

DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE E LIBERDADE RELIGIOSA: UMA ANÁLISE JURÍDICA DA RECUSA DE TRATAMENTO MÉDICO POR TESTEMUNHAS DE JEOVÁ

ADVANCE DIRECTIVES AND RELIGIOUS FREEDOM: A LEGAL ANALYSIS OF THE REFUSAL OF MEDICAL TREATMENT BY JEHOVAH'S WITNESSES

Antônio Leonardo Amorim¹
Claudinéia Pereira de Souza²
Paulo Eduardo Elias Bernacchi³

<https://doi.org/10.55839/2358-7008RCDv12n2pa105-124>

RESUMO: Este artigo analisa a interseção entre as Diretivas Antecipadas de Vontade (DAV) e a liberdade religiosa, com foco específico na recusa de tratamento médico por Testemunhas de Jeová. O estudo examina os fundamentos jurídicos e éticos que sustentam a possibilidade de uso das DAV por membros desse grupo religioso, considerando a ausência de regulamentação específica no ordenamento jurídico brasileiro e o direito fundamental à liberdade religiosa. A pesquisa parte de uma análise constitucional, explorando a tensão entre o direito à vida, à liberdade religiosa e à autonomia do paciente. Utiliza-se o princípio da ponderação, conforme proposto por Luiz Roberto Barroso, como metodologia para abordar o conflito entre esses

¹ Doutor em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina, bolsista CAPES (2022/2023), Mestre em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (2017-2019), bolsista CAPES (2017-2018), Especialista em Direito Penal e Processo Penal (2017-2018), Professor de Processo Penal no Curso de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - UFMS, Campus do Pantanal - CPAN, Cidade de Corumbá/MS e Coordenador do Projeto de Pesquisa Criminologia Crítica do Pantanal. E-mail: antonio.amorim@ufms.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1464-0319>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5692695774578222>.

² Pós-graduanda em direito de família e sucessões pelo EBRADI, graduada pela Universidade Estadual do Mato Grosso (UNEMAT), Advogada. Endereço eletrônico: claudineibarachel@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-1288-7778>.

³ Mestre em Direito na Universidade Católica de Petrópolis/RJ (2017) - Programa de Pós-graduação stricto sensu em Direito com área de concentração única em JUSTIÇA, PROCESSO E DIREITOS HUMANOS, na linha de pesquisa Processo e efetivação da justiça e dos direitos humanos. MBA em LLM Direito Corporativo pelo IBMEC-RJ (2006-2007). Graduado em Direito pela Universidade Estácio de Sá (2005). Professor temporário na Universidade Estadual do Mato Grosso (Unemat), nas matérias de Direito Civil e Direito Processual Civil. Membro da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/RJ) na Turma de Ética e Disciplina (TED) e foi membro da Comissão de Estudos em Processo Civil da OAB/RJ (2018/2021). Coordenador de Processo Civil da Escola Superior da Advocacia (ESA) da subseção da OAB da Barra da Tijuca. Atualmente é advogado. E-mail: pbernacchi1@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-1288-7778>

direitos fundamentais. O artigo também examina a jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal, que tem privilegiado a autonomia do paciente em casos semelhantes. Discute-se a função social do contrato e sua aplicabilidade às DAV, considerando-as como expressão da autonomia de vontade do indivíduo. Abordam-se questões éticas cruciais, como a legitimidade do Estado em impor tratamentos médicos contrários à consciência e fé do paciente, e os dilemas enfrentados pelos profissionais de saúde nessas situações. O estudo conclui pela necessidade de respeitar a manifestação de vontade expressa nas DAV, desde que elaboradas por pessoa capaz e livre de vícios de consentimento. Argumenta-se que tal respeito se fundamenta tanto na validade jurídica do documento público quanto na garantia constitucional de liberdade religiosa. Por fim, o artigo propõe a urgência de uma regulamentação específica das DAV no Brasil, considerando as experiências internacionais e as peculiaridades do contexto jurídico e cultural brasileiro. Tal regulamentação visaria proporcionar maior segurança jurídica para pacientes, profissionais de saúde e instituições médicas, especialmente em casos envolvendo convicções religiosas como as das Testemunhas de Jeová.

PALAVRAS -CHAVE: Diretivas Antecipadas de Vontade; Liberdade Religiosa; Testemunhas de Jeová; Autonomia do Paciente; Direito à Vida.

ABSTRACT: This article examines the intersection between Advance Directives (AD) and religious freedom, focusing specifically on the refusal of medical treatment by Jehovah's Witnesses. The study explores the legal and ethical foundations supporting the use of ADs by members of this religious group, considering the lack of specific regulations in Brazilian law and the fundamental right to religious freedom. The research begins with a constitutional analysis, exploring the tension between the right to life, religious freedom, and patient autonomy. It employs the principle of balancing, as proposed by Luiz Roberto Barroso, as a methodology to address the conflict between these fundamental rights. The article also examines recent Supreme Federal Court jurisprudence, which has favored patient autonomy in similar cases. The social function of contracts and its applicability to ADs are discussed, considering them as an expression of individual autonomy. Crucial ethical issues are addressed, such as the legitimacy of the state in imposing medical treatments contrary to the patient's conscience and faith, and the dilemmas faced by healthcare professionals in these situations. The study concludes that the will expressed in ADs should be respected, provided they are prepared by a capable person free from consent defects. It argues that such respect is based on both the legal validity of the public document and the constitutional guarantee of religious freedom. Finally, the article proposes the urgency of specific regulations for ADs in Brazil, considering international experiences and the peculiarities of the Brazilian legal and cultural context. Such regulation would aim to provide greater legal certainty for patients, healthcare professionals, and medical institutions, especially in cases involving religious convictions such as those of Jehovah's Witnesses.

KEYWORD: Advance Directives; Religious Freedom; Jehovah's Witnesses; Patient Autonomy; Right to Life.

1. INTRODUÇÃO

A ciência nos últimos anos, tem se desenvolvido de forma ativa e acelerada em todos os ramos e, o desenvolvimento científico da medicina vem recebendo uma nova estrutura para melhorar a qualidade de vida e tratamento de doenças cada vez mais raras, seja por procedimentos cirúrgicos, terapias ou medicamentos antes inimagináveis. A diagnose precoce do tratamento, da terapia ou do medicamento até a cura do paciente são realidades possíveis atualmente, graças a uma medicina cada vez mais tecnológica.

No entanto, para o tratamento de algumas doenças e/ou tratamentos médicos realizados diretamente nos hospitais de forma imediata, para salvaguardar a vida do paciente é necessário o uso da transfusão de sangue. Por essa razão, se realiza diversas campanhas para estimular a doação de todo o tipo sanguíneo, já que seu uso em pacientes internados é necessário e imprescindível para a cura de determinados pacientes.

Existe a crença que, independentemente da doença e tratamento médico que se faz necessário a cura do paciente, ninguém quer conviver com a realidade da morte por diversos fatores, seja pela necessidade de maior convívio com a família, seja em razão da pessoa ser jovem ou, ainda, por motivos religiosos. A morte, como um consectário lógico da vida, atinge a todos indistintamente e, assim, como um despertar percebe-se que o que muitos sempre tiveram como tabu, como algo para não pensar - pelo menos enquanto jovens e saudáveis - tornou-se assunto para reflexão, discussão, consideração e tratamento para aqueles que tem a crença na testemunha de Jeová.

Na religião de testemunhas de Jeová não há a aceitação da cura ou do tratamento através da transfusão de sangue e preferem correr o risco de morte que lhes são apresentados. De fato, até onde se sabe, pessoas maiores e capazes podem fazer escolhas a respeito de não aceitar o tratamento via transfusão de sangue, contudo, crianças, adolescentes e aqueles com incapacidade transitória não estão aptos a fazer escolhas sobre o tratamento adequado a sua recuperação, mormente com base em crença religiosa. Por isso, a escolha da morte daquele que tem na crença religiosa pode ser afastada por disposição expressa em instrumento público como

as diretivas antecipadas de vontade (DAV) ou deve ser empregada toda a ciência médica para a cura do paciente.

A fé merece respeito, e toda crença tem sua doutrina, o que torna ainda mais acaloradas as discussões relacionadas a recusa de certos procedimentos médicos por motivos de religião ou mesmo filosóficos. Tais discussões trazem à tona o inevitável questionamento. Diante do exposto, se tem o seguinte problema de pesquisa: É possível constranger alguém aceitar um procedimento médico que o faça renunciar de seus princípios religiosos, sua fé e até mesmo sua consciência e, pode essa imposição ser considerada uma violação da liberdade religiosa e de manifestação, bem como sua liberdade de livre escolha garantidos constitucionalmente? Para responder esse problema de pesquisa, se utilizará do método dedutivo, partindo-se de premissas pré-estabelecidas, como o princípio da ponderação de Luiz Roberto Barroso⁴, que aponta que para conflito de tais direitos fundamentais é necessário realizar ponderações jurídicas. É certo, no entanto, que cada uma das três etapas descritas e integrativas do princípio – identificação das normas pertinentes, seleção dos fatos relevantes e atribuições gerais dos pesos, com a produção de uma conclusão – envolve avaliações de caráter subjetivo, que poderão variar em função das circunstâncias pessoais do intérprete e de tantas outras influências.

Através dessa visão de solução de conflitos de direitos fundamentais, Barroso (2009) descreve três etapas para aplicação da ponderação em casos concretos: a primeira etapa tem como objetivo a realização de uma triagem relativos ao caso; a segunda tem o objetivo de analisar mais profundamente de forma isolada as normas elencadas na etapa anterior; e a terceira etapa visa apresentar todas as normas através da junção com as circunstâncias do caso, e atribuir para cada norma pesos para que seja aplicada adequadamente o princípio da ponderação, para a produção de uma conclusão coerente.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

Na aplicação prática dessa ponderação ao caso das DAV de Testemunhas de Jeová, é crucial considerar não apenas a liberdade religiosa e o direito à vida, mas também a dignidade da pessoa humana e a autonomia do paciente.

O Supremo Tribunal Federal, em decisões recentes, tem dado maior peso à autonomia do paciente em casos semelhantes, desde que adequadamente informado e em pleno gozo de suas faculdades mentais. A exemplo de recentes decisões da suprema corte, o Recurso Extraordinário n. 1212272 de relatoria do Ministro Gilmar Mendes reafirmou o entendimento de que a liberdade religiosa não pode ser invocada para eximir-se de obrigações legais impostas a todos, mas reconheceu o direito de recusa de tratamento médico por motivos religiosos, desde que não haja risco iminente de morte. Já no recurso ordinário de *Habeas Corpus* n. 146303, o Ministro relator Edson Fachin decidiu que embora não trate especificamente de DAV, esta decisão abordou o conflito entre liberdade religiosa e direito à vida, reforçando a importância da autonomia do paciente.

O artigo se encarregará de desenvolver a validade do ato declarativo de vontade em instrumento público, a despeito da ausência de previsão legislativa, buscando resposta nas garantias constitucionais e, eventual fundamento de responsabilidade civil e penal dos envolvidos nessa trama, ou seja, respeita-se a vontade do paciente disposta em instrumento público com base em crença religiosa ou se emprega todos os meios necessários para salvaguardar a vida do paciente, ainda que contra sua vontade.

2. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA LIBERDADE RELIGIOSA.

Em meados do século XX, o desenvolvimento da tecnologia médica possibilitou prolongar a vida quase indefinidamente, e a morte tornou-se uma escolha médica. Por essa razão, Menezes (2004, p. 34) afirma que “a definição de morte revela que ela é circular, ligada ao ato de morrer. O médico que pode decidir interromper o atendimento ou fazer esforços para reavivar o espírito”.

Nesse contexto apresentado, por um lado, há o surgimento de uma autonomia do paciente e, por outro, o avanço da tecnologia médica que encontrava meios de adiar a morte,

criando as bases para o surgimento de discussões sobre o suposto direito de morrer (Dadalto, 2015).

Diante do conhecido fato de que os Estados Unidos da América sempre foi um país defensor da autonomia individual, na década de 1960, no Estado da Califórnia surgiu o conhecido testamento vital, conhecido como *living will* (Perrota, 2020).

O *living will* foi proposto pela primeira vez no ano de 1967 pela Sociedade Americana de Eutanásia como um documento de cuidados antecipados, com o qual uma pessoa pode registrar seu desejo de parar intervenção médica de sustentação da vida (Rocha, 2013).

No ano de 1969, o advogado Louis Kutner, conhecido defensor dos direitos humanos, propôs um modelo de testamento através de um artigo científico, nele tratando do direito do paciente a morrer, resolvendo, assim, o conflito existente entre médicos e familiares quando diagnosticado pacientes terminais com incurabilidade da enfermidade em casos terminais.

A ideia inicial do advogado norte americano era a inclusão de cláusula contendo o consentimento do paciente em não se submeter a tratamento médico, caso a enfermidade fosse incurável que o deixasse em estado vegetativo, tornando o Estado da Califórnia o primeiro Estado americano a promulgar a “Lei Natural da Morte”, também conhecida como “Lei da Morte com Dignidade” ou “Testamento Vital”.

Diante da iniciativa do Estado da Califórnia, rapidamente outros Estados americanos na década de 1980 reconheceram os direitos dos doentes terminais de recusar intervenções médicas e tratamentos, sendo que atualmente todos os Estados possuem legislação a respeito do *living will* (Pereira, 2014).

Após o surgimento da DAV nos Estados Unidos da América, o desenvolvimento das DAV em outros países também merece destaque. Na Europa, por exemplo, a Convenção de Oviedo de 1997 foi um marco importante ao estabelecer que “serão levados em consideração os desejos previamente expressos no tocante a uma intervenção médica por um paciente que, no momento da intervenção, não se encontre em condições de expressar sua vontade” (Dadalto, 2008, p. 522). Países como Espanha, Portugal e Alemanha posteriormente desenvolveram legislações específicas sobre o tema (Dadalto, 2008).

A previsão do *living will* ou as diretivas antecipadas de vontade, após mais de vinte anos de previsão nos EUA, surge em legislações europeias por força do inegável respeito a conscientização da autonomia do paciente, afastando a benevolência médica que controla as relações médico-pacientes.

Em Portugal não existia qualquer previsão legal para a DAV, ainda que tenha ratificado a convenção de Oviedo em 1997, fato este que perdurou até a promulgação da Lei nº 25/2012 e, posteriormente, o Projeto de Lei 06/ABP/06 baseado nos pareceres emitidos pelo Conselho Nacional de Ética para a ciência da Vida.

Num dos pareceres emitidos pelo conselho sobre a DAV é relativo à recusa de transfusões de sangue e derivativos por motivos religiosos⁵, sendo que este parecer tem caráter meramente informativo e não vinculativo.

Assim, após intensos debates e projetos de lei por toda a Europa, respeitando a autonomia privada da pessoa, a DAV foi regulamentada nos países como a Áustria desde 2006⁶, no Reino Unido desde 2007⁷, na Espanha desde 2002⁸, na Alemanha desde 2009⁹ e em Portugal desde 2012 através da Lei nº 25/2012.

Na Espanha, recentemente, mais precisamente em setembro de 2024, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH)¹⁰, julgou uma queixa destinada ao tribunal, onde se afirmava ter sofrido um “paternalismo médico”.

Ocorre que mesmo cientes da recusa em receber transfusão de sangue em decorrência de sua crença religiosa, que expressava sua vontade por meio de Diretiva

⁵ CNECV – PARECER 46/CNECV/O5. Disponível em > http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1273054487_P046_ParecerTestemunhasJeova.pdf. Acesso em 10 de nov. de 2024.

⁶ ANDORNO, Roberto; BILLER-ANDORNO, Nikola; BRAUR, Susane – Advanced Health Care Directives: Towards a Coordinated European Policy? *European Journal of Health Law*, *loc. cit.*, p. 214;

⁷ THE MENTAL CAPACITY ACT OF 2005 Disponível em: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/9/pdfs/ukpga_20050009_en.pdf. Acesso em 10 de out. de 2024.

⁸ Ley Nº 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información clínica.

⁹ PEREIRA, André Dias – Diretivas Antecipadas de Vontade em Portugal. *Julgar – Número Especial. Consentimento Informado*, p. 293; PEREIRA, André Gonçalo Dias – Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica, p. 578.

¹⁰ Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/amp/quentes/415435/tribunal-europeu-condena-espanha-por-transfusao-em-testemunha-de-jeova>. Acesso em 10 de out. de 2024.

Antecipada de Vontade, diante de uma emergência médica, os anestesistas consultaram o juiz de permanência, o qual autorizou a realização de todas as intervenções médicas necessárias para salvar a sua vida, a paciente então recebeu três transfusões de sangue.

Nesse contexto, a grande câmara TEDH, entendeu que as autoridades espanholas desrespeitaram o direito da paciente à autodeterminação e a liberdade religiosa, reconhecendo a falha do juiz que, ao invés de consultar o Registro Nacional de Diretivas Antecipadas onde estava formalizada a recusa da paciente em receber transfusão de sangue, decidiu com base em informações “limitadas e erradas”.

A Corte reiterou, ainda, a obrigação dos Estados de protegerem a autonomia dos pacientes, inclusive em emergências médica, quando a decisão pela vida deve respeitar as escolhas pessoais previamente manifestadas. Determinando assim, que o Estado da Espanha pague o equivalente a R\$ 73,6 mil por danos morais, e R\$ 86 mil por despesas judiciais à paciente.

Já no Brasil, não se tem muitas notícias de sua utilização e, por isso, são pouco conhecidos da população, além de não contar com uma disciplina legal que regulamente sua forma de instituição.

A única previsão normativa no Brasil à cerca do assunto, é a resolução número 1995 do ano de 2012 do Conselho Federal de Medicina (CRM) que aborda o tema logo no seu artigo 1º que define diretrizes prévias da vontade como um conjunto de desejos, previamente expressos e claramente expressos sobre o paciente, sobre o cuidado e o tratamento que ele quer ou não quer ter no momento em que não pode expressar, livre e independentemente, a sua vontade, o que, certamente, dificulta sua aplicação já que podem estar presentes a responsabilidade civil e criminal do médico.

Nesse contexto decisões recentes surgiram, e com base nas sustentações orais das partes envolvidas seguidas das manifestações dos *amicus curae*, o Supremo Tribunal Federal

(STF) julgou, no dia 25 de setembro do corrente ano, os recursos extraordinários: RE 1.212.272 e RE 979.742¹¹.

A decisão de ambos os julgados foi unânime no sentido de que a imposição da transfusão de sangue à pessoa capaz que, na plenitude de suas capacidades, havia rejeitado expressamente tal ato, estaria ferindo o dogma, que é a base da crença dos Testemunhas de Jeová. Assim decidindo o STF sobre a questão.

No Recurso Extraordinário n. 1.212.272, o Supremo Tribunal Federal (2019) decidiu que:

1. Testemunhas de Jeová, quando maiores e capazes, tem o direito de recusar o procedimento médico que envolva transfusão de sangue com base na autonomia individual e na liberdade religiosa. 2. Como consequência, em respeito ao direito à vida e à saúde, fazem jus aos procedimentos alternativos disponíveis no SUS. Podendo, se necessário, recorrer a tratamento fora de seu domicílio.

E, no Recurso Extraordinário n. 979.742, o Supremo Tribunal Federal entendeu que:

1. É permitido ao paciente no gozo pleno da sua capacidade civil recusar-se a se submeter a tratamento de saúde por motivos religiosos. A recusa a tratamento de saúde por razões religiosas é condicionada à decisão inequívoca, livre, informada e esclarecida do paciente, inclusive quando veiculada por meio de diretiva antecipada de vontade. 2. É possível a realização de procedimento médico disponibilizado a todos pelo SUS, com a interdição da realização de transfusão sanguínea ou outra medida excepcional, caso haja viabilidade técnica científica de sucesso, anuência da equipe médica com sua realização e decisão inequívoca livre e informada e esclarecida do paciente.

A liberdade religiosa, garantida pelo artigo 5º, VI da Constituição Federal, não se limita apenas à crença, mas também à sua manifestação. No caso das Testemunhas de Jeová, a recusa de transfusão de sangue é uma expressão direta dessa liberdade.

Contudo, é necessário ponderar esse direito com outros princípios constitucionais, como o direito à vida e à saúde, considerando a teoria dos limites dos direitos fundamentais e, levando em consideração o interesse pessoal do titular desses direitos.

¹¹ Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/415969/stf-decide-que-testemunhas-de-jeova-podem-recusar-transfusao-de-sangue>. Acesso em 27 de set. de 2024.

3. DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE - CONCEITO E REGULAMENTAÇÃO

Demonstrou-se que a DAV (Diretivas Antecipadas de Vontade) não é prevista em legislação federal, tendo somente sua disciplina em uma resolução do CFM, embora prevista em diversas legislações pelo mundo.

Para Yvon Kenis e Helena Pereira de Melo (2016), as diretivas antecipadas de vontade são instruções que uma pessoa dá antecipadamente, relativas a tratamentos que deseja ou (mais frequentemente) que recusa receber no fim da vida, para o caso de se tornar incapaz de exprimir as suas vontades ou de tomar decisões por e para si própria.

Assim, para continuidade do trabalho será usado o termo diretivo antecipada de vontade por ser mais abrangente do que os demais termos conhecidos e destacados em termos jurídicos como o testamento vital ou o mandato duradouro (Dadalto, 2008).

A diretiva antecipada de vontade é uma ferramenta para declarar a expressão da vontade do paciente em relação a continuidade de tratamento que deseja receber ou não, podendo, ainda, ser usado como forma de limitar o tratamento feito por transfusão de sangue por motivos religiosos.

Desta forma, se, por outro lado, a diretiva é capaz de satisfazer os desejos do paciente a sua liberdade de escolha de não se submeter a tratamentos com medicamentos, tratamentos ou procedimentos médicos e hospitalares, por outro lado, traz maior proteção ao profissional de saúde que atende aos desejos do paciente.

A questão ainda ganha relevo quando se olhar pela ótica contratual da responsabilidade civil, já que o médico presta assistência ao paciente e, com os olhos voltados a legislação, seja ela civil ou consumerista, responde civilmente, nos termos da lei.

Portanto, é inegável que o médico esteja devidamente amparado por documento público que consta expressamente a declaração de vontade do paciente, para que tenha tranquilidade de fazer o tratamento até o limite de sua vontade, sem o risco de ser responsabilizado pelo ato.

Portanto, a DAV é o instrumento disponível para as declarações pessoais, sendo estas intransferíveis e revogáveis, já que seu objetivo é fazer valer a autonomia da pessoa em relação às condições médicas.

Neste sentido, é possível ou não que testemunhas de Jeová faça uso dessa declaração de vontade por instrumento público a fim de não se submeter a nenhum tratamento com transfusão de sangue em prol de uma garantia religiosa ou, o direito à vida deve ser buscado a todo custo, mesmo que contra a vontade do declarante.

4. COMO O DIREITO BRASILEIRO TEM SE COMPORTADO DIANTE DAS DEMANDAS DOS TESTEMUNHAS DE JEOVÁ?

Como tratado na origem e no conceito das diretivas antecipadas de vontade, esta serve como respeito a autonomia privada do paciente e o anteparo legal de responsabilidade civil e criminal do médico assistente.

Assim, a questão ganha contornos em diversos aspectos práticos, sendo necessário manter o recorte metodológico para se possibilitar ou não o uso da DAV para aqueles que não querem se submeter a tratamento médico por questões religiosas.

Nesse sentido, a questão de negativa dos pacientes da religião de testemunhas de Jeová em receber transfusão de sangue ou hemoderivados sempre suscitou discussões acadêmicas e, principalmente, de ordem prática, já que muitas das vezes o paciente internado se recusa a receber o tratamento vital a sua saúde e, quiçá, a sua vida.

O recorte metodológico abre a discussão e a fundamentação da possibilidade ou não de validação das diretivas antecipadas de vontade (DAV), na qual seu principal objetivo é defender as crenças religiosas, pautando-se no livre arbítrio do indivíduo decidir por aceitar possíveis tratamentos médicos, ou mesmo, apresentar estratégias alternativas à transfusão.

Para que se busque discussão sobre a questão de forma satisfatória, são necessários ponderações sobre o que seriam essas diretivas antecipadas da vontade e a que se destina como dito linhas acima, bem como em quais indivíduos são legítimos a elaborarem essas disposições.

É fundamental a compreensão dos princípios em que se pautam tal religião, e, em que seus adeptos se baseiam para tomar decisões que interferem no curso de sua existência.

No âmbito jurídico é necessário que se analise a antinomia aparente entre princípios fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), como é o caso do direito de preservação da vida previsto no *caput* do artigo 5º da CRFB/1988, o direito a saúde previsto em diversos dispositivos constitucionais e a inviolabilidade a liberdade de consciência e de crença, prevista no inciso VI do também do artigo 5º da CRFB/1988, assim como a impossibilidade de privação a direitos por motivo de crença religiosa, positivado no inciso VIII do referido artigo.

Nathalia Masson (2020) define a vida humana como o bem jurídico mais importante dentre os direitos fundamentais tutelados, pois estar vivo é pressuposto para que se possa usufruir dos demais direitos e liberdades garantidos na CRFB/1988. A autora pontua a existência da análise de tal direito sob duas perspectivas: a primeira, refere-se ao direito de continuar vivo, garantindo que sua existência física não seja violada pelo Estado ou por outros particulares; a segunda, refere-se à proteção de uma vida digna, que expande o conceito de vida estabelecendo uma relação inseparável com a dignidade da pessoa humana, o fundamento basilar da CRFB/1988 (Masson, 2020).

No que se refere a perspectiva do direito da vida, relacionado a uma vida digna, questiona-se a legitimidade do homem em prolongar o máximo a vida de um semelhante, mesmo que sem qualidade, apenas para manter a quantidade tempo vivido, ainda que tal interferência afronte ainda sua consciência e de crença? Seria legítimo por parte do Estado, obrigar um indivíduo a renunciar sua consciência, sua fé, seus princípios religiosos? Tal imposição estatal não violaria a liberdade de escolha, a liberdade religiosa e a manifestação de vontade desse indivíduo? Ou ainda, seria legítimo ao legislador a tipificação de conduta que imponha ao profissional da saúde a obrigação de salvar a vida de um paciente, mesmo que o ato para se alcançar tal objetivo carrete uma violação da vontade desse paciente, que o leve ao rompimento de sua dignidade, devido ao não obediência a sua consciência e a princípios que segue? Em busca de respostas a esses questionamentos, busca-se conceitos, fundamentos legais e principiológicos, referentes ao tema.

Um princípio típico do Direito Civil, a ser utilizado como basilar para a DAV, é o princípio da autonomia da vontade. Maria Helena Diniz (2011) conceitua a autonomia da vontade como o poder de decisão para estipular como melhor lhe convier, mediante um contrato de acordo de vontade que tem em seu bojo disciplinar seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica.

A partir deste princípio, tem-se a possibilidade de que uma pessoa maior, capaz, possa documentar seus desejos em relação aos cuidados de saúde diante de uma situação em que tal procedimento afronte sua crença, e suas escolhas de vida. Ora, se o indivíduo maior e capaz pode tomar decisões no âmbito civil, porque haveria de ser vedado a este, o direito de deixar expresso sua vontade à cerca de cuidados de saúde como a transfusão de sangue diante de um momento de incapacidade?

Com base nesse fundamento mencionado, que gera a possibilidade de elaboração de contrato, à fim de documentar a vontade do maior e capaz, parte-se a discorrer sobre a função social do contrato, pois nesse instrumento são expressas algumas noções centrais da autonomia de vontade.

Em sentido literal extraído dos artigos 421 e 2.035, parágrafo único do Código Civil de 2002, em que a função social do contrato se destina a fundamentar o exercício da liberdade contratual, bem como limitar o exercício desta mesma liberdade, sendo ainda garantida por determinados preceitos da ordem pública.

Nas palavras de Luís Gustavo Haddad (2013), o Código Civil teria confiado a esta figura jurídica a tarefa de fundamentar e liberdade contratual, conferindo, ainda, alta importância a tutela da função social do contrato.

Em consideração a possibilidade de elaboração de contrato por pessoas absolutamente capazes de gerir os atos de sua vida civil, a impossibilidade de documentar decisões acerca de tratamento de saúde, expresso através da DAV, equiparando tal dispositivo ao contrato unilateral, entende-se que tal vedação violaria o princípio da autonomia da vontade, e conseqüente o direito à liberdade.

O artigo 5º da CRFB/1988 disciplina uma das mais importantes garantias constitucionais, já que nele estão previstos direitos que tem o objetivo de assegurar uma vida

digna, livre e igualitária a todos, ao tutelar o direito à vida e à liberdade sendo ainda, no inciso VI do referido artigo 5º a inviolabilidade à liberdade de consciência e crença.

Nesse sentido Nathalia Masson (2020), associa tal dispositivo à garantia da neutralidade do posicionamento estatal, diante da pluralidade de religiões e concepções filosóficas, sendo que tal neutralidade confere aos cidadãos autonomia na adesão à valores religiosos, espirituais, morais ou político-filosóficos, materializando a laicidade estatal, ao assegurar a inviolabilidade de consciência e crença.

Tal garantia é a asseverada pelo inciso VIII do artigo 5º da CRFB/1988, que assegura a escusa de consciência que, quando uma pessoa estiver impedida de acatar uma previsão legal em razão de ofensa a sua crença, valendo-se desse direito, eximir-se a obrigação estipulada em lei, alegando que tal cumprimento geraria grave violência à sua consciência.

Por essas razões conceituais e principiológicas, estaria a testemunha de Jeová assegurado o direito da não aceitação da transfusão de sangue, já que estaria o ato atingindo sua crença e fé.

Em estudo ao site oficial dos testemunhas de Jeová¹² identifica-se na decisão de não aceitação de sangue ou qualquer de seus derivados através de transfusão de outra pessoa como sendo um ensinamento religioso, que vem disciplinado tanto no velho como no novo Testamento (Gênesis 9:4; Levítico 17:10; Deuteronômio 12:23; Atos 15:28, 29), que disciplinam aos fiéis a abstenção de sangue, tal abstenção refere-se tanto à obediência a Deus, tanto expressa o respeito a Ele como Doador da Vida.

5. CONFLITOS ÉTICOS E JURÍDICOS NA PRÁTICA MÉDICA

É sabido que distintas situações fáticas levam a distintas consequências jurídicas, nesse contexto é imprescindível a compreensão do fato adotado como premissa, para que se conclua pela necessidade de uma determinada intervenção ou pela possibilidade de interrupção

¹² Disponível em: <https://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/perguntas-frequentes/por-que-testemunhas-jeova-nao-transfusao-sangue/>. Acesso em 19 de set. de 2024.

de um determinado ato. Uma correta distinção entre as situações garante que o intérprete a acreditar se tratar de uma hipótese quando na verdade a situação em questão é absolutamente diversa.

Partindo da premissa de que o intérprete dá mais atenção à nomenclatura do que a situação fática, sua conclusão será equivocada, o que terá como consequência uma situação jurídica que poderá não ser a correta, já que não foram analisados os fatos, mas apenas a terminologia.

Diante da necessidade de compreensão dos fatos, associados aos institutos a serem aplicados diante do caso concreto, para que se alcance a aplicação de consequências jurídicas adequadas, é necessário a abordagem de diferentes nomenclaturas relacionadas à procedimentos médicos em pacientes em situações vulneráveis, como é caso da eutanásia e da ortotanásia, para que não se confundam com as Diretivas Antecipadas da Vontade (DAV).

Como já dito anteriormente, a diretivas antecipadas da vontade, expressa a vontade do indivíduo, que de forma antecipada, registra instruções referentes a tratamentos que deseja ser submetido, ou com mais frequência, os tratamentos que se recusa a receber no fim da vida, caso se torne incapaz de exprimir suas vontades.

Nesse sentido é definido como um negócio jurídico, pois se trata de declaração de vontade com o objetivo de produzir efeitos que o declarante pretende, é ato unilateral, personalíssimo e revogável.

Com tal documento objetiva-se a garantia de que o desejo do paciente seja atendido no momento de sua terminalidade de vida, além de oferecer respaldo jurídico a equipe médica responsável pela tomada de decisões em situações delicadas.

Situação totalmente diversa tem-se ao abordar a eutanásia e a ortotanásia. Nathalia Masson (2020) define eutanásia como, a ação médica intencional que abrevia a vida de um paciente terminal que vivencia extremo sofrimento e se encontra em situação incurável. Assim, entende-se a eutanásia como crime comissivo, ou seja, ação, como exemplo de uma injeção letal, levando o paciente terminal a morte.

Já a ortotanásia, o “crime” é comissivo por omissão, e ocorre quando o médico não emprega todos os meios cabíveis para evitar o resultado morte, pode ser definido como a

interrupção do tratamento médico que não ofertam chance de recuperação. A ortotanásia é a permissão da morte natural sem que dolorosos prolongamentos artificiais.

É fundamental distinguir claramente as DAV de outros conceitos relacionados, como eutanásia e ortotanásia. Enquanto a eutanásia envolve a antecipação intencional da morte, e a ortotanásia refere-se à morte natural sem prolongamento artificial da vida, as DAV são instrumentos que expressam a vontade do paciente sobre tratamentos futuros, não necessariamente implicando em abreviação da vida.

Diante das conceituações entre os institutos fica evidente que os institutos apresentados não se confundem, tanto pelos códigos que regem tais situações quanto por quem toma tais decisões. Enquanto a DAV é expressão da vontade do paciente expressa de forma antecipada e regida por relação contratual pelo direito civil, tanto a eutanásia quanto a ortotanásia, assemelham-se ao homicídio privilegiado regido pelo Código Penal, e parte da premissa que a decisão é tomada por terceiros, equipe médica, ou mesmo familiares, diante do sofrimento do enfermo.

6. REGULAMENTAÇÃO DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE - UMA ANÁLISE COMPARADA

A regulamentação das Diretivas Antecipadas de Vontade (DAV) varia significativamente entre os países, oferecendo importantes lições e boas práticas que poderiam ser consideradas no contexto brasileiro. Esta análise comparativa focará em alguns países que têm legislação avançada sobre o tema.

Os EUA foram pioneiros na regulamentação das DAV, com o *Patient Self-Determination Act* de 1990. Esta Lei Federal Norte Americana exige que instituições de saúde informem os pacientes sobre seu direito de fazer diretivas antecipadas e incorporem essas diretivas aos registros médicos (Adorno, *et al*, 2009).

No país estadunidense, cada estado tem sua própria legislação específica, mas a lei federal garante um padrão mínimo de reconhecimento das DAV em todo o país, sendo a

obrigatoriedade de informar os pacientes sobre as DAV uma boa prática a ser adotada no Brasil, aumentando a conscientização e utilização desse instrumento.

A Espanha regulamentou as DAV através da Lei 41/2002, que estabelece o direito dos pacientes à autonomia e informação. A referida lei espanhola prevê um registro nacional de instruções prévias, facilitando o acesso dos profissionais de saúde às DAV dos pacientes (Pereira, 2014).

Em Portugal se regulamentou as DAV através da Lei n.º 25/2012, que estabelece o regime das diretivas antecipadas de vontade em matéria de cuidados de saúde. A lei portuguesa prevê a possibilidade de nomear um procurador de cuidados de saúde, além de estabelecer um Registro Nacional do Testamento Vital (Dadalto, 2008).

A Alemanha regulamentou as DAV em 2009, através de uma emenda ao Código Civil. A lei alemã estabelece que as DAV são vinculantes para médicos e representantes legais, desde que a situação descrita no documento corresponda à situação atual do paciente.

No Reino Unido, o *Mental Capacity Act* de 2005 regulamenta as DAV, estabelecendo critérios claros para sua validade e aplicação. A Lei Britânica também prevê a figura do "*Lasting Power of Attorney*", similar ao procurador de cuidados de saúde¹³.

A definição de critérios claros para a validade das DAV e a inclusão de disposições sobre capacidade mental poderiam fortalecer a legislação brasileira, considerando as experiências internacionais, algumas recomendações para a regulamentação das DAV no Brasil incluem: Estabelecer uma legislação federal específica sobre DAV, criar um registro nacional centralizado de DAV, incluir a figura do procurador de cuidados de saúde, definir claramente o caráter vinculante das DAV e estabelecer critérios de validade e aplicação das DAV.

Pondera-se que a implementação dessas medidas poderia fortalecer significativamente o respeito à autonomia do paciente no Brasil, incluindo casos específicos como o das Testemunhas de Jeová, garantindo maior segurança jurídica e respeito às decisões individuais em questões de saúde e fim de vida.

¹³ THE MENTAL CAPACITY ACT OF 2005. Disponível em: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/9/pdfs/ukpga_20050009_en.pdf. Acesso em: 30 de set. de 2024.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, denota-se que a diretiva antecipada de vontade (DAV) e, também conhecida como testamento vital vem sendo admitido no Brasil desde o ano de 2012, com a publicação da Resolução nº 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina (CFM).

Contudo, é preciso registrar que inexistente legislação federal que discipline a matéria, muito embora, a resolução tenha dado contornos de acordo com o Código Civil, permitindo que a DAV seja feita por pessoas maiores de dezoito anos, em pleno uso de suas faculdades e que manifestem sua vontade sobre os cuidados de saúde que desejam receber ou não receber caso estejam em uma situação em que não possam mais expressar sua vontade, tendo, nitidamente, um caráter ético.

No caso, a sua elaboração pela testemunha de Jeová, atendendo aos contornos legais da declaração de vontade, não encontraria óbices no seu cumprimento pelos familiares do paciente e, em especial, pelo médico que estaria resguardado por não realizar o procedimento médico.

Por essa razão, é imprescindível que opção pelo não tratamento, através da diretiva antecipada de vontade, seja feito por escrito, datada e assinada pelo próprio paciente ou por outra pessoa a seu pedido, e ser registrada em prontuário médico, considerando, inclusive, que a recusa de transfusões de sangue é uma prática comum entre os membros dessa religião e que essa posição pode gerar conflitos éticos em algumas emergências médicas.

A incorporação das DAV no ordenamento jurídico brasileiro, seja por meio de legislação específica ou pela consolidação da jurisprudência, é fundamental para garantir o respeito à autonomia do paciente e à liberdade religiosa.

Isso fará com que as decisões judiciais substituam a vontade do paciente e proporcionaria maior segurança jurídica para pacientes, profissionais de saúde e instituições médicas. No caso específico das Testemunhas de Jeová, a regulamentação das DAV ofereceria um mecanismo legal claro para expressar e respeitar suas convicções religiosas em relação a

tratamentos médicos, harmonizando o direito à vida com o direito à liberdade religiosa e à dignidade humana.

A ausência de legislação específica sobre as DAV no Brasil cria insegurança jurídica tanto para pacientes quanto para profissionais de saúde. É urgente a necessidade de uma regulamentação que estabeleça claramente os requisitos para a validade das DAV, seus limites e as situações em que podem ser aplicadas. Tal regulamentação deve considerar as experiências internacionais bem-sucedidas, adaptando-as à realidade jurídica e cultural brasileira

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1212272 AgR**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 07 de fevereiro de 2020. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 28 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 1212272 AgR**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 14 de outubro de 2019. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 25 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC 146303**. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, DF, 06 de março de 2018. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 27 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF 707 DF**. Brasília, DF, 03 de jun. 2020.

ANDORNO, Roberto; BILLER-ANDORNO, Nikola; BRAUR, Susane. **Advanced Health Care Directives: Towards a Coordinated European Policy?** European Journal of Health Law. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/19788001/>. Acesso em 10 de set. de 2024.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CNECV – **PARECER 46/CNECV/O5**. Disponível em: http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273054487_P046_ParecerTestemunhasJeova.pdf, p.3. Acesso em 30 de set. de 2024.

DADALTO, Luciana. **As contribuições da experiência estrangeira para o debate acerca da legitimidade do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro**. Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI. 2008. p. 522. Disponível em: www.advocaciapasold.com.br/artigos/arquivos/testamento_vital_-_contribuicao.pdf. Acesso em 20 de set. de 2024.

DADALTO, Luciana. **Histórica do Testamento Vital**: entendendo o passado e refletindo sobre o presente. Disponível em: Disponibilizado em: www.revistamirabilia.com/sites/default/files/medicinae/pdfs/med2015-01-03.pdf. Acesso em 10 de nov. de 2024.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011.

HADDAD, Luís Gustavo. **Função Social do Contrato**: um ensaio sobre seus usos e sentidos/ Luís Gustavo Haddad – São Paulo: Saraiva, 2013.

KENIS, Yvon, *apud*, MELO, Helena Pereira de. **Directivas Antecipadas de Vontade**. Disponível em http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:tEPqhtRe_kwJ:www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/hpm_MA_7777.doc+&cd=1&hl=pt-PT&ct=clnk&gl=pt. Acesso em 10 de set. de 2024.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 8.ed.rev.ampl. e atual – Salvador: JusPODIVIM, 2020.

MENEZES, Rachel Aisengart. **Em busca da boa morte**: antropologia dos cuidados paliativos. Rio de Janeiro: Fiocruz e Garamond, 2004.

PEREIRA, André Dias. Diretivas Antecipadas de Vontade em Portugal. **Julgar** – Número Especial, 2014.

PEREIRA, André Gonçalo Dias – Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica. **Julgar** – Número Especial, 2016.

PERROTA, Maria Gabriela Venturoti. Diretivas antecipadas de vontade em tempos de pandemia. **Revista de direito e medicina**, vol. 6, ano 2020.

Resolução nº 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina (CFM).

ROCHA, Andreia Ribeiro da. Declaração prévia de vontade do paciente terminal: reflexão bioética. **Revista Bioética**, v. 21, n. 1, 2013. p. 90

Submetido em 10.11.2024

Aceito em 14.12.2024