

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO PROF. “JACY DE ASSIS”

LARISSA CARVALHO SILVA

BIOÉTICA E DIREITOS FUNDAMENTAIS:
A RECUSA ÀS TRANSFUSÕES DE SANGUE PELAS TESTEMUNHAS DE
JEOVÁ

UBERLÂNDIA-MG

2018

LARISSA CARVALHO SILVA

BIOÉTICA E DIREITOS FUNDAMENTAIS:
A RECUSA ÀS TRANSFUSÕES DE SANGUE PELAS TESTEMUNHAS DE
JEOVÁ

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia como requisito básico para a conclusão do Curso de Direito, sob a orientação do Professor Luiz César Machado de Macedo.

UBERLÂNDIA-MG

2018

LARISSA CARVALHO SILVA

BIOÉTICA E DIREITOS FUNDAMENTAIS:
A RECUSA ÀS TRANSFUSÕES DE SANGUE PELAS TESTEMUNHAS DE
JEOVÁ

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia como requisito básico para a conclusão do Curso de Direito.

Aprovada em: ____ / ____ / ____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Luiz César Machado de Macedo

Prof. Rodrigo Vitorino Souza Alves

Professora Mestra Andréa Letícia Carvalho Guimarães

UBERLÂNDIA-MG

2018

Dedico esse trabalho a Jeová Deus, por toda instrução que tem me disponibilizado, à minha família e amigos pela paciência e apoio nesta reta final, bem como, ao meu orientador pelo seu tempo e energia gastos para me auxiliar na conclusão desta pesquisa.

“A vida de qualquer ser humano tem um valia intrínseca. Ninguém existe no mundo para atender os propósitos de outra pessoa ou para servir a metas coletivas da sociedade”.

– Ronald Dworkin

RESUMO

Este trabalho analisará o instituto da Bioética e direitos fundamentais diante da recusa das transfusões de sangue pelas Testemunhas de Jeová. Tendo por base investigar os motivos que envolvem essa decisão e qual o respaldo legal possuem para que se reconheça a sua vontade. Trata-se de direito previsto na Constituição Federal que garante a autonomia do paciente de se valer de suas escolhas existenciais, porém que se choca com o divergente posicionamento dos médicos que buscam a via judicial para impor ao paciente o uso da hemoterapia contra sua vontade provocando a intervenção estatal fundamentada na alegação de que a decisão do indivíduo causa a colisão de princípios fundamentais (direito à vida versus direito à liberdade religiosa). Para isso, foram estudadas bibliografias, leis do ordenamento jurídico vigente; artigos e jurisprudências; que restaram por demonstrar a não ocorrência de colisão de direitos fundamentais, tendo em vista que as Testemunhas de Jeová não querem dispor de seu direito à vida, por fundamento religioso, e sim de garanti-lo em sua forma integral por aceitar a utilização de melhores métodos. Portanto, comprovando-se a existência de legitimidade na recusa às transfusões de sangue com base nos princípios fundamentais, principalmente no direito à vida, possibilitada pelo reconhecimento do sangue como um tratamento de risco e a utilização de alternativas a estes.

Palavras-chave: Testemunhas de Jeová; Recusa à Transfusão de Sangue; Direito à liberdade religiosa; Direito à Vida; Dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

This paper will examine the Institute of Bioethics and fundamental rights in the face of the refusal of blood transfusions by Jehovah's Witnesses. Based on investigating the motives involved in this decision and what legal support they have for their will to be recognized. It is a right provided for in the Federal Constitution that guarantees the patient's autonomy to avail himself of his existential choices, however, that is in conflict with the divergent position of the doctors who seek the judicial route to impose on the patient the use of hemotherapy against his will, provoking state intervention based on the claim that the individual's decision causes the collision of fundamental principles, such as the right to life and the right to religious freedom. For this, we studied bibliographies, laws of the current legal order, articles and jurisprudence, what remained for demonstrating the non-occurrence of a collision of fundamental rights, bearing in mind that Jehovah's Witnesses do not want to have their right to life, for religious reasons, but to guarantee it in its integral form by accepting the use of alternative methods. The existence of legitimacy in refusing blood transfusions based on fundamental principles, especially on the right to life, made possible by the recognition of blood as a risk treatment and the use of alternatives to blood transfusion.

Keywords: Jehovah's Witnesses; Refusal to Blood Transfusion; Right to religious freedom; Right to life; Dignity of human person.

SUMÁRIO

<u>1 INTRODUÇÃO.....</u>	<u>9</u>
<u>2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DIREITOS FUNDAMENTAIS.....</u>	<u>12</u>
<u>2.1 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SUAS DIMENSÕES.....</u>	<u>12</u>
<u>2.1.1 DIGNIDADE COMO AUTONOMIA E HETERONOMIA.....</u>	<u>14</u>
<u>2.2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....</u>	<u>16</u>
<u>2.2.1 O DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA.....</u>	<u>17</u>
<u>2.2.2 O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE RELIGIOSA.....</u>	<u>19</u>
<u>3 AS TESTEMUNHAS DE JEOVÁ E AS TRANSFUSÕES DE SANGUE.....</u>	<u>23</u>
<u>3.1 O SANGUE E AS TRANSFUSÕES SANGUÍNEAS.....</u>	<u>25</u>
<u>3.2 AS ALTERNATIVAS AS TRANSFUSÕES SANGUÍNEAS.....</u>	<u>28</u>
<u>3.3 DO PATERNALISMO MÉDICO À AUTONOMIA DO PACIENTE.....</u>	<u>31</u>
<u>4 O JUDICIÁRIO E A AUTONOMIA BIOÉTICA DO PACIENTE.....</u>	<u>36</u>
<u>4.1 ANÁLISE DE UMA POSSÍVEL PONDERAÇÃO DO DIREITO À VIDA VERSUS DIREITO À LIBERDADE RELIGIOSA.....</u>	<u>39</u>
<u>4.2 A POSIÇÃO DO STF NO JULGAMENTO DA REPERCUSSÃO GERAL DO RE 979742 EM 2017.....</u>	<u>40</u>
<u>4.3 A LEGITIMIDADE BIOÉTICA E JURÍDICA DA RECUSA AOS TRATAMENTOS COM USO DE SANGUE.....</u>	<u>42</u>
<u>5 CONCLUSÃO.....</u>	<u>45</u>
<u>REFERÊNCIAS.....</u>	<u>47</u>
<u>ANEXOS – EMENTAS JURISPRUDÊNCIAS.....</u>	<u>52</u>

1 INTRODUÇÃO

Ao longo dos anos a medicina brasileira tem avançado de forma promissora, mas em alguns pontos permanece inerte. A usual transfusão de sangue ainda ganha em disparada como único e fundamental tratamento para diversas enfermidades. “No Brasil cerca de 3,5 milhões de pessoas realizam transfusão de sangue. Ao todo, existem no país 27 hemocentros coordenadores e 500 serviços de coleta”.¹ Mesmo diante dessa realidade, existe um grupo de pessoas que se recusam a aceitar transfusões sanguíneas.

As Testemunhas de Jeová possuem a crença, baseada por princípios bíblicos, de que o uso de sangue total ou seus componentes principais (plasma, glóbulos brancos, glóbulos vermelhos e plaquetas) é proibido. De acordo com suas convicções, tanto o Velho, como o Novo Testamento dá a ordem aos cristãos de se absterem de sangue. Com a concepção de que o sangue para Deus representa a vida seus fiéis evitam tomar sangue por qualquer via, não apenas por obediência, mas também por respeito a Ele que é o Dador da vida.

A algum tempo, esse tema vem ganhando cada vez mais destaque na sociedade e sua relevância se encontra no novo ramo da ciência jurídica chamado de Biodireito (trata-se do ramo jurídico que estuda a conduta humana defronte aos avanços da Medicina e da Biotecnologia). A polêmica gerada sobre a recusa das transfusões por tal denominação religiosa tem despertado a atenção da comunidade jurídica.

Sob esta perspectiva, a presente pesquisa delimitou-se em reunir informações sobre como a intervenção estatal nas escolhas de tratamentos de saúde pode interferir nos direitos existenciais da pessoa tendo como referência os membros da religião Testemunhas de Jeová (hoje, no Brasil, possui cerca de 858.799 adeptos²) que enfrentam o mesmo dilema por diversas vezes ao se recusarem a ser tratados com o uso de sangue total. Neste contexto, surgem as seguintes questões problemas: Existe legitimidade na recusa a tratamentos com uso

1 Dados coletados do Portal da Saúde. **Disponível em:** <http://portalms.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/28742-ministerio-da-saude-lanca-campanha-para-incentivar-doacao-regular-de-sangue>. > Acesso em: 12/11/2018.

2 Esse número tem base em pesquisas realizadas e publicadas no ano de 2017. **Disponível em:** <https://www.jw.org/pt/publicacoes/livros/relatorio-ano-servi%C3%A7o-2017/2017-paises-territorios/> > Acesso em: 22/11/2018.

de sangue pelas Testemunhas de Jeová? Os tratamentos com uso de sangue salvaguardam o direito à vida? É o uso de sangue o único tratamento disponível? A escolha de um tratamento alternativo pode acarretar em uma colisão entre direitos constitucionais?

Por isso, o que impulsionou esse trabalho foi a necessidade de compreender por quais motivos o paciente se recusa a ser tratado com o sangue e se esse tipo de tratamento é realmente o único a garantir a tutela de sua vida, dessa forma, considerando até que ponto vai autonomia do paciente em casos que existe um aparente risco de morte; estaria ele dispondo de seu direito à vida ou garantindo sua autodeterminação? Para tanto, é necessário que se faça uma reflexão sobre todos os fatos e fundamentos que permeiam o assunto para que seja verificada a existência de legitimidade ou não no posicionamento desses pacientes.

Neste sentido, apresenta-se como hipótese a existência de legitimidade na recusa às transfusões de sangue pelas Testemunhas de Jeová que possui respaldo legal nos direitos fundamentais, principalmente, no próprio direito à vida.

O presente trabalho realizará uma análise crítica em relação à recusa de tratamentos com uso de sangue pelos adeptos da religião Testemunhas de Jeová (para fins deste estudo serão levados em conta somente pacientes maiores e capazes) e a intervenção do Estado na relação médico-paciente, que acaba por gerar um conflito entre dignidade como autonomia e dignidade como heteronomia. Vale lembrar, segundo a concepção atual, essa escolha acaba por gerar uma colisão entre direitos fundamentais.

Tem-se como objetivos específicos: analisar se há legitimidade na recusa às transfusões de sangue por parte das Testemunhas de Jeová; esclarecer a respeito de cada princípio envolvido na questão em foco; discorrer a respeito dos tratamentos alternativos ao uso de sangue; verificar o que significa fazer uma ponderação de princípios, mas saliento que a questão em comento caracteriza-se como um falso problema.

A metodologia que será utilizada para elaboração desta pesquisa é o método dedutivo e hipotético-dedutivo, que diante de uma hipótese formulada o pesquisador visa através da dedução buscar sua comprovação, por meio do qual se analisará a recusa das transfusões de sangue frente a legislação vigente, verificando assim, as modificações que ocorreram nos paradigmas médicos e quais princípios norteadores da problemática em questão.

Será realizada uma pesquisa descritiva (que busca relacionar e descrever as variáveis apresentadas) do tipo bibliográfica, onde se analisará matéria com base em consulta a jurisprudências, doutrinas, artigos relacionados ao tema, como, também, nas normas que regem o ordenamento jurídico brasileiro.

2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SUAS DIMENSÕES

O fim da Segunda Guerra Mundial, a qual devastou o mundo usando das formas mais brutais de se suprimir direitos, marcou a história humana trazendo para o mundo jurídico uma grande repercussão fazendo com que surgissem mecanismos de proteção dos direitos humanos e fundamentais do homem como os Pactos Internacionais e a criação da ONU, estes nasceram da necessidade de defender com mais afinco a humanidade.

O ocorrido repercutiu tanto na história que o preâmbulo da Declaração dos Direitos Humanos³ trouxe como essência do documento as seguintes considerações:

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo;

Considerando que o desconhecimento e o desprezo dos direitos do Homem conduziram a atos de barbárie que revoltam a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os seres humanos sejam livres de falar e de crer, libertos do terror e da miséria, foi proclamado como a mais alta inspiração do Homem;

Considerando que é essencial a proteção dos direitos do Homem através de um regime de direito, para que o Homem não seja compelido, em supremo recurso, à revolta contra a tirania e a opressão;

Considerando que é essencial encorajar o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações;

Considerando que, na Carta, os povos das Nações Unidas proclamam, de novo, a sua fé nos direitos fundamentais do Homem, **na dignidade e no valor da pessoa humana**, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres e se declaram resolvidos a favorecer o progresso social e a instaurar melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla; (Grifo nosso)

Considerando que os Estados-membros se comprometeram a promover, em cooperação com a Organização das Nações Unidas, o respeito universal e efetivo dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais;

Considerando que uma concepção comum destes direitos e liberdades é da mais alta importância para dar plena satisfação a tal compromisso: A Assembleia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como ideal comum a atingir por todos os povos e todas as nações, a fim de que todos os indivíduos e todos os órgãos da sociedade, tendo-a constantemente no espírito, se esforcem, pelo ensino e pela educação, **por desenvolver o respeito desses direitos e liberdades** e por promover, por medidas progressivas de ordem nacional e internacional, o seu reconhecimento e a suas aplicações universais e efetivos tanto entre as populações dos próprios Estados-membros como entre as dos territórios colocados sob a sua

3 Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf Acesso: 09 dez. 2018.

jurisdição. (Grifo nosso)

Este documento consolidou importantes princípios, que constituem a essência do ser, sendo um dos mais importantes a dignidade da pessoa humana. Assim, de acordo com o referido documento:

Artigo 1º Todos os seres humanos nascem livres e iguais em **dignidade e em direitos**. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade. (Grifo nosso)

Artigo 2º Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania.⁴

Diante dessa realidade, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana passou a ser a essência do ordenamento jurídico adquirindo um valor elevado e fundamental.

Neste sentido, afirma Taveira et al.(2005, p.104-105), que “o princípio da dignidade humana, outrossim, tem sido considerado como valor supremo que agrega em torno de si os demais direitos e garantias fundamentais do homem, expressos na Constituição – principal direito fundamental constitucional garantido”.

Na constituição brasileira esse princípio está consagrado no art. 1º, III, o qual dispõe:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III – a dignidade da pessoa humana;”⁵

Pode se concluir, que “ao ser proclamada a dignidade da pessoa humana em uma Constituição, esta se faz um imperativo de justiça social, fundamentadora de todo o sistema jurídico positivo, orientadora dos fins constitucionais e crítica em relação às condutas”⁶.

Por se tratar de um fundamento da república, de acordo com Barroso (2010, p.12) “funciona, assim, como fator de legitimação das ações estatais e vetor de interpretação da legislação em geral”. De certa forma, a dignidade se amolda conforme as convicções de cada

4 id. Ibid.

5 Constituição da República Federativa. 05 outubro de 1998, ed. Saraiva, Pág. 4

6 Coelho, Edihermes Marques (org.) Direitos fundamentais: reflexões críticas: teoria e efetividade/ Alexandre Morais da Rosa...[et al.]; Uberlândia: IPEDI, 2005, p. 104-105.

ser. Ressalta-se que a expressão da dignidade por sua amplitude possui diversas dimensões⁷, sendo inviável que se reduza a um único conceito, porém é necessário que se confira a ela aspectos mínimos.

Desta maneira, em sua manifestação mais fundamental, a dignidade impõe “que toda pessoa deve ser tratada como um fim em si mesma”⁸.

Em conformidade com Robert Dworkin (2006, p.9 e s.. apud Barroso, 2010, pag.13)

A vida de qualquer ser humano tem um valia intrínseca. Ninguém existe no mundo para atender os propósitos de outra pessoa ou para servir a metas coletivas da sociedade. O valor ou princípio da dignidade humana veda, precisamente, essa instrumentalização de qualquer indivíduo. Outra expressão da dignidade humana é a responsabilidade de cada um por sua própria vida, pela determinação de seus valores e objetivos. Como regra geral, as decisões cruciais na vida de uma pessoa não devem ser impostas por uma vontade externa a ela.

Diante do exposto, podemos concluir que a dignidade em sua essência principal é a expressão máxima da autonomia individual, sendo garantida constitucionalmente para que não se perpetue na história a supressão de direitos inerentes ao ser humano e nem que este seja tratado apenas como um mero objeto.

Não cabe aqui falar de todas as dimensões existentes da dignidade, mas das duas fundamentais para o desenrolar desse estudo o qual tem por base a dignidade em sua expressão fundamental, como visto acima, corresponde a dignidade como autonomia que se encontra no plano dos direitos individuais e a dignidade como heteronomia, essa se funda no caráter social. Portanto, passo a discorrer sobre elas no subtópico seguinte.

2.1.1 DIGNIDADE COMO AUTONOMIA E HETERONOMIA

Diante dos acontecimentos históricos que mudaram a concepção a respeito dos direitos dos homens, surgiu em meio as principais declarações de Direitos Humanos do século XX, bem como as incontáveis leis que passaram regulamentar as nações diante do pós-guerra, a dignidade como autonomia. Como podemos observar a importância de se falar sobre uma autonomia moral é percebido de forma clara, devido ao cunho existencial e religioso que

7 Neste sentido, reconhecendo a amplitude que possui o conceito de dignidade, o qual abre portas para diferentes “dimensões”. Sarlet, Ingo Wolfgang. *As Dimensões da Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2 ed. rev. e ampl. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.15-39.

8 BARROSO, Luiz Roberto. *Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais*. Parecer. Rio de Janeiro, 2010, p.12.

permeia este trabalho. Nos reserva aqui analisar dentre as nuances que envolvem a ideia de autonomia os mais importantes aspectos para esta obra sendo em primeiro momento a capacidade de autodeterminação que se encontra no cerne da autonomia e em segundo, a imposição de que se garanta condições apropriadas para que se efetive a autodeterminação.

Em vista disso, de acordo com Barroso (2010, p.14 e 15)

A dignidade como autonomia envolve, em primeiro lugar, a capacidade de autodeterminação, o direito de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente a própria personalidade. Significa o poder de realizar as escolhas morais relevantes, assumindo a responsabilidade pelas decisões tomadas. Por trás da ideia de autonomia está um sujeito moral capaz de se autodeterminar, traçar planos de vida e realizá-los. Nem tudo na vida, naturalmente, depende de escolhas pessoais. Há decisões que o Estado pode tomar legitimamente, em nome de interesses e direitos diversos. Mas decisões sobre a própria vida de uma pessoa, escolhas existenciais sobre religião, casamento, ocupações e outras opções personalíssimas que não violam direitos de terceiros não podem ser subtraídas do indivíduo, sob pena de se violar a sua dignidade. O segundo aspecto destacado diz respeito às condições para o exercício da autodeterminação. Não basta garantir a possibilidade de escolhas livres, sendo indispensável prover meios adequados para que a liberdade seja real, e não apenas retórica. Para tanto, integra a ideia de dignidade o denominado mínimo existencial, instrumental ao desempenho da autonomia.

Portanto, a interpretação da dignidade como autonomia se evidencia na valoração do indivíduo, do poder que este tem de exercer sua vontade dentro dos limites impostos pelas leis e suas prerrogativas essenciais. Porém, a experiência jurídica nos mostra que a superioridade de algo não pode ocorrer de forma infundável ou abrangente, por isso surge a concepção da ideia de dignidade como heteronomia.

A dignidade como heteronomia possui um conceito voltado para os valores que são partilhados por um corpo social, precedentemente as preferências particulares. Neste diapasão, se acolhe conceitos jurídicos vagos como interesse coletivo, interesse público e moralidade. Em relação a essa concepção, não se encontra no cerne da dignidade a liberdade, ao contrário, aquela é que determinará o conteúdo e imporá limites à liberdade, o que ocasiona em inconsistências teóricas e práticas, já que abre campo para políticas paternalistas, o que acarreta muita das vezes no enfraquecimento dos direitos fundamentais.

Tendo em mente tal perspectiva, passo a discorrer sobre os direitos fundamentais e seus conceitos para que posteriormente seja explanado a respeito da coexistência dessas duas manifestações, frente ao exercício dos preceitos fundamentais.

2.2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para que uma sociedade evolua ela precisa passar por diversas mudanças e para que sejam efetivas, a humanidade sofre com os efeitos colaterais das decisões dos líderes. Com a evolução das civilizações surgiu em meio ao caos a busca pelo reconhecimento e a proteção dos direitos fundamentais, estes acabaram por influir no nascimento do Estado Constitucional no qual a ideia central reside na reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana, bem como nos direitos fundamentais do ser humano⁹, figurando na sociedade um novo modelo de Estado que passa a ter como ponto principal a proteção dos direitos.

“No Estado constitucional, os direitos fundamentais (Grundrechte) constituem, atualmente, o conceito que engloba os direitos humanos universais e os direitos nacionais dos cidadãos. Ambas as classes de direitos são, ainda que com a intensidade diferente, parte integrante necessária da cultura jurídica de todo o Estado Constitucional”.(HABERLE, 2004 apud NERY JR.2009, p. 10)

Nas palavras de Nery Jr.(2009, p. 11)

a primazia dos direitos fundamentais deve orientar toda a atuação do Poder Público no Estado democrático de direito, seja para resguardar ou implementar os referidos direitos. O Estado democrático de Direito é caracterizado pela vinculação jurídica dos poderes públicos à lei e ao Direito. Primazia do direito, em um Estado Constitucional, implica a vinculação do Executivo à lei e à Constituição o que impede a arbitrariedade em decisões administrativas.

Desta forma, a tutela dos direitos fundamentais caracteriza o declive material do atual Estado, fazendo com que sua atuação sempre leve em conta a proteção dos direitos fundamentais, devendo sempre agir com cautela ao tomar decisões.

Nasce, portanto, uma era que busca pelo reconhecimento da dignidade por resguardar os direitos fundamentais tornando-os indispensáveis para a perpetuação de um Estado democrático de Direito, além de vincular as decisões tomadas por qualquer pessoa às leis e à Constituição.

Diante disso, “a evolução dos direitos fundamentais no Brasil aconteceu sob a influência direta do movimento constitucionalista que crescia dentro da Europa no final do

9 Neste sentido, Sarlet, Ingo Wolfgang, in: A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. rev. atual. e ampl.; 2.tir.-Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, pg. 36

século XVIII”¹⁰. E apesar de as outras constituições brasileiras já trazerem em seu corpo os direitos fundamentais só ganharam verdadeiro destaque com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Previstos no artigo 5º da Constituição Federal os Direitos e Garantias individuais e coletivos possuem suma importância para construção da identidade do indivíduo. Portanto, passo a discorrer a respeito dos mais importantes para o presente estudo.

2.2.1 O DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA

A vida é o bem mais precioso da humanidade, sem a qual é impossível garantir que se tenha os demais, é garantida pelas sociedades como um direito individual, bem como um valor objetivo.

O direito à Vida corresponde a um dos princípios basilares de nosso ordenamento jurídico, conforme disposto na constituição Federal, em seu art. 5º, in verbis:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do **direito à vida**, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes¹¹ (**grifo nosso**)

Em nosso atual ordenamento jurídico, a concepção de que o Estado deve proteger apenas o direito a existência do corpo físico foi superada pela consagração do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual hoje representa o pilar constitucional, devendo ser aplicado em conjunto com os demais direitos. Este princípio, o qual se alude a ideia democrática, se torna o componente referencial para análise e o cumprimento dos preceitos. As pessoas são detentoras de direitos e não podem ser tratadas como mero objeto, sendo assegurado sua valoração como indivíduo. Por tal perspectiva, o Direito à vida consiste na proteção do ser em sua integralidade, o qual engloba o corpo e a mente.

Nesse sentido, Alexandre de Moraes consagra:

“A Constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e

10 PESTANA, Barbara Mota. *Direitos fundamentais: origem, dimensões e características*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 17 out. 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.589755&seo=1>>. Acesso em: 25 set. 2018.

11 **Constituição da República Federativa**. 05 outubro de 1998, ed. Saraiva, Pág. 4

a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência.”¹²

Ainda, Lenza (2012, p.518):

“O direito à vida, previsto de forma genérica no art. 5.º, caput, abrange tanto o direito de não ser morto, privado de vida, portanto, o direito de continuar vivo, como também o direito de ter uma vida digna.”

De acordo com o referido autor “a Constituição garante as necessidades vitais básicas do ser humano e proíbe qualquer tratamento indigno, como a tortura, penas de caráter perpétuo, trabalhos forçados, cruéis etc.”.¹³

Dessa forma, o conceito de vida deve ser abrangido de forma ampla, indo além do que o assegurar a um particular o direito de não ser privado de ter vida devendo, também, ser garantido pelo Estado que o indivíduo possa usufruí-lo de modo digno.

Vale ressaltar, que como valor indisponível ninguém pode, por assim dizer, “abrir mão” deste direito. Assim, no Brasil, se pune atos que atentem contra a vida. A vida possui a posição mais alta no ordenamento devendo as demais normas a respeitarem, assim, deve-se reconhecer que este direito é um fato especial intrínseco ao “ser”, sem este torna-se impossível o exercício de qualquer ato sendo sua flexibilização quase que impossível.

Sendo assim, *prima facie*, o referido direito é indisponível e deve ser resguardado em todas as suas acepções devendo-se levar em conta a apreciação de sua forma subjetiva em conjunto com a objetiva, pois a constituição garante a preservação das duas esferas.

Entretanto, o nosso ordenamento jurídico relativiza o direito à vida quando admitindo-se, em caso de guerra declarada, a pena de morte (art.5º, XLVII, a) e, também, por possibilitar sua relativização, através do código penal, por excluir a ilicitude de atos, quando estes são praticados, por exemplo, em virtude da Legítima Defesa, Estado de Necessidade e Estrito Cumprimento do Dever legal¹⁴.

12 Moraes, Alexandre de Direito constitucional / Alexandre de Moraes. - 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2003, pag. 50.

13 Lenza, Pedro Direito constitucional esquematizado / Pedro Lenza. - 16. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo : Saraiva, 2012, p. 518.

14 Código Penal: art. 23: “Não há crime quando o agente pratica o fato: I - em estado de necessidade; II - em legítima defesa; III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito”.

Descaracterizando assim a supremacia do direito à vida em face dos outros princípios constitucionais. Como dito anteriormente, deve-se tutelar na integralidade o direito à vida de forma que o Estado deverá garantir que a dignidade como autonomia se faça valer e ponderar se o ato de vontade da pessoa caracteriza a disposição de um direito ou a aplicabilidade dele em sua integralidade, como é o caso das Testemunhas de Jeová.

O que nos leva a seguinte reflexão, quando um indivíduo se recusa a usar um determinado tratamento estaria ele dispondo de sua vida ou apenas utilizando de sua autonomia para garanti-lo? Como observado a vontade não é suficiente para que se flexibilize a aplicação deste princípio, porém, como será demonstrado a frente, não se trata de um ato de disposição da vida quando o paciente procura alternativas ao tratamento proposto. Sendo assim, visto que os adeptos desta mencionada religião não se recusam a ser tratadas, de modo geral, e sim que se utilize sangue para tanto, não a que se falar em disposição da vida.

Em respeito ao direito à vida, como um todo, o indivíduo, que segue a religião Testemunhas de Jeová, invoca sua vontade para que lhe seja garantido o exercício de seu direito fundamental, sem que seja submetido a um tratamento degradante que lesionará não apenas a aceção objetiva do preceito (por ser as transfusões de sangue um tratamento de risco) mas também, a aceção subjetiva. Diante disso, para que esse direito seja resguardado de forma integral, sem que seja flexibilizado, devemos mesclá-lo com outro importante, o da liberdade religiosa.

2.2.2 O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE RELIGIOSA

Desde o início dos tempos a religião faz parte do cotidiano das pessoas. Ela funda os pilares morais e o estilo de vida delas, trazendo respostas para indagações existenciais como “qual sentido da vida?”, “Porque morremos?” dentre outras.

Por muito tempo política e religião caminham juntas, mas com advento das revoluções liberais do século XVIII a história se modificou. No Brasil a primeira menção ao direito à liberdade de religião se deu com a Carta Imperial de 1824, mas de forma sucinta. Mas com o decorrer do tempo e as modificações das constituições, até o momento a qual estamos hoje, este direito foi se consagrado até que fosse assegurado como uma garantia fundamental. Com a proclamação do Estado laico, a missão deste passa a ser a de que garantir a todos a

possibilidade de exercerem livremente sua crença, tanto de possuir uma como de não aderir nenhuma.

O princípio da Liberdade é legitimado pela Constituição de 1988, a qual aprofundou de forma significativa o tema, assegurando à população o respeito às suas crenças asseverando a sua livre manifestação. Sendo apropriadamente conceituada por David Hume¹⁵ como:

um poder de agir ou não agir segundo determinações da vontade, isto é, se escolhermos permanecer em repouso, podemos; mas se, escolhermos mover-nos, também podemos. Ora, reconhecer-se universalmente que esta liberdade incondicional encontra-se em todo homem que não esteja prisioneiro ou acorrentado.

Sua previsão se encontra na redação dada ao art. 5º, VI da CRFB:

“Art. 5º [...] 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;”

De acordo com Moraes (2017, p.53) “a conquista constitucional da liberdade religiosa é verdadeira consagração de maturidade de um povo, pois como salientado por Themistocles Brandão Cavalcanti¹⁶, é ela verdadeiro desdobramento da liberdade de pensamento e manifestação”.

E acrescenta que

a abrangência do preceito constitucional é ampla, pois sendo a religião o complexo de princípios que dirigem os pensamentos, ações e adoração do homem para com Deus, acaba por compreender a crença, o dogma, a moral, a liturgia e o culto. O constrangimento à pessoa humana de forma a renunciar sua fé representa o desrespeito à diversidade democrática de ideias, filosofias e a própria diversidade espiritual.¹⁷

As escolhas baseadas em convicção religiosa estão intrinsecamente ligadas ao íntimo do ser humano, sua conduta moral e com seu estilo de vida. Por isso, quando uma Constituição traz em seu corpo textual o direito à liberdade religiosa ela afirma que garantirá

15 Hume, David. Investigação acerca do entendimento humano, in Pensadores, São Paulo: Nova Cultura, 1999, p. 100, apud Nery Jr. Nelson. Escolha esclarecida de Tratamento Médico por Pacientes Testemunhas de Jeová: como exercício harmônico de direitos fundamentais, São Paulo, 2009, p. 12.

16 Princípios gerais de direito público. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. p. 253.

17 Moraes, Alexandre de Direito constitucional / Alexandre de Moraes. – 33. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2017.

o direito, de cada pessoa, escolher qual religião professar, bem com o direito de viver de acordo com seus valores frente aos demais indivíduos e ao próprio Estado, devendo este, por sua vez, possibilitar meios pelos quais o cidadão possa exercer sua fé.

Esse preceito fundamental, por se relacionar diretamente com a autodeterminação, faz com que as expressões da dignidade como autonomia e heteronomia convivam no mesmo plano, porém aqui prevalece a autonomia sobre a heteronomia, cabendo ao Estado apenas garantir que a pessoa possa praticar seu direito sem interferência.

Neste sentido, Miguel Nogueira de Brito (2007 apud Nery Jr. 2009, p.15), afirma que:

“a atuação estatal no Estado Democrático de Direito precisa posicionar-se de maneira neutra em relação à religião, devendo agir com imparcialidade, a fim de conferir aos cidadãos, religiosos ou não, a maior liberdade possível na condução de suas vidas”.

Nery Jr.(2009, p.15) complementa tal raciocínio afirmando:

Em um Estado Constitucional Democrático de Direito, a manifestação prática da fé não se esgota na liberdade de culto; ela engloba a impossibilidade de o Estado impor condutas aos cidadãos atentatórias à sua dignidade e à sua convicção religiosa. Nessa perspectiva apresenta-se legítima a possibilidade de os praticantes da religião Testemunhas de Jeová recusarem a realização de qualquer tratamento que envolva transfusão sanguínea.

Diante de tais considerações o Estado jamais pode impor ao cidadão, seja esse Testemunha de Jeová ou não, por meio de decisões arbitrárias ato que lesione sua crença, pois isso afetaria diretamente seu estilo de vida, sua identidade, se este o fizer acarretará em ato atentatório a convicção religiosa e à dignidade, desconstituindo um pilar fundamental do Estado Constitucional de Direito, o qual seja, à dignidade da pessoa humana.

Mesmo diante dessa grave falta encontramos decisões, em desfavor das Testemunhas de Jeová, forçando a aplicação de sangue em um paciente que possui tal convicção religiosa. O fundamento utilizado para motivar a decisão, vale ressaltar que estão em sentido contrário aos princípios constitucionais, é a existência de colisão entre o direito à vida versus a liberdade religiosa, prevalecendo nesses casos o primeiro, porém, como veremos em capítulo próprio, não há que se falar na aplicação da teoria da ponderação de princípios.

O desrespeito a vontade do paciente Testemunha de Jeová trata-se de uma violação a sua autodeterminação, que é garantida dentro do texto constitucional pelos princípios da

liberdade religiosa e do direito à vida, visto que seu desejo é de preservar a sua vida, para tanto, escolhe um tratamento que não entre em conflito com sua crença.

Portanto, essa escolha existencial está pautada não apenas pelo fundamento religioso, mas também pelo próprio direito à vida em sua integralidade (como explicado em subtópico próprio). Por conseguinte, passo a discorrer sobre as Testemunhas de Jeová e as transfusões de sangue, de forma sucinta, para que se tenha uma completa visão sobre a temática abordada.

3 AS TESTEMUNHAS DE JEOVÁ E AS TRANSFUSÕES DE SANGUE

No início da década de 1870, surgiu um pequeno grupo de estudantes da Bíblia nos EUA. Charles Taze Russell, foi um dos membros desse grupo, mas “embora tenha tomado a dianteira na obra educativa bíblica naquela época, e tenha sido o primeiro editor de *A Sentinela*, Russell, não foi o fundador de uma nova religião”¹⁸.

De acordo com o artigo “Quem fundou a sua religião?” publicado pelas Testemunhas de Jeová

O objetivo de Russell e dos outros Estudantes da Bíblia, como o grupo era então conhecido, era divulgar os ensinamentos de Jesus Cristo e seguir o modelo deixado pelos cristãos do primeiro século. Visto que Jesus é o Fundador do cristianismo, nós o consideramos o fundador de nossa organização.¹⁹

Dessa forma, a organização atual das Testemunhas de Jeová teve início no fim do século XIX. A opção pelo nome Testemunha de Jeová está ligado diretamente com o nome de Deus²⁰, visto que elas declaram as verdades sobre Jeová por ensinar as pessoas a respeito do que a Bíblia realmente ensina.

No mundo todo, se estima, haver mais de 8.220.105²¹ Testemunhas de Jeová, sua obra é realizada em 240 países²². De forma organizada elas dão estudos bíblicos, promovem a paz, pregam de casa em casa, distribuem gratuitamente publicações que ajudam as pessoas a conhecerem mais sobre as boas novas. Suas crenças têm por base a Bíblia e acreditam que essa de forma integral é inspirada por Deus, não sendo suas convicções fundadas em tradições

18 Quem fundou sua religião? Disponível em: [https://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/perguntas-frequentes/fundador/#?insight\[search_id\]=d80bf58b-cac3-4ca4-b89025911182d6e2&insight\[search_result_index\]=0](https://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/perguntas-frequentes/fundador/#?insight[search_id]=d80bf58b-cac3-4ca4-b89025911182d6e2&insight[search_result_index]=0)

19 Disponível em: [https://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/perguntas-frequentes/fundador/#?insight\[search_id\]=d80bf58b-cac3-4ca4-b890-25911182d6e2&insight\[search_result_index\]=0](https://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/perguntas-frequentes/fundador/#?insight[search_id]=d80bf58b-cac3-4ca4-b890-25911182d6e2&insight[search_result_index]=0)

20 O nome Jeová aparece nas Escrituras hebraicas quase 7 mil vezes. Tradução do Novo Mundo (Revisão de 2015). Disponível em: [https://www.jw.org/pt/publicacoes/biblia/nwt/apendice-a/tetragrama-nome-divino/#?insight\[search_id\]=a7d35b70-ca91-493e-89e4-d7bcce686b30&insight\[search_result_index\]=0](https://www.jw.org/pt/publicacoes/biblia/nwt/apendice-a/tetragrama-nome-divino/#?insight[search_id]=a7d35b70-ca91-493e-89e4-d7bcce686b30&insight[search_result_index]=0)

21 Dados referente ao ano de serviço de 2015.

22 Quantas Testemunhas de Jeová existem em todo o mundo? Disponível em: <https://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/perguntas-frequentes/quantos-membros-tj/> > Acesso em: 16 nov. 2018.

ou filosofia humana, apenas na Palavra de Deus. Por conseguinte, os seguidores dessa religião não fazem nada que vá de encontro com o texto bíblico.

Desta maneira, no que se refere a saúde

As Testemunhas de Jeová desejam ter vidas longas e saudáveis. Por esta razão, não fumam nem consomem drogas. Elas podem tomar bebidas alcoólicas com moderação, mas não aprovam a embriaguez; não fazem interrupção voluntária da gravidez nem se envolvem em relações sexuais fora do casamento. As Testemunhas de Jeová procuram obter, para elas e para os filhos, os melhores tratamentos médicos comprovados que se encontram disponíveis. Elas obedecem à ordem bíblica de ‘se abster de sangue’ e, com isto, evitam os perigos e as complicações decorrentes das transfusões de sangue. — Atos 15:20, 28, 29.²³

Como consta no texto acima, de acordo com análise de textos bíblicos e por obediência a eles, esse grupo religioso possui a convicção de que o sangue é vital e não aceitam ser submetidos a tratamentos com uso de sangue por considerarem uma afronta ao Dador da Vida, visto que Ele ordena expressamente na Bíblia que seus servos não devem fazer o uso do sangue de forma incorreta, sendo que injetá-lo em sua veia violaria Sua ordem.²⁴

Para que se garanta o exercício de seus direitos, as Testemunhas de Jeová, criaram Comissões de Ligação com Hospitais (COLIHs). Um aparato fundado para auxiliar na interação médico-paciente. “Essas comissões são formadas por ministros da própria comunidade, capacitados para interagir com médicos, funcionários de hospitais, assistentes sociais e membros do Judiciário.”²⁵

Em relação as comissões:

As Comissões de Ligação com Hospitais hoje operam no mundo todo, possibilitando a cooperação internacional em situações de emergência. Nos casos em que certos medicamentos foram prescritos por um médico, mas não estavam disponíveis em países em que o paciente estava, nossa rede

23 Quem são as Testemunhas de Jeová? Disponível em: [https://www.jw.org/pt/noticias/casos-juridicos/recursos-juridicos/informacao/informacoes-quem-sao-as-testemunhas-de-jeova/#?insight\[search_id\]=6c2f34c0-06ba-49cf-a967-808603d70029&insight\[search_result_index\]=0](https://www.jw.org/pt/noticias/casos-juridicos/recursos-juridicos/informacao/informacoes-quem-sao-as-testemunhas-de-jeova/#?insight[search_id]=6c2f34c0-06ba-49cf-a967-808603d70029&insight[search_result_index]=0)

24 Os textos bases de [Gênesis 9:4](#); [Levítico 17:10](#); [Deuteronômio 12:23](#); [Atos 15:28, 29](#), esclarecem que o uso de sangue é proibido. Por análise a tais textos não é permitido ingerir sangue, também, não sendo possível injetar de forma intravenosa. No Novo Testamento encontra-se a seguinte expressão “abster-se de sangue”, a palavra abster-se significa: não aceitar, recusar, rejeitar, e com base nessas informações as Testemunhas de Jeová obedecem a ordem e rejeitam qualquer tratamento que utilize sangue total.

25 Disponível em: <https://www.jw.org/pt/biblioteca-medica/estrategias-downloads/comissoes-ligacao-hospitais-testemunhas-de-jeova/> >Acesso em: 18 de nov. 2018

internacional facilitou a obtenção deles [...].²⁶

A realidade cotidiana desse grupo nos mostra a necessária discussão sobre a temática.

3.1 O SANGUE E AS TRANSFUSÕES SANGUÍNEAS

O sangue, desde os primórdios da humanidade aparece como ligado a vida. Uma das primeiras referências que encontramos ao sangue, consta em um dos livros mais antigos existentes, a Bíblia Sagrada. Na passagem de Gênesis capítulo 9, versículos de 3 ao 6²⁷, o Criador declara:

3 Todo animal que se move e que está vivo pode servir-lhes de alimento. Assim como dei a vocês a vegetação verde, eu lhes dou todos eles. 4 Somente não comam a carne de um animal **com seu sangue**, que é a sua vida. 5 Além disso, vou exigir uma prestação de contas pelo sangue, a vida, de vocês. Vou exigir de cada animal uma prestação de contas; e vou exigir de cada homem uma prestação de contas pela vida do seu irmão. 6 Quem derramar o sangue do homem, pelo homem será derramado o seu próprio sangue, pois Deus fez o homem à sua imagem.(Grifo nosso)

O sangue, está intimamente ligado à vida, visto que ele transporta oxigênio e nutrientes necessário para o funcionamento das células e também, por transportar o gás carbônico para os órgãos responsáveis por sua eliminação, dentre outras funções.

De fato podemos declarar que o sangue, é fundamental para vida, todavia não se pode dizer o mesmo dos tratamentos que o envolvem.

Em primeiro momento, podemos afirmar que um dos motivos é ele ser único, de forma explicativa o sangue, pode ser comparado a uma impressão digital, cada pessoa possui a sua, não sendo possível encontrar outra com as mesmas características. Portanto, quando uma pessoa recebe o sangue de outra, seu corpo pode rejeitá-lo causando choque anafilático, dentre outros problemas.

Neste sentido, Niels Jerne, um dos ganhadores do prêmio Nobel de Medicina de 1984, quando foi questionado sobre o motivo pelo qual não aceitou receber uma transfusão de sangue, declarou: ““O sangue dum pessoa é como suas impressões digitais – não existem dois tipos de sangue exatamente iguais””²⁸.

26 Disponível em: <https://wol.jw.org/pt/wol/d/r5/lp-t/301999000?q=cuidados+com+a+fam%C3%ADlia+e+tratamentos&p=par#h=131> > Acesso em: 20 de nov. 2018

27 Moisés. Tradução do Novo Mundo da Bíblia Sagrada, 2015, p. 53.

28 COMO PODE O SANGUE SALVAR A SUA VIDA? Editoras: Watchtower Bible And Tract Society Of New York, Inc. Brooklyn, New York, U.S.A Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, Cesário Lange, São Paulo, 1990, p. 9.

Em segundo momento, existem riscos de contaminação e de incompatibilidade, bem como o próprio erro humano. Porém, a complexidade envolvida com esta terapia não foi motivo para dar um fim na sua propagação.

Depois da Segunda Guerra mundial, ocorrerão significativos avanços no âmbito da medicina. Nessa época, já eram conhecidas formas terapêuticas com o uso do sangue, entretanto, apenas com o fim da Guerra que se deu surgimento de uma indústria global de abastecimento de sangue para a realização de transfusões. Diante disso, nasce uma cultura que coloca o sangue como o principal tratamento para diversas situações.

A brochura, “Como pode o sangue salvar a sua vida?” esclarece que:

No começo do século 20, os cientistas aprofundaram o entendimento do homem sobre a maravilhosa complexidade do sangue. Ficaram sabendo que existem diferentes tipos sanguíneos. Compatibilizar o sangue do doador com o sangue do tipo A receber o sangue do tipo B, poderá apresentar grave reação hemolítica. Esta pode destruir muitas hemácias e matá-lo rapidamente. Ao passo que a classificação do tipo sanguíneo e os testes de compatibilização são agora uma rotina, ainda acontecem erros.²⁹

Mesmo com os avanços que ocorreram com base no estudo do sangue e os milhões gastos em métodos de se verificar possíveis doenças, a probabilidade de contaminação por bactérias e doenças ainda é muito alta, independente de que se existam formas de se detectar a contaminação, esses procedimentos não garantem eficácia plena.

Por exemplo, podemos levar em consideração o período intitulado como janela imunológico, no qual o vírus da AIDS não pode ser detectado³⁰, nesse período é impossível detectar o vírus no sangue mesmo com a tecnologia mais avançada, dessa forma, quando esse período passa, a pessoa que recebeu transfusão do sangue contaminado, acaba por desenvolver essa doença, que até o momento não possui cura e pode levar a pessoa a morte.

29 Como Pode O Sangue Salvar A Sua Vida? Editoras: Watchtower Bible And Tract Society Of New York, Inc. Brooklyn, New York, U.S.A Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, Cesário Lange, São Paulo, 1990, p.8.

30 De acordo com Ministério da Saúde: “[...] janela imunológica é o período entre a infecção e a produção de anticorpos pelo organismo contra o HIV em uma quantidade suficiente para serem detectados pelos testes, como o teste rápido. O que isso quer dizer? Por exemplo, se uma pessoa se testou dias depois de ter transado sem camisinha, pode apresentar resultados negativos nos testes, mesmo tendo se infectado. Isso porque, se o teste é feito durante o período da janela imunológica (30 dias), há a possibilidade de que ele apresente um falso resultado negativo. Portanto, é necessário esperar no mínimo 30 dias para realizar o teste. Caso o resultado seja negativo, e permanecer a suspeita de infecção, refaça o teste em 30 dias”. Disponível em: <http://www.aids.gov.br/pt-br/faq/3-o-que-e-janela-imunologica-eu-posso-ter-hiv-e-resultado-negativo-no-teste-como-eu-posso-ter> Acesso em: 18 nov. 2018.

As transfusões são um tratamento de risco, sendo impossível afastar por completo a contaminação, incompatibilidade, o erro humano, dentre outros problemas.

Neste sentido, encontra-se o Manual técnico para investigação da transmissão de Doenças pelo Sangue³¹, o qual esclarece que:

“o sangue, pela sua característica de produto biológico, mesmo quando corretamente preparado e indicado, carrega intrinsecamente vários riscos, sendo impossível, portanto, reduzir a zero a possibilidade de ocorrência de reações adversas após uma transfusão”. (ANVISA, 2004, p. 26).

Além disso, afirma que

Mesmo quando bem indicada, a transfusão sanguínea pode levar a reações adversas. A reação transfusional pode ser definida como um efeito ou resposta indesejável observado em uma pessoa, associado temporalmente com a administração de sangue ou hemocomponente. Pode ser o resultado de um incidente do ciclo do sangue ou da interação entre um receptor e o sangue ou hemocomponente, um produto biologicamente ativo.³²

Diante de tais fatos, conseguimos ter uma visão de que o uso do sangue é uma terapia de risco e mesmo possuindo todo um aparato para garantir sua eficácia, não se pode jamais afirmar que todos os problemas deste tratamento estão superados. Assim, podemos classificar esse método como um tratamento de risco tanto imediatos, como futuros.

Nesta esteira, o ilustre Álvaro Villaça Azevedo menciona que “[...] as transfusões de sangue estão relacionadas com aumento da morbidade e mortalidade”³³.

Ademais, salienta que:

[...], no artigo *The impact of storage on red cell function in blood transfusion*, lemos: Apesar do uso comum de transfusões de hemácias na prática clínica, os efeitos reais das hemácias nunca foram demonstrados. Ao contrário, vários estudos sugerem que as transfusões de hemácias estão associados com maior risco de morbidade e mortalidade.³⁴

Destarte, Ferraz(2008, p.156, apud Azevedo, 2010, p. 6) afirma:

Um dos campos da atividade médica mais prolíficos em questões sobre a

31 Brasil. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Manual técnico para investigação da transmissão de doenças pelo sangue / Ministério da Saúde, Agência Nacional de Vigilância Sanitária. – Brasília: Ministério da Saúde, 2004.

32 ANVISA. Marco Conceitual e Operacional de Hemovigilância: Guia para a Hemovigilância no Brasil, 2015, p. 25.

33 Azevedo, Álvaro Villaça. Parecer: Autonomia do Paciente e Direito de Escolha de Tratamento Médico Sem Transfusões de Sangue mediante os atuais preceitos civis e constitucionais brasileiros, 2010, p. 6.

34 Ibid.

responsabilidade civil é o da transfusão sanguínea. Com efeito, sobretudo após a descoberta do vírus HIV, a potencialidade danosa desse tipo de tratamento médico mostra-se ainda mais evidente. A questão ganhou publicidade e alcançou proporções dramáticas recentemente em diversos países pela contaminação de centenas de pessoas por sangue contaminado utilizado em hospitais públicos para transfusões. Além da AIDS, outras doenças podem ser transmitidas com o procedimento de transfusão sanguínea, como a sífilis, a hepatite e a doença de chagas, para citar apenas as mais comuns.

Além dos riscos que a hemoterapia oferece, os valores com os cuidados do sangue e capacitação dos médicos é exorbitante. No ano de 2017,

o Ministério da Saúde investiu R\$ 1,2 bilhão na rede de sangue e hemoderivados (Hemorrede). Os recursos foram destinados a estruturação da rede nacional para a modernização das unidades, qualificação dos profissionais e processos de produção da Hemorrede, além do fornecimento de medicamentos de alto custo a pacientes para atenção aos pacientes portadores de doenças hematológicas.³⁵

Portanto, concluímos que existem riscos iminentes e/ou futuros com a utilização do sangue como terapia, além dos gastos com sua manutenção. Apesar desta realidade fática, até o dia de hoje no Brasil, é o principal método utilizado pelos médicos sendo considerado como um tratamento fundamental. Em declaração, o coordenador da área de Sangue e Hemoderivados do Ministério da Saúde, Flávio Vormittag disse: “O sangue é insubstituível. Ainda não existe nenhum tipo de medicamento que possa substituir a doação de sangue”.³⁶

Entretanto, está terapia apesar de ser a mais usual não é a mais benéfica e muito menos a única existente. Respondendo a uma das problemáticas envolvidas neste estudo, passo a discorrer sobre algumas das alternativas à hemoterapia.

3.2 AS ALTERNATIVAS AS TRANSFUSÕES SANGUÍNEAS

Diante dos riscos envolvendo as transfusões de sangue ocorreram significativos avanços na medicina moderna na busca de tratamentos eficazes isentos de sangue; o que transformou a hemoterapia em uma opção, não sendo mais a única e viável solução. Com o surgimento de novas técnicas, os médicos, conseguem alcançar resultados melhores sem que seja necessário o uso de tratamentos com sangue, e seus custos são mais acessíveis.

Atualmente, existe uma gama de opções alternativas. Diante da epidemia de AIDS,

35 Ministério da Saúde convoca população para doar sangue. Disponível em: <http://portalms.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/42673-ministerio-da-saude-convoca-populacao-para-doar-sangue> > Acesso em: 18 de nov. 2018

36 Ibid.

que infectou milhões de pessoas, muitos médicos buscaram outros tipos de tratamentos que eram isentos de sangue, deixando de lado a hemoterapia. Isso foi possível pela análise feita sobre as razões que levavam a infusão de sangue.

Neste sentido, o artigo “Opções/Alternativas às Transfusões de Sangue”³⁷ declara:

Existem múltiplos recursos terapêuticos para reduzir ou evitar uma transfusão de sangue alogênico (sangue de outra pessoa). Estas opções envolvem estratégias clínicas com medicamentos e/ou equipamentos específicos para tratar o paciente com anemia e/ou distúrbio na coagulação do sangue (por exemplo, plaquetas baixas). Por outro lado, existem também estratégias cirúrgicas com evidências em reduzir a perda de sangue pelo paciente durante uma cirurgia. Pode-se ainda economizar o uso de hemocomponentes, que já se encontram escassos nos bancos de sangue, por meio de medidas específicas em tratar o paciente para ser mais tolerante ao estado de anemia.

O Prof. Neil Blumberg³⁸ ressalta que “cada vez mais os médicos se preocupam com a necessidade de reavaliar seu enfoque sobre as transfusões de sangue”. Bem como, o Prof. Roland Hetzer adiciona que “hoje, pelo menos 80% dos pacientes dão total preferência a não receberem transfusões de sangue”.

Isso se dá pela variedade de formas que existem para minimizar ou evitar a hemoterapia, por exemplo³⁹:

- Maximizar as técnicas de gerenciamento e de conservação do sangue; tolerância à anemia;
- Estimulação dos glóbulos vermelhos por meio do emprego de suplementos de ferro para normalizar o hematócrito;
- Eritropoetina (também é conhecida como EPO), a qual acelerará a produção dos glóbulos vermelhos;
- Controlar a hemorragia por evitá-la. Para isso, se faz necessário o uso de instrumentos que auxiliam na realização da cirurgia, como os dispositivos de eletro

37 Disponível em: <http://bloodless.com.br/opcoesalternativas-transfusoes-de-sangue/> > Acesso em: 18 de nov. 2018

38 Em vídeo publicado pelas Testemunhas Jeová: Tratamentos alternativos à transfusão: atendendo às necessidades e aos direitos do paciente. Disponível em: [https://www.jw.org/pt/biblioteca-medica/videos/transfusao-sangue-necessidades-direitos-paciente/#?insight\[search_id\]=a9ced0c6-6c2e-4ef8-a877-803de7cf4e05&insight\[search_result_index\]=1](https://www.jw.org/pt/biblioteca-medica/videos/transfusao-sangue-necessidades-direitos-paciente/#?insight[search_id]=a9ced0c6-6c2e-4ef8-a877-803de7cf4e05&insight[search_result_index]=1) > Acesso em: 18 de nov. 2018

39 Ibid.

cauterio e o uso de remédios que podem reduzir hemorragia;

- Recuperar o sangue do próprio paciente (recuperação intraoperatória de células).

Mas, o que dizer de casos que envolvem grande perda sanguínea? Como em casos de acidentes ou em uma operação.

O tratamento padrão para casos que envolvem perda em grande escala da massa sanguínea é a transfusão de hemácias. Entretanto, diante da recusa do paciente, para que se evite a realização deste procedimento, o médico, tem que agir de modo ágil e fazer cessar a hemorragia, impedindo que o paciente entre em choque, depois de estancada deve-se colocar em circulação as hemácias restantes; isso pode ser realizado através da infusão de líquidos que não possuem sangue, o mais simples e acessível de todos é a solução salina.⁴⁰

O uso de medidas alternativas nesses casos receberam destaque, principalmente, depois que se descobriu que a transfusão de concentrado de hemácias não possui sua eficácia atestada.

Sobre o tema, o artigo publicado pelo Departamento de Patologia da Faculdade de Saúde da Universidad del Valle, diz que: “a eficácia biológica dessa medida não foi demonstrada em estudos prospectivos e controlados, nem existem outros critérios pelos quais se possa julgar a eficácia da transfusão de concentrado de hemácias.”(tradução nossa).⁴¹ Diante dessa afirmativa, não há que se falar que o único meio de salvar a vida do paciente é através de tal método, sendo assim, o mais viável será o uso da alternativa.

Ressalto que não cabe a nós falarmos com mais detalhes de tais procedimentos, já que este trabalho destinamos aos médicos, podemos observar apenas um pouco da magnitude que envolve as alternativas descritas, a hemoterapia nunca foi considerada o melhor tratamento pelos riscos que a envolvem, e não é única e fundamental solução para as enfermidades.

Neste sentido, Azevedo (2010, p. 12) profere:

Há vários relatos médicos bem-sucedidos no tratamento de diversas enfermidades, bem como na realização de grandes cirurgias que atestam essa realidade. Existem

40 Como Pode O Sangue Salvar A Sua Vida? Editoras: Watchtower Bible And Tract Society Of New York, Inc. Brooklyn, New York, U.S.A Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, Cesário Lange, São Paulo, 1990, p.14.

41 WEISKOPF RB 1998; 38 (6): 517-21 apud BUELVAS. “Anemia and transfusion of red blood cells” *Colombia medica (Cali, Colombia)*vol. 44,4 236-42. 31 Dec. 2013.

muitos relatos, tais como transplantes de fígado, cirurgias cardíacas, cirurgias ginecológicas, prostatectomias, traumas, entre outros, que demonstram que a Medicina tem se preocupado em tratar pacientes Testemunhas de Jeová sem o uso da terapia transfusional.

Desta forma, se analisarmos os vários pormenores e sopesar os prós e contras envolvidos na questão chegamos a conclusão que as soluções mais adequadas (e os melhores resultados) estão presentes na prática da medicina não transfusional, o que nos permite visualizar uma verdadeira quebra de paradigma dentro do âmbito médico.

Portanto, resta comprovado a existência de alternativas às transfusões sanguíneas, sendo a alegação de que o sangue é o único recurso existente descabida, visto que os costumes médicos mudaram e proporcionaram amparo a recusa por meio dos avanços na medicina não transfusional.

3.3 DO PATERNALISMO MÉDICO À AUTONOMIA DO PACIENTE

O paternalismo⁴² consiste em um sistema de relações baseadas na autoridade do pai. Assim, quando fala-se em paternalismo médico se faz referência a autoridade que, o médico, exerce sobre determinado paciente. A medicina paternalista tem por característica a imposição ao paciente, de tratamento médico sem a levar em consideração a sua vontade ou em oposição dessa, dando ao profissional a qualidade de “protetor do paciente”.

Tendo como ponto de partida os acontecimentos mundiais em meados do século XX, que submeteram pessoas a experimentos desumanos, o paradigma paternalista começa a se romper dando ensejo a autonomia do paciente, não com intuito de que este tome a posição do médico, o qual deseja o seu bem-estar, mas com a intenção da existência de um relacionamento que leve em conta sua vontade. O instrumento que deu início a modificação da relação médico-paciente foi intitulado de Código de Nuremberg⁴³, este possui a finalidade

42 Paternalismo in Dicionário infopédia da Língua Portuguesa [em linha]. Porto: Porto Editora, 2003-2018. [consult. 2018-11-19 19:54:36]. Disponível em: <https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/paternalismo>

43 De acordo com o Prof. José Roberto Goldim: O Tribunal de Nuremberg, em 9 de dezembro de 1946, julgou vinte e três pessoas, vinte das quais médicos, que foram consideradas como criminosos de guerra, devido aos brutais experimentos realizados em seres humanos. O Tribunal demorou oito meses para julgá-los. Em 19 de agosto de 1947 o próprio Tribunal divulgou as sentenças, sendo que sete de morte, e um outro documento, que ficou conhecido como Código de Nuremberg. Este documento pode ser considerado como um marco na história da humanidade, pois pela primeira vez foi estabelecida uma recomendação de repercussão internacional sobre os aspectos éticos envolvidos na pesquisa em seres humanos. A sua repercussão prática, contudo, foi muito restrita. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/nuretrib.htm> >

de estabelecer um padrão para as pesquisas envolvendo seres humanos. Tal instrumento estabeleceu o consentimento voluntário e informado como pressuposto de validade das experiências médicas⁴⁴.

A partir da promulgação do Código de Nuremberg, a ética médica sofreu profunda mudança em seu padrão. Assim, passou-se a figurar como parâmetro da bioética a autonomia do paciente.

Neste sentido, encontra-se a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos⁴⁵ que declara em seu texto:

Artigo 5 – Autonomia e Responsabilidade Individual

Deve ser respeitada a autonomia dos indivíduos para tomar decisões, quando possam ser responsáveis por essas decisões e respeitem a autonomia dos demais. Devem ser tomadas medidas especiais para proteger direitos e interesses dos indivíduos não capazes de exercer autonomia.

Artigo 6 – Consentimento

a) Qualquer intervenção médica preventiva, diagnóstica e terapêutica só deve ser realizada com o consentimento prévio, livre e esclarecido do indivíduo envolvido, baseado em informação adequada. O consentimento deve, quando apropriado, ser manifesto e poder ser retirado pelo indivíduo envolvido a qualquer momento e por qualquer razão, sem acarretar desvantagem ou preconceito.

O que caracteriza a autonomia do paciente em aceitar receber ou não determinada intervenção médica e ser, agora, sujeito responsável por suas decisões. Desta maneira, o paciente deixa de ser “objeto” da atuação médica e passa a ser sujeito de direitos. Essas transformações ocorreram, principalmente, com a elevação do princípio da dignidade humana em sua expressão como autonomia. O sujeito agora passa a possuir a faculdade de uso de seus direitos, fundando as decisões em suas escolhas existenciais. Vale ressaltar, que para que se caracterize efetiva autonomia e responsabilidade individual o consentimento deve ser livre e informado, o qual deve ser expresso de forma válida sendo a pessoa maior e capaz de tomar suas decisões baseadas no consentimento informado.

Acesso em: 19 de nov. 2018

44 Trials of war criminal before the Nuremberg Military Tribunals. Control Council Law 1949;10(2):181-182.

45 Adotada por aclamação em 19 de outubro de 2005 pela 33ª. Sessão da Conferência Geral da UNESCO.

De acordo com Nery Jr.⁴⁶ “[...] o consentimento informado é a capacidade de decisão do paciente quanto ao tratamento que receberá, decisão esta que só poderá ser tomada após detalhado esclarecimento médico e fornecimento de todas as informações relativas ao mesmo.”

Ainda, Nery Jr.⁴⁷ afirma que:

O consentimento informado engloba a obrigação do médico de dar, antes de qualquer intervenção ou por uma linguagem compreensível ao paciente, informação adequada sobre sua condição de saúde, bem como dos métodos possíveis e disponíveis para o tratamento de sua doença. O médico deve indicar-lhe os resultados esperados, os riscos da intervenção pretendida, o custo desta intervenção e as alternativas que possam existir. O médico deve, também, dar ao paciente oportunidade para refletir e tomar sua decisão sem que sobre esta exista qualquer tipo de pressão.

Neste caso o médico, deve auxiliar o paciente em sua decisão, não impor a sua própria. Esse direito ao consentimento informado é fundado na liberdade de manifestação da vontade do paciente, a qual é respaldada pela expressão da dignidade como autonomia. A capacidade de se autodeterminar esta intimamente ligada a dignidade.

No que diz respeito a dignidade, encontra-se prevista tanto na legislação constitucional⁴⁸ (arts. 1º, III, 5º, caput, II e III), como expressa na legislação infraconstitucional sendo está integrada pelo Código Civil⁴⁹, pelo Estatuto do Idoso⁵⁰ (L 10741/03) e pela Lei de transplantes⁵¹ (L9434/97).

46 Nery Jr., Nelson. Escolha de Esclarecida de Tratamento Médico por Pacientes Testemunhas de Jeová: como exercício harmônico de direitos fundamentais – São Paulo, 2009, p. 25.

47 Id. Ibid, p. 26.

48 CF. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

III – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

49 Código Civil: Art. 15. “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”. Vade Mecum Saraiva OAB/ obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Livia Céspedes e Fabiana Dias Rocha. - 15 ed. atual. E ampl. - São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 136.

50 Estatuto do Idoso: Art. 17. Ao idoso que esteja no domínio de suas faculdades mentais é assegurado o direito de optar pelo tratamento de saúde que lhe for reputado mais favorável. LEI N° 10.741, DE 1º DE OUTUBRO DE 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.741.htm> Acesso 20 de nov. 2018.

51 Lei de Transplantes: 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

Em concordância com a matéria se encontra a Portaria nº 1820/09⁵² do Ministério da saúde:

Art. 4º Toda pessoa tem direito ao atendimento humanizado e acolhedor, realizado por profissionais qualificados, em ambiente limpo, confortável e acessível a todos.

Parágrafo único. É direito da pessoa, na rede de serviços de saúde, ter atendimento humanizado, acolhedor, livre de qualquer discriminação, restrição ou negação em virtude de idade, raça, cor, etnia, religião, orientação sexual, identidade de gênero, condições econômicas ou sociais, estado de saúde, de anomalia, patologia ou deficiência, garantindo-lhe:

(...)

XI – o direito à escolha de alternativa de tratamento, quando houver, e à consideração da recusa de tratamento proposto;

Art. 5º Toda pessoa deve ter seus valores, cultura e direitos respeitados na relação com os serviços de saúde, garantindo-lhe:

V – o consentimento livre, voluntário e esclarecido, a quaisquer procedimentos diagnósticos, preventivos ou terapêuticos, salvo nos casos que acarretem risco à saúde pública, considerando que o consentimento anteriormente dado poderá ser revogado a qualquer instante, por decisão livre e esclarecida, sem que sejam imputadas à pessoa, sanções morais, financeiras ou legais;

Atestando, assim, que diversas normas do ordenamento brasileiro reconhecem a autonomia do paciente. Não podendo o médico fundar sua decisão paternalista na aplicação do disposto na Res. CFM 1.021/80⁵³ in verbis:

Conclusão: Em caso de haver recusa em permitir a transfusão de sangue, o médico, obedecendo a seu Código de Ética Médica, deverá observar a seguinte conduta:
1º – Se não houver iminente perigo de vida, o médico respeitará a vontade do paciente ou de seus responsáveis.
2º – Se houver iminente perigo de vida, o médico praticará a transfusão de sangue, independentemente de consentimento do paciente ou de seus responsáveis.

Tal resolução resta ultrapassada e não está de acordo com a legislação atual, visto que antecede a promulgação do CC/02⁵⁴, estando em desconformidade com a autonomia do paciente.⁵⁵

do procedimento. [LEI Nº 9.434, DE 4 DE FEVEREIRO DE 1997 \(Redação dada pela Lei nº 10.211, de 23.3.2001\)](#). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm > Acesso em: 20 de nov. 2018.

52 PORTARIA Nº 1.820, DE 13 DE AGOSTO DE 2009. Disponível em: http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/prt1820_13_08_2009.html> Acesso em: 20 de nov. 2018

53 O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Código de Ética Médica – Resolução CFM nº 1.021/80. Parecer. Rio de Janeiro, 26 de setembro de 1980. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1980/1021_1980.htm

54 Código Civil de 2002.

55 Com base neste assunto se encontra Decisão do Conselho Federal de Medicina o qual tirou de foco

Frisa-se que essa mudança de paradigma não inverte a relação médico-paciente. Nesta linha de raciocínio Barroso(2010, p.10) salienta:

Vale notar, no entanto, que essa nova perspectiva não inverte a equação para sujeitar o médico ao paciente: também o profissional pode se recusar a realizar um procedimento ou a acompanhar um paciente que se recuse a receber tratamento. Dessa forma, preserva-se também o direito do médico de se pautar pelos seus padrões éticos em matéria de cuidado à saúde.

Atesta-se que é perfeitamente reconhecido a escusa de consciência do médico⁵⁶, porém, ao exercer tal direito, este deve encaminhá-lo a outro profissional capacitado, que possa atender as exigências do paciente.

Diante disso, tem-se que o paternalismo médico se afasta do enfoque principal, abrindo caminho para a autonomia do paciente, não sendo mais viável que se aja arbitrariamente sem com que fira princípios constitucionais, cabendo ao paciente decidir a que tipo de procedimento ele aceita ser submetido.

as normas constantes nessa resolução, já que o paciente possui autonomia de escolher qual procedimento deve ser adotado em seu caso.

Assim preleciona Azevedo (2010, p.29):

Frisa-se que o próprio Conselho Federal de Medicina já repensou seu posicionamento diante do direito de escolha de tratamento médico por parte de pacientes Testemunhas de Jeová. Em decisão absolutória de médica que respeitou a autonomia de paciente Testemunha de Jeová em situação emergencial, o CFM decidiu:

I - (...)

II – A médica deixou de fazer a transfusão de sangue a uma paciente em obediência a sua vontade expressa previamente. Como se não se deve desprezar a autonomia da paciente, foi absolvida. (CFM – PROC.2374-020/94 julg. 13/02/03).

56 A respeito da objeção de consciência médica: [...], também é direito dos médicos não se envolver no que eles consideram como um compromisso sobre os padrões de atendimento sem sangue. Muitos instituições de saúde têm políticas que permitem tais práticas. A decisão final sobre se para tratar os pacientes deve, portanto, descansar com os médicos. Os principais dilemas dos médicos seriam avaliar cuidadosamente as indicações médicas para cirurgia, cirurgia técnica para reduzir a perda de sangue, risco de sangramento e suas complicações associadas, [...]. Se os médicos, em última análise, sentirem que a recusa transfusão de sangue vai tornar o procedimento mais difícil e não deseja correr riscos de procedimento sem a transfusão de sangue depois de pesar os benefícios do procedimento para curar a condição primária do paciente, eles não deve ser obrigado a realizar o procedimento contra a sua consciência e deve ter o direito ser um objeitor de consciência (semelhante aos outros procedimentos médicos eticamente problemáticos, como interrupção da gravidez e tratamento de fertilidade). Em tais circunstâncias, o dever de cuidado deve incluir encaminhar o paciente rapidamente para uma segunda opinião com outro cirurgião que operaria sem sangue e / ou explorar outras opções possíveis de tratamento antes de se retirar totalmente do manejo clínico do caso. Também é aconselhável que o comitê de ética do hospital analisa o caso e busca opinião de outros especialistas clínicos e diretrizes clínicas baseadas em evidências relevantes se o procedimento deve continuar. Chua R, Tham K F. Will “no blood” kill Jehovah Witnesses? Singapore Med J 2006; 47(11):994-1002. Disponível em: <https://www.sma.org.sg/smj/4711/4711me2.pdf> > Acesso em: 19 de nov. 2018.

4 O JUDICIÁRIO E A AUTONOMIA BIOÉTICA DO PACIENTE

A ponderação de princípios consiste no meio pelo qual, o Judiciário, resolve possível colisão de preceitos fundamentais fazendo-se uma análise dos pormenores de cada princípio para identificar qual deverá ser aplicado no caso concreto.

Na moderna teoria do direito, parte-se de uma premissa diferente da proposta por Kelsen, em sua teoria pura do direito, reconhecendo a existência não apenas de regras, mas também, de princípios. Desta maneira, afirma-se que dentro de um ordenamento jurídico há tanto a existência de normas com estrutura hipotético condicional como princípios, que são normas de otimização os quais definem que algo será feito com maior magnitude, por isso, quando o exercício de direitos fundamentais ocasionassem em uma colisão de princípios seria inviável usar o método de resolução de antinomias, pelo peso que possui os princípios.

Para Dworkin,

os princípios estão dotados de uma propriedade que as regras não conhecem; o peso. Os princípios têm um peso em cada caso concreto. Ponderar princípios consiste em determinar qual é o peso dos princípios em cada caso concreto, isto é, em determinar qual é o peso específico dos princípios que entram em colisão. (Dworkin 1980, 84 e ss. apud Pulido, 2013, p. 93)

Diante do reconhecimento da existência de princípios surge através de Alexy, um novo meio de se aplicar o direito que, como mencionado anteriormente, consiste na técnica de ponderação.

Nas palavras de Pulido⁵⁷, a ponderação:

[...] é a forma por meio da qual se aplicam os princípios jurídicos, quer dizer, as normas que não tem estrutura de mandados de otimização. Estas normas não determinam exatamente o que se deve fazer, mas ordenam << que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes>>. As possibilidades jurídicas estão determinadas pelos princípios e regras opostas, e as possibilidades reais se derivarem de enunciados fáticos.

Para Pulido “existe uma colisão entre princípios quando em um caso concreto são relevantes duas ou mais disposições jurídicas, que fundamentam *prima facie* duas normas incompatíveis entre si e que podem ser propostas como soluções para o caso”.⁵⁸

57 Pulido, Carlos Bernal. O direito dos direitos: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais/ Carlos Bernal Pulido; tradução Thomas Rosa de Bustamante com a colaboração de Bruno Stiegert. - São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 94.

58 Ibid.

Para que se use de tal método, é necessário que seja observado o procedimento de estruturação da ponderação, o que remete aos elementos que a norteiam, os quais são: a lei de ponderação, a fórmula de pesagem e as cargas de argumentação.

Em aplicação prática, podemos usar o caso das Testemunhas de Jeová; fundadas no seu direito à liberdade de crença recusam a terapia médica que requer a aplicação do sangue. De acordo com a concepção atual, existe uma colisão de dois direitos fundamentais, o Direito à liberdade religiosa (com base na autonomia da vontade e escolhas existenciais) e o Direito à vida (em sua forma objetiva). Todavia, temos que entender um pouco mais desta teoria para que se possa afirmar a existência de uma real colisão.

De acordo com Alexy (2007, p. 100 apud Nery Jr. 2009, p.17)

os direitos fundamentais podem colidir amplamente e restritivamente. As 'colisões de direitos fundamentais em sentido restrito nascem, sempre então, quando o exercício ou a realização do direito fundamental de um titular de direitos fundamentais tem repercussões negativas sobre direitos fundamentais de outros titulares de direitos fundamentais. Nos Direitos fundamentais colidentes pode tratar-se ou dos mesmos ou de distintos direitos fundamentais'.

Assim, em sentido restrito, para que ocorra uma colisão entre direitos fundamentais, tem de haver dois indivíduos distintos, que ao exercerem seus direitos causam uma colisão entre eles. No caso das testemunhas de Jeová, o Judiciário, funda suas decisões com base na teoria de que entram em colisão o direito à liberdade religiosa e o direito à vida, alegando que ocorre uma colisão em sentido restrito, porém, de acordo com a teoria de Alexy, não há que se falar de colisão em sentido restrito, pois não a concorrência de direitos de um indivíduo defronte com outro.

Além disso, quando um praticante da crença das Testemunhas de Jeová se recusa a submissão de tratamento médico transfusional está exercendo sua autonomia, que é manifesta pela Constituição Federal, sendo esta a lei suprema do Estado, e também pelas legislações infraconstitucionais, por exemplo, o art. 15 do CC/02 mencionado no subtópico 3.3, bem como no seu direito à vida por garanti-la em sua concepção integral, visto que as alternativas são vistas como tratamentos de alta qualidade e estão de acordo com as suas convicções religiosas garantindo o exercício de seu direito à liberdade religiosa e da dignidade da pessoa humana. Também, não se identifica na questão a colisão de direitos de indivíduos diferentes e,

muito menos, se caracteriza um choque de direitos, já que um se mescla com o outro para fortalecer as garantias individuais. Quando elas impõem sua vontade, escolhendo tratamento diverso da transfusão, evoca seus direitos fundamentais, que em nenhum momento colide com direitos de outrem.

Assim, se um adepto de tal denominação, usa de seu consentimento informado (foi tratado a respeito deste no subtópico 3.3) para fazer valer sua vontade de escolher procedimento distinto do mais usual (transfusão de sangue), em momento algum se caracteriza afronta a princípios de outro indivíduo.

No que diz respeito a colisão em sentido amplo, também não se enquadra nesta problemática. A colisão em sentido amplo é caracterizada quando um indivíduo, pela imposição de sua vontade, coloca em risco direitos de uma coletividade. Por exemplo, podemos citar uma pessoa que diante de uma grave enfermidade, na qual potencialmente gerará uma epidemia, recusa tratamento médico ocasionando um risco a sociedade como um todo. Diante desta situação ocorre uma colisão de direitos. Algo que não se enquadra na situação dos pacientes Testemunhas de Jeová, suas escolhas apenas atingem sua esfera individual e não ocasiona risco a sociedade e também sua escolha de tratamento não gera um risco maior do que a transfusão, o risco de que este paciente venha a falecer é o mesmo inerente a qualquer tratamento de saúde. Diante do exposto, não há que se afirmar uma colisão em sentido amplo, visto que sua decisão se limita a sua esfera individual e não atinge a coletividade.

Outro fundamento se encontra no fato de o paciente não afrontar a vida, pois em nenhum momento deseja a sua morte, pelo contrário, possui o maior respeito possível por ela, evitando quaisquer esportes que a possam colocá-la em risco, o uso de substâncias prejudiciais a saúde, como o uso do cigarro, dentre outros. Ainda mais, se empenha em garantir a prolongação de sua vida, por procurar alternativas que possam viabilizar a permanência dessa, entretanto, que estejam de acordo com suas convicções.

Portanto, a decisão que força esses pacientes com fundamento em uma colisão é acometida de vício, visto que constitui um falso problema e vai de encontro com importantes princípios e regras de nosso ordenamento jurídico. Para reafirmar tais declarações, no próximo subtópico, será realizada uma análise sobre existência da possibilidade de

ponderação dos princípios aqui em foco.

4.1 ANÁLISE DE UMA POSSÍVEL PONDERAÇÃO DO DIREITO À VIDA VERSUS DIREITO À LIBERDADE RELIGIOSA

A realidade das Testemunhas de Jeová, envolve decisões que forçam o fiel a receber transfusões de sangue contra a sua vontade, com o fundamento de que existe uma colisão entre o direito à vida e o direito a liberdade religiosa e que, neste caso, deve prevalecer o primeiro sobre o segundo. Porém, ao se afirmar tal premissa, os juízes, se esquecem que a autonomia do paciente, em recusar um tipo específico de tratamento, não apenas se funda no seu direito de liberdade, mas no próprio fundamento do Estado democrático de direito, ou seja, na Dignidade da pessoa humana.

Mostra-se necessário tecer considerações a respeito desta aparente colisão.

Visto que os direitos fundamentais não possuem hierarquia entre si convivem de forma harmoniosa dentro dos parâmetros constitucionais, portanto, para que se justifique a preferência de um sobre o outro, é necessário que se utilize da ponderação. No caso em comento, não a que se falar em uma colisão, e sim em uma concorrência, ou seja, existe mais de uma pretensão sobre o mesmo objeto.

De acordo com Canotilho, “considera-se existir uma autêntica colisão de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício de um do direito fundamental por parte de outro titular”.(CANOTILHO, 2003, p.1270 apud Nery Jr., 2009, p.51).

Diante desse ensinamento, no que diz respeito a situação das Testemunhas de Jeová, não a que se falar em colisão, visto que os direitos fundamentais aqui envolvidos pertencem apenas a um único indivíduo. Além do mais, os direitos deste estão em harmonia tanto entre si, como com o ordenamento vigente.

Para os adeptos desta religião a recusa de tratamento com o uso de sangue é demonstrar obediência e lealdade ao seu Deus, eles possuem a certeza de que por manterem uma conduta pura, para com Jeová, vão ter uma vida eterna em um paraíso. Isto posto, impor este tipo de tratamento é o mesmo que esmagar todas as suas crenças e esperanças, tirando-

lhes a sua essência.

Tendo essa premissa em mente, a recusa viabiliza o exercício do direito à vida em sua forma subjetiva (como demonstrado em subtópico próprio, possui amparo constitucional), e também, em sua forma objetiva, visto que elas apenas recusam tratamentos que utilizem do sangue, mas procuram medidas alternativas.

Nesse sentido na publicação “Por que as Testemunhas de Jeová não aceitam transfusão de sangue?” declaram que:

Nós procuramos para nós e nossa família o melhor tratamento médico possível. Quando ficamos doentes, consultamos médicos com experiência em realizar tratamentos e cirurgias sem sangue. Reconhecemos os avanços que foram feitos no campo da medicina. De fato, os tratamentos sem sangue desenvolvidos para ajudar pacientes Testemunhas de Jeová agora são usados para beneficiar outros pacientes. Em muitos países, qualquer paciente pode escolher evitar os riscos decorrentes de transfusões, como doenças transmitidas pelo sangue, reações do sistema imunológico e erro humano.

Resta comprovado pelos avanços médicos, que as alternativas às transfusões são eficazes e podem ser consideradas como melhor tratamento, principalmente, pelo fato de o paciente não ter que lidar com os riscos advindos da infusão de sangue.

Em concorrência com o direito à vida temos o direito à liberdade religiosa, que garante ao indivíduo moldar sua personalidade com base em suas crenças sem que, o Estado, ou outro particular, interfira em sua esfera pessoal, o que inclui as suas escolhas existências com base no consentimento informado.

De acordo com Nery Jr.(2009, p.23)

[...], quando se obriga alguém a se submeter à transfusão de sangue, além de ser ato atentatório às suas convicções religiosas e dignidade, configura-se violação ao próprio Estado Democrático de Direito. Isso porque, decisões judiciais ou portarias que obriguem um praticante da religião Testemunhas de Jeová a se submeter à transfusão de sangue não admitem a autodeterminação, o direito de ser diferente.

Diante de todo exposto neste subtópico e no anterior podemos concluir, que a recusa das Testemunhas de Jeová a hemoterapia não constitui uma colisão de direitos fundamentais, mas sim a harmonia destes, pois, um complementa o outro, o que inviabiliza a possibilidade de aplicação da teoria da ponderação por não cumprir com a hipótese de incidência, tendo em vista a não existência de um real choque de preceitos fundamentais.

4.2 A POSIÇÃO DO STF NO JULGAMENTO DA REPERCUSSÃO GERAL DO RE 979742 EM 2017.

O Supremo Tribunal Federal, reconheceu como repercussão geral a questão suscitada no Recurso Extraordinário (RE) 979742, no ano de 2017. No que diz respeito ao recurso, trata-se da obrigação ou não, do Estado, de custear tratamento alternativo de pessoa, que por motivos de convicção religiosa não aceita ser submetida a tratamentos que utilizam do sangue.

A Turma Recursal que decidiu pela condenação dos entes federativos ao custeio das despesas com cirurgia sem sangue, por não se restar disponibilizado na rede pública tratamento adequado naquela determinada região (diante da recusa do paciente com fundamento em sua crença), apoiando sua decisão no art. 1º, III, da Constituição Federal, o qual dispõe sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, salientou:

“o Poder Público deve garantir o direito à saúde de maneira compatível com as convicções religiosas do cidadão ‘uma vez que não basta garantir a sua sobrevivência, mas uma existência digna, com respeito às crenças de cada um’.”⁵⁹

Em fundamentação contrária, a União, interpôs recurso contra a decisão, alegando

[...] que o acolhimento do pedido de custeio de tratamento médico criará uma preferência em relação aos demais pacientes, afrontando o princípio da isonomia. Aponta, ainda, violação ao princípio da razoabilidade, já que qualquer procedimento cirúrgico pode ter complicações e, eventualmente, exigir a transfusão de sangue.⁶⁰

Diante dessa afirmativa, devemos nos atentar que, o Estado, pelo seu dever de cuidado deve garantir as minorias, que fogem do senso comum, políticas públicas que resguardam o exercício de seus direitos; se existem as alternativas que protegem a vida e a dignidade da pessoa, este deve se empenhar pela efetiva garantia do direito à saúde do paciente.

E neste sentido, temos a manifestação do Ministro Relator no RE 979742⁶¹:

[...] dizer que o direito social à saúde é apenas aquele concretizado por uma concepção sanitária majoritária traz em si uma discriminação às percepções minoritárias sobre o que é ter e viver com saúde. A capacidade de autodeterminação, i.e., o direito do indivíduo de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver

59 Notícias STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=351690>

60 Ibid.

61 RE 979742 RG / AM. STF, Inteiro Teor do Acórdão.

livremente sua personalidade acabam constringidas pelo acesso meramente formal aos serviços de saúde do Estado que excluem conformações diversas de saúde e bem-estar.

Entretanto, o Ministro também reconhece o outro lado da questão:

No entanto, admitir que o exercício de convicção religiosa autoriza a alocação de recursos públicos escassos coloca em tensão a realização de outros princípios constitucionais. Não se pode afastar que a demanda judicial por prestação de saúde não incorporada ao sistema público impõe a difícil ponderação do direito à vida e à saúde de uns contra o direito à vida e à saúde de outros. Nessa linha, exigir que o sistema de saúde absorva toda e qualquer pretensão individual, como se houvesse na Constituição o direito a um trunfo ilimitado, leva à ruína qualquer tentativa de estruturação de serviços públicos universais e igualitários. Dessa forma, deve-se ponderar não apenas qual bem constitucional deve preponderar no caso concreto, mas também em que medida ou intensidade ele deve preponderar.

Diante de todos os direitos envolvidos e a complexidade da questão, com unanimidade dos votos, foi reconhecida a existência de repercussão geral.

Trata-se, com certeza, de questão de importante relevância, visto que afeta a população como um todo. O recurso ainda não foi julgado, mas sua decisão mudará diretamente a realidade enfrentada pelas Testemunhas de Jeová de se valerem, efetivamente, de seu direito à recusa de transfusões sanguíneas.

4.3 A LEGITIMIDADE BIOÉTICA E JURÍDICA DA RECUSA AOS TRATAMENTOS COM USO DE SANGUE.

Como se restou demonstrado, os princípios constitucionais se harmonizam entre si, viabilizando sua aplicação conjunta partindo da premissa de que um, complementa o outro. Assim, como explicado em tópico próprio, as dimensões da dignidade que permeiam a problemática nos ajuda a formular uma conclusão lógica, sendo importante ter em mente, que o nosso ordenamento constitucional evidencia a primazia da dignidade como autonomia.

Desta forma, passo a demonstrar os motivos que fundamentam a legitimidade da escolha das Testemunhas de Jeová, consolidando, que a vontade de seus fiéis esta amparada pelos preceitos fundamentais.

A organização religiosa denominada de, Testemunhas de Jeová, possui a crença de que a infusão de sangue no corpo, seja por via oral ou pela via intravenosa, viola as leis de Deus. Seus fundamentos se encontram nas diversas passagens bíblicas, sendo estas a de Gên. 9:3-4; Le. 17:14 e At 15:28-29. Daí surge a recusa aos tratamentos com o uso de sangue, não sendo

uma questão excepcionável, nem mesmo em casos que se alegam risco de morte.

No passado, o patriarca Abraão, por sua fé ofereceu seu único filho como sacrifício, apesar de ter sido lhe dito que sua descendência viria por meio de Isaque, não por fanatismo, mas sim pela certeza que possuía que Jeová⁶² (o qual lhe tinha dado a benção de conceber um menino em sua velhice) iria ressuscitá-lo, ele não teve dúvidas. Com a mesma fé, as Testemunhas de Jeová, possuem a certeza de que se perderem a sua vida (um bem tão precioso para elas) em prol de cumprir os mandamentos de seu Deus a terão de volta, pois como é o Dador da Vida, Ele a dará generosamente novamente.

Por essas razões ao longo dos anos sofrem duras críticas de adeptos de outras religiões, bem como por parte de médicos e autores que falam sobre o tema, por vezes sendo tachadas de fanáticas.

De acordo com Barroso(2010, p.33)

Por contrariar de forma intensa o senso comum e por suas consequências potencialmente fatais, há quem sustente que a imposição de tratamento seria um modo de fazer o bem a esses indivíduos, ainda que contra sua vontade. Não se esta de acordo com essa linha de entendimento. A crença religiosa constitui uma escolha existencial a ser protegida, uma liberdade básica da qual o indivíduo não pode ser privado sem sacrifício de sua dignidade.

Neste sentido, o ato de o Estado intervir na escolha do paciente, permitindo a infusão de sangue sem o consentimento desse caracteriza desconsideração ao próprio Estado Democrático de Direito, visto que este tipo de decisão viola a dignidade humana, que constitui Fundamento da República. Sendo assim, não cabe ao Poder Judiciário intervir sob pena de se atentar contra o princípio da dignidade da pessoa humana.

A recusa de Transfusão de sangue pelo praticante da religião Testemunha de Jeová constitui direito constitucional inerente à sua autonomia pessoal; trata-se de direito personalíssimo que permite ao enfermo o sopesamento dos riscos e sofrimentos que lhe trará o tratamento médico. Toda pessoa tem o direito de escolher se aceita ou não determinada intervenção médica; a objeção a determinado tratamento médico constitui expressão do direito de autodeterminação de toda pessoa no que diz respeito à gestão de sua integridade pessoal bem como de sua própria vida. (apud NERY JR., 2009, p.23)

Vale ressaltar, que quando um paciente Testemunha de Jeová recusa a hemoterapia, ele não está dispendo de sua vida com base em seu direito a liberdade religiosa, pois não se mantém inerte e procura outras alternativas de tratamento. A título de exemplo, as Comissões

62 De acordo com Sal. 83:18, Jeová é o nome de Deus.

de Ligação com Hospitais, dão todo suporte para que, o médico, não familiarizado com as alternativas possa realizar o procedimento ou, se for da sua vontade não fazê-lo, encaminhar para outro profissional que possa realizá-lo.

Ademais, as transfusões de sangue são um tratamento de risco e com base no art. 15 do Código Civil: “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.”⁶³

Portanto, por ser uma decisão fundada em princípios constitucionais, que atestam a autonomia da vontade do paciente, estando em conformidade com a dignidade da pessoa humana, se faz legítima a pretensão de tal grupo religioso.

63 Vade Mecum Saraiva OAB/ obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Livia Céspedes e Fabiana Dias Rocha. - 15 ed. atual. E ampl. - São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 136.

5 CONCLUSÃO

As Testemunhas de Jeová, ao recusarem ser submetidas a tratamentos que envolvam o uso do sangue, não possuem o desejo de morrer, pois buscam por alternativas que viabilizam um modo de salvaguardar sua vida sem que isso limite suas crenças, descaracterizando a premissa de que estão dispostos de um direito fundamental; um fato que prova não se tratar de uma vontade suicida é todo o aparato criado por esses fiéis, o qual garante a busca do melhor tratamento existente, este é denominado de Comissões de ligação com Hospitais (COLIHs).

Essas Comissões, por sua vez, disponibilizam aos médicos informações sobre estratégias clínicas, facilitam contato entre médicos e visam acompanhar o paciente, dando todo suporte necessário.

Por meio de pesquisas que foram realizadas, diante da situação deste grupo, a medicina vem aprimorando suas técnicas e melhorando a qualidade de seus tratamentos. Ao constatar, que o uso do sangue não é o melhor tratamento existente, médicos capacitados encontraram alternativas que podem substituir de forma eficaz às transfusões de sangue, possibilitando, ainda, mais benefícios ao paciente.

Contudo, diante destas descobertas, os médicos não podem afirmar que o uso de tratamentos com sangue é o único existente e nem que este é fundamental, sendo, que eles também não podem garantir que o paciente sobreviverá em casos que utilizam esse método. Com base nessas informações, seria impossível afirmar que o paciente, ao se recusar a ser tratado com sangue, estaria disposto do Direito à Vida por buscar métodos alternativos, os quais fundamentam sua recusa com base no seu Direito de liberdade como um todo.

Os Direitos Fundamentais, possuem uma forma ampla de abordagem e tendo em vista a realidade das Testemunhas de Jeová, surge novo olhar sobre a questão quando se comprova que elas buscam o melhor tratamento médico. Assim, sua recusa, caracteriza não uma renúncia, mas sim um diálogo entre vários preceitos fundamentais, assegurando por meio de tratamentos alternativos a manutenção de sua vida em sentido objetivo (corpo) e o subjetivo (mente), mostrando que esses pacientes visam proteger seus direitos de forma a não prejudicar suas escolhas existenciais; preservando sim o direito à vida, mas em concordância com o de

inviolabilidade de consciência e crença, possibilitando que um complemente o outro.

Para que os direitos sejam efetivos, o intérprete do Direito deve se atentar as mudanças e verificar a melhor forma de assegurar ao indivíduo sua autodeterminação.

Em análise a este dilema, existe a necessidade de garantir a esse grupo, que decidem tomar suas decisões com base em sua autonomia, a tutela de suas prerrogativas de forma integral sem que um exclua o outro.

Com base na certeza que possuem⁶⁴ de que serão salvos para viverem para sempre sob um governo seguro, elas mantêm intacta sua decisão de rejeitarem o uso indevido do sangue.

Tirar essa certeza delas por lhes injetarem sangue contra sua vontade, a título de exemplo, seria a mesma experiência vivenciada por alguém que sofre um acidente grave, o qual afeta suas funções cerebrais levando-o a um estado vegetativo, em alguns casos, pode ser revertido, mas na maioria leva a pessoa a uma vida sem consciência do que ocorre ao seu redor; para esses fiéis, seria o mesmo que induzi-los a um estado vegetativo permanente, o qual jamais poderá ser revertido.⁶⁵

Tendo em mente esses efeitos e as consequências dessa escolha, que interfere no íntimo do ser, não compete ao Estado nem os médicos arbitrarem o que é o melhor, já que quem conviverá pelo resto de sua vida com o peso dessa decisão não serão eles.

Portanto, diante da afirmativa que os preceitos fundamentais não possuem hierarquia entre si, tendo em mente que se resta superada a existência de colisão (entres os que aqui nos interessa, ficando caracterizada sua aplicabilidade mútua) estando de acordo com a essência constitucional, com base em toda matéria explanada no decorrer desta obra, fica comprovado a hipótese apresentada, ou seja, existe legitimidade na recusa das transfusões de sangue por parte das Testemunhas de Jeová.

64 A declaração feita por Jesus Cristo, o Filho de Deus, assegura a todos os que escolhem segui-lo: “[...] quem perder a sua vida por minha causa e por causa das boas novas a salvará”. Marcos 8:35b. Tradução do Novo Mundo da Bíblia Sagrada, 2015, p. 1403.

65 Neste sentido, Drazio Varalela: “O estado vegetativo é a mais frustrante das condições humanas. A pessoa está viva, abre os olhos, dorme, acorda, executa as funções fisiológicas, mas durante meses, anos, permanece alheia, incapaz de esboçar a menor reação”. Disponível em: <https://drauziovaralela.uol.com.br/drauzio/artigos/consciencia-no-estado-vegetativo/> > Acesso em: 16 de nov. 2018

REFERÊNCIAS

As Testemunhas De Jeová Procuram Ajuda Médica? Disponível em: <https://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/perguntas-frequentes/testemunhas-de-jeova-ajuda-medica/>

AZEVEDO, Villaça Álvaro. **Autonomia do Paciente e Direito de Escolha de Tratamento Médico Sem Transusão de Sangue: mediante os atuais preceitos civis e constitucionais brasileiros.** São Paulo, 2010.

BARROSO, Luiz Roberto. **Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais.** Parecer. Rio de Janeiro, 5 de abril de 2010.

COELHO, Edihermes Marques (org.) **Direitos fundamentais: reflexões críticas: teoria e efetividade,** Alexandre Morais da Rosa...[et al.]; Uberlândia: IPEDI, 2005.

CHEHAIBAR, Graziela Zlotinik. **Bioética e crença religiosa: estudo da relação médico-paciente Testemunha de Jeová com potencial risco de transfusão de sangue.** 2010. 182 f. Tese (Doutor em Ciências) Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5131/tde-27082010-142544/pt-br.php>.

Comissões De Ligação Com Hospitais. Disponível em: <https://www.jw.org/pt/biblioteca-medica/estrategias-downloads/comissoes-ligacao-hospitais-testemunhas-de-jeova/>

Consciência No Estado Vegetativo. Disponível em: <https://drauziovarella.uol.com.br/drauzio/artigos/consciencia-no-estado-vegetativo/> > Acesso em: 16 de nov. 2018

Conselho Federal De Medicina. **Código de Ética Médica – Resolução CFM nº 1.021/80.** Parecer. Rio de Janeiro, 26 de setembro de 1980. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1980/1021_1980.htm

Constituição Da República Federativa. 05 outubro de 1998, ed. Saraiva, at. e ampl., 2014.

Dados Adeptos Das Testemunhas De Jeová No País. Disponível em: <https://www.jw.org/pt/publicacoes/livros/relatorio-ano-servi%C3%A7o-2017/2017-paises->

[territorios/](#) > acesso em: 18 nov. 2018.

DE PINTO FERREIRA, L.F. (2016). **A transfusão de sangue de adeptos da religião Testemunhas de Jeová: uma reflexão ético-religiosa frente à legislação brasileira.** *Razón Crítica*, 1, 92-121, doi: <http://dx.doi.org/10.21789/25007807.1138>

Declaração Universal Sobre Bioética E Direitos Humanos. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_univ_bioetica_dir_hum.pdf> Acesso em: 11 de nov. 2018

Decreto-Lei Nº 2.848, DE 7 De Dezembro De 1940. **Código Penal Brasileiro.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm > Acesso em: 16 nov. 2018

Lei Nº 9.434, DE 4 DE FEVEREIRO DE 1997 (Redação dada pela Lei nº 10.211, de 23.3.2001). **Lei De Remoção De Órgãos E Parte Do Corpo Humano Para Fins De Transplante E Tratamento.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm > Acesso em: 20 de nov. 2018.

Lei nº 10.741 de 1º de outubro de 2003. **Estatuto do Idoso.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.741.htm> Acesso 20 de nov. 2018.

LEITE, Fábio Carvalho. **Liberdade De Crença E A Objeção À Transfusão De Sangue Por Motivos Religiosos.** Disponível em: http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2010/2010/aprovados/2010a_Dir_Pub_Fabio.pdf.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado / Pedro Lenza.** – 16. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 518.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional / Alexandre de Moraes.** - 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional / Alexandre de Moraes.** – 33. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2017.

MAGALHÃES, Leslei. **Direitos humanos e objeção de consciência.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/44949/direitos-humanos-e-objecao-de-consciencia>

Mantenha-se no Amor De Deus. Você valoriza a vida assim como Deus? 2015, Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Escolha esclarecida de tratamento médico por pacientes Testemunhas de Jeová: como exercício harmônico de direitos fundamentais.** Atualizado conforme do novo Código de Ética Médica – Resolução CFM 1931/09. Parecer. São Paulo, 22 set. 2009.

Pacientes Testemunhas de Jeová Se Recuperam Mais Rápido. Disponível em: <https://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/atividades/principios-biblicos-em-acao/pacientes-testemunhas-de-jeova-recuperam-rapido/>

Paternalismo In Dicionário Infopédia Da Língua Portuguesa. Porto: Porto Editora, 2003-2018. Disponível em: <https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/paternalismo>
>Acesso em: 19 de nov. 2018.

PESTANA, Bárbara Mota. Direitos fundamentais: origem, dimensões e características. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 17 out. 2017. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.589755&seo=1>>. Acesso em: 25 set. 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional** / Flávia Piovesan. – 14. ed., rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013.

Por Que As Testemunhas De Jeová Não Aceitam Transusão De Sangue? Perguntas Frequentes. Disponível em: [https://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/perguntas-frequentes/por-que-testemunhas-jeova-nao-transfusao-sangue/#?insight\[search_id\]=f8d92a26-07e1-4223-96e9-a55dfccb7f16&insight\[search_result_index\]=0](https://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/perguntas-frequentes/por-que-testemunhas-jeova-nao-transfusao-sangue/#?insight[search_id]=f8d92a26-07e1-4223-96e9-a55dfccb7f16&insight[search_result_index]=0).

Portal Da Saúde. Disponível em: <http://portalms.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/28742-ministerio-da-saude-lanca-campanha-para-incentivar-doacao-regular-de-sangue> > Acesso em: 12/11/2018.

Portaria N° 1.820, DE 13 de Agosto de 2009. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/prt1820_13_08_2009.html>Acesso em: 20 de nov. 2018

PULIDO, CARLOS BERNAL. **O direito dos direitos: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais/ Carlos Bernal Pulido**; tradução Thomas Rosa de Bustamante com a colaboração de Bruno Stiegert. - São Paulo: Marcial Pons, 2013.

Quantas Testemunhas De Jeová Existem Em Todo O Mundo? Disponível em: <https://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/perguntas-frequentes/quantos-membros-tj/> >
Acesso em: 16 nov. 2018.

Quem Fundou Sua Religião? Disponível em: [https://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/perguntas-frequentes/fundador/#?insight\[search_id\]=d80bf58b-cac3-4ca4-b89025911182d6e2&insight\[search_result_index\]=0](https://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/perguntas-frequentes/fundador/#?insight[search_id]=d80bf58b-cac3-4ca4-b89025911182d6e2&insight[search_result_index]=0)

Quem São as Testemunhas de Jeová. Disponível em: [https://www.jw.org/pt/noticias/recursos-juridicos/informacao/informacoes-quem-sao-as-testemunhas-de-jeova/#?insight\[search_id\]=004acaa1-1a1c-4e9b-abb5-77a9ec1fde83&insight\[search_result_index\]=0](https://www.jw.org/pt/noticias/recursos-juridicos/informacao/informacoes-quem-sao-as-testemunhas-de-jeova/#?insight[search_id]=004acaa1-1a1c-4e9b-abb5-77a9ec1fde83&insight[search_result_index]=0)

ROBERT, Alexy. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre. Livraria do advogado, ed. 2007.

SARLET, INGO WOLFGANG. **As Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. 2 ed. rev. e ampl. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. rev. atual. e ampl.; 2.tir.-Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

RIESTRA, Sergio Galo. **El derecho del paciente a la autonomia personal y las intrucciones previas: una nueva readlidad legal**, Navarra: Aranzadi, 2009.

SIQUEIRA, Alessandro Marques de. **Direitos da personalidade**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8509

Tradução Do Novo Mundo, (revisão de 2015). Disponível em: <https://www.jw.org/pt/publicacoes/biblia/nwt/apendice-a/tetragrama-nome-divino/#?>

[insight\[search_id\]=a7d35b70-ca91-493e-89e4-d7bcce686b30&insight\[search_result_index\]=0](#)

Transfusões De Sangue — O Que Muitos Médicos Dizem Agora. Disponível em: [https://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/atividades/principios-biblicos-em-acao/transfusoes-de-sangue/#?insight\[search_id\]=f8d92a26-07e1-4223-96e9-a55dfccb7f16&insight\[search_result_index\]=2](https://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/atividades/principios-biblicos-em-acao/transfusoes-de-sangue/#?insight[search_id]=f8d92a26-07e1-4223-96e9-a55dfccb7f16&insight[search_result_index]=2).

Trials Of War Criminal Before The Nuremberg Military Tribunals. Control Council Law. Disponível em: https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_war-criminals_Vol-II.pdf > Acesso em 16 de no. 2018.

Tribunal De Nuremberg. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/nuretrib.htm> > Acesso em: 19 de nov. 2018

Vade Mecum Saraiva. OAB/ obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Livia Céspedes e Fabiana Dias Rocha. - 15 ed. atual. E ampl. - São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Aspectos Éticos E Jurídicos Da Recusa Do Paciente Testemunha De Jeová Em Receber Transfusão De Sangue.** Disponível em: <http://revistas.unipar.br/index.php/juridica/article/view/1311>.

Você Pode Entender A Bíblia! Dê valor à vida. 2016, Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados.

WILLEMANN, Flávio De Araújo. **Recusa a tratamento de saúde com fundamento em crença religiosa e o dever do Estado de proteger a vida humana. O caso da transfusão de sangue em Testemunha de Jeová.** Disponível em: http://www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj_online/edicoes/revista50/Revista50_155.pdf

ANEXOS – EMENTAS JURISPRUDÊNCIAS

EMENTA TESTEMUNHA DE JEOVÁ – PROCEDIMENTO CIRÚRGICO COM POSSIBILIDADE DE TRANSFUSÃO DE SANGUE – EXISTÊNCIA DE TÉCNICA ALTERNATIVA – TRATAMENTO FORA DO DOMICÍLIO – RECUSA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – DIREITO À SAÚDE – DEVER DO ESTADO – RESPEITO À LIBERDADE RELIGIOSA – PRINCÍPIO DA ISONOMIA – OBRIGAÇÃO DE FAZER – LIMINAR CONCEDIDA – RECURSO PROVIDO.

Havendo alternativa ao procedimento cirúrgico tradicional, não pode o Estado recusar o Tratamento Fora do Domicílio (TFD) quando ele se apresenta como única via que vai ao encontro da crença religiosa do paciente. A liberdade de crença, consagrada no texto constitucional não se resume à liberdade de culto, à manifestação exterior da fé do homem, mas também de orientar-se e seguir os preceitos dela. Não cabe à administração pública avaliar e julgar valores religiosos, mas respeitá-los. A inclinação de religiosidade é direito de cada um, que deve ser precatado de todas as formas de discriminação. Se por motivos religiosos a transfusão de sangue apresenta-se como obstáculo intransponível à submissão do recorrente à cirurgia tradicional, deve o Estado disponibilizar recursos para que o procedimento se dê por meio de técnica **QUINTA CÂMARA CÍVEL RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 22395/2006 - CLASSE II - 15 - COMARCA CAPITAL (CONTINUAÇÃO DE JULGAMENTO) Fl. 2 de 16 GEACOR T J Fls -----** que dispense-na, quando na unidade territorial não haja profissional credenciado a fazê-la. O princípio da isonomia não se opõe a uma diversa proteção das desigualdades naturais de cada um. Se o Sistema Único de Saúde do Estado de Mato Grosso não dispõe de profissional com domínio da técnica que afaste o risco de transfusão de sangue em cirurgia cardíaca, deve propiciar meios para que o procedimento se verifique fora do domicílio (TFD), preservando, tanto quanto possível, a crença religiosa do paciente.

- **Caso Marina Mylena Silva Teixeira**

Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto por MARINA MYLENA SILVA TEIXEIRA, contra a decisão proferida pelo MM. Juízo da 18ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais que, em ação pelo rito ordinário ajuizada pela Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares - EBSEH, pretendendo autorização judicial

para realização de transfusão de sangue forçada, supostamente urgente e indispensável para preservação da vida da Agravante, deferiu a antecipação dos efeitos da tutela, a fim de autorizar a equipe médica da demandante, responsável pelo procedimento requerido, a impor à ré que se submeta de forma compulsória à transfusão de sangue prescrita, na forma com requerido na inicial. Irresignada, pugna inicialmente a Agravante pelos benefícios da Justiça Gratuita (Lei nº 1.060/50 e pelo NCPC/15 - art. 99, caput e § 7º). Esclarece a ré, ora agravante que se encontra internada nas dependências do Hospital das Clínicas da Universidade Federal de Minas Gerais desde 12/3/2015, sendo diagnosticada com Leucemia Linfoblástica Aguda - LLA, e que em razão do diagnóstico foi prescrita pela equipe médica a realização de quimioterapia. Diante da anemia apresentada pela paciente, também foi recomendada transfusão de sangue. Aduz que após os devidos esclarecimentos a respeito de seu estado de saúde e das formas de tratamentos existentes para a sua enfermidade, por ser adulta e capaz, a agravante manifestou sua decisão de forma verbal e por meio de um documento de diretivas antecipadas, optando por um protocolo médico que dispensa a utilização de componentes sanguíneos. Tal decisão é pautada em suas convicções religiosas (paciente Testemunha de Jeová) e científicas (existência de opções terapêuticas sem sangue e riscos transfusionais). Ressalta também, que ao contrário do alegado, há outros tratamentos que podem ser utilizados e estes já estão sendo ministrados desde o dia 15/3/2015, um dia antes do ajuizamento da ação. Assevera ainda, que o tratamento médico contra decisão esclarecida de paciente adulto, lúcido e capaz fere até mesmo o próprio direito à vida, na medida em que, consoante entendimento atual do STF, este direito não envolve somente o aspecto biológico da pessoa, mas tudo o mais que lhe compõe, incluindo sua faceta moral e psíquica. Desta forma é inafastável o risco de lesão grave e de difícil reparação, sendo certo que uma vez efetuada a transfusão de sangue não haverá volta. Nesse ponto, argumenta que os requisitos para concessão da decisão agravada não estão preenchidos devidamente de maneira a permitir a sua subsistência. Ressaltando que não há "fumus boni iuris", uma vez que a agravante não está abrindo mão de sua vida em razão de suas convicções religiosas. Não há qualquer ilicitude em escolher um tratamento médico em detrimento de outro. No tocante ao "periculum in mora", destaca que a transfusão de sangue não é o único tratamento a ser utilizado no presente caso, pois mesmo após a concessão da tutela antecipada, a paciente ainda não foi transfundida e continua em tratamento. É o sucinto relatório. Decido De início,

cumpra consignar, por necessário, que busca o presente agravo (I) o deferimento da gratuidade de justiça ; e (II) seja atribuído efeito suspensivo ao recurso para que sejam impedidas transfusões de sangue indesejadas. Gratuidade de Justiça Nos termos do inciso LXXIV, do artigo 5º, da Constituição Federal, "o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos". Também nesse sentido, estabelece a Lei nº 1.060/50, em seu art. 4º, § 1º, que: "Art. 4º. A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família. § 1º. Presume-se pobre, até prova em contrário, quem afirmar essa condição nos termos desta lei, sob pena de pagamento até o décuplo das custas judiciais. (Redação dada pela Lei nº 7.510, de 1986)." O pedido feito no processo de origem encontra amparo legal na própria Lei nº 1.060/50, a qual estabelece em seu artigo 7º: "Art. 7º. A parte contrária poderá, em qualquer fase da lide, requerer a revogação dos benefícios de assistência, desde que prove a inexistência ou o desaparecimento dos requisitos essenciais à sua concessão. Parágrafo único. Tal requerimento não suspenderá o curso da ação e se processará pela forma estabelecida no final do artigo 6º. desta Lei." Assim postas as premissas legais, firmou-se a jurisprudência deste Tribunal no sentido de que, para o deferimento da assistência judiciária gratuita, é necessário que a parte interessada afirme, de próprio punho ou por intermédio de advogado legalmente constituído, que não tem condições de arcar com as despesas processuais sem prejuízo do sustento próprio ou da família. De tal afirmação resultaria presunção juris tantum de miserabilidade jurídica a qual, para ser afastada, necessita de prova inequívoca em sentido contrário, o que não se verifica na espécie. Neste sentido, vejam-se os seguintes julgados: "AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEDIDO DE GRATUIDADE DE JUSTIÇA. DECLARAÇÃO DO ESTADO DE HIPOSSUFICIÊNCIA. PRESUNÇÃO JURIS TANTUM. DEFERIMENTO. I. O entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte, em conformidade com a legislação que rege a matéria, é no sentido de que a simples afirmação da parte de que não tem condições de arcar, sem prejuízo do próprio sustento ou de sua família, com as custas processuais e com os honorários advocatícios basta para o deferimento do pedido de justiça gratuita, incumbindo à parte contrária a demonstração de ausência do alegado estado de miserabilidade. II. Agravo provido."(AG 0055970-63.2013.4.01.0000 / MG, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JIRAIR ARAM

MEGUERIAN, SEXTA TURMA, e-DJF1 p.855 de 05/06/2014) No caso dos autos, ao deferir a antecipação dos efeitos da tutela, o magistrado de base alegou que a questão não demandava maiores reflexões jurídicas, mas a prática concessão da tutela de urgência, na medida em que urge a preservação do bem maior assegurado constitucionalmente, nos termos do art. 5º, caput, da Carta magna de 1988, o qual se sobrepõe ao direito de convicção religiosa, observando que o cotejo entre direitos constitucionalmente protegidos se faz mister, ante a impossibilidade de tratamento alternativo compatível com o quadro clínico da paciente, ora requerida, razão pela qual dirimiu a controvérsia em favor do bem maior a ser juridicamente tutelado. Cinge a controvérsia dos autos em saber se seria possível invocar o direito fundamental da liberdade religiosa, princípio da dignidade da pessoa humana e direito de escolha de tratamento médico como fundamentos para impedir um tratamento médico com transfusão de sangue para salvar a vida de uma pessoa. "O que deve fazer um patrão francês que sabe que sua funcionária natural da Argélia deverá se ausentar do trabalho nas próximas semanas para se submeter, a contragosto, a uma cirurgia de excisão imposta pelas autoridades tribais ligadas a ela? Podem animais, contrariamente à proibição do abate halal, serem abatidos sem narcótico se a religião assim o exigir? Como reagir após ter contratado um motociclista sikh que se recusa a usar o capacete pelo fato de sua religião exigir o uso de um turbante? Pode um advogado ser despedido por fazer as orações prescritas durante o horário de trabalho? Como agir diante da ausência do aluno por ocasião de um feriado religioso? Um detento de confissão mosaica tem que comer a comida da prisão, mesmo quando contiver alimentos proibidos? E se o pai recusar à sua família um tratamento médico por motivos religiosos? Podem os pais impedir suas filhas de frequentar escolas de nível médio porque a própria cultura reserva aos filhos homens o privilégio de uma educação superior? Deve ser permitido a um estrangeiro, aqui residente, a poligamia, quando esta é admitida em sua cultura de origem?" Questiona o jurista Alemão e ex-Juiz da Corte Constitucional Alemã Dieter Grimm, na obra *Constituição de Política*, Del Rey, 2006, páginas 107/108, traduzida para o Português por Geraldo de Carvalho. O Professor Dieter Grimm, nos diz que [...] já há algum tempo, a opinião pública alemã está tomada pela questão de se nas escolas públicas também deve ser ministrada aula de religião islâmica junto da católica e da evangélica [...]. Os Estados mUnidos discutiram a possibilidade de dispensar os amish do dever legal de enviar suas crianças a uma escola pública durante os dois últimos anos de obrigatoriedade escolar. Caso

as crianças fossem educadas nessas escolas adquiririam valores e formas de vida que contrariariam os seus próprios valores. A Suprema Corte, apreciando o caso *Wisconsin v. Yoder* (1972), assegurou que os amish encerrassem seus estudos dois anos antes do tempo normal imposto a todos, ao argumento de que "a imposição de obrigatoriedade escolar geral teria, para o grupo, um peso que aniquilaria sua identidade". Evidentemente que decisões como essa acima suscitam críticas, principalmente no meio daqueles mais apegados às doutrinas antiquadas de uma separação cerrada dos Poderes. Pode-se dizer, no caso dos amish, que o Judiciário legislou ao criar uma exceção não contemplada na legislação. Também é possível acusar a decisão de estabelecer um tratamento diferenciado a um dado grupo sem qualquer razão consistente para tal. Argumentos como esses são usados no caso da concessão do salário-maternidade às índias Maxakali com menos de 16 anos. Como veremos no desenvolvimento desse texto, são argumentos inconsistentes. No caso dos amish, nos Estados Unidos, o Professor Michael Walzer, Professor de Ciência Social no Instituto de Estudos Avançados em Princeton, afirma que [...] em casos de outra natureza, em que os valores morais da comunidade mais ampla - a maioria nacional ou a coalização de minorias - não são desafiados de forma tão direta, é possível aceitar a desculpa da diferença cultural ou religiosa (e da 'escolha privada'), respeitar a diversidade e tolerar práticas incomuns relativas ao gênero [...]. Ele exemplifica exatamente com o caso de [...] minorias muito restritas ou sectárias como os amish ou os hasidim norte-americanos, a que as autoridades do Estado às vezes se dispõem a oferecer (ou os tribunais a mediar) arranjos conciliatórios - a separação de sexos em ônibus escolares e até em salas de aulas, por exemplo [...]. A França discutiu se alunas muçulmanas poderiam usar o véu, aprovando, inclusive, lei que proíbe o uso ostensivo de símbolos religiosos nas escolas públicas. A discussão que tomou conta da Suíça foi sobre se alunas muçulmanas deveriam ser dispensadas da aula de natação, já que na sua religião proíbe que se mostrem desnudas diante dos outros. Em Israel o assunto nacional de maior intensidade foi acerca de se uma rua de trânsito muito movimentada em um bairro de Jerusalém, habitado predominantemente por judeus ultraortodoxos vindos do Oriente, deveria ser fechada durante o shabat⁵. Um derradeiro caso, apreciado em tribunais estrangeiros imersos no compromisso de adequação constitucional às diferenças trazidas por grupos minoritários, vem da África do Sul. Trata-se da apreciação da conduta de uma escola que proibiu a utilização de um piercing nasal por uma aluna. A instituição tinha um Código de

Conduta que repreendia o uso desse tipo de adereço. A mãe da aluna, ao fazer sua matrícula, assinou um termo comprometendo-se a seguir o código 6. Sunali Pillay era aluna de uma elitizada escola feminina de nível médio da cidade de Durban (Durban Girls' High School), na África do Sul. Por usar um piercing nasal, foi acusada de violar a disciplina exposta no código de conduta da escola. Ela compunha uma comunidade sul-africana originária de imigrações da região sulina da Índia cuja marca distintiva era a mistura de características religiosas, linguísticas, geográficas, étnicas e artísticas de origem hindutamil. Após a primeira menstruação, as mulheres da comunidade passam a usar um piercing nasal esquerdo, simbolizando a fertilidade feminina e anunciando a caminhada em direção à vida adulta, com a liberdade para o casamento. A aluna não aceitou deixar de usar o adereço na escola. Para ela, a atitude corresponderia à grave ofensa à sua identidade cultural e religiosa, na qualidade de pessoa componente da mencionada comunidade. Segundo Sunali, o uso do piercing não era por moda, mas por razões culturais e religiosas. Verificou-se uma injusta discriminação na recusa da direção da escola em não excetuar a estudante à vedação disciplinar relativa ao uso de adereços corporais. No caso de Pillay, o uso do piercing nasal correspondia à decoração corporal de motivo cultural e religioso, prática do hinduísmo do qual é seguidora. A Corte determinou que o corpo diretivo da escola, em conjunto com os alunos, pais e professores, em tempo razoável, realizasse emendas ao código de conduta, em vista a providenciar razoáveis conciliações do código a aspectos religiosos e culturais, além de estabelecer exceções que possam ser garantidas. Todos estes aspectos foram por mim abordados em artigo que escrevi denominado "O salário-maternidade às índias Maxakali e a teoria da tolerância" para a Revista Jurídica do TRF da 1ª Região em, dezembro de 2014, onde analisei o marco teórico trazido por Michael Walzer, Professor de Ciência Social no Instituto de Estudos Avançados em Princeton, na sua obra "Da tolerância", tradução de Almiro Pisetta, São Paulo, editora Martins Fontes, 1999. Na mesma esteira, protagonizando este entendimento, o professor e Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso quando da elaboração do parecer intitulado "Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová. Dignidade Humana, liberdade religiosa e escolhas" , analisou a colisão entre o Direito à Vida e Liberdade de Religião, fazendo as seguintes ponderações: "A liberdade de religião é um direito fundamental, uma das liberdades básicas do indivíduo, constituindo escolha existencial que deve ser respeitada pelo Estado e pela sociedade. 2. A recusa em se submeter a procedimento

médico, por motivo de crença religiosa, configura manifestação da autonomia do paciente, derivada da dignidade da pessoa humana. 3. A gravidade da recusa de tratamento, sobretudo quando presente o risco de morte ou de grave lesão, exige que o consentimento seja genuíno, o que significa dizer: válido, inequívoco, livre e informado." Ao analisar o aspecto da vida como direito fundamental e como valor objetivo ressaltou que: "(...) Em suma: o valor objetivo da vida humana desfruta de uma posição preferencial no ordenamento jurídico, podendo o direito à vida ser considerado indisponível *prima facie*. Nada obstante, não se trata de um direito absoluto, havendo hipóteses constitucionais e legais em que se admite a sua flexibilização. A assunção do risco de morte poderá ser legítima quando se trate do exercício de outras liberdades básicas pelo titular do direito. Impõe-se, nesse ambiente, uma análise caso a caso, na qual se possam analisar os diferentes elementos em jogo, com destaque para a repercussão das restrições sobre o conceito do próprio indivíduo acerca de sua dignidade. A discussão sobre a recusa de tratamento médico por fundamento religioso insere-se nesse contexto e será abordada em tópico próprio." Já quanto ao aspecto liberdade religiosa, o eminente constitucionalista asseverou que: "(...) Em conclusão: a liberdade religiosa é um direito fundamental, que integra o universo de escolhas existenciais básicas de uma pessoa, funcionando como expressão nuclear da dignidade humana. O Poder Público, como consequência, não pode impor uma religião nem impedir o exercício de qualquer delas, salvo para proteger valores da comunidade e os direitos fundamentais das demais pessoas. A pergunta que resta responder é a seguinte: pode o Estado proteger um indivíduo em face de si próprio, para impedir que o exercício de sua liberdade religiosa lhe cause dano irreversível ou fatal? Este é um caso-limite que contrapõe o paternalismo à autonomia individual. A indagação não comporta resposta juridicamente simples nem moralmente barata. No que diz respeito à legitimidade da recusa de tratamento médico por fundamento religioso, esclareceu que: "As testemunhas de Jeová professam a crença religiosa de que introduzir sangue no corpo pela boca ou pelas veias viola as leis de Deus, por contrariar o que se encontra previsto em inúmeras passagens bíblicas. Daí a interdição à transfusão de sangue humano, que não pode ser excepcionada nem mesmo em casos emergenciais, nos quais exista risco de morte. Por essa razão, as testemunhas de Jeová somente aceitam submeter-se a tratamentos e alternativas médicas compatíveis com a interpretação que fazem das passagens bíblicas relevantes. Tal visão tem merecido crítica severa de adeptos de outras confissões e de autores que têm se

dedicado ao tema, sendo frequentemente taxada de ignorância ou obscurantismo. Por contrariar de forma intensa o senso comum e por suas consequências potencialmente fatais, há quem sustente que a imposição de tratamento seria um modo de fazer o bem a esses indivíduos, ainda que contra sua vontade. Não se está de acordo com essa linha de entendimento. A crença religiosa constitui uma escolha existencial a ser protegida, uma liberdade básica da qual o indivíduo não pode ser privado sem sacrifício de sua dignidade. A transfusão compulsória violaria, em nome do direito à saúde ou do direito à vida, a dignidade humana, que é um dos fundamentos da República brasileira (CF, art. 1º, IV). (...) Relembre-se, como já assinalado, que a ordem jurídica respeita até mesmo decisões pessoais de risco que não envolvam escolhas existenciais, a exemplo da opção de praticar esportes como o alpinismo e o paraquedismo, ou de desenvolver atuação humanitária em zonas de guerra. Com mais razão deverá respeitar escolhas existenciais. **Por tudo isso, é legítima a recusa de tratamento que envolva a transfusão de sangue por parte das testemunhas de Jeová.** Tal decisão funda-se no exercício de liberdade religiosa, direito fundamental emanado da dignidade da pessoa humana, que assegura a todos o direito de fazer suas escolhas existenciais. Prevalece, assim, nesse caso, a dignidade como expressão da autonomia privada, não sendo permitido ao Estado impor procedimento médico recusado pelo paciente. Em nome do direito à saúde ou do direito à vida, o Poder Público não pode destituir o indivíduo de uma liberdade básica, por ele compreendida como expressão de sua dignidade". Ao assentar a possibilidade de recusa de tratamento pelas testemunhas de Jeová, o Ministro da Suprema Corte lembra que a questão da validade e da adequação da manifestação de vontade requer o consentimento genuíno, sustentando que para que ele se caracterize, é imperativo verificar a presença de aspectos ligados ao sujeito do consentimento, à liberdade de escolha e à decisão informada nos seguintes termos: "O sujeito do consentimento é o titular do direito fundamental em questão, que deverá manifestar de maneira válida e inequívoca a sua vontade. Para que ela seja válida, deverá ele ser civilmente capaz e estar em condições adequadas de discernimento para expressá-la. Portanto, além da capacidade, o titular do direito deverá estar apto para manifestar sua vontade, o que exclui as pessoas em estados psíquicos alterados, seja por uma situação traumática, por adição a substâncias entorpecentes ou por estarem sob efeito de medicamentos que impeçam ou dificultem de forma significativa a cognição. Para que se repute o consentimento como inequívoco, ele deverá ser, ainda, personalíssimo, expresso e

atual. Personalíssimo exclui a recusa feita mediante representação, somente se admitindo que o próprio interessado rejeite a adoção do procedimento. A decisão, ademais, haverá de ser expressa, não se devendo presumir a recusa de tratamento médico. Ainda que essa exigência possa não ser absoluta, ela certamente é recomendável, inclusive para resguardo do médico e do Estado. Por fim, a vontade deve ser atual, manifestada imediatamente antes do procedimento, e revogável. Para que seja considerado genuíno, o consentimento precisará também ser livre, fruto de uma escolha do titular, sem interferências indevidas. Isso significa que ele não deve ter sido produto de influências externas indevidas, como induções, pressões ou ameaças. Por derradeiro, o consentimento tem de ser informado, o que envolve o conhecimento e a compreensão daquele que vai consentir acerca de sua situação real e das consequências de sua decisão. Nessa linha, os elementos relevantes devem ser transmitidos em linguagem acessível ao indivíduo, conforme indicado na Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde (Portaria MS nº 675/2006), em seu Terceiro Princípio, item IV, e na Lei Estadual (RJ) nº 3.613/2001.". Há relevante fundamentação nas razões de agravo de maneira a ensejar a concessão do efeito suspensivo, visto que envolve direitos constitucionais fundamentais como a Dignidade da Pessoa Humana e Liberdade (art. 1º, III, CF), bem como o direito de escolha de tratamento médico é firmemente apoiado na legislação brasileira, especialmente no art. 15 do Código Civil que assim dispõe: Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica. Ademais, o Consentimento Informado determina que, antes de uma intervenção, o médico deve esclarecer ao paciente os benefícios e riscos da terapia (bem como alternativas), deixando que o enfermo expresse seu consentimento para o que considera ser o mais adequado aos seus interesses. Todavia, em que pese a relevância e a riqueza do debate que se pode travar acerca do tema, verifico que, ao contrário do que alega a Agravada e aduz a decisão impugnada, há outro tratamento médico que poderá ser dispensado ao paciente - que não implique em transfusão de sangue -, como no caso do medicamento consentido pela paciente para a correção da anemia, que é a Eritropoetina (hormônio que atua na medula óssea para a produção de células sanguíneas. O medicamento referido está sendo administrado desde o dia 15/3/2015, um dia antes do ajuizamento da ação pela Agravante, conforme relatório médico acostado. Nesta hipótese, fica diferida a aludida discussão doutrinária para outra ocasião, uma vez que não há no caso dos autos, ao meu sentir, colisão do direito invocado com o direito à

vida. Assim, diante dos elementos dos autos, verifico a possibilidade da Agravante eleger o tratamento que lhe aparenta mais pertinente e adequado à sua pronta recuperação, direito esse constitucionalmente assegurado, independentemente de crença religiosa. **Dispositivo** Em face do exposto, configurado nos autos os pressupostos para a concessão da tutela de urgência, mediante a existência de "elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo", na forma preconizada art. 300, caput, do Código de Processo Civil em vigência, defiro o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao recurso para sustar os efeitos da decisão interlocutória que autorizou a transfusão de sangue forçada na agravante. Justiça gratuita deferida. Oficie-se o Juízo de origem, com urgência (art. 1.019, I, do novo Código de Processo Civil). Intime-se a parte agravada para oferecer resposta. Publique-se. Brasília, 11 de abril de 2016. DESEMBARGADOR FEDERAL KASSIO NUNES MARQUES Relator (TRF-1 00173438220164010000 0017343-82.2016.4.01.0000, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL KASSIO NUNES MARQUES, Data de Julgamento: 11/04/2016, Data de Publicação: 14/04/2016).