvar a vida da menor. Quando o pai já estava quase sendo convencido, a intervenção de José Augusto, médico, teria feito com que ele novamente mudasse de ideia e impedisse o tratamento. José Augusto teria ameaçado a médica encarregada do tratamento, dizendo que seria processada caso realizassem a transfusão sem o consentimento dos pais. Os apelantes são testemunhas de Jeová. Juliana veio a falecer; a causa da morte foi assistolia ventricular, crise vasculocclusiva e anemia falciforme (fls. 77).

Rejeito a preliminar de inépcia da denúncia; a r. sentença afastou-a corretamente. Como disse a digna juíza, o promotor de justiça "descreveu a conduta (...) de maneira clara e precisa, preenchendo assim os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal". E é verdade, não apenas em relação a José Augusto: ele "influenciou os genitores da vítima a não concordar com a transfusão e intimidou os médicos presentes, ameaçando processá-los judicialmente caso a efetuassem contra a vontade dos pais da paciente. Durante todo o tempo, os genitores da adolescente foram alertados de que não havia outra alternativa à transfusão, caso desejassem salvar a vida da filha. Em resposta, declaravam que preferiam ver a filha morta a deixá-la receber a transfusão" (fls. 3).

O voto vencedor, representado pelo relator Francisco Bruno defendeu a tese de que nos casos de iminente risco de vida, a ausência de consentimento por parte da família, seja por qual motivo, mesmo de fundamentação religiosa, não afasta o dever legal do médico de adotar os procedimentos terapêuticos necessários para que se busque salvaguardar a vida do paciente<sup>123</sup>:

---

<sup>121</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça SP, Recurso em Sentido Estrito 993990853540 SP, 9ª Câmara de Direito Criminal, Relatora: Francisco Bruno, São Paulo: 28/01/2010, Dje: 10/02/2010. (grifo nosso)

<sup>122</sup> IDEM

<sup>123</sup> IDEM (grifo nosso)

Faço minhas as palavras do iminente Des. Cerqueira Leite, no habeas corpus impetrado pelo apelante José Augusto, que este tenha agido apenas "sobre o ânimo dos genitores da ofendida, e não de molde a intimidar os médicos": também é relevante saber 'se existia outra terapia, excluída a transfusão, em condições de prolongar a vida da ofendida', já que, se :'havia terapia alternativa disponível negligenciada pelos médicos, cuida-se de cogitar de erro médico ou omissão de socorro" (fls. 671). **O que se quer dizer é: já que parece fora de dúvida que tanto a lei penal quanto o código de ética médica autorizam a transfusão, em caso de iminente perigo de vida, independentemente do consentimento de quem quer que seja, é bem possível tenha havido culpa do hospital, que não só poderia como deveria ter realizado, de qualquer forma, o tratamento.**

No caso em tela, o dissenso dos responsáveis pela ofendida, em relação à realização da transfusão de sangue, decorrente de suas convicções religiosas, versa sobre o direito à vida, direito individual pressuposto de todos os demais, que possui especial caráter de indisponibilidade. Assim sendo, **em vista do iminente risco de vida, o dissenso não possuía o efeito de impedir a realização da transfusão de sangue e não afastava o dever legal do médico responsável pelo atendimento da menor de adotar o procedimento terapêutico necessário.**

Ainda na visão do voto vencedor, os pais deveriam ser responsabilizados a título de dolo eventual, uma vez que sua recusa teria sido um dos fatores determinantes para o desfecho do evento morte. Tal posicionamento foi questionado no voto vencido do desembargador Nuevo Campos<sup>124</sup>:

Respeitado entendimento diverso, a conduta dos réus não possui tipicidade penal, na medida em que, em se tratando de hipótese de iminente risco de vida para a ofendida, **o dissenso dos réus não possuía qualquer efeito inibitório da adoção do indispensável procedimento terapêutico a ser adotado, qual seja, a transfusão de sangue. Os integrantes da equipe médica, que a atendiam, tinham o dever legal de agir.**

**Portanto, a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença prevista pelo inc. VI do art. 5º da Const. Federal não pode ser tida com absoluta.** No caso sob exame, considerada a excepcional situação de iminente risco de vida para a ofendida, **o alcance do equilíbrio exigiu a prevalência do direito à vida, direito que, não é demais repetir, constitui, à evidência, pressuposto à existência e ao exercício dos demais.** O reconhecimento da necessidade de prevalência do direito à vida, consideradas as especificidades presentes, **não importa, em absoluto, em negação da garantia constitucional concernente à liberdade religiosa, mas em solução indispensável para se tentar evitar a negação do direito à vida à ofendida, dada a possibilidade iminente de concretização de dano irreparável,** o que se apresenta como razoável no âmbito do Estado Democrático de Direito, laico por definição constitucional.

Diante da condenação dos pais pelo Júri, esses impetraram Habeas Corpus para o STJ, que decidiu por extinguir a ação penal, pois sua conduta seria atípica, uma vez que não poderia afastar a responsabilidade dos médicos em salvaguardar a vida do paciente.

Paralelamente, ao discorrer acerca da conduta dos médicos e do nosocômio, entendeu o STJ que a sua responsabilidade em salvaguardar a vida nesses casos é absoluta e

---

<sup>124</sup> IDEM (grifo nosso)



se mantém independentemente de autorização, seguindo raciocínio semelhante ao voto vencido de Nuevo Campos<sup>125</sup>:

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

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

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

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

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

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

---

<sup>125</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 268.459, 6ª Turma, Relatora: Maria Thereza de Assis Moura, Brasília-DF: 02/09/2014. DJe: 28/10/2014. (grifo nosso)

Esse caso é emblemático, no sentido de que confirma o posicionamento da doutrina e da jurisprudência dos Tribunais de Justiça de que nos casos de iminente perigo de vida, o médico pode realizar o tratamento, mesmo que contrariamente à autorização do paciente ou de seus responsáveis.

Mais do que uma faculdade, estabelece-se que o médico tem o dever de salvaguardar a vida do paciente nesses casos, e a não autorização do procedimento não o exime de forma alguma da responsabilidade em tratar o paciente.

De modo contrário, a conduta dos responsáveis ou do paciente em não permitir o procedimento, foi considerada atípica, pois não afasta a responsabilidade dos médicos em adotar a terapêutica necessária.

Tal decisão reforça de sobremaneira o posicionamento doutrinário e jurisprudencial adotado no país acerca do tema, tão criticado pelos autores da filosofia e bioética:<sup>126</sup>

Desta maneira, não obstante tratar-se dos pais ou responsáveis, a ausência de consentimento para a única saída para a preservação da vida de um adolescente, como na espécie, não representava, penso, óbice à transfusão de sangue, no horizonte descrito na denúncia. Exsurgiu, portanto, uma plêiade de fatores no período de internação retratado nos autos, a rechaçar a magnitude penal da atuação dos pacientes. **Logo, se falha houve, teria sido, penso, dos médicos responsáveis pela internação, que, ausente a possibilidade de profícuo tratamento alternativo, não cumpriram com o seu dever de salvar a adolescente, com a única terapia de que dispunham.** Cumpre lembrar que o próprio Código Penal afasta a responsabilidade pelo emprego de violência ou grave ameaça, a fim de viabilizar intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida - inciso I do § 3º do artigo 146 do Código Penal.

De fato, diante do presente quadro, não é sequer razoável que se espere que o profissional de saúde, nos casos de iminente risco à vida do paciente, adote um posicionamento favorável a sua autonomia.

Afinal, se sobrevier dessa conduta um resultado negativo, o profissional de saúde, a quem se atribui a posição de garante, é diretamente responsável, se submetendo a todos os rigores legais.

Enquanto isso, aos responsáveis que recusaram o tratamento, atribui-se conduta atípica, uma vez que sua recusa não afastaria o dever de agir do médico.

Dessa maneira, o Estado, em uma posição considerada pelos defensores da autonomia do paciente, como paternalista e autoritária, prega a superioridade do direito à vida, frente ao direito à liberdade religiosa ou mesmo de autonomia.

---

<sup>126</sup> IDEM (grifo nosso)

Afinal, embora na presente ação a liberdade religiosa tenha sido considerada como uma causa exculpante da conduta dos pais, não é esperado do profissional de saúde que respeite essa liberdade ou mesmo a autonomia individual.

O critério para análise da conduta, nos casos de iminente risco de vida, se torna puramente clínico, não sendo facultativo, mas sim mandatório que o profissional de saúde empregue toda terapêutica adequada, independente de autorização, para que não seja responsabilizado nos rigores da lei.

Diante desse posicionamento, chega-se à conclusão de que, a partir do momento em que o paciente busca atendimento médico, inicia-se uma relação entre ambos na qual o profissional de saúde passa a ser responsável por empregar a melhor técnica com o propósito de proteger-lhe a saúde, e conseqüentemente a integridade física.

O direito à autonomia, mormente relevante, não exclui a responsabilidade do médico, que, ao realizar o atendimento de um paciente, torna-se responsável por seus cuidados.

Diante disso, o direito à religião e à autonomia do paciente serão analisados frente ao princípio da razoabilidade, podendo ser mitigados em favor da defesa ao direito à vida, que nosso sistema jurídico protege ainda como valor máximo (embora haja controvérsias, elas não se demonstram na jurisprudência ou doutrina jurídica acerca desse tema).

Nesse sentido, ao buscar atendimento médico, o paciente obriga o médico a salvaguardar-lhe a vida, independentemente de sua vontade ou de seus responsáveis. Ao médico que não respeitar esse ditame, estão previstas as mais severas sanções tanto civis quanto criminais.

De modo oposto, o agir para proteger a vida, ainda que contra a vontade do paciente ou de seus responsáveis, não é uma conduta punível, conforme amplamente defendem a doutrina e jurisprudência.

Não resta escolha correta do ponto de vista jurídico ao profissional de saúde: ele deve salvaguardar a vida do paciente em casos de risco iminente, independentemente de autorização. Assim, também não é lógico que o paciente possa exigir qualquer reparação diante de tal conduta médica. Nesse sentido, embora algo extremado, é interessante o posicionamento de Ênio Santarelli:<sup>127</sup>

---

<sup>127</sup> ZULIANI, Ênio Santarelli em **Responsabilidade civil : responsabilidade civil na área da saúde** / coordenadora Regina Beatriz Tavares da Silva. – 2. ed. – São Paulo : Saraiva, 2009. – (Série GV-law), p. 51. (grifo nosso)

A meu ver, essa questão é supervalorizada pela intenção de polemizar. **Quando a pessoa se interna em hospital e se submete a um tratamento, deve cumprir os preceitos da boa-fé, seja qual for o seu credo e suas inclinações religiosas, pois, se pretende dispensar as técnicas adequadas e a proteção constitucional, deve permanecer em casa, orando e fruindo das receitas caseiras contra os seus males.**

**Quando se interna e entrega sua saúde sob proteção de autoridades sanitárias e do Judiciário, subordina-se ao princípio da razoabilidade** e, entre os valores (da vida que a transfusão promete manter) e os dissabores que advirão por ter recebido sangue alheio, caso sobreviva, prevalece o primeiro, que é o máximo em termos de dignidade humana. Portanto, se o médico insistir em realizar a transfusão, o juiz deve autorizar, como constou do acórdão relatado pelo Desembargador Maia da Cunha.

Assim, a partir do momento em que o paciente busca atendimento médico, surge, conforme vimos, uma relação contratual, subjetiva e de características especiais. A partir desse momento, surge, como em qualquer relação contratual, o dever de boa-fé para ambas as partes, e a sujeição aos preceitos defendidos em nosso ordenamento jurídico.

Desse modo, surge para o médico o dever de agir nos casos de perigo iminente à vida, e surge para o paciente a possibilidade de ter sua liberdade e autonomia mitigados em face da defesa de sua vida.

Não há que se falar nesses casos da responsabilização do médico pela conduta coercitiva, uma vez que o faz cumprindo estrita previsão legal, consoante com a doutrina e jurisprudência.

Diante da inexistência de risco à vida, o direito à liberdade e autonomia deverá prevalecer sobre o interesse do médico, sendo o tratamento coercitivo punido com a responsabilização criminal e civil, ensejando devida indenização.

## **6.0 Breves notas de Direito Comparado:**

Nesse sentido, ao analisarmos o tema sob a perspectiva do direito comparado, temos a autora Karen Diaz, em seu artigo sobre a recusa de tratamento médico baseada em princípios religiosos<sup>128</sup>.

Relembra então a autora que se admite na jurisprudência norte-americana que adultos legalmente capazes tem o direito estabelecido pelo *Common Law* no princípio da autodeterminação (*self-determination*) e mesmo pela constituição (pelo direito de privacidade

---

<sup>128</sup> DIAZ, Karen; Refusal of Medical **Treatment based on religious beliefs**, publicado no *The journal of contemporary legal issues*, v. 16, p. 85-92, EUA, 2007.

e livre exercício da religião) de recusar tratamento médico mesmo que essa recusa possa gerar a morte.

No entanto, quando tratamos de pacientes menores de idade, a maior parte dos tribunais norte-americanos é unânime em autorizar a intervenção estatal. Nesse sentido, é considerada paradigmática a decisão do caso *Winsconsin Vs Yoder* de 1972, onde a Suprema Corte dos EUA decidiu<sup>129</sup>: “O poder familiar, mesmo possuindo autonomia, pode ser objeto de limitação se as decisões parentais colocarem em risco a saúde ou segurança dos filhos, ou ainda tiverem o potencial de gerar significativo prejuízo social”.

Após essa decisão, consolidou-se nos Estados Unidos o entendimento que o interesse Estatal de proteção dos infantes preponderaria sobre o interesse parental de liberdade religiosa e autodeterminação.

Estabeleceu-se então que se o incapaz falecesse antes do caso ser levado à apreciação do judiciário, os pais responderiam penalmente por homicídio (podendo ser culposos ou dolosos, a depender do caso).

Em alguns estados norte-americanos, esse conceito seria mitigado se fosse comprovada a boa-fé dos responsáveis legais, podendo haver então absolvição dos mesmos.

As cortes estaduais americanas divergem apenas acerca do momento a ser aplicada a coação estatal, existindo uma corrente que prega que o interesse do estado em preservar a vida das crianças se sobrepõe as convicções religiosas parentais, e outra corrente que prega a autonomia dos pais em recusar o tratamento, desde que não haja iminente risco de vida (se houver o Estado deverá intervir).

No Reino Unido, a recusa de tratamento por parte de pacientes adultos é permitida pelo *Mental Health Act* de 1983. Esse dispositivo prevê que um paciente não pode ser compulsoriamente internado ou receber tratamento médico sem o seu consentimento.

Esse entendimento foi confirmado no caso *St George's Healthcare NHS Trust v S; R v Collins and others*, onde uma mulher grávida recusou tratamento médico para pré-eclâmpsia (condição de pressão alta na gestação, grave e que leva à iminente risco de morte materna e fetal). Diante da recusa, o hospital recebeu provimento judicial da primeira instância para internar e tratar compulsoriamente à paciente.

No presente caso, a suprema corte britânica decidiu pela ilegalidade do tratamento compulsório, mesmo em casos de risco à vida da paciente ou do nascituro.

---

<sup>129</sup> Idem

Para pacientes menores de idade, há uma grande dificuldade em se estabelecer se a recusa de tratamento é válida ou não. Sobre esse aspecto, pontua a professora Emma Cave da *University of Leeds*:<sup>130</sup>

Em alguns casos, é claro para os médicos que os pacientes menores de 16 anos não têm maturidade para decidir. Nesses casos os seus pais devem consentir em seu nome. Em outros casos, é evidente que os menores têm maturidade suficiente para compreender a situação. Nesses casos, eles podem dar um consentimento válido ao tratamento. No entanto, a legislação não é clara quando as circunstâncias em que os menores podem recusar o tratamento médico, especialmente se esse for necessário para manter a vida.

Note que a limitação de consentimento ainda é debatida em pacientes menores de 16 anos. Para pacientes entre 16 e 18 anos, o seu consentimento é tido como necessário para que o tratamento médico possa ser realizado, podendo haver recusa, ainda que em situações de iminente risco à vida.

---

<sup>130</sup> CAVE, Emma, **Goodbye Gillick: Identifying and Resolving Problems with the Concept of Child Competence**, *Legal Studies*, advance online publication (2013): Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/lest.12009/abstract;jsessionid=BF605C2CF36733C315AF3184E01F1795.f02t01?deniedAccessCustomisedMessage=&userIsAuthenticated=false>>. Acesso em: 15.Jul.2016.

## CONCLUSÃO:

A questão da recusa de tratamento por parte do paciente é um tema bastante difícil para o médico. Primeiramente, porque o expõe a um dilema entre respeitar a autonomia do paciente e de aplicar-lhe o melhor tratamento, para salvaguardar sua saúde.

Essa situação torna-se ainda mais difícil diante da ausência de uma abordagem específica do tema por parte dos cursos de medicina, que pouco tratam das questões legais inerentes ao exercício da medicina.

O posicionamento filosófico e bioético sobre o tema é amplamente favorável ao respeito à autonomia do paciente, independentemente de estar presente ou não o risco iminente à vida. Afinal, o respeito à autonomia e a liberdade individual ligam-se a proteção da dignidade da pessoa humana e a liberdade religiosa, dois princípios de grande valor e que podem se sobrepôr ao princípio de proteção à vida, se houver uma escolha consciente.

A medicina, por meio do código de ética médica, defende o princípio da autonomia do paciente, porém o mitiga frente ao princípio da beneficência e da proteção à vida.

Sob a perspectiva jurídica, o tema divide-se em duas situações distintas: quando a recusa de tratamento ocorre e há iminente risco à vida do paciente, e quando inexistente tal risco iminente.

Na ausência de riscos à vida, o direito defende que se aplique a ampla proteção à autonomia do paciente, que tem o direito de ser informado de todos os aspectos inerentes ao seu quadro e ao tratamento proposto, devendo tomar uma decisão fundamentada.

Tal autonomia deve ser respeitada pelo profissional médico, que comete crime ao impor tratamento ao paciente, dando ensejo às devidas reparações no âmbito da responsabilidade civil.

Importante destacar a relevância do devido esclarecimento do paciente e da coleta de um Termo de Consentimento Livre e Esclarecido assinado por esse, ou ao menos de anuência. Afinal, se for realizado procedimento médico-cirúrgico sem a autorização esclarecida (ciente de todos os aspectos relevantes) do paciente, o médico se sujeita à responsabilização civil e a todos os rigores da lei.

Paralelamente, se existir risco iminente à vida do paciente, surge não apenas a faculdade, mas o verdadeiro dever de agir, por parte do profissional médico.

Esse posicionamento é consolidado nos casos de risco à vida, tanto de paciente capaz e maior de idade, quanto nos casos de pacientes incapazes ou menores de idade.

O iminente perigo à vida do paciente funciona como causa de exclusão de ilicitude do constrangimento a ser praticado pelo médico. Ademais, está o profissional em posição de garantidor, devendo zelar pela integridade física e vida de seus pacientes.

Desse modo, doutrina e jurisprudência entendem que a recusa de tratamento por parte do paciente não tem o condão de afastar o dever de agir por parte do médico, independentemente da motivação de tal recusa abranger aspectos religiosos.

Mais do que isso, as penas culminadas para a ausência de ação do profissional médico são bastante elevadas, inclusive maiores do que se o mesmo agir de modo imperito, demonstrando a opção de nosso ordenamento por incentivar uma conduta interventiva nesses casos.

Diante de tal posicionamento firmemente consolidado na doutrina e na jurisprudência, não resta ao profissional médico outra alternativa a não ser, nos casos de iminente perigo de vida, adotar todas as medidas clínicas que julgar necessárias para salvaguardar a vida do paciente.

Assim, se houver tempo hábil, é recomendado que o médico tente obter provimento judicial para a realização do procedimento. Não havendo tempo para tal medida, está o profissional autorizado e, de certa forma, obrigado a agir.

Nesse aspecto, é importante notar que ao buscar atendimento médico, o paciente inicia com o médico uma relação contratual especial, que se sujeita aos princípios jurídicos que regem qualquer relação contratual, como a boa-fé de ambas as partes e a aplicação dos princípios e normas do direito.

Consequentemente, ao buscar atendimento médico, deve o paciente estar ciente de que a sua autonomia será considerada dentro do sistema de valores presente em nosso ordenamento jurídico, sujeitando-se à ponderação em relação a outros valores protegidos pelo direito. E com isso, surge a possibilidade de que, diante de risco iminente de morte, sua autonomia seja desconsiderada em prol da vida, um valor considerado por nossa doutrina e jurisprudência, como superior.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BATISTA, Nilo. O novo Código Civil e Direito Penal: Uma Carta e onze questões. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 1, n. 127, 2003. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em 25. Abr. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Vade mecum. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Lei n.º 8.078 de 11 de Setembro de 1990, institui o Código de Defesa do Consumidor. Diário Oficial {da} República Federativa do Brasil. Brasília DF, 12 set. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm)>. Acesso em: 22 dez. 2014.

BRASIL. Lei n.º 8.080 de 19 de Setembro de 1990, Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial {da} República Federativa do Brasil. Brasília DF, 20 set. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm)>. Acesso em: 22 dez. 2014.

BRASIL. Lei n.º 9.434 de 04 de Fevereiro de 1997, Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Diário Oficial {da} República Federativa do Brasil. Brasília DF, 05 fev. 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm)>. Acesso em: 22 dez. 2014.

BRASIL. Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002, institui o Código Civil. Diário Oficial {da} República Federativa do Brasil. Brasília DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 22 dez. 2014.

BRASIL. Lei n.º 10.741 de 01 de Outubro de 2003, institui o Estatuto do Idoso. Diário Oficial {da} República Federativa do Brasil. Brasília DF, 03 out. 2003. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm)>. Acesso em: 22 dez. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 236.708, 4ª Turma, Relator: ministro Carlos Fernando Mathias, Brasília, DF: 10/02/2009. Dje: 18/05/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 696.284, 3ª Turma, Relator: ministro Sidnei Beneti, Brasília, DF: 03/12/2009. Dje: 18/12/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 268.459, 6ª Turma, Relatora: Maria Thereza de Assis Moura, Brasília-DF: 02/09/2014. DJe: 28/10/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 236.708, 4ª Turma, Relator: ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Brasília, DF: 25/03/2015, Dje: 26/03/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Resp nº 691.559-SP, 2ª Turma, Relator: ministro João Otávio de Noronha, Brasília, DF: 30/04/2015. Dje: 11/05/2015.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região). Agravo de Instrumento nº 2005.04.01.047458-2, 1ª turma suplementar, Relator: Luiz Carlos de Castro Lugon. Porto Alegre: 25/04/2006, Dje: 21/06/2006.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região). Apelação cível nº 2003.71.02.000155-6, 3ª turma, Relatora: Des.Vânia Hack de Almeida. Porto Alegre: 24/10/2006, Dj: 01/11/2006

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região). Embargos Infringentes na Ap. Cível nº 2003.71.02.000155-6, 2ª turma, Relator: Luiz Carlos de Castro Lugon. Porto Alegre: 13/03/2008, Dje: 07/04/2008.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região). Ação Civil Pública nº 2007.34.00.014809-3, 14ª Vara, Relator: Roberto Luiz Luchi Demo. Brasília-DF: 01/12.2010, Dje: 02/12/2010.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Pena Parte Especial, Vol. 2. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil, 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CAVE, Emma, 'Goodbye Gillick: Identifying and Resolving Problems with the Concept of Child Competence' *Legal Studies*, advance online publication (2013): Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/lest.12009/abstract;jsessionid=BF605C2CF36733C315AF3184E01F1795.f02t01?deniedAccessCustomisedMessage=&userIsAuthenticated=false>>. Acesso em: 15.Jul.2016.

Código de ética médica: Resolução CFM nº 1931, de 17 de setembro de 2009 (versão de bolso) / Conselho Federal de Medicina. – Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2010.

Conselho Federal de Justiça, Enunciados aprovados da VI Jornada de direito Civil de 15 de Abril de 2013, disponível em <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/vijornada.pdf>>, acessado em 04.07.15. (grifo nosso)

Conselho Federal de Medicina (Brasil). Resolução nº 1.021, 26 de setembro de 1980. Diário Oficial {da} República Federativa do Brasil. 22 out 1980;( seção I- parte II) Disponível em:<[http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/1980/1021\\_1980.htm](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/1980/1021_1980.htm)> Acessado em 01 jan 2015.

Conselho Federal de Medicina, Resolução nº 1.805 de 2006, disponível no site [http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2006/1805\\_2006.pdf](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2006/1805_2006.pdf) (acessado em 15.06.15)

CULVER, Charles M.. Competência do Paciente. Trad. Patrícia Roffo de Nelson. In SEGRE, Marco; COHEN, Claudio. (Orgs.). Bioética. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2002.

DIAZ, Karen; Refusal of Medical Treatment based on religious beliefs, publicado no *The journal of contemporary legal issues*, v. 16, p. 85-92, EUA, 2007.

DISTRITO FEDERAL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Embargos Infringentes na ação reparatória de danos 0082478-81.2009.8.07.0001, 1ª Câmara Cível, Relator: Des. Alfeu Machado, Brasília – DF: 24/03/2014, Dje: 03/04/2014.

FABBRO, Leonardo. Limitações Jurídicas à Autonomia do Paciente. *Bioética*, Brasília, v. 7, n. 1, p. 7-12, 1999. Periodicidade semestral.

FABRIZ, Daury Cesar. *Bioética e Direitos Fundamentais*, 1. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007.

FORTES, Paulo Antônio de Carvalho. Reflexões sobre a Bioética e o Consentimento Esclarecido. *Bioética*, Brasília, v. 2, n. 2, p. 129-135, 1994. Periodicidade semestral.

Schramm, Fermi Roland. 2002. Bioética para quê? *Revista Camiliana da Saúde*, ano 1, vol. 1, n. 2 –jul/dez de 2002 – ISSN 1677-9029, pp. 14-21).

FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito Médico*. 12. ed. rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA, Rodolfo filho. *Novo curso de direito civil*, volume 3: Responsabilidade civil. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*, 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. V. 6: arts. 137 ao 154. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

JÚNIOR, Edmilson de Almeida Barros. *A responsabilidade civil do médico: uma abordagem constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007.

JURANDIR, Sebastião. *Responsabilidade médica: civil, criminal e ética*; 2. ed. rev. e atualizada, Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*, 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

KLOEPFER, Michael. Vida e dignidade da pessoa humana, in *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional* (org. Ingo Wolfgang Sarlet). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LEITE, Rita de Cássia Curvo. Os direitos da personalidade. In SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. (Org.) *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

Ministério da Educação. *Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de graduação em Medicina*, Brasil, 2014, disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/Med.pdf>>. Acesso em 10. Jul. 2015.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MATIELO, Fabricio Zamproga. *Responsabilidade Civil do Médico*, 1. ed. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça MG, Agravo de Instrumento nº 1.0701.07.191519-6/001, 1ª Câmara Cível, Relator(a): Des. Alberto Vilas Boas , Belo Horizonte-MG: 14/08/2007, Dje: 04/09/2007.

NETO, Jayme Weingartner. Liberdade religiosa na constituição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

NORONHA, E. Magalhães. Direito penal. V. 2: Dos crimes contra a pessoa; Dos crimes contra o patrimônio. 29. ed. atual. Atual, por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1998.

PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro, volume 2: parte especial: arts. 121 a 183. 2. ed. rev., atual, e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PARANÁ, Tribunal de Justiça do Paraná, Apelação Cível nº 1033990-1, 4ª Câmara Cível, Relatora: Maria Aparecida Blanco de Lima, Curitiba - PR: 16/07/2013. Dje: 17/07/2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça RS, Apelação Cível nº 59.50.0037-3 RS, 6ª Câmara Cível, Relator: Sérgio Gischkow Pereira, Porto Alegre-RS: 28/03/1995, Data de Publicação: 29/03/1995.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Agravo de Instrumento nº 70058469362, 22ª Câmara Cível, Relatora: Maria Isabel de Azevedo Souza, Curitiba - PR: 24/04/2014, Dje: 28/04/2014.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70061159398, 22ª Câmara Cível, Relatora: Maria Isabel de Azevedo Souza, Curitiba - PR: 29/08/2014, Dje: 02/09/2014.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça SP, Ap. com Revisão nº 0072694-07.1999.8.000, 5ª Câmara de Direito Privado, Relator: Boris Kauffmann, São Paulo: 26/06/2003, Dje: 27/06/2003.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça SP, Ap. com Revisão nº 908668-60.2006.8.26.0000, 8ª Câmara de Direito Privado, Relator: Caetano Lagrasta, São Paulo: 13/06/2007, Dje: 14/06/2007.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação civil nº 9068971-40.2007.8.26.0000, 1ª Câmara de Direito Privado, Relator: De Santi Ribeiro, São Paulo - SP: 31/01/2012, Dje: 31/01/2012.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça SP, Apelação nº 0015879-15.2011.8.26.0664, Câmara Especial, Relator: Claudia Grieco Tabosa Pessoa, São Paulo: 22/10/2012, Dje: 25/10/2012.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação cível nº 0001509-65.2004.8.26.0150, 6ª Câmara de Direito Privado, Relatora: Ana Lucia Romanhole Martucci, São Paulo – SP: 05/09/2013, Dje: 06/09/2013.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça SP, Apelação nº 123.430.4-4-00, 3ª Câmara de Direito Privado, Relator: Flávio Pinheiro, São Paulo: 17/11/2013, Dje: 19/11/2013.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça de São Paulo, Agravo Regimental nº 2062287-77.2014.8.26.0000, 10ª Câmara de Direito Privado, Relator: Cesar Ciampolini, São Paulo-SP: 26/08/2014, Dje: 28/08/2014.

SEGRE, Marco; COHEN, Claudio. (Orgs.). Considerações Críticas sobre os Princípios da Bioética. In *Bioética*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2002.

SILVA, Marcelo Sarsur Lucas da. Considerações sobre os limites à intervenção médico-cirúrgica não consentida no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte*, n. 43, p. 85-117, jul./dez. 2003. Disponível em: <<http://dspace/xmlui/bitstream/item/12988/1204.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 13 out. 2014.

VILELLA, João Baptista, *Bioética e Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZULIANI, Ênio Santarelli em *Responsabilidade civil : responsabilidade civil na área da saúde / coordenadora Regina Beatriz Tavares da Silva*. – 2. ed. – São Paulo : Saraiva, 2009. – (Série GV-law).