



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Os limites à liberdade de escolha e a intervenção judicial nos procedimentos médicos

Ediniel Rodrigues Lopes da Silva

Rio de Janeiro
2015

EDINIEL RODRIGUES LOPES DA SILVA

Os limites à liberdade de escolha e a intervenção judicial nos procedimentos médicos

Artigo Científico apresentado como exigência de Conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2015

OS LIMITES À LIBERDADE DE ESCOLHA E A INTERVENÇÃO JUDICIAL NOS PROCEDIMENTOS MÉDICOS

Ediniel Rodrigues Lopes da Silva

Graduado pela Faculdade de Direito de
Santo Antônio de Pádua – FASAP.
Advogado.

Resumo: Com o advento da Carta Magna em 1988, na qual o constituinte originário instituiu um Estado Social Democrático de Direito, uma série de direitos que eram protegidos por meio da intervenção do Estado, notadamente pelo Poder Judiciário deixaram de ser objeto de intervenção estatal, já que passaram a integrar outra categoria individual de direitos, os direitos fundamentais. Dessa forma, não só o respeito à diversidade cultural, mas também a diversidade de comportamentos e escolhas por parte de cada indivíduo existente na sociedade tornaram-se objeto de discussão. No presente artigo, busca-se demonstrar se as decisões e escolhas que tenha repercussão no chamado mínimo existencial são de escolha exclusiva do indivíduo ou podem sofrer restrições ou limitações.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direitos da Personalidade. Autonomia da Dignidade humana. Intervenção e Limitação pelo Estado. Procedimentos Médicos.

Sumário: Introdução. 1. O conceito de Dignidade Humana no Estado Moderno. 2. Autonomia da vontade como conteúdo mínimo 3. A limitação pelo Poder Judiciário à liberdade de escolha nos procedimentos médicos com fundamento na heteronomia. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Atualmente a autonomia da dignidade humana é considerada com um das bases formadoras de um Estado Democrático de Direito. Dessa forma a autonomia humana é um elemento intrinsecamente ligado à razão e ao exercício da vontade na conformidade de determinadas normas do ordenamento jurídico. É pacífico que decisões sobre a vida privada, ideologia, e outras escolhas personalíssimas não podem ser retiradas ou limitadas da esfera de escolha do indivíduo sem afetar a dignidade da pessoa humana no aspecto ligado a liberdade de escolha.

Todavia, numa concepção moderna, o conceito e o conteúdo da expressão dignidade humana pode ser desmembrado basicamente em duas acepções, ou diversas dimensões. A primeira delas seria o direito de estar ou permanecer vivo, e a segunda o direito a receber uma saúde adequada. Portanto, o direito de poder escolher e ser respeitado em sua escolha é um direito fundamental para a individualidade de cada ser, uma vez que o Estado lato senso, em regra, não pode realizar intervenções médicas ou limitar a liberdade de escolha dentre as opções de vida que cada indivíduo entenda ser melhor.

Assim sendo, o trabalho visa a demonstrar a possibilidade dos indivíduos exercerem ampla liberdade de escolha em seus procedimentos médicos, como forma de preservar o viés autônomo da dignidade humana, fundamento da República Federativa do Brasil.

No entanto, tal liberdade não afasta a possibilidade de intervenção ou limitação, à vontade do paciente, pelo Poder Judiciário para garantir a dignidade humana dos pacientes sob seu viés heteronômico e não apenas sob o enfoque amplo e irrestrito da autonomia baseado na liberdade de escolha.

Dessa forma, ficaria a intervenção do Poder Judiciário, forma de restrição ou limitação objetiva na liberdade de escolha dos indivíduos, apenas como uma situação excepcional e protecionista visando à garantia do direito à vida, quando a autonomia privada estiver prejudicada pela capacidade de escolha e decisão.

Sendo assim, o consentimento informado, principal expressão concreta da autonomia do paciente nos procedimentos médicos, deveria ou não ser privilegiado e respeitado pelo Estado, como instrumento idôneo e eficaz de garantir a dignidade humana das pessoas.

Objetiva-se, portanto, demonstrar um conflito aparente entre os princípios da liberdade de escolha, derivado da autonomia privada dos indivíduos e a proteção ao direito à vida, exercido pelo Estado. Visto que, o conceito de dignidade da pessoa humana é amplo e

complexo, exigindo sua aplicação de forma ponderada, ou seja, através de um sopesamento de valores no caso concreto.

Sendo, portanto, o Poder Judiciário um dos principais agentes transformadores da sociedade contemporânea, é em seu próprio âmbito que é questionado a legitimidade de certas decisões que determinam a intervenção do Estado nos procedimentos médicos, contrapondo à liberdade de consentimento, ou até mesmo a recusa do pacientes nos casos de situações graves capazes de comprometer a própria vida do paciente.

1. O CONCEITO DE DIGNIDADE HUMANA NO ESTADO MODERNO

O significado da expressão dignidade humana bem como seu conteúdo é um tema que até hoje é objeto de discussão entre os constitucionalistas. No sentido denotativo¹ a palavra dignidade comporta diversos significados. No entanto, a afirmação da dignidade como um valor tem prevalecido entre os juristas. Moraes², afirma ser a dignidade um “valor moral e espiritual inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas”.

Nesse sentido, Barroso³ assevera que a dignidade humana é “um valor que se situa ao lado de outros valores centrais do direito, como justiça, segurança e solidariedade”. Dessa

¹No dicionário Houaiss a palavra dignidade pode ser compreendida em diversos âmbitos: como uma qualidade moral que infunde respeito; como consciência do próprio valor, honra, autoridade; como modo de alguém proceder ou de se apresentar que inspira respeito, respeito aos próprios sentimentos, valores e amor próprio. HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. p.685.

²MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 61.

³BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.p. 9. Disponível em: < http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf >. Acesso em: 20 jan. 2015.

forma, Barroso⁴ expõe que é o conceito e amplitude dos valores inerente a dignidade humana que justifica de certa forma a consolidação dos direitos humanos e dos direitos fundamentais⁵.

Segundo o ministro Eros Grau⁶ “as coisas têm preço, as pessoas têm dignidade”. A dignidade não tem preço, vale para todos quantos participam do humano. Todavia, o próprio Supremo Tribunal Federal, já reiterou o entendimento de que nenhum princípio tem caráter absoluto, podendo sofrer relativização seja de grande ou pouca intensidade.

No entanto, com a chamada virada kantiana⁷, foi possível afirmar que a dignidade humana compreende um conjunto mínimo de direitos, que passou a ser denominado de mínimo existencial. Para Kant⁸ o fundamento da dignidade é a autonomia do indivíduo. É por meio de sua autonomia que poderá exercitar a sua compreensão da razão e o dever ser. Só assim poderá escolher a conduta que realmente deve seguir.

À vista disso, entendendo que o conceito de dignidade é amplo e complexo já que não é um conceito estático e sim dinâmico, podendo sofrer alterações ou mutações de acordo com a evolução da sociedade, os autores constitucionalistas buscaram de certa forma, estabelecer, padrões, ou até mesmo dogmas que sempre estarão presente no conceito de dignidade. Dessa maneira, Barroso⁹ sustenta a existência de três conteúdos mínimos e essenciais da dignidade: “valor intrínseco, autonomia e valor social da pessoa humana”.

⁴ Ibid., p. 9.

⁵ Alguns autores atualmente tem se feito diferenciação conceitual entre os termos direitos fundamentais e direitos humanos. A expressão direitos humanos é empregada para identificar a posição jurídica decorrente de documentos internacionais, sem vínculo com qualquer ordenamento interno específico e com pretensão de validade universal. Já a expressão direitos fundamentais é utilizada para identificar os direitos humanos positivados em determinado sistema constitucional.

⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *A constituição e o Supremo*. 4. ed. Brasília: Secretaria de Documentação, 2011. p. 26.

⁷ Movimento considerado como pós-positivista em que seu idealizador, filósofo Immanuel Kant deixou de lado o direito criado pela norma pura, e buscou uma reaproximação entre a Ética e o Direito, fundado seus valores na razão.

⁸ KANT apud BARROSO, op. cit., p. 17.

⁹ Ibid., p. 21.

Em decorrência desse conteúdo surge no direito constitucional uma série de direitos e garantias que serão positivadas numa constituição ou carta magna, que passaram a ser denominados de direitos fundamentais. O segundo conteúdo da tríade da dignidade é o relativo à autonomia da vontade, considerado com um dos elementos mais importante de qualquer ordenamento jurídico.

No entanto, é importante salientar, que historicamente a autonomia da vontade sofreu uma grande evolução não só em seu conteúdo, mas também em sua aplicação no direito comparado. A autonomia ampla e irrestrita pregada na Revolução Francesa em 1789 e posteriormente afirmada no Código Civil Napoleônico em 1804 foi limitada, restrita, por diversos princípios e direitos fundamentais transformando-se em uma autonomia privada.

Assim, Barroso¹⁰ conceitua a autonomia como um “elemento ético da dignidade, ligado á razão e ao exercício da vontade na conformidade de determinadas normas”. É a partir da autonomia que todos nós podemos realizar nossas escolhas, sejam pessoais, familiares, sociais e até mesmo no âmbito do trabalho.

Por fim, Barroso¹¹ conceitua o terceiro e último conteúdo da dignidade como valor comunitário, ou dignidade como heteronomia, expressão que é mais utilizada e mais fácil de ser compreendida. Essa vertente da autonomia, chamada de heteronomia está voltada mais para o lado social do cidadão. Segundo o autor é por meio dessa vertente, que se destacam alguns valores como: a possibilidade de proteger o indivíduo dele próprio quando tomar decisões que será capaz de ofender a sua própria dignidade; a proteção do direito de terceiros, que neste caso, o Ministério Público e o Poder Judiciário poderão atuar como forma de repressão ou até mesmo de prevenção; e a proteção dos valores sociais, dentre eles os direitos chamados hoje de difusos, que estão ligados de certa forma com a solidariedade.

¹⁰ Ibid., p. 24.

¹¹ Ibid., p. 28.

Nesse mesmo sentido, sustentando também uma dupla acepção do conceito de dignidade, Moraes¹² assevera que a dignidade humana apresenta uma vertente que estabelece uma série de direitos individuais de caráter protetivo, seja em face do Estado seja em relação aos demais cidadãos, sendo chamado neste caso de eficácia vertical quando estabelecida em face do Estado e eficácia horizontal quando estabelecida em relação aos demais indivíduos. A segunda acepção está ligada ao dever fundamental que todos os indivíduos possuem de serem tratados de maneira igualitária, isonômica os próprios semelhantes.

Por derradeiro, a autora Maria Celina Bodin de Moraes¹³ também sustenta que da expressão dignidade humana decorrem quatro princípios jurídicos fundamentais: princípio da igualdade, princípio da liberdade, princípio da integridade física e moral e o princípio da solidariedade. Já Sarlet¹⁴ conceitua a dignidade da pessoa humana como “uma qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que venha a lhe propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”.

Portanto, é inegável que a expressão dignidade humana, tenha agregado diversos valores e princípios que tem sido permeado em todas as legislações infraconstitucionais no ordenamento jurídico brasileiro. Todavia, essa ampliação no rol de direitos que estão no âmbito da dignidade humana, acaba de certa forma, trazendo diversos conflitos entre os indivíduos e órgãos estatais, que na busca de protegerem a dignidade humana em sua heteronomia acabam restringindo e violando a autonomia dos indivíduos.

¹² MORAES, op. cit., p. 62.

¹³ BODIN DE MORAES apud SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 9, p.361-388, jan/jun.2007. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-361-Ingo_Wolfgang_Sarlet.pdf>. p. 381.

¹⁴ *Ibid.*, p. 383.

2. A AUTONOMIA DA VONTADE COMO CONTEÚDO MÍNIMO

Etimologicamente a palavra autonomia deriva do grego *autos* que significa agir com liberdade, por si só, e *nomos* que significa norma. Assim, Acquaviva¹⁵ define autonomia como a manifestação livre e consciente de uma pessoa juridicamente capaz. Todavia, esse conceito no Direito Constitucional tem uma carga decisória muito maior do que a definição constante no dicionário.

Segundo Barroso¹⁶, via de regra, todas as decisões que são de suma importância na vida de um indivíduo não devem ser retiradas da esfera da escolha do indivíduo bem como ser imposta outra escolha que seja oriunda de uma vontade externa. Enfatizando a necessidade de respeitar a escolha individual, Barroso¹⁷ afirma que existem dois elementos que perfazem o conteúdo mínimo da autonomia da vontade. São eles: a capacidade de autodeterminação que seria a base, fundamento da própria autonomia da dignidade e o exercício dessa autodeterminação. Só sendo possível exercer efetivamente esses dois elementos é que se poderia falar em autonomia da vontade.

Assim, não é suficiente garantir que uma pessoa no decorrer de sua vida possa fazer escolhas, mesmo não sendo consideradas moralmente corretas pela sociedade, é preciso também criar mecanismos que garantam que essas escolhas serão respeitadas, impedindo a intervenção do Estado na sua esfera de liberdade. Dessa forma, foi cunhada a expressão direitos da personalidade, que embora tenha natureza de direitos patrimoniais, tem por base a autonomia privada, que deriva da capacidade de autodeterminação do indivíduo.

¹⁵ ACQUAVIVA, Marcos Cláudio. *Dicionário Jurídico Brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2006. p. 135.

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Legitimidade de Recusa de Transfusão de sangue por testemunhas de Jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/testemunhas-jeova-sangue.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2015. p. 9.

¹⁷ *Ibid.*, p. 10.

Com a sedimentação dos direitos da personalidade no Código Civil de 2002, pós Constituição de 1988, a doutrina civilista, dentre eles Rosenvald,¹⁸ passaram a conceituar os direitos da personalidade como situações jurídicas existenciais que tutelam os atributos essenciais do ser humano e seu livre desenvolvimento. Ademais, essa cláusula geral da personalidade é oponíveis erga omnes, podendo ser oposta contra o Estado no caso de intervenção ou limitação indevida e oposta também em face dos demais indivíduos.

Todavia, é preciso ressaltar que a conceituação dos direitos da personalidade como absolutos diz respeito à oposição as demais pessoas e não do seu conteúdo, sendo apenas relativo neste aspecto. Sendo assim, no caso de colisão entre direitos fundamentais que integrem os direitos inerentes a personalidade, deve-se realizar uma interpretação por meio de uma ponderação entre os princípios.

No entanto, em se tratando de liberdade de escolha nos procedimentos médicos a intervenção do Estado, principalmente pelo Poder Judiciário só é possível em caráter excepcional, sendo que fora da excepcionalidade qualquer intervenção é vista como abusiva sendo, portanto, ilegítima.

Para Rosenvald¹⁹ o ato de disposição do próprio corpo é considerado uma das facetas do desenvolvimento da personalidade, devendo, portanto, ser objeto de proteção pelo direito. No mesmo sentido, Caio Mário²⁰ assevera que o direito ao próprio corpo é um complemento do poder sobre si mesmo, desde que exercido no limite necessário para garantir sua integridade. Sendo que todo ato que prejudique sua integridade física, psíquica ou moral é considerado injurídico.

¹⁸ ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. v.1. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p.169.

¹⁹ *Ibid.*, p. 204.

²⁰ PEREIRA apud FABBRO, Leonardo. Os limites objetivos à liberdade de consentimento do paciente na assistência médica. *Revista da AMRIGS*, Porto Alegre, n. 9, p.389-393, out/dez.2011. Disponível em: <http://www.amrigs.com.br/revista/55-04/0000072184-miolo_AMRIGS4_seos_limites.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2015. p. 390.

Nos dias atuais, tanto a ciência médica quanto a ciência jurídica tem evoluído possibilitando que indivíduo exerça sua capacidade de autodeterminação no tocante aos procedimentos médicos, mesmo que dotados de grande risco de morte. Essa evolução é consequência de uma nova visão no tocante a relação médico-paciente.

O velho dogma do paternalismo médico tem cedido espaço para a denominada autonomia do paciente. Para Barroso²¹, atualmente, numa concepção em que vigora a autonomia do paciente, o médico, profissional da saúde, não tem mais autoridade para impor determinada terapia ou para desprezar as escolhas do paciente em relação a sua integridade física e moral. Embora seja lícito exigir certas cautelas quando o paciente se recusar a receber determinados tratamentos.

A escolha de um paciente capaz e maior em não se submeter a um tratamento médico, mesmo que acarrete sua morte é uma decisão que integra sua autonomia, elemento intrínseco e indissociável da dignidade humana, devendo ser respeitada. Ademais, conforme salienta Gustavo Binjenbojm²² a decisão do paciente que sendo maior e capaz decide a não receber tratamento médico, é autoexecutória em relação ao médico, visto que está relacionado diretamente aos direitos individuais do próprio paciente, de modo que não é necessário sequer ser discutida no âmbito do Poder Judiciário.

Desse modo, a idéia do paternalismo médico que permita ao médico ampla e quase irrestrita atuação sobre o corpo do paciente, até mesmo contra a sua vontade e sem qualquer controle ou responsabilização do profissional em caso de uma escolha que só acarretou mais sofrimento ao paciente vem sendo substituída por outras forma de tratamento.

²¹ BARROSO, op. cit., p. 7.

²² GUSTAVO BINENBOJM apud BARROSO, op. cit., p. 3.

A doutrina penal também vem adotando a concepção da autonomia do paciente. Roxin²³ afirma que “se o paciente recusa, portanto, a operação que salvaria sua vida, ou a necessária internação numa unidade de tratamento intensivo, deve o médico abster-se de tais medidas e, se for o caso, deixar o paciente morrer”.

Todavia, é importante destacar que tanto a doutrina que trata do assunto quanto o entendimento jurisprudencial sobre o tema ressalta que o exercício dessa autonomia pelo paciente não o isenta de preencher certos requisitos que são indispensáveis em se tratando de limitação no direito da personalidade, visto que os direitos personalíssimos são indisponíveis. Para que seja válido o exercício dessa autonomia é necessário que o paciente em primeiro lugar possua capacidade, ou seja, deve ser maior e capaz.

Além desses requisitos, é também pacífico na doutrina e na jurisprudência brasileira, que a disposição externada pelo paciente em não se submeter a tratamento pode ser revogada a qualquer tempo pelo paciente caso mude de opinião. A vontade em não se submeter a tratamento deve ser imediata, não prevalecendo a vontade externada há muito tempo no passado.

Da mesma forma, a vontade exteriorizada pelo menor ou incapaz não é considerada válida para fins de recusa a submeter a tratamento médico, prevalecendo neste caso o conhecimento e a experiência do médico no tocante a necessidade de realização de tratamento ou intervenção cirúrgica.

Entretanto, em relação à situação em que o paciente não é capaz de externar sua vontade de forma imediata, como por exemplo, no caso do paciente estar desacordado a vontade externada anteriormente não pode ser considerada para fins de recusa. Todavia, sustentando a prevalência da exteriorização anterior mesmo no caso do paciente estar

²³ ROXIN, Claus. *A proteção da vida através do Direito Penal*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25456-25458-1-PB.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2015. p. 7.

desacordado, Bastos²⁴ afirma ser válida vontade caso exista um testamento vital, “instrumento de manifestação de vontade para o futuro, com a indicação negativa ou positiva de tratamento e assistência médica”.

Assim, segundo Barroso²⁵ pode-se compreender como recusa a intervenção ou à tratamento médico toda ação do paciente que nega-se a iniciar um tratamento ou um procedimento cirúrgico bem como aqueles que decidem por suspender o tratamento a qual já estavam submetidos. Para validar a ação do paciente e também para servir de proteção a instituição ou o médico que está realizando o atendimento é necessário que haja um Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, também conhecido pela sigla TCLE.

Atualmente há certo consenso sobre a permissão de assinatura de um TCLE tanto quando se trata de uma recusa de pequena ou grande complexidade, ou seja, permite-se a recusa de tratamento de situações em que pode ser possível a recuperação com outra forma de tratamento ou medicação, mas também daquelas em que a recuperação do paciente sem o tratamento recusado pelo paciente é praticamente impossível para medicina convencional.

A recusa de tratamento em situação considerada irrecuperável é também denominada de limitação consentida de tratamento (LCT) conforme expõe Barroso²⁶, já que ambas estão relacionadas a uma suspensão do esforço terapêutico do médico.

A mudança na forma de tratamento médico tem feito surgir diversas denominações abreviadas por siglas, que demonstram que naquele caso específico a vontade do paciente tem sido objeto de prevalência, garantindo a sua capacidade de autodeterminação em detrimento do paternalismo médico.

²⁴ BASTOS, Celso Ribeiro apud BARROSO, op. cit., p. 32.

²⁵ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campo Velho. *A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no fim da vida*. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/a-morte-como-ela-e-dignidade-e-autonomia-individual-no-final-da-vida>>. Acesso em: 07 mar. 2015. p. 6.

²⁶ Ibid., p. 6.

Dentre as diversas modalidades de limitação consentida de tratamento estão: A retirada de suporte vital (RSV), a não oferta de suporte vital (NSV) e as ordens de não ressuscitação ou de não-reação (ONR). No entanto, Barroso²⁷ afirma que, tendo em vista que todas as hipóteses acima de limitação consentida de tratamento possuem estreita ligação com a ortotanásia²⁸ é imprescindível que a realização de todos os procedimentos sejam precedidos de autorização do paciente ou no caso de impossibilidade do mesmo, do consentimento dos responsáveis, salientando é necessário a realização de termo de consentimento livre e esclarecido em todos os casos. Todavia, a possibilidade do paciente poder se valer dessas diversas modalidades de limitação consentida de tratamento não é pacífico, visto que, vários órgãos estatais ou até mesmo órgãos ligados a comunidade repudiam a concessão de ampla autonomia ao paciente para decidir sobre seu destino.

Entretanto, a corrente da vanguarda capitaneada pelo constitucionalista e atual ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso²⁹ sustenta veemente que negar a possibilidade do paciente escolher o tratamento que melhor lhe convém, mesmo que seja um não tratamento, é reforçar a ideologia do passado em que vigorava o modelo médico paternalista, em que eram concedidos amplos poderes ao médico para decidir o melhor tratamento ou destino para a vida do paciente, mesmo que a escolha do médico acarrete grande sofrimento ao paciente.

Barroso³⁰ afirma que neste caso “a arte de curar e de evitar o sofrimento se transmuda, então, no ofício mais rude de prolongar a vida a qualquer custo e sob quaisquer condições”.

²⁷ Ibid., p. 6.

²⁸ Trata-se de um termo ligado a morte no seu devido tempo. É uma aceitação da morte, em que os médicos só realizam medidas com finalidade de propiciar maior conforto ao paciente, mesmo que antecipe a morte. É chamada de morte digna.

²⁹ Ibid., p. 8.

³⁰ Ibid., p. 8.

Neste contexto, segundo Barroso³¹ a doutrina identifica como imprescindíveis a realização e o preenchimento dos seguintes requisitos:

[...] a) verificação da origem da decisão e da maturidade da manifestação de vontade por profissionais habilitados, após o adequado processo de informação; b) confirmação do diagnóstico e do prognóstico; c) verificação da inoccorrência de depressão tratável; d) verificação da adequação dos paliativos e tratamentos para a dor oferecidos; e) verificação de eventuais conflitos de interesses entre a instituição hospitalar, a equipe de saúde e os interesses dos pacientes e de seus responsáveis; f) garantia de assistência plena, se desejada, e verificação da inexistência de conflitos econômicos; g) verificação da inexistência de eventuais conflitos de interesses entre o paciente e seus familiares ou responsáveis legais; h) debate dos casos e condutas por Comitês Hospitalares de Bioética, quando ainda não houver posicionamento em situações análogas; i) formulação de TCLE (Termo de Consentimento Livre e Esclarecido) específico.

Assim sendo, preenchido os requisitos, é legítimo a escolha do paciente, devendo ser garantido sua capacidade de autodeterminação, não devendo o Estado, principalmente o Poder Judiciário promover intervenções na liberdade de escolha do paciente, devendo sua vontade ser respeitada. Pois, segundo Dworkin³² num governo em que as instituições sociais e particulares, bem como a ordem jurídica, não tratam com seriedade a questão da dignidade da pessoa humana, não levam a sério a própria humanidade.

³¹ Ibid., p. 32.

³² DWORKIN apud AWAD, Fahd. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. *Revista Justiça do Direito*. Passo Fundo, v. 21, p. 111-120. 2006. Disponível em: <<http://www.upf.br/seer/index.php/rjd/article/view/2182/1413>>. Acesso em: 01 mar. 2015. p. 119.

3. A LIMITAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO À LIBERDADE DE ESCOLHA NOS PROCEDIMENTOS MÉDICO COM FUNDAMENTO NA HETERONOMIA

A Constituição da República Federativa do Brasil³³ dispõe expressamente no seu artigo 5º, inciso XXXV que nenhuma lei poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito. Dessa forma, não importa se a lesão é de terceiro ou do próprio indivíduo.

Atualmente, em um Estado Democrático busca-se não mais se falar em tolerância seja de natureza cultural ou religiosa, mas sim em Direitos dos Diversos, conforme expõe Cláudio Lembo³⁴:

[...] o princípio da tolerância encontrava-se, pois, presente, e indica o ato de suportar o outro, que se deve colocar numa posição subalterna, pois tolerado, mas não julgado igual. Modernamente, em vez do princípio da tolerância, aponta-se para o Direito dos Diversos e, com este posicionamento, procura-se afastar o posicionamento superior do que tolera, mas não aceita as diferenças de todas as naturezas existente no outro. Tolerar é suportar e não aceitar.

Em síntese, o direito das minorias deve não só ser respeitado, mas também garantido, como afirmação da autonomia da dignidade humana, pois ser humano é poder ser também diferente dos demais. No entanto, é preciso salientar que como nenhum direito tem natureza absoluta é possível que em determinadas situações haja intervenção pelo Estado.

O Poder Judiciário é um dos órgãos em que a intervenção em direitos individuais é mais constante. Atualmente a doutrina constitucionalista tem combatido o movimento da Judicialização da Política e das Relações Sociais. Barroso³⁵ expõe que fenômeno da

³³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 10 fev. 2015.

³⁴ LEMBO, apud SCALQUETTE, Rodrigo Arnoni. *História do Direito*. São Paulo: Atlas, 2013, p.140.

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 140.

judicialização tem se caracterizado como uma espécie de expansão da jurisdição transferindo para o Poder Judiciário todas as questões relevantes do ponto de vista político, social e até mesmo moral. Neste caso, o Poder Judiciário acaba suprimindo das instâncias políticas tradicionais como o Poder Legislativo o poder de decisão e até mesmo a possibilidade de discussão do assunto.

Assim, a aparência de proteção do direito muitas vezes acaba por impedir o exercício de um direito por parte do indivíduo. Dallari³⁶ elucida que para se ter a real proteção jurídica dos direitos humanos, incluídos nesta classificação os direitos fundamentais, não é suficiente que o Poder Judiciário só cumpra formalidades sem efetivar a possibilidade de exercício de tais direitos. Pois, a aparência de proteção para o jurista é apenas uma ilusão de justiça.

Logo, é fundamental que os magistrados também possuam formação humanística e não só jurídica para atuarem de maneira efetiva nesta seara de vital importância numa sociedade moderna. Já que, segundo Dallari³⁷ muitos juízes não reconhecem como dever jurídico o respeito às normas de direitos humanos ou exigem requisitos formais absurdos para comprovação de tais direitos que são fundamentais e inerentes a dignidade humana.

È cediço que o Estado *lato senso* tem o dever de proteger os direitos naturais, visto que são imutáveis, já que deriva de uma concepção kantiana em que o direito tem fundamento na razão que é única, visto que pode ser universalizada. Todavia, adotando uma concepção aristotélica é possível sustentar que o direito não é de certa forma imutável, visto que decorrem de sociedade, que naturalmente evoluindo, acarretará a transformação do direito.

Entretanto, mesmo diante de uma evolução dos Direitos Humanos, a dignidade humana não deve ser compreendida apenas pelo seu viés autonômico. Dessa forma, Barroso³⁸

³⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos Juízes*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 38.

³⁷ *Ibid.*, p. 39.

³⁸ BARROSO, *op.cit.*, p. 11.

sustenta a existência de outros dois elementos que são também essenciais a dignidade: o valor intrínseco da pessoa humana tema já abordado no capítulo anterior e o valor comunitário, também denominado de viés heteronômico da dignidade. Segundo o autor, a dignidade como heteronomia representa “uma visão da dignidade ligada a valores compartilhados pela comunidade, antes que as escolhas individuais”.

A ideia de Direito e heteronomia é decorrente também da virada kantiana, que traz a ideia de que existe uma vontade exterior a vontade individual. Por conseguinte, a autonomia do indivíduo deve sim ser respeitada, mas dentro de uma razoabilidade, privilegiando a heteronomia vontade exterior e comunitária.

Consequentemente na visão de Barroso³⁹ a dignidade como heteronomia poderá em determinadas situações funcionar como uma espécie de constrição externa à liberdade individual, estabelecendo um freio à liberdade do indivíduo limitando as suas escolhas que possam comprometer valores fundamentais já consagrados independentemente de ser uma escolha relacionada ao próprio indivíduo que pratica a conduta objeto de restrição ou limitação.

Assim, para os adeptos dessa corrente protetiva o Estado, Poder Judiciário, poderia limitar as decisões pessoais dos indivíduos mesmo quando relacionados a direitos próprios. Pois, neste caso os valores comunitários já consagrados pela sociedade, fundamentados numa visão kantiana, que prima pela razão universal e tidos como universais, devem prevalecer sobre o valor individual pleiteado pelo indivíduo. Legitimando neste caso, a intervenção do Poder Judiciário em escolhas pessoais nos procedimentos médicos, por exemplo, até mesmo contra a vontade do indivíduo.

³⁹ Ibid., p.12

Atualmente, esse entendimento é denominado de paternalismo jurídico, criticado por autores constitucionalistas como Barroso⁴⁰ que o define como “um princípio que justificaria a constrição de um direito de liberdade autorizando o emprego da coerção, da proibição, do não reconhecimento jurídico de atos ou de mecanismos análogos para a proteção do indivíduo”.

Recentemente, uma decisão do Poder Judiciário do Rio Grande do Sul baseada no paternalismo jurídico, determinou que uma gestante se submetesse a uma intervenção médica contra a sua vontade. No caso em tela, o Poder Judiciário determinou que a gestante fosse encaminhada a uma unidade hospital para que fosse realizada uma cesariana contra a vontade da paciente, com fundamento na existência de risco de vida para o nascituro.

No caso concreto, Campinho⁴¹ presidente da comissão de Bioética e Biodireito da Ordem dos Advogados do Brasil no Rio de Janeiro sustenta que a decisão do Poder Judiciário violou direitos fundamentais da gestante, visto que, deveria ter sido respeitado a escolha da paciente. Já para Guilherme Peña⁴² promotor no Ministério Público do Rio de Janeiro expõe que a intervenção do Poder Judiciário no caso foi correta, tendo amparo na lei. Afirma que “em muitas situações o Estado tem, sim, o dever de impedir que a pessoa coloque a própria saúde em risco”. Em sua opinião a questão deve ser analisada de forma estritamente jurídica, já que existe diferença entre violação e restrição de direitos fundamentais.

Dessa forma, explica Peña⁴³ que há violação do direito quando lhe é imposta certa situação ou intervenção como no caso em tela, sem que sejam preservadas garantias mínimas. Portanto, desde que se preserve o núcleo essencial do direito, poderia haver restrições de

⁴⁰ Ibid., p.13

⁴¹ CAMPINHO apud SARMENTO, Eduardo. Os limites na liberdade de escolha. *Revista Tribuna do Advogado*. Rio de Janeiro, n. 537, p. 17-19. mai. 2014. Disponível em: < http://www.oabrj.org.br/ver_flip/381.html >. Acesso em: 10 mar. 2015. p. 17.

⁴² Ibid., p. 2.

⁴³ Ibid., p. 2.

direitos. Nota-se, que a intervenção do Poder Judiciário como garantia da dignidade ainda não é questão pacífica entre a doutrina.

Todavia, Barroso⁴⁴ conclui que “na Constituição brasileira, é possível afirmar a predominância da idéia de dignidade como autonomia, o que significa dizer que, como regra, devem prevalecer as escolhas individuais”. Portanto, conclui-se que só seria possível afastar a capacidade de autodeterminação do indivíduo em casos de tratamentos médicos, bem como intervenções cirúrgicas, em casos excepcionalíssimos.

Entretanto, é certo que toda decisão pode trazer para o indivíduo conseqüências reversíveis ou até mesmo irreversíveis. Assim, é necessário que sejam tomadas cautelas e preenchidos certos requisitos, como forma de validar a decisão do indivíduo no procedimento decisório, requisitos que podem variar da verificação da capacidade do indivíduo até a assinatura de um Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE).

CONCLUSÃO

Sendo o Brasil um país continental de formação multifacetária é evidente que a diversidade de cultura acarretará também a diversidade de comportamentos e escolhas por parte de cada indivíduo. E estabelecendo a Constituição um Estado Social Democrático de Direito é imperioso que se respeite a diversidade cultural existente na sociedade.

Dessa forma, a intervenção do Poder Judiciário como forma de restrição ou limitação objetiva na liberdade de escolha dos indivíduos, deve-se pautar em situações excepcionalíssimas, visando garantir apenas o direito à vida quando a autonomia privada estiver totalmente prejudicada pela capacidade de escolha e decisão do indivíduo.

⁴⁴ Barroso, op. cit., p. 41.

Portanto, a dignidade da pessoa humana impõe que toda ação realizada pelo Estado *lato senso*, deve ser pautada no princípio da preservação da dignidade humana, privilegiando o valor autonômico que todo indivíduo possui, não só permitindo mas também garantindo meios suficientes para que todo paciente possa decidir e exercitar sua escolha, seja pela adoção de uma das modalidades de limitação consentida de tratamento, ou seja, pela abstenção a qualquer tratamento, mesmo que sua recusa lhe acarrete a sua não recuperação ou até mesmo a sua morte.

Assim, o exercício da dignidade pela autonomia da vontade ou viés autonômico que deve ser garantido, consiste não só em poder realizar livremente os atos que os demais praticam, mas também a possibilidade de se abster de tais atos, como forma de exercício da capacidade de autodeterminação de cada indivíduo, devendo ser vedado à intervenção pelos órgãos do Estado, notadamente o Poder Judiciário que embora seja um dos principais agentes transformadores da sociedade contemporânea e garantidores dos direitos fundamentais, tem se mostrado no assunto com um dos mais violadores de tais direitos dentre os órgãos do Estado.

REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcos Cláudio. *Dicionário Jurídico Brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. p. 9. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2015.

_____. *Legitimidade de Recusa de Transfusão de sangue por testemunhas de Jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/testemunhas-jeova-sangue.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2015

_____. *O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campo Velho. *A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no fim da vida*. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/a-morte-como-ela-e-dignidade-e-autonomia-individual-no-final-da-vida>>. Acesso em: 07 mar. 2015.

BODIN DE MORAES apud SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 9, p.361-388, jan/jun.2007. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-361-Ingo_Wolfgang_Sarlet.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2015

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 10 fev. 2015.

CAMPINHO apud SARMENTO, Eduardo. Os limites na liberdade de escolha. *Revista Tribuna do Advogado*. Rio de Janeiro, n. 537, p. 17-19. mai. 2014. Disponível em: <http://www.oabRJ.org.br/ver_flip/381.html>. Acesso em: 10 mar. 2015.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos Juízes*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DWORKIN apud AWAD, Fahd. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. *Revista Justiça do Direito*. Passo Fundo, v. 21, p. 111-120. 2006. Disponível em: <<http://www.upf.br/seer/index.php/rjd/article/view/2182/1413>>. Acesso em: 01 mar. 2015.

HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

LEMBO, apud SCALQUETTE, Rodrigo Arnoni. *História do Direito*. São Paulo: Atlas, 2013.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PEREIRA apud FABBRO, Leonardo. Os limites objetivos à liberdade de consentimento do paciente na assistência médica. *Revista da AMRIGS*, Porto Alegre, n. 9, p.389-393, out/dez.2011. Disponível em: <http://www.amrigs.com.br/revista/55-04/0000072184-miolo_AMRIGS4_seos_limites.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2015.

ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. v.1. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *A constituição e o Supremo*. 4. ed. Brasília: Secretaria de Documentação, 2011.

ROXIN, Claus. *A proteção da vida através do Direito Penal*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25456-25458-1-PB.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2015.