

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
BACHARELADO EM DIREITO

**A submissão do absolutamente incapaz a tratamento médico
contra a vontade de seu representante**

AMANDA CAROLINA ZUFFI

Uberlândia-MG

2017

Amanda Carolina Zuffi

**A submissão do absolutamente incapaz a tratamento médico
contra a vontade de seu representante**

Trabalho de Conclusão de Curso de graduação, apresentado ao curso de Bacharelado em Direito da Universidade Federal de Uberlândia – UFU, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel.

Orientador: Prof. Dr. Edihermes Marques Coelho

Uberlândia-MG

2017

Amanda Carolina Zuffi

**A submissão do absolutamente incapaz a tratamento médico
contra a vontade de seu representante**

Trabalho de Conclusão de Curso de
graduação, apresentado ao curso de
Bacharelado em Direito da Universidade
Federal de Uberlândia – UFU, como
requisito parcial para a obtenção do título
de Bacharel.

TERMO DE APROVAÇÃO

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Edihermes Marques Coelho- Orientador- da
Universidade Federal de Uberlândia, UFU

Professor – UFU
Membro

Nota: _____

Data de aprovação: __/__/__

Uberlândia-MG

2017

*Dedico este trabalho à minha família, ao meu namorado e a todos que
contribuíram direta ou indiretamente em
minha formação acadêmica.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador Prof. Dr. Edihermes Marques Coelho pela sabedoria com que me guiou nesta trajetória.

A minha família que sempre me apoiou nos estudos e nas minhas escolhas, pois acredito que sem o apoio deles seria muito difícil vencer esse grande desafio.

Aos meus colegas pelo companheirismo e disponibilidade para me auxiliar em vários momentos.

E, a todos os que por algum motivo contribuíram para a realização desta pesquisa.

RESUMO

O presente estudo visa abordar a questão religiosa dos pacientes Testemunhas de Jeová, que negam a submeter o absolutamente incapaz, a tratamentos médicos ou cirúrgicos que incluam transfusões de sangue, mesmo que isso possa levá-los à morte. O objetivo da análise será entender o por que da recusa destes tratamentos, e buscar dentro do direito humano demonstra o valor da vida humana acima de qualquer crença religiosa.

O eixo central deste estudo é o choque existente entre dois direitos fundamentais: direito à liberdade (no caso religiosa) e o direito à vida; o grau de responsabilidade dos pais/representantes e do médico; demonstrando as conseqüência jurídicas decorrentes da negligência destes, quando estiver em jogo a vida de um absolutamente incapaz.

Palavras-chave: Transfusão de sangue. Absolutamente incapaz. Testemunhas de Jeová. Direito à vida. Direito à liberdade. Dignidade da pessoa humana. Direito Constitucional. Direito Penal. Responsabilidade dos pais/representantes. Responsabilidade do médico.

ABSTRACT

The present study aims to address the religious issue of Jehovah's Witness patients, who refuse to submit the absolutely incapable, to medical or surgical treatments that include blood transfusions, even if this can lead to death. The purpose of the analysis will be to understand why the refusal of these treatments, and to seek within the human right demonstrates the value of human life above any religious belief.

The central axis of this study is the clash between two fundamental rights: the right to freedom (in the religious case) and the right to life; the degree of responsibility of parents/guardians and the doctor; demonstrating the legal consequences arising from their negligence, when the life of an absolutely incapacitated person is at stake.

Keywords: Blood transfusion. Absolutely incapable. Jehovah's Witnesses. Right to life. Right to freedom. Dignity of human person. Constitutional right. Criminal Law. Responsibility of parents / representatives. Responsibility of the physician.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	10
2. DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	13
2.1. Princípios Constitucionais.....	15
2.2. Ponderação de Princípios.....	17
2.3. Princípio da dignidade da pessoa humana como meio de ponderação.....	19
2.4. O Direito à liberdade religiosa.....	22
2.5. O Direito à vida.....	25
2.6. O Direito à vida perante o exercício da liberdade religiosa.....	26
3. A RECUSA DA TRANSFUSÃO SANGUÍNEA NO CASO DA RELIGIÃO TESTEMUNHAS DE JEOVÁ.....	29
3.1. Os fundamentos que motivam a recusa da transfusão sanguínea.....	29
3.2. Os riscos da transfusão de sangue.....	31
3.3. O Direito dos pacientes a tratamentos alternativos.....	33
3.4. A liberdade individual e a legalidade.....	35
4. A QUESTÃO DOS PACIENTES ABSOLUTAMENTE INCAPAZES.....	38
4.1. Indisponibilidade dos interesses dos absolutamente incapazes.....	39
4.2. O grau de responsabilidade dos pais/representante.....	40
4.3. A responsabilidade do médico.....	42
4.4. Entendimento dos Tribunais.....	47
5. CONCLUSÃO.....	52

6. REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA.....	53
---	-----------

1. INTRODUÇÃO

A religião, desde os primórdios, sempre causou problema de concordância entre as pessoas, e, atualmente mesmo com todas as leis e direitos, tanto para a defesa da pessoa física quanto aos seus costumes e crenças, este problema ainda existe. Neste trabalho, assenta-se o choque existente entre dois direitos fundamentais: direito à liberdade (no caso religiosa) e o direito à vida.

Será abordada em específico a questão religiosa da recusa a submissão de tratamentos médicos ou cirúrgicos que se utiliza sangue humano, por parte dos pacientes Testemunhas de Jeová, diante da interpretação que fazem das passagens bíblicas dos Livros de: “Gênesis (9:3-4); Levítico (3:17; 7:26-27; 17:10-14 e 19:26); e, Atos (15:19-20 e 29),”¹ mesmo que isso possa levá-los à morte.

O presente estudo afeta a conduta médica, e o dever de salvar vidas, bem como afeta o direito constitucionalmente garantido à liberdade de crença religiosa e consequentemente a dignidade da pessoa humana.

Trata-se de uma questão que envolve ponderação de Princípios Constitucionais.

Debatida recusa, possui importantes dilemas, principalmente éticos, já que os médicos visam à manutenção da vida biológica como o bem supremo, além de que, no âmbito jurídico, se debate se é direito de outrem recusar um tratamento médico por crença religiosa, quando este, aparentemente, é o único meio apto a lhe salvar a vida.

Nos casos que envolvem menores, os pais manifestam sua vontade em nome do filho, ou seja, em princípio, é aos pais ou representantes legais do menor que cabe a decisão a respeito da assistência médica que deve ou não ser a eles dada.

Assim, indaga-se que em caso de absolutamente incapaz em risco de morte, o mesmo pode ser obrigado a submeter-se a tratamento médico contra a vontade de seu representante?

No caso de o paciente ser um absolutamente incapaz surge grande dificuldade de administrar o problema do ponto de vista médico e jurídico.

¹ **BÍBLIA ONLINE.** Disponível em: <<https://www.bibliaonline.com.br/acf/>>. Acesso em: 15 de out. de 2017.

Os casos acabam sendo submetidos ao poder judiciário, por meio de medidas cautelares, que buscam a obtenção de ordem judicial permissiva à intervenção médica, priorizando a preservação da vida daquele paciente.

No âmbito do direito penal, importa mencionar, que se considera crime, deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada/extraviada, ou à pessoa inválida/ferida, ao desamparado ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública (artigo 135 do CP).² Assim como, o artigo 146, § 3º, inciso I,³ que trata ser da lícita a intervenção médica/cirúrgica sem consentimento do paciente ou seu representante legal, se justificada por iminente risco de vida.

No entanto, para uma melhor análise do caso concreto, devem-se levar em conta duas situações distintas, que são a transfusão de sangue em maior capaz, e, em menor ou incapaz, sendo este último o tema discutido.

Dado trabalho tem como objetivo geral estudar e analisar como deve ser balizada a conduta médica frente às escolhas por recusa de tratamento feita por absolutamente capaz representando o absolutamente incapaz, quando diz respeito à religião.

Como objetivos específicos temos:

- Entender o porquê da recusa de tratamento pelos testemunhas de Jeová;
- Mostrar como a crença dos testemunhas de Jeová podem colocar em risco a vida do absolutamente incapaz, e buscar dentro do direito humano valorizar a vida humana acima de qualquer crença.

Este estudo se qualifica como uma pesquisa descritiva, utilizando do método exploratório, com análise da doutrina e jurisprudência e consulta a bibliografia especializada sobre o tema.

² BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. “Art. 135 - Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.”

³ “Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa. [...] § 3º - Não se compreendem na disposição deste artigo: I - a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida;[...]”

Desta forma o trabalho é iniciado tratando-se do choque existente entre direitos fundamentais, e dos motivos bíblicos que fazem com que os testemunhas de Jeová neguem transfusão de sangue, colocando em risco a vida de incapazes e sua própria vida.

Busca-se compreender se tal pratica religiosas que é um exercício de liberdade assegurado por lei, deve influenciar na vida daquele que não tem autonomia para tomar suas próprias decisões.

Outro ponto discutido é a responsabilidade dos pais/representante e do médico responsável.

Por fim, trata-se de um tema de suma importância e também de uma questão atual nos dias de hoje, pois dada polêmica encontra-se cada vez mais presente em nossa sociedade.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS

O poder público tem como uma de suas principais obrigações, garantir que todos possam usufruir de uma vida com dignidade. Para tanto, a ordem jurídica pátria institucionalizou diversos direitos e garantias fundamentais ao ser humano. Conforme leciona Dr. Pedro Lenza:

[...] os direitos são bens e vantagens prescritos na norma constitucional, enquanto as garantias são os instrumentos através dos quais se assegura o exercício dos aludidos direitos (preventivamente) ou prontamente os repara, caso violados.⁴

Temos o Direito como sendo o conjunto de normas de conduta obrigatórias estabelecidas ou autorizadas pelo Estado e garantidas mediante seu poder.

Desta forma, estas garantias podem ser descritas como mecanismo instituído, com a finalidade de assegurar o livre exercício dos direitos fundamentais. Considera-se assim, que, as garantias, são elas mesmas, também direitos fundamentais.

Neste contexto, vale lembrar que ampla doutrina considera haver distinção entre os direitos fundamentais, e os chamados direitos humanos, embora sejam ambos o termos comumente utilizados como sinônimos.

Destarte JORGE MIRANDA, discorre sobre o que seriam os direitos humanos:

[...] a expressão “direitos humanos” guarda relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto aspiram à validade universal, para todos os povos e em todos os lugares, de tal sorte que revelam um caráter supranacional (internacional) e universal.⁵

Ao passo que, [...] o termo “direitos fundamentais” se aplica àqueles direitos (em geral atribuídos a pessoa humana) reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado.⁶

⁴ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 13ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 671.

⁵ MIRANDA, Jorge. Manual de direito Constitucional, 2. ed., vol.4, p.51-52, apud SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo : Editora Revista dos tribunais, 2012, p.249.

⁶ CANOTILHO, José Joaquim. Direito Constitucional, 5 ed., p. 528 apud ibidem.

Desta forma, implica considerar a relevante distinção quanto ao grau de efetiva aplicação e proteção dos direitos fundamentais (direito interno) e dos direitos humanos (direito externo).

Os direitos humanos, assim como os direitos fundamentais têm a pessoa humana como destinatária da sua proteção, porém verifica-se que o termo “direitos humanos” acabou abrangendo um sentido mais extenso e impreciso que o termo “direitos fundamentais,” ao qual possui uma definição mais precisa e restrita, à medida que estabelece o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente garantidos na esfera do Direito Constitucional positivo de determinado Estado.

Cabe ressaltar que embora haja diferenças entre direitos humanos e direitos fundamentais, essas duas categorias não são contrárias, mas sim complementares.

Assim, temos que os direitos fundamentais são direitos básicos individuais, sociais, políticos e jurídicos, baseados nos princípios dos direitos humanos, garantindo à vida, à liberdade, à igualdade, à educação, entre outros direitos inerentes às pessoas que vivem em sociedade.

Dentre estes direitos, ressalta-se o direito à liberdade (no caso religiosa) e o direito à vida, que são objetos deste trabalho, ambos estão previstos no *caput* do artigo 5º da nossa Carta Magna, Título II, que trata “Dos direitos e garantias fundamentais”, além de trazer os direitos e deveres individuais e coletivos.

Dado dispositivo possui a seguinte redação:

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 [...] ⁷

Estes direitos fundamentais são alocados, em posição topográfica, de modo a demonstrar que o nosso texto constitucional prioriza a proteção da pessoa acima de qualquer outro valor.

Dando sequência, ao longo deste tópico será abordado o choque existente entre estes direitos fundamentais.

⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 21 de out. de 2017.

2.1. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A Constituição Federal de 1988 é a nossa lei fundamental, e os princípios constitucionais visam proteger as características fundamentais da ordem jurídica.

Desta forma, temos os Princípios Constitucionais, que buscam instrumentos para a interpretação da Constituição, quais sejam:

Primeiramente o princípio da unidade da constituição, estimula o interprete do direito a buscar soluções que harmonizem as tensões existentes entre as normas constitucionais, levando em conta a Constituição como sendo um todo unitário.

Segundo Canotilho (1986, p. 227 apud MENDES; BRANCO, 2013, p. 95/96), temos também, o princípio da máxima efetividade, ao qual, consiste em que “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior efetividade lhe dê”.⁸

Contido neste mesmo princípio, temos também, o princípio da força normativa da Constituição:

[...] Com este, propõe-se seja conferida prevalência aos pontos de vista que tornem a norma constitucional mais afeita aos condicionamentos históricos do momento, garantindo-lhe interesse atual, e, com isso, obtendo-se ‘máxima eficácia, sob as circunstâncias de cada caso. [...]’⁹

Em seus estudos, Canotilho destaca dois outros importantes princípios, quais sejam:

[...] O princípio da correção funcional é mais um critério orientador da atividade interpretativa. Conduz a que não se deturpe, por meio da interpretação de algum preceito, o sistema de repartição de funções entre os órgãos e pessoas designados pela Constituição. Esse princípio corrige leituras desviantes da distribuição de competências entre as esferas da Federação ou entre os Poderes constituídos. O princípio da concordância prática tem apelo, nos casos de conflitos entre normas constitucionais, quando os seus programas normativos se entrecrocaram. O critério recomenda que o alcance das normas seja comprimido até que se encontre o ponto de ajuste de cada qual segundo a importância que elas possuem no caso concreto. Se é esperado do interprete que extraia o máximo efeito de uma norma constitucional, esse exercício pode vir provocar choque com idêntica pretensão de outras normas constitucionais. Devem então, ser conciliadas as pretensões de efetividade dessas normas, mediante o estabelecimento de limites ajustados aos casos concretos em que são chamadas a incidir.¹⁰

⁸ Ibidem. p. 95 et. seq.

⁹ Ibidem. p. 96.

¹⁰ Ibidem. p. 96 et. seq.

Além destes, destacados princípios existem também, o princípio do efeito integrador, ao qual diz que, na solução de problemas jurídico-constitucionais, deve dar-se primazia ao entendimento que favoreça a integração política e social e o fortalecimento da unidade política.

Bem como, o princípio da concordância prática ou harmonização, diz que, os bens jurídicos constitucionalizados deverão coexistir de forma harmônica na hipótese de ocorrer entre eles, conflito ou concorrência, tentando impedir o sacrifício de um princípio em relação ao outro quando colidentes.

Outro princípio é o da interpretação conforme a Constituição, do qual consiste que quando houver normas plurissignificativas ou polissêmicas (que contêm a mesma interpretação), utiliza-se aquela que mais se aproxime da Constituição.

Já, o princípio da ponderação ou balanceamento no campo da interpretação e aplicação da constituição é empregado para alcançar o direito que vise solucionar determinados casos, que há colisão de bens jurídicos protegidos.

Por fim, temos o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, que tem como parâmetro três elementos, quais sejam: necessidade, que é a adoção da medida que possa restringir direitos, só se legitima indispensável para o caso concreto, e que não possa ser substituída por outra menos gravosa; adequação significa que o meio escolhido deve atingir o objetivo perquirido; e, a proporcionalidade em sentido estrito, sendo a medida necessária e adequada, deve-se investigar se o ato praticado, em termos de realização do objetivo pretendido, supera a restrição a outros valores constitucionalizados.

Após o exposto, leva-se em conta, o fato de que, os princípios são tidos, como normas em sentido mais abstrato, deixando para o aplicador do direito o seu significado no caso concreto, do qual deve valer-se da justiça e equidade para solucionar dada situação.

Pois, são estes, responsáveis por permitirem a adequação do sistema jurídico com a realidade social, que constantemente passa por transformações.

Neste sentido em seus estudos, Ronald Dworkin (1978, p. 24/27 apud MENDES; BRANCO, 2013, p. 73), considera que:

[...] um princípio normativo e uma regra se assemelham, na medida em que ambos estabelecem obrigações jurídicas. [...]

“os princípios têm uma dimensão que as regras não possuem: a dimensão do peso. Os princípios podem interferir uns nos outros e, nesse caso, “deve-se resolver o conflito levando-se em consideração o peso de cada um”. Isso, admitidamente, não se faz por meio de critérios de mensuração exatos, mas segunda a indagação sobre quão importante é um princípio – ou qual o seu peso – numa dada situação. [...]”¹¹

Contudo, demonstrado os instrumentos que almejam a melhor interpretação da Constituição, leva-se em conta, o fato de que os princípios fundamentais fazem parte dos princípios constitucionais e estão alocados dentro de nossa Constituição Federal.

Os artigos 1º ao 4º de nossa Carta Magna traz estes princípios, que são: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, a livre iniciativa, os valores sociais do trabalho, além de outros.

Dentre estes princípios fundamentais, abordaremos mais adiante o princípio elementar deste presente trabalho, qual seja à força do princípio da dignidade da pessoa humana frente à temática.

2.2. PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS

Dentro de um Estado Democrático de Direito os princípios previstos na constituição podem demonstrar-se contraditórios, visto a diversidade ideológica própria das democracias, a qual se reflete no texto constitucional.

Neste contexto, mesmo sendo princípios fundamentais não são ilimitados, pois, encontram os seus limites em outros direitos igualmente consagrados pela nossa Constituição Federal.

Diante sua relatividade, e pela freqüente possibilidade de entrarem em colisão quando empregados a solucionar casos concretos, torna-se fundamental a criação de uma técnica, como meio de ponderação

Contudo, Robert Alexy, grande influência filosófica do Direito Alemão, consolidou a ponderação de princípios ou direitos fundamentais, subdividindo-a em duas partes, quais sejam: o campo da justificação interna e o campo da justificação externa.

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 73.

A justificação interna seria a respectiva ponderação. Em contrapartida a justificação externa seria responsável, através de uma teoria da argumentação, por amparar aquela resposta que foi encontrada através de um procedimento racional.

Neste contexto, sugeriu que a fórmula da ponderação deve obedecer três postulados, quais sejam: a proporcionalidade, a razoabilidade e a adequação. São estes, os três elementos da estrutura analítica da ponderação.

Segundo Alexy, “as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidade fáticas de sua concretude,”¹² já a ponderação em seu sentido estrito aparece pelo “ fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas.”¹³

Dentro deste entendimento, no que se refere a adequação, o meio adotado pelo intérprete, deve ser adequado, apto para se atingir o fim apresentado.

Quanto a necessidade, o meio escolhido deve ser, aquele dentre os meios adequados, que intervenha de modo menos intenso, e que se mostre necessário.

Já a proporcionalidade, em seu sentido estrito, manifesta a máxima otimização entre dois princípios colidentes, desta forma, quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, maior então será a sua importância para a satisfação de outro.

A ponderação, que aqui é vista como sinônimo de proporcionalidade em sentido estrito, dentro do entendimento de Alexy, segue três fases, quais sejam:

A lei da ponderação mostra que a ponderação deixa-se decompor em três passos. Em um primeiro passo deve ser comprovado o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio. A isso deve seguir, em um segundo passo, a comprovação da importância do cumprimento do princípio em sentido contrário. Em um terceiro passo deve, finalmente, ser comprovado se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não-cumprimento do outro.¹⁴

¹² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio A. Da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.116.

¹³ Ibidem. p. 118.

¹⁴ ALEXY, Robert. **Direitos Fundamentais, Ponderação e Racionalidade**. Revista de Direito Privado. São Paulo: RT, nº 24, p. 339-340, out./dez. 2005.

2.3. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO MEIO DE PONDERAÇÃO

Quando nos deparamos com a existência de conflitos entre direitos fundamentais, esta incompatibilidade deve ser solucionada por meio da hermenêutica constitucional.

Dada ciência, é a busca de instrumentos para a interpretação da Constituição, à qual nos leva a técnica de ponderação de interesses como meio de solução.

Neste sentido, o doutrinador Dr. Pedro Lenza, ressalta que;

[...] diante dessa 'colisão', indispensável será a 'ponderação de interesses' à luz da razoabilidade e da concordância prática ou harmonização. Não sendo possível a harmonização, o Judiciário terá de avaliar qual dos interesses deverá prevalecer. [...] ¹⁵

Assim, o único meio para que se aplique de forma adequada o direito, seria através da ponderação dos bens jurídicos que se encontram ameaçados, utilizando como parâmetro a dignidade da pessoa humana.

Considera-se sendo a dignidade da pessoa humana o suporte do nosso Estado democrático de direito. Isto significa dizer, que, o poder público está obrigado a garantir que todos os cidadãos desfrutem uma vida com dignidade.

Este princípio prioriza o respeito a integridade física, psíquica e intelectual de todo e qualquer indivíduo, trata-se também como uma forma de proteção da igualdade e da liberdade de cada ser humano.

A Constituição Federal de 1988 privilegia os direitos humanos e a primazia da dignidade da pessoa humana. Tanto é assim, que a dignidade da pessoa humana constitui fundamento da República brasileira, estando consagrada logo no artigo 1º, III da CF, que possui a seguinte redação:

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; [...]

ANA CAROLINA LEME, faz interessante observação, sobre o papel fundamental do princípio da dignidade da pessoa humana:

¹⁵ LENZA, op. cit. p.677.

Ao eleger a dignidade da pessoa humana como fundamento de nosso Estado de direito democrático e social, o legislador explica o seu papel fundamental na estrutura constitucional: o de fonte normativa dos demais direitos fundamentais. É baseado na dignidade da pessoa humana, que emergem os demais direitos e garantias fundamentais, é aquele princípio que dá unidade e coerência ao conjunto destes.¹⁶

Sendo assim, todos os direitos fundamentais encontram sua vertente no princípio da dignidade da pessoa humana, ao qual, determina um dever de privação e de condutas positivas que busquem efetivar e sempre salvaguardar a vida humana.

Considerando a força do princípio da dignidade da pessoa humana, tem-se o mesmo como valor preponderante a guiar a escolha final a cerca da prevalência de um direito fundamental perante outro.

É por meio da ponderação que se obtém a clareza de qual direito fundamental deve predominar. Sendo razoável a escolha axiológica por um valor, justificado num direito fundamental, que atenda da melhor forma possível as necessidade daquele ser humano, que necessita de certo amparo.

Neste sentido, Steinmetz (2001, p. 126 apud LOPEZ, 2006, p.13), conclui em seus estudos que :

Uma colisão de princípios [...] Requer um juízo de peso. Trata-se da ponderação de bens, com a qual, tendo presente às circunstâncias relevantes do caso e o jogo de argumentos a favor e contra, decidir-se-á pela precedência de um princípio em relação ao outro. [...] ¹⁷

Em contexto, a colisão é o fenômeno que se dá pelo fato de poder deduzir soluções jurídicas totalmente incompatíveis, forçando o operador do direito escolher entre a prevalência de um direito perante outro, por meio de um juízo de peso e relevância, daquele caso em específico.

Neste estudo, os elementos em colisão são o direito à vida de um lado, e o direito à liberdade religiosa de outro lado, frente às situações que envolvam a autoritária religião dos testemunhas de Jeová, na questão da necessidade de

¹⁶ LEME, Ana Carolina Reis Paes. **Transfusão de sangue em testemunhas de Jeová. A colisão de direitos fundamentais.** Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 632, 1 abr. 2005. Disponível em :< <https://jus.com.br/artigos/6545/transfusao-de-sangue-em-testemunhas-de-jeova/1>>. Acesso em 12 de out. de 2017.

¹⁷ LOPEZ, Ana Carolina Dode. **Colisão de direitos fundamentais: direito à vida X direito à liberdade religiosa.** Jus Navigandi, Teresina, a. 10, n. 958, 16 fev. 2006, P.13.

transfusão sanguínea, como único meio apto de salvar a vida de uma pessoa totalmente incapaz.

Levando-se em conta, que, a dignidade da pessoa humana tem como seu pressuposto a intangibilidade da vida, frente a um juízo de ponderação, a hipotética violação a “liberdade individual”, é admitida de acordo com a importância do direito à vida, pois nessas hipóteses inexistente manifestação válida e consciente.

Alem do mais, a liberdade que é assegurada por nossa Constituição Federal, não tem a capacidade de extinguir direito de igual importância, e garantido a todo e qualquer cidadão.

Assim sendo, esta liberdade, também não se baseia em conceder a uma pessoa atuar em favor de outrem, por meio de suas convicções religiosas, ainda mais quando estiver em jogo a vida de outro ser vivo.

Neste sentido, ANA CAROLINA LEME, faz esclarecedora síntese sobre este embate:

No caso de colisão de direitos fundamentais, faz necessária a opção de preferência de um direito sobre o outro oposto, em que perquire, inicialmente, todos os valores constitucionais envolvidos e, num juízo de ponderação, aplica-se ao caso concreto os princípios constitucionais específicos, especialmente a proporcionalidade e a razoabilidade.¹⁸

O princípio da proporcionalidade¹⁹ atua aqui, no plano de proibição de excesso. Pois, inexistente proporcionalidade alguma no consentimento de abdicar a vida de quem ao menos possui discernimento para escolher determinada religião.

Assim sendo, como parâmetro de ponderação entre estes direitos fundamentais colidentes (vida X liberdade religiosa), é necessária a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, que indica um respeito à vida, independentemente de qualquer crença proferida referente à sua criação.

¹⁸ LEME, op. cit.

¹⁹ O subtópico 2.1 (princípios constitucionais) está explicando o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade.

2.4. O DIREITO À LIBERDADE RELIGIOSA

A liberdade religiosa é um direito fundamental, ao qual, busca impor ao Estado um dever de não fazer, qual seja, o de não intervir naquelas áreas reservadas a todo e qualquer indivíduo.

No século XX, após a Segunda Guerra Mundial, importantes documentos internacionais prestigiaram a liberdade religiosa, temos como grande destaque, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), que preceitua os princípios básicos de direitos humanos e liberdades. Dado diploma em seu artigo 18º, possui a seguinte redação:

Artigo 18º. Toda a pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de convicção, assim como a liberdade de manifestar a religião ou convicção, sozinho ou em comum, tanto em público como em privado, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pelos ritos.²⁰

Neste sentido, temos que a liberdade religiosa floresceu até um direito humano internacional, tendo às nações do mundo a obrigação de salvaguardar dado direito.

Relembrando que, os Tratados Internacionais constituem principal fonte de obrigação do Direito Internacional. Consistem estes, em acordos obrigatórios (ou seja, são vinculantes) celebrados entre sujeitos de Direito Internacional, que são os Estados-partes aos quais os termos dos tratados se aplicam.

Quando relativos aos Direitos Humanos, conterão previsões de direitos para indivíduos, além de obrigações para os Estados que deles fizerem parte.

Com a incorporação dos tratados de Direitos Humanos ao ordenamento jurídico interno (Constituição Federal de 1988), foi garantida a este *status* de norma constitucional, de aplicabilidade imediata, conforme transcreve os art. 5º, § 2º e 3º da CF.²¹

²⁰ DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, ONU, 1948. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>. Acesso em: 10 de out. de 2017.

²¹ “Art. 5º[...] § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. [...]”

A Declaração das Nações Unidas sobre a eliminação de todas as formas de Intolerância e de Discriminação com base na Religião ou Crença, adotada em 1981, é outro documento fundamental que protege os direitos religiosos.

Destacam-se os Artigos 1º a 6º ²² deste documento, que compreendem os direitos relativos à liberdade de pensamento, consciência e religião.

Em síntese, o Documento Final de Viena de 1989, também contém disposições similares aos documentos acima abordados, em que é imposto o respeito pelas diferenças religiosas, e do qual o nosso Estado também é signatário.

Conforme exposto, as nações participantes concordam especificamente em assegurar as proteções à liberdade religiosa contidas nos documentos internacionais. Afim de, aumentar o respeito por todas as instituições políticas, religiosas e sociais para a visão moderna de que o principal interesse da sociedade política está no incentivo à paz, justiça, igualdade e liberdade, não em fazer avançar a religião.

Além destes tratados, no preâmbulo de nossa Carta Magna, os constituintes declararam no artigo 5º, nos respectivos incisos VI, VII e VIII: a liberdade de consciência e de crença, e o livre exercício dos cultos religiosos, a proteção aos locais de culto e suas liturgias ; a assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva; e a não-privação de direitos por motivos de crença religiosa.²³

A liberdade de religião, conforme nossa Constituição, não abrange apenas o direito de crer em uma doutrina, mas também de exercer os preceitos da fé professada e de proteção aos locais de culto e suas liturgias.

²² DECLARAÇÃO SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE INTOLERÂNCIA E DISCRIMINAÇÃO FUNDADAS NA RELIGIÃO OU NAS CONVICÇÕES -Proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas a 25 de novembro de 1981 - Resolução 36/55. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DecElimFormIntDisc.html>>. Acesso em: 10 de out. de 2017.

²³ “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: [...] 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; VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva; VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;[...]”

Dentro deste contexto, cabe analisar agora a liberdade religiosa, frente a este trabalho de conclusão de curso, ou seja, da transfusão de sangue em absolutamente incapazes, quando em risco de morte.

A recusa no recebimento de sangue dos adeptos da religião Testemunha de Jeová é fundamentalmente de ordem religiosa. Pois, reza a bíblia: “Não comereis o sangue de nenhuma carne, porque a vida de toda a carne é o seu sangue; qualquer que o comer será extirpado.” (Lv 17.14) ²⁴

Através desta interpretação a abstinência do sangue é tida como sendo obrigatória, dos adeptos desta religião.

A igreja em si, como instituição humana, tem estado em desacordo com a dignidade da pessoa humana em diversas ocasiões. Este é o significado básico da separação entre Igreja e Estado, dada separação não deprecia a liberdade de religião, e qualquer espécie de crença religiosa.

Sendo a religião, uma questão privada de cada indivíduo, nos assuntos públicos, uma visão racional e humanista deve se sobrepor sobre concepções religiosas.

Neste sentido, Luís Roberto Barroso, faz interessante observação:

[...] a dignidade humana identifica 1 . O valor intrínseco de todos os seres humanos; assim como 2 . A autonomia de cada indivíduo; e 3 . Limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário).²⁵

Assim, as noções de um Estado laico e neutro exprimem um esforço para libertar a dignidade humana de qualquer doutrina religiosa. Pois, conforme já mencionado, o principal interesse do Estado está no estímulo à paz, à justiça, à igualdade e à liberdade, e não em fazer prosperar uma ideologia religiosa.

²⁴ BÍBLIA ONLINE, op. cit.

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial.** Tradução Humberto Laport de Mello. 1. reimp. Belo Horizonte, Editora: Fórum, 2013, p.72.

2.5. O DIREITO À VIDA

Analisaremos o estudo deste subtópico, através da indispensável consideração que, “o direito à vida, [...] abrange tanto o direito de não ser morto, privado da vida, portanto o direito de continuar vivo, como também o direito de ter uma vida digna.”²⁶

O direito à vida é o fundamento de todos os demais direitos, sendo este uma pré condição básica para que o ser humano desfrute de qualquer outro direito. Não é por outro motivo que este direito é classificado como fundamental pela nossa Constituição Federal, estando este logo consagrado no *caput* de seu artigo 5º.

Referido artigo, não fala em irrenunciabilidade do direito à vida, não há punição para a auto-lesão e a tentativa de suicídio, o cidadão poderia “renunciar a sua vida”. Contudo, a questão se complica, quando a decisão recai sobre um absolutamente incapaz.

Neste sentido, temos que lembrar que o ordenamento jurídico pátrio não autoriza a eutanásia, sendo esta conduta considerada crime, segundo nosso Código Penal.²⁷

Isto posto, destaca-se, que não seria aqui admissível de maneira alguma, a renúncia à vida de outrem, tida esta como bem indisponível do ser humano.

Além de que, ao Estado incube o dever de agir no sentido de preservar sempre a vida humana, ainda mais, no caso de quando se tratar sobre a vida de um menor, que é aquele que necessita de maior proteção de nosso ordenamento jurídico. Conforme bem expressa a nossa Constituição Federal, em seu artigo 227:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.²⁸

²⁶ LENZA, op. cit. p 678.

²⁷ O nosso Código penal dispõe que: “Art. 122- Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça: Pena - reclusão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave. Parágrafo único - A pena é duplicada: Aumento de pena: I- se o crime é praticado por motivo egoístico; II -se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência.”

²⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

A Constituição assim assegura a inviolabilidade do direito à vida. Nessa perspectiva, o ministro Luís Roberto Barroso, faz importante consideração, ao dizer que:

[...] a dignidade como valor comunitário enfatiza, portanto, o papel do Estado e da comunidade no estabelecimento de metas coletivas e restrições sobre direitos e liberdades individuais em nome de certa concepção de vida boa. [...] ²⁹

Da mesma forma, seguindo o mesmo raciocínio de proteção, em 1990, é publicada a Lei de nº 8.069, o “Estatuto da criança e do adolescente”, que, estabelece o dever de proteção à vida e à integridade de indivíduo menor de idade.

O artigo 7º deste texto deixa clara a articulação do direito à vida (direito de 1ª dimensão/geração) com o direito à saúde (direito de 2ª geração/dimensão), ao condicionar seu exercício:

Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência. ³⁰

O legislador demonstrou preocupação em garantir tal direito, conforme demonstrado em referidos dispositivos, ou seja, roga por se preservar a vida.

O Estado deve então, preservar a vida e atuar positivamente no sentido de resguardar este direito. Isto significa dizer que, o Estado está encarregado de prover a necessária e adequada segurança pública, que impossibilite os demais particulares de desrespeitarem este consagrado direito.

2.6. O DIREITO À VIDA PERANTE O EXERCÍCIO DA LIBERDADE RELIGIOSA

Começaremos o estudo deste subtópico através da reflexão dos dizeres do novo Ministro do STF, Dr. Alexandre de Moraes, explica que:

[...] os direitos humanos e fundamentais, dentre eles os direitos e garantias individuais e coletivos consagrados no art. 5º da Constituição Federal, não podem ser utilizados como um *verdadeiro escudo protetivo* da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil

²⁹ BARROSO, op. cit. p. 88.

³⁰ BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei Federal 8069 de 13 de jul. de 1990.

ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito. [...] ³¹

Desta forma, observa-se que os direitos e garantias fundamentais, não são ilimitados, sendo que esbarram seus limites em outros direitos de igual natureza, também prestigiados por nossa Constituição Federal.

A colisão de direitos fundamentais dá-se quando, no momento do exercício destes direitos, há o confronto entre os mesmos ou, entre eles e outros bens jurídicos protegidos constitucionalmente.

O legislador busca resolver este confronto, ao criar as chamadas “reservas legais”, que são autorizações constitucionais que fundamentam a viabilidade do legislador limitar direitos fundamentais, ou seja, quando restringe o exercício de um direito à observância de outro, com o fim de proteção.

Assim sendo, os direitos fundamentais são também direitos submetidos a limites e passíveis de serem restringidos. Em sua doutrina, o Dr. Ingo Sarlet, faz as seguintes considerações sobre este assunto:

Todo direito fundamental possui um âmbito de proteção [...] e todo direito fundamental, ao menos em princípio, está sujeito a intervenções nesse âmbito de proteção [...]

O âmbito de proteção de um direito fundamental abrange os diferentes pressupostos fáticos instituídos pela respectiva norma jurídica. Trata-se, com outras palavras, do bem jurídico protegido, ou seja, do objeto tutelado [...] ³²

Por outro lado, em se tratando de direitos fundamentais não acobertados pelas reservas legais, incumbe a jurisprudência a solução, que deve exercer a ponderação dos bens envolvidos, com a finalidade de resolver a colisão por meio de um sacrifício mínimo dos direitos ameaçados.

Conforme explicitado, no caso de colisão de direitos fundamentais, faz necessária a opção de preferência de um direito sobre o outro oposto, em que se indique, inicialmente, todos os valores constitucionais envolvidos e, num juízo de ponderação, aplica-se no caso concreto os princípios constitucionais específicos, especialmente a proporcionalidade e a razoabilidade.

³¹ RT-STF 709/418; STJ- 6ª T. RHC nº 2.777-0/RJ-Rel. Min. Pedro Aciole- Ementário, 08/721. Citado por MOARES Alexandre de, . Direito Constitucional- 23ª Ed.-São Paulo- Editora atlas 2008. Pg32

³² SARLET, op. cit. p.327.

Conclui-se pela prevalência da dignidade da pessoa humana como limite e fundamento do exercício dos demais direitos, isto é, no momento da concretização daqueles valores positivados.

A vida configura-se como sendo requisito para a efetivação dos outros direitos, visto que, sem ela, inexistem, liberdade religiosa a ser tutelada. O direito à vida é então, o fundamento da existência dos demais direitos fundamentais.

Sendo o direito à vida o sustentáculo de todos os outros bens tutelados por nosso ordenamento jurídico, a recusa de submeter um absolutamente incapaz em risco de morte à transfusão de sangue, mediante a vontade de um terceiro, configura uma afronta, ao princípio fundamental do direito à vida, direito este inviolável e, portanto, indisponível.

Segundo exposto, e diante de sua relevância, o direito à vida prevalecerá quando colidente com a liberdade religiosa, no momento em que esta importar em prejuízo mais grave à dignidade da pessoa humana.

3. A RECUSA DA TRANSFUSÃO SANGUÍNEA NO CASO DA RELIGIÃO TESTEMUNHAS DE JEOVÁ

A justificativa para recusar meios de tratamentos de sangue dos adeptos da religião Testemunha de Jeová, está concretizada na interpretação que fazem das passagens bíblicas dos Livros de Gênesis (9:3-4), Levítico (3:17; 7:26-27; 17:10-14 e 19:26) e Atos (15:19-20 e 29).

Para esta religião, estes textos bíblicos, vedam ao povo de Deus de se alimentar com o sangue, e os adeptos desta seita englobaram esta proibição a incorporação de sangue alheio, por qualquer via.

Assim, é inaceitável receber transfusões de sangue total, quais sejam: glóbulos vermelhos, glóbulos brancos, plaqueta e plasma.

Argumenta a religião testemunha de Jeová, que, o sangue significa vida, e se beber o sangue, estaria se destruindo a vida, e, como não se pode comer pela boca o sangue, não se pode também, ingeri-lo pelas veias, em uma transfusão. Pois, “o sangue de outrem é impuro, moralmente contaminado.”³³

Diante do que foi apresentado, veremos os fundamentos Bíblicos que fazem com que os adeptos desta religião, abdicuem a receber transfusões de sangue.

3.1. OS FUNDAMENTOS QUE MOTIVAM A RECUSA DA TRANSFUSÃO SANGUÍNEA

A recusa às transfusões de sangue estão justificadas nos textos bíblicos de Gênesis (9:3-4), Levítico (3:17; 7:26-27; 17:10-14 e 19:26) e Atos (15:19-20 e 29).

Em Gênesis, está descrito que:

[...] Tudo quanto se move, que é vivente, será para vosso mantimento; tudo vos tenho dado como a erva verde.

A carne, porém, com sua vida, isto é, com seu sangue, não comereis [...]. (Gn 9.3-4)³⁴

³³ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil Médico**. p.173. apud LEME, op. cit.

³⁴ BÍBLIA ONLINE, op. cit.

Em seguida, está especificado em Levítico, nos respectivos: 3:17; 7:26-27; 17:10-14 e 19:26, que:

[...] Estatuto perpétuo é pelas vossas gerações, em todas as vossas habitações: nenhuma gordura nem sangue algum comereis. (Lv 3.17)

[...]

E nenhum sangue comereis em qualquer das vossas habitações, quer de aves quer de gado.

Toda a pessoa que comer algum sangue, aquela pessoa será extirpada do seu povo. (Lv 7.26-27)

[...]

Qualquer homem da casa de Israel, ou dos estrangeiros que peregrinam entre eles, que comer algum sangue, contra aquela alma porei a minha face, e a extirparei do seu povo.

Porque a vida da carne está no sangue; pelo que vo-lo tenho dado sobre o altar, para fazer expiação pelas vossas almas; porquanto é o sangue que fará expiação pela alma.

Portanto tenho dito aos filhos de Israel: Nenhum dentre vós comerá sangue, nem o estrangeiro, que peregrine entre vós, comerá sangue.

Também qualquer homem dos filhos de Israel, ou dos estrangeiros que peregrinam entre eles, que caçar animal ou ave que se come, derramará o seu sangue, e o cobrirá com pó;

Porquanto a vida de toda a carne é o seu sangue; por isso tenho dito aos filhos de Israel: Não comereis o sangue de nenhuma carne, porque a vida de toda a carne é o seu sangue; qualquer que o comer será extirpado. (Lv 17.10-14)

[...]

Não comereis coisa alguma com o sangue; não agourareis nem adivinhareis. (Lv 19.26) ³⁵

No livro Atos 15:19-20 e 29, aparece a seguinte redação:

[...] Por isso julgo que não se deve perturbar aqueles, dentre os gentios, que se convertem a Deus.

Mas escrever-lhes que se abstenham das contaminações dos ídolos, da fornicção, do que é sufocado e do sangue. (At 15.19-20)

[...]

Que vos abstenhais das coisas sacrificadas aos ídolos, e do sangue, e da carne sufocada, e da fornicção, das quais coisas bem fazeis se vos guardardes. Bem vos vá. (At 15.29) ³⁶

Conforme estas passagens, para os adeptos da religião Testemunha de Jeová, o Criador declarou, que tudo que vive e se move pode servir de comida, com exceção, de que não se deve comer carne com vida, ou seja, com sangue.

Desse modo, os seres humanos receberam autorização para matar, e, comer animais, desde que não os comessem vivos. Segundo eles, a vida somente é

³⁵ Ibidem.

³⁶ Ibidem.

sagrada porque pertence a Deus, e, sendo o sangue um símbolo da vida, como sinal de respeito por Deus e pela vida, não se pode comer sangue.

Esta é a motivação, da proibição de transfusões de sangue.

No entanto, se fossemos interpretar de maneira mais sensata e lógica o texto da Bíblia, em lugar algum se refere a comer sangue humano, em referida obra, há somente citações sobre, alimentar-se da carne de animais com seu sangue. Não há menção alguma nos textos de Gênesis, Levítico e Atos, relativa ao sangue humano, e muito menos referente a transfusões.

Ademais, as terapêuticas que empregam o sangue, nunca foram descritas no período de Noé e Moisés, inexistente registro algum da utilização de tal método naquela época, visto que a primeira transfusão de sangue foi relatada somente no século XV.³⁷

3.2. OS RISCOS DA TRANSFUSÃO DE SANGUE

Hoje em dia, mesmo com grande avanço na área da saúde, uma relevante quantidade da literatura médica, informa que, infelizmente, as transfusões de sangue ainda envolvem inúmeros riscos a saúde, e, que em muitos casos acaba resultando o óbito do paciente.

O especialista Dr. Wilson Ricardo Ligeira (2002, p. 165/167 apud , 2006, p.13), asseverou a respeito de quais seria estes riscos:

Alguns exemplos de doenças infecciosas e parasitárias, transmitidas por transfusões de sangue ou hemoderivados, são a AIDS (sigla em inglês, para 'síndrome da imunodeficiência adquirida', causada pelo vírus HIV), algumas formas de hepatites virais, como as causadas pelos vírus B ou C, a tripanossomíase (Doença de chagas), a malária, a citomegalovirose e as infecções produzidas pelo vírus de Epstein-Barr, HTLV-I e HTLV-II (vírus da leucemia e linfoma de células T Humano) e por outros protozoários e bactérias.

[...]

Acrescenta-se à lista outros riscos e complicações relacionados com a terapêutica transfusional, como, erros humanos, operacionais (e.g., transfusão da tipagem errada do sangue) a imunomodulação, i.e., a

³⁷ A primeira transfusão sanguínea foi descrita no século XV pelo escritor italiano Stefano Infessura. Relato, de 1492, foi realizado no Papa Inocêncio VIII (em coma), a aplicação do sangue de três meninos (por via oral, pois os métodos de acesso intravenoso ainda não existiam na época).

supressão do sistema imunológico do paciente, aumentando as chances de contrair infecções pós-operacionais e de recidiva de tumores. Concordemente, Roger Y. Dodd, chefe do laboratório de Doenças Transmissíveis, da Cruz Vermelha Americana, comenta 'Atualmente, o único meio de assegurar a completa ausência de riscos é evitar totalmente as transfusões'.³⁸

Outra importante consideração sobre os riscos da transfusão de sangue seria o fato de que:

[...] Quem recebe sangue de outra pessoa corre basicamente os mesmos riscos dos que recebem um transplante de órgãos. O sistema imunológico tem a tendência de rejeitar tecidos alheios. Em alguns casos, as transfusões de sangue na realidade impedem que as reações imunológicas naturais sejam ativadas. Tal imunossupressão deixa o paciente vulnerável a infecções pós-operatórias e a vírus antes inativos. [...] ³⁹

Assim sendo, nota-se que o sangue poderá trazer riscos imediatos ou tardios, se não for devidamente submetido a testes de detecção de doenças.

Além do mais, em seus estudos Cláudio da Silva Leiria, comenta sobre o assunto:

[...] Também há de se fazer menção aqui aos imensos riscos diante da chamada 'janela imunológica', que corresponde ao tempo que o organismo leva para produzir, depois da infecção, uma certa quantidade de anticorpos que possa ser detectada pelos exames de sangue específico. Assim, por exemplo, se uma pessoa que foi infectada pelo vírus HIV (AIDS) doar sangue até 11 dias após a infecção, os exames feitos nesse sangue não detectarão o vírus, ou seja, obter-se-á um falso resultado negativo. [...] ⁴⁰

Apesar de a transfusão de sangue envolver riscos a saúde, é um método empregado para salvar a vida humana.

No entanto, há tratamentos que podem servir de alternativas as pessoas da religião Testemunhas de Jeová, que ao se absterem em receber sangue de um terceiro, buscam meios alternativos, nesse sentido, foram criados vários métodos eficientes, que podem substituir o procedimento em comento.

³⁸ LEIRIA, Cláudio da Silva. **Transfusões de sangue contra a vontade de paciente da religião Testemunha de Jeová: uma gravíssima violação dos direitos humanos**. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/39291/1>> Acesso em: 10 de out. de 2017

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ LEIRIA, op. cit.

3.3. O DIREITO DOS PACIENTES A TRATAMENTOS ALTERNATIVOS

Nos últimos anos novas técnicas vêm progredindo na área médica, houve inúmeros avanços na medicina em relação ao tratamento sem sangue, que na maioria das vezes ocorreram em prol das pessoas da religião Testemunha de Jeová.

Estes outros meios são tão ou mais eficientes que o tradicionalmente empregado (transfusão sanguínea), e hoje são utilizadas em qualquer pessoa, independente de qual seja a sua opção religiosa, bastando apenas que a pessoa não queira se submeter ao risco de serem contaminadas por doenças transmitidas pelo sangue.

Neste seguimento, Cláudio da Silva Leiria, cita alguns destes métodos em seu artigo, quais sejam:

- a) Dispositivos cirúrgicos para minimizar a perda sanguínea: eletrocautério /eletrocirurgia; cirurgia a laser; coagulador com raio de argônio.
- b) Técnicas e dispositivo para controlar hemorragias: pressão direta; agentes hemostáticos; hipotensão controlada.
- c) Técnicas cirúrgicas e anestésicas para limitar a perda sanguínea: hipotermia induzida; hemodiluição hipervolêmica, redução de fluxo sanguíneo para a pele; recuperação sanguínea intraoperatória.
- d) Dispositivos e técnicas que limitam a perda sanguínea iatrogênica: oxímetro transcutâneo; uso de equipamento de microcoletagem.
- e) expansores de volume: lactato de Ringer; solução salina hipertônica; colóide Dextran.⁴¹

O uso destes métodos de tratamento isentos da utilização de sangue, já foram muito utilizados pelos adeptos desta religião.

Sendo que em 1962, foi realizada a primeira cirurgia de coração aberto, sem sangue pelo Dr. Denton Cooley, em uma pessoa da religião Testemunha de Jeová.

Posteriormente, várias outras cirurgias em pessoas seguidoras desta religião foram efetuadas, sem que houvesse transfusão de sangue, como por exemplo: cirurgias ortopédicas e oncológicas; transplantes de células-tronco periféricas; e transplantes de fígado, rins e pulmão.

⁴¹ LEIRIA, op. cit.

Conforme dito, existe uma grande lista de tratamentos e métodos isentos de sangue, os que foram mencionados são apenas alguns exemplos.

Assim, em respeito aos direitos fundamentais (à saúde e a objeção de consciência) daqueles que por motivo religioso não cedem a determinado tratamento médico, assim como daqueles que optarem por não fazerem a utilização de tal método, o Estado tem o dever jurídico de custear o pagamento, via SUS (Sistema único de saúde), de tratamentos alternativos.

Devemos alertar, contudo, que o princípio da reserva do possível regulamenta a possibilidade e a abrangência da atuação do Estado quanto ao cumprimento de alguns direitos, condicionado a existência de recursos públicos disponíveis à atuação do Estado. Deste modo, a efetivação de certos direitos (p. ex., a escolha de determinado método alternativo de tratamento de saúde) está vinculada às possibilidades financeiras do Estado.

A nossa Carta Magna estabeleceu, em seu artigo 196, a responsabilidade dos entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) para o fornecimento dos serviços de saúde, ficando sob o encargo desses a sua promoção, proteção e recuperação, conforme verifica-se a seguir:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Tal preceito é também complementado pelo artigo 2º, da Lei nº 8.080/90, que expressa à seguinte redação: “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”.⁴²

Conforme demonstrado, nota-se que o direito à saúde se insere na órbita dos direitos sociais constitucionalmente garantidos. Trata-se de um direito público subjetivo indisponível e assegurado a todo indivíduo.

Assim, a atitude das pessoas da religião Testemunhas de Jeová em evitar a transfusão de sangue, não significa que desejam assegurar o direito à morte, elas

⁴² BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em 21 de out. de 2017.

apenas buscam tratamentos médicos, sem ir contra os seus preceitos religiosos, e dentro aquilo que é garantido por lei.

3.4. A LIBERDADE INDIVIDUAL E A LEGALIDADE

O paciente adulto pode se recusar a receber transfusões de sangue. Frisa-se que conforme preceitua o nosso Código Civil, em seu art. 5º, “A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.”⁴³

Assim, dada recusa por um indivíduo capaz, encontra amparo em diversos dispositivos do texto constitucional, seja na liberdade de crença, seja no direito à vida privada, ou no princípio da legalidade.

Toda pessoa capaz, possui a faculdade de decidir e agir dentro de uma sociedade segundo sua própria determinação, desde que, respeitando os limites impostos pelo sistema jurídico.

Temos que a liberdade representa uma verdadeira forma de valor, conforme expressa no caput do art. 5º, de nossa Carta Magna: “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: [...]”

Dentre as garantias fundamentais do indivíduo albergadas constitucionalmente, observamos também que ao longo dos incisos II, VI e X, do art. 5º, encontram-se positivados que:

[...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

[...]

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;

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...]

⁴³ BRASIL. **Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 21 de out. de 2017

O princípio da legalidade, contido no artigo supra em seu inciso II, é outro caminho tomado por esta liberdade contida no caput.

Desta forma, deve ser respeitada a recusa da transfusão de sangue quando envolver pessoa capaz e consciente.

Uma vez que, “não há mandamento legal obrigando as pessoas da religião testemunhas de Jeová a receberem transfusões de sangue”.

Logo, o inciso VI, se expressa em três formas de liberdade, quais sejam: liberdade de crença, de culto e de organização religiosa.

Considera-se, no entanto que, o direito à liberdade religiosa é uma das modalidades de liberdade individual, tutelada por nosso Estado Democrático de Direito, e sofre restrições quando houver a necessidade de satisfazer a coletividade e, também quando contraria a dignidade da pessoa humana. (conforme já exposto anteriormente)

A outro giro, o inciso X tratou de proteger a privacidade de todo e qualquer ser humano, pois a esfera íntima deve ser um mundo desconhecido das demais pessoas, a fim de que fique preservada a sua individualidade enquanto ser.

O nosso Código Civil, também determina a proteção da vida privada, conforme disposto em seu artigo 21, *in verbis*: “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

O art. 15 deste mesmo Código prescreve que: “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”.

No mesmo sentido, o nosso Código Penal, em seu art. 146, trata do Constrangimento ilegal, considerando crime:

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

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

Estes dispositivos indicados protegem os direitos individuais, pressupondo que quando um paciente estiver correndo risco de vida, institui que nenhum método seja realizado sem o seu consentimento prévio.

O Estado e a sociedade, não direcionam o que um indivíduo “capaz” deve fazer com sua liberdade. Suas decisões e escolhas são arbitrárias, contanto que não se exceda, ou cause danos à liberdade de outra pessoa.

Assim, temos que os indivíduos dentro de uma sociedade são livres para fazerem suas escolhas, contudo estamos sujeitos a punição por eventual dano que essas escolhas venham a causar.

Não existe também, legislação impondo aos médicos a desconsideração da vontade individual do cidadão, “respeitar as convicções do paciente adulto e capaz equivale respeitar a autonomia e autodeterminação individual.” ⁴⁴

No entanto, o nosso objeto de trabalho, diz respeito à transfusão de sangue em absolutamente incapaz. ⁴⁵

⁴⁴ SOUZA, Zelita da Silva; MORAES, Maria Isabel Dias Miorim de. **A ética médica e o respeito às crenças religiosas.** Revista Bioética, v.6, n.1, 1998. Disponível em: < http://www.psiquiatriageral.com.br/bioetica/crencas_relig.htm>.. Acesso em 21 de out. de 2017.

⁴⁵ Conforme o nosso Código Civil: “Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos.”

4. A QUESTÃO DOS PACIENTES ABSOLUTAMENTE INCAPAZES

É de evidente conhecimento que os pais são considerados como os detentores do poder familiar, a eles competem o dever de proporcionar todo o possível para conservar a saúde, e, a vida de seus filhos.

O ordenamento jurídico pátrio prevê essa determinação no artigo 1.630, do Código Civil (Capítulo V- Do Poder Familiar - Seção I - Disposições Gerais), que prescreve: “os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores”.

Da mesma forma, dispõe o artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que: “o poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil [...]”.

Assim, concerne a estes também, a iniciativa de formação religiosa até que seus filhos alcancem à maioridade, e, atribuindo a sua discricionariedade, para poder decidir pela religião que pretendem seguir, e, assumindo através desta escolha as consequências desta preferência religiosa.

A decisão sobre não submeter seu filho a certo tratamento médico, como analisado, é perfeitamente legítima, e, apresenta-se assim, como qualquer outra, no âmbito de decisão dos pais.

Neste sentido, dispõe o Dr. José Fernando Simão (2008, p.21):

Tratando-se da incapacidade absoluta, entende o ordenamento que o sujeito não tem qualquer discernimento, por isso sua vontade é desprezada. Como a vontade do absolutamente incapaz é irrelevante, a lei determina que ele seja representado, ou seja, efetivamente substituído pelo representante. [...] ⁴⁶

Não se pode negar, deste modo, a tomada de decisões pelos pais, desde que os filhos sob sua guarda e proteção sejam atingidos pela incapacidade jurídica para decidirem por si mesmos.

Porém, a questão fica delicada no caso envolvendo crianças e adolescentes da religião Testemunha de Jeová, quando estas se encontram em situação emergencial, e, os médicos diante desse quadro acham necessária a transfusão de sangue, mesmo contrariando a vontade de seus pais ou representantes.

⁴⁶ SIMÃO, José Fernando. **Responsabilidade civil do incapaz**. São Paulo. Editora: Atlas, 2008, p.21.

4.1. INDISPONIBILIDADE DOS INTERESSES DOS ABSOLUTAMENTE INCAPAZES

A posição de que os pais podem decidir pela desautorização da transfusão de sangue, é amplamente contestada, pois a vida do menor totalmente incapaz deverá ser sempre preservada.

Nesse sentido, Milena Elvira Vieira Lopes (p. 91-101, 2002 apud TOKARSKI, Mariane Cristine, 2012) faz as seguintes considerações sobre este tema:

[...] quando a situação envolve menores de idade ou outros pacientes tidos como incapazes, como por exemplo, uma pessoa acidentada inconsciente, a questão ganha outras conotações, pois o papel de proteger o paciente, apesar da vontade expressa de seus responsáveis legais pode ser ampliada.⁴⁷

Inexiste negligência ou qualquer espécie de culpa, quando os pais ou responsável, solicitam ao médico que usem meios alternativos, que não utilize transfusão de sangue, quando este meio for eficiente para salvaguardar a vida de seu filho.

Porém, ao ocorrer um caso de necessidade de tratamento hemoterápico, cabe ao médico levar a recusa dos pais ou responsáveis ao conhecimento do judiciário.

As decisões dos Tribunais estrangeiros, e também dos Tribunais nacionais, têm sempre salvaguardado a vida do paciente, ainda que contra a vontade dos pais ou representantes legais.

O entendimento quanto ao dever do Estado de garantir ao menor suas necessidades básicas, está concretizado no art. 227⁴⁸ da nossa Constituição Federal, que expõe expressamente o menor sob a responsabilidade solidária da família, sociedade e Estado, que deveram assegurar esta proteção à vida.

Neste sentido, Sebastião Juralez leciona:

“o menor é pessoa de direito, integrante da humanidade e com interesses distintos, cuja vida em sua inteireza e com saúde deve ser

⁴⁷ TOKARSKI, Mariane Cristine. Liberdade e vida. Publicado em 9 de abr. de 2012. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/liberdade-e-vida>>. Acesso em: 21 out. 2017.

⁴⁸ “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

preservada pelo Estado. Os pais (biológicos ou adotivos, dentro ou fora da instituição social da família, com ou sem religião) apenas exercem o pátrio poder que o Estado de Direito lhes outorga, para os efeitos de bem educar, formar e transformar a criança em cidadão prestante (útil a sociedade como um todo). [...] ⁴⁹

Assim sendo, quando a família manifestar vontade contrária à vida ou ao bem-estar do menor, é dever da sociedade e do Estado intervir.

Sendo que, o direito à vida dos filhos menores não pertencem aos pais, mas à sociedade e ao poder Público, que tem o dever de adotar todas as medidas possíveis para resguardar a segurança pessoal daquele incapaz.

4.2. O GRAU DE RESPONSABILIDADE DOS PAIS/REPRESENTANTE

Constitucionalmente todo indivíduo goza de absoluta liberdade religiosa, possuem todo o direito de crerem no que bem lhe convém, entretanto seus direitos terminam quando começam os direitos dos demais membros de uma sociedade.

Primeiramente, o indivíduo carece da prerrogativa de não ter a sua vida violada, para sobre essa gozar de sua dignidade, e, de seu direito a personalidade.

Conforme visto, o princípio da dignidade da pessoa humana roga por se preservar a vida daquele enfermo absolutamente incapaz.

Assim sendo, a transfusão de sangue, se torna indispensável, pois não seria racional deixar de realizar dado procedimento com base em crença religiosa de um terceiro.

Ante o exposto, leva-se em conta o fato de que, embora todos possam gozar de absoluta liberdade religiosa, esta “[...] não atinge grau absoluto, não sendo, pois, permitidos a qualquer religião ou culto atos atentatórios à lei, sob pena de responsabilidade civil e criminal.” ⁵⁰

⁴⁹ SEBASTIÃO, Juralez. **Responsabilidade médica civil, criminal e ética**. Belo Horizonte. Editora: Del Rey, 1998, p.75.

⁵⁰ MORAES, Rodrigo Iennaco de; PIRES Rodrigo Esteves Santos. **Transfusão de sangue em pacientes testemunhas de Jeová: Religião, ética e discurso jurídico-penal**. Publicado em 03 de dez. de 2006. Disponível em: < <http://www.direitopenalvirtual.com.br/artigos/transfusao-de-sangue-em-pacientes-testemunhas-de-jeova-religiao-etica-e-discurso-juridico-penal-1-parte> >. Acesso em: 10 de out. de 2017.

Neste contexto, o artigo 186 do Código Civil, bem expressa que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Logo, caso algum dos pais abusarem do seu dever (por omissão ou comissão), ou exceder em seus atos e conseqüentemente violar os direitos do filho, estes pais podem ter suspenso o seu poder familiar ou até mesmo perde-lo.

Nestes casos, o juiz quando acionado por algum parente ou pelo Ministério Público, aplicará medida que garanta a proteção dos direitos do menor (suspensão ou perda do poder familiar).

Conforme bem expressa o artigo 1.637 do nosso Código Civil:

Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Ademais, se colocarem em risco a segurança de seus filhos, poderá o juiz suspender o aludido poder, quando o pai ou a mãe forem condenados em virtude de crime cuja a pena exceda a dois anos de prisão.⁵¹

É nesse sentido que dispõe o inciso II, do artigo 92 do Código Penal, que prevê a perda do poder familiar como efeito da condenação, nos crimes dolosos, com pena de reclusão, praticados contra o filho.⁵²

Em suma, é óbvio que os filhos não são propriedade dos pais, sendo, por conseguinte: “dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente” (artigo 18, Lei n. 8.069/1990).

Quando o paciente for uma criança, e os pais ou responsáveis incentivarem o médico a omitir-se de efetuar a transfusão de sangue, e, aquele profissional agir deste modo, eles (pais/responsáveis) responderão por participação no delito de omissão de socorro praticado pelo médico.

⁵¹ Conforme previsto no Código Civil, art. 1.637, em seu parágrafo único: “Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

⁵² “Art. 92 - São também efeitos da condenação: [...] II - a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado; [...]”

Conforme definido em nosso Código Penal, em seu Título IV, que trata Do Concurso de Pessoas, diz o artigo 29 que: “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.”

Assim, se o paciente for uma criança e seus parentes ou representantes legais disserem que não desejam que se realize o método de transfusão de sangue, o médico deve realizá-lo, quando este for o único meio viável de preservar-lhe a vida, para não ser responsabilizado por causa de sua conduta.

4.3. A RESPONSABILIDADE DO MÉDICO

O grande desafio existente é a conciliação entre o tratamento médico, e, o respeito às crenças religiosas do paciente. Quando impedido de realizar a transfusão de sangue, o médico entra em conflito consigo mesmo, pois a ética médica exige tanto a utilização dos recursos científicos disponíveis, quanto o respeito à autonomia e aos valores do paciente.

Temos que, a autonomia do paciente é um dos pilares da ética médica.

O termo autonomia significa capacidade da pessoa de se autogovernar. Se o médico realizar a transfusão, sem o consentimento do paciente, ele sujeitar-se-ia à responsabilização penal e civil.

Conforme bem expressa o art. 15 do CC, ao preceituar que, “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.”

Os artigos 22 e 31 do Código de Ética Médica, também prevêem esta autonomia do paciente, vedando ao médico:

- Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, **salvo em caso de risco iminente de morte**. [...]
- Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, **salvo em caso de iminente risco de morte**.⁵³ (grifo nosso)

⁵³ Conselho Federal de Medicina. Código de ética médica: resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009 – Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2010. Disponível em: < http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2009/1931_2009.htm> .Acesso em: 24 de out. de 2017.

Para que uma pessoa seja capaz de realizar suas escolhas autônomas, é necessário que ela seja capaz de agir intencionalmente e que tenha liberdade para agir desta forma.

No entanto, os absolutamente incapazes, são agentes que não possuem capacidade de agir intencionalmente, pois, sem compreensão não há autonomia.

Desse modo, no caso de o paciente ser um absolutamente incapaz, e, quando presente elementos de urgência e perigo imediato, o Conselho Federal de medicina, determina que, em obediência a seu Código de Ética, o médico deverá observar o seguinte:

1. até o momento imediato anterior ao surgimento do risco iminente de morte, o médico respeitará a vontade do paciente e de seus responsáveis; e
2. após o surgir o risco iminente de morte, praticará a transfusão de sangue, independente do consentimento de quem quer que seja.⁵⁴

Assim, nota-se que subsiste o dever de agir por parte do médico, sendo este o responsável pelo bem jurídico “vida”, pois ele detém o dever legal e ético de realizar a transfusão de sangue, mesmo quando existir a recusa por parte de seu responsável ou representante.

Conforme bem expõe, Edmilson de Almeida Barros Júnior (2011, p.155):

Quando o paciente é menor de idade, a situação ainda é pior. Surge o problema do conflito entre a vontade dos representantes legais e a vida do representado. Podem os pais, responsáveis e representantes legais de seus filhos menores, em determinadas situações, privar seu filho de algumas liberdades. Porém em nenhuma situação podem eles tirar o direito à vida do filho. As interpretações teológicas mostram-se por vezes bastante confusas. Nas decisões de um Tribunal civil, somente as leis civis lhe interessam. Os dogmas são de interpretação variável e dúbia, no entanto, uma vida é sempre uma vida, indiscutivelmente, o maior dos Direitos Fundamentais.⁵⁵

No mesmo sentido, em sua doutrina Sebastião Juralez comenta:

No tocante ao menor de 16 anos de idade (filhos de pais que professam, por exemplo a religião denominada “Testemunha de

⁵⁴ BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. **Direito Médico: abordagem Constitucional da responsabilidade médica**. 2ª ed. São Paulo : Atlas, 2011, p.151.

⁵⁵ Ibidem.

Jeová”), internado e necessitando de transfusão de sangue, nem é necessário que se instale o estado de “iminente perigo de vida”. Invariavelmente os pais discordam da transfusão, mas suas vontades não têm amparo legal. A criança não é propriedade dos pais.⁵⁶

O Estado não protege a vida somente do ponto individual, mas também como sendo um valor social. Assim, quando presentes os elementos de urgência e de perigo imediato, não é outra atitude esperada do médico, até porque a lei penal assim já determina.

Sabemos que constitui crime apenas as condutas pessoais previstas nas leis penais, ou seja, tipificadas.

A responsabilidade criminal sempre decorre de culpa no sentido amplo. Nela se encontra a culpa em sentido estrito (*stricto sensu*) e o dolo.

Na conduta culposa (*strictu sensu*), o agente não deseja o resultado danoso, mas por ele é responsável, por ter adotado uma conduta ativa (ação) ou passiva (omissão), imprudente, imperita ou negligente.

Já na conduta dolosa o agente quer o resultado danoso, ou assumiu o risco de produzi-lo. (art. 18 CP)

É importante destacar que a lei penal faz opção axiológica pela vida, conforme disposto nos artigos 146, § 3º, inc. I, do CP, e 132, ao determinarem que:

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

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

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

I - a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida; [...] (grifo nosso)

Em face deste dispositivo, não há constrangimento ilegal, sendo que o médico deve agir, sempre que houver iminente perigo de vida, ou de saúde para o paciente, e, independentemente de qualquer outra providência (como pedir autorização judicial).

⁵⁶ SEBASTIÃO, Juralez. **Responsabilidade médica civil, criminal e ética**. Belo Horizonte .Editora: Del Rey, 1998, p.75.

Já o artigo 132, ordena que, “expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente: Pena - detenção, de três meses a um ano, se o fato não constitui crime mais grave.”

Em suma o médico deve agir, e não se omitir, mesmo em caso de haver a recusa manifesta pelos pais ou responsável daquele paciente absolutamente incapaz.

Assim, temos que a omissão do médico em respeito à opção convicta do paciente, é penalmente relevante quando podia e devia agir para evitar o resultado (morte do incapaz), conforme previsão do art. 13, § 2º, “a”, do CP:

Relação de causalidade

Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

[...]

Relevância da omissão

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

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

[...] (grifo nosso)

Assim, temos que quando configurada a hipótese supra, o médico responderá por omissão de socorro (art.135 do CP),⁵⁷ que é um crime comum a todos (e não próprio do médico).

Pois, é cediço que todo cidadão tem o dever legal de prestar assistência à pessoa debilitada (dever de solidariedade).

[...] O fato de omitir-se de aplicar uma transfusão de sangue a uma pessoa enferma ou acidentada, que esteja correndo perigo de vida ou saúde é crime independente da crença de tal pessoa.

O delito de omissão de socorro vem assim descrito no art. 135 do CP: "Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, ... à pessoa em grave e iminente perigo". A lei pune a simples omissão, independentemente de qualquer resultado, com detenção de 01 a 06 meses ou multa (trata-se de crime omissivo próprio, de mera conduta); se, no entanto, em razão da omissão, ocorrer lesão corporal grave, a pena é aumentada de metade, e é triplicada, se resultar a morte da vítima. O sujeito

⁵⁷ O crime de omissão de socorro está previsto no Código penal em seu art. 135: “Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa. Parágrafo único - A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte .”

ativo de tal delito é aquele que tem o dever de prestar assistência (no caso de transfusão de sangue, é o médico).⁵⁸ (grifo nosso)

Para tipificar este crime omissivo próprio, basta à abstenção da conduta devida, sendo suficiente a desobediência ao dever de agir.

Quando não existir risco pessoal para este profissional da saúde, ele terá o dever legal de atender o paciente, assim como dever ético profissional, conforme dispõe o Código de Ética Médica, em seus artigos 7º e 33.⁵⁹

No entanto, se comprovada em juízo o dano, realizado de forma integral (nexo casual entre a ação médica e o resultado no paciente), se estabelece a indenização civil com base nos artigos 186 e 951 do CC,⁶⁰ e também no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor.⁶¹

Quando da omissão do dever jurídico de agir decorrer o óbito daquele incapaz, responderá o médico por homicídio passivo doloso⁶², pois o mesmo assumiu o resultado morte.

Na hipótese deste crime ser cometido em face de uma pessoa menor de 14 anos, será causa de aumento de pena (majorante), a pena é aumentada de 1/3, conforme dispõe o § 4º do artigo 121 do CP.⁶³

Neste contexto, Cezar Roberto Bitencourt discorre:

⁵⁸ CONSTANTINO, Carlos Ernani. **Transfusão de Sangue e Omissão de Socorro**. Revista Jurídica n° 246, abril, 1998. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/10411-10411-1-PB.htm> > . Acesso em: 23 de out. de 2017.

⁵⁹ É vedado ao médico :[...] “Art. 7º Deixar de atender em setores de urgência e emergência, quando for de sua obrigação fazê-lo, expondo a risco a vida de pacientes, mesmo respaldado por decisão majoritária da categoria. [...]”

Art. 33. Deixar de atender paciente que procure seus cuidados profissionais em casos de urgência ou emergência, quando não haja outro médico ou serviço médico em condições de fazê-lo. ”

⁶⁰ O disposto nos arts. 186 e 951 do CC são respectivamente: “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.[...]” e; “ art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho”.

⁶¹ O Art. 14, do CDC preceitua que: “o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.”

⁶² O homicídio simples doloso está contido no caput do art. 121 do CP, que preceitua: “Matar alguém: Pena – reclusão de 6 a 20 anos.”

⁶³ O caso da ocorrência de aumento de pena, está configurado no § 4º, do art. 121, que contém a seguinte redação: “ no homicídio culposo, a pena é aumentada de 1/3 (um terço), se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as consequências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante. Sendo doloso o homicídio, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (quatorze) ou maior de 60 (sessenta) anos.”

Trata-se de causa de aumento de natureza objetiva e de aplicação obrigatória, incidindo sempre que o homicídio praticado contra menor de 14 anos for doloso, em qualquer de suas modalidades: simples, privilegiado ou qualificado. Como o Código penal adotou a teoria da atividade (art. 4º), considera-se a menoridade na data da prática da ação delituosa, ainda que outra seja a da ação do resultado.⁶⁴

Além do mais, é vedado ao médico, “abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.” (art. 41 do CEM)

O Código de Ética Médica é taxativo em proibir tal prática.

Se configurada a morte do incapaz, o médico estará sujeito a sofrer ação penal pública e incondicionada, titularizada pelo Ministério Público.

A conclusão que se extrai desses artigos, é que a conduta do médico que realiza a transfusão sanguínea estará amparada por causa da exclusão da tipicidade.

Deve prevalecer sempre à indisponibilidade do direito à vida, nenhum tribunal agiria de maneira justa condenando aquele profissional que salvou a vida de um paciente menor, o médico estará assim isento de qualquer responsabilidade.

Conforme visto, o direito à vida pertence à pessoa humana, ao filho como ser humano titular desse direito inerente a sua personalidade, e, não aos seus pais ou responsável, possibilitar e aceitar o contrário significaria o mesmo que homologar o homicídio de um inocente.

4.4. ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS

Para encerrar, vale apresentar a visão de alguns tribunais, uma vez que, há muitas decisões jurisprudenciais que abordam especificamente a questão, e que de modo mais universal melhor representam a compreensão da temática.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região manifestou-se sobre a matéria, e, nas palavras da Relatora Vânia Hack De Almeida, existem preciosas lições que serve de paradigma, as quais entendemos importante demonstrar:

⁶⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa**. 9º Ed. São Paulo, Editora: Saraiva, 2009, p.89.

EMENTA: DIREITO À VIDA. TRANSFUSÃO DE SANGUE. TESTEMUNHAS DE JEOVÁ. DENÚNCIAÇÃO DA LIDE INDEFERIDA. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. LIBERDADE DE CRENÇA RELIGIOSA E DIREITO À VIDA. IMPOSSIBILIDADE DE RECUSA DE TRATAMENTO MÉDICO QUANDO HÁ RISCO DE VIDA DE MENOR. VONTADE DOS PAIS SUBSTITUÍDA PELA MANIFESTAÇÃO JUDICIAL. O recurso de agravo deve ser improvido porquanto à denúncia da lide se presta para a possibilidade de ação regressiva e, no caso, o que se verifica é a responsabilidade solidária dos entes federais, em face da competência comum estabelecida no art. 23 da Constituição federal, nas ações de saúde. A legitimidade passiva da União é indiscutível diante do art. 196 da Carta Constitucional. O fato de a autora ter omitido que a necessidade da medicação se deu em face da recusa à transfusão de sangue, não afasta que esta seja a causa de pedir, principalmente se foi também o fundamento da defesa das partes requeridas. A prova produzida demonstrou que a medicação cujo fornecimento foi requerido não constitui o meio mais eficaz da proteção do direito à vida da requerida, menor hoje constando com dez anos de idade. Conflito no caso concreto dois princípios fundamentais consagrados em nosso ordenamento jurídico-constitucional: de um lado o direito à vida e de outro, a liberdade de crença religiosa. A liberdade de crença abrange não apenas a liberdade de cultos, mas também a possibilidade de o indivíduo orientar-se segundo posições religiosas estabelecidas. No caso concreto, a menor autora não detém capacidade civil para expressar sua vontade. A menor não possui consciência suficiente das implicações e da gravidade da situação para decidir conforme sua vontade. Esta é substituída pela de seus pais que recusam o tratamento consistente em transfusões de sangue. Os pais podem ter sua vontade substituída em prol de interesses maiores, principalmente em se tratando do próprio direito à vida. A restrição à liberdade de crença religiosa encontra amparo no princípio da proporcionalidade, porquanto ela é adequada à preservar a saúde da autora: é necessária porque em face do risco de vida a transfusão de sangue torna-se exigível e, por fim ponderando-se entre vida e liberdade de crença, pesa mais o direito à vida, principalmente em se tratando não da vida de filha menor impúbere. Em consequência, somente se admite a prescrição de medicamentos alternativos enquanto não houver urgência ou real perigo de morte. Logo, tendo em vista o pedido formulado na inicial, limitado ao fornecimento de medicamentos, e o princípio da congruência, deve a ação ser julgada improcedente. Contudo, ressalva-se o ponto de vista ora exposto, no que tange ao direito à vida da menor. (TRF-4 - AC: 155 RS 2003.71.02.000155-6, Relator: VÂNIA HACK DE ALMEIDA, Data de Julgamento: 24/10/2006, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 01/11/2006 PÁGINA: 686)⁶⁵

⁶⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). Apelação cível nº 155-RS (2003.71.02.000155-6). Órgão Julgador : Terceira Turma. Relatora: Vânia Hack De Almeida. Data do julgamento 24 de out.

Neste seguimento, cabe exibirmos o voto do Des. Sérgio Gischkow Pereira, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em inestimável acórdão pronunciado, sobre a temática:

EMENTA: CAUTELAR. TRANSFUSÃO DE SANGUE. TESTEMUNHAS DE JEOVÁ. NÃO CABE AO PODER JUDICIÁRIO, NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO, AUTORIZAR OU ORDENAR TRATAMENTO MÉDICO-CIRÚRGICOS E/OU HOSPITALARES, SALVO CASOS EXCEPCIONALÍSSIMOS E SALVO QUANDO ENVOLVIDOS OS INTERESSES DE MENORES. SE IMINENTE O PERIGO DE VIDA, É DIREITO E DEVER DO MÉDICO EMPREGAR TODOS OS TRATAMENTOS, INCLUSIVE CIRÚRGICOS, PARA SALVAR O PACIENTE, MESMO CONTRA A VONTADE DESTES, E DE SEUS FAMILIARES E DE QUEM QUER QUE SEJA, AINDA QUE A OPOSIÇÃO SEJA DITADA POR MOTIVOS RELIGIOSOS. IMPORTA AO MÉDICO E AO HOSPITAL E DEMONSTRAR QUE UTILIZARAM A CIÊNCIA E A TÉCNICA APOIADAS EM SÉRIA LITERATURA MÉDICA, MESMO QUE HAJA DIVERGÊNCIAS QUANTO AO MELHOR TRATAMENTO. O JUDICIÁRIO NÃO SERVE PARA DIMINUIR OS RISCOS DA PROFISSÃO MÉDICA OU DA ATIVIDADE HOSPITALAR. SE TRANSFUSÃO DE SANGUE FOR TIDA COMO IMPRESCINDÍVEL, CONFORME SÓLIDA LITERATURA MÉDICO-CIENTÍFICA (NÃO IMPORTANDO NATURAIS DIVERGÊNCIAS), DEVE SER CONCRETIZADA, SE PARA SALVAR A VIDA DO PACIENTE, MESMO CONTRA A VONTADE DAS TESTEMUNHAS DE JEOVÁ, MAS DESDE QUE HAJA URGÊNCIA E PERIGO IMINENTE DE VIDA (ART. 146, § 3º, INC. I, DO CÓDIGO PENAL). CASO CONCRETO EM QUE NÃO SE VERIFICAVA TAL URGÊNCIA. O DIREITO À VIDA ANTECEDE O DIREITO À LIBERDADE, AQUI INCLUÍDA A LIBERDADE DE RELIGIÃO; É FALÁCIA ARGUMENTAR COM OS QUE MORREM PELA LIBERDADE POIS, AÍ SE TRATA DE CONTEXTO FÁTICO TOTALMENTE DIVERSO. NÃO CONSTA QUE MORTO POSSA SER LIVRE OU LUTAR POR SUA LIBERDADE. HÁ PRINCÍPIOS GERAIS DE ÉTICA E DE DIREITO, QUE ALIÁS NORTEIAM A CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS, QUE PRECISAM SE SOBREPOR AS ESPECIFICIDADES CULTURAIS E RELIGIOSAS; SOB PENA DE SE HOMOLOGAREM AS MAIORES BRUTALIDADES; ENTRE ELES ESTÃO OS PRINCÍPIOS QUE RESGUARDAM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS RELACIONADOS COM A VIDA E A DIGNIDADE HUMANAS. RELIGIÕES DEVEM PRESERVAR A VIDA E NÃO EXTERMINÁ-LA. (TJ-RS - AC: 595000373 RS, Relator: Sérgio Gischkow Pereira, Data de

Julgamento: 28/03/1995, Sexta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia)⁶⁶

No tocante, cabe contemplar a decisão proferida pela Relatora Ministra Maria Thereza De Assis Moura, decidida no Supremo Tribunal de Justiça, abordando a matéria de forma substancial, e, proferindo com domínio o seu posicionamento frente à responsabilidade dos profissionais de saúde, que ao respeitar a vontade dos pais, desrespeitaram o Código de Ética Médica, e a legislação brasileira:

EMENTA: PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO. (1) IMPETRAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL, APRESENTADA DEPOIS DA INTERPOSIÇÃO DE TODOS OS RECURSOS CABÍVEIS. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) QUESTÕES DIVERSAS DAQUELAS JÁ ASSENTADAS EM ARESP E RHC POR ESTA CORTE. PATENTE ILEGALIDADE. RECONHECIMENTO. (3) LIBERDADE RELIGIOSA. ÂMBITO DE EXERCÍCIO. BIOÉTICA E BIODIREITO: PRINCÍPIO DA AUTONOMIA. RELEVÂNCIA DO CONSENTIMENTO ATINENTE À SITUAÇÃO DE RISCO DE VIDA DE ADOLESCENTE. DEVER MÉDICO DE INTERVENÇÃO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. RECONHECIMENTO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem depois de interpostos todos os recursos cabíveis, no âmbito infraconstitucional, contra a pronúncia, após ter sido aqui decidido o AResp interposto na mesma causa. Impetração com feições de sucedâneo recursal inominado. 2. Não há ofensa ao quanto assentado por esta Corte, quando da apreciação de agravo em recurso especial e em recurso em habeas corpus, na medida em que são trazidos a debate aspectos distintos dos que outrora cuidados. 3. Na espécie, como já assinalado nos votos vencidos, proferidos na origem, em sede de recurso em sentido estrito e embargos infringentes, tem-se como decisivo, para o desate da responsabilização criminal, a aferição do relevo do consentimento dos pacientes para o advento do resultado tido como delitivo. Em verdade, como inexistem direitos absolutos em nossa ordem constitucional, de igual forma a liberdade religiosa também se sujeita ao concerto axiológico, acomodando-se diante das demais condicionantes valorativas. Desta maneira, no caso em foco, ter-se-ia que aquilatar, a fim de bem se equacionar a expressão penal da

⁶⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. Apelação cível nº 595000373-RS. Órgão Julgador : Sexta Câmara Cível. Relator: Sérgio Gischkow Pereira. Data do julgamento 28 de mar. de 1995. Data da publicação: Diário da Justiça do dia. Disponível em: < <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6956801/apelacao-civel-ac-595000373-rs-tjrs> >. Acesso em 25 de out. de 2017.

conduta dos envolvidos, em que medida teria impacto a manifestação de vontade, religiosamente inspirada, dos pacientes. No juízo de ponderação, o peso dos bens jurídicos, de um lado, a vida e o superior interesse do adolescente, que ainda não teria discernimento suficiente (ao menos em termos legais) para deliberar sobre os rumos de seu tratamento médico, sobrepõem-se, de outro lado, a convicção religiosa dos pais, que teriam se manifestado contrariamente à transfusão de sangue. Nesse panorama, tem-se como inócua a negativa de concordância para a providência terapêutica, agigantando-se, ademais, a omissão do hospital, que, entendendo que seria imperiosa a intervenção, deveria, independentemente de qualquer posição dos pais, ter avançado pelo tratamento que entendiam ser o imprescindível para evitar a morte. Portanto, não há falar em tipicidade da conduta dos pais que, tendo levado sua filha para o hospital, mostrando que com ela se preocupavam, por convicção religiosa, não ofereceram consentimento para transfusão de sangue - pois, tal manifestação era indiferente para os médicos, que, nesse cenário, tinham o dever de salvar a vida. Contudo, os médicos do hospital, crendo que se tratava de medida indispensável para se evitar a morte, não poderiam privar a adolescente de qualquer procedimento, mas, antes, a eles cumpria avançar no cumprimento de seu dever profissional. 4. Ordem não conhecida, expedido habeas corpus de ofício para, reconhecida a atipicidade do comportamento irrogado, extinguir a ação penal em razão da atipicidade do comportamento irrogado aos pacientes. (STJ - HC: 268459 SP 2013/0106116-5, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 02/09/2014, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/10/2014) ⁶⁷

São nessas bases que tem se sedimentado a prioridade da jurisprudência pátria, que é o direito à vida frente aos outros direitos garantidos, em outras palavras, não se deve negar ao paciente incapaz o direito a transfusão de sangue, levando em consideração a circunstância de sua concepção religiosa.

Conforme o Código de Ética Médica, os médicos e as instituições têm dever legal de preservar e salvar vidas, mesmo com a recusa de seus pais ou representantes, havendo necessidade de transfusão, esta deve ser realizada para

⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 268459-SP(2013/0106116-5). Órgão Julgador : Sexta Turma. Relatora: Ministra Maria Thereza De Assis Moura. Data do julgamento 2 de set. de 2014. Data da publicação: Diário do Judiciário eletrônico no dia 28 de out. de 2014. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153372740/habeas-corpus-hc-268459-sp-2013-0106116-5?ref=juris-tabs>>. Acesso em 25 de out. de 2017.

salvaguardar a vida. Pois é esta a linha de raciocínio adotada pela jurisprudência, considerando a incidência de tais casos na nossa sociedade contemporânea.

5. CONCLUSÃO

Acredito que a recusa à transfusão de sangue, manifestada por responsáveis legais do absolutamente incapaz, em situação de perigo de vida, é caso de desrespeito ao mais importante dos direitos fundamentais o “direito à vida”.

O poder familiar não é absoluto, e, no caso de recusa destes no tratamento do filho menor, por razões de crença religiosa, quando estiver em jogo a vida daquele incapaz, este exercício abusivo do poder familiar, deverá ser ignorado.

Sendo a vida humana um bem coletivo, que interessa mais à sociedade que ao indivíduo, a legislação vigente acaba exercendo uma opção axiológica pela vida e pela saúde das pessoas.

Uma vez comprovado efetivo perigo para a vítima, não cometeria delito nenhum o médico que deverá intervir, nestas situações, conforme bem expressa o nosso Código penal.

Assim, “como o médico tem o dever de cuidado, proteção e vigilância imposto pela lei, que significa obrigação de intervir diante de iminente perigo de vida, se ele não fizer a transfusão, e em decorrência ocorrer à morte do incapaz, ele pode ser responsabilizado civilmente e responsabilizado também por crime de homicídio passivo doloso.”

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDER, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio A. Da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Direitos Fundamentais, Ponderação e Racionalidade**. Revista de Direito Privado. São Paulo: RT, nº 24, p. 339-340, out./dez. 2005.

BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. **Direito Médico: abordagem Constitucional da responsabilidade médica**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Tradução Humberto Laport de Mello. 1. reimp. Belo Horizonte, Editora: Fórum, 2013.

BÍBLIA ONLINE. Disponível em: <<https://www.bibliaonline.com.br/acf/>>. Acesso em: 15 de out. de 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa**. 9ª Ed. São Paulo, Editora: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 21 de out. de 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 21 de out. de 2017.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848compilado.htm>. Acesso em 21 de out. de 2017.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei Federal 8069 de 13 de jul. de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em 21 de out. de 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em 21 de out. de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 268459-SP(2013/0106116-5). Órgão Julgador: Sexta Turma. Relatora: Ministra Maria Thereza De Assis Moura. Data do julgamento 2 de set. de 2014. Data da publicação: Diário do Judiciário eletrônico no dia 28 de out. de 2014. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153372740/habeas-corpus-hc-268459-sp-2013-0106116-5?ref=juris-tabs>>. Acesso em 25 de out. de 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. Apelação cível nº 595000373-RS. Órgão Julgador : Sexta Câmara Cível. Relator: Sérgio Gischkow Pereira. Data do julgamento 28 de mar. de 1995. Data da publicação: Diário da Justiça do dia. Disponível em: < <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6956801/apelacao-civel-ac-595000373-rs-tjrs>>. Acesso em 25 de out. de 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). Apelação cível nº 155-RS (2003.71.02.000155-6). Órgão Julgador : Terceira Turma. Relatora: Vânia Hack De Almeida. Data do julgamento 24 de out. de 2006. Data da publicação: 01 de nov. de 2006, p. 686. Disponível em: <<https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1230141/apelacao-civel-ac-155>>. Acesso em 25 de out. de 2017.

Conselho Federal de Medicina. **Código de ética médica**. Resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009 – Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2010. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2009/1931_2009.htm>. Acesso em: 24 de out. de 2017.

CONSTANTINO, Carlos Ernani. **Transfusão de Sangue e Omissão de Socorro**. Revista Jurídica nº 246, abril, 1998. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/10411-10411-1-PB.htm>>. Acesso em: 23 de out. de 2017.

DECLARAÇÃO SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE INTOLERÂNCIA E DISCRIMINAÇÃO FUNDADAS NA RELIGIÃO OU NAS CONVICÇÕES - Proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas a 25 de novembro de 1981-Resolução 36/55. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DecElimFormIntDisc.html>>. Acesso em: 10 de out. de 2017.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, ONU, 1948. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>. Acesso em: 10 de out. de 2017.

LEIRIA, Cláudio da Silva. **Transfusões de sangue contra a vontade de paciente da religião Testemunha de Jeová: uma gravíssima violação dos direitos**

humanos. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/39291/1>>. Acesso em: 10 de out. de 2017

LEME, Ana Carolina Reis Paes. **Transfusão de sangue em testemunhas de Jeová. A colisão de direitos fundamentais.** Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 632, 1 abr. 2005. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/6545/tranfusao-de-sangue-em-testemunhas-de-jeova/1>>. Acesso em 12 de out. de 2017.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado.** 13ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

LOPEZ, Ana Carolina Dode. **Colisão de direitos fundamentais: direito à vida X direito à liberdade religiosa.** Jus Navigandi, Teresina, a. 10, n. 958, 16 fev. 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 8ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

MOARES, Alexandre de. **Direito Constitucional- 23ª Ed.-São Paulo- Editora atlas** 2008.

MORAES, Rodrigo Iennaco de; PIRES Rodrigo Esteves Santos. **Transfusão de sangue em pacientes testemunhas de Jeová: Religião, ética e discurso jurídico-penal.** Publicado em 03 de dez. de 2006. Disponível em: < <http://www.direitopenalvirtual.com.br/artigos/transfusao-de-sangue-em-pacientes-testemunhas-de-jeova-religiao-etica-e-discurso-juridico-penal-1-parte> >. Acesso em: 10 de out. de 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2012.

SEBASTIÃO, Juralez. **Responsabilidade médica civil, criminal e ética.** Belo Horizonte. Editora: Del Rey, 1998.

SIMÃO, José Fernando. **Responsabilidade civil do incapaz.** São Paulo. Editora: Atlas, 2008.

SOUZA, Zelita da Silva; MORAES, Maria Isabel Dias Miorim de. **A ética médica e o respeito às crenças religiosas.** Revista Bioética, v.6, n.1, 1998. Disponível em: <http://www.psiquiatriageral.com.br/bioetica/crencas_relig.htm>. Acesso em 21 de out. de 2017.

TOKARSKI, Mariane Cristine. **Liberdade e vida.** Publicado em 9 de abr. de 2012. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/liberdade-e-vida>>. Acesso em: 21 out. 2017.